

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 21

Sayı: 2

2019



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2019



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 21

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2019



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2019

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 21 Sayı: 2 Yıl: 2019

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.019.077.1023

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları : Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Banu ATLI (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu : Prof. Dr. Melda SUR (İzmir) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (İzmir)
Prof. Dr. Mustafa ALP (İzmir) Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (İzmir)
Doç. Dr. Mine AKKAN (İzmir) Doç. Dr. Koray DOĞAN (İzmir)
Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (İzmir)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 26.12.2019

Basım Adedi : 200

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacı

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM (HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kuruluna** sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 21 Sayı: 2 Yıl: 2019****İÇİNDEKİLER****Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**

Diplomatik Temsilciler ve Onlara Tanınan Hareket ve Seyahat Serbestisi.....457-486

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansıması487-522

Dr. Öğr. Üyesi A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi523-581

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR

1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi.....583-628

Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY

Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu629-660

Arş. Gör. Dr. Engin ARIKAN

Feminist Düşünce ve Feminist Hukuk İçin Radikal Bir Kılavuz: Catharine A. Mackinnon.....661-684

Arş. Gör. Dr. Necip Taha GÜR

İptal Davalarında Menfaatin Meşruluğuna İlişkin Düşünceler.....685-705

Arş. Gör. Dr. Doğuş Taylan TÜRKEK

Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Beklemesi ve Gecikmesi
Üzerine Bir İnceleme707-776

Dr. Rezan EPÖZDEMİR

Müسابaka Alanlarındaki Sporcuların Hakaret İçeren Eylemleri İle
Kasten Yaralama ve Mala Zarar Verme Eylemlerinin Türk Ceza
Hukuku Açısından Değerlendirilmesi777-804

Dr. Ramazan KORKMAZ

Haksız İhtiyatî Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasının
Normatif Zarar Teorisi Bağlamında Değerlendirilmesi.....805-841

Arş. Gör. Fatih DÜĞMECİ / Arş. Gör. Esin GÜRSEL

Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Hususunda Devletin
Yükümlülükleri ve Sorumluluğu843-873

Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ

Hukuk Teorilerinde Yargı ve Hukuk Uygulayıcısı Fetişizmi.....875-910

Arş. Gör. Ozan SELEK

Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin
İşlenmesinde Rıza Açıklaması.....911-951

Doç. Dr. Annamaria BONOMO

Arş. Gör. Nuray SÜMER (Çev.)

İyi İdare İlkesi ve İdarenin Sükûtu: Sorunlu Bir İlişki953-975

Ersin ŞARE

Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası977-1023

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**Faculty of Law Review****Volume: 21 Number: 2 Year: 2019****CONTENTS****Assoc. Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**

Diplomatic Freedom of Movement and Travel Granted to
Diplomatic Agents457-486

Assist. Prof. Dr. Aslıhan KAYIK AYDINALP

The Reflection of the Concordatum on Labor Receivables and
Employment Contracts487-522

Assist. Prof. Dr. A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Legal Character of Goodwill Compensation and Its Interpretation
in the Context of Conflict of Laws523-581

Assist. Prof. Dr. İlknur SERDAR

The Annotation of Matrimonial Residence within the Scope of
the Circular Letter Numbered 1756 (2014/4)583-628

Research Assist. Dr. Direnç AKBAY

Subject of the Special Audit in Corporations629-660

Research Assist. Dr. Engin ARIKAN

A Radical Guide to Feminist Thought and Feminist Law:
Catharine A. Mackinnon.....661-684

Research Assist. Dr. Necip Taha GÜR

Thoughts on the Qualification of Legitimate Interest in Action
for Annulment.....685-705

Research Assist. Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL

A Review on the Container Demurrage and Detention in
Maritime Law707-776

Dr. Rezan EPÖZDEMİR

The Offences of Defamation, Felonious Injury and Damage to
Property of Athletes in Terms of Turkish Criminal Law in
Competition Areas777-804

Dr. Ramazan KORKMAZ

Assessment of Action for Compensation Based on Unfair
Preliminary Injunction in the Context of The Theory of
Normative Damage805-841

Research Assist. Fatih DÜĞMECİ**Research Assist. Esin GÜRSEL**

The Obligations and Responsibility of the State for the
Prevention of Domestic Violence Against Women843-873

Research Assist. Yahya Berkol GÜLGEÇ

Fetishism of Judiciary and Officials in Legal Theories875-910

Research Assist. Ozan SELEK

Consent to Personal Data Processing in the Light of General
Data Protection Regulation911-951

Assoc. Prof. Dr. Annamaria BONOMO**Research Assist. Nuray SÜMER (Transl.)**

The Right to Good Administration and the Administrative
Inaction: A Troubled Relationship953-975

Ersin ŞARE

Consent of Victim in the Crimes Against Sexual Freedom977-1023

DİPLOMATİK TEMSİLCİLER VE ONLARA TANINAN HAREKET VE SEYAHAT SERBESTİSİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642016>

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ*

Öz

Diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar diplomatik hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Onlar olmaksızın diplomatik ajanların görevlerini yerine getirmesi mümkün olamayacaktır. Bir başka deyişle, bu ayrıcalık ve bağımsızlıklar bir anlamda diplomatik yaşam biçimini garanti etmektedir. Bu ayrıcalık ve bağımsızlıklar arasında hareket ve seyahat serbestisi de yer almaktadır. Bu serbesti yabancı diplomat, diplomatik misyon üyeleri ve onların ailelerinin gönderilmiş oldukları devlette serbestçe hareket ve seyahat etmelerini garanti altına almaktadır. Gerçekte çok uzun bir süre, hiçbir devletin, istisnai durum ve koşullar haricinde, görüldüğü üzere, bu tür bir serbestiyi sınırlandırma düşüncesi olmadığından dolayı hareket ve seyahat serbestisi için bu tür bir düzenlemeye gerek duyulmamıştır. Bunun da nedeni, diplomatik misyonun işlevlerinin bu tür bir serbestiyi zarurî kılmasında yatmaktaydı. Ne yazık ki, II. Dünya Savaşının başlamasıyla birlikte, bu durum dramatik bir biçimde değişmiştir. Savaştan sonra, özellikle komünist devletler bu serbestiyi sınırlandırmıştır. Komünist devletlerin uygulamasını takip eden Batılı devletlerse, Komünist devletlerin diplomatik misyon üyeleri için karşılıklılık gereği hareket ve seyahat serbestisine sınırlandırma koymuştur. Bu durum hareket ve seyahat serbestisi için bir hükmü zarurî kılmıştır. Bu tür düzenlemeye ilk önce 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde 26. madde olarak yer verilmiştir. Benzer hükümler ilgili diğer sözleşmelerde de yer almıştır. Böylelikle, bu çalışmanın ana amacı, diplomatik ilişkilerde hareket ve seyahat serbestisini irdelemek olacaktır.

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yarı-zamanlı Öğretim Üyesi (e-posta: acamamac@yahoo.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8476-9110> (Makalenin Geliş Tarihi: 25.07.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 02.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 22.10.2019)

Anahtar Kelimeler

Hareket ve Seyahat Serbestisi, Diplomatik Ajanlar, Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklar, Ulusal Güvenlik, Güvenlik Bölgeleri, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi

DIPLOMATIC FREEDOM OF MOVEMENT AND TRAVEL GRANTED TO DIPLOMATIC AGENTS**Abstract**

Diplomatic privileges and immunities are indeed the necessities of diplomatic life. Without them it would have been impossible for diplomatic agents to fulfil their duties. In other words, these privileges and immunities ensure the way of diplomatic life in a sense. Among these privileges and immunities is the freedom of movement and travel. This freedom ensures free movement and travel of foreign diplomat or members of a diplomatic mission and their families in the state to which they are sent. In reality for a long time there was no such regulation for freedom of movement and travel since no state, except in exceptional cases or conditions, as it appears, had a mind to restrict this kind of freedom. That is because the functions of diplomatic mission necessitate this kind of freedom. Unfortunately with the commencement of the Second World War, this situation had dramatically changed. After the war particularly Communist States had restricted this right. Following the Communist States' practice the Western States put restrictions for the members of the diplomatic missions of the Communist States to their freedom of movement and travel in the name of reciprocity, as well. This situation necessitated a provision for the freedom movement and travel. This kind of rule first placed in the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations in article 26. Provisions alike were inserted in the following documents concerned. Thus, the main purpose of this article is to analyze the freedom of movement and travel in diplomatic relations.

Keywords

Freedom of Movement and Travel, Diplomatic Agents, Diplomatic Privileges and Immunities, National Security, Security Zones, 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations

GİRİŞ

Uluslararası hukukun en eski dallarından biri konumundaki diplomasi hukuku, bu bağlamda diplomasi kuralları, esasen diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklar çevresinde kurgulanmıştır. Bu ayrıcalık ve bağışlıkların nedenleri farklı teorilere dayandırılrsa da¹, günümüzde temel olarak diplomatik temsilcinin yabancı bir ülkedeki görevini gereği gibi ve güven içerisinde her türlü müdahale ve baskıdan uzak bir biçimde yerine getirebilmesi amacına yönelik işlevsellik teorisi ile açıklanmaktadır². Ayrıca, her ne kadar payı az da olsa, bu teoriye ek olarak yabancı ülkede devletini ve halkını temsil etme olgusuna dayanan temsil teorisinin de bu ayrıcalık ve bağışlıkların tanınmasında ele alındığı görülmektedir³.

Gerçekten de esas olarak devletlerini temsil ile görevli diplomatik temsilcilerin ve ailelerinin buldukları yabancı ülkelerde o ülke devletleri nezdinde kendi devletlerini gereği gibi temsil edebilmeleri, bu çerçevede özellikle devletlerinin ve vatandaşlarının çıkarlarını korumaları başta olmak üzere uygun bir biçimde kendilerine atfedilen tüm görevleri yerine getirebilmeleri bu ayrıcalık ve bağışlıklardan etkin bir biçimde yararlanmalarına bağlıdır. Bu nedenle, bu ayrıcalık ve bağışlıkların önemi büyüktür ve dikkatle incelenmeyi gerektirmektedir. Nitekim, doktrinde de diplomatik

¹ Diplomatik ayrıcalık ve bağışlıkları açıklarken dayanılan genelde üç teori söz konusudur: “ülke dışılık teorisi” (*theory of ex-territoriality*), “temsil teorisi” (*representative theory*) ve “işlevsellik teorisi” (*functional theory*). Bu üç teoriden metin içerisinde ele alınmayan tamamen bir kurmacaya dayanmasından ötürü artık kullanılmadığı ifade edilen ülke dışılık teorisidir ki, bu teoriye göre diplomatik temsilci kendi ülkesi topraklarında sayılmaktadır. Söz konusu bu teoriye dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Ogdon**, M.: *Juridical Bases of Diplomatic Immunity: A Study in the Origin, Growth and Purpose of the Law*, Washington D.C., 1936, s. 63-104; **McClanahan**, G. V.: *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, London, 1989, s. 30-32; **Starke**, J. G.: *Introduction to International Law*, 10th Edition, London, 1989, s. 424.

² Bu itibarla, diplomasi hukukunun temel metinlerinden birini teşkil eden 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinin* girişinin dördüncü paragrafında “*Bu gibi ayrıcalıkların ve bağışlıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, Devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu müdrük bulunarak, ...*” şeklinde yer alan ifadede, açıkça görüleceği üzere, temel olarak işlevsellik teorisine dayanılmaktadır. Bundan sonra kısaca “*1961 tarihli Viyana Sözleşmesi*” olarak anılacaktır. 1961 tarihli Viyana Sözleşmesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. *infra* dipnot: 5.

³ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi girişinin yukarıda anılan dördüncü paragrafındaki “*... Devletlerini temsil eden diplomatik misyonların ...*” ibaresiyle işlevsellik teorisinin yanı sıra, bir nebze de olsa, temsil teorisine de değinilmiş olmaktadır.

ayrıcalık ve bağışlıkların incelenmesine hasredilmiş birçok eser söz konusudur⁴. Ancak, diplomatik temsilcinin şahsî dokunulmazlığı başta olmak üzere cezaî ve adli yargılamalardan bağışlılığı, diplomatik misyon binalarının bağışlılığı gibi temel konulara ilişkin bağışlıklara doktrinde diğerlerinden daha fazla yer verildiği gözlenmektedir. Oysa, diplomatik ayrıcalık ve bağışlıkların bir bütün olarak değerlendirilmesi onların niteliklerine aykırı olmayacaktır. Nihayetinde, diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklardan birinin ihlâli, birçok durumda, kaçınılmaz olarak diğerlerinin ihlâlini de beraberinde getirecektir. Bu çerçevede, tüm ayrıcalık ve bağışlıkların iyice etüt edilip değerlendirilmesi oldukça yararlı bir eğilim teşkil etmektedir.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, bu çalışmada, doktrin tarafından genelde ele alınmayan diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklardan biri konumundaki diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestisi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. DİPLOMASİ HUKUKUNDA HAREKET VE SEYAHAT SERBESTİSİNİN DAYANAĞI VE ÖNEMİ

Diplomatik temsilcilere birçok ayrıcalık ve bağışlık tanınmışken, bunlar arasında neden bir de hareket ve seyahat serbestisine yer verildiği değerlendirilmesi gereken bir husustur. Her şeyden evvel görülmektedir ki, söz konusu serbesti “hareket” (*movement*) ve “seyahat” (*travel*) şeklinde iki ayrı eylemden oluşmaktadır. Esasta, hareket ve seyahat birbirinden farklı eylemlerdir. Her hareketin seyahat teşkil etmediği, hareketin bu çerçevede daha dar veya yeri geldiğinde daha geniş bir edim olduğu, ancak diplomatik temsilcinin her hareketinin de bir seyahati gerekli kılmadığı görülmelidir. Mesela, misyon şefinin, görevde bulunduğu yabancı başkentte bir mahalden bir mahale, temelde rezidansından büyükelçilik binasına (misyon şefinden bahsediliyorsa, kuşkusuz, rezidansı eğer büyükelçilikte değilse) gitmesi, genel anlamda bir seyahat teşkil etmezken, özellikle görevi kapsamında kabul eden devletin ülkesinde bir şehirden diğer bir şehre gitmesi genelde seyahat olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla, bu iki kavram *amaç* çerçevesinde birbirinden ayrılmakta ve diplomatik temsilcinin kendisine atfedilen görevler düşünüldüğünde her iki durumun, yani hareketin ve seyahatin neden ayrı bir biçimde ve açıkça belirtilerek düzenlenmesine ihtiyaç olduğu kendini göstermektedir.

⁴ Bu konuda genel olarak bkz. *Bibliyografya*.

Diplomatik temsilcilerin, özellikle de misyon şeflerinin görevleri 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi⁵ m. 3/1'de devletlerini kabul eden devlette temsil etmek, uluslararası hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde devletlerinin ve vatandaşlarının kabul eden devlette çıkarlarını korumak, kabul eden devletle devletleri adına müzakerelerde bulunmak, kabul eden devletin durumunu ve buradaki gelişmeleri tüm yasal imkânlar dâhilinde izleyerek devletlerine bildirmek ve devletleriyle kabul eden devlet arasındaki dostça ilişkileri ilerletmek, ekonomik, kültürel ve bilimsel münasebetleri geliştirmek biçiminde sıralanmıştır. Diplomatik temsilcilerin özellikle kabul eden devletteki gelişmeleri izleyip devletlerine rapor etmelerinin, ekonomik, kültürel ve bilimsel bağlar kurmak için çalışmalarının zarurî gereği, kuşkusuz, kabul eden devletin ülkesinde onların serbestçe hareket ve seyahat etmelerine bağlı olmaktadır. Örneğin, bu bağlamda, *Murty*, m. 3/1'de sayılan misyona atfedilen bu görevlerin yeni olmadığını ve hareket serbestisi olmaksızın yerine getirilmeyeceğini, dahası özellikle m. 3/1 (e)'de yer verilen ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkilerin geliştirilmesi ödevinin tamamen serbest hareket etmeye bağlı olduğunu vurgulamıştır⁶.

Bunlara ilâveten, yukarıda belirtilen ve diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların hukukî dayanağını teşkil eden teorilerden 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinde de temel alınan işlevsellik teorisinin hareket ve seyahat

⁵ 2 Mart ilâ 14 Nisan 1961 tarihleri arasında Viyana'da toplanan Diplomatik İlişkiler ve Bağımsızlıklara Dair Konferansın sonunda 18 Nisan 1961 tarihinde kabul edilerek 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe giren ve toplam 53 maddeden oluşan 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi diplomasi hukuku alanında uluslararası düzlemde temel belgelerden birini teşkil etmektedir. Günümüzde 192 devletin tarafı olduğu Sözleşmenin orijinal metinleri için bkz. "Vienna Convention on Diplomatic Relations", *United Nations-Treaty Series*, vol. 500, no: 7310, 1964, s. 95-221. Sözleşmenin genel olarak yorumuna dair bkz. **Denza**, E.: *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, New York, 1976; **Denza**, E.: *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd Edition, Oxford, 2008; **Denza**, E.: *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th Edition, Oxford, 2016. Türkiye ise, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesine 6 Mart 1985 tarihinde taraf olmuştur. Türkçe metin için bkz. Resmî Gazete 24.12.1984 Sayı: 18615 via www.resmigazete.gov.tr (ziyaret tarihi: bilinmiyor). 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin Türk doktrini tarafından en azından belirli maddelerinin yorumuna dair bkz. **Reçber**, K.: *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa, 2011, özellikle s. 30-73.

⁶ Bkz. **Murty**, B. S.: *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven, 1989, s. 410. Öte yandan, *Uluslararası Hukuk Komisyonunun* ise ilgili maddenin yorumunda hareket ve seyahate dair bu tür açık bir serbestinin öngörülmemiş olması durumunda m. 3/1 (d)'de yer verilen bilgi toplama ödevinin yerine getirilemeyeceğini belirttiği görülmektedir. Bkz. *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, 1958, s. 96.

serbestisinin de esasını teşkil ettiğinin doktrinde altı çizilmektedir⁷. Gerçekten de diplomatik misyon görevlilerinin kendilerine yüklenen görev ve ödevleri yerine getirebilmelerinin, dolayısıyla işlevlerini gereğince ve etkin olarak yapabilmelerinin temeli serbestçe hareket ve hatta seyahat etmelerine bağlıdır. Ayrıca, kanımızca, daha az etkiyi haiz temsil teorisinin de bu çerçevede ihmal edilmemesi gerekmektedir. Kabul eden devletin ülkesinde devletlerini ve halklarını temsil eden bu kişilerin, en azından makul sebepler olmaksızın hareket ve seyahat etmelerini kısıtlamak veya yasaklamak temsil ettikleri devlet ve halklar için de bir olumsuzluk olarak mütalâa edilebilecektir.

II. DİPLOMASİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE HAREKET VE SEYAHAT SERBESTİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİNİN DEĞER-LENDİRİLMESİ: UYGULAMALAR VE DÜZENLEMELERİN ORTAYA ÇIKIŞINA DAİR GENEL PERSPEKTİF

Geçen yüzyılın başları da dâhil, diplomasi hukuku tarihi incelendiğinde diplomatik temsilcilere tanınan ayrıcalık ve bağımsızlıklar arasında açıkça hareket ve seyahat serbestisine uzun bir süre yer verilmediği veya yer verilmesine gerek görülmediği gözlenmektedir⁸. Bazı yazarlar, bu minvalde,

⁷ Bkz. **Zoglio**, E. M.: *Diplomatic Immunity from Local Jurisdiction*, University of Baltimore Law Forum, vol. 7/2, 1977, s. 34; **Roye**, P. F.: *Reforming the Laws and Practice of Diplomatic Immunity*, University of Michigan Journal of Law Reform, vol. 12/1, 1978, s. 93; **Tease**, A. M.: *Diplomatic Immunity and Divorce: Fernandez v. Fernandez*, Connecticut Law Review, vol. 21/5, 1989, s. 1075. Ayrıca, bkz. **Sen**, B.: *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, The Hague, 1965, s. 100; **Morris**, W. G.: *Constitutional Solutions to the Problem of Diplomatic Crime and Immunity*, Hofstra Law Review, vol. 36/3, 2007, s. 604. Öte yandan, 1957 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda, konuya ilişkin görüşmelerde, mesela İtalyan Prof. *Ago* söz konusu ilkenin *dışarıdaki diplomatik misyonun düzgün bir şekilde işlemlerini garanti edici zorunlu bir etken* olduğunu dile getirmiştir. Bkz. *Yearbook of International Law Commission*, vol. I, 1957, s. 86. Ayrıca, 1980 tarihli *Tahran'daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeliyle Alâkalı Davada sunulan Amerika Birleşik Devletleri Muhtırasında Amerika şu tespiti gerçekleştirmiştir: "Hareket serbestisi bir misyonun uygun performansla işlemlerinde temel bir zarurettir"*. Bkz. *"Memorial of the Government of the United States of America"*, s. 166 via www.icj-cij.org/files/case-related/64/9551.pdf (ziyaret tarihi: 20/06/19).

⁸ Genel kanının aksine, bir yazar, *Lyons*, hareket serbestisine dair değerlendirmesinde, bu yönlü genel bir hakkın olmadığını belirtirken, savını, hareket serbestisinden temelde bahsedilmemesinin yanı sıra, ilke olarak da böyle bir serbestinin mevcut olmamasına dayandırmaktadır. Bkz. **Lyons**, B. A.: *Personal Immunities of Diplomatic Agents*, British Yearbook of International Law, vol. 31, 1954, s. 327-328. Oysa, mesela *Cahier*, bu kuralın hiçbir zaman doktrin olarak veya bir antlaşma hükmü olarak düzenlenme-

geçmiş zamanlarda bu şekilde bir düzenlemeye gerek görülmediğini, her ne kadar konuya dair sınırlı kısıtlamalar olsa da, hareket serbestisinin genel bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu ve ancak 1940'larla birlikte bu ilkenin ciddi anlamda kısıtlanmaya başlandığını aktarmıştır⁹. Bu yönde, mesela 1927 tarihli bir memorandumda İsviçre Federal Konseyi açıkça diplomatik ajanslara dokunulmazlık kuralı çerçevesinde tam bir hareket serbestisi üzerinde genel bir uzlaşının olduğunu vurgulamıştır¹⁰. Daha sonra, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda 1957 yılında "Diplomatik İlişki(ler) ve Bağışıklıklar" (*Diplomatic Intercourse and Immunities*) başlığı altında gerçekleşen tartışmalarda İngiliz *Fitzmaurice*'nin kendisinin gündeme getirdiği ve 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 26'nın da nüvesini teşkil eden teklifini savunurken, bundan 30 yıl önce böyle bir hükme gerek olmadığını belirterek "stratejik temelde girişin yasaklandığı tahkim edilmiş alanların durumunda olduğu gibi ufak tefek birkaç istisna haricinde diplomatik misyonların üyelerinin kabul eden devletin ülkesinde tam bir hareket serbestisinden yararlanmaları geleneksel olmuş ve açıkça belirgin bir durum olarak kabul görmüştür" şeklinde bir tespitte bulunduğu görülmektedir¹¹. İlâve edilmelidir

diğine, çünkü hiçbir devletin olağanüstü koşullar hariç yabancı bir diplomatın hareket serbestisini sınırlandırmayı düşünmediğine dikkat çekmiştir. Bkz. **Cahier**, P.: Vienna Convention on Diplomatic Relations, International Conciliation, vol. 37, 1967, s. 33.

⁹ Bkz. **Hardy**, M.: Modern Diplomatic Law, Manchester, 1968, s. 34.

¹⁰ Aynen aktarım için 1932 tarihinde kısaca Harvard Taslağı olarak da adlandırılan "Diplomatik Ayrıcalıklar ve Bağışıklıklar" konulu taslak maddelerin 17ncisine dair yorum kısmına bkz. "Diplomatic Privileges and Immunities", American Journal of International Law Supplement, vol. 26/1, 1932, s. 93. Ayrıca, bkz. **Hyde**, C. C.: International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States, vol. II, 2nd Revised Edition, Boston, 1947, s. 1263 dipnot: § 432A dipnot 1.

¹¹ Bkz. *Yearbook of International Law Commission*, vol. I, 1957, s. 85. (Koyu renkli belirleme tarafımızdan gerçekleştirilmiştir). Buna karşılık, SSCB delegeesi *Tunkin* ise, Komisyonun mevcut kural ve uygulamaları kodifiye etmekle görevlendirilmiş olduğunun altını çizerek, *Fitzmaurice*'nin konuya ilişkin getirmeye çalıştığı ilkenin (yani hareket serbestisinin) uygulamada mevcut olmadığını dile getirmiştir. Ancak, *Tunkin* konuşmasının müteakip paragrafında hareket serbestisi genel ilkesine kimsenin itiraz edemeyeceğini belirtmeyi de ihmal etmemiştir. Bkz. *ibid.*, s. 86. *Fitzmaurice*'nin sunduğu teklif sonrasındaki görüşme tutanakları bütünüyle irdelendiğinde, diğer delegelerin, en azından ilkenin görüşülüp metne aktarılması yönünde hem fikir oldukları görülmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 86-87. Öte yandan, *Starke* ise, bu serbestiyi tamamen yeni bir hak olarak nitelendirmiştir. Bkz. *Starke*, s. 426. Buna karşılık, *do Nascimento e Silva*'nın haklı olarak işaret ettiği gibi, yeni olan husus hareket ve seyahat serbestisi değil, bu serbestinin düzenlendiği hükümde ona getirilen ve aşağıda da incelenecek olan sınırlandırmadır. Bkz. *do Nascimento e Silva*, G. E.: Diplomacy in International Law, Leiden, 1972, s. 30.

ki, Uluslararası Adalet Divanı 1980 tarihli *Tahran'daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeliyle Alâkalı Davada* İran'ın aralarında m. 26'nın da olduğu bir dizi maddeyi ihlâl etmesinin sadece sözleşme bağlamalı bir ihlâl teşkil etmediğinin, aynı zamanda İran'ın uluslararası hukukun genel bir kuralını ihlâl etmiş olduğunun da altını çizmiştir¹².

Oysa, tarihsel açıdan bakıldığında bazı devletlerin uzun zamandır diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestisini kısıtladığı örnekler rastlanmaktadır. Bunun ötesinde, antik dönemde Yakın Doğu'da temsilcilerin hareket serbestilerinin sınırsız olmadığı, bu çerçevede özellikle temsilcilerin evlerine dönebilmesi için ev sahibinin (yani temsilci olarak nezdinde görev yaptıkları devletin) onayının olması gerektiği aktarılmıştır¹³. Ayrıca belirtilmelidir ki, *Nahlik*, geçmiş zamanlarda özellikle Doğu'daki ülkelerde bu tür bir serbestinin çok sınırlı olduğunu; bu durumun nedeninse Doğu'daki Batı'dan gelen her şeye ve herkese karşı duyulan güvensizlik olduğunu belirtmiştir¹⁴. 11. Yüzyılda gerçek anlamda diplomatik ilişkileri yürüten tek devlet konumundaki Bizans'ın, ağırladığı diplomatik temsilcileri, sınırda karşılayarak, onları Bizans'tan etkilenecek şekilde belirli bir güzergâhtan geçirterek güvenliklerini sağlamak adına korunaklı kalelerde muhafaza ettiği aktarılmaktadır ki, bu aktarımların gösterdiği üzere yabancı temsilcinin hareket ve seyahat hakkı oldukça kısıtlı ve sınırlandırılmış durumda olmaktadır¹⁵. Ancak, bu konuda esas olarak zikredilmesi gereken örnek, şüphesiz, Çin'dir. Bu yönde, Mançu döneminden itibaren Çin, tüm yabancıların ülke

¹² Bkz. "Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", Judgment of 24 May 1980, s. 31 paragraf: 62 (paragrafın başı bir önceki sayfadır) via www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf (son ziyaret tarihi: 19/06/19). Özellikle ele alınan konu açısından karara dair ayrıntılı bir değerlendirmeye için bkz. **Przetacznik**, F.: Reaffirmation of Basic Principles of Diplomatic and Consular Law by the International Court of Justice in the American Diplomatic Case in Iran, Sri Lanka Journal of International Law, vol. 3/1, 1991, s. 119-152, özellikle s. 137-138.

¹³ Bkz. **Elgavish**, D.: Did Diplomatic Immunity Exist in the Ancient Near East, Journal of the History of International Law, vol. 2/1, 2000, s. 74-75. Öte yandan belirtilmelidir ki, *Delupis* ise, bir diplomatın şahsî bağımsızlığının kendi egemenin ülkesindeki evine serbestçe dönebilmekten öteye gitmediğine işaret etmiştir. Bkz. **Delupis**, I.: International Law and the Independent State, Essex, 1974, s. 115.

¹⁴ Bkz. **Nahlik**, S. E.: Development of Diplomatic Law. Selected Problems, Recueil des cours, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 271.

¹⁵ Bkz. **Nicholson**, H.: The Evolution of Diplomatic Method, Oxford, 1954, s. 25-26; **Young**, E.: The Development of the Law of Diplomatic Relations, British Yearbook of International Law, vol. 40, 1964, s. 144-145. Ayrıca, bkz. **Denza**, 1976, s. 115; **Denza**, 2008, s. 205; **Denza**, 2016, s. 173.

içerisinde seyahat edebilmesi için izin alınması zorunluluğunu getirmiştir¹⁶. Benzer şekilde, Moskova Devletinin de (*the State of Muscovy*) 16. yüzyılda casusluk endişesiyle gelen yabancı temsilcileri özellikle Moskovalı vatandaşlarla temasa geçmesinler diye âdeta gerçek dünyayla bağlarını kopartacak biçimde izole ettiği aktarılmaktadır¹⁷. *Hardy* de konuya dair açıklamalarında hareket serbestisine ilişkin bazı sınırlandırmaların güvenlik temelinde her zaman gündeme gelmiş olduğunu belirtmiş ve bunlara örnek olarak da tahkim edilmiş alanlarla sınır bölgelerini göstermiştir¹⁸.

1941 yılında İtalyan hükûmeti kendi devleti nezdinde akredite edilmiş tüm yabancı misyonların Roma dışına izinsiz çıkışlarını yasaklamıştır¹⁹. Benzer şekilde, Sovyetler Birliği'nde de, 16 Mayıs 1941 tarihinde “Dış İlişkiler Halkın Komiserliği” (*People's Commissariat for Foreign Affairs*) tarafından yayınlanan ve ülkedeki tüm diplomatik ve konsolosluk birimlerine gönderilen genelgede tüm yabancı diplomatik misyon üyelerinin ve çalışanlarının seyahat edebilmesinin Savunma ve Donanma Bakanlıklarının ilgili birimlerinin önceden bilgilendirilmesiyle mümkün olabileceği öngörülmüş ve paralel şekilde Sovyet Hükûmeti belirli mahalleri seyahate yasaklamıştır²⁰. Esasen bu yasaklamalar irdelendiğinde, Moskova merkez alındığında 50 km çaplı bir daireye tekabül eden kesim hariç, ülkenin, yabancı diplomatik temsilcilere tamamen yasaklanmış olduğu görülmektedir²¹. Tabii ki bu önlemlerin savaş zamanında ve savaş nedeniyle alındığı görülmektedir.

¹⁶ Bkz. *Lee*, L. T.: *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, Oxford, 1991, s. 429 dipnot: 1. Ayrıca, bkz. *Denza*, 2008, s. 205; *Denza*, 2016, s. 173.

¹⁷ Bkz. *Grzybowski*, K.: *The Regime of Diplomacy and the Tehran Hostages*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 30/1, 1981, s. 47. Ayrıca, bkz. *Denza*, 2008, s. 205; *Denza*, 2016, s. 173.

¹⁸ Bkz. *Hardy*, s. 34. Hatırlanacağı üzere *Fitzmaurice* de birkaç istisna dışında kabul eden devletin ülkesinde hareket serbestisinin geleneksel olarak benimsendiğini belirtirken, istisnai durumlara tahkim edilmiş alanları örnek olarak göstermiştir. Bkz. *supra* dipnot: 11.

¹⁹ Bkz. *Hyde*, s. 1263.

²⁰ Bkz. *Grzybowski*, K.: *Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice*, Leyden, 1970, s. 316.

²¹ Bkz. *ibid.* Öte yandan, Hollanda Dışişleri Bakanının sorulan bir üzerine Parlâmentoda gerçekleştirdiği açıklamada Sovyet Yönetiminin birçok kez izin verdiği alanlarda dahi ciddi sınırlamalara, hatta yasaklara başvurduğunu belirttiği görülmektedir. Bkz. *Siekman*, R. C. R.: *Netherlands State Practice for the Parliament Year 1978-1979*, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11, 1980, s. 219. Öte yandan, bu yasaklamaların ilk kez 1974'te olmak üzere peyderpey hafifletilmeye başlandığı görülmüştür. Bkz. *von Glahn*, G.: *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7th Edition, New York, 1996, s. 434.

Öte yandan, bu yönlü yasaklamaların, esas olarak Soğuk Savaş döneminde Doğu ve Batı blokunu oluşturan devletler arasında en üst noktaya vardığı ifade edilmektedir²². Nitekim 1948 yılında SSCB tüm yabancı diplomatik ve konsolosluk temsilcilerine 1941 prosedürlerinin geçerli olduğunu bildirmiş ve bunlara yeni alanlar da eklemiştir²³; bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri²⁴ başta olmak üzere bazı batılı devletler de benzer şekilde karşılık vermişlerdir²⁵. Bu çerçevede, İngiltere²⁶ ve Kanada da merkezin

²² Bu konuda genel tespit ve örneklemeler için bkz. **Wilson**, C. E.: *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson, 1967, s. 64-72; **von Glahn**, s. 434-435. Ayrıca, bkz. **Bruns**, K.: *On the Road to Vienna: The Role of the International Law Commission in the Codification of Diplomatic Privileges and Immunities, 1949-1958*, in *Diplomatic Law in a New Millennium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 64 ve 70.

²³ Bkz. **Grzybowski**, 1970, s. 316.

²⁴ Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nin uygulama örneklerine dair bkz. von GLAHN, s. 434-435. Dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi, her daim Amerika Birleşik Devletleri'nin karşılıklılık esasına göre hareket etmemesidir. Bazı durumlarda, Amerika Birleşik Devletleri önce davranan devlet konumundadır. Bu kapsamda, Amerika Birleşik Devletleri ülkesi nezdinde akredite edilen Bulgar diplomatlara 1967 yılında seyahat sınırlandırması getirmiş, Bulgaristan ise buna karşılık olarak aynı türde seyahat kısıtlamalarını ülkesi nezdinde akredite edilmiş Amerikalı diplomatlar için 1968 yılında getirmiştir. Daha sonra, iki devlet arasında gerçekleştirilen mektup değişimi ile 9 Kasım 1977 tarihinde Bulgaristan'daki Amerikalı diplomatlar için getirilen seyahat kısıtlamaları kaldırılmış, sadece Komünist devletlerden gelen akredite diplomatlar için de geçerli olan genel sınırlandırmalar kalmıştır. Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri bağlamında SSCB hariç diğer tüm Doğu Avrupalı diplomatlar için getirilen ekstra seyahat kısıtlamaları peyderpey kaldırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Turack**, D. C.: *A Brief Review of the Provisions in Recent Agreements Concerning Freedom of Movement Issues in the Modern World*, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 11/1, 1979, s. 111-112.

²⁵ Bkz. **Gore-Booth**, H. P.: *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5th Edition, Essex, 1994, s. 118; **von Glahn**, s. 434-435; **Denza**, 2016, s. 175.

²⁶ İngiltere'nin 1950'li yılların başında SSCB'ye konuya dair verdiği tepkiye dair bkz. **Lyons**, s. 331-332 dipnot: 3. Bu bağlamda, 24 Şubat 1976 yılında bir soru önergesi üzerine dönemin Dışişleri Bakanı *Ennals* Parlâmentoda SSCB ve İngiltere arasındaki durumu açıklarken Sovyetler Birliği'ndeki aileleriyle birlikte İngiliz diplomatların Moskova'nın merkez alındığı 40 km yarıçaplı bir dairenin dışına çıkılabilemesinin en az iki gün önceden bildirim gerektirdiğini, ancak Moskova İlindeki birkaç kasaba ve yolun bildirimsiz seyahate açık olduğunu, karayoluyla ulaşılan belirli turistik güzergâhlar içinse bir iş günü önceden bildirim arandığını, sadece İngiliz Büyükelçisi, ailesi ve şahsî şoförü ile çevirmenin Sovyetler Birliği'ndeki açık kasaba ve alanlara seyahat edebileceklerini belirterek, hâlen Moskova'nın 40 km dâhilindeki belirli alanların, Moskova İlinin ve SSCB'nin genelinin yabancılara kapalı olduğunu belirtmiştir. Böylelikle, aynı şartların İngiltere'deki Sovyet diplomatlara da uygulandığını aktarmıştır. *Ennals*'ın açıklamalarının aynen nakli için bkz. **Gore-Booth**, s. 119. Öte yandan, bu dönemde İngiltere'nin Sovyet diplomatlarla birlikte Çinli, Vietnamlı ve Moğol diplo-

başkentleri alındığı 40 km çaplı bir daire alanına tekabül eden kesim hariç Sovyet diplomatlarına temel olarak seyahat serbestisini yasaklamışlar, Belçika bu serbestiyi sadece Brabant vilayeti ile sınırlı tutarken, Fransa ise Versailles ve Fontainebleau hariç Paris ve çevresindeki üç bölümle seyahat serbestisini sınırlı tutmuştur²⁷. Hollanda, İtalya ve Türkiye de bu çerçevede yine sınırlandırma uygulayan devletler olarak belirtilmektedir²⁸. Diplomatik hareket ve seyahat serbestisine ilişkin Sovyet uygulamaları benzeri uygulamaları, sonrasında Komünist diğer devletlerin de benimsediği gözlenmiştir²⁹.

Öte yandan, 1960'lı ve 1970'li yıllarda bir yanda Çin Halk Cumhuriyeti'nin Sovyet büyükelçilik personelinin hareket serbestisini kısıtlaması,

matlara da benzer uygulamaları gerçekleştirdiğine, ancak İngiliz diplomatlara hareket ve seyahat yasağı koyan tüm devletlere aynı yönde karşılık verilmediğine dikkat çekilmektedir. Bkz. **Denza**, 2008, s. 208; **Denza**, 2016, s. 175. Bir kez daha hatırlatılmalıdır ki, SSCB'de, ilk kez 1974'te olmak üzere bu yasaklamaların peyderpey hafifletildiği gözlenmektedir. Bkz. *supra* dipnot: 21.

²⁷ Bkz. **Lyons**, s. 332 dipnot: 3 (bu dipnotun başı bir önceki sayfadır); **Nahlik**, s. 271.

²⁸ Hollanda'nın SSCB'li diplomatlarla birlikte Macar ve Rumen diplomatlara da Kuzey ve Güney İllerinde Kuzey Denizi Kanalına kadar bir alan dâhilinde sınırlama getirdiği bildirilmektedir. İtalya'nın ise Roma merkez alındığında 30 millik yarıçaplı bir daireye tekabül eden alan dışında seyahat serbestisini kısıtladığı aktarılmıştır. Türkiye'nin ise, SSCB'li diplomatlarla birlikte Rumen, Bulgar ve Macar elçilikleri üyelerinin rezidanslarından 25 mil ötesine yapacakları ziyaretlere dair niyetlerini varacakları yer, kalış süreleri de dâhil 24 saat öncesinden bildirim şartına bağladığı bilgisi verilmiştir. Bkz. **Lyons**, s. 332 dipnot: 3 (ilgili dipnotun başlangıcı bir önceki sayfadır). Yine, Hollanda'ya dönülecek olursa, Dışişleri Bakanı 1979 yılında bir soruya istinaden Parlâmentoda gerçekleştirdiği konuşmada, her yıl Mayıs ayında II. Dünya savaşı esnasında yaşamlarını yitirenler için gerçekleştirilen ve Sovyet Büyükelçisinin de katıldığı anma törenlerine bu yıl, törenin yapılacağı adaya kalkan feribotun kalkış limanının yakınında Hollanda donanma üssünün bulunması da öne sürülerek ve Sovyetlerin Hollanda büyükelçisi ve mensuplarına uyguladıkları sınırlamalar için de karşılıklılık ilkesi teşkil etmesi açısından sınırlamalar getirildiğini belirtmiş, ancak bunun yine de Sovyetlerin uygulamaları karşısında oldukça hafif kaldığına işaret etmeyi de ihmal etmemiştir. Bakan konuşmasının devamında seyahate ilişkin bu sınırlandırmaların karşılıklılık ilkesi temelinde tamamen terk edilmesinden memnunluk duyacaklarını da ilâve etmiştir. Bkz. **Siekmann**, s. 219.

²⁹ Konuya ilişkin bkz. **Nahlik**, s. 271; **Denza**, 2008, s. 206; **Denza**, 2016, s. 173. Ayrıca, bkz. **Gore-Booth**, s. 118. Öte yandan, başta Sovyet Birliği olmak üzere, Komünist devletlerde yaygınlaşan bu tutumun bazı yazarlar tarafından yeni "Bizans Diplomasi Ekolü" olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Wilson**, s. 64 vd. Ayrıca, bkz. **Denza**, 2008, s. 206; **Denza**, 2016, s. 173-174. "Bizans Diplomasi Ekolü" hakkında bkz. **Nicholson**, s. 24-27. **Goldsmith** ve **Posner** ise, diplomasi hukukuna ilişkin geleneksel kuralların uygulanmasına dair gerçekleştirdikleri karşılaştırmada, Komünist devletlerin çok daha fazla zorlandıklarını, bunun da nedeninin kapalı bir toplumda normal gözlemin açık bir topluma göre çok daha zarar verici olmasından kaynaklandığını belirtmişlerdir. Bkz. **Goldsmith**, J. L. & **Posner**, E. A.: *The Limits of International Law*, Oxford, 2005, s. 58.

beri yanda Hindistan'ın Çin elçilik personeli üyelerinin hareket serbestisini ciddi ölçüde sınırlandırması örneklerine rastlanmaktadır³⁰. Yine o dönemde, Çin'in, özellikle Pekin (günümüz Beijing'i) dâhil yabancı diplomatların hareket serbestisini genel olarak ülke çapında kısıtladığı yönlü haberlere rastlanması şaşırtıcı değildir³¹. Tüm bu kısıtlamaların, doktrincede, özellikle 1975 tarihli Helsinki Sonuç Belgesi çerçevesinde hafiflemeye başladığı dile getirilmiştir³².

Verilen örnekler gözetildiğinde, her ne kadar üstteki paragrafta genel olarak Soğuk Savaş dönemi ve Batı-Doğu arasında bir ayırım söz konusu edilmiş olsa da, özellikle Komünist devletlerin de kendi aralarında bu çeşit uygulamalara gittiğini göstermektedir ki, bu durumda ideolojik bir uygulamanın olduğunu iddia etmek zor görünmektedir³³. Ancak, bu konudaki en katı uygulamanın Pol Pot döneminde Kamboçya'da yaşandığı, bu çerçevede 1977'de Kamboçya nezdinde akredite edilmiş 11 yabancı elçiliğin personeelinin zımnî olarak ev hapsinde tutulduğu ve binalardan hesap edildiğinde yaklaşık 200 metrenin ötesine geçmelerinin yasaklandığı, araç kullanımına izin verilmediği ve yemeklerin ise günlük olarak dışarıdan getirildiği aktarılmaktadır³⁴.

Yine, bu konudaki en önemli kısıtlamalardan biri Amerika Birleşik Devletleri büyükelçiliği ve konsolosluklarına (Tebriz ve Şiraz) İran'da yapılan saldırılar ve sonrasında yaşananlar çerçevesinde görülmüştür. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen 1980 tarihli yukarıda da belirtilen davada Amerika Birleşik Devletleri, İran tarafından gerek büyükelçilik personeline gerek konsolosluk personeline yönelik ihlallerden birini hareket ve seyahat serbestisinin kısıtlanması olarak ortaya koymuştur³⁵. Uluslararası

³⁰ Konuya dair sırasıyla bkz. **Cohen**, J. A. & **Chiu**, H. (eds.), *People's China and International Law: A Documentary Study*, vol. II, New Jersey, 1974, s. 968 ve 1009. Ayrıca, bkz. **Nahlik**, s. 271.

³¹ Bkz. **Cohen & Chiu**, s. 1017 vd. Mesela, SSCB 1970 yılında diplomatlarının seyahat serbestisinin kısıtlanmasından ötürü şikâyetçi olmuştur. Bkz. *ibid.*, s. 1024.

³² Bkz. **Turack**, s. 95-115; **Denza**, 2008, s. 209; **Denza**, 2016, s. 176.

³³ Ancak, her ne kadar aynı bloka ait olsalar da, o dönemde SSCB ve Çin Halk Cumhuriyeti arasında ciddi sıkıntı ve sürtüşmelerin olduğu, hatta birçok kez ufak çaplı da olsa aralarında sınır çatışmaları bazında sıcak temasın yaşandığı göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Bu konuda mesela bkz. **Fravel**, M. T.: *Strong Borders, Secure Nation: Cooperation and Conflict in China's Territorial Disputes*, New Jersey, 2008, s. 201-217; **Wiegand**, K. E.: *Enduring Territorial Disputes: Strategies of Bargaining, Coercive Diplomacy, and Settlement*, Georgia, 2011, s. 225-278.

³⁴ Bkz. **von Glahn**, s. 434-435.

³⁵ Bkz. "*Memorial of the Government of the United States of America*", s. 166-167 ve s. 172.

Adalet Divanı ise, konuya dair verdiği kararında, İran'ın diğerlerinin yanında 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin 26. maddesini süregelen bir biçimde ihlâl ettiğini belirtmiştir³⁶.

Özellikle 1950'lerde başlayan hareket ve seyahat serbestisinin kısıtlanmasıyla birlikte tartışma konusu hâline gelen bu konunun 1961 tarihli Viyana Sözleşmesine nasıl dâhil edildiğinin de kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konunun ilk kez Yugoslavya tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 7. Oturumunun 6. Komitesinde diplomatik temsilcilerinin ayrıcalık ve bağışıklıklar yönünden SSCB, Polonya, Çekoslovakya, Macaristan, Bulgaristan, Romanya ve Arnavutluk tarafından negatif yönlü diplomatik ayrımcılığa tâbi tutulduğunu dile getirirken seyahat kısıtlamalarının da altını çizmesiyle gündeme taşındığı görülmektedir³⁷. Nitekim benzer tutumları gündeme getiren Amerika Birleşik Devletleri de Yugoslavya'yı bu konuda desteklemiş olmaktadır³⁸. Böylelikle, *Lauterpacht*, Yugoslavya'nın 1952 yılındaki talebiyle tetiklenen ve o yıllardaki soğuk savaş ortamının da yardımıyla ilgili konuda bağışıkların ihlâlünün genelleşmeye başlayabileceğini ve diplomatik bağışıklıkların ihlâlüne yol açabileceğini mütalâa etmiştir³⁹.

Öte yandan, Soğuk Savaş sonrasında, günümüzde hâlen diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestilerinin ciddi oranda kısıtlanabildiği gözlenmektedir. Mesela, 2010 yılında Orta Afrika Cumhuriyeti'nin herhangi belirli bir alan göstermeksizin ülkede tansiyonun yüksek olduğu bölgelerde yabancı diplomatik temsilcilerin seyahat etmeleri için Dışişleri Bakanlığını önceden bilgilendirme zorunluluğu getirdiği aktarılmaktadır⁴⁰. Benzer uygulamaların Suriye Hükûmetince de gerçekleştirildiği, bu itibarla 2006 yılında yabancı diplomatların Şam'ın dışına yapacakları tüm seyahatler için

³⁶ Bkz. Karar metni, *supra* dipnot: 12, s. 36 paragraf 77. Öte yandan, Divan, 4 Kasım 1979 ve sonrasında İranlı yetkililerin Amerikalı maslahatgüzarın ve personelin iki üyesinin Bakanlığı güven içinde terk etmeye yönelik izin için zarurî korumadan ve vasıtalarından mahrum bırakıldıklarını ve bunun da yine m. 26'nın ihlâli olduğunu belirtmiştir. Bkz. *ibid.* paragraf 78. Ayrıca, bkz. **Przetacznik**, s. 138.

³⁷ Bkz. **Liang**, Y. L.: Diplomatic Intercourse and Immunities as a Subject for Codification, *American Journal of International Law*, vol. 47/3, 1953, s. 441-442; **Bruns**, s. 59.

³⁸ Bkz. **Liang**, s. 442.

³⁹ Bkz. **Lauterpacht**, E.: The Codification of the Law of Diplomatic Immunity, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 40, 1954, s. 79. Bu çerçevede, *do Nascimento e Silva* m. 26'ya dair tartışmaların konferansın sonuna kadar sürdüğünü aktarmaktadır. Bkz. **do Nascimento e Silva**, s. 30.

⁴⁰ Bkz. **Duquet**, S. & **Wouters**, J.: Legal Duties of Diplomats Today, in *Diplomatic Law in a New Millennium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 250.

izin alınması zorunluluğu getirilmiş olduğu, hatta alınması gereken bu iznin yabancı diplomatların ağırlıklı olarak yaşadığı Şam'ın banliyölerinden Sabura için bile geçerli olduğu aktarılmaktadır⁴¹. Silahlı çatışmaların yoğunlaşmaya başladığı Temmuz 2011'de izin olmaksızın Şam'ın dışına çıkışın tamamen yasaklandığı ve ayrıca havadan gerçekleştirilecek seyahatler için de izin şartı getirildiği belirtilmektedir⁴².

III. DİPLOMASİ HUKUKUNDA HAREKET VE SEYAHAT SERBESTİSİNE DAİR DÜZENLEMELERİN UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hareket ve seyahat serbestisinin unsurlarına dair bir değerlendirmenin yapılabilmesi diplomasi hukuku alanında özellikle 20. yüzyılda kabul edilen uluslararası antlaşmaların incelenmesini gerektirmektedir. Bu yönde, uluslararası diplomasi hukukunu ilk kez çok taraflı bir düzenlemenin konusu hâline getiren 1928 tarihli Havana Sözleşmelerinde⁴³ konuya ilişkin herhangi bir düzenlemenin getirilmemiş olduğunu belirterek analize başlanmalıdır. Hatırlanacağı üzere, bir önceki bölümde hareket ve seyahat serbestisine dair kısıtlamaların genelde 1940'larda görülmeye başlandığına işaret edilmişti.

Öte yandan, diplomasi hukukunun en temel sözleşmelerinden birini teşkil eden 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin⁴⁴ diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat hakkına ilişkin düzenlemesi m. 26'da şu şekildedir: “*Millî güvenlik nedenleriyle girişi yasaklanan veya düzenlemeye bağlanan bölgeler hakkındaki mevzuat hükümleri saklı kalmak şartıyla, kabul eden Devlet,*

⁴¹ Bkz. *ibid.*

⁴² Bkz. **Denza**, 2016, s. 176-177.

⁴³ Bu sözleşmeler iki adettir. Biri 1928 tarihli *Diplomasi Görevlilerine Dair Havana Sözleşmesi* iken, diğeri 1928 tarihli *Konsolosluk Ajanlarına Dair Havana Sözleşmesidir*. Amerikan Devletlerinin kendi aralarında gerçekleştirdikleri uluslararası nitelikli altıncı toplantıda, 20 Şubat 1928 tarihinde kabul edilen iki sözleşmeden ilki 21 Mayıs 1929 tarihinde yürürlüğe girerken, ikincisi 9 Mart 1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ikisi de bölgesel nitelikli Sözleşmeler olan 1928 tarihli Havana Sözleşmelerinden ilkinde günümüzde 15 devlet taraf iken, ikincisine 14 devlet taraftır. Sırasıyla bkz. via <http://www.oas.org/Juridico/english/sigs/a-25.html>; <http://www.oas.org/Juridico/english/sigs/a-24.html> (son ziyaret tarihi: 18/06/19). Sözleşmelerin metinleri için sırasıyla bkz. “Convention on Diplomatic Officers”, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 22/3, 1928, s. 142-147; “Convention on Consular Agents”, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 22/3, 1928, s. 147-151.

⁴⁴ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi, doğrudan devletler arasında ilişkileri düzenlerken, bu konudaki örf ve âdet kurallarını kodifiye etmiş; aynı zamanda yeni birtakım kuralları da bünyesinde içermektedir. Bkz. *supra* dipnot: 5.

ülkesindeki misyonun bütün üyelerine hareket ve seyahat serbestisi sağlayacaktır”. Paralel düzenlemelere diplomasi hukukunun sonraki tarihli diğer önemli sözleşmelerinde de yer verildiği gözlenmektedir. Bu itibarla, 1963 tarihli *Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi*⁴⁵ m. 34’te “ulusal güvenlik nedenleriyle girilmesi yasaklanmış veya nizama bağlanmış bölgelerle ilgili kanun ve düzenlemeler saklı kalmak üzere, kabul eden Devlet, ülkesi üzerinde konsoloslüğün bütün mensuplarına yer değiştirme ve seyahat etme serbestliğini sağlar” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişken, 1969 tarihli *Özel Misyonlara Dair Sözleşme*⁴⁶ m. 27’de ise “ulusal güvenlik nedenleriyle girişi yasaklanan veya düzenlemeye bağlanan bölgeler hakkındaki mevzuat hükümleri saklı kalmak şartıyla, kabul eden Devlet, ülkesinde özel misyonun işlevlerinin yerine getirilmesi için zarurî olan hareket ve seyahat serbestisini özel misyonun tüm üyelerine sağlayacaktır” biçiminde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelere yine konuyla doğrudan ilgili 1975 tarihli *Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi*’nin⁴⁷ ilgili 26. maddesinde “Uluslararası güvenlik nedenleriyle girişi yasaklanan veya düzenlemeye bağlanan bölgeler hakkındaki mevzuat hükümleri saklı kalmak şartıyla, misafir eden devlet, ülkesinde tüm misyon üyeleri ve hane halkını oluşturan tüm aile üyelerine

⁴⁵ 24 Nisan 1963 tarihinde Viyana’da kabul edilen 1963 tarihli *Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi* 19 Mart 1967 tarihinde yürürlüğe girmiş, günümüzde 180 devletin tarafı olduğu bir sözleşmedir. Sözleşmenin orijinal metinleri için bkz. “Vienna Convention on Consular Relations”, United Nations-Treaty Series, vol. 596, no: 8638, 1967, s. 261-467. Bundan sonra *1963 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır. Türkiye ise, söz konusu sözleşmeye 14 Şubat 1976 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Türkçe metin için bkz. Resmî Gazete 29.05.1975 Sayı: 15249 via www.resmigazete.gov.tr (ziyaret tarihi: bilinmiyor).

⁴⁶ 8 Aralık 1969 tarihinde New York’ta kabul edilen ve 21 Haziran 1985 tarihinde yürürlüğe giren 1969 tarihli *Özel Misyonlara Dair Sözleşme*ye günümüzde sadece 39 devlet taraftır. Sözleşmenin resmî metinleri için bkz. “Convention on Special Missions”, United Nations-Treaty Series, vol. 1400 no: 23431, 1985, s. 231-374. Sözleşme bundan sonra kısaca *1969 tarihli New York Sözleşmesi* olarak anılacaktır. 1969 tarihli New York Sözleşmesine Türkiye taraf değildir.

⁴⁷ 14 Mart 1975 tarihinde Viyana’da imzalanan ve hâlen yürürlüğe girmemiş olan 1975 tarihli *Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi*ni günümüzde sadece 34 devlet imza atıp onaylamıştır. Sözleşmenin İngilizce resmî metni için bkz. “Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character” via http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf (son ziyaret tarihi: 18/06/19). Bundan sonra kısaca *1975 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır. Söz konusu bu sözleşmeyi Türkiye 30 Mart 1976 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

hareket ve seyahat serbestisi sağlayacaktır” şeklinde bir düzenlemeye yer verilirken, aynı sözleşmenin 56. maddesinde ise “*ulusal güvenlik nedenleriyle girişi yasaklanan veya düzenlemeye bağlanan bölgeler hakkındaki mevzuat hükümleri saklı kalmak şartıyla, misafir eden devlet, ülkesinde delegasyonun işlevlerinin yerine getirilmesi için zarurî olan hareket ve seyahat serbestisini delegasyonun tüm üyelerine sağlayacaktır*” şeklinde bir düzenleme yer alır⁴⁸.

Tüm bu hükümler, *mutadis mutandis*, birbirine paralel hükümlerdir ve genelde hareket ve seyahat serbestisini düzenlemektedir. Ancak, 1969 tarihli New York Sözleşmesinin ilgili maddesindeki ve 1975 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 56’daki düzenlemelerde söz konusu temsilcilerin işlevlerinin yerine getirilmesi için zarurî olan hareket ve seyahat serbestisinden bahsedilmekte ve böylece bu iki sözleşmenin anılan maddeleri bağlamında gerek özel misyon delegelerinin, gerek uluslararası örgütler nezdinde gönderilen özel delegelerin bu serbestiden ancak işlevsellik çerçevesinde yararlanabileceğine açıkça vurgu yapılmaktadır. Öte yandan, 1975 tarihli Viyana Sözleşmesinin daimî temsilcilere dair düzenlemesini içeren 26. maddesinde ise, görüldüğü üzere, bu serbestiden yararlanacaklar sıralanırken misyon üyelerinin yanı sıra onlarla birlikte yaşayan hane halkı üyelerinin de bu serbestiden yararlanacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkan *Nahlik*, konuya ilişkin diğer tüm düzenlemelerde açıkça aile bireylerinden bahsedilmemiş olmasının o düzenlemelerden aile bireylerine sağlanacak bu yönlü serbestinin bir hukuk kuralı olarak değil, nezaket kuralı olarak söz konusu kişilere uygulanacağını yorumlanabileceğine işaret etmiştir⁴⁹. *Nahlik*’in bu çıkarımı 1975 tarihli Viyana Sözleşmesi için (m. 56) geçerli olsa da, kanımızca, diğer sözleşmelerdeki ilgili düzenlemeler için bu yönlü bir yorumun kabul edilebilirliği oldukça tartışmalı olacaktır.

Başta 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin ilgili hükmü olmak üzere, diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestilerini düzenleyen hükümlerin unsurlarını incelemeye geçmeden evvel, bu düzenlemelerin genel hukukî niteliğinin ortaya konulmasında da yarar vardır. Bu çerçevede, *Aybay*, konsolosluk hukuku ile ilgili eserinde, paralel düzenlemeyi içeren 34.

⁴⁸ 1975 tarihli Viyana Sözleşmesinde misyonlar ve delegeler arasında ayrıma gidilmiş ve her ikisi için de ayrı düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak, genelde bu düzenlemeler birbirine paralel olduğu için sadece bir hükmün incelenmesi yeterliyken, hareket ve seyahat serbestisine ilişkin hükümlerde ciddi farklar söz konusu olduğu için her iki hükme de ayrı ayrı yer verilmesi gereği duyulmuştur.

⁴⁹ Bkz. *Nahlik*, s. 272.

maddenin geniş olarak kişi dokunulmazlığına işaret ettiğini ifade etmektedir⁵⁰. Bunun yanı sıra, *Nahlik*, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesindeki ilgili maddenin söz konusu Sözleşmenin açıkça *ratione locis*ini (ülkesel uygulama alanını) ortaya koyduğunu dile getirmektedir⁵¹. Belirtmelidir ki, kanımızca ilgili düzenleme gerek düzenlemenin konusu gerek amacı göz önüne alındığında sözleşmenin kabul eden devletin tüm ülkesinde geçerli olduğunu açıkça ortaya koymamakta, ancak ilgili madde geniş biçimde yorumlandığında “... ülkesindeki ...” kavramı çerçevesinde böyle bir sonuca ulaşılabilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra, başta 1961 tarihli Viyana Sözleşmesindeki düzenleme olmak üzere, söz konusu düzenlemeler göz önüne alındığında birtakım hususların açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu itibarla, her şeyden önce, bu maddelerdeki düzenlemeler dikkate alındığında, ilke olarak, tüm misyon üyelerine kabul eden devletin ülkesinde hareket ve seyahat hakkının tanınmasının esas olduğu, buna karşılık eğer kabul eden devletin mevzuatlarında belirli bir bölgeye giriş yasaklanmış veya düzenlemeye bağlanmışsa, yani sınırlandırılmışsa, ilgili bu düzenlemelerin söz konusu ilkenin istisnası olacağı görülmektedir. Bu minvalde, 1961 tarihinde toplanan Viyana Konferansında Filipinler’in konuya ilişkin değişiklik teklifi ve ona karşı devletlerin takındıkları tutum örnek gösterilebilir. Böylelikle, ilgili maddeye dair Konferansta verilen üç temel değişiklik teklifinden Filipinler’inki taslak maddeye şu ikinci paragrafın eklenmesini içermektedir: “*Yukarıdaki paragrafta misyon üyelerinin serbest hareketine uygulanan sınırlama, hareket serbestisini aldaticı veya hükümsüz kılacak şekilde genişletilmeyecektir*”⁵². Görüşmelerde, Filipinler’in önerisinin⁵³ gereksiz olduğunu belirten delegelerin bu görüşleri ve genel tutumları⁵⁴ çerçevesinde Filipin delegesi *Regala*, ülkesinin, delegelerin hareket serbestisini genel

⁵⁰ Bkz. **Aybay**, R.,:Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul, 2009, s. 278-279.

⁵¹ Bkz. **Nahlik**, s. 237-238.

⁵² “*The restriction imposed on the free movement of the members of the mission under the above paragraph shall not be so extensive as to render the freedom of movement illusory or nugatory*”. Bkz. “Philippines: Amendment to Article 24”, Document A/CONF.20/C.1/L.141, in “*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*”, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962, s. 21.

⁵³ Benzer türde önerilerin Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda Hollânda tarafında da dile getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Denza**, 2008, s. 207; **Denza**, 2016, s. 174.

⁵⁴ Bkz. “*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*”, vol. I: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee of the Whole, Geneva, 1962, s. 151.

kural olarak algıladıkları ve getirilen sınırlamaların bu serbestiyi hayalî veya hükümsüz kılmayacağını belirttiklerini dikkate aldığını ve bu yorumların Komite tarafından da açıkça benimsenmesiyle birlikte değişiklik konusunda ısrarcı olmayacaklarını ifade etmiştir⁵⁵. Bu açıklamaların da gösterdiği üzere, hareket serbestisinin genel kural olarak algılandığı ve getirilecek sınırlamaların ise istisnâ nitelikte olacağı görülmektedir.

İkinci olarak ele alınması gereken husus, söz konusu maddede genel kural olarak düzenlenen diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestisine getirildiği belirtilen sınırlandırma değildir. Bu çerçevede, her devlet kendi ulusal güvenliği uyarınca diplomatik temsilcilere tanınan hareket ve seyahat serbestisini kendi iç mevzuatına göre kısıtlayabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hareket ve seyahat serbestisinin esas oluşudur. Dolayısıyla, ulusal güvenlik bağlamında bu serbestiyeye getirilecek sınırlandırmanın makul düzeyde olması, serbestiyi anlamsız, hükümsüz kılmaması gerekmektedir⁵⁶. Özellikle sınırlandırmanın kabul eden devlet tarafından iç düzeni çerçevesinde getirildiği düşünüldüğünde, kabul eden devletin bu konuda tek belirleyici olması sorunlara yol açabilecektir ki, zaten yakın tarihte bazı devletlerin tüm ülkeyi yasaklı hâle getirebildiği örneklere rastlanmıştır. Bunlara ilâveten, kabul eden devlet ulusal güvenlik sebebiyle temelde iki şekilde kısıtlamaya gidebilir. Bu çerçevede, söz konusu bölgeye girişi ya tamamen yasaklayabilir ya da sınırlandırma getirebilir. İkinci durumda, yani sınırlandırmanın söz konusu olduğu durumlarda, mesela diplomatik temsilcinin ilgili bölgeye girmesi kabul eden devletin resmî makamlarına önceden yapılacak bir bildirim şartına bağlanabileceği gibi, resmî makamlardan önceden izin alınması da söz konusu edilebilir.

Tüm bunlara ilâveten, *Sen* bu sınırlandırmaların devletler tarafından özel olarak diplomatik temsilcilere yönelik sınırlandırmalar olarak algılanabileceğini, oysa bunların genel nitelikli sınırlandırmalar olması gerektiği, daha açık ifadeyle sadece diplomatik temsilcilere yöneltilen sınırlandırmalar şeklinde olmaması, genel olarak kamuya yönelik olması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷. Bunu desteklerken, Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki delegelerin görüşlerine yer vermiştir. Gerçekten de *Yokota*, ilgili düzenlemede hareket serbestisine getirilen sınırlandırmanın sadece yabancı misyon üyelerine yöneltilebilecek bir mevzuatla oluşturulabileceği gibi bir anlamın doğa-

⁵⁵ Bkz. *ibid.*, s. 152.

⁵⁶ Nitekim, burada Filipinler'in geri çektiği teklif ve buna ilişkin gerçekleştirilen değerlendirmeler ve açıklamalar akla getirilebilir. Bkz. *supra* dipnot: 52.

⁵⁷ Bkz. *Sen*, s. 101-102.

bileceği, ancak Komisyonun bu düzenlemeyi kabul ederken aklında temel olarak kamunun geneline yöneltilen sınırlandırmalar olduğuna işaret etmiştir⁵⁸. Ancak, biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü uygulamaların bunun aksine geliştiği, devletlerin iç düzenlemelerinde sadece diplomatik temsilciler için sınırlandırmalar getirdikleri, yukarıda verilen örneklerden de takip edilebilir⁵⁹. Buna ilâveten, bu sınırlandırmaların genel nitelikli olması amaçlanmış olsaydı, söz konusu maddede bu sınırlandırmalara ilişkin özel ve açık bir düzenlemeye gerek olmayacaktı, çünkü 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 41/1’de zaten diplomatik temsilcilerin ayrıcalık ve bağımsızlıklarına hâlel gelmeksizin nezdinde akredite oldukları devletin kanun ve mevzuatlarına riayet etmeleri ödevi genel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁰.

Öte yandan, burada akıllara gelebilecek diğer bir husus, diplomatik temsilcilerin kabul eden devlet tarafından korunması gereği hususudur⁶¹. Acaba, kabul eden devletin diplomatik temsilcileri koruması gereği, diplomatik temsilcilere özellikle görevlerinin yerine getirilmesi bakımından önem arz eden hareket ve seyahat serbestisini kısıtlama yetkisi verir mi? Bu iki husus arasında bir çatışma mı söz konusudur? Hiç kuşku yoktur ki, kabul eden devletin ülkesindeki yabancı diplomatik temsilcileri koruma görevi vardır. Buna karşılık, yabancı devlet diplomatik temsilcisi de, yukarıda da belirtildiği üzere, kabul edildiği devletin ülkesindeki gelişmeleri gözlemleyip devletine rapor etmek ve başta iktisadî, kültürel ve bilimsel ilişkiler olmak üzere iki devlet arasındaki ilişkileri geliştirmek görevleriyle donatılmıştır ki, diplomatik temsilcinin bu görevleri yerine getirmesi bulunduğu ülkeyi tanıması ve bu çerçevede de rahatça hareket etmesine, seyahat etmesine bağlıdır⁶². Bu durumda, muhakkaktır ki, kabul eden devlet gerektiğinde ülkesin-

⁵⁸ Bkz. *Yearbook of International Law Commission*, vol. I, 1958, s. 137.

⁵⁹ Bkz. *supra* II. Bölüm.

⁶⁰ 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 41/1 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Kabul eden Devletin kanunlarına ve nizamlarına riayet etmek, ayrıcalıklarına ve bağımsızlıklarına hâlel gelmeksizin, bu gibi ayrıcalıklardan ve bağımsızlıklardan yararlanan her şahsın görevidir. Anılan Devletin iç işlerine karışmamak da bu şahısların keza görevidir*”.

⁶¹ Nitekim doktrinin de bu konuya dikkat çektiği görülmektedir. Mesela, bkz. **Sen**, s. 100.

⁶² Nitekim, doktrinde yapılan açıklamalar diplomatik misyon üyelerinin görevlerinin ve çalışmalarının sadece başkentlerle sınırlı olmadığını veya olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, mesela *Clark* elçiliklerin genelde başkentlerde olduğunun altını çizmiş, ancak bunun birçok kez ülkenin temsilcilerinden, sanayisinden ve medya iletişim merkezlerinden uzak olmak anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu tespit değerlendirildiğinde, misyon üyelerinin gerektiğinde başkent dışındaki bu unsurların bulunduğu merkezlerle de irtibatla olmaları gerektiği sonucuna rahatlıkla varılabilecektir. Bkz. **Clark**, E.: *Corps Diplomatique*, Bristol, 1973, s. 62. *Rana*, yine bu konuda, bir devletin ülkesinde birçok durumda başkentlerden ziyade diğer şehirlerin daha önemli olabil-

deki diplomatik temsilciyi korumak görevi sebebiyle bu kişilerin hareket ve seyahat serbestisini kısıtlayabilecektir. Ancak, bu, yukarıda da belirtildiği üzere, ilgili serbestileri hükümsüz kılacak veya anlamsızlaştıracak şekilde olmamalıdır. Bu çerçevede, mesela *Sen*, kabul eden devletin, ülkesinin bir yerinde ve/veya belirli bir zaman diliminde diplomatik temsilcinin devletine karşı düşmanca hislerin yoğun olması durumunda, koruma görevi sebebiyle, o mahale gitmemeleri tavsiyesinde bulunabileceğini ifade etmiştir⁶³. Ancak, kuşku yoktur ki, kabul eden devlet bu durumu kötüye kullanmamalıdır. Hatta sınırlandırmayı gerektirecek durum ortadan kalkmışsa veya kaldırılabiliriyorsa, bu durumun ortadan kalkmasıyla birlikte derhal bu sınırlandırmalara veya yasağa son verilmeli, kaldırılması mümkün ise kabul eden devlet tarafından en kısa süre içerisinde sınırlandırmayı gerektirecek durum ortadan kaldırılarak tekrar bu serbesti tesis edilmelidir. Bu minvalde, her ne kadar çatışmış gibi görünen iki husus varsa da, aslında bunların çatışmadığı ve bu itibarla da her bir somut olayda konunun derinlemesine değerlendirilerek bir sonuca varılmasının en doğru çözüm yolu olacağı düşünülmelidir.

Maddenin özünde sınırlandırmaya ilişkin temel, ulusal güvenlik olarak açıkça öngörülmüş olsa da, bu kavramın neleri kapsayacağı açıkça düzenlenmemiştir⁶⁴. Doğaldır ki, her devlet, egemenliğinin bir sonucu olarak, ulusal güvenliği ve bu bağlamda kendisi için hassas olan hayatî hususları belirleyip, ona göre mevzuatını düzenleme hakkını haizdir. Bu çerçevede, uygulamalara bakıldığında, ulusal güvenlik çerçevesinde özellikle askerî bölgeler veya askerî hassasiyetin olduğu bölgelerin yasaklandığı, hatta bunlara sınır bölgelerinin de dâhil edilebildiği görülmektedir⁶⁵. Bazı yazarlar, bu tür alanlara nükleer tesislerin de dâhil edilebileceğini belirtmektedir⁶⁶. Öte yandan, bazı durumlarda kabul eden devletin ülkesinin bir bölümünde ciddi karışıklıkların vuku bulduğu durumlarda da diplomatik temsilcilerin, yine, o bölgelere girişinin yasaklanabildiği gözlenmektedir. Ayrıca, kabul eden dev-

diğini, başkent dışındaki alanlarda insanların daha açık fikirli olduğunu, özellikle sanayi merkezlerinde daha fazla işbirliği olanağına rastlanabildiğini ifade etmiştir. Bkz. **Rana**, K. S.: *The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence*, London, 2013, s. 48.

⁶³ Bkz. **Sen**, s. 100-101.

⁶⁴ Nitekim, *Nahlik* de bu ibarenin belirsizliğinden (*vague*) dem vurmaktadır. Bkz. **Nahlik**, s. 272.

⁶⁵ Özellikle doktrininde bu sınırlandırmaların hareket ve seyahat serbestisinin istisnâ durumları olarak sıralandırıldıklarının hatırlatılmasında fayda vardır.

⁶⁶ Bkz. **Duquet & Wouters**, s. 250.

letin ülkesinde iç savaş süregeliyorsa, yabancı diplomatik temsilcilerin sıcak çatışmanın olduğu yerlerde veya ülkenin tamamında hareket ve seyahat serbestilerinin kısıtlanabildiği bir gerçektir.

Bunlar haricinde, Viyana Konferansı esnasında Suudi Arabistan delegesi *Dejany* İslâm dininin doğuşu bağlamında iki önemli merkez konumundaki Mekke ve Medine'nin kutsal şehirler olarak sadece Müslümanlara açık olduğunu, bu uygulamanın yalnızca Suudi hükümetince değil, 1300 yıllık süreç boyunca o şehirleri elinde tutan tüm güçler tarafından istisnasız bir biçimde gerçekleştirildiğini ve bu bağlamda, Konferansın görüşmek için toplandığı konudan bile eski tarihî bir gerçek, yaşayan bir gelenek olduğunu dile getirmiştir⁶⁷. Delege, açıklamalarını, 24. madde (1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 26) çerçevesinden bakıldığında bu alanların belirli bir misyona kapatılmadığı ve bir misyonun en azından bazı personeli için açık olacağı düşünüldüğünde sınırlandırmanın önemsiz olduğunu, dahası bu alanlarda ilgili inanca ait ibadet yerlerinden başka bir şey olmadığı için buralara dair bir bilgi edinmemiş olmanın herhangi bir misyonun raporunda eksiklik olarak nitelendirilmeyeceği şeklinde sürdürmüştür⁶⁸. Bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar Suudi Arabistan'ın tutumu ulusal güvenlik çerçevesinde iç düzenlemeler geliştirmesiyle açıklanamasa da, uluslararası kamuoyu tarafından, yani diğer devletler tarafından saygı gösterilen, herhangi bir itirazın söz konusu olmadığı tarihî bir hakkı teşkil ettiği için uluslararası hukuka uygun olarak mütalâa edilmelidir. Nitekim *İsmail* de her ne kadar üstü kapalı da olsa, bu uygulamanın, delegelerce müttefikan kabul edilmiş olduğunu belirtmiştir⁶⁹. Bu duruma paralel bir örnek, Yunanistan'daki Athos Dağı için de, en azından belirli bir oranda verilebilir. Bilindiği üzere, egemenliği Yunanistan'da olan Athos Dağı'na ilişkin özerk bir yönetim söz konusudur⁷⁰ ve düzenlemeler arasında bu alana kadınların girişinin yasak-

⁶⁷ Bkz. “*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*”, vol. I, s. 17 ve 152. Ayrıca, bkz. **İsmail**, M. B. A.: Justifications and Principles of Diplomatic Immunity: A Comparison between Islamic International Law and International Law, *Journal of Islamic State Practice in International Law*, vol. 9/1, 2013, s. 73; **İsmail**, M. B. A.: *Islamic Law and Transnational Diplomatic Law: A Quest for Complementarity in Divergent Legal Theories*, Hampshire, 2016, s. 171.

⁶⁸ Bkz. “*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*”, vol. I, s. 17 ve 152.

⁶⁹ Bkz. **İsmail**, 2013, s. 73; **İsmail**, 2016, s. 171.

⁷⁰ Athos Dağının temelde statüsü Yunan Anayasası'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir. Yunan Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. via <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf> (son ziyaret tarihi: 20/06/19). Ayrıca, Dağın başta uluslararası hukukta olmak üzere genel olarak hukukî statüsüne dair bkz. **Economidès**, C. P.: Le

landığı gözlenmektedir⁷¹. Bu durum, doğaldır ki yabancı kadın diplomatlar (ve diğer misyon üyeleri) için de geçerli olacak ve dolayısıyla onların Yunanistan'daki hareket ve seyahat serbestisine bir sınır teşkil edecektir.

Konuya ilişkin son olarak ele alınması gereken husus, kabul eden devletin ülkesindeki yabancı diplomatik temsilcilerin hareket ve seyahat serbestisine getirdiği sınırlamalar makul sınırları aştığında ne olacağı veya diğer devletlerin bu düzenlemeye karşı ne gibi bir tavır takınabileceği hususudur. Bu durumda devletler karşılıklılık esasıyla hareket edebilecektir⁷². Bu çerçevede, özellikle 1961 tarihli Viyana Sözleşmesinin 47. maddesi göz önünde tutulmalıdır. Ayrım yasağını düzenleyen söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, kabul eden devletin bu sözleşme hükümlerinden herhangi birini bu hükmün gönderen Devlet dâhilindeki kendi misyonuna kısıtlamalı uygulaması sebebiyle kısıtlamalı olarak uyguladığı takdirde ayrım yasağını ihlâl etmiş olmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu minvalde, genel hüküm niteliğinde olup Sözleşmenin tüm hükümleri için geçerli olan bu düzenlemeye göre, kendi misyonuna belirli hükümleri kısıtlamalı uygulayan bir devletin kendi nezdinde akredite olmuş misyon üyelerine ülkesinde aynı türden kısıtlamalı uygulamaya cevaz verilmiş olmaktadır. Nitekim İtalya'nın m. 26'ya (o zamanki m. 24'e) eklenmesini teklif ettiği "*Madde 44 paragraf 2 (a)'yı göz önünde tutarak ...*"⁷³ şeklindeki ibare hakkındaki tartışmalarda Sovyet delege *Tunkin*, İtalya'nın ayrımcılık yapılmamasına dair maddenin göz

mont Athos et le droit international, *Revue hellénique de droit international*, vol. 38/1, 1985/86, s. 289-294; **Koniradis**, I. M.: The Mount Athos Avaton, *Revue hellénique de droit international*, vol. 53/1, 2000, s. 215-226; **Papastathis**, C. K.: The Regime of Mount Athos, in *Between Cultural Diversity and Common Heritage: Legal and Religious Perspectives on the Sacred Places of the Mediterranean*, edited by Ferrari & Benzo, Surrey, 2014, s. 273-292.

⁷¹ Athos Dağında kuralların kökenini ayrıntısıyla irdeleyen *Koniradis*, Dağa, genelde çocuklar, hadım edilmiş kişiler, dişi hayvanlar ve sakalsız kişilerin giremeyeceğinin açıkça düzenlendiğini, kadınlara ilişkinse birçok durumda yasaktan ayrıca bahsedilmediğini dile getirmiş; kadınlara ilişkin yasağın tarihi nitelikli örf ve âdet kurallarından ve kutsal metinlerden doğduğunu belirtmiştir. Temelde ergen olmamış kişilerin yasağın hedefinde olduğunun altını çizen yazar, kadınlara ilişkin bu yasağın Osmanlı hâkimiyetinde de sürdüğünü aktarmıştır. Bkz. **Koniradis**, s. 215-226, özellikle s. 220 ve 222. Ayrıca, bkz. **Papastathis**, s. 290.

⁷² Burada dikkat edilmesi gereken doktrinde de belirtildiği üzere, bu yönlü kısıtlayıcı veya yasaklayıcı uygulamalar karşısında bunların muhatabı olan devletlerin hukuka aykırılık itirazında bulunmamasıdır. Bkz. **Lyons**, s. 332 dipnot: 3 (dipnotun başlangıcı bir önceki sayfadadır); **Gore-Booth**, s. 118.

⁷³ İtalya'nın konuya ilişkin teklifi için bkz. "Italy: Amendment to Article 24", Document A/CONF.20/C.1/L.150/Rev.1, in "*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*", vol. II, s. 22.

önünde tutulmasını düzenleyen teklifinin Sözleşmedeki ilgili diğer tüm maddeler için geçerli olduğunu ve sadece 24. maddede bu şekilde bir belirlenimin yapılmasının tüm Sözleşmeyi etkileyeceğini belirtmiştir⁷⁴. Sonucunda İtalyan delege *Monaco*, ülkesinin teklifini geri çektiğini, 44. maddeye bir göndermenin gereksiz olduğunu, çünkü söz konusu maddenin genelliği bağlamında her hâlükârda 24. maddeye de uygulanacağını belirtmiştir⁷⁵. Öte yandan, yapılan bu karşılığın niteliğine gelindiğinde, *Nahlik*'in de katılarak aktardığı üzere *Perrenoud* iki olasılığın olacağını belirterek⁷⁶, eğer seyahat serbestisi hukuk kuralının konusunu oluşturduğu düşünülerek gerçekleştirilmişse bu karşılık zararlar karşılık olarak kabul edilecekken, eğer nezaket kuralı olarak değerlendiriliyorsa da karşılık bu kez misilleme olarak nitelendirilecektir⁷⁷. Bu çerçevede, diplomatik misyon şefinin bu yönlü bir hakkı haiz olmadığını, hareket serbestisinden de bu bağlamda diplomatik nezaket kuralları uyarınca yararlandığını belirten *Lyons* devletlerin hareket serbestisini sınırlandırdıklarında, bunun dostane olmayan bir davranış olarak diğer devletlerce misillemenin temeli yapılabileceğini dile getirmiştir⁷⁸.

IV. HAREKET VE SEYAHAT SERBESTİSİNE DAİR DÜZENLEMELERİN İHLÂL EDİLMESİNİN SONUÇLARINA DAİR GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Yabancı misyon üyeleri için yer verilen hareket ve seyahat serbestisine dair düzenlemeler çerçevesinde bu serbestiye dair tarihçe ve unsurların incelenmesinden sonra, serbestiyi düzenleyen başta 1961 tarihli Viyana

⁷⁴ Bkz. “*United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records*”, vol. I, s. 151.

⁷⁵ Bkz. *ibid.*

⁷⁶ Bkz. *Nahlik*, s. 271. Ayrıca, bkz. *Denza*, 2008, s. 206; *Denza*, 2016, s. 174.

⁷⁷ Uluslararası hukukta zorlama yollarından birini teşkil eden “misilleme” (*retortion*) bu itibarla bir devletin diğer bir devlete gerçekleştirilen ancak hukuka aykırı olmayan fakat çıkarlarını zedeleyen bir davranışa karşı uluslararası hukukun yasaklamadığı yollarla karşılık vermesini ifade ederken, “zararla karşılık” (*reprisals*) ise bir devletin hukuka aykırı bir fiili sebebiyle zarar gören devletin hukuka uygun davranması için uluslararası hukuka aykırı yollarla karşılık vermesi olarak tarif edilmektedir. Bkz. *Pazarıcı*, H.: Uluslararası Hukuk Dersleri, III: Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 1999, s. 202-209. Ayrıca, gerek misilleme, gerek zararlar karşılık verme müesseselerine ilişkin ayrıntılı tanımlama ve açıklamalar için bkz. *Partsch*, K. J.: *Retorsions*, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomatic and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 335-337; *Partsch*, K. J.: *Reprisals*, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomatic and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 330-335.

⁷⁸ Bkz. *Lyons*, s. 331.

Sözleşmesi m. 26 olmak üzere yukarıda ele alınan ilgili belgelerdeki maddelerin ihlâl edilmesinin sonuçlarının da kısaca değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Öncelikle belirtmelidir ki, ilgili düzenlemeler incelendiğinde, hareket ve seyahat serbestisine dair düzenlemeler, gerek diplomatik temsilcileri kabul eden devlete gerek kabul eden devlet nezdinde akredite olmuş diplomatik temsilcilere ihlâl edebilecek şekilde yükümlülükler getirmektedir. Bu yönde, kabul eden devlet kendi nezdinde akredite olmuş yabancı diplomatik misyon üyelerine ülkesinde hareket ve seyahat serbestisi sağlamak zorundadır. Eğer bu serbestiyi hukuka aykırı olarak sağlamaz ve bu serbestileri ihlâl ederse, kuşkusuz, kabul eden devletin uluslararası alanda sorumluluğu doğabilecektir. Ancak, yukarıda da işaret edildiği gibi, misyon üyeleri kabul eden devletin ülkesinde bu tür muameleye tâbi olan devletlerin, durumu hukuka aykırı olarak nitelemektense, sadece karşılık vermekle yetindikleri görülmektedir⁷⁹. Oysa Amerika Birleşik Devletleri ve İran arasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından bakılan 1980 tarihli yukarıda da değinilen dâvada İran'ın bu yönlü sorumluluğu Divan tarafından açıkça kabul edilmiştir⁸⁰.

Öte yandan, konuya ilişkin ilgili düzenlemelerde görüldüğü üzere, yabancı misyon üyelerinin de, devletlerin ulusal güvenlikleri gereği çıkarmış oldukları ve hareket ve seyahat serbestisini kısıtlayan mevzuata uymaları bir zaruret teşkil etmektedir. Aksi takdirde, kabul eden devlet tarafından *persona non grata* (istenmeyen kişi) ilân edilmeleri⁸¹ ve ülkeyi terk etmeleri istenebilecektir. Nitekim doktrinde de bu görüş paylaşılmaktadır⁸².

⁷⁹ Bkz. *supra* dipnot: 72.

⁸⁰ Bkz. *supra* dipnot: 12.

⁸¹ *Persona non grata* 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 9'da şu şekilde düzenlenmiştir: "1- Kabul eden Devlet, herhangi bir zaman ve kararının gerekçesini açıklama zorunda olmaksızın, gönderen Devlete, misyon şefinin veya misyon diplomatik kadrosunun herhangi bir üyesinin istenmeyen şahıs olduğunu veya misyon kadrosunun herhangi bir başka üyesinin kabule şayan olmadığını bildirebilir. Bu takdirde, gönderen Devlet, duruma göre, ilgili şahsı geri çağırır veya misyondaki görevine son verir. Bir şahıs kabul eden Devletin ülkesine gelmeden önce de istenmeyen ya da kabule şayan olmayan şahıs olarak ilân edilebilir.

2- Gönderen devlet bu maddenin 1 inci fıkrasında kayıtlı yükümlülüklerini yerine getirmeyi reddeder veya makul bir süre içinde yerine getirmezse, kabul eden Devlet ilgili şahsı misyonun bir üyesi olarak tanımayı reddedebilir". Uluslararası diplomasi hukukunda *persona non grata* müessesesine dair ayrıntılı açıklama ve bilgi için bkz. **Farooque**, M.: *Persona Non-Grata: Victim of Non-Grata Conducts*, Indian Journal of International Law, vol. 28/1, 1988, s. 94-103; **Witw**, E. P.: *Persona Non Grata:*

SONUÇ

Her ne kadar çok tartışılsa ve polemik konusu yapılsa da, diplomatik hayatın gereği gibi işlemlerini sağlayan diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkların önemi kuşkusuz yadsınamaz. Bu ayrıcalık ve bağımsızlıkları ele alırken, özellikle belirli ayrıcalık ve bağımsızlıklar ön plâna çıkarılmış olsa da, esasen hepsi önemli görülmelidir. Hatta birçok durumda birinin ihlâlinin, zincirleme olarak diğerlerinin ihlâlini de beraberinde getireceği bilincine varılmalıdır. Bu bilinçle hareket edildiğinde ise, ayrıcalık ve bağımsızlıkların bir bütünlük içerisinde olduğu ve hepsine önem atfedilmesi gerektiği fark edilecektir. Oysa bazı ayrıcalık ve bağımsızlıklara her zaman daha fazla önem verilmiş olduğu görülmektedir.

İlk kez uluslararası metinlere 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi ile giren hareket ve seyahat serbestisi ise, önemi kesinlikle yadsınamasa da, uluslararası hukukun mevcut bir ilkesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, tartışılan bir düzenleme olmuştur. İstisnaî de olsa bazı yazarların bu serbestinin genel bir kural teşkil etmediğine veya tamamen yeni bir hak olarak ortaya koyulduğuna işaret ettikleri görülmektedir. Oysa ağırlıklı olarak doktrinde hareket ve seyahat serbestisinin istisnaî durumlar hariç her zaman uygulandığı ve kısıtlanmasının diplomatların görevlerinin özüne aykırı olduğu kabul edilmiştir. Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında hareket ve seyahat serbestisine yönelik ihlâllerin yoğunlaşmasıyla birlikte, bu konuda bir düzenleme getirilmesi gündeme gelmiş ve bir ayrıcalık, bir hak olarak değerlendirilmesi düşünülebilmıştır.

Bu çerçevede, hareket ve seyahat serbestisi, diplomatik misyon üyelerinin, başta da misyon şeflerinin temel görevleri arasında yer alan akredite oldukları devletlerin ülkesindeki durumu gözlemleyerek kendi devletlerine rapor etmek ve başta bilimsel, kültürel ve iktisadî alanlar olmak üzere buldukları devletlerle ilişkileri geliştirmek ödevlerinin açık bir gereği olmaktadır. Fark edileceği üzere, bu serbesti olmadan, misyon üyeleri görevlerinin önemli bir kısmını yapamaz hâle gelecektir. Dolayısıyla bu serbestliğin temeli işlevsellik teorisine dayanmaktadır. Bununla beraber, bu kişilerin aynı zamanda akredite oldukları devlette devletlerini ve halklarını temsil ettikleri hususu göz önüne alındığında, bu serbestinin tanınmamasının etkisinin temsil ettikleri devlet ve halklara da sirayet edebileceği öngörülebilir.

Expelling Diplomats Who Abuse Their Privileges, *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 9/2, 1988, s. 345-359; **Denza**, 2008, s. 73-87; **Denza**, 2016, s. 61-73.

82

Bkz. **Denza**, 1976, s. 118; **Ismail**, 2013, s. 73; **Ismail**, 2016, s. 171.

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların bir parçası olarak hareket ve seyahat serbestisi asıldır ve ancak kabul eden devletin ulusal güvenliğinin bir gereği olarak anılan devletin iç mevzuatıyla sınırlandırılabilir. Tabii ki, bu durumda kabul eden devlet ulusal güvenlik çerçevesinde bu serbestiyi anlamsız ve hükümsüz kılacak şekilde bir düzenleme getirmemeli; mümkün olduğu oranda da bu serbestiyi tekrar tesis etmelidir. Günümüzde teknolojinin bu denli ileri olduğu bir ortamda askerî alanların veya sınırların ulusal güvenlik bağlamında yabancı devlet misyon üyeleri için yasaklı veya kısıtlı kılınmasının uygunluğu sorgulanabilir, ancak yine de devletlerin bu çerçevede uygulamalar geliştirdikleri de bir gerçektir. Öte yandan, kabul eden devletin ülkesinde isyan veya iç savaş gibi birtakım olaylar söz konusuysa, o olayların yaşandığı yerler için de tamamen veya kısmen, sürekli veya geçici olarak bu serbestiler ortadan kaldırılabilir veya kısıtlanabilecektir. Bazı durumlarda, istisnaî de olsa, bu serbestilerin sınırlandırılmasında ulusal güvenlik dışındaki hususlara da dayanıldığı gözlenmektedir. Bu durumlar genellikle tarihî haklara veya örf ve âdet kurallarına dayandırılabilir.

Öte yandan, bu serbestiyi uygulamayan ve hukuka aykırı bir biçimde kısıtlayan kabul eden devletlerin uluslararası sorumluluğu doğabilecekken, hukuka uygun bir iç mevzuat hükmüyle sağlanmış sınırlandırmalara uymayan yabancı misyon üyeleri ise *persona non grata* ilân edilebilir.

BİBLİYOGRAFYA

Antlaşmalar, Davalar ve Diğer Resmî Belgeler

- 1928 tarihli Diplomatik Görevlilere Dair Havana Sözleşmesi.
1928 tarihli Konsolosluk Ajanlarına Dair Havana Sözleşmesi.
1932 tarihli Diplomatik Ayrıcalık ve Bağışıklıklara İlişkin Taslak (1932 tarihli Harvard Taslağı).
Yearbook of International Law Commission, vol. I, 1957.
Yearbook of International Law Commission, vol. I, 1958.
Yearbook of International Law Commission, vol. II, 1958.
1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi.
“United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records”, vol. I: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee of the Whole, Geneva, 1962.
“United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities-Official Records”, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962.
1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi.
1969 tarihli Özel Misyonlara Dair Sözleşme.
1974 tarihli Yunan Anayasası.
1975 tarihli Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi.
1980 tarihli Tahran’daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeliyle Alâkalı Davada Amerika Birleşik Devletleri Hükûmeti’nin Divan’a Sunduğu Muhtıra.
1980 tarihli Tahran’daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeliyle Alâkalı Dava. (UAD)

Kitaplar

- Aybay**, R.: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul, 2009.
Clark, E.: Corps Diplomatique, Bristol, 1973.
Cohen, J. A. & **Chiu**, H. (eds.), People’s China and International Law: A Documentary Study, vol. II, New Jersey, 1974.
Delupis, I.: International Law and the Independent State, Essex, 1974.
Denza, E.: Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, New York, 1976.
Denza, E.: Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3rd Edition, Oxford, 2008.

- Denza**, E.: *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th Edition, Oxford, 2016.
- do Nascimento e Silva**, G. E.: *Diplomacy in International Law*, Leiden, 1972.
- Fravel**, M. T.: *Strong Borders, Secure Nation: Cooperation and Conflict in China's Territorial Disputes*, New Jersey, 2008.
- Goldsmith**, J. L. & **Posner**, E. A.: *The Limits of International Law*, Oxford, 2005.
- Gore-Booth**, H. P.: *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5th Edition, Essex, 1994. (7th Impression of the 1979 Edition)
- Grzybowski**, K.: *Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice*, Leyden, 1970.
- Hardy**, M.: *Modern Diplomatic Law*, Manchester, 1968.
- Hyde**, C. C.: *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. II, 2nd Revised Edition, Boston, 1947.
- Ismail**, M. B. A.: *Islamic Law and Transnational Diplomatic Law: A Quest for Complementarity in Divergent Legal Theories*, Hampshire, 2016.
- Lee**, L. T.: *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, Oxford, 1991.
- McClanahan**, G. V.: *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, London, 1989.
- Murty**, B. S.: *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven,, 1989.
- Nicholson**, H.: *The Evolution of Diplomatic Method*, Oxford, 1954. (reprinted in 2011 by Leicester University)
- Ogdon**, M.: *Juridical Bases of Diplomatic Immunity: A Study in the Origin, Growth and Purpose of the Law*, Washington D.C., 1936.
- Pazarıcı**, H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş Baskı, Ankara, 1999.
- Rana**, K. S.: *The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence*, London, 2013.
- Reçber**, K.: *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa, 2011.
- Sen**, B.: *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, The Hague, 1965.
- Starke**, J. G.: *Introduction to International Law*, 10th Edition, London, 1989.
- von Glahn**, G., *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7th Edition, New York, 1996.

Wiegand, K. E.: *Enduring Territorial Disputes: Strategies of Bargaining, Coercive Diplomacy, and Settlement*, Georgia, 2011.

Makaleler

Bruns, K.: On the Road to Vienna: The Role of the International Law Commission in the Codification of Diplomatic Privileges and Immunities, 1949-1958, in *Diplomatic Law in a New Millennium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 54-71.

Cahier, P.: Vienna Convention on Diplomatic Relations, *International Conciliation*, vol. 37, 1967, s. 5-40.

Duquet, S. & Wouters, J.: Legal Duties of Diplomats Today, in *Diplomatic Law in a New Millennium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 247-271.

Economidès, C. P.: Le mont Athos et le droit international, *Revue hellénique de droit international*, vol. 38/1, 1985/86, s. 289-294.

Elgavish, D.: Did Diplomatic Immunity Exist in the Ancient Near East, *Journal of History of International Law*, vol. 2/1, 2000, s. 73-90.

Farooque, M.: Persona Non-Grata: Victim of Non-Grata Conducts, *Indian Journal of International Law*, vol. 28/1, 1988, s. 94-103.

Grzybowski, K.: The Regime of Diplomacy and the Tehran Hostages, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 30/1, 1981, s. 42-58.

Ismail, M. B. A.: Justifications and Principles of Diplomatic Immunity: A Comparison between Islamic International Law and International Law, *Journal of Islamic State Practice in International Law*, vol. 9/1, 2013, s. 60-101.

Koniradis, I. M.: The Mount Athos Avaton, *Revue hellénique de droit international*, vol. 53/1, 2000, s. 215-226.

Lauterpacht, E.: The Codification of the Law of Diplomatic Immunity, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 40, 1954, s. 65-81.

Liang, Y. L.: Diplomatic Intercourse and Immunities as a Subject for Codification, *American Journal of International Law*, vol. 47/3, 1953, s. 439-448.

Lyons, B. A.: Personal Immunities of Diplomatic Agents, *British Yearbook of International Law*, vol. 31, 1954, s. 299-340.

Morris, W. G.: Constitutional Solutions to the Problem of Diplomatic Crime and Immunity, *Hofstra Law Review*, vol. 36/3, 2007, s. 601-638.

- Nahlik**, S. E.: Development of Diplomatic Law. Selected Problems, *Recueil des cours*, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 187-364.
- Papastathis**, C. K.: The Regime of Mount Athos, in *Between Cultural Diversity and Common Heritage: Legal and Religious Perspectives on the Sacred Places of the Mediterranean*, edited by Ferrari & Benzo, Surrey, 2014, s. 273-292.
- Partsch**, K. J.: Reprisals, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomatic and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 330-335.
- Partsch**, K. J.: Retorsions, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomatic and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 335-337.
- Przetacznik**, F.: Reaffirmation of Basic Principles of Diplomatic and Consular Law by the International Court of Justice in the American Diplomatic Case in Iran, *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 3/1, 1991, s. 119-152.
- Roye**, P. F.: Reforming the Laws and Practice of Diplomatic Immunity, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 12/1, 1978, s. 91-111.
- Siekman**, R. C. R.: Netherlands State Practice for the Parliament Year 1978-1979, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 11, 1980, s. 193-257.
- Tease**, A. M.: Diplomatic Immunity and Divorce: *Fernandez v. Fernandez*, *Connecticut Law Review*, vol. 21/5, 1989, s. 1071-1095.
- Turack**, D. C.: A Brief Review of the Provisions in Recent Agreements Concerning Freedom of Movement Issues in the Modern World, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 11/1, 1979, s. 95-115.
- Witw**, E. P.: *Persona Non Grata: Expelling Diplomats Who Abuse Their Privileges*, *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 9/2, 1988, s. 345-359.
- Young**, E.: The Development of the Law of Diplomatic Relations, *British Yearbook of International Law*, vol. 40, 1964, s. 141-182.
- Zoglio**, E. M.: Diplomatic Immunity from Local Jurisdiction, *University of Baltimore Law Forum*, vol. 7/2, 1977, s. 33-36.

KONKORDATONUN İŞÇİLİK ALACAKLARI VE İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE YANSIMASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642018>

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP*

Öz

İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde, borçluya karşıya hiçbir takip yapılamayacağı ve başlamış takiplerin duracağı, kesin mühlet kararının alacaklılar bakımından sonuçları arasında düzenlenmiştir. Aynı düzenlemede İİK m. 206'daki birinci sırada yazılı imtiyazlı alacakların ise, takip yasağından istisna tutulduğu ifade edilmiştir. Bahsi geçen imtiyazlı alacaklar arasında çalışma konumuzu oluşturan işçilik alacakları da yer almaktadır. İşçilik alacaklarının imtiyaz kapsamında yer alabilmesi için süre bakımından bir sınırlandırma getirilmiş olmakla birlikte, işçilik alacaklarından hangilerinin bu kapsama dâhil edilmesi gerektiği konusu değerlendirmeye açık bir konudur. Aynı zamanda kesin mühlet kararı verilmesinin sözleşmeler bakımından sonuçlarında genel kurala yer verilmiş, iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi ise bu genel kuraldan istisna tutulmuştur. Buna göre iş sözleşmelerinin feshinde İİK m. 296/f.2, c. 1 değil, iş mevzuatında yer alan feshe ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, imtiyazlı alacaklar, takip yasağı, işçilik alacakları, iş sözleşmesi

THE REFLECTION OF THE CONCORDATUM ON LABOR RECEIVABLES AND EMPLOYMENT CONTRACTS

Abstract

In the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law, it is arranged as the results of the final decision for the creditors that no execution proceeding

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: aslihan.kayik@inonu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3146-4636> (Makalenin Geliş Tarihi: 26.03.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 26.03.2019/Makale Kabul Tarihi: 13.06.2019)

can be made to the debtor and the execution proceeding will be stopped. In the same arrangement the preferential creditor that is written first row in Articles 206, are exempted from the prohibition of execution proceeding. Among these preferential receivables, labor receivables are also included. Although there has been a limitation in terms of time for labor receivables, it is a subject that is subject to evaluation which of the labor receivables should be within this scope. At the same time, there is an arrangement between the provisions on concordatum, which leaves the general rule for the effect of the concordatum on employment contracts. Accordingly, the existence of concordatum alone for the termination of employment contracts is not sufficient and reference is made to the provisions in the labor legislation.

Keywords

Concordatum, preferential receivables, prohibition of execution proceeding, labor receivables, employment contracts

GİRİŞ

Konkordato, iflâsın ertelenmesi kurumunun kaldırılması¹ ve İcra ve İflâs Kanunu'nda 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik üzerine uygulamada sıklıkla adından bahsettiren bir kurum haline gelmiştir. En önemli etkisini ise alacaklılar üzerinde göstermektedir. Kurumun alacaklılar bakımından hüküm ve sonuçlarına bakıldığında, borçluya karşı takip yapma yasağı ve başlamış takiplerin durması karşımıza çıkmaktadır. Ancak konuya ilişkin düzenlemeler arasında bazı alacakların bu hüküm ve sonuçlardan istisna tutulduğu görülmektedir. Buna göre İİK m. 206'da birinci sırada yer alan imtiyazlı alacaklar, borçluya karşı takip yapma yasağından istisna olarak kabul edilmiştir. Birinci sırada yer alan imtiyazlı alacaklara bakıldığında işçilik alacaklarının da bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. Aynı zamanda konkordato sürecinde kesin mühlet kararı verilmesinin sözleşmeler üzerindeki etkisi hususunda, iş sözleşmelerine ilişkin ayrıık düzenleme yer almaktadır. Çalışmamızda ilk olarak hangi işçilik alacaklarının takip yapma yasağından istisna tutulan imtiyazlı alacak olarak kabul edildiği üzerinde durulmuştur. Akabinde konkordato ve işçilik alacaklarını ilgilendiren İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yer alan düzenlemeden ve kesin mühlet kararının iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinden bahsedilmiştir.

I. GENEL ANLAMDA KONKORDATO VE KESİN MÜHLET KARARININ ALACAKLILAR BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Genel Anlamda Konkordato

Konkordato kendi istek ve iradesi dışında işleri iyi gitmeyen, ekonomik durumu bozulmuş dürüst borçluları² koruma amacıyla kabul edilmiş bir

¹ 7101 sayılı Kanun ile iflâsın ertelenmesi kurumu yürürlükten kaldırılmış olup, Kanun'un yürürlük tarihi 15.03.2018 itibariyle iflâs erteleme talep edilemeyecektir. İflâsın ertelenmesine ilişkin hükümler 15.03.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmakla birlikte, İflâs ertelemenin talep edilemeyeceği ve mahkemelerce İflâs ertelemeye karar verilemeyeceği tarih, 669 ve 673 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler uyarınca, 21.07.2016 tarihidir, **Taş-Korkmaz**, Hülya: 7101 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Muhammet Özokes, İstanbul 2018, s. 34.

² Dürüst borçludan ne anlaşılması gerektiği hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 36-42.

kurumdur³. Borçlu tarafından yapılan teklifin kanunda öngörülen nitelikli çoğunluk tarafından kabul edilmesi ve bu durumun yetkili makamca tasdik edilmesi halinde, belirlenen bir zaman içinde borçların, sunulan teklif doğrultusunda ve kendisine uygun şartlar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan hukuki bir imkândır⁴. Konkordato bir takip yolu olmayıp, borçlunun muhtemel takiplerden kurtulmasını amaçlayan ve borçlarını yeniden yapılandırmasını sağlayan, özellikle iflâsa engel olmayı amaçlayan bir kurumdur⁵. Konkordatonun talep edilebilmesi için borçlunun iflâsa tabi olması gerekli olmayıp, şartlar oluştuğunda herkesin konkordato talep edebilmesi mümkündür⁶.

Konkordato için ilk olarak borçlu ya da borçlunun iflâsını isteyebilecek alacaklılardan birinin talebi gerekmektedir⁷. Bu başvuru asliye ticaret mahkemesine yapılacaktır⁸. Mahkemeye dilekçeyle birlikte borçların ne suretle

³ Konkordato hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1443; **Postacıoğlu**, İlhan: Konkordato, İstanbul 1965, s. 12; **Üstündağ**, Saim: İflâs Hukuku, İstanbul 1998, s. 181, 182; **Tanrıver**, Süha/**Deynekli**, Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996, s. 29; Konkordatonun talep edilebilmesi için, borca batıklık gerekli olmayıp, borcun ödenememesi ya da ödeyememe tehlikesi içinde bulunması yeterlidir, **Özekes**, Muhammet: Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, İstanbul 2018, s. 53 (Konkordato); **Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

⁴ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016, s. 527; **Uyar**, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019; **Eroğlu**, Orhan: Uygulamada Konkordato, Ankara 2018; **Karadeniz**, Hasan: Yasal Düzenlemeli ve Uygulama Örneklili Konkordato, Ankara 2018; **Gökgöz**, Ahmet/**Akgül**, Alper: Mali ve Hukuki Yönleriyle Konkordato, Bursa 2018; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 5.

⁵ **Tanrıver/Deynekli**, s. 30; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 527, 528; **Balcı**, Şakir: Türk Hukukunda Konkordato, İzmir 2007, s. 21; **Özekes**, Konkordato, s. 55.

⁶ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 528.

⁷ **Kale**, Serdar: “7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 5 (1), 2018, s. 216 (Adi Konkordato); **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 530; **Balcı**, s. 53.

⁸ Konkordatoda yapılan değişiklikte birlikte icra mahkemesinin konkordatoya ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından görevi sona ermiş olup; mühlet talebi asliye ticaret mahkemesine yapılacak, geçici ve kesin mühlet kararları ile konkordatonun tasdiki yine bu mahkeme tarafından hükme bağlanacaktır, **Kale**, Adi Konkordato, s. 217, 218; **Özekes**, Konkordato, s. 55; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 14.

ödeneceğini belirten bir konkordato ön projesinin de sunulması gerekir⁹. Görevli mahkeme tarafından konkordato şartlarının mevcut olduğunun anlaşılması halinde, geçici mühlet kararı verilir ve konkordato komiseri görevlendirilir¹⁰. Geçici mühlet içinde konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması durumunda borçluya kesin mühlet kararı verilir. Daha sonraki süreçte alacaklıların komiser tarafından toplantıya davet edilmesi üzerine, alacaklılar tarafından yapılan oylama sonucu konkordatonun kabul edilip edilmeyeceği hakkında karar verilir.

Konkordato alacaklılar tarafından kabul edildikten sonra, konkordatonun tasdiki amacıyla asliye ticaret mahkemesine sunulması gerekir. Konkordatonun asliye ticaret mahkemesi tarafından kabul edilmesi halinde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu doğrultuda borçlu borçlarını ödemeye başlar ya da tenzilat konkordatosunun olması halinde borçlu belli oranda borçlarından kurtulur¹¹.

B. Kesin Mühlet Kararının Alacaklılar Bakımından Hüküm ve Sonuçları

1. Borçluya Karşı Takip Yapma Yasağı

Alacaklılar bakımından kesin mühletin sonuçları İcra ve İflâs Kanunu m. 294'te düzenlenmiştir¹². Buna göre mühlet içinde borçluya karşı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacak ve daha önce başlamış olan takipler duracaktır. Aynı zamanda ihtiyati tedbir¹³ ve ihtiyati haciz kararları da uygulanamayacak, bir takip işlemi ile kesilebilen zaman-

⁹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 530; Başvuru esnasında sunulması gereken belgelerde eksiklik olması durumunda hemen red kararı verilememesi, bu eksikliğin bilinçli bir eksiklik olmaması, tereddütlü ya da tekdire dayalı bir sebepten kaynaklanması halinde, borçluya kısa bir süre verilerek eksikliği tamamlama şansının verilmesinin doğru olacağı görüşü için bkz. **Özekes**, Konkordato, s. 67.

¹⁰ Geçici mühlet kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özekes**, Konkordato, s. 68-83; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 21-43; **Kale**, Adi Konkordato, s. 221; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 530.

¹¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 530.

¹² Kesin mühlet kararının alacaklılar ve borçlular bakımından sonuçları, mahkeme tarafından verilen mühlet kararıyla birlikte doğmakla birlikte bu kararın ilanına, tebliğine ya da ilgili yerlere bildirilmesine gerek yoktur, **Kale**, Adi Konkordato, s. 229.

¹³ Buradaki ihtiyati tedbirden kastın borçlunun malvarlığı haklarına ilişkin ihtiyati tedbir kararı olduğu, mühletin şahısvarlığı haklarına ilişkin davalarda alınan ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasına herhangi bir etkisinin olmayacağına ilişkin görüş için bkz. **Atalı**, s. 97.

aşımı ve hak düşümüne ilişkin süreler işlemeyecektir. Bu düzenleme ile borçlunun projesinde yer alan uygulamaları yapabilmesi ve ticaret hayatına devam edebilmesi için alacaklılar tarafından yapılacak icra ve iflâs tehdidinden korunması amaçlanmıştır¹⁴.

Kesin mühlet kararının verilmesi ile duracak takipler borçlunun malvarlığı ile ilgili takipleri olup, borçlunun şahısvarlığı hakkına ilişkin takipler değildir¹⁵. Örneğin bir şeyin yapılması hakkında verilmiş olan bir ilamın konusu malvarlığını ilgilendirmiyorsa, bu ilama dayalı olarak borçlu aleyhine ilamlı takip yapılabilir ya da başlamış bir ilamlı takibe devam edilebilir¹⁶.

2. Mühletten Önce Başlamış Takiplerin Durması

Mühlet içinde borçluya karşı hiçbir icra takip işlemi yapılamayacağı gibi mühletin verilmesinden önce borçlu aleyhine başlamış takipler de durur¹⁷. Bu nedenle mühlet verildikten sonra, borçlunun malları haczedilemez. Ancak alacaklının önceden yaptığı takip nedeniyle haczedilmiş olan bir mal var ve konkordato mühleti verilmeden önce paraya çevrilmiş ise satış bedeli alacaklıya ödenecektir¹⁸.

Konkordato mühleti içinde daha önce başlamış takiplere devam edilemeyeceği ve icra takip işlemi yapılmayacağına ilişkin yasağın çiğnenmesi halinde uygulanacak yaptırım, geçersizlik yaptırımı olacaktır¹⁹. Diğer bir anlatımla yapılan icra takip işlemleri geçersiz olacaktır. Aynı zamanda bu hususa ilişkin şikâyet de bir süreye tabi olmayacaktır²⁰.

Bu yasak hükmü, kesin mühlet verilmesine ilişkin karar tarihinden itibaren geçerli olacaktır²¹. Ancak geçici mühlet kararının kanun gereği kesin mühlet kararının sonuçlarını doğuracak olması nedeniyle, geçici mühlet kararıyla birlikte borçluya karşı takip başlatılmasına ya da başlatılmış

¹⁴ **Kuru**, s. 1460; **Kale**, Serdar (**Öztek**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Yeşilova**, Bilgehan): Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018, s. 207, 210 (Konkordato Şerhi); **Kale**, Adi Konkordato, s. 231; **Kale**, Serdar: İsviçre İcra İflâs Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 4 (2), 2017, s. 156 (Genel Bir Bakış).

¹⁵ **Kuru**, s. 1461; **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 209; **Kale**, Adi Konkordato, s. 231.

¹⁶ **Kuru**, s. 1461.

¹⁷ Söz konusu yasağın icra takibine yönelik talepte bulunulmasına mani olmayacağı hakkındaki görüş için bkz. **Atalı**, s. 97.

¹⁸ **Kuru**, s. 1462; **Atalı**, s. 98.

¹⁹ **Kuru**, s. 1463.

²⁰ **Kuru**, s. 1463.

²¹ **Kuru**, s. 1463; **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 208.

takiplerin durdurulmasına ilişkin bir tedbir kararı verilmesine gerek yoktur²². Geçici mühlete ilişkin karar, mahkeme tarafından verilecek kesin mühlet kararına kadar etkisini sürdürürken, kesin mühlet kararı ise konkordatonun tasdikine kadar olan süreçte etkisini gösterecektir²³. Dolayısıyla mühlet kararı verilmeden önce, borçlu aleyhine takip yapılabilecek ya da başlamış olan takipler devam edebilecektir²⁴.

II. BORÇLUYA KARŞI TAKİP YAPMA YASAĞININ İSTİSNALARI

A. Takip Yasaklarına Genel Bir Bakış

Konkordato mühleti içinde takip yapma ve takibe devam yasağı iflâs takipleri ve davaları için mutlak olmakla birlikte icra takipleri bakımında bu yasağa ilişkin istisnai hükümler öngörülmüştür. Bu istisnalar; borçlu aleyhine, muhafaza tedbirleri ve satış istenememekle birlikte, rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takip²⁵; İİK m. 206'da düzenlenen birinci sıra imtiyazlı alacaklar²⁶; konusu şahısvarlığı hakkı olan veya borçlunun malvarlığı ile ilgili olmayan takipler; ihtiyati haciz kararları uygulanamamakla birlikte borçlu aleyhine açılacak davalar ve ihtiyati tedbir kararının verilmesidir²⁷.

B. İşçilik Alacakları

1. Genel Anlamda

Kanun koyucu korunmaya özel olarak muhtaç olmaları nedeniyle bazı alacakların diğerlerinden daha önce ödenmesi gerektiğini kabul ederek, bu

²² Aralarında nitelik olarak farklılıklar olmakla birlikte geçici mühletin, kesin mühletin öncülü de olması sebebiyle, geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğuracaktır. Detaylı bilgi için bkz. **Özkes**, Konkordato, s. 81; **Kale**, Adi Konkordato, s. 222.

²³ Kesin mühlet hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atalı**, Murat: Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, İstanbul 2018, s. 85-109; **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 208.

²⁴ **Kuru**, s. 1463.

²⁵ Rehinli mallara ilişkin getirilen muhafaza tedbiri ve satışa ilişkin yasak borçluya ait olan rehinli mallar içindir. Bu nedenle borç nedeniyle üçüncü kişiler tarafından tesis edilmiş bir rehin bulunmaktaysa, muhafaza ve satış yasağı bu rehin hakkı için geçerli olmayacak, bu tür rehinli alacak bakımından muhafaza ve satış talep edilebilecektir, **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 212; **Kale**, Adi Konkordato, s. 231.

²⁶ Mehaz İsviçre hukukunda bu alacakların konkordatoya tabi olmayıp tamamen ödenecek olmaları ve bu alacaklar için teminat gösterilmesi zorunluluğu bulunması nedeniyle konkordato sürecinde yeteri kadar korundukları bu nedenle mühlet içinde takip yasağına takılmamalarının gerekli olmadığı kabul edilmektedir, **Kale**, Adi Konkordato, s. 232.

²⁷ **Kuru**, s. 1464-1466; **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 212.

alacaklara imtiyaz tanımıştır²⁸. Buradaki imtiyazlı sıfatına alacaklının değil alacağın sahip olması nedeniyle, alacaklı tarafından bu alacağın başkasına devredilmesi halinde, imtiyaz hakkı da alacakla birlikte devralan alacaklıya geçecektir²⁹. Ancak İşK. m. 35'e göre, işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ücret güvencesi açısından öngörülen bu devir yasağı, işçinin ücretine ilişkin olduğundan ücret niteliği taşımayan alacaklar devir yasağının kapsamı dışında kalacaktır³⁰. Dolayısıyla ücret güvencesinin kapsamı dışında kalan alacakların üçüncü bir kişiye devri halinde, imtiyaz hakkı da alacakla birlikte devralan alacaklıya geçecektir.

Birinci sırada yer alan alacaklar: “A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları, B) İşverenlerin, işçileri için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzelkişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları, C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları”.

Çalışma konumuzu, imtiyazlı alacaklar arasında yer alan işçilik alacakları oluşturmaktadır. Dolayısıyla yapılacak açıklamalarda birinci sıra imtiyazlı alacak tabiri yerine işçilik alacakları kullanılacak ve konu bu kapsamda incelenecektir.

2. Süre Sınırı Açısından İmtiyazdan Faydalanabilecek İşçilik Alacakları

İşçilik alacaklarının imtiyazlı alacak olarak değerlendirilmesi, İİK m. 206 tarafından bir süre sınırlamasına tabi tutulmuştur. Bu süre “...İflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş...” şeklinde ifade edilmiştir. Burada yer alan bir yıllık süreden önce doğmuş ya da iflâstan sonra

²⁸ Bu haklara imtiyaz tanınması, icra hukuku bakımından kişiliğin ve kişilik haklarının korunması ilkesine dayandırılabilir. Bu konu ve icra hukukunda temel hak ve ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009; İşverenin iflâs etmesi halinde işçilik alacaklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Sungurtekin-Özkan**, Meral: İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılınması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum, Ankara 2008.

²⁹ **Kuru**, s. 1274.

³⁰ **Süzek**, s. 389.

doğmuş işçilik alacakları ise imtiyazlı kabul edilmeyecektir³¹. İflâsın ertelenmesi kurumu mevcutken “İflâsın açılmasından önceki bir yıl” ifadesi, iflâsın ertelenmesinde “erteleme kararının verildiği tarihten önceki bir yıl” şeklinde kabul edilmekteydi³². Kanunun değişiklik yapılmadan önceki haline ilişkin olarak bir yıllık sürenin hesaplanmasında şu sürelerin hesaba katılmayacağı belirtilmiştir; “1) İflâsın açılmasından önce mühlet de dahil olacak şekilde geçirilen konkordato süresi, 2) İflâsın ertelenmesi süresi 3) Alacağa ilişkin açılan davanın devam ettiği süre, 4) Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesinde, ölüm tarihinden tasfiye kararı verilmesine kadar geçen süre”³³. Buna göre sürenin hesabında, iflâsın açılmasından önce mühlet de dahil olmak üzere geçirilen konkordato süresi hesaba katılmaz³⁴.

Kesin mühlet kararının alacaklılar bakımından sonuçlarına ilişkin İİK m. 294/f.2’de takip yapma yasağının istisnası, İİK’nun iflâsa ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan m. 206’ya atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir. Maddede yer alan bir yıllık süre de iflâsın açılması tarihi esas alınarak düzenlenmiştir. Konkordatoda bir yıllık sürenin tespiti noktasında, m. 206’ya atıf yapılmak yerine ayrı bir düzenlenmenin yapılmış olması hiç şüphesiz ki tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Ancak hali hazırda böyle bir düzenleme olmayıp m. 206’ya atıf yapıldığı için, bir yıllık sürenin başlangıcının konkordatoya başvuru yani geçici mühlet talebi tarihi olarak anlaşılması gerekir³⁵. Dolayısıyla imtiyazlı alacak olarak kabul edilen işçilik alacakları,

³¹ **Deynekli**, Adnan/**Kısa**, Sedat: Haciz ve İflâsta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005, s. 696; **Sungurtekin-Özkan**, s. 102.

³² İflâsın ertelenmesi kurumu mevcutken 1 yıllık süreye ilişkin Yargıtay’a intikal etmiş bir karar için bkz. “...İİK’nun 206. Maddesinde yazılı bulunan “İflâsın açılmasından önceki bir yıl” ifadesiyle belirlenen sürenin; İflâsın ertelenmesinde “erteleme kararının verildiği tarihten önceki bir yıl” olarak kabulü gerekir. Somut olayda, İİK’nun 206/1. Maddesinde öngörülen (alacağın tahakkuk tarihi) icra mahkemesince tespit edildiği üzere 12.04.2006 olup, 21.06.2006 tarihinde 1 yıl süreyle İflâsın ertelenmesine karar verildiğine göre takibe konu işçi alacağı İİK’nun 206. Maddesinin birinci sırasındaki alacaklardan olup, İİK’nun 179/b-3. Maddesindeki istisna kapsamında kaldığından mahkemece icra müdürü işleminin iptaline karar vermek gerekirken şikayetin reddi isabetlidir...”, Y. 12. HD., E. 2008/22156, K. 2009/2154, T. 10.02.2009 ve benzer nitelikli kararlar için bkz. Y. 12. HD., E. 2008/16657, K. 2008/20589, T. 21.11.2008, Y. 12. HD., E. 2008/17246, **Bilgen**, Mahmut: İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Sıra Cetveli İhalenin Feshi, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 217, 219, 224.

³³ **Kuru**, s. 1275.

³⁴ **Kuru**, s. 1465.

³⁵ Aynı doğrultudaki görüş hakkında bkz. **Kale**, Konkordato Şerhi, s. 213; İşçi alacaklarının imtiyazları hakkındaki süreye ilişkin yargıya intikal etmiş bir olay hakkında bkz. “...İşçi alacaklarının haciz yolu ile düzenlenecek sıra cetvellerindeki imtiyazları, haciz

konkordatoya başvuru tarihinden³⁶ önceki bir yıl içinde doğmuş işçilik alacaklarıdır. Bu süreden daha önce ya da konkordatoya başvuru tarihinden sonra doğmuş işçilik alacakları, bu düzenleme nedeniyle imtiyazlı alacak olarak nitelendirilemeyecek, konkordato hükümlerine tabi olacaktır.

3. Tür Bakımından İmtiyazdan Faydalanabilecek İşçilik Alacakları

Alacağın türü bakımından ilgili düzenlemede ihbar ve kıdem tazminatları dâhil olmak üzere işçilik alacaklarının bu imtiyazdan faydalanacakları yer almaktadır. İhbar ve kıdem tazminatı açık bir şekilde zikredilmiş olmakla birlikte, diğer işçilik alacakları açık bir şekilde sayılmamıştır. Ancak bu alacakları ücret³⁷, fazla çalışma alacağı³⁸, hafta tatili ile ulusal bayram ve

*talep tarihinden geriye doğru bir yıllık süre için söz konusudur; bu sürelerin hesaplanmasında 206 ncı maddenin son fıkrasında sayılan durma nedenleri de dikkate alınır. Davacının hizmet akdi 01.03.2003 günü feshedilmiş, dava süresi de göz önüne alınmakla kesin haczi 4 ay 12 günlük süre sonunda va'zedilmiştir...Görüldüğü gibi her iki alacaklı bakımından da geriye doğru birer yıllık imtiyaz süresi geçmemiş, diğer bir ifade ile alacaklılar imtiyazlı süreden çıkmamışlardır...”, Y. 19. HD., E. 2008/7101, K. 2008/9245, T. 09.10.2008, Benzer nitelikteki bir diğer karar hakkında bkz. “...Somut olayda şikâyet edenin iş akdi 20.12.2001 tarihinde feshedilmiş, alacak davası ise iş akdinin feshinden 1 yıl 7 gün sonra 27.12.2002 tarihinde açılmıştır. Müflis şirketin iflâsına ise 7.2.2003 tarihinde karar verilmiştir. Şikâyet edenin alacağı iflâsın açılmasından önceki bir yıl içerisinde tahakkuk etmeyip, daha önceki bir tarihte tahakkuk ettiğinden öncelikli olarak sıra cetvelinin 1. sırasına kaydedilmesi isabetli değildir. Bu nedenle şikâyetin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirmiştir...” , Y. 19. HD., E. 2007/9177, K. 2008/1288, T. 15.02.2008, **Bilgen**, s. 799, 802.*

³⁶ 7101 sayılı Kanun ile İİK.'da değişiklik yapıldıktan sonra konkordatoya başvuru ve geçici mühlet talebi eş zamanlı gerçekleşmektedir, **Özkes**, Konkordato, s. 45; Konkordatoya başvuru beraberinde mühlet talebini de getirdiğinden, konkordatoya başvuru tarihi ile mühlet talebi tarihi aynı zamanı ifade etmektedir.

³⁷ **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, İstanbul 2017, s. 149; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 236; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 58; **Akyığıt**, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008, s. 1476; **Çil**, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 2148; **Çopuroğlu**, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013, s. 11; **Evren**, Öcal Kemal, İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 21; Ücrete ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “...İş sözleşmesinin varlığı için gerekli ikinci unsur “ücret” olup, bu unsur iş sözleşmesinin esaslı öğelerindendir. Bir işin görülmesi, karşı tarafın ücret ödemeyi vaat etmesi karşılığında olur. Bu nedenledir ki, ücret karşılığı olmadan yapılan çalışmalar iş sözleşmesi sayılmaz. Burada hemen belirtelim ki, ücret miktarının açıkça kararlaştırılması gerekli olmayıp, işin bir ücret karşılığı yapılacağına gerekli ve olağan görüldüğü hâllerde ücret kararlaştırılmış sayılır...”, YHGK, E.2015/9-3561, K. 2018/77, T. 24.1.2018, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.5.2019.

genel tatillerde çalışılması halinde oluşan ücret alacağı, yıllık ücretli izin alacağı, ikramiye alacağı, prim alacağı³⁹ gibi saymak mümkündür⁴⁰. İhbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı ile diğer işçilik alacaklarını, alacağın tahakkuk etme tarihi esas alınmak suretiyle iki grup halinde incelemek mümkündür. Bu doğrultuda ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı bir grupta, diğer işçilik alacakları ise diğer bir grupta incelenebilir.

İlgili düzenlemede “İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları...” bilgisi yer almaktadır. Tahakkuk tarihi esas alınmak suretiyle, yukarıda iki gruba ayırmış olduğumuz işçilik alacakları açısından değerlendirme yapmak gerekirse;

Birinci grupta kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı yer almaktadır. Bu alacakların mevcudiyeti için kısaca şartlarına bakmak gerekecektir. Kıdem tazminatının hukuki dayanağını 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi uyarınca, 1475 sayılı İşK m.14 oluşturmaktadır⁴¹. Buna göre kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi için; işçinin en az bir yıllık çalışmasının olması, iş kanunlarına tabi çalışmasının olması ve iş sözleşmesinin kanunda belirtilen hallerden biriyle sona ermesi gerekmektedir⁴². Kanunda belirtilen sona erme halleri; işveren tarafından İşK m. 25/f.2 dışında fesih, işçi tarafından m. 24. uyarınca fesih, muvazzaf askerlik nedeniyle fesih, yaş-

³⁸ Fazla çalışmanın gece döneminde yapılması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Mülayim, Baki Oğuz**: “İş Hukukunda Gece Döneminde Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, S. 2, s. 97-112.

³⁹ Prim hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kayık Aydınalp**, Aslıhan: “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt.9, S. 36, Y. 2018, ss.53-72.

⁴⁰ İş kazasından doğan manevi tazminat alacağının da imtiyaz kapsamında olduğuna ilişkin Yargıtay’a intikal etmiş bir karar hakkında bkz. “...İş kazasından doğan manevi tazminat alacağının işçi alacağı niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir...”, Y. 19. HD., E. 2006/9508, K. 2007/354, T. 25.01.2007, **Bilgen**, s. 803; **Sungurtekin-Özkan**, s. 103.

⁴¹ **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 591; **Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, 12. Basım, Ankara 2018, s. 357-360; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 255.

⁴² **Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 233-236; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 312-317; **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 592-600; **Akyiğit**, s. 361-374; **Süzek**, s. 734; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 237, 238; **Senyen Kaplan**, s. 261; **Korkmaz**, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 250-252; **Andaç**, Faruk: İş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2014, s. 123.

lılık aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla fesih, kadın işçinin evlenme nedeniyle sözleşmesini feshetmesi, işçinin ölümüdür⁴³. İhbar tazminatı açısından ise, süreli fesihte İşK m. 17 ve Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinde, tarafların uymakla yükümlü olduğu bildirim süresinin sona ermesi ile iş sözleşmesi sona erecektir. Bildirim süresine uyulmaksızın iş sözleşmesinin derhal sona erdirilmesi durumunda, bildirim süresine uymayan taraf diğer tarafa ihbar tazminatı adı altında bir ödeme yapmak zorunda kalacaktır. Yıllık ücretli izin alacağına ise, yıllık ücretli izin hakkının ücret alacağına dönüşebilmesi için artık işçinin çalışma imkânının kalmamış olması yani iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerekir. Dolayısıyla ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağının tahakkuk edebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerekir. Tahakkuk edebilme şartı olarak iş sözleşmesinin sona ermesi, bu üç alacak için ortak olduğundan, bunlar bir grup içinde değerlendirilmiştir. Bu grupta değerlendirilecek alacaklılar, iş sözleşmesi sona ermiş olan işçilerdir. Yani geçici mühlet talebi tarihinde konkordato için başvuran işyerinde çalışmaya devam eden işçiler açısından bu grupta yer alan alacaklar imtiyazlı alacak olarak nitelendirilemeyecektir. Diğer bir anlatımla mühlet talebi tarihinden sonra iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle doğan bu alacaklar imtiyaz hakkına sahip olamayacaktır.

Bu alacaklar iş sözleşmesinin sona ermesiyle doğmakla birlikte, imtiyaz kapsamında olabilmeleri için öngörülen bir yıllık süre açısından ayrıca değerlendirme yapmak gerekir. İhbar tazminatının miktarı İşK m. 17 uyarınca işçinin işyerinde geçirmiş olduğu kıdemine göre belirlenecektir. Örnek vermek gerekirse işçinin işyerindeki kıdemi dört yıl ise, ihbar tazminatı hesabında esas alınması gereken süre İşK m. 17/f.2,d uyarınca sekiz haftadır. İşçinin dört yıllık kıdemine ilişkin ihbar tazminatı hesaplanırken, sekiz hafta dikkate alınacaktır. Dört yıllık kıdemi olan işçinin iş sözleşmesinin 12.12.2018 tarihinde sona erdiği, konkordatoya başvuru tarihinin de 1.1.2019 olduğunu varsayalım. Dört yıllık kıdeme ilişkin ihbar tazminatı 12.12.2018 tarihinde doğacağından ve bu tarihin de konkordato başvuru tarihinden önceki bir yıl içinde kaldığından imtiyaz kapsamında değerlendirilecektir. Aynı şekilde kıdem tazminatı da işçinin sahip olduğu kıdem yılı dikkate alınarak hesaplanacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, 10 yıllık kıdeme sahip işçinin kıdem tazminatı hesaplanırken, işçinin son almış

⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 312-317; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 592-600; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 244-248; Senyen Kaplan, s. 256-261; Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2015, s. 191-193; Andaç, s. 123, 124.

olduğu ücretin 10 ile çarpılmasıyla sonuca ulaşılabacaktır. Yukarıda yer alan iş sözleşmesinin sona erme tarihi ile konkordato başvuru tarihini burada da esas alacak olursak, 10 yıllık kıdeme sahip işçinin kıdem tazminatı 12.12.2018 tarihinde doğacak ve bu tarih de konkordato başvuru tarihinden önceki bir yıl içinde kalacağından imtiyaz kapsamında değerlendirilecektir. Yıllık ücretli izin hakkına ilişkin alacak ise, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretidir. Bu alacak, iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ücret alacağı şeklinde doğmaktadır. Bu nedenle bu işçilik alacağının imtiyazlı kabul edilebilmesi için öngörülen bir yıllık süre, iş sözleşmesinin sona erme tarihi esas alınmak suretiyle belirlenecektir. Örnek vermek gerekirse, 4 yıldır yıllık ücretli izin hakkını kullanmayan işçinin, yıllık ücretli izne ilişkin ücret hakkı 4 yılda kullanmadığı süreler esas alınarak hesaplanacaktır. Bu alacağa ilişkin zaman aşımı süresi de iznini kullanmadığı tarihten itibaren değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren işleyecektir. Bu nedenle bu alacağın imtiyaz kapsamında olup olmadığı değerlendirilirken, konkordato talebi tarihinden geriye doğru sadece bir yıl içinde kullanılan izinlere ilişkin olarak değil, işçinin kullanmadığı tüm izin süreleri dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır⁴⁴. Örneğin, konkordato talep tarihinin 1.1.2019 olduğunu ve işçinin 2015, 2016, 2017 ve 2018 yıllarına ilişkin kullanmadığı yıllık ücretli izin hakkı mevcutken iş sözleşmesinin 12.12.2018 tarihinde sona erdiğini varsayalım. İşçinin kullanmadığı dört yıla ilişkin izin hakkı, iş sözleşmesinin sona erme tarihi olan 12.12.2018 tarihinde ücret alacağına dönüşecektir. Yani yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ücret alacağı bu tarihte doğacaktır. Hakkın doğma tarihi olan 12.12.2018, konkordatoya başvuru tarihinden önceki bir yıllık süre içinde doğduğundan, iznin kullanılmadığı dört yıla ilişkin ücret alacağı imtiyaz kapsamında değerlendirilecektir.

İlgili düzenlemede ihbar ve kıdem tazminatına iki kez yer verilmiştir. Buna göre; “İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları”. Düzenlemenin ikinci kısmında iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları da

⁴⁴ Aksi yöndeki, birikmiş yıllık izinlerden sadece iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde hak edilmiş fakat kullanılmamış izinlerin imtiyazlı olacağına ilişkin görüş için bkz. **Sungurtekin-Özkan**, s. 111, 113; İflâsın ertelenmesi halinde yapılan aksi yöndeki görüş için bkz. **Deynekli**, Adnan: “İflâsın Ertelenmesinin İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, s. 58.

imtiyazlı işçilik alacakları arasında yer alacaktır⁴⁵. Yukarıda bahsedilen bir yıllık süre burada söz konusu değildir. Burada yer alan “iflâs” kavramının konkordato durumunda “konkordato” olarak kabul edilip işlem yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çıkarımdan devam edecek olursak, ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin ikinci kısmın “konkordato nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları” şeklinde anlaşılması uygun olacaktır. Her ne kadar aşağıda “Kesin Mühlet Kararının İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi” başlığı altında⁴⁶ detaylı olarak incelendiği üzere, konkordato başlı başına bir fesih sebebi olmamakla birlikte, başlıkta değinilen hallerde feshe yol açması halinde doğacak ihbar ve kıdem tazminatlarının da madde kapsamına dâhil edilip, imtiyazlı sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Örnek vermek gerekirse, kesin mühlet süresi içinde işverenin küçülmeye gitmesi durumunda ve iş gücü fazlalığının ortaya çıkması şartıyla, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin kazanabileceği ihbar ve kıdem tazminatlarının imtiyaz kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, konkordatonun yarattığı ekonomik sebepler nedeniyle iş sözleşmesi, iş mevzuatında yer alan özel düzenlemeler uyarınca feshedilebilecek ve bu alacaklar imtiyaz kapsamında değerlendirilmediğinde işçi çoğu zaman bu alacaklarının tahsili konusunda sıkıntı yaşayacaktır. Bu konuda açık bir düzenlemenin yapılmasının işçi açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca böyle bir düzenleme, işverenleri de konkordato nedeniyle meydana gelen ekonomik sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesini feshederken daha dikkatli davranmaya sevk edecektir.

İkinci grupta yer alan işçilik alacaklarından ücret alacağı, fazla çalışma alacağı, prim alacağı, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma nedeniyle gerçekleşen ücret alacağı ile ikramiye alacağının doğabilmesi için, ödeme zamanının gelmiş olması gerekir. Dolayısıyla bu grupta yer alan işçilik alacaklarının imtiyazlı alacaklar arasında yer alabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerekli değildir. Bu nedenle hali hazırda geçici mühlet kararı alınan işyerinde çalışan işçilerin bu alacakları, mühlet kararından önce alacakların ödeme zamanının geçmiş olması halinde muacceliyet kazanacak ve imtiyazlı alacaklar grubu içinde yer alacaktır. Ancak ödeme zamanının geçici mühlet tarihinden sonra olması durumunda açıklanan sebep nedeniyle imtiyazlı alacaklar içinde yer almayacaktır. Bu alacaklar, konkordatonun kabul edilmesi halinde, konkordato hükümlerine tabi olacaktır.

⁴⁵ Sungurtekin-Özkan, s. 115.

⁴⁶ Bkz. IV, B. “Kesin Mühlet Kararının İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi”.

Bu grupta yer alan alacaklar ücret alacağı olarak kabul edilir ve ücrete ilişkin hukuki rejime tabi olur. Ücrete ilişkin İşK m. 32/f.5'e göre, ücret en geç ayda bir ödenir, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. Bu hükümden hareket ettiğimizde ücret en geç ayda bir ödenecekse, belirlenen ödeme günü geldiğinde ücret hakkı doğmuş olacaktır. Örnek vermek gerekirse ücretin ayın onunda ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu tarihte ücret alacağı doğmuş olacaktır. Zamanaşımı süresi de ödeme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu grupta yer alan alacakların doğabilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesinin gerekli olmadığından yukarıda bahsettik. Bu nedenle bu alacakların imtiyaz kapsamında değerlendirilebilmesi için her bir alacağın doğum tarihinin dikkate alınması gerekir. Örnek vermek gerekirse, işçinin 1.1.2015 tarihinden itibaren her ay ücretinin eksik yattığını ve konkordato başvuru tarihinin 1.1.2019 olduğunu varsayalım. Ücret alacaklarının da her ayın onunda ödendiğini kabul edecek olursak, işçinin 2017 aralık ayı ücreti ile 1.1.2018-1.1.2019 tarihleri arasında eksik yatan ücret alacakları imtiyaz kapsamında değerlendirilecektir. Ancak işçinin 2018 yılının aralık ayına ilişkin ücreti, 10.1.2019 tarihinde tahakkuk edeceği için bu ücret alacağı imtiyaz kapsamında değerlendirilmeyecektir. 1.1.2018'den önce doğan ücret alacakları da bir yıllık sürenin kapsamına girmediğinden, imtiyaz kapsamında değerlendirilmeyecek, konkordato hükümlerine tabi olacaktır.

İmtiyaz kapsamında değerlendirilmeyen, konkordato hükümlerine tabi işçilik alacaklarının akıbeti açısından şöyle bir değerlendirme yapmak mümkün olabilir. İcrada mevcut paylaşırma esasları genel anlamda gözetilecek olursa, borçlunun mevcudunun bütün borçlarını ödemeye yetmemesi halinde bir sıranın oluşturulması söz konusudur. Bu sıra ise İİK m. 206'da gösterilmiştir. Buna göre, malın aynından doğan kamu alacakları ile rehinli alacaklar, imtiyazlı alacaklar ve imtiyazsız alacaklar şeklinde bir sıralama yapılır. Konkordato projesine dâhil olan işçilik alacakları bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda konkordato hükümlerine tabi işçilik alacaklarının kıyasen uyguladığımız sıra önceliği nedeniyle imtiyazsız alacaklara göre öncelikle ödenmesi gerekir. Zira konkordatonun reddedilmesi ve iflâsa karar vermenin söz konusu olması halinde de işçiler İİK m. 206'da yer alan sıra uyarınca alacaklarını imtiyazsız alacaklılara göre öncelikle alacaklardır. Hem konkordatoda şartları taşıyan imtiyazlı işçilik alacaklarının takip yasağı dışında tutulması, hem de iflâs halinde işçilik alacaklarının imtiyazlı alacak olarak imtiyazsız alacaklara göre öncelikle ödenecek olması, konkordato hükümlerine tabi işçilik alacakları açısından da daha hakkaniyete uygun bir yöntemin uygulanmasını

gerekli kılar. Bu nedenle konkordato hükümlerine tabi işçilik alacaklarının, paylaştırmadaki sıra esaslı gözetilerek imtiyazsız alacaklara göre öncelikle ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. İmtiyazlı Alacakların Tespiti Meselesi

a. Önemi

İmtiyaz kapsamına dâhil olan işçilik alacaklarının tür olarak hangileri olduğuna ilişkin bir belirleme yaptıktan sonra bu alacaklıların kimler olduğunun tespitinin yapılması gerekir. Hiç şüphesiz ki bu hak işçilere aittir. Ancak işçilik alacakları ve bunların miktarı, istisnalar olmakla birlikte çoğu zaman çekişmeli alacaklardır. Dolayısıyla konkordatoda bu alacakların türünün ve miktarının belirlenmiş olması, imtiyazlı alacaklara ilişkin pek çok hükmün uygulanması noktasında faydalı olacaktır. Tür olarak tespit edilen işçilik alacaklarının imtiyazdan yararlanabilmeleri için komiser ve mahkemenin bu alacaklardan haberdar olması gerekir. Özellikle bu tespit imtiyazlı alacaklar için öngörülen, konkordato projesinin tasdik şartlarından biri olan teminatın sağlanıp sağlanmadığı hususunda önem arz etmektedir.

İflâta, masaya yazdırılan her iflâs alacağı hakkında iflâs idaresi ayrı ayrı inceleme yapar. İnceleme yaparken, masaya yazdırılan alacağın mevcut olup olmadığını, mevcut olması halinde miktarını, alacağı yazdıran kişinin o alacağın gerçek alacaklısı olup olmadığını, alacağın imtiyazlı olup olmadığını ve imtiyazlı ise sırasının ne olduğunu dikkate alarak tespit yapar⁴⁷. Oysa konkordato komiserinin böyle bir yetkisi bulunmayıp, sadece bildirilen alacakları kaydeder, konkordato sürecinde bir alacağı kabul edip etmeme yetkisi sadece borçluya aittir⁴⁸.

b. Tespit Yöntemleri

Konkordato talep edilirken, bu talebe bazı belgelerin eklenmesi gerekli kılınmıştır. İİK m. 286'ya göre eklenecek belgeler arasında c bendinde; alacaklıları, alacak miktarlarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren liste de yer almaktadır. Borçlu tarafından bu bent uyarınca sunulan bir liste ile borçlular ilk kez ismen zikredilmiş olmaktadır. Listede gerek imtiyazlı gerek adi alacaklar yer alabilecektir. Bu madde kapsamında düzenlenen belgelerin

⁴⁷ Kuru, s. 1318.

⁴⁸ Pekcanitez/Erdönmez, s. 57; Bilgen, s. 315; Atalı, s. 107; Kale, Adi Konkordato, s. 242.

eksiksiz olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde, m. 287 uyarınca geçici mühlet kararı verilecektir⁴⁹.

Geçici mühlet kararı, komiser tarafından m. 288 uyarınca ticaret sicili gazetesinde ve Basın-İlan Kurumu'nun resmi ilan portalında ilan olunur. Bu ilan ile alacaklılar m. 299 uyarınca ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet edilir. Aynı zamanda adresi belli olan alacaklılara ilanın birer sureti posta ile gönderilir. İlanda, alacaklarını bildirmeyen alacaklıların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine de kabul edilmeyecekleri ihtar da yazılır⁵⁰. Böylece borçlu tarafından sunulan konkordato projesinde zikredilmeyen alacaklardan bu aşamada haberdar olunabilir. İmtiyazlı alacakların bu davete icap etmemesi, alacaklarını imtiyazlı sınıfından çıkarmayacaktır. Ancak imtiyazlı alacaklara tanınan imkânlardan faydalanabilmeleri için de bu alacaklardan haberdar olunması gerekecektir⁵¹. Alacaklıların davete icap etmemelerinin yaptırımı olarak m. 299'da, bilançoda kayıtlı olmadıkları müddetçe konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyecekleri öngörülmüştür. Bildirilmeyen bu alacaklar arasında imtiyazlı alacaklar da yer alabilir. Ancak bu alacaklar m. 302 uyarınca zaten alacaklı çoğunluğun hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Komiser iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmak amacıyla m. 300 uyarınca borçluyu davet eder. Aynı zamanda komiser borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinden gerekli incelemeyi yapacaktır. Borçlu tarafında sunulan listede yer alan alacaklar ve bunların miktarı, esasen borçlu tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Komiserin inceleme yetkisi, listede yer almayan ya da yer almakla birlikte alacak miktarı ya da kalemlerinin daha fazla bildirildiği alacaklara ilişkin olmalıdır. Bu nedenle borçlunun davete icap etmemesi halinde ya da icap etmekle birlikte alacaklı tarafından bildirilen alacak miktarından daha az beyan etmesi halinde, muvazaa hali saklı kalmak kaydıyla, komiserin borçlu tarafından sunulan listedeki beyanına itibar edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak komiserin işyerine ilişkin belgelerden ulaştığı fakat bildirilmeyen alacakları tespit edip bunlara raporunda yer verebilmesi, konkordatonun amacına ulaşması bakımından hiç şüphesiz ki mümkündür.

⁴⁹ Konkordato talebini alan mahkeme sayılan belgelerin şekli olarak tamam olması halinde, içerik incelemesi yapmaksızın Kanun'un lafzına göre geçici mühlet kararını verecektir, **Özkes**, Konkordato, s. 49, 50; **Kale**, Adi Konkordato, s. 220.

⁵⁰ "Bu çağrının amacı borçlunun pasif malvarlığı değerlerinin açıklığa kavuşturmak ve konkordato görüşmelerinde oy kullanacak alacaklıları belirlemektir.", **Kale**, Adi Konkordato, s. 240.

⁵¹ **Pekcantez/Erdönmez**, s. 56.

Dolayısıyla konkordato komiseri imtiyazlı alacaklardan üç türlü haberdar olur. Bunlardan ilki konkordato talebiyle birlikte sunulacak bir alacaklılar listesi, diğeri alacaklıların ilan suretiyle daveti üzerinde alacaklıların alacaklarını bildirmesidir. Aynı zamanda borçluya ait diğere belge ve envanterlerin incelenmesi suretiyle de alacaklılar tespit edip, raporunda yer verebilir.

5. Çekişmeli Alacak Kavramı

Komiser tarafından hazırlanan raporda yukarıda bahsettiğimiz komiserin inceleme yetkisine giren alacakların, borçlu tarafından tamamen ya da kısmen reddedildiğine ilişkin beyanın yer almasıyla bu alacaklar çekişmeli alacak haline gelmiştir. Aynı zamanda borçlu tarafından kabul edilmekle birlikte miktarındaki ihtilaf nedeniyle saptanması mahkeme kararına bağlı olan alacaklar, düzenlenen raporda çekişmeli olarak gösterilecektir. İşçilik alacaklarının çoğu zaman itiraza uğrayacak olmaları kuvvetle muhtemeldir. Komiser alacaklıları, alacaklarını bildirmek üzere çağırdıktan sonra, borçlunun da bu alacaklar hakkında görüşünü alır ve borçlunun kabul etmediği alacaklar çekişmeli alacak olarak kayıt olunur⁵².

İİK m. 308/b'de itiraza uğramış çekişmeli alacaklar hakkında dava imkânı getirilmiştir. İlgili düzenlemede bu alacakları imtiyazlı ya da adi alacak olduğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır⁵³. Dolayısıyla alacakları çoğunlukla itiraza uğradığı için çekişmeli alacak niteliğinde olan işçilik alacaklarını da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece takip yapma yasağının istisnaları arasında yer almakla birlikte bu dava hakkını da tanıdığımızda ikinci bir güvenceye kavuşmuş olacaklardır. Buna göre, alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabileceklerdir. Aynı zamanda 2. fıkrada yer alan düzenleme ile bu alacaklar için güvence getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre, tasdik kararı veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Bir aylık süre içinde dava açmamış olan alacaklılar ise, bu paydan ödeme yapılmasını talep etme hakkını kaybedecekler ve bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilecektir.

⁵² **Kale**, *Adi Konkordato*, s. 242; Borçlunun kabul ettiği bir alacağa diğere alacaklıların ya da komiserin itiraz etmesi bu alacağı çekişmeli hale getirmeyecektir, **Bilgen**, s. 321.

⁵³ Bu alacakların sadece adi alacaklar olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 152.

Komiser tarafından alacaklılar, konkordato projesinin hazırlanması, alacakların bildirilmesi ve tahkiki tamamlandıktan sonra, yeni bir ilanla konkordato projesini müzakere etmek üzere tekrar toplantıya davet edilir. Böylece alacaklılar toplantısı gerçekleştirilmeye çalışılır. Bu toplantıda konkordato projesinin kabul edilebilmesi için belirli bir çoğunluk tarafından imza edilmiş olması gerekir⁵⁴. Bu oylamada imtiyazlı alacaklar başta olmak üzere bir kısım alacaklar dikkate alınmayacaktır. Buna göre, çekişmeli ya da geciktirici şarta bağlı ya da belirli olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmayacağına ve hangi oranda katılacaklarına ise mahkeme tarafından karar verilecektir. Mahkeme tarafından hızlı bir inceleme yapılarak, alacaklının ibraz ettiği belgelerden ve gerekli görmesi halinde bilirkişi incelemesi yapmakla birlikte detaylı bir inceleme yapmaksızın, konkordato sürecinde alacaklıya oy ya da teminat hakkı tanınmayacağı sorununa çözüm bulunacaktır⁵⁵. Alacağın gerçekten mevcut olup olmadığı ise işin esasını inceleyecek mahkemeye ait olacaktır⁵⁶.

6. Teminat

Kesin mühlet içinde hazırlanan konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için İİK m. 305'te öngörülen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlardan biri de m. 206'da yer alan birinci sıra imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklının bundan açıkça vazgeçmediği sürece yeterli bir teminata bağlanmış olmasıdır. Teminat aynı ya da şahsi teminat olabilir⁵⁷. Bu nedenle konkordatonun tasdik edilebilmesi için çalışma konumuz açısından işçilik alacakları için teminat gösterilmiş olması gerekecektir. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için işçilik alacakların ve bunların miktarlarının tam olarak belirlenmiş olması gerekir. Zira madde metninde bu alacakların tam olarak ödenmesinin teminata bağlanmış olması şartı aranmaktadır.

Komiser tarafından alacaklılar toplantısı gerçekleştirildikten sonra açık verilerin yer aldığı konkordato dosyasının mahkemeye sunulması gerekir.

⁵⁴ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. "...Çoğunluk koşulunun hesaplanmasında göz önünde tutulacak olan alacaklar konkordatoya kaydedilmiş olan alacaklardır... Konkordatonun tasdiki için gerekli çoğunluk koşulu kayıtlı alacaklara göre gerçekleşmediğinden tasdik talebinin reddi isabetlidir..." , Y. 19. HD., E. 2004/11852, K. 2005/5159, T. 5.5.52005, **Bilgen**, s. 317.

⁵⁵ **Kale**, Adi Konkordato, s. 247.

⁵⁶ **Kale**, Adi Konkordato, s. 247.

⁵⁷ **Bilgen**, s. 352.

Raporda itiraza uğrayan alacaklar sebepleriyle birlikte belirtilmeli aynı zamanda m. 206 birinci sıra imtiyazlı alacaklar için gerekli olan teminatın ne olduğuna da yer verilmelidir⁵⁸. Bu rapor tasdik konusunda mahkemenin işini kolaylaştıracaktır⁵⁹.

Bir görüşe göre teminat, komiser tarafından mahkemeye sunulacak konkordato raporundan önce yatırılmalıdır⁶⁰. Mahkeme yatırılan teminatın yeterli olup olmadığını re'sen gözetmeli, teminat konusunda eksiklik olması halinde bu eksikliğin tamamlanması için borçluya kısa bir süre vermelidir⁶¹.

Birinci sırada yer alan işçilik alacakları konkordatoya tabi olmaksızın ve miktar bakımından da bir sınırlamaya tabi olmaksızın tam olarak ödeneceklerdir⁶². Hem imtiyazlı hem de çekişmeli alacaklar arasında yer alan işçilik alacakları için teminat gösterilmesi gerekip gerekmemesi ya da gösterilmekle birlikte hangi oran üzerinden gösterileceği diğer önemli bir husustur. İşçilik alacaklarının tamamına borçlu tarafından listede yer verilmesi veya yer verilmeyen ya da kısmen yer verilmekle birlikte, alacaklılar tarafından yapılan bildirim borçlu tarafından itiraz edilmemiş olması halinde, teminata ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Ancak listede yer almamakla birlikte alacaklı tarafından bildirilen alacağın borçlu tarafından itiraza uğraması halinde alacak çekişmeli hale gelecek ve çekişmeli alacakların oylamada hesaba katılıp katılmayacağına ya da hangi oranda katılacaklarına m. 302 uyarınca mahkeme karar verecektir. Ancak mahkeme tarafından bu alacakların bir kısmının ya da tamamının oylamaya katılacağı yönünde karar vermesi bu alacakları çekişmeli olmaktan çıkarmayacaktır. Fakat bu yönde verilen bir karar, tasdik şartı arasında yer alan teminatta kıyasen uygulanacağından, mahkemenin kendisiyle çelişmemesi için oylamaya dâhil etmediği alacakları, teminat hakkından faydalandırması gerektiği kanaatindeyiz.

III. 4447 SAYILI KANUN UYARINCA ÜCRETİN GÜVENCESİ

İşverenin ödeme aczine düşmesine yol açan durumlar arasında yer alan konkordato, sosyal risk olarak değerlendirilmiş ve bu riske karşı işçi ücretleri bahsedeceğimiz düzenleme ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda konkordatonun işçiler üzerindeki olumsuz yansımalarını önlemeye yönelik olarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda bir düzenlemeye

⁵⁸ **Kale**, Adi Konkordato, s. 248.

⁵⁹ **Kale**, Adi Konkordato, s. 248.

⁶⁰ **Kale**, Adi Konkordato, s. 252.

⁶¹ **Kale**, Adi Konkordato, s. 253.

⁶² **Kale**, Adi Konkordato, s. 256.

yer verilmiştir. Kanunu'nun ek 1. maddesinde ücret garanti fonu düzenlenmiştir⁶³. İşverenin ödeme aczine düşmesi başlıklı ek 1. maddeye göre, sigortalı sayılan kişileri iş sözleşmesine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflâsı veya iflâsın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur⁶⁴. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır⁶⁵.

Konumuz kapsamında işverenin ödeme aczini ifade eden hallerden olan işveren tarafından konkordato ilan edilmesi riskine karşı, işçilerin ödenmeyen ücretleri yukarıdaki düzenleme ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda konkordato ilan edilmesi halinde işverenin ödeme aczine düşmesi durumunda, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan sadece üç aylık ücret alacakları ücret garanti fonundan karşılanacaktır. Ancak işçilerin bu ödemedен faydalanabilmeleri için, işverenin ödeme aczine düşmesinden yani konkordato ilan etmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işveren yanında çalışmış olmaları gerekmektedir.

İşverenin ödeme güçlüğüne düşmesi halinde fondan yapılacak ödemeler ile Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esasları düzenlemek amacıyla Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği⁶⁶ hazırlanmıştır.

⁶³ Ücret garanti fonu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Korkusuz**, M. Refik: İş Hukukumuzda Yeni Bir Kurum; Ücret Garanti Fonu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2004, S. 4.

⁶⁴ İşverenin işsizlik sigortası fonuna ödeme aczine düşmesi halinde işçinin ücretini alamama riski için belli bir miktar prim ödemektedir. Bu kapsamda fon tarafından ödemedé bulunulması halinde işverenin malvarlığında haksız bir artma, fonun malvarlığında da haksız bir azalma olmaz, **Ermenek**, İbrahim: İşsizlik Sigortası Kanunu'na Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 184.

⁶⁵ Ücret garanti fonundan yararlanabilmek için düzenlemede sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğu, masa yetersizliğinden dolayı külli takip açılması talebinde bulunulmaması ya da masa yetersizliğinden ötürü külli takip talebinin reddedilmiş olması gibi hallere de yer verilmesinin uygun olacağı hakkındaki görüş için bkz. **Sungurtekin-Özkan**, s. 115; Benzer bir görüş için bkz. **Alp**, Mustafa: Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2002.

⁶⁶ RG., S. 27272, 28.06.2009.

Yönetmeliğin tanımlar maddesi olan 4. maddesine bakıldığında “İşçi Alacak Belgesi”nin, işçinin ücret alacağını aylar itibarıyla gösteren belge olarak tanımlandığını görmekteyiz. Tanımda bu alacakları, tahakkuk ettikleri tarih anlamında sınırlandırmaya yönelik bir bilgi yer almamaktadır. Aynı şekilde yine aynı maddede “Ücret Alacağı”, işçinin, iş ilişkisinden kaynaklanan ve işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflâsı veya iflâsın ertelenmesi nedenleri ile ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki ödenmeyen en fazla üç aylık temel ücrete ilişkin alacakları, şeklinde tanımlanmış olup, alacağın tahakkuk tarihine ilişkin bir sınırlandırma yer almamaktadır. Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, Kurum tarafından ücret alacağının ödenebilmesi için iş sözleşmesinin devam edip edilmediğine bakılmaksızın “İşveren hakkında konkordato ilan edilmesi durumunda, mahkemece verilen konkordato mühlet kararı veya İcra ve İflâs Kanununun 288 inci maddesi uyarınca konkordato mühlet kararının ilan edildiğini gösteren belge ve konkordato komiseri veya konkordato tasfiye memuru tarafından onaylanan işçi alacak belgesi” ile birlikte işçinin Kurum birimine başvurması gerektiği düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden hareketle işçinin Kurum tarafından ödenecek üç aylık ücretinin imtiyaz kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. İşçi üç aylık ücret alacağını tahakkuk ettiği zaman önemli olmaksızın ki tahakkuk zamanına ilişkin bir sınırlama yönetmelikte yer almamaktadır, imtiyaz kapsamında değerlendirilmeksizin tamamen almalı, geriye kalan ücret alacağı ile diğer işçilik alacakları şartları taşıması halinde imtiyaz kapsamında değerlendirmelidir. Zira Yönetmelik’in Ek 1. maddesinde yer alan işçi alacak belgesine bakıldığında, aylar itibarıyla temel ücret alacaklarına ilişkin bir bölüm olup, burada alacağın tahakkuk tarihine ilişkin bir sınırlandırma yer almamaktadır. Üç aylık ücret alacağı için mükerrer ödeme ya da gereksiz teminat ayırımı yapılmaması adına, komiser tarafından haberdar olunan işçilik alacakları açısından, Kurumdan ücret garanti fonundan ödeme yapıldığına ilişkin belgenin talep edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu husus, yukarıda savunmuş olduğumuz görüş doğrultusunda, işçinin sadece imtiyaz kapsamında yer alan ücret alacağının olması durumunda önem taşıyacaktır. Yönetmelik m. 10’da ücret alacağının Fondan ödenmesi halinde konkordato ilanında konkordato komiserine veya konkordato tasfiye memuruna yazılı olarak bildirim yapılacağına ilişkin bir düzenleme de yer almıştır.

Ücret alacağının çekişmeli alacak olarak kabul edilmesi ve işveren tarafından işçi alacak belgesinin verilmemesi halinde, karşı tarafın da kamu kurumu olması sebebiyle işçinin tespit davası açabilmesi mümkün olma-

lıdır⁶⁷. Böylece işçi tespit hükmüyle birlikte Kuruma başvurduğunda ödenmeyen üç aylık ücret alacağını alabilecektir. İşçinin tespit davası açması yerine, çekişmeli alacaklar için İİK m. 308/b'de tanınan dava hakkını kullanması ve davanın müspet sonuçlanması halinde, bu kararı Kurum'a sunması da mümkündür.

IV. KESİN MÜHLET KARARININ İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNE ETKİSİ

A. Kesin Mühlet Kararının Genel Anlamda Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi

Konkordato talebi sonucunda kesin mühlet verilmesi halinde bu durumun sözleşmeler bakımından sonuçları İİK m. 296'da düzenlenmiştir. İİK m. 296/f.1'e göre, sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyeti için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına ya da borcu muaccel hale getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordatoya başvurması halinde uygulanma alanı bulmayacaktır. Sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasa dahi sözleşme borçlunun konkordatoya başvurması gerekçesiyle sona erdirilemeyecektir.

İİK m. 296/f.2'ye göre borçlunun tarafı olduğu sürekli sözleşmeler, konkordatonun amacı olan borçlunun iyileşme sürecini gerçekleştirmesini olumsuz engellediği takdirde ve karşı tarafın zararının karşılanması şartıyla her zaman mahkemenin onayıyla sona erdirilebilecektir⁶⁸. Borçlunun kendisine tanınan bu yetkiyi kötüye kullanmasına izin verilmemeli ancak borçlu sürekli borç ilişkilerini sürdürmesinin mali durumunu iyileştirmesine engel olduğu takdirde bu yetkisini kullanabilmelidir⁶⁹. Borçlu bu yetkisini geçici

⁶⁷ Aksi yöndeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Y. HGK., E. 2013/22-561, K. 2013/733, T. 22.5.2013, www.lexpera.com.tr, E.T. 23.05.2019.

⁶⁸ **Kale**, Adi Konkordato, s. 238; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 105; Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat konkordato projesine dahil olur, komiserin buradaki onayı fesih sebebiyle ortaya çıkan tazminat alacağını konkordatoya tabi olacak olmaktan çıkarmaz. Kanunda "tazminat" ifadesine yer verilmesiyle kanun koyucunun buradaki feshi haksız bir fesih olarak kabul ettiği, borçlu tarafından haksız fesih sebebiyle ödenecek tazminat göze alındıktan sonra herhangi bir sürekli borç ilişkisinin konkordato mühleti içinde kendisi tarafından da feshedilebileceği ve bu takdirde doğan tazminatın zaten konkordatoya dahil olduğu ve bu nedenle böyle bir düzenlemeye gerek olmadığı hakkında haklı görüş için bkz. **Atalı**, s. 102.

⁶⁹ **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 106.

ya da kesin mühlet içinde konkordato tasdik edilmeden önce kullanılabilir⁷⁰. Sözleşmeyi sona erdirme yetkisine sahip olan mahkeme bu yetkisini kullanmadan önce komiserin görüşünü almak zorundadır⁷¹.

B. Kesin Mühlet Kararının İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

1. İİK m. 296/f.2'da Yer Alan Düzenleme ve İş Sözleşmesinin Genel Olarak Feshi

İİK m. 296/f.2'de getirilen kural, sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi halinde, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla feshedilebilecek olmasıdır. Ancak düzenlemenin devamında iş sözleşmeleri bu kuraldan istisna tutulmuştur. Bu durum, "Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır." hükmü ile ifade edilmiştir⁷². Bu istisnai hükümlerle konkordatoda şartları taşınması halinde mahkeme tarafından verilen bir onay ile borçlu tarafından iş sözleşmeleri, diğer sözleşmelerden farklı olarak sona erdirilemeyecektir. Diğer bir anlatımla konkordato amacıyla kesin mühlet verilmiş olması ve iş sözleşmelerinin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyecek nitelikte olması, İİK m.296/f.2 uyarınca iş sözleşmeleri için bir fesih sebebi değildir. Bu nedenle konkordato kurumuna başvuran işveren ile bu kuruma başvurmayan diğer bir işveren arasında iş sözleşmesinin feshi noktasında bir ayırım yer almamaktadır. Her iki işveren de ancak iş sözleşmesinin feshine ilişkin iş mevzuatında yer alan özel hükümlere uyarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Diğer bir anlatımla iş sözleşmeleri ancak haklı ya da süreli feshe yol açan sebeplerin mevcudiyeti halinde sona erdirilebilecek, başlı başına konkordato ise bu sebepler arasında yer almamaktadır. İİK m. 296/f.2, c.3'te yer alan istisnai düzenleme mevcut olmasıydı iş sözleşmeleri, örneğin konkordatonun amacına ulaşmasında iş sözleşmelerinin ağır mali yük getirmesi gerekçesiyle feshedilebilecekti. Diğer bir anlatımla iş mevzuatında düzenlenen ve aşağıda açıklamış olduğumuz haklı nedenle derhal fesih ya da süreli feshe yol açan sebepler olmaksızın iş sözleşmeleri, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla feshedilebilecekti.

İİK m. 296/f.2, c. 3'te iş sözleşmesine ilişkin hükümler saklı tutulduğundan, ancak iş mevzuatında yer alan sebeplerin varlığı halinde iş sözleşmesi feshedilebilecektir. Çalışma konumuzu oluşturmamakla birlikte bu

⁷⁰ Pekcanitez/Erdönmez, s. 107.

⁷¹ Kale, Adi Konkordato, s. 238; Pekcanitez/Erdönmez, s. 107.

⁷² İş sözleşmelerine yönelik getirilen bu istisna hükmü mehzaz İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda da öngörülmüştür, Pekcanitez/Erdönmez, s. 106.

sebepler mevcut olmaksızın iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda, işçilerin iş güvencesi kapsamında olmaları ya da olmamalarına göre uygulanacak yaptırım farklılık arz edecektir.

İİK m. 296/f.2, c. 3'te kastedilen iş sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler ise İŞK ve TBK'nda yer alan düzenlemelerdir. Bu kanunlarda yer alan feshin sebebiyet veren nedenlere baktığımızda konkordato, ne haklı ne de geçerli fesih sebepleri arasında yer almaktadır. Ancak konkordato diğer fesih sebeplerinin meydana çıkmasına yol açabilir. Dolayısıyla bu konuya geçmeden önce genel anlamda iş hukuku açısından fesih sebeplerine kısaca değinmekte fayda vardır.

Türk iş hukuku açısından iş sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri olan fesih, süreli ve haklı nedenle derhal fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Haklı nedenle derhal fesih; ortaya çıkan bir durum nedeniyle sürekli borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesine devamın, dürüstlük kuralı gereği taraflardan beklenemeyecek derecede çekilmez hale gelmesinde söz konusudur⁷³. Bu sebepler İŞK m. 24 ve 25'te sayılmıştır. Süreli ya da bildirimli fesih ise,

⁷³ **Esener**, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 237; **Süzek**, s. 679; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 222; **Akyiğit**, s. 272; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 218-232; **Tunçomağ/Centel**, s. 212; **Demircioğlu/Centel**, s. 172; **Korkmaz/Alp**, s. 225, 226; **Alpagut**, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2006, Y.1, S.1, s. 72; **Senyen Kaplan**, s. 232-244; **Doğan Yenisey**, Kübra: "Hizmet Sözleşmesi", *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler*, İstanbul 2012, s. 330, 331; **Alpagut**, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Yıl: 2011, s. 938; **Bedük**, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı", *Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e ARMAĞAN*, İstanbul 2011 s. 922; **Yürekli**, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 228, 229; **Özcan**, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013, s. 32-45; Konuya ilişkin Yargıtay'a intikal etmiş bir olay hakkındaki karara göre; "...Somut olayda, davacı işçinin işyerinde 06/12/2010 günü F. Ç. isimli bir başka işçiyle kavga ettiği ve ona tokat vurduğuna dair tutanak düzenlenmiştir; aynı tarihli ve el yazılı savunmasında davacı olayı doğrulamıştır. Davalı işveren bunun üzerine 4857 sayılı Kanunun 26. maddesindeki hak düşürücü süre içinde 4857 sayılı Kanunun 25/II. maddesine uygun olarak iş aktini haklı nedenle ve derhal feshetmiştir...", Y. 7. HD., 13.02.2014, E. 2013/20587, K. 2014/3739, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 2.8.2019; Yargıtay'ın haklı nedenle feshin ilişkin örnek niteliğindeki kararları için bkz. Y9HD, 29.9.2003, E. 2003/16598, K. 2003/15552; Y9HD, 26.3.2002, E. 2001/19820, K. 2002/4952; Y9HD, 8.2.2005, E. 2004/8810, K. 2005/3622; Y9HD, 13.4.2005, E. 2004/19728, K. 2005/13022; Y9HD, 8.3.2007, E. 2006/21174, K. 2007/6123; Y9HD, 28.4.2005, E. 2004/31892, K. 2005/14992, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 2.8.2019.

feshe yol açan davranışların haklı nedenle derhal fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, iş akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilemesi halinde ortaya çıkmaktadır⁷⁴. Süreli feshe yol açan sebepler ise müstakil bir şekilde ilgili düzenlemede sayılmamıştır. Bu sebeplere İş Kanununun gerekçesinden ve yorum suretiyle haklı nedenle fesih sebeplerinden ulaşmaktayız. Haklı ya da süreli fesih sebeplerin varlığı halinde, feshin son çare olması ilkesine de uyulmak şartıyla, ilgili usulü kurallar çerçevesinde iş mevzuatı gereğince iş sözleşmeleri feshedilebilecektir.

2. Konkordatonun Haklı Nedenle Derhal Fesih Açısından Değerlendirmesi

Haklı nedenle derhal fesih nedenleri işçi ve işveren açısından olmak üzere İşK m. 24 ve 25'te düzenlenmiştir. İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen m. 25'e bakıldığında konkordato ile doğrudan bağlantılı olabilecek bir fesih sebebi bulunmamaktadır. Ancak işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen m. 24'e bakıldığında "Zorlayıcı sebepler" başlığı altında "İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" düzenlenmesi yer almaktadır. Konkordato çerçevesinde bu düzenlemeye bakıldığında, başlı başına konkordato işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir sebep değildir. Ancak konkordato sebebiyle işyerinde faaliyetin durması ve bu durumun bir haftadan uzun sürmesi halinde işçi bu nedene dayanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. Dolayısıyla konkordato sürecinin herhangi bir aşamasında konkordato sürecindeki işyerinde işçinin bir haftadan uzun süre çalışmasını engelleyen halin ortaya çıkması durumu, işverene değil işçiye derhal fesih hakkı veren sebepler arasında yer alacaktır. Özetlemek gerekirse tek başına konkordato değil ancak konkordatoya bağlı olarak işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir sebebin ortaya çıkması, işçi açısından haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, konkordato projesi çerçevesinde hammadde

⁷⁴ 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin gerekçesine bakıldığında, "İşçinin yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmaz." açıklamasının yer aldığı görülmektedir, https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, E.T. 18.2.2019; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 465; Süzek, s. 519; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 194; Özcan, s. 10-25.

alımına ilişkin sözleşmenin sona erdirilmesi sebebiyle, işyerindeki üretim faaliyeti iki hafta süre ile durmuşsa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

3. Konkordatonun Süreli Fesih Açısından Değerlendirilmesi

İş sözleşmesinin işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi için herhangi bir sebebin mevcut olması gerekli değildir. İşçi bildirim süresine uymak şartıyla her zaman iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir. Bu nedenle süreli fesih sebebine ilişkin yapılan açıklamalar işveren açısından değildir.

Süreli feshе yol açan nedenler; işçinin davranışlarından, yetersizliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerdir⁷⁵. İşletmeden, işyerinden ve işin niteliğinden kaynaklanan sebepler işçinin yeterliliği ya da davranışlarından bağımsız olarak, yapılan iş ya da sözleşmeyi ortadan kaldıracı veya değiştirici etkisi olan, işletmeye, işyerine ve yapılan işe ait ekonomik güçlükler ile teknolojik değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan sebeplerdir⁷⁶. Bu sebepler işyeri dışından ve işyeri içinden kaynaklanan sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İşyeri dışından kaynaklanan sebepler, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı, sürüm ve satış olanaklarının azaltılması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı gibi sebeplerle işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi olarak kanunun gerekçesinde sayılmıştır⁷⁷. İşyeri içinden ve dışından kaynaklanan sebeplerin gerçekleşmiş olması tek başına geçerli sebebin oluşması için yeterli olmayıp, aynı zamanda işgücü fazlalığının da ortaya çıkması gerekmektedir⁷⁸.

⁷⁵ **Demir**, Fevzi: “Geçerli Sebep Kavramı ve Uygulama”, *Legal İHD*, 2006/10, s. 470-498; **Köseoğlu**, Ali Cengiz: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, *Legal İSGHD*, C. 9, S. 36, Yıl 2012, s. 88; **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 465; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 283-288; **Süzek**, s. 567; **Korkmaz/Alp**, s. 205; **Manav**, Eda: “İşyeri Devrinde İş Güvencesi”, *Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e ARMAĞAN*, İstanbul 2011, s. 1358; **Demircioğlu/Centel**, s. 165-167.

⁷⁶ **Demir**, s. 488; **Süzek**, s. 628.

⁷⁷ **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 490; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 287; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 195; **Demir**, s. 488; **Senyen Kaplan**, s. 214.

⁷⁸ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “...İşin alt işverene verilmesi kural olarak fesih için geçerli neden ise de feshin son çare olması ilkesi kapsamında, gaz açım işinin yüklenici firmaya verilmesi ile istihdam fazlalığı oluşup oluşmadığı, davacı işçinin davalı işverenin başka işyeri veya bölümlerinde değerlendirilme imkanının olup olmadığı araştırılmalıdır...”, Y. 22. HD., 14.02.2013, E. 2013/1920, K. 2013/2980, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 8.2.2019; Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararı için

Konumuz açısından konkordatoya bakıldığında, konkordato uzantılı olarak çıkabilecek sebepler işçinin yeterliliği ve davranışlarının dışında kalan işletmeye, işyerine ve yapılan işe ait sebepler olabilir. Ancak süreli feshin söz konusu olabilmesi için bu sebeplerin mevcut olması yeterli olmayıp aynı zamanda bu sebeplere bağlı olarak iş gücü fazlalığının da olması aranır. Dolayısıyla konkordatonun gerçekleşmesi başlı başına süreli fesih sebebi olmamakta, diğer şartların da mevcudiyeti halinde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebep olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örnek vermek gerekirse işverenin konkordato süreci nedeniyle küçülmeye gitmesi halinde iş gücü fazlalığı meydana geliyorsa, işveren işçiyi işletmeden kaynaklanan sebepler nedeniyle işten çıkarabilecektir. İşverenin küçülmeye gitmesine rağmen iş gücü fazlalığı meydana gelmemişse, işveren yapmış olduğu fesih geçersiz kabul edilecektir⁷⁹. Aynı zamanda konkordato uzantılı olarak işletmeden, işyerinden ve işin niteliğinden kaynaklanan sebeplere dayanarak fesih yoluna gidilmeden önce, feshin son çare olması ilkesine de uyulmalıdır⁸⁰. Dolayısıyla istihdamın devamı için her

bkz. "...İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arzeder...", Y. 9. HD., E. 2014/34091, K. 2015/2067, T. 26.1.2015, www.lexpera.com.tr, E.T.18.3.2019; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 289.

⁷⁹ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı hakkında bkz. "*İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır...*", Y. 9. HD., E. 2014/34091, K. 2015/2067, T. 26.1.2015, www.lexpera.com.tr, E.T.18.3.2019.

⁸⁰ Son çare ilkesi hakkında bkz. **Güzel**, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay'a Armağan, 2005; **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 494; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 289-290; **Senyen Kaplan**, s. 215; **Manav**, s. 1360; **Korkmaz/Alp**, s. 209; **Manav**, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 100, 109-117; **Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 398; **Keser**, Hakan: 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Güncellenmiş Baskı, Ankara 2012, s. 268-274; İşyeri kapatma nedeniyle gerçekleştirilen fesihte davalı işverenin başka bir işyerinin olması durumunda feshin son çare olma ilkesine uyulması hakkında Y9HD, 4.12.2006, E. 2006/30162, K. 2006/31905, bkz. **Kılıçoğlu**, Mustafa/**Şenocak**, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 1064; **Taşkent**, Savaş: "Geçerli Sebep Bağlamında

türlü imkânın araştırılması ve öngörülen uygulamaların yapılmasına rağmen artık fesihden başka çare olmadığı sonucuna varılıyorsa işletmenin, işyerinin ve işin gereklerine dayanılarak yapılan fesihler, mahkemece geçerli olarak kabul edilecektir⁸¹. Son çare ilkesi bilhassa işletme gerekleri nedeniyle yapı-

Belirli İlkeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2011, Yıl 6, Sayı 21, s. 18; **Eyrenci/ Taşkent/Ulucan**, s. 196-197; **Demircioğlu/Centel**, s. 167; Feshin son çare olması ilkesi hakkında bir Yargıtay kararı için bkz. “...Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri sebepleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlamıyla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır...”, Y. 22. HD., E. 2018/4636, K. 2018/13333, T. 29.5.2018, www.lexpera.com.tr, E.T.18.3.2019; Örnek bir diğer Yargıtay kararı için bkz.”...davalı banka hisselerinin dava dışı ..Bank A.Ş. tarafından satın alınmasından sonra her iki bankanın birleştiği ve banka Yönetim Kurulunun 15.3.2006 tarih ve 63/24 sayılı kararı doğrultusunda mevcut organizasyon yapısının değiştirilmesine gidildiği ve yeni bir organizasyon şemasının oluşturulduğu, yapılan yeni organizasyonda davacının son olarak görev yaptığı “Finansal Analiz ve Risk Yönetimi Birimi”nin bulunmadığı, davacıya Organizasyon Yönetim Birimi içindeki Süreç Geliştirme pozisyonunda çalışmasının teklif edildiği, davacının önerilen bu görevi kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının eski görevini sürdürme olanağının ortadan kalktığı hususunun ispatlanamadığı gerekçesi ile davacının işe iadesine karar verilmiş ise de yeni organizasyon şemasında davacının görev yaptığı birime yer verilmediği gibi, birleşme nedeniyle her iki bankada benzer birimlerin ortak bir birim altında toplanmaları ve yeniden yapılanmadan dolayı bazı birimlerin ortadan kaldırılması sonucu personel fazlalığının da doğması kaçınılmazdır. Davalı işveren aldığı işletmesel kararı tutarlı bir şekilde uygulamış olup, kararın keyfi olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Bu aşamadan sonra işverenden beklenen feshin son çare olması ilkesini göz önünde bulundurup bulundurmadığıdır. Davacıya önceki pozisyonuna uygun bir iş bulunmaması nedeniyle özlük haklarında herhangi bir azalma olmaksızın başka bir görev önerilmiş ise de davacının bu yeni pozisyonda çalışmak istemediği tanık anlatımlarından açıkça anlaşılmaktadır. Mevcut olgulara göre, yeniden yapılanma nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığı sonucu davacıyı istihdam etme olanağı ortadan kalkmış ve feshe son çare olarak bakılmıştır. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davacının işe iade isteğinin reddine...”, Y9HD, 24.9.2007, E. 2007/13962, K. 2007/27955, **Kılıçoğlu/Şenocak**, s. 787, 788; Birleşme sonucunda personel fazlalığı gerekçesiyle iş sözleşmelerinin feshi durumunda, davacının işine ihtiyaç duyulmadığı hakkında bkz. Y9HD, 11.10.2004, E. 2004/16305, K. 2004/22808, Y9HD, 11.12.2006, E. 2006/24963, K. 2006/32630, **Kılıçoğlu/Şenocak**, s. 929, 930; **Mollamahmutoğlu/ Astarlı**, s. 899.

⁸¹ **Demir**, s. 490; Feshin son çare olma ilkesi hakkında bkz. **Çelik/Canikoğlu/Canbolat**, s. 494; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 289-290; **Süzek**, s. 593-597; **Eyrenci/ Taşkent/Ulucan**, s. 196-197; **Senyen Kaplan**, s. 215.

lan fesihlerin, geçerli olup olmadığının denetiminde önemli bir kıstastır⁸². Dolayısıyla işletme söz konusu ve işletme birden fazla işyerinden oluşuyorsa, fesihden önce işçinin diğer işyerlerinde iş ilişkisine devam edebilme ihtimalinin araştırılması, feshin son çare olması ilkesi gereğidir⁸³. Bu bağlamda konkordato durumunda işverenin işçiyi çalıştırabileceği başka işyerlerinin olmasına rağmen işçiyi işten çıkarıyorsa feshin son çare olması ilkesine aykırı davranmış olacaktır. Özetlemek gerekirse konkordatoya ilişkin kesin mühlet kararının verilmiş olması tek başına değil ancak diğer şartların da mevcudiyeti halinde işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebebe yol açması halinde, süreli fesih sebebi olarak karşımıza çıkabilecektir.

⁸² **Tulukçu**, Binnur: “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleleriyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2010, Yıl 5, Sayı 18, s. 137; Feshin son çare olmasına hakkında yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. “...davacının işten çıkarılmasından sonra, davacının çalıştığı muhasebe bölümüne özürlü işçi alınıp davacının çıkarılması sonucunda muhasebe bölümünde işçiyi ihtiyaç duyulduğu, davacıya ücretsiz izin ya da esnek çalışma teklifinin yapılmadığı, davalı işyerinin kısa çalışma ödeneği için müracaatta bulunmadığı, işverenin işyerinde alternatif çalışma yöntemleri uygulama yoluna gitmediği, davacının almış olduğu eğitim ve yapmış olduğu iş ile yaklaşık 8 yıllık kıdemi dikkate alındığında, satın alma bölümündeki kadroda, şef kadrosunun boş olduğu ve davacının da bu bölümde kısa bir eğitim sonrası değerlendirebilmesinin mümkün olduğu, ayrıca davalı işyerindeki iş akışı ve sektör özelliği dikkate alındığında neredeyse alınacak tüm işçilerin alındığı ve bölümlerde eğitimden geçirilerek yetiştirildiğinin anlaşıldığı, davacı bakımından satın alma bölümündeki boş şef kadrosunda çalışma olanağının araştırılmadığı, iş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işverenin Medeni Kanununun 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davrandığı, işletmesel kararı alırken dürüst olmadığı, keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığı, feshin son çare ilkesine uyulmadığı ve davalı işveren tarafından fesih sebebi olarak gösterilen nedenlerin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir...İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini en serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır...”, Y. 7. HD., 28.01.2015, E. 2014/17005, K. 2015/771, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 4.2.2019.

⁸³ **Tulukçu**, s. 139.

SONUÇ

Konkordato mühletinin alacaklılar bakımından en önemli sonucu mühlet içinde borçluya karşı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takibin yapılamaması ve daha önce başlamış olan takiplerin durmasıdır. Ancak kanunda borçluya karşı takip yapılamayacağı kuralının istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalardan biri de çalışma konumuzu oluşturan İİK m. 206'da düzenlenen birinci sıra imtiyazlı alacaklar arasında yer alan işçilik alacakları olarak tabir ettiğimiz alacaklardır. Bu alacaklar işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dâhil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatlarıdır.

İşçilik alacaklarının imtiyazlı alacak olarak kabul edilmesi için bir yıllık bir süre şartı öngörülmüştür. Kesin mühlet kararının alacaklılar bakımından sonuçlarına ilişkin İİK m. 294/f.2'de takip yapma yasağının istisnası, İİK'nun iflâsa ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan m. 206'ya atıf yapılmak suretiyle belirlenmiştir. Öngörülen süre şartı "...İflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş..." şeklinde ifade edilmiştir. Bir yıllık süre de iflâsın açılması tarihi esas alınarak düzenlenmiştir. Konkordatoda bir yıllık sürenin tespiti noktasında, m. 206'ya atıf yapılmak yerine ayrı bir düzenlenmenin yapılmış olması hiç şüphesiz ki tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Ancak hali hazırda böyle bir düzenleme olmayıp m. 206'ya atıf yapıldığı için, bir yıllık sürenin başlangıcının konkordatoya başvuru yani geçici mühlet talebi tarihi olarak anlaşılması gerekir.

Bu süreden daha önce ya da konkordatoya başvuru tarihinden sonra doğmuş işçilik alacakları, bu düzenleme nedeniyle imtiyazlı alacak olarak nitelendirilemeyecek ve konkordatonun kabul edilmesi halinde konkordato hükümlerine dahil olacaktır. İmtiyaz kapsamında değerlendirilmeyen, konkordato hükümlerine tabi işçilik alacaklarının akıbeti açısından şöyle bir değerlendirme yapmak mümkün olabilir. İcrada mevcut paylaşırma esasları gözetilecek olursa, borçlunun mevcudunun bütün borçlarını ödemeye yetmemesi halinde bir sıranın oluşturulması söz konusudur. Bu sıra ise İİK m. 206'da gösterilmiştir. Buna göre, malın aynından doğan kamu alacakları ile rehinli alacaklar, imtiyazlı alacaklar ve imtiyazsız alacaklar şeklinde bir sıralama yapılır. Konkordato projesine dâhil olan işçilik alacakları bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanması, paylaştırmadaki sıra esası gözetilerek imtiyazsız alacaklara göre öncelikle ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmada imtiyaz hakkından faydalanabilecek işçilik alacakları tahakkuk zamanı esas alınmak suretiyle iki grup halinde incelenmiştir. Bu kapsamda değerlendirme yapılırken, konkordatonun başlı başına bir fesih sebebi olmamasına rağmen, konkordatonun iş sözleşmeleri üzerine etkisi başlığı altında değinilen hallerde feshe yol açması halinde doğacak ihbar ve kıdem tazminatlarının da madde kapsamına dâhil edilip, imtiyazlı sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmada işçilik alacaklarının imtiyazlı alacak olarak değerlendirilebilmesi için tespitinin önem arz ettiğine ve tespit yöntemlerine değinilmiştir. İşçilik alacaklarının hangi suretle çekişmeli alacak sıfatını kazanacağı ve bu durumda tanınan dava hakkına değinilmiştir. Konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için gerekli şartlardan birinin de m. 206'da yer alan birinci sıra imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklının bundan açıkça vazgeçmediği sürece yeterli bir teminata bağlanmış olmasıdır. Hem imtiyazlı hem de çekişmeli alacaklar arasında yer alabilecek işçilik alacakları için teminat gösterilmesi gerekip gerekmemesi üzerinde durulmuş olup, bu nitelikteki alacaklar için de teminat gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ücretin, taşınmış olduğu önem nedeniyle çeşitli kanuni düzenlemelerle güvence altına alınmaya çalışıldığı bahsinden yola çıkarak, konkordato durumunda işçilerin bir kısım ücretlerinin Ücret Garanti Fonundan karşılandığı açıklanmıştır. Bu kapsamda ödenen ücret alacağı için mükerrer ödeme ya da gereksiz teminat ayırımı yapılmaması adına, komiser tarafından haberdar olunan işçilik alacakları açısından, Kurumdan Ücret Garanti Fonundan ödeme yapıldığına ilişkin belgenin talep edilmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür.

Konkordatonun iş sözleşmeleri üzerine etkisi hususunda, konkordato amacıyla kesin mühlet verilmiş olması, İİK m. 296/f.2 uyarınca iş sözleşmeleri için bir fesih sebebi olmadığına ancak konkordatonun diğer fesih sebeplerinin meydana çıkmasına sebebiyet verebileceğine değinilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, 12. Basım, Ankara 2018.
- Akyiğit**, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008.
- Alp**, Mustafa: Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2002.
- Alpagut**, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2006, Y.1, S.1.
- Alpagut**, Gülsevil: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Yıl: 2011.
- Andaç**, Faruk: İş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2014.
- Balcı**, Şakir: Türk Hukukunda Konkordato, İzmir 2007.
- Bedük**, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, *Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e ARMAĞAN*, İstanbul 2011.
- Bilgen**, Mahmut: İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Sıra Cetveli İhalenin Feshi, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Çankaya**, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul 2017.
- Çil**, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Çopuroğlu**, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013.
- Demir**, Fevzi: “Geçerli Sebep Kavramı ve Uygulama”, *Legal İHD*, 2006/10.
- Demircioğlu**, Murat/Centel, Tankut: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2015.
- Deynekli**, Adnan: “İflâsın Ertelenmesinin İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2009.
- Deynekli**, Adnan/Kısa, Sedat: Haciz ve İflâsta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005.

- Doğan Yenisey**, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler*, İstanbul 2012.
- Ermenek**, İbrahim: İşsizlik Sigortası Kanunu’na Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009.
- Eroğlu**, Orhan: Uygulamada Konkordato, Ankara 2018.
- Esener**, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Evren**, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- Gökgöz**, Ahmet/**Akgül**, Alper: Mali ve Hukuki Yönleriyle Konkordato, Bursa 2018.
- Güzel**, Ali: “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, 2005.
- Kale**, Serdar: “7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 5 (1), 2018 (Adi Konkordato).
- Kale**, Serdar (**Öztek**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Yeşilova**, Bilgehan): Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018 (Konkordato Şerhi).
- Kale**, Serdar: İsviçre İcra İflâs Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 4 (2), 2017, s. 156 (Genel Bir Bakış).
- Karadeniz**, Hasan: Yasal Düzenlemeli ve Uygulama Örnekli Konkordato, Ankara 2018.
- Kayık Aydınalp**, Aşlıhan: “İş Hukukunda Prim”, Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2018, S. 36.
- Keser**, Hakan: 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Güncellenmiş Baskı, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu**, Mustafa/**Şenocak**, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Korkmaz**, Fahrettin/**Alp**, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

- Korkusuz**, M. Refik: İş Hukukumuzda Yeni Bir Kurum; Ücret Garanti Fonu, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Y. 2004, S. 4.
- Köseoğlu**, Ali Cengiz: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, *Legal İSGHD*, C. 9, S. 36, Yıl 2012.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Manav**, Eda: “İşyeri Devrinde İş Güvencesi”, *Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e ARMAĞAN*, İstanbul 2011.
- Manav**, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.
- Mülayim**, Baki Oğuz: “İş Hukukunda Gece Döneminde Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, S. 2.
- Özcan**, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özekes**, Muhammet (Editör): 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- Sungurtekin-Özkan**, Meral: İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşıllanması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum, Ankara 2008.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016.
- Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- Postacioğlu**, İlhan: Konkordato, İstanbul 1965.
- Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015.

Tanrıver, Süha: Konkordato Komiseri, Ankara 1993.

Tanrıver, Süha/**Deynekli**, Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996.

Taşkent, Savaş: “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2011, Yıl 6, Sayı 21.

Tulukçu, Binnur: “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileriyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2010, Yıl 5, Sayı 18.

Uyar, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019

Üstündağ, Saim: İflâs Hukuku, İstanbul 1998.

Yürekli, Sabahattin: *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

DENKLEŞTİRME TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642024>

Dr. Öğr. Üyesi A. İpek SARIOZ BÜYÜKALP*

Öz

Denkleştirme talebi, acentelik ve dağıtım sözleşmelerinin sona ermesi halinde, üzerinde en çok uyuşmazlık çıkan konulardan biridir. Yabancılık unsuru taşıyan acentelik ve dağıtım sözleşmelerine bağlı bu tür uyuşmazlıklarda Türk hakiminin, sorunu kanunlar ihtilafı bakış açısıyla çözümlemesi gerekecektir. Türk doktrininde denkleştirme talebine ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükmünü kanunlar ihtilafı bakımından doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendiren bir görüş olduğu gibi, konuyu kamu düzeni müdahalesi içinde değerlendiren görüşler de vardır. Bu çalışmada, denkleştirme talebinin hukuki niteliği ve kanunlar ihtilafı boyutu tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Acentelik, Denkleştirme Talebi, Uygulanacak Hukuk, Doğrudan Uygulanan Kurallar, Kamu Düzeni Müdahalesi

LEGAL CHARACTER OF GOODWILL COMPENSATION AND ITS INTERPRETATION IN THE CONTEXT OF CONFLICT OF LAWS

Abstract

Goodwill compensation claim is one of the most problematic question, in case of the termination of agency or distribution agreements. Faced with this

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ipek.sarioz@law.bau.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5203-8743> (Makalenin Geliş Tarihi: 19.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 19.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 16.10.2019)

kind of controversies arising out of contracts having foreign element, Turkish judge have to evaluate the problem within a conflict of laws view. In Turkish doctrine, the qualification of the goodwill compensation claim is a debated issue. Nevertheless, the provision of Turkish Commercial Code regarding the goodwill compensation is qualified as directly applicable rule in terms of conflict of laws. However, another opinion evaluates this issue in public order considerations. This study discuss the legal character and conflict of laws' dimension of goodwill compensation claims.

Keywords

Agency, Goodwill Compensation, Applicable Law, Directly Applicable Rules, Public Order (Ordre Public)

GİRİŞ

Ticaret hukukunda bağımsız tacir yardımcıları arasında değerlendirilen acentelerin ve genel olarak bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi, bir üretici/sağlayıcının ürettiği malları satmak/dağıtmak suretiyle malın sürümünü arttırmayı amaçlayan dağıtıcıların, ilgili sözleşmelerin sona ermesi halinde ortaya çıkacak denkleştirme talepleri konusunda ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bir taciri veya ticari işletmeyi belirli bir müşteri çevresi ile buluşturan ve kendi faaliyeti çerçevesinde bu müşteri çevresini genişleterek, gerek kendisine gerekse ilgili tacir veya ticari işletmeye kazanç sağlayan sözleşme tarafı, sözleşme hükümlerinin ve sözleşmenin tabi olduğu kanunların kendisine denkleştirme talebi ile ilgili tanıdığı haklardan yararlanmak amacıyla yargı yoluna başvurmaktadır. Türkiye'nin daha çok yabancı kaynaklı mal ve hizmetlerin dağıtımının yapıldığı bir ülke olması nedeniyle bu tür uyuşmazlıklarda çoğu zaman yabancılık unsuru da bulunmaktadır.

Yabancılık unsuru içeren bu tür sözleşmelerin denkleştirme talebi ile ilgili hükümleri ve özellikle tarafların yaptığı hukuk seçimi çerçevesinde denkleştirme taleplerinin akıbeti kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında incelenmeye muhtaç bir konudur. Şöyle ki, gerek denkleştirme talebinin kaynağı ve hukuki niteliğinin değerlendirilerek bu talebin kanunlar ihtilafı bakımından vasıflandırılması, gerekse 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) kapsamında uygulanacak hukukun tespiti ve bu hukukun Türk hâkimi tarafından uygulanması noktasında birçok soru işareti ile karşılaşılmaktadır. Esasında konu uluslararası doktrin ve yargı kararları kapsamında da birçok tartışma barındırmaktadır.

Denkleştirme talebi, uygulama alanı ve şartları bakımından pek çok çalışmaya konu olmuştur. Bu çalışmanın amacı, daha önce doktrinde ele alınan ve ayrıntılı şekilde açıklanan hususların tekrarından ziyade, konunun milletlerarası özel hukuk boyutunda ortaya çıkabilecek meselelerin değerlendirilmesidir. Bu açıdan, gerek denkleştirme talebinin dayanağını oluşturan ve yabancılık unsuru taşıyan acente, tek satıcılık, bayilik, franchise, marka lisansı vb. maddi hukuk sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bu sözleşmelere uygulanacak hukuk, gerekse ilgili sözleşmeler kapsamında denkleştirme talebinin şartları, denkleştirme miktarının nasıl hesaplanacağı ve bu konuların karşılaştırmalı hukukta ve yargı kararlarında ne şekilde düzenlendiği

¹ RG. 12.12.2007 - S. 26728.

gibi denkleştirme talebinin maddi hukuk boyutuna özgü konular çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Bu bağlamda, öncelikle denkleştirme kavramı ve amacı üzerinde durulacaktır. Denkleştirme talebinin amacı ve düzenlenme sebebinin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından ayrı bir önemi vardır. Zira, ancak bu amacın net bir şekilde ortaya konulması halinde, denkleştirme talebine ilişkin hükmün Türk kamu düzeni kavramı içinde kabul edilmesinin veya doğrudan uygulanan kurallar dahilinde yorumlanmasının mümkün olup olmayacağı değerlendirilebilecektir. Hangi sonuca varılacağı, kanunlar ihtilafı alanındaki etkisi bakımından tümüyle farklı olacaktır.

Diğer taraftan, denkleştirme talebinin hukuki niteliği ve kaynağı üzerinde de durulması gereklidir. Denkleştirme talebinin hukuki niteliğinin ve kaynağının ortaya konması, Türk hukuku bakımından denkleştirme talebine ilişkin uyumsuzlukların vasıflandırılması açısından önem taşımaktadır. Son olarak ise, denkleştirme talebine uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceği, bu hukukun Türk hakimî tarafından nasıl uygulanması gerektiği meseleleri irdelenmeye çalışılacaktır.

I. DENKLEŞTİRME KAVRAMI VE AMACI

Denkleştirme talebi Türk hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)² 122. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili hükmün birinci fıkrası uyarınca, “Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra; a) Müvekkil, acentenin bulunduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa, b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir”. Acenteler için düzenlenen bu hüküm aşağıda açıklanacağı üzere, pek çok sözleşme kapsamında da uygulama alanı bulabilmektedir.

TTK'nın 122. maddesinde düzenlenen bu talep, doktrinde, şart ve unsurlarından yola çıkılarak benzer şekillerde tanımlanmaktadır. Buna göre, “denkleştirme talebi, acente veya tek satıcı gibi bağımsız tacir yardımcılarının devamlılık gösteren sözleşme ilişkilerine bağlı olarak, temsilciliğini veya dağıtımını yaptığı ürün nedeniyle kurduğu müşteri çevresini, sözleşme-

² RG. 14.02.2011 - S. 27846.

nin sona ermesi yüzünden kaybetmesi sonucunda uğradığı zarar ile müvekkilin veya üreticinin aynı müşteri çevresinden sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle elde ettiği kazancın denkleştirilmesi için ileri sürülen taleptir”³.

Acente ve benzeri hukuki ilişkilerin sona ermesinden kaynaklanan bu talep hakkı farklı şekillerde ifade edilmektedir. Denkleştirme talebini ifade etmek üzere, doktrinde, “denkleştirme tazminatı”, “denkleştirme istemi”, “müşteri tazminatı”, “portföy tazminatı”, “portföy akçesi”, “portföy hakkı”, “komisyon akçesi talep etme hakkı”, “sözleşme sonu akçesi” veya “sözleşme sonu tazminatı” gibi birçok terim kullanılmaktadır⁴. Bununla birlikte,

³ **İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 160; **Kayıhan**, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2003, s. 149; **Erdem**, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 272; **Karasu**, Rauf: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi”, AÜHFD, C. 57 Sayı: 4 Yıl: 2008, s. 288-289; **Doğan**, Murat: “Franchise Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt III, Ankara 2009, s. 330; **Şenol**, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 242; **Badak Aybar**, Zehra: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı: 24 Güz Yıl: 2013/2 s. 170; **Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 249-250; **Kaya**, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, İstanbul 2013, s. 228-229; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 816; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul 2017, s. 231; **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2018, s. 239; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Ankara 2018, s. 535; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Baskı, İstanbul 2018, s. 282.

⁴ **Tekinalp**, Ünal: “Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçesi Talebi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 4; **Kayıhan**, s. 149, 321 no.lu dn.; **Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Ankara 2008, s. 92; **Erdem**, s. 270-271; **Karasu**, s. 285, 1 no.lu dn.; **Doğan**, s. 331; **Aydın Evcimik**, Ayça: Acentenin Müşteri Tazminatı Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 30, 72 no.lu dn.; **Kaya**, s. 230; **Kanışlı**, Erhan: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 138 Yıl: 2014, s. 120-121; **Akkanat**, Halil/**Çekin**, Mesut S.: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 29, 1 no.lu dn.; **Köker**, Nilüfer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 62, 270 no.lu dn.; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 816; **Sak**, Burak: Bir Üst Kavram Olarak Dağıtım Sözleşmeleri ve Bunlara Özgül Denkleştirme İstemi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 100.

acentelik, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde TTK m. 122 ile tanınan bu hak kanunda “denkleştirme istemi” başlığı altında düzenlenmektedir. Gerek kanunda benimsenen ifade olması, gerekse aşağıda açıklanacağı üzere⁵, bu talebin klasik anlamda bir tazminat olmadığı yönündeki genel kanıya dayanarak, biz de çalışmamızda “denkleştirme talebi” kavramını kullanacağız.

Acentelik ve diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde, denkleştirme hakkının tanınmasının altında yatan düşünce ve amacın belirlenmesi, denkleştirme talebinin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından yorumlanmasını da çok yakından ilgilendirmektedir. Zira, denkleştirme talebinin zayıf tarafın korunması, doğru ve dürüst bir rekabet ortamının sağlanması amacıyla ekonomik aktörler arasında denge kurulması ve benzeri düşüncelere dayandırılması halinde, uygulanacak hukukun belirlenmesi ve yabancı hukukun uygulanmasının sınırları bakımından farklı değerlendirmeler yapılması söz konusu olabilecektir.

Denkleştirme hakkının tanınması veya bir talep olarak düzenlenmesi ülkelerin ekonomik duruşu ve üretim politikaları ile paralellik arz etmektedir. Örneğin Türkiye bir acente ve dağıtıcılar ülkesi olarak denkleştirme talebini açıkça düzenlemiş ve uygulama alanını da bir hayli geniş tutmuştur. Çin ise, üretici bir ülke olarak, tarafların acente/dağıtım sözleşmesinin sona ermesi halinde uğradığı zararı aşan bir denkleştirme hakkını kanuni düzenleme altına almamakta, bu konuyu tarafların anlaşmasına bırakmaktadır⁶.

Durum uluslararası doktrin ve uygulama açısından da aynıdır. Denkleştirme talebi ile ilgili olarak “*clientele compensation / allowance / indemnity*”, “*goodwill indemnity / compensation*”, “*portfolio compensation*”, gibi birçok farklı terim kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **Lando**, Ole: “The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents: The English Law Commission versus the EC Commission”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 44 (1980), s. 12; **Puelinckx**, A. H./**Tielemans**, H. A.: “The Termination of Agency and Distributorship Agreements: A Comparative Survey”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3 Issue 2 (1981), s. 461 vd.; **Verhagen**, Hendrikus L. E.: *Agency in Private International Law*, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Hague 1995, s. 270; **Emerson**, Robert W.: “Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill After Franchise Termination”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20.2. (2017), s. 286. Örneğin, 14 Mart 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu (Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency; bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=89>; erişim tarihi: 25.06.2019) m. 8/2/e bendinde “*clientele allowance / indemnité de clientèle*” terimi kullanılmıştır

⁵ Bkz. “Denkleştirme Talebinin Kaynağı ve Hukuki Niteliği” başlıklı II. bölüm.

⁶ **Emerson**, s. 298.

Denkleştirmenin bir talep hakkı olarak tanınmasının altında farklı düşünceler yatmaktadır⁷. Ancak özellikle, denkleştirme talebinin dayandığı maddi hukuk sözleşmesinin niteliği göz önünde bulundurulmak suretiyle, sözleşmede gözetilmesi gereken ücret dengesinin sağlanması ve yaratılan müşteri çevresinin kendine has ekonomik değerinin devri nedeniyle doğan kazancın denkleştirilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Denkleştirme hakkının tanınmasında hakkaniyet ilkesinin yeri büyüktür. Nitekim TTK m. 122’de olduğu üzere, 30.03.1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu⁸ m. 418u, 10.05.1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu⁹ (ATK) m. 89b ve 86/653 sayılı ve 18.12.1986 tarihli Acenteliğe İlişkin Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkında AB Yönergesi¹⁰ m. 17’de açıkça düzenlendiği üzere¹¹,

⁷ Doktrinde Ayan bu düşünceleri ve özellikle Alman doktrininde ileri sürülen fikirleri ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Bkz. **Ayan**, s. 92 vd. Yazar, genel olarak, ileri sürülen görüşlerin acenteye denkleştirme hakkı tanınması lehinde olduğunu, bununla birlikte Gautschi’nin aleyhte görüş bildirdiğini, acentelere böyle bir hakkın tanınmasının eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri ile ters düştüğünü ifade ettiğini aktarmaktadır. Aynı yönde bkz. **Kayhan**, s. 150; **Şenol**, s. 245.

⁸ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Etat le 1er janvier 2014), bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf>. (erişim tarihi: 11.07.2019).

⁹ Handelsgesetzbuch, İngilizce tercümesi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_hgb/ (erişim tarihi: 11.07.2019).

¹⁰ Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents; bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653&from=EN> (erişim tarihi: 11.07.2019).

¹¹ İlgili hüküm şu şekildedir: “1. Üye Devletler, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, acentenin 2. fıkra düzenlendiği şekliyle tazmin edilmesi veya 3. fıkra uyarınca uğradığı zararın denkleştirilmesi konusunda gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler.

2. (a) Acente, aşağıdaki şartlar gerçekleştiği takdirde ve bu şartlar kapsamında tazmin edilmelidir:

- müvekkile yeni müşteriler kazandırması veya mevcut eski müşterilerin iş hacminde önemli artış sağlaması ve bunlarla birlikte müvekkilin, önemli menfaat elde etmeye devam etmesi;

- denkleştirmenin, somut olayın tüm şartlarına göre hakkaniyete uygun olması, özellikle, acentenin bu müşterilerle ilgili komisyon kaybının söz konusu olması.

[...]

3. Acente, müvekkil ile ilişkilerinin sona ermesi neticesinde katlanmak zorunda kaldığı zarara karşılık bir denkleştirmeye hak kazanacaktır. Bu zarar, özellikle aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde oluşmuş kabul edilir:

- acentelik sözleşmesinin ifası halinde acentenin kazanacağı komisyondan mahrum kalmasına karşılık müvekkilin acentenin faaliyetlerine bağlı olarak önemli ölçüde menfaat elde etmesi,

- ve/veya acentenin müvekkilin tavsiyesi üzerine, sözleşmenin ifası amacıyla yapmış olduğu masraf ve harcamaları amorti etmesine imkân olmaması.”

denkleştirme, hakkaniyetin izin verdiği ölçüde talep edilebilen bir haktır. Şunu da ifade etmek gerekir ki, acentelere ve TTK m. 122/f. 5 kapsamında diğer dağıtım sözleşmelerinin taraflarına tanınan bu hak, sürekli borç ilişkilerinin doğal yapısı bakımından istisnai nitelik taşır¹².

Acentelik özelinde, acentenin işçilik haklarından yararlanamaması ve müvekkile sunmuş olduğu yeni müşteri çevresi nedeniyle ileride hak edeceği ücreti kazanamayacak olması nedeniyle korunması gerektiği fikri denkleştirme hakkı tanınmasında etkili olmaktadır. Ancak, denkleştirme hakkının tanınmasını gerekli bulan yazarlar, bu talebin “sosyal koruma” işlevi konusunda fikir birliği içinde değildir¹³. Bazı yazarlar, denkleştirme hakkının temelindeki düşüncenin “acentenin sosyo-ekonomik olarak korunması gerekliliğine” dayandığını ileri sürmektedir. Diğer bazı görüşler, denkleştirme hakkının acentenin sosyo-ekonomik durumu ile ilgisi bulunmadığı, sadece hukukun koruması gereken genel bir menfaat olan hakkaniyetin sağlanmaya, böylece sözleşmenin bir tarafının belirli bir kazanç elde edecekken diğer tarafının bu kazançtan hakkaniyete aykırı biçimde yoksun bırakılmasının önlenmeye çalışıldığı yönündedir.

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarına bakıldığı zaman denkleştirme talebine ilişkin düzenlemelerin emredici olduğu görülmektedir. AB mevzuatında konuyu düzenleyen 86/653 sayılı Yönergenin 17 ilâ 19 maddelerinin de emredici nitelikte olduğu açıktır¹⁴. Esasen, bu “emredicilik”, aşağıda denk-

¹² **Ayan**, s. 98; **Kanışlı**, s. 125; **Yusufoğlu**, Fülürya: “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 137-138 Yıl: 2016, s. 165.

¹³ **Ayan**, s. 99.

¹⁴ 86/653 sayılı Yönergenin 19. maddesi, 17 ve 18 maddede yer alan denkleştirme talebine ilişkin düzenlemelerin tarafların anlaşması ile, acentelik sözleşmesi sona erinceye kadar ve acentenin aleyhine bertaraf edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır: “*The parties may not derogate from Articles 17 and 18 to the detriment of the commercial agent before the agency contract expires.*”

Yönerge'nin denkleştirme talebine ilişkin maddeleri görüldüğü esnada, özellikle İngiliz Hukuk Komisyonu'nun bazı çekince ve eleştirileri ile karşılaşılmıştır. Komisyon'a göre, İngiltere'de, bu tür sözleşmelerde “korunmaya muhtaç bir sosyal grup” bulunmamaktadır; müşteri çevresinin karşılığı olarak denkleştirme hakkının tanınması gereksizdir. Bkz. **Lando**, s. 12. Yazar, Komisyon'un taraf iradesini her şeyin üzerinde tutan görüşünün, acentelik sözleşmesinin taraflarının eşit müzakere gücünde olduğu varsayımına dayandığını belirtmektedir. Gerçekten de, İngiliz hukukundan farklı olarak, Kıta Avrupası hukuklarında, müvekkil/üretici/sağlayıcının sözleşmenin diğer tarafına oranla çok daha güçlü konumda kabul edildiği gerçeği karşısında taraf iradesi savunmak güçleşmektedir. Yazar bu durumun özellikle belirsiz süreli sözleşmeler bakımından

leştirme talebine uygulanacak hukuk ile ilgili açıklamalarımızda değineceğimiz üzere, AB mevzuatını iç hukukuna aktarmış olan üye devlet hukuklarında, tarafların yapacağı hukuk seçiminin uygulanması noktasında da kendisini göstermektedir. İlgili düzenlemelerin bu yönü, denkleştirme talebinin “sosyal politika odaklı koruma” niteliğini ön plana çıkaran görüşlerin en önemli dayanağıdır. Acentelik sözleşmesinin iş sözleşmesine yaklaşan özelliğinin de sosyal düşüncelerin ön plana çıkmasına neden olduğunu ifade eden yazarlar, acentenin sosyo-ekonomik açıdan korunduğu fikrinde birleşmektedir¹⁵.

Acentenin sosyo-ekonomik açıdan korunmasının gerekli olmadığı fikrinde olan yazarlar ise, daha çok acentenin ekonomik durumunun denkleştirme talebinden bağımsızlığı üzerinde durmaktadır. Gerçekten de, acentenin büyük veya küçük çapta iş yapması veya acentenin bağımsız bir tacir yardımcısı olarak müvekkilden ziyade kendi yararına çalışması, denkleştirme hakkının bir “sadakat primi” olarak değil, devredilen müşteri çevresinin ekonomik değerine bir karşılık olarak talep edilecek olması, talebin amacını sosyo-ekonomik koruma düşüncesinden uzaklaştırmaktadır. Denkleştirme hakkının tanınması acentenin ekonomik gücünden de bağımsızdır. Acente ekonomik olarak ne kadar güçlü olursa olsun, denkleştirme hakkının şartları oluşmuş ise, acente tarafından talep olarak ileri sürülebilecektir¹⁶. Bu anlamda bir “ihtiyaç” değil, bir “gereklilik” söz konusudur.

Bu açıdan, denkleştirme talebinin ileri sürülmesi bakımından aranan şartlar, aslında talebin amacını açıkça ortaya koymaktadır. Özellikle, sözleşmenin sona ermesinden sonra müvekkilin önemli menfaatler elde edecek olmasının aranması, kanımızca, denkleştirmeyi “sosyal koruma odaklı bir önlem” olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Ayrıca, her ne kadar çalışmamızın amacı gereği denkleştirmenin hesaplanmasına ilişkin açıklamalara yer vermiyor olsak da, yapılacak hesaplamada, hakkaniyet ölçüsünde, acentenin, tek satıcının veya franchise alanın yarattığı müşteri çevresinin ekonomik değeri bakımından hizmet veya ürünün marka değerinin de göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmek gerekir. Bu noktada, marka değerinin yanında acente, tek satıcı veya franchise alanın kendine has “marka değeri”nin oluşmuş olabileceği de unutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle, özellikle acentelik sözleşmesi bakımından, acen-

geçerli olduğunu, bu tür sözleşmelerde denkleştirme hakkının tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Lando**, s. 13.

¹⁵ İlgili görüşler için bkz. **Ayan**, s. 100.

¹⁶ Aynı yönde bkz. **Köker**, s. 67-68. Ayrıca bkz. **Karasu**, s. 289.

tenin kendisine alışmış ve güvenmiş bir müşteri çevresinin oluşmuş olması halinde, acentenin sattığı ürün veya hizmet markasını değiştirmesi halinde, müşterinin de acente ile birlikte aldığı ürün veya hizmeti değiştirmesi de mümkün olabilecektir¹⁷. Bu durumda, denkleştirme miktarının daha az olacağı bir gerçektir¹⁸.

Acentenin her zaman zayıf taraf olarak kabulü kanımızca pek mümkün değildir. Bu durumda, “sosyal koruma” düşüncesi de geçerliliğini yitirecektir. Doktrinde de, haklı olarak, denkleştirmenin bir “bakım veya iase” işlevini yerine getirmek üzere kabul edilmediği, acentenin bu talebi ileri sürebilmek bakımından “mağdur” ya da “korunmaya muhtaç durumda” olmasının gerekmediği açıkça dile getirilmiştir¹⁹. Bir korumadan bahsedilecekse de, bu sosyal bir amaçtan değil, acente, tek satıcılık vb. ilişkilerde müşteri çevresini yaratan tarafın diğer tarafa (örneğin acentelikte, acentenin müvekkile; tek satıcılıkta, tek satıcının üretici/sağlayıcıya) ekonomik olarak bağlı/bağımlı olmasından doğar²⁰.

Kanımızca, sosyal koruma düşüncesinden ziyade, denkleştirmenin amacının doğru belirlenmesi konusunda üzerinde dikkatle durulması gereken husus, doğru-dürüst bir rekabet (“*fair competition*”) ortamı sağlanması ve

¹⁷ Demir Gökyayla, kendine has müşteri çevresinin yaratılması anlamında tek satıcılık sözleşmesinin acenteliğe oranla daha çok ön plana çıkabileceğini; ancak bu müşteri çevresinin ekonomik açıdan her iki tacire de (hem üreticiye/sağlayıcıya hem de tek satıcıya) ait olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Demir Gökyayla**, s. 250. Ayrıca bkz. **Altınok Ormancı**, Pınar: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı, İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, AÜHFD, Cilt: 58, Sayı: 3, Yıl: 2009, s. 465-466. Yazar, doktrinde iki tür müşteri portföyü olduğundan, ilkinin bizzat tacire (acente, tek satıcı, franchise alan vb.) bağlı olan kişisel müşteri portföyü, ikincisinin ise tacirin dağıtımını yaptığı markaya bağlı olan reel müşteri portföyüdür. Bu bağlamda, reel müşteri portföyünün hacmi arttıkça denkleştirme talebinin zemini de sağlanacaktır.

¹⁸ Akın bu anlamda “sadık müşteri” kavramını kullanmakta, denkleştirme tazminatına konu ekonomik değerün müvekkile sadık kalan müşteri çevresinden doğduğunun altını çizmektedir. Bkz. **Akın**, İrfan: “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, AÜHFD 62(3), Yıl: 2013, s. 621. Ayrıca bkz. **Sak**, s. 174 vd.

¹⁹ **Ayan**, s. 105. Aynı yönde bkz. **Karasu**, s. 289; **Şenol**, s. 276; **Demir Gökyayla**, s. 250. Yusufoglu da denkleştirmenin bir ödül olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Yusufoglu**, s. 165.

²⁰ **Demir Gökyayla**, s. 251. Aynı yönde **Karasu**, s. 309. Kaya da, denkleştirme talebinin koruyucu-kollayıcı işlevinden bahsetmektedir. Ancak yazar, bu korumanın temelinde adalet düşüncesinin var olduğuna vurgu yapmaktadır. Bkz. **Kaya**, Sempozyum, s. 11-12. Bu anlamda, koruma, hukukun gözetmesi gereken bir ekonomik dengeye yönelik olup, sosyal bir anlam taşımamaktadır.

ekonomik aktörler arası dengenin kurulması düşüncesidir. 86/653 sayılı Yönergenin gerekçesinde, teşebbüs hürriyeti (“*freedom of establishment*”) ve acente ve aracilar vasıtasıyla hizmet sağlama özgürlüğü (“*freedom to provide services in respect of activities of intermediaries in commerce*”) kavramları üzerinde durulmuştur. Gerekçede, tacir yardımcılarının faaliyetini düzenleyen iç hukuk mevzuatlarında yer alan farklılıkların AB üye ülke topraklarının yarattığı iç piyasa (“*internal market*”) rekabetini olumsuz etkilediği ve bu durumun özellikle ticari acentelerin müvekkilleri karşısında korunmasını ve farklı ülkelerde kurulu müvekkil-acente ilişkilerinin kurulmasını ve işleyişini engellediği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, Yönergenin kabulünün amacı, iç piyasa rekabetinin düzgün, dürüst şekilde ve yeknesaklaştırılmış iç hukuk düzenlemeleri sayesinde eşit şartlarda yönetmektir. Ancak aşağıda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD-*Court of Justice of the European Union*) kararlarının değerlendirilmesi ile ilgili bölümde üzerinde duracağımız üzere, ABAD Yönerge'nin amacını açık bir şekilde ortaya koymakta ancak amaca yönelik yorum yapmayarak çifte standart yaratacak bazı sonuçlara varmaktadır²¹.

Denkleştirmenin amacının belirlenmesinde, bir diğer önemli nokta, Türk hukukunda denkleştirme talebinin sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekliliğidir (TTK m. 122/f. 4). Doktrinde bu sürenin hukuki niteliği tartışma konusu olmuş, bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olarak mı zamanaşımı süresi olarak mı kabul edilmesi gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür²². Denkleştirme talebinin

²¹ Bkz. “Konunun ABAD Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi” başlıklı V. B. 2. b. No.lu bölüm.

²² Bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Karasu**, s. 291; **Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2016, s. 115, 98 no.lu dn.; **Arkan**, s. 244; **Kaya**, Sempozyum, s. 29-31; **Sak**, s. 187; **Cantürk**, Barış Cihan: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 149. Kaya, bir yıllık sürenin “ayıp ihbarındaki süre gibi” değerlendirilmesi gerektiğini, dava hakkının ise TBK m. 147/5’de yer alan beş yıllık süreye tabi olacağını ifade etmektedir (bkz. **Kaya**, Sempozyum, s. 31; **Kaya**, s. 251). Aynı yönde bkz. **Ayhan/Çağlar**, s. 537. Ayan da, bir yıllık sürenin ne hak düşürücü süre, ne de zamanaşımı süresi olarak kabulünün mümkün olduğunu, denkleştirme talebinin beş yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olması gerektiğini dile getirmiştir. Bkz. **Ayan**, s. 134 ve s. 223-224.

TTK Tasarısında yer alan hükmün gerekçesi ile ilgili bölüm şu şekildedir: “*Hükümde denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu sorunu hükümde açık bırakılmıştır. Bunun sebebi, hukuk*

amacının, hakkaniyet gereğince ve acentenin talebine bağlı olarak, acentenin mahrum kaldığı bir karşılığın kendisine ödenmesi olduğu göz önünde bulundurulursa, bu sürenin hak düşürücü süre olarak kabulü daha doğrudur. Kanımızca, denkleştirme talebinin bir yıl gibi kısa bir hak düşürücü süreye tabi tutulması, talebin sosyal koruma amacı taşıdığı savını zayıflatmaktadır.

II. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAYNAĞI

A. Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği

Denkleştirme talebinin hukuki niteliği gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuklarda çokça tartışılmıştır. İleri sürülen görüşler daha çok bu talebin bir tazminat niteliğinde olup olmadığı noktasında yoğunlaşmıştır²³. Doktrinde, farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, genel olarak, denkleştirme talebinin bir tazminat olmadığı, bir karşılık olduğu görüşü hâkimdir²⁴.

geliştirme olanaklarının önünün kapatılmamasıdır. Öğreti ve yargı kararları menfaat dengesine uygun en iyi çözümü “hukuk” olarak ortaya koymalıdır. Alman öğretisinde bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu görüşü hakimdir. Bunun sebebi olarak hükmün niteliği gösterilir. Hüküm adalet temeline dayalı olduğu için acentenin, böyle bir gereksinimi duymayıp istemini ileri sürmekte bir yılı aşan süreyle gecikmesi hükmün öngörülme amacına aykırı olarak kabul edilmektedir. Ayrıca zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin istemle bağdaşmadığı da ileri sürülür. Ancak, talep ileri sürülmüş ve kabul edilmiş ise hak düşürücü süre işlemez hale gelir. İstem itirazla karşılanmış ise bir yıllık süre içinde yargı yoluna müracaat edilmesi gerekir.” bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (erişim tarihi: 16.07.2019). Görüldüğü üzere, kanun koyucu sürenin hukuki niteliğinin tartışılmasını istemekle birlikte, aslında bir yıllık süreyi “hak düşürücü süre” olarak nitelendirmiştir.

²³ Aksi görüşte bkz. **Moroğlu**, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2009, s. 69. Moroğlu, denkleştirmenin acentelik sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle gerçekleşen bir “mahsup” işlemi olmadığını, denkleştirme ile zarar ziyanın giderildiğini, bu nedenle talebin bir tazminat talebi olduğunu, madde başlığının da “tazminat istemi” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Gürzumar da, franchise sözleşmesinin sona ermesi halinde, franchise alana ödenecek bedeli “müşteri tazminatı” olarak adlandırmaktadır. Bkz. **Gürzumar**, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukten Korunması, İstanbul 1995, s. 176-178. Kayıhan da, denkleştirme talebini bir tazminat olarak ele almıştır. Bkz. **Kayıhan**, s. 148 vd. Aynı şekilde, Poroy/Yasaman da, denkleştirme talebini ifade etmek üzere “portföy tazminatı” terimini kullanmış ancak bu talebin kanun koyucu tarafından klasik anlamda malvarlığı zararının giderilmesini öngören bir tazminat olarak ele alınmadığını belirtmiştir. Bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 282-283.

²⁴ **Ayan**, s. 103; **Şenol**, s. 248; **Kaya**, s. 228 ve s. 231; **Badak Aybar**, s. 172; **Demir Gökyayla**, s. 248; **Köker**, s. 68; **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.

Buna göre, denkleştirme talebi, acentenin (veya diğer sözleşmeler bakımından müşteri çevresini yaratan sözleşme tarafının) çalışması sonucu yaratılan müşteri çevresinden, sözleşme devam ederken birlikte yararlanan tarafların, sözleşme sona ermesinden sonra yarar ilişkisinin bozulması nedeniyle ortaya çıkan durumu denkleştiren bir karşılıktır. Bu karşılık, sözleşme süresince ortaklaşa yaratılan ve ortak faydalanılan bir değer, sözleşme sona erdikten sonra -en azından belirli bir süre için- sadece bir tarafın yararına sunulmasına izin verilmemesi gerektiği fikrinden doğmaktadır²⁵. Denkleştirme talebi, sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan bir karşı edim yükümlülüğü olarak da adlandırılmaktadır²⁶. Denkleştirme talebi, sözleşmenin müvekkil tarafından haksız şekilde sona erdirilmesi halinde acentenin hak kazanacağı tazminat ile de karıştırılmamalıdır²⁷.

Denkleştirme talebinin bir tazminat olarak yorumlanmamasında üç nokta ön plana çıkmaktadır. Denkleştirme talebinin doğması için, müvekkilin sözleşmeyi kusurlu bir şekilde sona erdirmiş olması gerekmez²⁸; acentenin yaşlılığı, hastalığı veya ölümü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde denkleştirme talep edilebilir²⁹. Buna karşın, TTK, m. 122/f.3'ün

816; **Ayhan/Çağlar**, s. 535; **Kaya**, Sempozyum, s. 11; **Poroy/Yasaman**, s. 283; **Cantürk**, s. 49. Tekinalp, bu karşılığı tazminattan ayırmış ve bir "akçe" olarak tanımlamıştır. Bkz. **Tekinalp**, s. 13. Alman ve İsviçre doktrindeki baskın görüş ve yargı kararlarının da denkleştirme talebini bir karşılık olarak nitelendirdiği yönünde bkz. **Ayan**, s. 98-99; **Kaya**, s. 230-231. İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü ile ilgili olarak aynı yönde bkz. **Demir Gökayla**, s. 249.

²⁵ **Ayan**, s. 103.

²⁶ **Kayıhan**, s. 152; **Altınok Ormancı**, s. 472; **Doğan**, s. 332; **Akkanat/Çekin**, s. 32; **Köker**, s. 67; **Ayhan/Çağlar**, s. 535.

²⁷ **Doğan**, s. 332; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 816; **Koyuncuoğlu**, Hikmet: "Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin (Portföy Tazminatı) Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 14 Sayı: 164 Yıl: 2016, s. 4300. Gerçekten de, sözleşmenin bir tarafının borca aykırı davranışı nedeniyle diğer tarafın sahip olacağı ve borçlar hukukunun genel hükümleri uyarınca talep edebileceği tazminat hakkı denkleştirme talebinden tümüyle farklıdır. Bkz. **Ayan**, s.121-122; **Aydın Evcimik**, s. 50.

²⁸ **Ayan**, s. 104; **Aydın Evcimik**, s. 51; **Badak Aybar**, s. 171; **Kaya**, s. 232; **Kanıslı**, s. 127, 44 no.lu dn.. Denkleştirme talebinin ileri sürülebilmesi bakımından kusurun aranmamasının denkleştirmeyi tazminattan ayıran bir sebep olmadığı yönünde bkz. **Sak**, s. 107.

²⁹ **Kayıhan**, s. 153; **Ayan**, s. 103; **Karasu**, s. 288; **Altınok Ormancı**, s. 473; **Badak Aybar**, s. 178; **Kaya**, s. 235; **Arkan**, s. 240. Acentenin iflası halinde de denkleştirme talep edilebilir, meğerki acente kendi kusurlu davranışları sonucunda iflas etmiş olsun. Bkz. **Tekinalp**, s. 14; **Kayıhan**, s. 153; **Karasu**, s. 290; **Poroy/Yasaman**, s. 283-284. Aksi yönde bkz. **Badak Aybar**, s. 179.

açıkça hüküm altına aldığı üzere, “Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz” . Ayrıca, denkleştirme talebi, acentenin zarara uğramış olmasından da bağımsız olarak ortaya çıkar³⁰. Son olarak, denkleştirme talebinin doğumunda ve hesaplanmasında hakkaniyet ilkesinin ön planda oluşu, denkleştirme talebini tazminatta ayıran önemli bir noktadır³¹.

Denkleştirme talebinin bir tazminat değil, sözleşme temelli bir karşılık veya edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesinden sonra, talebin saf bir maddi karşılık olup olmadığının da tespiti gerekmektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere, denkleştirme talebi saf bir maddi karşılık değildir; zira, denkleştirme talebinin doğumu ve acentenin hak kazanacağı karşılığın miktarının hesaplanmasında sadece acentenin ücret kaybı değil, müvekkilin muhtemel kazancı ve en önemlisi hakkaniyet ölçüsü de dikkate alınmaktadır³².

B. Denkleştirme Talebinin Kaynağı

Denkleştirme talebinin hukuki kaynağının tespiti, maddi hukukta yapılan tartışmalar haricinde, kanunlar ihtilafı hukukunda bağlama konusunun vasıflandırılması bakımından ayrıca üzerinde durulması gereken bir konu-

³⁰ **Ayan**, s. 103; **Aydın Evcimik**, s. 51; **Kaya**, s. 232. Aydın Evcimik, “acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra müvekkilin acentenin oluşturduğu müşteri çevresi ile sözleşme yapmasının, acentenin zararına yol açan borca aykırı bir davranış olmadığını” ifade etmektedir (bkz. s. 51). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, denkleştirme talebinin doğumu için gerekli şartlardan biri olan “acentenin ücret kaybına uğraması” şartı ile, bir tazminat alacağı bakımından “acentenin zararı”nı karıştırmamak gerektiğidir. Denkleştirmenin konusu zaten acentenin müvekkile devrettiği müşteri çevresinden sözleşme sona erdikten sonra faydalanamayacak olmasıdır. Bu anlamda tabii ki acentenin bir “zarara” uğrayacağı açıktır. Ancak, doktrinde ifade edildiği üzere, “denkleştirme talebinin, acentenin zarara uğramış olmasından bağımsız olarak ortaya çıkması”, kanımızca, acentenin müşteri kaybını karşılayan miktardan farklı veya bu miktarı aşan bir zararı ifade etmektedir. Örneğin, sözleşme devam etseydi acentenin yeni müşterilerle iş ilişkileri kuracağından bahisle, denkleştirme talebini aşacak miktarda bir zarardan bahsedilemeyecektir. Denkleştirme talebinin konusu mevcut (halihazırdaki) müşterilerle gelecekte yapılacak sözleşmelerle ilişkindir. Bkz. **Karasu**, s. 297; **Demir Gökyayla**, s. 272.

³¹ **Ayan**, s. 104; **Aydın Evcimik**, s. 51; **Kanıslı**, s. 127, 44 no.lu dn.. Hakkaniyetin aranmasının denkleştirmeyi tazminattan ayıran bir sebep olmadığı yönünde bkz. **Sak**, s. 107.

³² **Ayan**, s. 106; **Karasu**, s. 289. Ayan, bu anlamda denkleştirmenin “kendine özgü nitelikleri bulunan bir karşılık talebi” olduğunu ifade etmektedir.

dur. Türk hukukunda geniş anlamda borç kaynakları (borç ilişkileri), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda³³ (TBK) düzenlendiği şekliyle sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak ele alınmaktadır. Bu üç borç kaynağından birine girmeyen ve TBK tarafından düzenlenen vekâletsiz iş görmenin (m. 526-531) de dördüncü bir borç kaynağı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁴. Borcun kaynağını, irade ekseninde ele alan ve borç ilişkisinin doğumunu iradeye bağlı olanlar ve olmayanlar şeklinde tasnif eden görüş ise³⁵, iradeye bağlı olarak doğan borç ilişkilerini hukuki işlem ve haksız fiil, iradeye bağlı olmaksızın doğan borç ilişkilerini ise sebepsiz zenginleşme ve doğrudan doğruya kanunun yüklediği borçlar olarak belirlemektedir. Bunlar dışında, hukuki işlem dışı kaynaklardan doğan veya TBK'da yer alan üçlü borç kaynağı ayırımına tabi olmayan borçları ifade etmek üzere, “kanundan doğan borçlar” kavramının kullanıldığı, ancak bu kullanımın yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebileceği belirtilmektedir³⁶; zira bütün borç ilişkileri kaynağını kanuni düzenlemelerde bulur³⁷. Bu anlamda, kanundan doğan borç, “kanunun öngördüğü vakıaların” sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olgularına dâhil olmadığı durumları ifade etmektedir.

Doktrinde kullanılan ifade uyarınca, “doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri”ne bağlı hukuki sonuç, taraf iradesinden değil, kanundan doğmaktadır; bu anlamda “*borç ilişkisinin doğumu ile [irade] beyanı sahibi veya sahiplerinin açıklanmış iradeleri arasında doğrudan doğruya hiçbir*

³³ RG. 04.02.2011- S. 27836.

³⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, I. Cilt, İstanbul 2017, s. 71. Eren ise, bazı görüşlerin, klasik anlamda üçlü borç kaynağı tasnifine girmeyen vekaletsiz iş görme, nafaka, *culpa in contrahendo*, fiili sözleşme ilişkileri vb. sebeplerden doğan borçları içine alacak şekilde bir dördüncü borç kaynağının (“diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri”) eklenmesi yönünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2017, s. 116.

³⁵ **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 33-34.

³⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 34; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 73: “*Borçlar kanundan değil, kanunun kendilerine borç doğurucu etki (hüküm) bağladıkları olgulardan (vakılardan) doğarlar.*” Aksi görüşte bkz. **Eren**, s. 116. Yazar, üçlü veya dörtlü borç tasniflerinin zorlama olduğunu, bunun yerine, hukuki işlemlerden doğan ve doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri tasnifinin benimsenmesi gerektiğini dile getirmektedir. Eren'e göre, hukuki işlemlerden doğan borç ilişkileri de kanundan kaynaklanmaktadır; fakat bu borç ilişkileri doğrudan değil, dolaylı olarak kanundan doğmaktadır.

³⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 34.

*ilişkileri yoktur*³⁸. Borcun kaynakları sorununu somut olay (fiili durum veya fiili olaylar) - soyut olgu (bir hukuki sonucun gerçekleşmesi için düzenlenmiş olan genel ve soyut nitelikteki olgu) ve hukuki sonuç (fiili olayın soyut olgu içinde değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan sonuç) denklemi içinde değerlendiren görüşe göre, örneğin sözleşmenin bir borç kaynağı olması sadece sözleşme taraflarının iradelerine dayanmamakta, karşılıklı irade beyanları bir soyut olgu olarak borç ilişkisini meydana getirmektedir³⁹. Böylece, borç sözleşmesi olgusunun hukuki sonucu olan borç ilişkisi doğmaktadır. Bu anlamda en sık görülen ve TBK’da düzenlenen temel borç olguları sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir⁴⁰.

Türk doktrinde denkleştirmenin hukuki niteliğinin çokça tartışılmasına rağmen, hukuki kaynağı konusunda derin bir tartışma yapılmadığı görülmektedir. Aşağıda ifade edileceği üzere, denkleştirme talebinin kaynağı genel olarak sözleşme ilişkisi olarak görülmektedir. Buna karşın, tarafların sözleşme sona erinceye kadar aksini kararlaştıramayacakları, bu yönüyle sözleşmede düzenlenmese dahi, kanun tarafından acenteye tanınan bir hak olarak öne çıkan denkleştirmenin kanundan doğan bir borç olup olmadığının incelenmesi gerektiği tartışmasızdır.

Nitekim, doktrinde bir görüş, denkleştirme talebinin sözleşmeye değil, kanuna dayanan, kanundan doğan bir talep hakkı olduğunu ifade etmektedir; bu anlamda, “*doğumu sözleşme ilişkisinin sona ermesine bağlı olan*”, fakat şartları kanun tarafından belirlenen bir talep hakkı söz konusudur⁴¹. Bununla birlikte bu görüşün, denkleştirmenin taraflar arasında düzenlenmediği halleri kapsadığı; tarafların aralarındaki sözleşmede denkleştirme ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermeleri halinde ise, denkleştirmeye hak kazanacak

³⁸ **Eren**, s. 509. Buna göre, taraf(lar)ın bir hukuki işlem yapma iradesi var ise, hukuki işlemten doğan borç ilişkisi söz konusu olacaktır. Bkz. **Eren**, s. 116.

³⁹ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 75.

⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı’ya göre, “*borç doğuran kaynaklar arasında sadece hukuki işlem olgusunda borç ilişkisinin taraflarının (veya içlerinden birinin) borcun doğumuna yönelmiş bir irade beyanı yer almaktadır. Diğer borç olgularında ise böyle bir iradenin mevcudiyeti aranmaz*” (bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 75, 14 no.lu dn.

⁴¹ **Ayoğlu**, Tolga: “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 151-152 Yıl: 2017, s. 15. Aynı yönde bkz. **Demir Gökyayla**, Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Contractual Issues in Private International Law), Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, İstanbul 2018, s. 63.

tarafın hem TTK uyarınca, hem de sözleşme hükümleri kapsamında “yarışan talep haklarına” sahip olacağı ifade edilmektedir⁴².

Doktrinde bir başka görüş, denkleştirme talebini fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayandırmaktadır; buna göre, TTK m. 122, “*acente aleyhine daraltılmayan nispi emredici hükümdür*” ve denkleştirme talebi “*acenteye tanınmış, maddi değere sahip bir kurucu yenilik doğuran haktır*”⁴³. Bu açıdan, denkleştirme talebi sözleşmeden veya TBK’da düzenlenen borç kaynaklarından değil, doğrudan TTK m. 122’den doğmaktadır⁴⁴. Bu görüşe göre, her ne kadar denkleştirme talebi, borçlar hukuku genel hükümleri çerçevesinde ileri sürülen borç kaynakları teorileri bağlamında “kanundan doğan bir borç” olarak nitelendirilmese de, denkleştirme talebinin sözleşme temelli olmadığı açıkça ortaya konmaktadır⁴⁵.

⁴² **Ayoğlu**, s. 15 ve özellikle 10 no.lu dn.

⁴³ **Sak**, s. 107. Fedakarlığın denkleştirilmesi kavramı ile ilgili olarak bkz. **Tandoğan**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 48-51.

⁴⁴ **Sak**, s. 107-108. Sak’ın benimsediği bu hukuki nitelendirme (fedakarlığın denkleştirilmesi), denkleştirme talebini, örneğin Eren’in borç kaynaklarına ilişkin yaptığı tasnifte, doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri’ne sokmaktadır. Bkz. **Eren**, s. 117. Kanımızca, denkleştirme talebinin hukuki kaynağını fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde bulmak güçtür. Tandoğan, fedakarlığın denkleştirilmesini şu şekilde açıklamaktadır: “*Hukuken korunan bir varlığa yine hukuken korunan bir üstün çıkar sahibi tarafından hukuka uygun müdahale dolayısıyla zarar görenin katlanmak durumunda kaldığı fedakarlığın (zararın), üstün menfaat sahibi zarar veren tarafından bir tazminat karşılığında denkleştirilmesi.*” (bkz. **Tandoğan**, s. 48). Sonrasında ise bu ilkenin geçerli olduğu durumlara bazı örnekler vermektedir: zorunlu mecrâ, zorunlu su hakları gibi zorunluluk haklarının kullanılması, inşaat sahibinin arsa sahibinin mülkiyetine tecavüzü sonrasında bir tazminat karşılığı arsanın devrini isteyebilmesi, komşuluk hukukundan doğan zarar verme halleri vb. gibi. Örneklerden de görüleceği üzere, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin temelinde hukuka aykırı görülmemeyen bir sebep sonucunda ortaya çıkan zararın, zarar veren ile zarar gören arasında paylaşılması fikri yatmaktadır. Denkleştirme talebinin doğması bakımından, müvekkilin yol açtığı bir zarardan ziyade, sözleşmenin devamı neticesinde, hayatın olağan akışı gereği elde ettiği bir yarar (çıkâr) söz konusudur. Bu noktada, tersten bakılacak olursa, bir zararın paylaşımından çok bir yararın paylaşımından bahsedilmelidir. Yukarıda değinildiği üzere, acentenin zarara uğramış olmasının denkleştirme talebi şartları arasında yer almadığı da unutulmamalıdır. Diğer taraftan, TTK m. 122/f. 3 uyarınca, denkleştirme talebi, müşterinin sözleşmeyi feshetmek bakımından haklı bir gerekçesinin olmadığı halleri kapsamaktadır. Bu durumda, “üstün çıkar sahibi tarafından hukuka uygun müdahale” ile zarar verilmesi de söz konusu olmayacaktır.

⁴⁵ **Sak**, s. 107. Yazar, bir alacak hakkının sözleşmeden kaynaklanabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının söz konusu borcun doğumu yönünde uyuşması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu noktada, akla, sözleşmenin art etkisi (*culpa post pactum perfectum*) teorisi de gelmektedir; bu teorinin denkleştirme talebi bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı

Yukarıda yer verdiğimiz borcun kaynaklarının tasnifine (sınıflandırılmasına) ilişkin görüşler kapsamında bizim çıkardığımız sonuç, -terim olarak anlam karışıklığına sebep olabilecek olması nedeniyle çok tercih edilmese de-, bir borcun “kanuna dayanan borç” olarak nitelendirilebilmesi için, taraf iradelerinin o borç olgusunun doğumu bakımından hiçbir etkisinin olmamasıdır. Zira, “*borç ilişkisi taraf iradesinden tamamen bağımsız olarak kanunda öngörülen şartların, yani belirli bir olgunun unsurlarının somut olayda gerçekleşmesinden doğmakta ise*”, o takdirde doğrudan doğruya kanundan doğan bir borç söz konusu olacaktır⁴⁶. Burada karar verilmesi gereken nokta, denkleştirme talebinin doğumu ve düzenlenişi itibariyle “tamamen” taraf iradesinden bağımsız olup olmadığıdır.

Sözleşmenin bir borç olgusu olarak doğumu taraf iradesine dayansa da, sözleşmeden doğan tüm borçların taraf iradesine dayanmasına gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, bir borcun sözleşmeden doğan borç olarak nitelendirilebilmesi için, mutlaka taraf iradelerinin uyuşması aranmayacaktır. “*Sözleşmenin bir borç kaynağı olması sadece sözleşme taraflarının iradelerine dayanmamakta*” ise, borç olgusuna bağlanan tüm sonuçların da taraf iradesine dayanması beklenmemelidir. Sözleşmenin bir borç olgusu olarak geniş yorumu ile yaptığımız bu değerlendirme⁴⁷, bizi, denkleştirme talebinin kanundan doğan bir borç olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır. Tabiidir ki, borçlar hukuku teorisyenleri arasında dahi tartışma yaratabilecek bu denli karmaşık sorunlar ve nitelendirmeler teorik tartışmalara her zaman açıktır.

çağına da kısaca değinmek gerekmektedir. Tarafların, sözleşme sırasında kurdukları yakınlık, örneğin edindikleri bilgiler, birbirlerinin hareket alanlarına girmeleri bazı zarar verici sonuçlar doğurabilir. Daha çok haksız fiil hükümlerine tabi olması gereken bu sonuçlar, sözleşme ilişkisi ile yakınlığı sebebiyle borca aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir. (Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 38: “*Bu borç ilişkisi, birbirine zarar vermeme yükümlülüğünden ibarettir.*”). Sona eren bir sözleşmesel ilişkiden doğan ve sözleşmenin sona ermesine rağmen varlığı devam eden borçlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Vekâlet sözleşmesi sona erdikten sonra vekilin sır saklama yükümlülüğü, çeşitli sözleşmelerde öngörülen rekabet etmeme yasakları *culpa post pactum perfectum* teorisi içinde örneklendirilebilir. Denkleştirme talebinin temelinde ise, sözleşme sona erdikten sonra devam eden bir borç bulunmamaktadır. Bu anlamda, müvekkilin acentenin yarattığı müşteri çevresinden yararlanmama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, denkleştirmenin temelinde yatan emek ve hakkaniyetli paylaşım düşüncesi, bu teorinin kabulünü zorlaştırmaktadır. Denkleştirme talebi, sözleşme sona erdikten sonra ortaya çıkabilen ancak tarafların sözleşme süresince de ödenebileceğini kararlaştırabildikleri bir alacak hakkıdır.

⁴⁶ **Eren**, s. 116.

⁴⁷ Eren’in hukuki işlemlerden doğan veya doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkileri tasnifinin (ikili tasnif) bu anlamda daha kapsayıcı olduğu söylenebilecektir.

Kanımızca, denkleştirme özünde sözleşme kaynaklı bir talep hakkıdır. Zira, denkleştirme talebinin doğumuna sebep olan ve denkleştirmenin temelinde yatan ilişki taraf iradelerine dayalı olarak kurulmuştur. Diğer taraftan, denkleştirme talebinin doğumu bakımından ön şart, acentelik veya ilgili dağıtım sözleşmesinin sona ermesidir. Bu anlamda, doğrudan doğruya kanundan doğan borçların “tamamen taraf iradesinden bağımsız olma” niteliği denkleştirme talebi bakımından söz konusu değildir⁴⁸. Denkleştirme talebinin sözleşmede taraflarca kararlaştırılmamış olmasına rağmen müşteri çevresini yaratan ve denkleştirmeye ihtiyaç duyan sözleşme tarafınca talep edilebilir olması, bu talebin “kanundan doğan bir borca bağlı talep” olarak nitelendirilmesi bakımından yeterli değildir⁴⁹. Zira, denkleştirmenin amacı bakımından da birtakım tartışmalar var olmakla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere⁵⁰, temelde müvekkil veya üretici/sağlayıcıya ekonomik olarak bağımlı olan ve bu bağımlılık nedeniyle belki de müzakere gücü bulunmayan tarafın, yaratımında kendisinin de payı olduğu bir kazançtan mahrum bırakılmasının adalet ve hakkaniyet duygusu ile bağdaşmaması yatmaktadır.

Denkleştirme talebinin yargıyı ve doktrini bu denli meşgul etmesinin en önemli nedeni, pratikte çoğunlukla, acentelik / tek satıcılık / franchise vb. sözleşmelerinde tarafların sözleşme sona erdikten sonra doğabilecek bir talep hakkına ilişkin düzenleme yapmamasıdır. Bu durumu öngören kanun koyucu, korunmaya muhtaç gördüğü tarafa sürekli sözleşme ilişkilerinde normalde uygulama alanı bulamayacak istisnai bir talep hakkı tanımıştır. Bu talep hakkından, sözleşme sona ermeden önce vazgeçilemeyecek olması da, yine hükmün “koruma içgüdüğü odaklı” *ratio legis*'inden kaynaklanmaktadır.

Bilindiği üzere, sözleşmede bir boşluk olması halinde bu boşluk çeşitli şekillerde (iradi, kanuni veya yargısal) tamamlanmaktadır. Sözleşmenin

⁴⁸ Burada şöyle bir ihtimal düşünülebilir: Örneğin, müvekkilin acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra yeni bir acente ile çalışmaya başlaması ve yeni acentenin eski acentenin yarattığı müşteri çevresinden gelir elde etmesi halinde, eski acenteye yeni acenteye başvurarak denkleştirme talep etme hakkı tanınmış olsa idi, belki bu iki acente arasında, her ikisinin de iradesine dayanmaksızın, doğrudan doğruya kanunda tanınan bir olgunun gerçekleşmesi neticesinde bir borç ilişkisi kurulmuş olduğu sonucuna varılabilirdi. Oysaki, TTK m. 122'de, belirli bir müşteri çevresi yaratmak ve bu çevreden ortaklaşa yararlanmak üzere tarafların anlaşması neticesinde kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin sona ermesi halinde tanınan bir talep hakkı düzenlenmektedir.

⁴⁹ Kaya, aşağıda açıklayacağımız vazgeçilmezlik ilkesinin kabul edildiği TTK m. 122/f. 4 'ü, acenteye *ex lege* (kanundan doğan) talep imkanı veren bir hüküm olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Kaya**, Sempozyum, s. 39.

⁵⁰ Bkz. “Denkleştirme Kavramı ve Amacı” başlıklı I. no.lu bölüm.

tamamlanması bakımından, tarafların iradesine bırakılan hususlar olabilir; bu hususlar düzenleyici hukuk kurallarıyla tamamlanır⁵¹. Buna karşın, emredici hukuk kurallarının varlığı halinde sözleşme boşluğu söz konusu olmayacaktır; zira, burada tarafların düzenlemediği husus doğrudan doğruya kanunun emredici hükümleri ile düzenlenmektedir⁵². Kanımızca denkleştirme talebine ilişkin TTK m. 122 hükmü de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵³. TTK m. 122'nin uygulama alanına giren sözleşmelerde taraf iradesine bırakılmayan bir husus, bizzat kanun tarafından düzenlenmektedir; ancak bu durum, denkleştirme talebini “kanundan doğan bir borca bağlı talep” yapmayacaktır. Nitekim, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tarafların denkleştirme talebini düzenleyerek kanunun emredici hükmü ile uyumlu bir irade ortaya koymaları halinde, ilgili hükmün uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Doktrinde, acentenin işlemleri dolayısıyla hak kazanacağı ücrete ek olarak, denkleştirme bedelinin bir şekilde ödenmesine yönelik (örneğin sözleşme süresince normalden çok komisyon miktarı belirleyen, denkleştirme bedelinin sözleşme süresine yayarak ödenmesini öngören, acenteye müşteri çevresini satma hakkı veren) acente aleyhine olmayan sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Denkleştirme talebinin kanundan doğan bir borca bağlı olup olmadığı meselesini tartıştıktan sonra, doktrinde ifade edilen ve kanımızca denkleştirmeyi kanundan doğan borca bağlı bir talep olarak nitelendirmeyen görüşlere de kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Denkleştirme talebinin hukuki kaynağı hakkında özellikle Alman doktrininde ileri sürülen görüşleri Türk hukuku kapsamında değerlendiren yazarlar, denkleştirme talebinin bir malvarlığı zararının giderilmesi, sözleşmenin feshinden doğan bir olumlu zarar tazmini veya sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iade yükümlülüğü kapsamında ele alındığını ifade etmektedir⁵⁵.

Alman doktrininde ileri sürülen bu görüşlerin tümü bazı gerekçelerle eleştirilmiştir. Denkleştirme talebini, aslen sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla ortaya çıkan bir zararın giderilmesine bağlayan görüş, yukarıda da ifade

⁵¹ Eren, s. 498.

⁵² Eren, s. 498: “Emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme yapılamayacağı için, bunlarla ilgili bir boşluktan söz edilmez.”

⁵³ Denkleştirme talebinin emredici hüküm özelliği ile ilgili bkz. Akkanat/Çekin, s. 35-36.

⁵⁴ Ayan, s. 222; Karasu, s. 309; Akın, s. 633-634; Kaya, s. 250; Akkanat/Çekin, s. 39-41.

⁵⁵ Karasu, s. 288; Arslandoğan, Birce: “Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yoluyla İleri Sürülebilir mi?”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 141-142 Yıl: 2016, s. 83-85.

edildiği üzere, denkleştirme talebini tazminattan ayıran kusur, zarar ve hakkaniyet hakkındaki düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Diğer taraftan, denkleştirmeyi sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade borcu kapsamında değerlendiren görüş ise⁵⁶, bir borç kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmenin oluşabilmesi için gerekli olan “geçerli bir sebebin bulunması” şartının denkleştirme açısından söz konusu olamayacağı düşüncesi ile karşılaşmaktadır. Buna göre, denkleştirme talebini sebepsiz zenginleşmeden ayıran nokta, talebin kaynağının acente tarafından müvekkile kazandırılan müşteri çevresinin devri olmasıdır; bu bakımdan sözleşme temeline dayanan bir kazandırma söz konusudur⁵⁷.

Denkleştirme, sözleşme süresince özünde ortak bir çalışmanın ürünü olan müşteri yaratımından tarafların ortaklaşa faydalanmasının sona ermesi nedeniyle ortaya çıkan bir hak olduğuna göre, burada sözleşme sona erdikten sonra müvekkilin sözleşmeye dayalı olarak kazanç sağladığı yani zenginleştiği (TTK m. 122/f. 1/a), buna karşın acentenin haklı bir beklenti sonucu elde edeceği ücreti elde edememekten ötürü fakirleştiği bir gerçektir. Bununla birlikte, bu zenginleşme ve fakirleşmenin sebepsiz zenginleşme kapsamında olmadığına dayanağı geçerli bir sebebin varlığından ziyade, haklı bir sebebin varlığıdır. Doktrinde, sebepsiz zenginleşmenin şartları arasında “geçerli bir sebebin bulunmaması” sayılmaktadır⁵⁸; acentelik veya tek satıcılık vb. bir sözleşmenin varlığı ve müşteri çevresinin bu sözleşme kapsamında yaratılmış olması, tabii ki bu şartı ortadan kaldırmaktadır. Kimi yazarlarca bu şart, “haklı bir sebebe dayanmama” olarak ele alınmaktadır⁵⁹. Hukuki sebebin geçersiz olması, gerçekleşeceği düşünülen bir hukuki sebebin gerçekleşmemesi, gerçekleştiği düşünülen bir sebebin sonradan ortadan kalkması ve nihayet borçlanılmayan bir edimin yanlışlıkla ifa edilmesi, haksız bir sebebin

⁵⁶ **Tekinalp**, s. 15. Yazar, Alman doktrininde ileri sürülen “fakirleşmesiz zenginleşme” görüşünün benimsenmesi halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin denkleştirme talebine “*tatmin edici bir dayanak*” oluşturacağını ifade etmektedir.

⁵⁷ **Ayan**, s. 105. Ayan, “*sözleşme temelli bir kazanç elde edilmesinin ve denkleştirme miktarının belirlenmesinde hakkaniyetin rol oynamasının, denkleştirmeyi sebepsiz zenginleşme nedeniyle elde edilen gelirin iadesi kurallarından ayırdığını*” belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Şenol**, s. 250; **Badak Aybar**, s. 171; **Kanışlı**, s. 127, 45 no.lu dn. Kanışlı, denkleştirme talebinin vekâletsiz iş görme hükümlerine de tabi tutulamayacağını, zira müşteri çevresi oluşturma fiilinin taraflar arasındaki bir temsil ve vekâlet ilişkisine dayandığını vurgulamaktadır. Sak ise, denkleştirme talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olamayacağını, zira müşteri çevresinin müvekkile geçişi sonucunda müvekkilin “sebepsiz zenginleşen” sayılamayacağını belirtmektedir. Bkz. **Sak**, s. 105.

⁵⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 327 vd.

⁵⁹ **Eren**, s. 898 vd.

varlığını gösteren hallerdir. Geçerli ve ifa edilmiş bir sözleşmenin varlığı bu anlamda “haklı bir sebeptir”; diğer bir ifadeyle, müvekkil ya da üretici/sağlayıcı haklı bir sebebe dayanarak müşteri çevresinden faydalanmaya devam etmektedir. Bununla birlikte, bu haklı ve geçerli faydalanma, hakkaniyete aykırı olarak, müşteri çevresinin oluşturulmasında emek sahibi olan diğer “ortağın” zararına gerçekleşmektedir. Müşteri çevresini yaratan bu ortak, aslında sözleşme sona erdiği takdirde, bu müşteri çevresinden faydalanamayacağını bilmektedir. Bu anlamda, zenginleşenin müdahalesine de izin vermektedir⁶⁰. Nitekim, denkleştirmenin örneğin komisyon miktarının normalden fazla tutulması, her sene yapılacak prim ödemeleri vb. şekillerde sözleşme sona ermeden önce tahsili de mümkündür. Böyle bir durumda, hakkaniyet ilkesi gereğince de denkleştirme talebi doğmayacaktır⁶¹. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, denkleştirme talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayanmadığı görüşüne katılmaktayız.

Denkleştirme talebini, gerek sözleşmenin sona ermesinden kaynaklanan bir zararın tazmini, gerekse bir karşılık ya da edim karşılığı (karşı edim) olarak nitelendiren görüşlerin tümü borcun kaynağının sözleşme olduğu noktasında birleşmektedir. Dolayısıyla, yukarıda yer verdiğimiz açıklamaların ışığında, denkleştirme talebinin, sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı olduğunu ifade eden görüş⁶², kanımızca da geçerlilik kazanmaktadır.

III. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN UYGULAMA ALANI

Denkleştirme talebinin uygulama alanı bir hayli geniştir. TTK m. 122/f. 5 uyarınca, denkleştirme talebine ilişkin hüküm, “*hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır.*” Acentenin denkleştirme hakkı, mülga 6762 sayılı TTK⁶³, da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, kanun boşluğu olarak ele alınan bu durumun, hakimink hukuk yaratması yoluyla giderilmesi gerektiği ileri sürülmekte idi⁶⁴. TTK m. 122 düzenlemesi ile konu

⁶⁰ Müdahaleden doğan zenginleşmenin haksızlığı konusunda bkz. **Eren**, s. 904.

⁶¹ **Altınok Ormancı**, s. 472-473. Denkleştirmenin hakkaniyete dayanmasının, bu talebi sebepsiz zenginleşmeden doğan gelir iadesinden ayırdığı yönünde bkz. **Ayan**, s. 105.

⁶² **Ayan**, s. 105-106. Yazar, denkleştirme talebinin, sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı olarak devredilebileceğini, rehnedilebileceğini veya haczedilebileceğini de eklemektedir. Aynı yönde bkz. **Akkanat/Çekin**, s. 32.

⁶³ RG. 09.07.1956- S. 9353.

⁶⁴ **Gürzumar**, s. 178; **Tekinalp**, s. 10; **Kayhan**, s. 156; **Ayan**, s. 91; **Altınok Ormancı**, s. 477; **Aydın Evcimik**, s. 36 ve s. 50; **Demir Gökyayla**, s. 245. Acenteye denkleştirme talebi tanınması ile ilgili Yarg. 11. HD'nin E. 1996/2084 K. 1996/4544 sayılı ve 20.06.1996 tarihli “ilke kararı” ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Tekinalp**, s. 5 vd.

hem acenteler, hem de diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkileri bakımından çözüme kavuşturulmuştur.

Denkleştirme talebinin uygulama alanı bir hayli geniştir. Acente ve tek satıcılık sözleşmeleri dışında, tekel hakkı tanıyan franchise ve bayilik sözleşmeleri ile marka lisansı sözleşmeleri de denkleştirme talebinin uygulanabileceği sözleşmeler arasında değerlendirilmektedir⁶⁵. Bu açıdan, yabancılık unsuru içeren, Türk hukukunun uygulanacağı sözleşmeler bakımından denkleştirme talebinin uygulama alanı bir hayli geniştir.

Denkleştirme talebinin ileri sürülebilmesi bakımından önemli olan nokta, acentelikten farklı olarak, tek satıcılık ve bayilik sözleşmelerinde, yalnızca münhasır dağıtım hakkına sahip olan dağıtıcıların denkleştirme haklarının olacağıdır⁶⁶. İnhisar başlıklı TTK m. 104 gereğince, “*Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz.*” Ancak inhisar hakkının tanınmamış olması, acenteyi denkleştirme talebinde bulunmaktan alıkoymayacaktır. Bu nedenle, TTK m. 122/f. 5 hükmü doktrinde eleştirilmektedir⁶⁷.

Yine, denkleştirme hakkının tek satıcıya da tanınmasının mümkün olup olmadığı da tartışmalı idi; mülga TTK döneminde, genel olarak doktrinde olumlu yönde görüşler ileri sürülmekte, Yargıtay da aynı yönde kararlar vermekte idi. Bkz. **Erdem**, s. 282; **Aydın Evcimik**, s. 36-37; **Demir Gökyayla**, s. 246. Ayrıca bkz. **Altınok Ormancı**, s. 475 vd.

⁶⁵ Denkleştirme talebinin franchise sözleşmeleri bakımından uygulanması konusunda bkz. **Doğan**, s. 335 vd.; **Emerson**, Robert: “Franchise Goodwill: Take A Sad Song and Make It Better”, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46/2 (2013), s. 358 vd.; **İrge Erdoğan**, Burcu: Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2016, s. 56-58; **Koyuncuoğlu**, s. 4300 vd.; **Emerson**, s. 290 vd.; **Erdem**, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2017, s. 455-456; **Güvercin Şahan**, Ayşe: Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 43-44; **Cantürk**, s. 45 vd.; bayilik sözleşmeleri bakımından uygulanması konusunda bkz. **Şenol**, s. 258 vd.; marka lisansı sözleşmeleri bakımından uygulanması konusunda bkz. **Kalender**, Emre: “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122'nin, Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı”, İnÜHFD Cilt:8, Sayı:1, Yıl 2017, s. 94 vd. Ayrıca bkz. **Karasu**, s. 310 vd.; **Aydın Evcimik**, s. 34-39; **Kaya**, s. 253; **Arslandoğan**, s. 87 vd.; **Yusufoğlu**, s. 177 vd.; **Kaya**, Sempozyum, s. 10; **Poroy/Yasaman**, s. 288-290.

⁶⁶ **Şenol**, s. 258; **Demir Gökyayla**, s. 266.

⁶⁷ Yusufoğlu'na göre, tekel hakkı dağıtım sözleşmelerinin tipik unsuru ve denkleştirme talebinin maddi şartlarından biri değildir; bu açıdan tekel hakkı tanınmayan sözleşmeler bakımından bir fark gözetilmesi kanunun ruhuna aykırıdır. Bkz. **Yusufoğlu**, s. 163 ve

Kanun, “tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkileri”ne atıf yapmaktadır. Bununla birlikte, denkleştirme talebinin kıyasen uygulanmasında, kanunda yer verilen “benzerliğin” tek satıcılık ile diğer sürekli sözleşme ilişkileri arasında değil, acentelik ile diğer sürekli sözleşmeler arasında kurulması gerektiği ifade olunarak, tek satıcılıktaki tekel hakkının bu benzerlikte söz sahibi olmaması gerektiği dile getirilmektedir⁶⁸.

Tekel hakkı mevcudiyetinin yanı sıra, denkleştirme talebinin doğması için, dağıtıcının, yarattığı müşteri çevresini üretici/sağlayıcıya devretmesi gerekmektedir⁶⁹. Örneğin, tek satıcılıkta, tek satıcı müşteri çevresini sözleşmenin sona ermesi ile üreticiye devretmiyorsa, denkleştirme ödenmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Yalnız, müşteri çevresinin üretici/sağlayıcıya devredilip devredilmediğini belirlemek bakımından sağtım sözleşmesinin hükümleri ile yetinilmemesi gerektiği, sözleşmenin uygulanma şartlarına da dikkat edilmesi

IV. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN “VAZGEÇİLMEZLİĞİ”

TTK m. 122/f. 4 uyarınca, “denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez”. “Önceden vazgeçme” ifadesine ilişkin kanunun gerekçesi ile doktrinde yapılan yorum farklıdır. Gerekçede, acentelik sözleşmesi yapıldıktan sonra denkleştirme hakkından feragat edilebileceği, ancak bu feragatin hile veya kanunu dolanmak suretiyle yapılmasının mümkün olmadığı, acentenin serbest iradesine dayanan feragatin ise geçerli olacağı ifade edilmektedir⁷⁰. Gerekçe esas alınacak olur ise, acentenin eşit müzakere gücüne

174-175. Aynı yönde bkz. **Kaya**, s. 227; **Badak Aybar**, s. 196; **Bahtiyar**, s. 232; **Güvercin Şahan**, s. 44. Aksi yönde bkz. **Kendigelen**, s. 115. Demir Gökyayla, denkleştirme talebinin uygulama alanının daraltılmasının bir “hukuk politikası meselesi” olduğuna dikkat çekerek, dağıtım sözleşmesinin sona ermesini üretici için zorlaştıran bu talebe kimlerin hak kazanacağını belirleyen kanun koyucunun bu yöndeki takdir hakkına atıf yapmaktadır. Bkz. **Demir Gökyayla**, s. 266. Badak Aybar’a göre, m. 122 tekel hakkı veren sözleşmeler bakımından doğrudan uygulanacak; tekel hakkı vermeyen benzer nitelikli sözleşmeler bakımından ise kıyasen uygulama alanı bulacaktır. “Tekel hakkı veren” ifadesinin hükmün uygulama alanını daraltmak üzere kabul edilmediği yönünde bkz. **Sak**, s. 137 vd.

⁶⁸ **Yusufoğlu**, s. 173.

⁶⁹ **Demir Gökyayla**, s. 259. Ancak yazar şunu da eklemektedir: Uygulamada bu yönde bir devre ilişkin tek satıcılık sözleşmesine hüküm konmamaktadır. Yine de, sözleşmenin bütününden ve sözleşme süresince tarafların arasında oturmuş uygulamadan aksi sonuca varılabilir. Özellikle, müşterinin tek satıcının sözleşme konusu edimini ifa ederken müşteriyi çevresinin bilgilerine ulaşmasının mümkün olması halinde, müşteri çevresinin üreticiye devredildiğinin kabulü gerekir (bkz. s. 261).

⁷⁰ Hükmün gerekçesi şu şekildedir: “*Talepten acente sözleşmesinin yapılmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak*

sahip olduğu ölçüde, sözleşme akdedildikten sonra yapılacak feragat geçerli olacaktır. Gerekçede yer alan ifade, denkleştirme talebinden sözleşme yapıldıktan sonra ve fakat sözleşme süresince vazgeçilebileceği anlamının çıkarılabileceği endişesiyle eleştirilmektedir; bu görüş uyarınca denkleştirme talebinden sözleşme sona ermeden önce ve ileriye etkili olacak şekilde vazgeçmek mümkün olmamalıdır⁷¹.

Aslında gerekçe dikkate alındığında, kanun koyucunun doktrinde ileri sürülenin aksine yorumu esas aldığı söylenebilecektir. Zira, kanun koyucu, “sözleşme sona ermeden önce” ifadesi yerine “önceden” ifadesini tercih etmiştir. Gerekçede de feragatin mümkün olduğu, mehzaz kanunda da bu şekilde kabul edildiği, ancak feragatin sözleşmenin güçlü tarafının dayatması ile yapılıp yapılmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir.

Denkleştirme talebinden vazgeçme, doktrinde “*talebi ortadan kaldıran veya önemli ölçüde sınırlayan ya da acente lehine düzenlemeleri aleyhe değiştiren*” hükümler olarak ele alınmaktadır⁷². Dolayısıyla, denkleştirme talebini tümüyle ortadan kaldırmaya dahi, gerçekleşmesi güç şartlara bağlayan ve sözleşmenin doğasına aykırı hükümler de TTK m. 122/f. 4’ün uygulama alanına girecektir.

TTK’nın ilgili düzenlemesinden önce, acenteye denkleştirme hakkı tanıyan bir hüküm içermeyen mülga 6762 sayılı TTK’nın yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay 11.HD’nin vermiş olduğu E. 1996/6699 K. 1996/9192 sayılı ve 25.12.1996 tarihli kararı kapsamında, doktrinde pek de kabul edilmeyen bir gerekçeye (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 99/f.2’ye) dayanarak vazgeçilmezliğin kabul edildiği görülmektedir. Mülga TTK döneminde, denkleştirme talebinin vazgeçilmezliği, “emek ve hakkaniyet ilkelere dayanan bir hakkın güçlü tarafın dayatması” sonucunda sözleşme

şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin, tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır. Maddenin kaynağı olan Alm. TK’nın 89b paragrafının dördüncü bendiyle ilgili öğretide vazgeçmenin tam anlamıyla serbest iradeyle yapılmış olması gereği üzerinde durulur. Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile, bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolanılmasıdır.”

⁷¹ **Kaya**, s. 249; **Akın**, s. 632-633; **Kaya**, Sempozyum, s. 41.

⁷² **Ayan**, s. 218-219, 69 no.lu dn.; **Karasu**, s. 309; **Şenol**, s. 277-278 ve s. 282; **Kaya**, s. 248; **Akın**, s. 633; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 822. Denkleştirme talebinden önceden vazgeçme kapsamında kabul edilebilecek bazı örnekler için bkz. **Akkanat/Çekin**, s. 37; **Cantürk**, s. 143-144 (Başka bir alacağın denkleştirme istemine mahsup edilmesi; denkleştirme isteminin muacceliyetinin ertelenmesi; hakkın devrinin kısıtlanması; acentenin elde edeceği denkleştirmeyi önemli ölçüde azaltan hesaplama yöntemlerinin seçilmesi vb.).

hükmü ile bertaraf edilmesinin adaba aykırı olacağı gerekçesiyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun -emredici hükümlere, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılığa ilişkin- 19 ve 20 maddeleri çerçevesinde ele alınmıştır⁷³. Aksi görüş, acentenin denkleştirme talebinden vazgeçebileceğini, bu durumun ahlaka ve adaba aykırı olmadığını; zira, denkleştirme talebinin “parasal” bir talep olduğunu, bu bedelin ödenmemesinin acentenin ekonomik mahvına sebep olmayacağını vurgulamakta; buna karşın, müvekkilin tek taraflı, acente ile müzakere etmeksizin sözleşmeye koyduğu “denkleştirmeden vazgeçmeye ilişkin” hükümlerin TMK m. 2 gereğince geçersiz sayılabileceğini dile getirmektedir⁷⁴.

Doktrinde, denkleştirme talebinin vazgeçilmezlik özelliğinin tarafların yabancı bir hukuk seçimi yapmaları halinde de geçerli olacağı, gerek hukuk seçimi, gerekse yetki anlaşması veya tahkim şartının kabulü ile, faaliyet bölgesi Türkiye olan sözleşmelerde denkleştirme talebinin bertaraf edilemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁵. Bu kapsamda, şayet yabancı bir hukuk seçimi ile denkleştirme talebi ortadan kaldırılmış ise, “acentenin tabi olduğu hukukun” araştırılmasının gerekli olduğu, eğer bu hukukta denkleştirme talebi emredici hükümler ile düzenlenmiş ise, denkleştirme talebinden vazgeçilemeyeceği dile getirilmektedir⁷⁶. Esasen, yapılan bu yorum tarafların seçtiği hukukun

⁷³ Tekinalp, s. 17; Kayhan, s. 157-158; Aydın Evcimik, s. 90; Erdem, s. 295-296.

⁷⁴ Ayan, s. 221.

⁷⁵ Kaya, s. 250; Kaya, Sempozyum, s. 41-42. Aynı yönde bkz. Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 823.

⁷⁶ Kaya, s. 250-251. Yazar, denkleştirme talebini ortadan kaldıran hukuk seçiminin yabancı bir mahkeme kararına esas alınması halinde, tanıma veya tenfiz aşamasında bunun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir: “*Türk mahkemeleri de tanıma ve tenfiz aşamasında konuyu bu yönden değerlendirecektir.*”

Doktrinde bu konunun Alman hukuku kapsamında tartışma konusu olduğu belirtilmektedir. Zira ATK m. 92c, Alman hukukunda yer alan ve denkleştirme talebini vazgeçilmez olarak düzenleyen 89b maddesinin, AB ve Avrupa Ekonomik Alan Üye ülkeleri (*European Economic Area Agreement*) içinde ifa edilmeyen acentelik sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacağını düzenlemektedir. Buna göre, bu ülkelerde ifa edilen sözleşmelerde taraflar denkleştirme talebinden vazgeçebilmektedir. Tartışma acentenin tabi olduğu hukukun denkleştirme talebi ile ilgili emredici hükümler içermesi halinde, Alman hakiminin ne yönde karar vermesi gerektiğine ilişkindir. Baskın görüş, ATK m. 92c hükmünün, acentenin tabi olduğu hukuk dikkate alınmaksızın uygulanması yönündedir. Diğer bir görüş ise, acentenin tabi olduğu hukukun denkleştirme talebinden vazgeçilmesini engelleyen emredici bir hüküm içermemesi halinde m. 92c'nin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Alman mahkemelerinden verilen konuya ilişkin kararların da baskın görüş yönünde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kaya, Nebi: “Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme İle Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi'nin 11.01.2002 tarihli Kararının Değerlendirilmesi)”, Hüseyin Ülgen'e

geçersiz sayılması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Kanunlar ihtilafı hukuku kapsamında irdelenmesi gereken bu mesele aşağıda ele alınacaktır.

V. DENKLEŞTİRME TALEBİNİN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Denkleştirme Talebine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda açıkladığımız üzere, denkleştirme, acentelik ve uygulama alanına giren diğer dağıtım sözleşmelerinin sona ermesi halinde doğan bir talep hakkıdır⁷⁷. Bu görüş, sözleşmeden doğan bir borca dayalı bu talep hakkının hakkın doğumuna esas olan sözleşme statüsüne tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, acentelik sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili uyuşmazlıkların acente ile müvekkil arasındaki iç ilişkiye dâhil olduğu ve haklı sebeple fesih ile ilgili uyuşmazlıkların temel sözleşme statüsüne tabi olacağı ifade edilmektedir⁷⁸. 14 Mart 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu m. 8/2/e’de düzenlenen denkleştirme talebinin de, Konvansiyon’un 5. maddesinde düzenlendiği üzere, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka tabi olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

MÖHUK, acentelik veya diğer dağıtım sözleşmelerine uygulanmak üzere, özel bir kanunlar ihtilafı kuralı içermemektedir. Bu nedenle, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 kapsamında belirlenecektir.

Armağan, Cilt I, İstanbul 2017, s. 6-9. Yazar, Alman doktrininde ve incelediği mahkeme kararlarında esas alınan baskın görüşe katılmamakta; ATK m. 92c hükmünün uygulanması sonucunda, acentenin tabi olduğu hukukta yer alan ve denkleştirme talebinden vazgeçilmezliği emredici hükümlerle düzenleyen kuralların göz ardı edilemeyeceğini savunmaktadır. Acentenin faaliyet gösterdiği ülkenin denkleştirme talebini vazgeçilmez olarak düzenlememesi halinde, acente açısından bir şeyin değişmeyeceğini ifade eden yazar, böylece “uluslararası hukukta acentelere tanınan denkleştirme talebi uygulamasında yeknesaklığa kavuşulacağını dile getirmektedir (bkz. **Kaya**, Nebi, s. 9-10). Yazar, aksi halde, denkleştirme talebinden vazgeçilmezliği emredici hükümlerle düzenleyen hukukların geçerli olduğu ülkelerde faaliyet gösteren acenteler ile denkleştirme talebinden vazgeçilmezliği emredici hükümlerle düzenlemeyen hukukların geçerli olduğu ülkelerde faaliyet gösteren acenteler arasında eşitlik ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğacağını altını çizmektedir (**Kaya**, Nebi, bkz. s. 10). Aşağıda ifade edeceğimiz üzere, biz de, bu tür eşitsizlikler yaratan yabancı hukuk hükümlerinin, somut olayın şartları dahilinde, Türk kamu düzenine aykırı olacağını düşünüyoruz. Bkz. “Denkleştirme Talebi Türk Kamu Düzeni Müdahalesine Konu Olabilir mi?” başlıklı V. B. 3. no.lu bölüm.

⁷⁷ Bkz. “Denkleştirme Talebinin Kaynağı” başlıklı II. B. no.lu bölüm.

⁷⁸ **Verhagen**, Agency, s. 245; **Güner**, Cemil: Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkinde Uygulanacak Hukuk, Ankara 2014, s. 49-50.

MÖHUK m. 24/f. 1 uyarınca, “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.”

Uygulamada, yabancılık unsuru taşıyan acentelik ve diğer dağıtım sözleşmelerine uygulanacak hukukun genellikle taraflarca seçildiği, Türkiye’de faaliyet gösteren acenteler/dağıtıcılar ile yabancı müvekkil/üreticiler/sağlayıcılar arasında akdedilen sözleşmelere uygulanmak üzere genel olarak yabancı hukukların seçildiği ve bu hukukların daha çok müvekkil/üretici/sağlayıcının merkezinin bulunduğu ülke hukuku olduğu veya iki tarafın tabi olmadığı tarafsız bir hukukun seçildiği ifade edilmektedir⁷⁹.

Gerçekten de, bu tür acentelik veya dağıtım sözleşmeleri, doğası gereği yabancılık unsuru içeren sözleşmelerdir. Bu anlamda, taraflar, aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuku ve hatta uyuşmazlığı çözmeye yetkili mercii (bir devlet mahkemesinin veya tahkimin yetkilendirilmesi suretiyle) önceden tespit ederek öngörülebilirliği sağlamaktadır. Taraflarca yapılan hukuk seçimleri, çoğunlukla, sözleşme ile sıkı ilişki sağlamaktadır; sözleşme ile hiçbir ilgisi bulunmayan hukuk seçimlerinin yapıldığına pek rastlanmadığı ifade edilmektedir⁸⁰.

Denkleştirme talebini sözleşmeden değil, kanundan doğan bir borç olarak kabul eden bir görüşe göre ise, MÖHUK m. 24/f. 1 hükmü, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile sınırlı olarak uygulanabileceğinden, tarafların yaptığı hukuk seçimi, sözleşmeye dayanmayan denkleştirme talebi hakkında uygulanamayacaktır⁸¹. Bu görüş, denkleştirme talebine ilişkin TTK

⁷⁹ **Demir Gökyayla**, Konferans, s. 52-53.

⁸⁰ **Verhagen**, Agency, s. 243.

⁸¹ **Ayoğlu**, s. 16 ve s. 24. Aynı yönde bkz. **Demir Gökyayla**, Konferans, s. 67-68. Ayoğlu, denkleştirme talebinin sözleşmeden kaynaklanmayan bir borç olarak, MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmiş olması halinde, yetki sözleşmesinin uygulama alanına da giremeyeceği kanaatindedir. Bkz. **Ayoğlu**, s. 16, dn. 11. Yazara göre, taraflar arasındaki dağıtım sözleşmesinde özel olarak düzenlenmeyen denkleştirme talepleri zaten yetki sözleşmelerinin kapsamı dışında tutulmalıdır; sözleşmede düzenlenen denkleştirme talepleri bakımından ise, yetki sözleşmesinin uygulanabileceği kabul edilecek olsa bile, yabancı mahkemenin uyguladığı hukukun TTK m. 122’ye oranla dağıtıcıyı dezavantajlı duruma getirmesi halinde, yabancı mahkemenin TTK m. 122’yi doğrudan uygulanan kural olarak uygulaması gerekecektir.

Denkleştirme taleplerinin yabancı mahkemeyi yetkilendiren sözleşmelere veya tahkim sözleşmelerine konu edilmesi ayrı bir tartışma konusudur. Zira, yabancı mahkemenin verdiği ve -TTK m. 122’yi doğrudan uygulanan kural olarak kabul eden görüşe göre- TTK m. 122’nin uygulanmadığı kararların Türk mahkemelerinde tanınması veya tenfizi aşamasında nasıl bir sonuca varılması gerekeceği tartışılmalı olacaktır. Bununla birlikte, Yarg. 19. HD’nin E. 2015/3313 K. 2015/5338 sayılı, 13.04.2015 tarihli ve E. 2001/9668 K. 2002/4187 sayılı, 31.05.2002 tarihli kararlarında, acenteler tarafından portföy

m. 122 hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere⁸², doğrudan uygulanan kurallar, ilgili uyumsuzluğa kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederek uygulandıklarından, MÖHUK’da yer alan kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek kalmamaktadır. Bu görüş benimsendiği takdirde, denkleştirme talebini düzenleyen TTK m. 122, sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak, bu uygulamanın ne şekilde olacağı ve sonuçları üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir⁸³.

B. Uygulanacak Hukukun Denkleştirme Hakkı Tanımaması Halinde Türk Hukukunun Müdahalesi

1. Genel Olarak

Denkleştirme talebi ile ilgili olarak Türk hukuku müdahalesi, uyumsuzluğa uygulanmak üzere seçilen hukukun Türk hukukunun öngördüğü korumayı ya hiç tanımaması ya da daha az bir koruma öngörmesi halinde mümkün olabilecektir. Bu kapsamda, yetkili hukukun Türk hukukundan daha iyi bir koruma sağlaması halinde ise, bu korumanın niteliği veya kapsamı, tek taraflı ve aşırı olup olmadığı gibi hususlar da Türk hukukunun müdahalesi bakımından değerlendirilmelidir.

Yetkili hukukun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine müdahalesi de bu anlamda önem kazanmaktadır. Şayet acentelik/dağıtım sözleşmesine seçilen hukuk, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ve acentenin denkleştirme hakkından vazgeçtiğini düzenleyen hükümlere geçerlilik tanıyor ise, bu durum TTK m. 122/f. 4’te düzenlenen “denkleştirme talebinin vazgeçilmezliği” ilkesi ile örtüşmeyeceğinden, yine Türk hukukunun müdahalesi ile karşılaşılacaktır.

tazminatı talebiyle açılan davalarda, taraflar arasında akdedilen ve yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmaların geçerli olduğuna hükmettiğini ifade etmek isteriz (bkz. www.kazanci.com).

Tahkim açısından da durum, hakemlerin denkleştirme talebi hakkında karar vermeye yetkisi, hakemlerin uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk dışındaki bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alıp alamayacağı ve denkleştirme talebinin tahkime elverişliliği bakımından bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Tahkim ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap bölümündeki tartışmalar, s. 99-102.

⁸² Bkz. aşağıda “Denkleştirme Talebi Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları Kapsamında Değerlendirilebilir mi?” başlıklı V. B. 2. no.lu bölüm.

⁸³ Bkz. aşağıda “Görüşümüz” başlıklı V. B. 2. c. no.lu bölüm.

Çalışmamızın ilk bölümünde denkleştirme talebi kavramı ve bu talebin çeşitli hukuklarda kabul edilme amacı hakkındaki tartışmalar üzerinde durmuş ve denkleştirme talebinin düzenlenme amacı ve şeklinin, kanunlar ihtilafı kapsamında yapılacak değerlendirme açısından ne derece önemli olduğunun altını çizmiştik. Konunun açıklanması bakımından gerek TTK m. 122'nin, gerekse TTK m. 122'nin mehzamını oluşturan 86/653 sayılı Acenteliğe İlişkin Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkında AB Yönergesi m. 17-19 ve bu yönergenin ilgili hükümlerini iç hukuklarına taşıyan ülke hukuklarındaki uygulamanın, özellikle de ABAD kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

TTK m. 122 hükmünün uygulanması bakımından Türk doktrinde ileri sürülen görüşlere, denkleştirme talebinin vazgeçilmezliği başlığı altında kısaca değinmiştik. Bu görüşler, genel olarak TTK m. 122 hükmünün hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilemeyeceği yönünde olup, özellikle acentenin/dağıtıcının “tabi olduğu” hukukun emredici hükümlerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu “dikkate alınma”nın kanunlar ihtilafı tekniği bakımından ne şekilde gerçekleşeceği büyük önem arz eden bir noktadır.

Bu kapsamda, denkleştirme talebi ile ilgili sorunların kanunlar ihtilafı metodunun uygulanması ile bulunacak yetkili hukukun (*lex causae*) uygulanması çerçevesinde mi, yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının bertaraf edilerek doğrudan uygulanan kurallar metoduna başvurulması mı çözümlenmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

2. Denkleştirme Talebi Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları Kapsamında Değerlendirilebilir mi?

a. Doğrudan Uygulanan Kural Kavramı ve Denkleştirme Talebinin Doğrudan Uygulanan Kural Olarak Kabulü Yönündeki Görüşler

Denkleştirme talebinin doğrudan uygulanan kural kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği Türk doktrininde yakın zamanda tartışılmaya başlanmıştır. Doktrinde bir görüş, denkleştirme talebini MÖHUK m. 6'da düzenlenen doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirmektedir⁸⁴. Anılan hüküm gereğince, “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır”. Bu değerlendirmede, aşağıda yer vereceğimiz ABAD kararlarında yapılan yorumlar önemli bir yer teşkil etmektedir.

⁸⁴ Ayoğlu, s. 19 vd.; Demir Gökyayla, Konferans, s. 63 vd.

Denkleştirme talebini doğrudan uygulanan kural kapsamında değerlendirilen görüşler, dayanağını talebin hukuki kaynağı ve düzenlenme amacıyla bulmaktadır. Denkleştirme talebini sözleşmeden değil de, kanundan doğan bir borç olarak kabul eden bu görüş, TTK m. 122 düzenlemesinin mehzazı olan 86/653 sayılı Yönerge'nin 17-19. maddeleri ile "iç piyasanın düzenlenmesi ve dürüst rekabet ortamının tesisi"nin amaçlandığını, üstün bir devlet menfaatine yönelen bu amacın Türk piyasası bakımından da geçerli olduğunu, TTK m. 122 hükmünün Türkiye'de faaliyette bulunan acenteler bakımından, kanunlar ihtilafı bağlamında, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁵. Bu sonuca ulaşılmasında bir diğer gerekçe de, denkleştirme talebinin vazgeçilmezliğidir; buna göre, kanun koyucunun sözleşmelerin en temel ilkesi olan irade serbestisini bu şekilde sınırlaması, hükmün doğrudan uygulanan kural özelliğini ön plana çıkarmaktadır⁸⁶.

Bilindiği üzere, doğrudan uygulanan kural, doktrinde, "*devletin ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklarda uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*" olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi için, ilgili devletin yukarıda sayılan üstün menfaatlerinin gerçekleşmesine yönelmesi ve amaçlanan üstün menfaate ulaşılabilmesi bakımından özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının zorunlu olması gerekmektedir⁸⁸. Bu tür kurallar, "*tarafklar arasında hakkani-*

⁸⁵ **Demir Gökyayla**, Konferans, s. 65.

⁸⁶ **Ayoğlu**, s. 20-21.

⁸⁷ **Özdemir Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 12-13. Ayrıca bkz. **Tekinalp**, Gülören/**Uyanık**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2016, s. 47-48; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017, s. 185; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 7; **Takavut**, Doğan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul 2018, s. 32; **Doğan**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 273-274.

⁸⁸ Doğrudan uygulanan kurallar, "*devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli ortak çıkarlar*"ı korumak amacıyla kabul edilen kurallardır. Bu kuralların uygulanması, söz konusu ortak çıkara ulaşmak bakımından zorunludur. Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 11; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 154. Bu durumda, şayet devlet tarafından, "bizzat devletin çıkarlarını" korumak amacıyla kabul edilmiş bir kuraldan bahsetmiyorsak, o kuralın doğrudan uygulanan kural niteliği tartışmalı olacaktır. Bu anlamda, doktrinde dikkat çekildiği üzere, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilecek hükmün sadece ve çoğunlukla

yetin gerçekleşmesine değil, devletin menfaatine hizmet eden sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin hükümler” olarak tarif edilmektedir⁸⁹. Doğrudan uygulanan kuralların, kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirlerini içermekte olduğu belirtilmektedir⁹⁰. Söz konusu kurallar, ait oldukları devletin politikalarını, daha geniş anlamda kimliklerini yansıtır; bu açıdan, bir kuralın bir devlette doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi, diğer bir devlette de aynı türden kuralların aynı şekilde nitelendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır⁹¹.

Doğrudan uygulanan kural kavramı, tanımının da göstereceği üzere, içinin doldurulması zor ve göreceli bir kavramdır; bu tür kurallar, gerçekleştirmeye çalıştıkları amaç çerçevesinde birbirinden farklı içeriklere sahip olabilecek kurallardır⁹². Bu nedenle, bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, her somut olay bakımından, ilgili kuralın amacı, düzenleniş şekli ve özellikleri, uygulanması halinde ortaya çıkaracağı sonuçlar dikkate alınmak suretiyle yorumlanmalı; özellikle kuralın milletlerarası bir ilişki için mi ya da sadece iç hukuka tabi bir ilişki için mi kabul edildiği belirlenmelidir⁹³. Bu noktada, doğrudan uygulanan kural tanımında yer alan ve en önemli unsur olarak ön plana çıkan “devlet menfaati” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bir kuralın, doğrudan uygulanan kural olarak kabulünde, devlet menfaati o kadar önemli olmalıdır ki, iç hukukun emredici bir kuralı, milletlerarası özel hukuk anlamında da aynı derece ve ölçüde emredici kabul edilebilsin. Son olarak, şu hususu belirtmekte fayda vardır: doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen iç hukuk kuralının amacını tespiti yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa uygulanmak bakımından hayatidir; güdülen amaca yalnızca ilgili emredici kural uygulanarak ulaşılabilmelidir. Eğer, güdülen

taraf menfaatine değil, ağırlıklı olarak “kendisini kuvvetle hissettiren bir kamu menfaatine” hizmet etmesi aranmalıdır. Bkz. **Nomer**, s. 186. Aynı yönde bkz. **Takavut**, s. 35.

⁸⁹ **Nomer**, s. 187. Doğan da, doğrudan uygulanan kuralların “birey menfaatlerinin korunmasına, bireyler arasındaki eşitliğin sağlanmasına” yönelik olmadığını altını çizmektedir. Bkz. **Doğan**, Vahit, s. 274.

⁹⁰ **Çelikel/Erdem**, s. 154; **Nomer**, s. 186.

⁹¹ **Özdemir Kocasakal**, s. 13-14. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kuralların özel hukuk alanına müdahale yoğunluğu ülkeden ülkeye değişmektedir. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 9.

⁹² **Özdemir Kocasakal**, s. 14.

⁹³ **Huysal**, Burak: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2 Yıl: 2011, s. 131; **Tekinalp/Uyanık**, s. 48; **Çelikel/Erdem**, s. 155; **Nomer**, s. 186; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 10; **Takavut**, s. 33; **Doğan**, Vahit, s. 274.

amaca başka bir şekilde ulaşılabiliyor ise, kanunlar ihtilafı metodu bertaraf edilmemeli, yetkili hukuku uygulamama yolu seçilmemelidir⁹⁴.

Doğrudan uygulanan kural kavramının ayrıntılı şekilde incelenmesi çalışmamızın konusunu aşmaktadır. Bununla birlikte, doğrudan uygulanan kurallara verilen örnekler, MÖHUK m. 6 kapsamında, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederek, yetkili hukukun tespitinden ve uygulanmasından bağımsız olarak başvuru ve bu çerçevede uygulanması “elzem” görülen kuralların ne tür kurallar olduğunu göstermektedir. Örneğin, kambiyo ve dış ticaret mevzuatı, rekabet mevzuatı, sermaye piyasası mevzuatı, sosyal güvenlik mevzuatı, vergi mevzuatı, gümrük mevzuatı, kültür ve doğal varlıkları koruma mevzuatı, yabancıların ikametine, çalışmasına veya taşınmaz edinimine ilişkin kurallar, iç hukukta sözleşmelere uygulanmak üzere getirilmiş ve fakat üstün bir kamu menfaatini yansıtan (özellikle sözleşmelerin zayıf tarafını korumaya yönelik) kurallar doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁵.

İç hukukun her emredici kurallarının kanunlar ihtilafı hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bu anlamda, şayet iç hukukun emredici bir kuralı, yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzlığa uygulanacak kadar önemli bir menfaate yöneliyor ise, diğer bir ifadeyle, “emrediciliğini” kaybetmiyor ise, bu kuralın müdahale alanının iç hukuku aştığından bahsedilebilecektir⁹⁶. Biz, yukarıda doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili verdiğimiz genel bilgi kapsamında, aşağıda “görüşümüz” başlıklı bölümde ayrıntılı şekilde ifade edeceğimiz üzere, TTK m. 122’de düzenlendiği şekliyle denkleştirme talebinin kanunlar ihtilafı hukuku açısından doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi ve uygulanması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Ancak görüşümüze geçmeden önce, Türk doktrinindeki görüşlere zemin hazırlayan 86/653 sayılı AB Yönergesi’nin ilgili hükümlerine ve ABAD kararlarına değineceğiz.

⁹⁴ **Tekinalp/Uyanık**, s. 48. Aynı yönde bkz. **Verhagen**, Hendrikus L. E.: “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.”, ICLQ Vol. 51, January 2002, s. 149; **Nomer**, s. 188.

⁹⁵ **Özdemir Kocasakal**, s. 97 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 154-155; **Nomer**, s. 187; **Şanlı/ Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 8-9; **Takavut**, s. 36.

⁹⁶ **Özdemir Kocasakal**, s. 12: “O halde kanun koyucunun, iç hukuk kuralları ile kurmaya çalıştığı belirli bir düzenin, yabancılık unsurunun varlığı ile bozulmasını istemediği, bu kuralların uluslararası nitelik taşıyan uyumsuzluklara da uygulanmasını istediği durumlarda başvurduğu yöntem, söz konusu kurallara doğrudan uygulanan kural niteliğinin tanınmasıdır.”

b. Konunun ABAD Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi

Çalışmamızın konusu oluşturan denkleştirme talebinin hukuki niteliği ve kanunlar ihtilafı hukuku kapsamında nitelendirilmesi ile ilgili ABAD üç adet karar vermiştir. Bunlardan ilki, 09.11.2000 tarihli *Ingmar GB Ltd - Eaton Leonard Technologies Inc.* kararıdır⁹⁷. Karara konu olayda, İngiltere’de kurulu şirket Ingmar (acente) ile Kaliforniya Eyaleti’nde kurulu Eaton (müvekkil) arasında bir acentelik sözleşmesi akdedilmiş, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Kaliforniya hukuku seçilmiştir. Acentelik sözleşmesinin sona ermesi sonucunda, Ingmar, İngiltere ve İrlanda’da yürütmüş olduğu acentelik faaliyet nedeniyle, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğramış olduğu zararın tazmini talebiyle dava açmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesi, 86/653 sayılı AB Yönergesini iç hukuka aktaran İngiliz hukuku mevzuatının somut olayda uygulama alanı bulamayacağını, zira tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmiş oldukları sonucuna varmıştır. Ingmar’ın itirazı üzerine istinaf mahkemesine yapılan başvuru sonucunda, mahkeme, ABAD’a önsorun olarak şu soruyu yöneltmiştir: “86/653 sayılı AB Yönergesi’nin 17 ve 18. maddeleri, acentenin AB sınırları içinde faaliyet gösterdiği, müvekkilin ise üye olmayan bir ülkede kurulu olduğu durumlarda ve tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere müvekkilin merkezinin bulunduğu ülke hukukunu seçtikleri ihtimalde uygulama alanı bulabilir mi?”

ABAD, somut olayda, şu sonuca varmıştır: 86/653 sayılı Yönerge’nin acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, acenteye ödenecek tazminatı düzenleyen 17-19. maddelerinin düzenlenme amacı, tüm acentelerin teşebbüs hürriyetini, iç piyasada bozulmuş bir rekabete karşı korumaktır. İlgili hükümler, acentenin sözleşmenin feshi halinde sahip olacağı maddi karşılığa ilişkin düzenleyici haklarını içermekte ve bu yönüyle özel doğrudan uygulanan kural niteliğine haiz olduğundan, tarafların hukuk seçimine karşı bağışıklığını korumaktadır. Bu bağlamda, hukuk seçimi, acenteyi, faaliyet gösterdiği ülke hukukunun kendisine tanıdığı korumadan yoksun bırakmamalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 86/653 sayılı Yönerge’de, Yönerge kurallarının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından uygulanmasına ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmemiştir. ABAD’ın da bu

⁹⁷ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 9 November 2000, in Case C-381/98, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45788&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6170895> (erişim tarihi: 10.07.2019).

yönde bir inceleme yapmadığı görülmektedir. Şayet, bir yönergede, ilgili yönergenin uygulanmasına özgü kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiş ise, yetkili hukukun tespiti açısından bu kurallar uygulanacaktır; aksi halde, yönergenin milletlerarası unsurlu uyumsuzluklara uygulanabilirliği, yönergenin amacına göre tespit edilecektir. Ancak bu tespitin hiç kolay olmadığı dile getirilmektedir⁹⁸. ABAD'ın 86/653 sayılı Yönerge'nin 17-19. maddelerini iç piyasayı ilgilendiren acentelik sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural olarak tanımlayan bu kararı bazı yönlerden eleştirilmiştir. Ancak ilk önce, ABAD'ın gerekçeleri üzerinde durmak gereklidir.

ABAD, *Ingmar* kararında Roma Konvansiyonu'nun mantık çerçevesini takip etmiş; Konvansiyon'un 3 ve 7. maddelerinin uygulanması ve bu iki hüküm arasındaki ilişki açısından, bir iç hukuk (AB mevzuatı) hükmünün amacı o hükmün ilgili olaya doğrudan uygulanmasını gerektiriyorsa, yetkili hukukun maddi hükümlerine bakılmaksızın, doğrudan uygulanan kuralların devreye girmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu değerlendirme, somut olayın AB ülkeleri ile yakın ilişkili olması halinde, diğer bir ifadeyle AB sınırları içinde (iç piyasanın etki alanında) geçerlidir. ABAD, acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak acentenin hak kazanacağı tazminatın tarafların hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunun cevabının da 86/653 sayılı Yönerge'nin amacında bulunması gerektiğini ifade etmiş ve bu soruya olumsuz yanıt vermiştir. Acentenin hakkı olan tazminatın ödenmesi bakımından, farklı üye ülkelerde kurulu şirketlerin taraf olduğu sözleşmelerin tümüyle yerli (yabancılık unsuru içermeyen) sözleşmeler ile aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiğinin de altı çizilmiştir⁹⁹.

Yalnız şunu ifade etmekte fayda vardır. Yönerge'nin 17. maddesi, üye devletlere bir seçim hakkı tanımaktadır. Bu seçim acenteye tanınacak hakkın

⁹⁸ **Verhagen**, s. 139. Yazar, bir yönergede, kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlenmemesi halinde, davaya bakan hakimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alması gerektiğini ifade etmekte; bu açıdan Roma Konvansiyonu'nun da uygulama alanı bulması gerektiğini dile getirmektedir (AB üyesi ülkelerde sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku belirleyen mevzuat, kararın verildiği tarihte, 19.06.1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 80/934 sayılı Roma Konvansiyonu'dur. Bkz. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC); bkz. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF (erişim tarihi: 11.07.2019). Konvansiyon'un 20. maddesinde, konvansiyonda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının iç hukukta geçerli olan mevzuatta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir.

⁹⁹ Bkz. *Ingmar* kararı, prgf 24-25-26.

niteliği bakımından önemlidir. Zira, Yönerge m. 17/f. 1, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, acentenin iki farklı şekilde “tatmin” edilebileceğini (denkleştirme talebi veya acentenin uğradığı zararın tazmini), hangi tedbirin seçileceğinin ise Üye Devletler’e ait olduğunu hüküm altına almaktadır. Bu husus *Ingmar* kararında da açıkça ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bu anlamda, Üye Devletler, acentenin kaybının TTK m. 122 anlamında denkleştirme talebinin karşılanması ile giderilmesini sağlamak zorunda bırakılmamıştır.

Ingmar kararı ile varılan sonuç, ABAD’ın 17.10.2013 tarihinde vermiş olduğu *Unamar* kararı¹⁰¹ ile farklı bir boyuta taşınmıştır. ABAD, *Unamar*

¹⁰⁰ *Ingmar* kararı, prgf. 21.

¹⁰¹ Judgment of the Court (Third Chamber), 17 October 2013, in Case C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*; bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143185&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6106929> (erişim tarihi: 17.07.2019). Karara konu uyuşmazlık, Belçika’da kurulu acente Unamar ile Bulgaristan’da kurulu müvekkil şirket NMB arasındaki acentelik sözleşmesinin sona ermesi üzerine, Unamar’ın çeşitli kalemleri içeren tazminat talepleri hakkında tarafların seçmiş olduğu Bulgaristan hukukunun maddi hukuk kurallarının Belçika hukukunun (Acente Sözleşmeleri Hakkında 13.04.1995 tarihli Kanun) emredici kuralları tarafından bertaraf edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara Bulgar hukukunun uygulanmasını ve Bulgar Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Kurallarının uygulanmasını kararlaştırmışlardır. İlk derece mahkemesi, tahkim itirazını reddetmiş, Acente Sözleşmeleri Hakkında Kanun m. 27 hükmünün –ki bu hüküm, esas işyeri Belçika’da bulunan acentelerin faaliyetlerine Belçika hukukunun uygulanacağını ve Belçika mahkemelerinin yetkili olduğunu düzenlemektedir-, tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak emredici olduğunu belirtmiş ve uyuşmazlığa bu kuralı uygulayarak taraflar arasındaki hukuk seçimini geçersiz saymıştır. NMB’nin istinaf başvurusu üzerinde, istinaf mahkemesi Unamar’ın denkleştirme talebi hakkında karar vermeye yetkili olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin uyguladığı kuralın Belçika hukukunun ne iç ne de uluslararası kamu düzenine dâhil olduğunu, bu anlamda Roma Konvansiyonu m. 7 kapsamında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. İstinaf mahkemesi, tarafların uyuşmazlığa uygulanmak üzere seçtiği hukuk olan Bulgar hukukunun da acentenin sözleşme sona erdikten sonraki haklarını koruduğunu, bu anlamda 86/653 sayılı Yönerge’nin ilgili maddelerinin öngördüğü asgari korumanın sağlandığını da eklemiştir. Unamar’ın istinaf mahkemesi kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunda ise, temyiz mahkemesi, Acente Sözleşmeleri Hakkında Kanun’un ilgili maddelerinin, esas işyeri Belçika’da bulunan acenteler hakkında emredici niteliği haiz olduğu, bu durumunun sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız değerlendirilmesi gerektiği görüşünü dile getirmiş ve ABAD’a şu soruyu yöneltmiştir: “Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere bir Üye Devlet hukukunu seçmiş olmalarına rağmen, *forun* acenteye daha geniş haklar tanıyan kuralları uyuşmazlığa emredici kural olarak uygulanabilir mi?”. ABAD, öncelikle, sadece kendisine yöneltilen ve uygulanacak hukuku ilgilendiren sorunu inceleyeceğini, bu bakımdan

kararında, 86/653 sayılı Yönerge'nin acentelerin teşebbüs hürriyetinin korunması ve bu kapsamda yeknesak rekabet kurallarının oluşturulmasına yönelik amacını bir kere daha vurgulayarak, konunun Roma Konvansiyonu m. 7 kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan bir üye devlet mahkemesinin (somut olayda Belçika mahkemelerinin), taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş başka bir Üye Devlet hukukunu (somut olayda Bulgar hukuku), kendi emredici kurallarını uygulamak suretiyle bertaraf edebileceğini ifade eden ABAD şu tespitte bulunmuştur: "Bu durum ancak, davayı gören mahkemenin çok detaylı bir inceleme yapması ve ilgili Yönerge hükümlerinin iç hukuka aktarılması sırasında, acentelere Yönerge'nin sağladığından daha fazla haklar tanınmasını öngören emredici düzenlemelerin kabulündeki amacın hayati önem arz ettiği sonucuna varması halinde mümkündür; bu bağlamda, ilgili düzenlemelerin hukuki niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır."¹⁰²

Belçika mahkemelerine kendi hukukunun emredici kurallarını, başka bir Üye Devlet hukukuna üstün tutarak uygulama imkanı veren ABAD, bu durumun çok istisnai hallerde mümkün olabileceğini de ifade ederek, aslında içinden çıkılması çok güç bir hukuki rejim öngörmüştür. Zira, somut olayda, taraflarca seçilen hukuk acenteyi zaten korumakta, bu anlamda 86/653 sayılı Yönerge'nin amacını gerçekleştirmektedir. Buna rağmen, Belçika hukukunun acenteyi daha da fazla koruyan kurallarına "üstün emredicilik" tanımının ve en önemlisi bunun ancak mahkemenin fazladan koruma ile güdülen amacın hayati önemi konusunda detaylı bir inceleme yaparak varacağı sonuç kapsamında mümkün olacağını kabul etmenin zorlukları aşıkardır. Kanımızca, ABAD *Unamar* kararı ile aslında, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirdiği m. 17'nin, yine bir taraf devletin (*forun*) doğrudan uygulanan kuralları ile bertaraf edilebileceğini kabul etmiştir.

Ingmar kararına konu olayda, acenteye tanınmayan talep hakkının iç piyasayı ve dürüst rekabet ortamını ne derece etkilediği üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Özellikle bu etkinin, tarafların hukuk seçimini geçersiz saymak bakımından yeterli ve ciddi bir etki olup olmadığı konusunda önemli soru işaretleri bulunmaktadır. Doktrinde *Ingmar* kararı ile 86/653 sayılı Yönerge'nin etkisinin bir hayli genişletildiği ifade edilmektedir; bu görüşe göre, Yönerge'ye dayanan ulusal hukuk kurallarının tarafların seçtiği hukukun uygulanmasının önüne geçebilmesi için, AB içi sosyo-

tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak kendini yetkili gören mahkemenin yetkisine ilişkin bir tespitte bulunmayacağını belirtmiştir.

¹⁰² *Unamar* kararı, prgf. 52.

ekonomik ilişkilerin veya AB'ye dair diğer kamusal menfaatlerin somut olay ile çok sıkı ilişki içinde olması gereklidir¹⁰³. Bu anlamda, acente, zayıf taraf olarak korunsu dahi, zayıf tarafı koruyan kuralların tümünün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır¹⁰⁴.

ABAD'ın Yönerge'nin 17-19. maddelerini doğrudan uygulanan kural olarak kabulünde ileri sürdüğü gerekçe de mutlak şekilde kabul görmüş değildir. Teşebbüs özgürlüğünün ve dürüst rekabet ortamının sağlanması gibi AB menfaatlerinin korunması anlamında, bu kuralların emredici olarak uygulanmasının, hukuk seçiminin bertaraf edilmesi bakımından çok dolaylı ve zayıf bir etkiye sahip olduğu belirtilmektedir¹⁰⁵.

Ayrıca, acentelerin sahip olacağı asgari korumanın yeknesaklaştırılması suretiyle temelde dürüst bir rekabet ortamının tesis edilmesi isteniyor ise, tüm piyasa aktörlerinin/katılımcılarının da bu düzgün rekabet ortamını bozucu faaliyetlerinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, sadece AB sınırları içinde faaliyet gösteren acentelerin korunması yeterli olacak mıdır? AB'de kurulu şirketlerin müvekkil sıfatıyla farklı düzenlemelere tabi tutulması, bir müvekkilin değerine oranla daha avantajlı konuma getirilmesi, dürüst rekabet ortamının tesisi amacına ne kadar uygun olacaktır? Bu sorunun sorulmasındaki çıkış noktası şudur: ABAD, AB sınırları içinde faaliyet gösteren acentelere tanınacak asgari koruma bakımından yeknesaklığın sağlanması gerektiğine hükmederken, AB sınırları dışında faaliyet göstermekte olan acenteler tarafından AB ülkelerinde kurulu müvekkillerine karşı ileri sürülen tazminat veya denkleştirme taleplerinin karşılanması konusunda aynı tavrı sergilememektedir. ABAD, yakın tarihli *Agro* kararında, bu anlamda farklı bir görüş beyan etmiştir.

16.02.2017 tarihli *Agro* kararına¹⁰⁶ konu olayda, *Agro* (davacı acente) Türkiye'de kurulu ve zirai ürün alanında faaliyet gösteren bir şirkettir; *Petersime* (davalı müvekkil) ise, Belçika'da kurulu bir şirkettir. *Agro*, *Petersime* ile arasındaki acentelik sözleşmesinin sona ermesi üzerine, Türkiye'de yürütmüş olduğu acentelik faaliyeti dolayısıyla çeşitli kalemleri içeren tazminat talepleri hakkında Belçika'da dava açmıştır. Sözleşmeye uygulan-

¹⁰³ Verhagen, s. 145.

¹⁰⁴ Verhagen, s. 145.

¹⁰⁵ Verhagen, s. 151.

¹⁰⁶ Judgment of the Court (First Chamber), 16 February 2017, in Case C-507/15, *Agro Foreign Trade&Agency Ltd v. Petersime NV*, bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187917&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6496294> (erişim tarihi: 19.07.2019).

mak üzere seçilen hukuk Belçika hukukudur ve Gent mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi yapıldığını ifade eden Agro, taleplerini *Unamar* davasında Belçika mahkemeleri tarafından uygulanan 13.04.1995 tarihli Acente Sözleşmeleri Hakkında Kanun'a dayandırmıştır. Petersime ise, ilgili kanun hükümlerinin yalnızca Belçika'da gerçekleştirilmiş olan acentelik faaliyetleri bakımından geçerli olduğunu, bu nedenle, uyuşmazlığa yalnızca Belçika hukukunun genel hükümlerinin uygulanabileceğini iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, davalının iddiasını haklı bulmuş ve 1995 tarihli Kanun'un 27. maddesinin uygulama alanının esas işyeri Belçika'da bulunan acenteler ile sınırlı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁷. Mahkeme, somut olaydaki gibi, tarafların acentelik sözleşmesine Belçika hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olmalarına rağmen, 1995 tarihli Kanun'un 27. maddesinin Belçika sınırları dışında faaliyet gösteren acenteler bakımından emredici karakterini kaybettiği görüşündedir. Bu şartlarda ilk derece mahkemesi ABAD'a şu soruyu yöneltmiştir: "86/653 sayılı Yönerge'yi Belçika hukukuna aktaran 1995 tarihli Kanun'un 27. maddesi, anılan Yönerge ve/veya Türkiye'nin AB'ye alınması ve ikili ilişkilerin/yükümlülüklerin düzenlenmesi hakkında Türkiye ile imzalanan – ve Türkiye ile AB arasında hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik kısıtlamaları bertaraf etme amacı taşıyan- İşbirliği Anlaşması hükümleri dikkate alındığında, Belçika'da kurulu müvekkil şirket ile Türkiye'de kurulu acente tarafından Belçika hukukunun uygulanmasının kararlaştırılması halinde uygulanabilir mi?"

ABAD, ilk derece mahkemesi tarafından kendisine sorulan soruyu, "86/653 sayılı Yönerge ve Türkiye ile AB arasında imzalanan İşbirliği Anlaşması hükümlerinin, 1995 tarihli Kanun'un 27. maddesinin uygulanmasına engel olup olmayacağı" şeklinde algılamış ve konuyu önce Yönerge sonra da işbirliği anlaşması hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir. ABAD'ın, *Agro* kararında, 86/653 sayılı Yönerge'nin uygulanma amacı ve alanı hakkında yaptığı tespitler çalışmamızın konusu bakımından çok önemlidir.

ABAD, öncelikle, somut olayın şartları itibariyle Yönerge hükümlerinin uygulanmasını haklı kılacak bir yakınlık bulunmadığını ifade etmiştir. Zira, somut olayda müvekkil AB sınırları içinde kurulu bir şirket iken, acente AB sınırları dışında faaliyet göstermektedir. Somut durum, Yönerge'nin uygulama amacını yansıtmamaktadır¹⁰⁸. Diğer taraftan, ABAD'a

¹⁰⁷ İlgili hüküm şu şekildedir: "Belçika'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere halel getirmeksizin, esas işyeri Belçika'da bulunan acentelerin faaliyetleri Belçika hukukuna tabidir ve bu faaliyetler ile ilgili olarak Belçika mahkemeleri yetkilidir."

¹⁰⁸ *Agro* kararı, prgf. 33.

göre, AB sınırları içinde faaliyet gösteren acenteler arasındaki rekabet şartlarının yeknesaklaştırılması için, AB sınırları dışında faaliyet gösteren acentelere AB içinde faaliyet gösterenler ile aynı korumanın sağlanması da gerekmemektedir. Somut olayda da, AB dışında faaliyet gösteren bir acente söz konusu olduğundan, uyuşmazlığın 86/653 sayılı Yönerge'nin uygulama alanına girdiği söylenemeyecektir¹⁰⁹.

ABAD, AB ile Türkiye arasındaki İşbirliği Anlaşması hükümlerinin de, AB Kurucu Sözleşmesi (TFEU) hükümlerinin yorumu ile aynı doğrultuda olmasının gerekmediğinin altını çizerek, kısaca, AB Kurucu Sözleşmesi ile güvence altına alınan "hizmetlerin serbest dolaşımı" ve bu konuda iç mevzuatta yer alan temel hak ve özgürlüklerin, Türkiye'ye olduğu gibi veya kıyasen uygulanamayacağını, Türkiye ile sadece ekonomik ilişkilerin geliştirilmesini amaçlayan İşbirliği Anlaşması hükümlerinin bu anlamda yeterli olmadığını ifade etmiştir¹¹⁰. ABAD, ayrıca, Türkiye'nin AB iç piyasasına dâhil edilemeyeceğini, Yönerge'de yer alan hükümlerin Türk iç hukukuna alınmış olmasının (TTK m. 122) da bu anlamda sonucu değiştirmeyeceğini eklemiştir¹¹¹. Sonuç olarak, ABAD, somut olayda 1995 tarihli Kanun'un 27. maddesinin uygulanmasına engel bir durum olmadığını belirterek, Türk acentenin Belçika hukukunun acenteler için öngördüğü korumadan faydalanmasına imkân vermemiştir¹¹².

Görüldüğü üzere, ABAD, TTK m. 122'nin mehzasını oluşturan hükümlerin yalnızca iç piyasada faaliyet göstermekte olan acenteler hakkında uygulanabileceğini ifade etmektedir. Daha da önemlisi, bu kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğini AB ülkeleri ile sınırlandırmakta; bu duruma gerekçe olarak acentelerin teşebbüs özgürlüğünün korunması ve düzgün bir rekabet ortamının sağlanmasını göstermektedir. Ancak ABAD, AB ülkelerinde kurulu müvekkil şirketler arasındaki rekabetin yeknesaklaştırılması konusunda herhangi bir görüş beyan etmeyerek, aslında, Yönerge m. 17-19 hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabulünün dayandığı temeli zayıflatmaktadır.

Kanımızca, şayet sözleşmenin bir tarafının (acentenin) korunmasından ziyade, üstün bir devlet (AB) menfaatinin korunmasından bahsedilecekse, piyasanın bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Aksi takdirde, amaç, tüm piyasa aktörleri bakımından dürüst bir rekabet ortamının sağlanması

¹⁰⁹ *Agro* kararı, prgf. 34-35.

¹¹⁰ *Agro* kararı, prgf. 39-42.

¹¹¹ *Agro* kararı, prgf. 44-46.

¹¹² *Agro* kararı, prgf. 52.

olamayacaktır. Oysa, Yönerge'nin ilgili maddelerinin, kanunlar ihtilafı hukuku bağlamında, doğrudan uygulanan kural olarak kabulü, ancak bu üstün menfaatin korunması amaçlandığı takdirde, söz konusu olabilir.

Bununla birlikte, Yönerge'nin 17-19. maddelerinin doğrudan uygulanan kural olarak tarafların hukuk seçimini bertaraf edebilmesi için meşru zemin, somut olayın taraflarının (ekonomik aktörlerin) AB üyesi ülkeler ile sıkı ilişki kurması ve uyuşmazlığın iç pazarı etkileme gücünün var olmasıdır. Bu sıkı ilişkinin yalnızca acentenin esas işyerinin bulunduğu ülkenin AB'de yer alması halinde kurulmuş olacağını savunmak, kanımızca, doğrudan uygulanan kuralın kabulü bakımından bir çifte standart yaratmaktadır.

ABAD kararları kapsamında yaratılan bu çifte standart, taraflarca geçerli olarak yapılmış bir hukuk seçiminin bertaraf edilmesi bakımından da eleştiriye açıktır. Doktrinde, Yönerge'nin denkleştirme talebi veya acentenin uğradığı zararın tazmini ile ilgili hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi için, sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin (acente) AB üyesi ülkelerde kurulmuş bir şirket olmasının, AB mevzuatı ile yeterli sıkı ilişkiyi kurmadığı ifade edilmekte; ancak AB mevzuatının koruduğu temel menfaatlerin ciddi zarar görmesi halinde taraf iradesinin görmezden gelinebileceği dile getirilmektedir¹¹³.

Hukuk seçiminin geçersiz kılınmasını haklı kılacak en güçlü gerekçe, bu seçimin, özellikle, sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen acenteyi, faaliyet gösterdiği veya tabii olduğu ülke hukuku uyarınca sahip olduğu asgari korumadan mahrum bırakmak amacıyla yapılmış olmasıdır¹¹⁴. ABAD'ın yukarıda incelenen üç kararında da seçilen hukuk, müvekkilin hukukudur ki bu hukuk sözleşme ile sıkı ilişki sağlamaktadır. Müvekkil şirket, diğer acenteler ile ilişkilerini yeknesak bir şekilde düzenlemek amacıyla, tüm acentelik sözleşmelerine kendi hukukunun uygulanmasını isteyebilir. Şayet bu durum bir müzakere sonucunda ortaya çıkmış ise, sözleşme ile sıkı ilişki kuran bu hukukun sözleşmeye uygulanmasının önlenmesi için tartışmasız ve çok güçlü bir başka menfaatin söz konusu olması gereklidir. Sözleşmenin güçlü tarafı (müvekkil), sözleşme ile tümüyle ilgisiz bir hukuku seçerek, hukuk seçimini, zayıf tarafı (acente) özellikle bazı haklardan mahrum bırakmak için silah olarak kullanmadığı sürece, geçerli olarak yapılan hukuk seçimi bertaraf edilmemelidir; aksi halde, acenteyi korumak için başta kamu düzeni müdahalesi olmak üzere başka imkanların bulunduğu altı çizilmek-

¹¹³ Verhagen, s. 148.

¹¹⁴ Verhagen, s. 149.

tedir¹¹⁵. Bu açıdan, Yönerge'nin emredici hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak kabulüne tereddütlü yaklaşmaktadır¹¹⁶.

ABAD'ın denkleştirme talebini düzenleyen hükümlerin niteliği hakkında verdiği yukarıdaki kararlar ışığında vardığı sonuç, tartışmaya açık ve aşağıda belirteceğimiz üzere eleştiriye muhtaçtır. Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi, *Ingmar* kararının aksine, 28.11.2000 tarihli SA Allium kararında¹¹⁷, 86/653 sayılı Yönerge m. 17-19 hükümlerini Fransız hukukuna aktaran 25.06.1991 tarihli Kanun'da yer alan acentenin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle tazminine ilişkin hükümlerin, iç hukuk açısından emredici olduğuna ve fakat milletlerarası özel hukuk anlamında doğrudan uygulanan kural ("*loi de police applicable dans l'ordre international*") olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

Fransız Temyiz Mahkemesi yine yakın tarihli bir kararında¹¹⁸, taraflarca Almanya'da ifa edilen acentelik sözleşmesine uygulanmak üzere seçilen Alman hukuku hükümlerinin, acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak acenteye tanınan tazminat talepleri bakımından geçerli olduğuna, Fransız Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından doğrudan uygulanan kural olarak kabulünün ve uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.

c. Görüşümüz

Denkleştirme talebinin MÖHUK m. 6 anlamında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu, TTK m. 122 düzenlemesinin hukuki kaynağı ve amacının değerlendirilmesi ile yakın ilişkilidir. Çalışmamızın "denkleştirme talebinin kaynağı" başlıklı bölümünde ayrıntılı şekilde ifade ettiğimiz üzere, kanımızca, denkleştirme talebinin kaynağı sözleşmedir; denkleştirme talebi, borçlar hukukunun borç kaynaklarının sınıflandırılmasına ilişkin teorileri kapsamında "doğrudan doğruya kanundan doğan bir borca bağlı talep hakkı" olarak kabul edilmemelidir.

¹¹⁵ Verhagen, s. 149.

¹¹⁶ Verhagen, s. 151.

¹¹⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 Novembre 2000 (pourvoi no. 98-11335) *SA Allium c/ Société Alfin*; bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043437> (erişim tarihi: 20.07.2019). Somut olayda, Fransa'da faaliyet göstermekte olan bir acente ile Amerika'da kurulu bir müvekkil arasındaki acentelik sözleşmesine ilişkin tazminat talebi uyuşmazlık konusu olmuştur. Taraflar sözleşmeye New York hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlardır.

¹¹⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 05 Janvier 2016 (pourvoi no. 14-10628) *M. X c/ Arcelor Mittal Revigny*; bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031810622> (erişim tarihi: 20.07.2019).

Ancak, denkleştirme talebinin hukuki kaynağı ne şekilde kabul edilirse edilsin, borçlar hukukuna ilişkin bu farklı değerlendirmelerin, denkleştirme talebinin doğrudan uygulanan kural niteliği ile ilgili aşağıdaki açıklamalarımızı ve varacağımız sonucu değiştirmeyeceğini de ifade etmek isteriz. Zira, bir hak veya borcun doğrudan doğruya kanundan doğması, başlı başına, o hak veya borca ilişkin kanun hükmüne milletlerarası özel hukuk anlamında doğrudan uygulanan kural niteliği kazandırmayacaktır. Doğrudan uygulanan kural kavramı ile ilgili yaptığımız genel açıklamalarda belirttiğimiz üzere, bir kanun hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabulüne, o hükmün amacı, düzenleniş şekli ve özellikleri, uygulanması halinde ortaya çıkaracağı sonuçlar her somut olay bakımından dikkate alınmak suretiyle karar verilmelidir. Kanundan doğan bir borç değil, sözleşmeden doğan bir borca ilişkin de doğrudan uygulanan kurallara rastlamak mümkündür. Örneğin, kira bedelinin ödenmesi kira sözleşmesinden doğan bir borç olmakla birlikte, bu bedelin tespitine ilişkin sınırlayıcı hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir¹¹⁹. Kanımızca, bir hak veya borcun,-borçlar hukuku anlamında- niteliği veya kaynağı, o hak veya borcun doğrudan uygulanan kural olarak kabulü için yeterli değildir.

Denkleştirme talebinin amacının tespiti konusunda da bir tartışma olduğunu hatırlatmak isteriz. Denkleştirme talebinin emredici hükümler ile düzenlenmesinin zayıf taraf olarak acentenin korunması düşüncesine dayandığı bir gerçektir. Yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar kapsamında¹²⁰, bu korumanın iş sözleşmelerinde olduğu gibi sosyal bir politika gereği değil, rekabet ortamının düzenlenmesi maksadıyla ekonomik yönden sağlanmaya çalışıldığı bizim de katıldığımız yaygın görüştür. Rekabetin düzenlenmesine veya haksız rekabetin önlenmesine ilişkin bazı kurallar doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir. Ancak, bu kabul, söz konusu kuralın amacı başta olmak üzere, uygulanması ve sonuçları bakımından çok özenli bir araştırmaya dayanmalıdır.

TTK m. 122 ile öngörülen koruma, acenteye her şart altında verilen bir ödül değildir. Kanun, denkleştirme talebinin doğması bakımından sıkı şartlar öngörmüştür. Denkleştirme talebinin sağladığı ekonomik korumanın farklı şekillerde ortaya çıkabileceği de unutulmamalıdır. Örneğin, denkleştirme miktarının komisyon ücretlerinin yüksek tutulması, müşteri çevresinin genişletilmesine özgü olarak prim vb. şekillerde ücret harici ödemeler yapılması, acente/dağıtıcıya edindiği müşteri çevresini bir değer olarak satma imkânının

¹¹⁹ **Özdemir Kocasakal**, s. 167-168.

¹²⁰ Bkz. "Denkleştirme Kavramı ve Amacı" başlıklı I. no.lu bölüm.

verilmesi (*preference clause*)¹²¹ gibi sözleşme sona ermeden önce denkleştirme talebinin giderilmesi de mümkündür; tarafların bu yöndeki anlaşmalarına cevaz verilmektedir. TTK m. 122/f. 1/b bendi ile, acentenin ileriye dönük olarak hak kazanacağı ücreti isteme hakkını kaybetmesi, denkleştirme şartlarından biri olarak düzenlenmiştir; şayet acente bu hakkını bir şekilde korumuş ise, denkleştirme talebi ileri sürülemeyecektir.

Diğer taraftan, denkleştirme talebinin asli unsur ve şartı, hakkaniyete uygunluktur. Denkleştirme talebinin doğması bakımından hakkaniyet unsuru o derece önemlidir ki, TTK m. 122/f. 5'te, hükmün uygulama alanının “tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerini” kapsayacak şekilde genişletilebilmesi için ikinci kere hakkaniyetin gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Diğer tüm şartlar gerçekleşse bile, hakkaniyet gerektirmiyorsa denkleştirme hakkı doğmayacağı gibi, hakkaniyet denkleştirme miktarının hesaplanmasında da önemli bir yere sahiptir. Ayrıca, TTK m. 122/f. 1'de öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde, “uygun bir tazminat” “istenebileceği” hüküm altına alınmıştır. Hükmün lafzına bakıldığında da, doğrudan uygulanan kural vasfının ön plana çıktığını söylemek güçtür.

TTK m. 122 hükmünü, doğrudan uygulanan kural kapsamında değerlendiren görüşler, daha çok denkleştirme talebinin vazgeçilmezliği üzerine yoğunlaşmaktadır. Ancak, TTK m. 122/f. 4 ile düzenlenen “denkleştirme talebinden önceden vazgeçilemeyeceği” şeklindeki hükmün yorumu bakımından kanun koyucu ile doktrin arasında farklılık bulunmaktadır. Yargıtay'ın da konu ile ilgili farklı kararlar verdiği görülmektedir. Yargıtay 11.HD'nin E. 2016/3794 K. 2017/2500 sayılı ve 27.04.2017 tarihli ve E. 2013/18317 K. 2013/7581 sayılı, 17.04.2014 tarihli kararlarında¹²², denkleştirme talebinden vazgeçilmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu; Yargıtay 19.HD'nin E. 2016/3761 K. 2016/13016 sayılı ve 06.10.2016 tarihli kararında¹²³ ise, aksi yönde bir sonuca varıldığı görülmektedir. Esasında, söz konusu kararlara konu uyuşmazlıklarda, sözleşmede yer alan hükümler ile denkleştirme talebinden vazgeçildiği görülmektedir; buna karşın gerekçede, sözleşme akdedildikten sonra feragatin mümkün

¹²¹ **Emerson**, s. 304. Yazarın verdiği ve acentenin denkleştirme hakkını koruyan hükümlere başka bir örnek de sözleşmeye “müşteri çevresinin serbest dolaşımı” (*free circulation clause*) konmasıdır. Bu hüküm, acenteye müşteri çevresini üçüncü bir kişiye satma imkânı vermektedir.

¹²² Bkz. **Kaya**, Sempozyum, s. 39-40; karararama.yargitay.gov.tr (erişim tarihi:22.07.2019).

¹²³ Bkz. **Kaya**, Sempozyum, s. 40.

olduğu belirtilmektedir. Bu noktada, TTK m. 122/f. 4/c. 1 gereği, sözleşme akdedilirken yapılan feragat geçersiz sayılmalıdır; ancak daha sonra tarafların özgür iradeleri ile üzerinde anlaştıkları hükümler ise geçerli kabul edilmelidir. TTK m. 122/f. 4'e dayanarak, denkleştirme talebine ilişkin hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde ise, böyle bir ayrıma gidilmeksizin, feragat ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılacağı sonucu doğmaktadır. Hukuk seçimi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Oysa, MÖHUK m. 24/f. 3 uyarınca, hukuk seçimi her zaman yapılabilir. Denkleştirme talebine ilişkin düzenleme doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecek olursa, acentelik sözleşmesi akdedildikten sonra da tarafların hukuk seçmeleri halinde, TTK m. 122/f. 4'ün doğrudan uygulanan kural şeklinde uygulaması sonucunda hukuk seçiminin denkleştirme talebi ile ilgili bölümü geçersiz kabul edilecektir.

Kanımızca, niteliği gereği sözleşme sona erdikten sonra ortaya çıkabilecek bir talep olması ve uygulamada -genellikle- taraflarca sözleşmede düzenlenmemesi denkleştirme talebini özel bir koruma aracı yapmamalıdır. Kaldı ki, bu korumanın devletin üstün bir menfaatini gözettiği konusunda da ciddi şüpheler vardır. İç hukukta emredici olarak düzenlenen bir hükmün yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da aynen uygulanması gerçekten istisnai ve üstün bir amacın söz konusu olması halinde mümkündür. Yukarıda, doğrudan uygulanan kural kavramı ile ilgili bölümde verdiğimiz bilgiler ışığında, özellikle sözleşmenin bir tarafının menfaatine yönelik, taraflar arasındaki hakkaniyet dengesini sağlama düşüncesine dayanan ve bu anlamda devletin ekonomik veya sosyal yapılanmasının korunması amacını taşımayan hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün değildir. Bu konuda acentelerin korumak suretiyle dürüst bir rekabet ortamının sağlandığını ifade eden ve ABAD kararlarına dayandırılan gerekçelerin de, *Agro* kararında varılan sonuç çerçevesinde haklılık payının azaldığı düşüncesindeyiz.

İç hukukun emredici bir hükmünü doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmemiz için kuralın uygulama alanının bizatihi kuralın içinde belirtilmiş olup olmadığı da önemlidir. TTK m. 122/f. 1'in "*acente müvekkilinden uygun bir tazminat isteyebilir*" şeklindeki ifadesinin doğrudan uygulanan kuralın gerektirdiği ölçüde emredici olmadığını düşündüğümüzü ifade etmiştik. Bunun dışında, kuralın yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da iç hukukta olduğu gibi uygulanması gerektiğine dair bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Örneğin, yukarıda yer verdiğimiz iki ABAD kararına konu olayda, Belçika hukukunun Acente Sözleşmeleri Hakkında Kanun m. 27 hükmünün tartışıldığını aktarmıştık. İlgili hükmün şu şekilde düzenlen-

miştir: “Belçika’nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelere halel getirmeksizin, esas işyeri Belçika’da bulunan acentelerin faaliyetleri Belçika hukukuna tabidir ve bu faaliyetler ile ilgili olarak Belçika mahkemeleri yetkilidir.” Bu hüküm, Belçika mahkemeleri tarafından tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmektedir. Belçika hukukunun bu düzenlemesine benzer hükümlere farklı hukuklarda rastlanmaktadır. Başka bir örnek olarak, Avustralya Franchise Kanunu (New Franchising Code) m. 21, kanunun uygulama alanına giren sözleşmeler bakımından, franchise sözleşmesinin ifa edildiği ülke veya Avustralya dışında yabancı bir mahkemenin yetkilendirilemeyeceğini düzenlemektedir¹²⁴.

Yargı mercilerinin de denkleştirme talebine ilişkin kanunlarda yer alan hükümleri ne şekilde değerlendirdiği önemlidir. Örneğin, Belçika mahkemeleri, yukarıda belirttiğimiz üzere, ABAD’ın *Unamar* kararında tarafların yapmış oldukları tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermiştir¹²⁵. Alman Federal Mahkemesi, ise, 05.09.2012 tarihli kararıyla, taraflarca Virjinya mahkemelerinin yetkilendirilmiş olmasını geçersiz sayarak denkleştirme talebi hakkında hüküm kurmuştur¹²⁶. Belçika Acente Sözleşmeleri Hakkında Kanun m. 27’de olduğu gibi, ATK m. 89b ve 92c’de, denkleştirme talebine ilişkin düzenlemelerin hangi sözleşmeler bakımından emredici olduğu belirtilmektedir. Buna göre, ilgili hükümler AB ve AEA Üye ülkeleri içinde ifa edilmeyen acentelik sözleşmeleri bakımından emrediciliğini kaybetmektedir¹²⁷. TTK düzenlemesinde ise bu yönde açık bir hüküm yer alma-

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bassani**, Luciana/**Bedford**, Rebecca/**Pressman**, Arthur/**Turgeon**, Jean-Philippe/**Waldzus**, Dagmar: “Applicable Law and Jurisdiction in Franchising, Commercial Agency and Distribution Agreements”, *International Journal of Franchising Law*, Vol. 13, Issue 6 (2015), s. 3 vd. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, Avustralya Franchise Kanunu m. 21, Avustralya mahkemelerine franchise sözleşmeleri ile ilgili uyumsuzluklar konusunda münhasır yetki tanımamakta, yalnızca seçilebilecek yabancı mahkemeler bakımından bir sınırlama öngörmektedir. Bkz. **Bassani/Bedford/Pressman/Turgeon/Waldzus**, s. 16. Amerikan mahkemeleri ise, seçilen hukuk sözleşme veya taraflar ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir hukuk olmadığı sürece, tarafların franchise sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuku uygulamakta, bu hukuka öncelik tanımaktadır. Bkz. **Bassani/Bedford/Pressman/Turgeon/Waldzus**, s. 12. Ayrıca bkz. **Emerson**, s. 292-295.

¹²⁵ Bkz. 101 no.lu dn.

¹²⁶ Alman Federal Mahkemesi’nin BGH VII ZR 25/12 sayılı, 05.09.2012 tarihli kararı; bkz. **Akın**, s. 636-637; **Bassani/Bedford/Pressman/Turgeon/Waldzus**, s. 11-12.

¹²⁷ Doktrinde bu durum eleştirilmektedir. Türkiye’de faaliyet gösteren bir Alman şirketin Türk acentesi ile arasındaki sözleşmede, Alman hukukunun uygulanacağını ve Alman mahkemelerinin yetkili olacağını kararlaştırılmasının ne Türk, ne Alman ne de AB hukukuna aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Akın**, s. 637. Güner de, ATK m.

maktadır. Yargıtay ise, ulaşabildiğimiz iki kararında, uygulanacak hukuk bakımından olmasa da yetki sözleşmeleri bakımından aksi yönde karar vermiştir. Yargıtay 19. HD, E. 2015/3313 K. 2015/5338 sayılı, 13.04.2015 tarihli ve E. 2001/9668 K. 2002/4187 sayılı, 31.05.2002 tarihli kararlarında, acenteler tarafından portföy tazminatı talebiyle açılan davalarda, taraflar arasında akdedilen ve yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmaların geçerli olduğuna hükmetmiştir¹²⁸. Dolayısıyla, TTK'da açıkça yer almayan bir

92c'nin uygulanması ile ortaya çıkan bu durumun "eşitlik ilkesi"ne aykırılık teşkil edeceğini vurgulamaktadır; yazar, bu düzenlemenin Alman ve Türk hukukları arasındaki olağan bir farklılıktan öte bir anlam taşıdığını, bu nedenle Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu dile getirmektedir. Bkz. **Güner**, s. 209-210.

Aslında bu eleştiriler tam da işaret etmeye çalıştığımız, ABAD kararları ile ortaya konan çifte standarda ilişkindir. Zira, ABAD ve AB üyesi ülke mahkemeleri yalnızca AB sınırları içindeki iç piyasada acentenin korunmasını sağlamaya çalışmaktadır. Şayet, tümüyle rekabet düzeninin kendisi korunmaya, AB ülkelerinde kurulu müvekkil/üretici/sağlayıcılar arasında da bir eşitlik gözetilmeye çalışılsa idi, denkleştirme talebine ilişkin Yönerge hükümlerinin, AB ülkelerinde kurulu müvekkil/üretici/sağlayıcılar açısından da emredici olduğu kabul edilmeli idi.

¹²⁸ Yarg. 19. HD, E. 2001/9668 K. 2002/4187 sayılı, 31.05.2002 tarihli kararı: "*Mahkemeye, lisans ücreti ile ilgili davacı isteminin B.K.nun 126/4.maddesi gereği zamanaşımına uğradığını, portföy tazminatı istemi ile ilgili olarak ta sözleşmenin 11.maddesi uyarınca İsviçre Mahkemelerinin yetkili olduğu gerekçesiyle 600.000 İsviçre Frangı lisans ücreti alacağına ilişkin davanın zamanaşımı sebebi ile 400.000 İsviçre Frangı portföy tazminatına ilişkin alacağın da yetki yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.*

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle taraflar arasındaki temsilcilik sözleşmesinin 11.maddesinde ihtilaf halinde ihtilafı çözecek yetkili merci tayin edilmiş ve yargılama yeri olarak İsviçre/Winterthur olarak gösterilmiştir. 2675 Sayılı MÖHUK'nun 31.maddesi de gözetildiğinde ve süresinde yetki itirazında bulunulduğundan portföy tazminatı ile ilgili olarak yetkisizlik kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir."

Yargıtay 19. HD, E. 2015/3313 K. 2015/5338 sayılı, 13.04.2015 tarihli kararı: "*Davacı vekili, taraflar arasında sözlü olarak kurulan tek satıcılık ilişkisi uyarınca müvekkilinin davalının ürettiği medikal tıp ürünlerinin Türkiye'de pazarlamasını yapmakta olduğunu, daha sonra çeşitli tek satıcılık sözleşmeleri imzalandığını, davalının 9.8.2013 tarihinde gönderdiği bir e-posta ile tek satıcılık ilişkisini sona erdirdiğini bildirdiğini, davalının sözleşmeyi sona erdirmesinin haklı bir nedene dayanmadığını belirterek yargılama ile belirlenecek olan portföy tazminatının şimdilik 30.000,00 TL'sinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

[...]

Mahkemeye toplanan delillere göre; taraflar arasında yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkisi mevcut olup, bu ilişkiden doğan uyumsuzlukların yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda tarafların anlaşma yapmasının mümkün olduğu, olayda kamu düzenine dair münhasır yetkinin söz konusu olmadığı, bu kapsamda davalı yanın

hususun, diğer bir ifadeyle, TTK m. 122 hükmüne doğrudan uygulanan kural olarak ne şekilde başvurulması gerektiği sorunu ile karşılaşılmaktadır.

MÖHUK m. 6 bağlamında, doğrudan uygulanan kuralların, Türk hâkiminin önüne gelen her uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun şekline ve niteliğine göre uygulanması gerekir. Diğer bir ifadeyle, kuralın uygulama alanına giren uyuşmazlıkların tespiti önemlidir. Bu tespit Türk hâkimi tarafından yapılacaktır¹²⁹. TTK m. 122’de, hükmün, hangi yabancılık unsuruna veya bağlama noktasına bağlı olarak uygulanacağına dair bir belirleme yapılmamıştır. TTK m. 122, Türkiye’de kurulu bir acente veya dağıtıcının talebinde mi, Türkiye’de faaliyet gösteren bir acentenin talebinde mi doğrudan uygulanan kural niteliğini kazanacaktır? Şayet TTK m. 122 doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecek ise, kuralın amacının belirlenmesi çok önemlidir; acentenin zayıf taraf olarak sosyal açıdan korunması amaçlanıyor ise, o takdirde acenteye ilişkin bir bağlama noktası uygulanmalıdır. Bu durumda, hüküm Türkiye’de kurulu acentelere uygulanacaktır. Şayet acentelik faaliyetlerinin eşit şartlarda yürütülmesi isteniyor ve böylece Türk piyasasında dürüst bir rekabet ortamının sağlanması amaçlanıyorsa o zaman bağlama noktası, Türk piyasalarında faaliyet gösteren acenteleri ve hatta müvekkilleri de kapsayacak şekilde belirlenmelidir. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında belirlenen bağlama noktaları soyuttur; oysa doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giren ilişkiler kuralın amacının tespitinden sonra somut olarak belirlenir¹³⁰.

Doktrinde, TTK m. 122’yi doğrudan uygulanan kural olarak kabul eden görüş, dağıtım sözleşmesinin ifa yeri Türkiye ise, dağıtım bölgesi Türkiye olarak belirlenmiş ise, bu sonuca varılabileceğini ifade etmektedir¹³¹. Diğer taraftan, “*TTK m. 122’nin koruma sağlamak istediği tek satıcıların Türkiye’de bulunan tek satıcılar olduğu, genellikle dağıtım bölgesinin de Türkiye olacağı*” ifade edilmek suretiyle, bu iki bağlama noktasının örtü-

yetki itirazının kabulünün gerektiği, zira 5718 Sayılı MÖHUK’un 47. maddesiyle taraflar arasındaki sözleşmenin 23. maddesi gereğince Denizcilik ve Ticaret mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliği sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA” (bkz. www.kazanci.com).

¹²⁹ **Özdemir Kocasakal**, s. 15

¹³⁰ **Özdemir Kocasakal**, s. 16.

¹³¹ **Ayoğlu**, s. 19.

şeceli belirtilmektedir¹³². Yalnız, dağıtım bölgesi Türkiye’de olmasa bile, yetkili hukuktan bağımsız olarak, TTK m. 122 uyarınca denkleştirme talep edilebileceği de belirtilmektedir¹³³. Böylece, TTK m. 122, hem Türkiye’de faaliyet gösteren Türk veya yabancı acenteler, hem de Türkiye’de kurulu acenteler bakımından doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır. Oysa, yukarıda da belirttiğimiz gibi, hükümde bu sonucun çıkmasına imkan tanıyan bir ifade yoktur. Ayrıca, ABAD kararları üzerine yaptığımız yorumda da ifade ettiğimiz üzere, şayet TTK m. 122 amacı itibarıyla doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecek ise, Türk piyasasındaki rekabeti tümü ile eşit şartlarda düzenlemeli, Türk müvekkil/üretici/sağlayıcılara karşı açılan davalarda da uygulama alanı bulabilmelidir.

Doğrudan uygulanan kural görüşü benimsendiği takdirde, ortaya çıkacak sonuç da farklı olabilecektir. Doktrinde, taraflarca yapılmış hukuk seçiminin denkleştirme talebini kapsamadığını ifade eden görüş, TTK m. 122’ye doğrudan uygulanan kural olarak başvurulması halinde, taraflarca seçilen hukukun acente/dağıtıcıya tanıdığı korumanın önem taşımadığını, TTK m. 122’nin, yetkili hukukun sağladığı korumadan bağımsız olarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁴. Oysa, şayet seçilen yabancı hukuk acenteyi/dağıtıcıyı Türk hukukundan daha fazla koruyor ise- bu koruma Türk kamu düzenini bozucu etki doğuracak denli tek taraflı değilse-, TTK m. 122’ye doğrudan uygulanan kural olarak başvurulması amaca ne kadar hizmet edecektir?

Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, TTK m. 122 hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz¹³⁵. Doktrinde, çok isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, “*doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı hukukunun aleyhine etkili olan çok güçlü bir silahtır. Bir hukuk siteminde doğrudan uygulanan kuralların miktarı çoğaldıkça, uygulanması gerekli yabancı hukuk hükümlerinin uygulama alanı da, o derecede daralır. (...) Özellikle, tarafların hukuk seçimi yapmış oldukları sözleşmelerde doğrudan uygulanan kuralların uygulanma sahasının genişletilmesi, hukuk seçimi anlaşmasının etkisini ve önemini azaltır.*

¹³² **Demir Gökyayla**, Konferans, s. 67.

¹³³ **Demir Gökyayla**, Konferans, s. 67-68.

¹³⁴ **Ayoğlu**, s. 24: “*Taraflarca hukuk seçimi ile belirlenen yabancı hukuk sistemi, denkleştirme talebi bakımından Türk hukukuna göre dağıtım ağı mensubuna daha fazla avantaj sağlasa dahi, bu çözüm değişmeyecektir.*”

¹³⁵ Aynı yönde bkz. **Özdemir Kocasakal**, Hatice: Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap Bölümündeki Tartışmalar, s. 100-101.

*Böyle bir durumdan kaçınmak için, milli maddi hukuk hükümlerine, doğrudan uygulanan kural niteliği verilirken çok hassas davranmak gereklidir.*¹³⁶ ABAD'ın ve AB üye ülke mahkemelerinin -ki Fransız mahkemeleri bu açıdan farklı görüştedir-, yalnızca AB sınırları içinde (iç piyasa) faaliyet gösteren acentelerin korunmasını amaçlayan duruşu karşısında, Türkiye'de faaliyet göstermekte olan veya Türkiye'de kurulu olan acentelerin korunmasına yönelik bir doğrudan uygulanan kural sisteminin oluşturulamayacağı kanısındayız. Şayet, Türkiye'de faaliyet gösteren acenteler veya Türkiye'de kurulu acenteler, somut olayın şartları uyarınca ve sözleşmedeki hakkaniyet dengesinin gerektirmesi halinde, denkleştirme hakkına sahip olması gerekirken, bu hakkın tanınması uygulanacak hukuk hükümleri ile engelleniyor ise, aşağıdaki başlıkta açıklayacağımız üzere, MÖHUK m. 5 uyarınca, Türk kamu düzeni müdahalesi devreye girebilecek ve böylece hakkaniyetin gerektirdiği sonuca ulaşılabilecektir.

Denkleştirme talebinin kabul görüp görmeyeceği, denkleştirme miktarının nasıl hesaplanacağı gibi konularda verilmiş birçok Yargıtay kararı olmasına karşın, denkleştirme talebinin milletlerarası özel hukuk bağlamında niteliğinin tartışıldığı bir Yargıtay kararına rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Yargıtay, ulaşabildiğimiz iki kararında, portföy tazminatı talebiyle açılmış davalarda yabancı mahkemeyi yetkilen-diren sözleşmenin geçerli sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

3. Denkleştirme Talebi Türk Kamu Düzeni Müdahalesine Konu Olabilir mi?

MÖHUK m. 5 uyarınca, *“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.”* Kamu düzeni müdahalesi, tüm hukuklarda geçerli olan, kanunlar ihtilafı hukukunun temel ilkelerinden biri olarak nitelendirilebilecek bir kavramdır. Buna göre yabancı bir hukukun uygulanabilmesi, hâkimin hukukunun kamu düzeninin çizdiği sınırlar dâhilinde mümkündür.

Kamu düzeni müdahalesi, Türk kanunlar ihtilafı hukukunun, içinde birçok tartışma barındıran önemli bir konudur. Kamu düzeni kavramının ayrıntılı bir şekilde açıklanması çalışmamızın inceleme konusunu aşmaktadır. Dolayısıyla, bu noktada, kamu düzeni müdahalesi, denkleştirme talebini ilgilendirdiği ölçüde incelenmeye çalışılacaktır.

¹³⁶ Nomer, s. 188.

Kamu düzeni, kavramsal olarak en geniş şekilde 10.02.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında açıklanmıştır¹³⁷. Buna göre “iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.”¹³⁸ Kamu düzeninin istisnai özelliği, müdahalenin gerekli olduğu takdirde söz konusu olabileceğini ortaya koymaktadır; bu anlamda yabancı hukuk düzenleri ile Türk hukuku arasındaki farklılıklar her zaman kamu düzeni müdahalesine yol açmayacaktır¹³⁹. Ayrıca, kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeninin dar yorumlanması esastır; kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için yetkili yabancı hukukun uyuşmazlık ile ilgili hükmünün olaya uygulanması sonucunda ortaya çıkan somut sonucun, Türk kamu düzeni kavramı içinde katlanılmaz sonuçlara yol açması gerekmektedir¹⁴⁰.

Taraflarca seçilen (nadiren hukuk seçimi olmadığı takdirde, objektif bağlama noktasına göre belirlenen) yabancı hukukun acente/dağıtıcıya denkleştirme hakkı vermemesi, bu konuda hiçbir düzenleme içermemesi veya içermekle birlikte Türk hukukundan farklı kapsam ve nitelikte hükümlerin yer alması, özellikle acentenin/dağıtıcının denkleştirme talebinden sözleşmede yer alan bir hüküm ile vazgeçebileceğini kabul etmesi halinde, kamu düzeni müdahalesinin gerekli olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde, TTK m. 122 hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceğini ifade eden bir görüş, TTK m. 122 hükmünün koruduğu menfaatin -ve doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceğine ilişkin gerekçelerin-

¹³⁷ Yarg. İBGK, E. 2010/1 K. 2012/1, 10.02.2012 (www.kazanci.com).

¹³⁸ Kamu düzeni kavramı ve Türk hukuku bakımından uygulanması hakkında bkz. **Demir Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 23-38; **Tekinalp/Uyanık**, s. 42-44; **Çelikel/Erdem**, s. 139-153; **Nomer**, s. 161-183; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 72-91; **Doğan**, Vahit: s. 252-261.

¹³⁹ **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 37; **Tekinalp/Uyanık**, s. 43; **Çelikel/Erdem**, s. 146; **Nomer**, s. 164; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 75-76; **Doğan**, Vahit, s. 256-258.

¹⁴⁰ **Çelikel/Erdem**, s. 146; **Nomer**, s. 162-163; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 76.

kamu düzeni müdahalesini gerektireceği yönündedir¹⁴¹. Kamu düzeni müdahalesini, yalnızca acenteye tanınan koruma kapsamında ele almayan başka bir görüş de, “denkleştirme tazminatını fahiş bir bedel olarak belirleyen ya da denkleştirme tazminatı ödenmesini acentelerin tabiiyetinde bulunduğu ülkeleri dikkate alarak kabul veya reddeden yabancı hukukların kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmasının mümkün olduğunu” dile getirmektedir¹⁴².

Gerçekten de, nadiren veya teoride de olsa, acente lehine tanınan ve hakkaniyet ölçüsünü aşan, müvekkil/üretici/sağlayıcıyı orantısız şekilde zorlayan fahiş miktarlarda denkleştirme miktarlarını öngören bir yabancı hukukun uygulanması mümkün olmamalı; bu anlamda, kamu düzeni müdahalesi acente lehine, tek taraflı bir müdahale olarak ele alınmamalıdır. Aksi halde, denkleştirme talebinin temelindeki hakkaniyet düşüncesi hiçe sayılmış olacaktır. Nitekim, gerek TTK m. 122/f. 2’de, gerekse 86/653 sayılı Yönerge m. 17/2/b’de denkleştirme bedeli için azami bir miktar belirtilmiştir. Bu miktarları müvekkili zorlayacak ölçüde aşan talepler de kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilebilecektir.

Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olamayacağına somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve yabancı hukukta yer alan hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda karar vermek gereklidir. Yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, denkleştirmenin bir şekilde sağlanmış olması veya müşteri çevresinin bedelinin başka bir tazminat talebi içinde değerlendirilmiş olması- örneğin, 86/653 sayılı Yönerge m. 17/f.1 Üye Devletlere denkleştirme talebi ile sözleşme sonu tazminatı arasında bir seçim hakkı tanımaktadır-, durumunda, yabancı hukukun TTK m. 122’ye benzer bir hüküm içermemesi kanımızca, kamu düzenine açıkça aykırılık sonucunu yaratmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun TTK m. 122’de öngörülen hakkın amacına yönelik bir düzenleme içermesi ve fakat bu düzenlemenin TTK m. 122 hükmü ile benzerlik taşımaması kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir.

TTK m. 122’nin temelinde, zayıf taraf olarak kabul edilen acentenin/dağıtıcının ekonomik olarak korunması ve hakkaniyetin denkleştirme talebinin tanınmasını gerektirmesi fikri yatmaktadır. Dolayısıyla, acente/dağıtıcının, ekonomik olarak zor durumda bulunması nedeniyle, sözleşmeye uygulanacak hukukun -şayet izin veriyorsa- kendisine tanıdığı bir talep hakkından vazgeçmiş olması ya da uygulanacak hukukun seçiminde denkleş-

¹⁴¹ Demir Gökyayla, Konferans, s. 69.

¹⁴² Güner, s. 208.

tirme talebinin öngörülüyor olmasının etkili olması halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Böylece, sözleşmenin görece zayıf tarafına dayatılan bir sonuç bertaraf edilebilecektir; zira ortaya çıkan sonuç hakkaniyete aykırı olacaktır.

Yetkili hukukun, hukuk seçimi ile değil de objektif kriterlere göre belirlenmesi ve bu hukukun acenteyi denkleştirme hakkından tümüyle mahrum bırakması ve bu durumun denkleştirmenin özünde yer alan hakkaniyet ilkesine aykırı olması halinde ise, kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi gerektiği şüphesizdir.

Somut olay bakımından acente/sağlayıcı sözleşmenin zayıf tarafı olmayabilir veya sözleşmenin tüm şartları taraflarca serbestçe müzakere edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, taraflarca geçerli olarak yapılan hukuk seçiminin kamu düzeni müdahalesi ile bertaraf edilmesi kanımızca zordur. Zira, çalışmamızda çeşitli vesilelerle belirttiğimiz üzere, denkleştirme talebinin doğumu katı bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır, ki bu şartların en önemlisi hakkaniyetin denkleştirmeyi gerektirmesidir. TTK m. 122/f. 1/c bendinde, hakkaniyete yapılan atfın, geçerli bir hukuk seçimini bertaraf etmek bakımından da hassas bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu anlamda, acentenin yapılan hukuk seçiminin sonucunu bilmesi ve öngörebilmesi gereklidir. Her ne kadar, denkleştirme hakkının tanınması acentenin ekonomik gücünden bağımsız olsa da, müzakere gücüne sahip bir acente/dağıtıcının, sözleşmenin diğer maddeleri ile kendine sağladığı avantajlar karşılığında denkleştirme talebinden vazgeçmesi de mümkün olabilir. Kamu düzeni müdahalesinin istisnai özelliği, somut sonuç odaklı olması ve dar yorumlanması gerektiği de, somut olayın özellikleri değerlendirilirken göz önünde tutulmalıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, acente/dağıtıcının denkleştirme talebinden vazgeçecek ölçüde güçlü olduğu bir sözleşme dengesi uygulamada sık rastlanır bir durum değildir.

Diğer taraftan, ATK m. 92c hükmünün AB ve AEA Üye ülkelerinde faaliyet göstermekte olan acenteler arasında makul bir gerekçeye dayanmayacak şekilde bir fark gözettiğini ve bu durumun doktrinde eşitlik ilkesine aykırı görüldüğünü ifade etmiştik. Böyle bir durumda, Türk kamu düzeni müdahalesi devreye girebilecektir. Ancak bu müdahale, denkleştirme talebinden mahrumiyete değil, eşitlik ilkesine aykırılığa dayanacaktır. Zira, bu noktada, taraf iradesini ve acentenin zayıf taraf olarak korunması düşüncesini de aşan, temel hukuk ilkelerine ve ayrımcılık yasağına aykırı bir durum söz konusu olmaktadır.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan acentelik ve benzeri dağıtım sözleşmelerinin sona ermesi halinde ortaya çıkabilecek denkleştirme taleplerinin niteliği ve vasıflandırılması uygulamayı yakından ilgilendiren ve örneğin tahkim sözleşmesine konu olması, yabancı mahkemelerden verilen denkleştirme taleplerine ilişkin kararların tanınması veya tenfizi gibi farklı boyutları olan bir konudur. Bu çalışmada, konunun kanunlar ihtilafı boyutu incelenmeye gayret gösterilmiştir.

Çalışmamızda yaptığımız inceleme ve değerlendirmeler sonucunda, TTK m. 122’de düzenlenen ve sözleşme kaynaklı bir hak olduğunu düşündüğümüz denkleştirme talebine ilişkin uyuşmazlıkların, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı metodu uygulanarak, yetkili hukuk kapsamında çözümlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu anlamda, TTK m. 122’nin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği; buna karşın, denkleştirme talebinin koruduğu menfaatlerin gerçekleştirilmesi amacıyla, somut olayın şartları dâhilinde Türk kamu düzeni müdahalesinin devreye girebileceği fikrindeyiz. Gerek uygulanma şartları gerekse sonuçları bakımından, kamu düzeni müdahalesi denkleştirme talebini düzenleyen TTK m. 122 hükmünün düzenlenme şekli ve amacına daha uygundur.

Kanunlar ihtilafı hukuku, çeşitli devlet hukuklarında yer alan maddi hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanması ile varılan sonuçların farklılıklarının uzlaştırılmasına dayanmaktadır. Bu nedenle, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını önleyecek ölçüde önemli gerekçe ve amaçlara dayanan müdahaleler kabul görmelidir. Doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi bu anlamda aslında “sınır tanımayan” ve üstün menfaatlere dayanan bir müdahaledir. Denkleştirme talebinin Türk hukukunda düzenlenişi bu müdahaleyi haklı kılacak ölçüde katı ve mutlak değildir. Fakat tarafların anlaşmalarından bağımsız olarak uygulama alanı bulabilen ve iç hukukun emredici kuralları arasında yer alan TTK m. 122 hükmü, amaçladığı menfaat ve dayandığı temeller itibarıyla Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirecek ölçü ve derecede korunmaya değerdir.

KAYNAKÇA

- Akın**, İrfan: “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, AÜHFD 62(3) Yıl: 2013, s. 613-641.
- Akkanat**, Halil/Çekin, Mesut S.: “Denkleştirme Bedeli (Portföy Tazminatı) Önceden Ödenebilir mi?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 29-44.
- Altınok Ormancı**, Pınar: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı, İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, AÜHFD, Cilt: 58 Sayı: 3 Yıl: 2009, s. 451-480.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2018.
- Arslandoğan**, Birce: “Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yoluyla İleri Sürülebilir mi?”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 141-142 Yıl: 2016, s. 79-119.
- Ayan**, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı, Ankara 2008.
- Aydın Evcimik**, Ayça: Acentenin Müşteri Tazminatı Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Ankara 2018.
- Ayoğlu**, Tolga: “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 151-152 Yıl: 2017, s. 9-27.
- Badak Aybar**, Zehra: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Sayı: 24 (Güz) Yıl: 2013/2 s. 167-201.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul 2017.
- Bassani**, Luciana/**Bedford**, Rebecca/**Pressman**, Arthur/**Turgeon**, Jean-Philippe/**Waldzus**, Dagmar: “Applicable Law and Jurisdiction in Franchising, Commercial Agency and Distribution Agreements”, International Journal of Franchising Law, Vol. 13, Issue 6 (2015), s. 3-33.

- Cantürk**, Barış Cihan: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Demir Gökyayla**, Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Contractual Issues in Private International Law), Uluslararası Konferans, 11 Ekim 2018, İstanbul 2018, s. 51-71 (“*Demir Gökyayla, Konferans*”).
- Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Demir Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001 (“*Demir Gökyayla, Kamu Düzeni*”).
- Doğan**, Murat: “Franchise Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt III, Ankara 2009, s. 327-344.
- Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019.
- Emerson**, Robert: “Franchise Goodwill: Take A Sad Song and Make It Better”, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46/2 (2013), s. 349-416.
- Emerson**, Robert W.: “Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill After Franchise Termination”, University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 20.2. (2017), s. 286-339.
- Erdem**, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008.
- Erdem**, Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2017.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2017.
- Güner**, Cemil: Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkinde Uygulanacak Hukuk, Ankara 2014.
- Gürzumar**, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.
- Güvercin Şahan**, Ayşe: Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

- Huysal**, Burak: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2 Yıl: 2011, s. 129-150.
- İrge Erdoğan**, Burcu: Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2016.
- İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- Kalender**, Emre: “Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m.122’nin, Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı”, İnÜHFD Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017, s. 91-112.
- Kanışlı**, Erhan: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 138 Yıl: 2014, s. 111-144.
- Karasu**, Rauf, “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi”, AÜHFD, C. 57 Sayı: 4 Yıl: 2008, s. 283-318.
- Kaya**, Arslan: “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi”, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) 12 Ekim 2018, İstanbul 2018, s. 9-43 (“*Kaya, Sempozyum*”).
- Kaya**, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, İstanbul 2013.
- Kaya**, Nebi: “Alman Hukukuna Göre Portföy Tazminatından Sözleşme İle Vazgeçilebilir mi? (Münih İstinaf Mahkemesi’nin 11.01.2002 tarihli Kararının Değerlendirilmesi)”, Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt I, İstanbul 2017, s. 3-11.
- Kayıhan**, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2003.
- Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, I. Cilt, İstanbul 2017.
- Koyuncuoğlu**, Hikmet: “Franchise Alanın Denkleştirme İsteminin (Portföy Tazminatı) Türk Ticaret Kanunu Madde 122 Hükmü Karşısında Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 14 Sayı: 164 Yıl: 2016, s. 4297-4308.

- Köker**, Nilüfer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Lando**, Ole: "The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents: The English Law Commission versus the EC Commission", The Rabel Journal of Comperative and International Private Law, 44 (1980), s. 1-16.
- Moroğlu**, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı, Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 2009.
- Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Özdemir Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.
- Özdemir Kocasakal**, Hatice: Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, Uluslararası Konferans, I. Oturum Soru-Cevap Bölümündeki Tartışmalar, s. 100-102.
- Poroy**, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 17. Baskı, İstanbul 2018.
- Puelinckx**, A. H./Tielemans, H. A.: "The Termination of Agency and Distributorship Agreements: A Comparative Survey", Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 3 Issue 2 (1981), s. 452-495.
- Sak**, Burak: Bir Üst Kavram Olarak Dağıtım Sözleşmeleri ve Bunlara Özgül Denkleştirme İstemi Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- Şanlı**, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Fıganmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2018.
- Şenol**, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011.
- Takavut**, Doğan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul 2018.
- Tandoğan**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Tekinalp**, Ünal: "Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçesi Talebi", Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 1-17.

- Tekinalp**, Gülören/**Uyanık**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2016.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- Verhagen**, Hendrikus L. E.: “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.”, ICLQ Vol. 51, January 2002, s. 135-154.
- Verhagen**, Hendrikus L. E.: Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Hague 1995 (“VERHAGEN, Agency”).
- Yusufoğlu**, Fülürya: “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 137-138 Yıl: 2016, s. 159-188.

1756 (2014/4) SAYILI GENELGE KAPSAMINDA AİLE KONUTU ŞERHİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642021>

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR*

Öz

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu (TMK) Türk Hukukuna yeni bir kavram olarak aile konutu müessesesini getirmiştir. Aile konutu, konut üzerinde hak sahibi olan eşin bazı işlemlerine karşı korunmaktadır. TMK 194. maddeye göre aile konutu üzerinde hak sahibi eş, sadece diğer eşin açık rızasıyla aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedebilir, aile konutunu devredebilir veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayabilir. Eğer aile konutu taşınmazsa, TMK 194/3 maddeye göre malik olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verebilir. Diğer eşin rızası olmamasına rağmen, aile konutunun maliki olan eş, aile konutunu üçüncü bir kişiye devredebilir. Bu durumda özellikle tapuya güven ilkesi kapsamında hukukun kimi koruyacağı önem taşıyan bir noktadır. Bu nedenle, TMK 194/3. madde ile aile konutunda sağlanan koruma aile konutu şerhi yoluyla daha da etkili kılınmıştır. TMK 194/3 maddede değil, fakat 1756 (2014/4) sayılı Genelge ile tapu kütüğüne aile konutu şerhinin nasıl konulacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada aile konutu şerhi verilmesi 1756 (2014/4) sayılı Genelge kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Aile konutu, aile konutunun korunması, aile konutu şerhi, tapu kütüğü, 1756 (2014/04) sayılı Genelge

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ilknur.serdar@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2790-677X> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.05.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.05.2019/ Makale Kabul Tarihi: 13.05.2019)

**THE ANNOTATION OF MATRIMONIAL RESIDENCE
WITHIN THE SCOPE OF THE CIRCULAR LETTER
NUMBERED 1756 (2014/4)**

Abstract

The Turkish Civil Code (TCC), which entered into force on 01 January 2002, introduced the institution of the matrimonial residence as a new concept to Turkish law. The matrimonial residence is protected against some transactions that made by the spouse who has a legal right on the property. According to article 194 of TCC the spouse who has a legal right on the property, may terminate a tenancy agreement, transfer or limit the rights on the property of matrimonial residence only with the express consent of the other spouse. If the matrimonial residence is a real estate, the non-owning spouse may enrol a matrimonial residence annotation in the land registry according to article 194 (3) of TCC. Although the lack of the consent of the other spouse, the spouse who is the owner of the matrimonial residence may transfer the ownership of property to a third party. In this case, it is especially important that who will be protected by the law under the protection of a good faith in the land registry specially. Therefore the protection of matrimonial residence has become more effective with the annotation of matrimonial residence according to article 194 of TCC. The procedure of matrimonial residence's annotation has been regulated by the circular letter numbered 1756 (2014/4) but not with the article 194 (3) of TCC. Therefore in this study, the annotation of the matrimonial residence will be examined within the circular letter numbered 1756 (2014/4).

Keywords

Matrimonial residence, protection of matrimonial residence, annotation of matrimonial residence, land register, 1756 (2014/4) numbered circular letter

GİRİŞ

Aile konutu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 01.01.2002 tarihinde hukukumuza giren nispeten yeni bir kavramdır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde aile konutu; İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesindeki aile konutuna ilişkin hüküm temel alınarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrasında, İsviçre Medeni Kanununda yer almayan, aile konutunun şerhi imkânına yer verilmiştir¹. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir*”. Bu hüküm ile tanınan şerhin, tapu kütüğüne nasıl verileceğine ilişkin, 194. maddede bir düzenleme yoktur. Esasen, tapuya şerhin verilmesi, eşya hukukuna ilişkin bir konu olması nedeniyle, bu hususu düzenleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri, madde 1009 vd yer almaktadır². Fakat bu hükümler içinde de aile konutu şerhinin nasıl verileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmü gereğince, aile konutu şerhinin verilmesi için bir mahkeme kararına gerek olup olmadığı uygulamada tartışmalara neden olmuş, Yargıtay; aile konutu niteliği hususunda ihtilaf varsa, tapu memurunun idari işlemlerle, şerhi tapu siciline yazamayacağını, bunun için mahkeme kararına gerek olduğuna karar vermiştir. Uygulamada yaşanan bu ihtilafları ortadan kaldırmak ve Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmüyle getirilen aile konutu şerhinin, nasıl verileceği hususunu açıklığa kavuşturmak amacıyla aile konutu şerhinin verilmesi usulü; 2002 tarihli 2002/7 nolu Genelge³ ile ve

¹ Aile konutu şerhinin kabul edilmesinin eleştirisi için bakınız **Serozan**, Rona: Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 279 vd.

² TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 23.06.2015 tarih 1766 (2015/4) nolu Genelgesi ile 2015 tarihinden itibaren şerhler elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. “... 02/07/2015 tarihinden itibaren tapu kütükleri üzerine tescil edilen/belirtilen tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması uygulamasına yine tüm tapu müdürlüklerinde aynı anda geçilecektir. Uygulama değişikliği ile tüm şerh ve beyan işlemlerinde hak sahipliğinin belirlenmesi sürecinde herhangi bir değişikliğe gidilmeksizin, tapu kütüğü üzerinde şerhler sütunu ile beyanlar hanesine yapılan tescillere son verilerek tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması sağlanacaktır.” Bununla birlikte, biz çalışmamızda söz konusu düzenleme öncesi mevzuat ve Yargı Kararları kapsamında şerhin tapu kütüğüne verilmemesinden bahsedilmesi nedeniyle şerhin verilmesini bu şekilde ifade edeceğiz. 1766 (2015/4) sayılı Genelge için bakınız (<https://www.tkgm.gov.tr/tr/mevzuat/20154-1766-sayili-genelge-haciz-islemleri-serh-ve-beyan-belirtmelerinin-tescili-ile-veri>).

³ TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih 2002/7 nolu Genelgesi.

buna müteakiben Tapu Sicil Tüzüğü 57. maddesinin d bendine eklenen hükümlerle⁴ düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile malik olmayan eşin talebiyle, bir mahkeme kararına ve malik olan eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın aile konutu şerhi verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

2002 tarihli 2002/7 nolu Genelge ve buna müteakiben çıkarılan Tapu Sicil Tüzüğü'nün 57. maddesinin 1. fıkrasının d bendindeki bu düzenlemenin iptali için Danıştay'a dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, 2010/11873 E. sayılı dosyada 13.06.2011 tarihinde, malikin rızası veya mahkeme kararı aranmaksızın, idarece, şerh verilmesini öngören düzenlemeleri yetki unsuru yönüyle hukuka uygun bulmayarak, yürütmenin durdurulmasına karar vermiş; ancak yapılan itiraz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2012 tarihinde yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır.

Bu tür uyuşmazlıkların oluşmaması ve durumun açıklığa kavuşması için mevzuatta bir dizi değişiklik yapılmıştır. 17.08.2013 tarihinde, Tapu Sicil Tüzüğü değişmiş, Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrasında aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebileceği; 49 maddesinin c bendinde ise aile konutu şerhinin verilebilmesi için, merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hali gösterir nüfus kayıt örneğinin aranacağı düzenlenmiştir. 6518 sayılı Kanunun⁵ 44. maddesiyle 2014 yılında Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmünde değişiklik yapılmış ve fıkra da yer alan '*şerhin verilmesini*' ibaresinden sonra gelmek üzere '*tapu müdürlüğünden*' ibaresi eklenmiştir. Yani 194/3 hükmü gereğince, malik olmayan eş, aile konutu şerhi verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilecektir. Ayrıca mevzuatta yapılan bu değişikliklere uyum sağlamak, uygulamada yaşanan sorunları gidermek ve durumu açıklığa kavuşturmak amacıyla aile konutu şerhine ilişkin usul, 2014 tarihli 1756 (2014/4) sayılı Genelge⁶ ile yeniden düzenlenmiştir.

⁴ TST md 57 d bendine 08.11.2004 tarihinde eklenen hükme göre, aile konutu şerhi için konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı aranır.

⁵ 06.02.2014 kabul tarihli 6518 Sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG T 19.02.2014, S 28918).

⁶ TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 11.06.2014 tarih 1756 (2014/4) nolu Genelgesi. (<https://www.tkgm.gov.tr/tr/mevzuat/aile-konutu-mal-rejimleri-cocuk-mallari-20144-ile-ilgili-genelge>) (Genelge olarak anılacaktır).

Aile konutuna ilişkin Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile sağlanan koruma, öncelikli olarak, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş için olmakla birlikte, tüm aile bireyleri için önem arz etmektedir. Hatta aile konutu kapsamında sağlanan bu koruma, sadece evliliğin devamı sırasında değil, Türk Medeni Kanununun 240, 254, 279 ve 652. maddeleri kapsamında evliliğin sona ermesinden sonra da etkili olmaktadır. Aile konutu hakkında sağlanan koruma için 194. maddede yer alan şartların sağlanması yeterlidir. Bu nedenle, aile konutu üzerine verilecek şerh, kurucu olmayıp, açıklayıcı niteliktedir⁷. Bununla birlikte, şerhin verilmemesi halinde diğer eşin rızası dışında yapılan ve aile konutundan istifade edilmesinin yitirilmesi sonucunu yaratan hukuki işlemlere ilişkin doktrin ve uygulamadaki farklı görüşler⁸

⁷ **Şıpka**, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 160; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 322; **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018, s. 218; **Nomer/Ergüne**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 151; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 255; **Gümüş**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, (Şerhler), s. 62; **Genç Arıdemir**, Arzu: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgenin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 137; **İşleten**, Mehtap İpek: Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, GSÜHFD Doç Dr Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, 2014/2, C.II, s. 948; "dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır". (2. HD E. 2015/7908 K. 2015/21532 T. 18.11.2015 (www.kazanci.com.tr)); "aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir." (2. HD E. 2016/19142 K. 2016/16219 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr)); şerhin kurucu olduğu yönündeki görüş, **Giray**, Faruk Kerem: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni, Yıl 23. Sayı 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 443.

⁸ Bir görüş; hak sahibi eşin aile konutu taşınmaz üzerinde diğer eşin rızasını almadan yaptığı işlemlerde, şerhin bulunmaması halinde işlemin tarafı olan kişinin, iyiniyetli olması halinde TMK 1023.madde kapsamında korunacağını ve diğer eşin 194 maddeye dayanarak işlemi geçersiz kılamayacağını savunmakta, Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 255 vd.; **Nomer/Ergüne**, s. 152; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007, s. 142; **Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 103; **Kamacı**, Mahmut: Tapu Kütüğüne "Aile Konutu Şerhi"nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu, Y.D. 2010 Temmuz, C.36, S.3, s. 53 (HGK E. 2006/2-591 K. 2006/624 T. 4.10.2006 (www.kazanci.com.tr); HGK E. 2012/2-1567 K. 2013/579 T.

nedeniyle, aile konutuna Türk Medeni Kanunu kapsamında sağlanan korumanın kaybı riski mevcuttur. Bu nedenle, şerhin verilmesi, malik olmayan eşin, bir risk taşımadan, Türk Medeni Kanununun 194. maddesindeki korumadan istifade etmesi noktasında önemlidir. Şerhin bu önemi nedeniyle, malik olmayan eşin, aile konutuna şerh verilmesi talebinde bulunmasını ve şerhin verilmesi usulünün; açık, tereddüde mahal vermeyen, hak kaybına sebebiyet verecek şekilde zorlaştırmayan ve belki de en önemlisi Türk Medeni Kanununda getirilen hak ile bağdaşır ve Kanuna ters düşmeyen şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu maksatla çıkarılmış olmasına rağmen, Genelge'deki düzenlemenin bu amaca uymayan, sıkıntı yaratacak hükümleri mevcuttur. Biz çalışmamızda, aile konutunun şerhine ilişkin usulü bu hususu düzenleyen Genelge hükümleri kapsamında incelemeye çalışacağız.

I. AİLE KONUTU ŞERHİNİN VERİLMESİ

Türk Medeni Kanunun 194. maddesinde hak sahibi eşin konut üzerindeki hakkının niteliği açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, maddedeki “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” ifadesinden bu hakkın, ayni veya şahsi bir hak olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁹. Bu nedenle, aile konutu üzerinde eşlerden birinin ayni veya şahsi hakkı olması durumunda eşin bu hakkını kullanması, diğer eşin rızasına bağlı olup, madde 194 kapsamındadır. Bu bakımdan hak sahibi eşin aile konutu üzerindeki hakkının ayni ya da şahsi

24.4.2013 (www.kazanci.com.tr)); diğer görüş ise, işlemin tarafı olan kişinin, iyiniyetinin korunmayacağını burada 1023. maddenin uygulanmayacağını, 194 madde kapsamında işlemin geçersiz olduğunu savunmaktadır (Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2019, s. 178; Aybay/Hatemi; Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 105-106 (ayrıca bakınız şerh değil, beyan olduğu görüşü); Gümüş, (Şerhler), s.52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 256; Sirmen, s. 218; Öztan, s. 321; Serozan, s. 281; Şıpka, s. 159-160; Günergök, Özcan: Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EHFHD, Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 278 vd.; Genç Arıdemir, s. 137-138; Doğan, Murat: Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessese Aile Konutu, AÜEHFD, Cilt VI, Sayı 1-4, s. 295; İşleten, s. 949; HGK E. 2013/2-2306 K. 2015/1356 T. 15.5.2015 (www.kazanci.com.tr); HGK E. 2013/2-2056 K. 2015/1201 T. 15.4.2015 (www.kazanci.com.tr)).

⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 173; **Genç Arıdemir**, s. 131; **Kamacı**, s. 33; **Hüseyin**, İhsan: Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması, AÜHFHD, 67(3) 2018, s. 577; hak sahibi eşin hakkının ariyet sözleşmesine dayanan şahsi hak olması halinde, bunun, 194. madde kapsamında korumadan yararlanamayacağı hususunda **Giray**, s. 428; 2.HD. E. 2010/7465 K. 2010/20502 T. 07.12.2010 (www.kazanci.com.tr)

hak olması arasında farklılık bulunmamasına karşın, aile konutu şerhi verilmesi için aile konutunun tapuda kayıtlı bir taşınmaz ve eşin aile konutu üzerindeki hakkının da mülkiyet hakkı olması aranmaktadır¹⁰. Bu sonuca, hem 194/3 hükmü hem de çalışmamızda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Genelge hükümleri çerçevesinde varılmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi şerhin verilmesini talep etmeye yetkili olan kişilerin, gerekli belgeler ile istemde bulunmaları durumunda, tapu siciline ‘*aile konutu*’ şerhi verilecektir. Genelge’nin A/3 maddesinde, şerhin, tapu sicilinin şerhler hanesine¹¹ “*Aile Konutu Şerhi-Tarih-Yevmiye Numarası*” şeklinde yapılacağı düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan korumanın etkinliğini artıran aile konutu şerhi verilmesini temin etmek ve bunu kolaylaştırmak maksadıyla Genelge A/8 maddesinde¹², şerh verilmesinin, talep eden kişiye mali bir külfet yüklenmemesini hükme bağlamıştır. Buna göre, aile konutu şerhinin verilmesini talep eden eşten, bu işlem için herhangi bir harç veya döner sermaye ücreti ödemesi, talep edilmeyecektir.

A. Şerhi Talebe Yetkili Kişiler

Aile konutu şerhinin tapu siciline verilebilmesi için talep şarttır. Aile konutu şerhinin verilmesini talep etmeye ancak *eşler* yetkilidir¹³. Eşlerden anlaşılması gereken; Türk Medeni Kanununun 185. maddesi kapsamında resmi şekilde evli olan ve halen evliliği süren, hukuken sona ermemiş olan kişilerdir. Bu noktada, resmi evlilik akdi yapmamış, fakat ortak bir yaşam birlikteliği içinde yaşayan çiftler, hukuken eş olarak sayılmayacağı için bu kişilerin, aile konutu şerhi verilmesini talep etmeleri söz konusu değildir¹⁴. Bu ortak yaşam birlikteliğinin “imam/dini nikâh”, “fiili birliktelik”, “nişan” ya da başka bir şekilde nitelendirilmesi, önem arz etmeyecektir.

¹⁰ **Genç Arıdemir**, s. 141; **Büyükkay**, Yusuf: Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi.Org, Eylül 2006; Aile konutu taşınmaz üzerinde eşin sınırlı aynı hakkı (intifa, sükna, irtifak) olması durumunda da şerh verilebileceği hususunda bakınız **Kamacı**, s. 46.

¹¹ Bakınız 1766 (2015/4) sayılı Genelge ve dipnot 2’deki açıklamamız.

¹² “A/8-Aile konutu şerhine yönelik 492 sayılı Harçlar Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmadığından talebin harç ve döner sermaye ücreti tahsil edilmeksizin karşılanması gerekmektedir.”

¹³ Eşlerden bir veya her ikisi yabancı devlet vatandaşı ise, aile konutu şerh işleminin “lex rei sitae” ilkesi uyarınca taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan Türk Hukukuna tabi olduğu yani TMK 194/3 hükmünün uygulanacağına ilişkin bakınız **Giray**, s. 443 vd.

¹⁴ **Şpka**, s. 77; **Genç Arıdemir**, s. 141; **Giray**, s. 427; **Kamacı**, s. 24, dn 1.

Resmi şekilde yapılmış evliliğin, hukuken sona ermemiş, halen sürüyor olması¹⁵ gerektiği için söz konusu olan evlilik, butlanla sakat olsa dahi henüz butlan kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş değilse, kişiler, eş olma sıfatını taşırlar ve aile konutu şerhini talebe yetkilidirler. Bilindiği gibi, butlanla sakat olan bir evlilik, mahkemece butlanına karar verilmeye kadar geçerli olan bir evliliğe ilişkin tüm sonuçları doğurur (TMK m.156). Evliliğin boşanma ile sona ermesi ise, ancak mahkemece verilen boşanma kararının kesinleşmesi ile olacağı için devam eden bir boşanma davası sırasında da evlilik sürmekte olduğundan, kişiler, eş olma sıfatını taşırlar ve aile konutu şerhini talebe yetkilidir¹⁶. Ayrılık davası sırasında veya ayrılık kararı verilmesi (TMK m.170 vd) ya da birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK m.197) halinde de aynı durum söz konusudur¹⁷. Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı

¹⁵ “Türk Medeni Kanunu’nun evliliğin genel hükümlerini düzenleyen 194. maddesi evlilik devam ettiği sürece uygulanabilir. Bu nedenle, evlilik sona erdikten sonra konut, aile konutu özelliğini kaybettiğinden bu hükmün uygulama imkânı bulunmamaktadır.” (2. HD E. 2009/19922 K. 2010/387 T. 13.1.2010 (www.kazanci.com.tr))

¹⁶ “Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, davanın konusunun kalmadığı dikkate alınmalıdır.” (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)); “Davacı-davalı (koca)’nın geçimsizlik sonucunda bu konutu terk etmiş olması, taşınmazın aile konutu özelliğini kaldırmaz. Bu durumda, davalı-davacı (kadın)’ın aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davanın kabul edilmesi gerekir.” (2. HD E. 2014/25531 K. 2014/24264 T. 1.12.2014 (www.kazanci.com.tr)); “Evliliğin sona ermesiyle konut, aile konutu vasfını kaybeder.” (2. HD E. 2013/1467 K. 2013/21007 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)); “...evlilik birliğinin Aile Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının kesinleşmesi üzerine sona erdiği anlaşılmıştır. MK. nun 194. maddesi gereğince aile konutu şerhi evlilik birliği içinde geçerli olup, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmez.” (6. HD E. 2012/15665 K. 2012/17357 T. 25.12.2012 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz için şerh verilebilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekir.” (2. HD E. 2008/10081 K. 2008/13491 T. 16.10.2008 (www.kazanci.com.tr))

¹⁷ “konutta davalı ve çocuklarıyla birlikte oturmaya başladığı, davalının terk etmesinden sonra da çocuklarıyla birlikte kullanımı devam ettirdiği, bu nedenle, boşanma kararı kesinleşinceye kadar bu kullanımın taşınmazın aile konutu olarak kabul edilmesinden kaynaklandığı anlaşılacakla, kira ve ecri misil istenemeyeceğinin kabulü...” (3. HD E. 2006/1745 K. 2006/3747 T. 6.4.2006 (www.kazanci.com.tr)); “Tarafların fiilen ayrı yaşıyor olması, bu konutun, aile konutu olma vasfını kaybettirmez.” (2. HD E. 2010/12332 K. 2010/14942 T. 20.9.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Davacı ile davalı eşin davaya konu taşınmazın alt katında bir yıl süre ile birlikte oturdukları, davalı eşin ortak konutu terk ederek başka bir kadınla yaşamaya başladığı, davacı kadının, bu taşınmazın alt katında kalmaya devam ettiği, üst katında ise kiracının bulunduğu, ancak taşınmazın ısınma problemlerinin olması sebebiyle davacının, kış aylarında çocuklarının yanında bulunduğu, yaz aylarında ise davaya konu taşınmaza gelerek kaldığı, davaya konu

verilmiş olması durumunda ise evlilik sona ermeyeceği, evliliğin sona ermesi için evliliğin feshi kararına (TMK m.131) gerek olduğu için sadece gaiplik kararı alınması halinde de, eş, aile konutu şerhi talep etmeye yetkilidir.

Türk Medeni Kanununun dördüncü kitabında (eşya hukuku) şerhlerin verilmesi ve terkini özel olarak düzenlenmiş değildir, tescil ve terkine ilişkin hükümler, şerhlere de uygulanmaktadır¹⁸. Kural olarak, tapu sicilinde hak sahibi olan kişiler, tescili, dolayısıyla şerhi talep edebilirler. Bu genel kural gereğince, aile konutunun maliki olan eş, şerh talebinde bulunabilir¹⁹. Bunun dışında kanuni istisnalarda kuraldan ayrılmak mümkün olup, tapu sicilinde hak sahibi olmayan kişiler de talepte bulunabilmektedir. Bu söz konusu istisnalardan biri 194/3 hükmü olup, hükümde aile konutu şerhinin, malik olmayan eş tarafından talep edilebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde paralel düzenleme, Tapu Sicili Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrasında²⁰ yer almaktadır. Genelgenin A/1 maddesinin 2. fıkrasında, her iki eşin birlikte veya ayrı ayrı talepte bulunabileceği düzenlenerek, uygulamada yaşanacak ihtilafların önüne geçilmeye çalışılmış ve aile konutu şerhinin verilmesinin talebi kolaylaştırılmıştır. Hükme göre, aile konutuna konu olan taşınmaza yönelik, malik, malik olmayan eş veya eşlerin her ikisi birlikte, aile konutu şerhi talebinde bulunabilecektir. Hükümde malik ve malik olmayan eşten bahsetmekte ise de aşağıda açıklayacağımız gibi Genelgenin A/4/c hükmünde intifa hakkı üzerine de aile konutu şerhi verilmesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ilgili hükümde intifa hakkı üzerine şerh verilmesini talep etmeye intifa hakkı lehdarının eşini, yani hak sahibi olmayan eş, yetkili kılmıştır. Tapu Sicili Tüzüğü 17/2, Genelge A/1 hükümlerindeki düzenlemeye uygun olarak kanımızca A/4/c hükmü uyarınca intifa hakkı üzerine aile konutu

taşınmazın bulunduğu ilçede başka bir taşınmazın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacının, kış aylarında çocuklarının yanına gidip, onlarla kalıyor olması, aile konutu vasfını ortadan kaldırmayacağı gibi, eşyaların halen davaya konu konutta bulunması ve taraflar arasında evlilik birliğinin devam etmesi karşısında taşınmazın aile konutu olduğunun kabulü gerekir.” (2. HD E. 2016/16259 K. 2016/16213 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr))

¹⁸ **Kamacı**, s. 45.

¹⁹ Mülkiyet hakkı sahibi olması ve işlemin diğer eşin menfaatine olması nedeniyle, malikin de şerh talebinde bulunma yetkisine sahip olmasının TMK'nun 194. maddesinin amacına uygun olduğu yönünde **Genç Arıdemir**, s. 141; **Günergök**, s. 253 dn.16; Aksi görüş ve Tapu Sicil Tüzüğü ve Genelge'deki düzenlemenin eleştirisi için bakınız **Gümüş**, (Şerhler), s. 55.

²⁰ “Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebilir.”

şerhi verilmesini sadece intifa hakkı sahibi olmayan eş²¹ değil, onun yanında hem intifa hakkı sahibi eş hem de her iki eş birlikte talep etmeye yetkili olmalıdır.

Talepte bulunmaya yetkili olan kişi/kişiler²², doğrudan tapu müdürlüğünden şerhin verilmesini talep edebilecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, daha önce şerhin verilmesi hususunda mahkeme kararının gerektiği hususunda yaşanan tartışmalar neticesinde, Türk Medeni Kanununun 194/3 hükmüne eklenen ‘*tapu müdürlüğünden*’ ibaresi ile bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Bu durum, Genelgenin A/1 maddesinin 1. fıkrasında da belirtilmiştir. Sonuç olarak, malik, malik olmayan eş veya eşlerin her ikisinin birlikte, tapu kütüğüne şerh verilmesini talep edeceği merci, tapu müdürlüğüdür. Bunun için bir mahkeme kararına, bir şerh anlaşmasına ve özellikle malik olmayan eşin talepte bulunması halinde malik olan eşin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır²³.

Bunun dışında taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenemediği ya da ihtilafli olan hallerde tapu memuru şerh talebini reddederse²⁴, o zaman şerhin verilmesi için dava açılabilir²⁵. Ayrıca, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun²⁶, un 4. maddesinin c bendi ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği²⁷, nin 12. maddesinin c

²¹ Genelge A/4/c hükmünün ifadesi ile “*intifa hakkı lehdarının eşi*”.

²² Şerh talebi eşin vekili ya da kanuni temsilcisi tarafından da yapılabilir, ancak bu durumda vekilin veya kanuni temsilcinin yetkisini, TST 18. maddesinin 4 ve 6. fıkrasına göre belgelemesi gerekir.

²³ Serozan’a göre, aile konutu şerhi, TMK 1011 md. anlamında geçici tescil şerhi niteliğindedir ve bu nitelikteki aile konutu şerhinin verilmesi ancak devirden sonra ve mahkemeden istenebilir, s. 285; Aile konutu şerhinin geçici tescil şerhi niteliğinde hatta devir öncesi de verilebileceği için öncelenmiş geçici tescil şerhi niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bakınız **Armutcuoğlu**, Can Yalçın: Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 428 vd.

²⁴ Yargıtay, tapu müdürlüğüne başvurulmadan, şerhin verilmesi için doğrudan dava açılmasını kabul etmemektedir, bakınız 2. HD E. 2016/296 K. 2016/8504 T. 27.04.2016 (www.kazanci.com.tr).

²⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 180; davanın TMK 197 maddeye dayanan nafaka, boşanma veya ayrılık ya da eşin rızası alınmadan tesis edilen ipotegün kaldırılmasına ilişkin davayla birlikte de açılacağı hususunda bakınız **Kamacı**, s. 52; “Eşler arasında taşınmazın aile konutu olduğuna dair ihtilaf bulunduğu tapu sicil memurunun mülkiyet hakkını sınırlayan şerhi tapu siciline yazamaz. Bu halde hâkimin müdahalesi gerekir.” (2. HD E. 2002/5374 K. 2002/5991 T. 6.5.2002 (www.kazanci.com.tr)).

²⁶ RG T. 20.03.2012, S. 28239.

²⁷ RG T. 18.01.2013, S. 28532.

bendi ve 15. maddesi uyarınca, hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararında, korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasına karar verilebilir. Bu karar, hâkim tarafından ivedilikle yerine getirilmek üzere ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderilir ve söz konusu karara dayanılarak tapu memuru tarafından aile konutu şerhi verilir.

B. Şerh Verilmesi Talebinde İstenecek Belgeler²⁸

1. Aile Konutuna İlişkin

Kişiler evli olsalar da oturdukları her konut, aile konutu niteliğinde değildir. Aile konutunun tanımı, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde yapılmamıştır. Genelge, A maddesinde aile konutunu; “*Yargı kararlarına*²⁹ göre, aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri mekândır. Eşler, evlilik birliğini beraberce yürütür ve yönetirler. Oturdukları konutu da birlikte seçerler. Aile konutu tektir.” şeklinde tanımlamıştır³⁰. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile getirilen koruma ve şerh verilmesi imkânı, aile konutu niteliğindeki konutlar için geçerlidir. Tabiatıyla aile konutu şerhinin verilmesi talebiyle tapu müdürlüğüne başvurulduğunda, şerh verilmesi talep edilen taşınmazın, aile konutu niteliğinin belgelendirilmesi gerekmektedir. Bu husus, Genelgenin A/2 maddesinde ve Tapu Sicil Tüzüğü’nün 49. maddesinin c bendinde hükme bağlanmıştır.

a. Genel Kural

Eş/eşlerin, aile konutu şerhi verilmesini talep ettikleri taşınmazın aile konutu olduğunu belgelendirmeleri gerekmektedir. Tapu Sicil Tüzüğü’nün 49 maddesinin c bendine ve buna paralel olarak Genelgenin A/2 maddesine göre, taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunun ortaya konulması,

²⁸ Hem taşınmazın aile konutu niteliğinin hem de kişilerin evli olduklarının belgelenmesi hususunda istenilen yerleşim yeri ile medeni hali gösterir kaydı, MERNİS’in de Tapu Müdürlüklerinde etkin kullanımı nedeniyle, tapu memurları, sistemde görülebildiğinden, bu belgelerin talep edilmemesi gerektiği, ifade edilmektedir. Çelik, Ramazan: Aile Konutu Şerhi, (<http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/tapu-sicil/511-aile-konutu-serhi>)

²⁹ “Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekândır. Aile konutu tektir.” (2. HD E. 2005/16473 K. 2006/799 T. 2.2.2006 (www.kazanci.com.tr)).

³⁰ Aile konutu kavramı için bakınız Şıpka, s. 81 vd.; Kılıçoğlu, s. 239 vd.; Genç Arıdemir, s. 129; Havutçu, Ayşe: Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C. VII, S. 1, İzmir 2005, s. 41 vd.; Yağcıoğlu, s. 90 vd.; Nebioğlu Öner, Şebnem; Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014, s. 5 vd.; Giray, s. 426.

merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesinin sunulması ile mümkün olacaktır³¹. Ayrıca, Genelgenin A/2 maddesinde “...aile konutu şerhi işlenmesi gereken taşınmazın tapu sicilindeki ada/parsel bilgileri ile MERNİS üzerinden alınan yerleşim yeri verilerinin karşılaştırılması...” gerektiğinden bahsedilmektedir.

Genelge bu hükmüyle, bir anlamda, aslında hem Kanunda hem de doktrin ve uygulamada aile konutu ile yerleşim yerinin aynı olmadığı hususundaki görüşe³² aykırı olarak, aile konutu ile yerleşim yerini aynı görmüş-tür.

Ayrıca, Genelgede, taşınmazın aile konutu niteliğinin belirlenmesinde, sadece yerleşim yeri ile aile konutu aynı anlamda görülmeyle yetinilmemiş, aile konutu niteliği, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak belirtilen adresteki taşınmaza hasredilmiştir. Yerleşim yeri, Türk Medeni Kanununun 19. maddesi vd düzenlenmiştir. Kişilerin yerleşim yeri adresinin, merkezi kayıt sistemine bildirilmesi, idari bir düzenlemedir³³. MERNİS üzerindeki kayıt, kişinin yerleşim yerinin burası olduğunu hukuken kabul etmeye imkân vermemektedir³⁴. Hukuken yerleşim yeri; kişinin iradesi asıl olmak suretiyle, Türk Medeni Kanununun 19. maddesinde yer alan unsurların oluşması ile belirlenir. Bunlar; yerleşme niyeti ve sürekli oturmadır³⁵. Buna göre, yerleşim yeri; bir kimsenin iş ve aile ilişkilerinin odak noktası olarak seçtiği ve bu amaçla sürekli kalmak niyetiyle yerleştiği yerdir³⁶. Türk Medeni Kanununun 19. maddesi, yerleşim yerinin belirlenmesinde, bir yere kayıt edilme-

³¹ 2002 tarihli 2002/7 nolu Genelgede aile konutu şerhi verilmesini malik olan eş veya her iki eş birlikte talep ediyor ve evli olduklarını belgeliyorsa, ayrıca taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenmesi aranmıyordu. Malik olan eşin talep etmesi durumunda sakınca bulunması mümkündür. Fakat her iki eşin birlikte taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesini talep ettikleri durumda, her iki eş de taşınmazın aile konutu olduğunu kabul ettiklerine göre, kanımızca, bu durumda aile konutu niteliğinin ayrıca belgelenmesine ihtiyaç duyulmaması isabetli olurdu.

³² **Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri, İstanbul 2009, s. 16; **Havutçu**, s. 45; **Hüseyin**, s. 581-583; **Nebioğlu Öner**, s. 32; “...yerleşim yerinin unsurları bakımından çakışan noktalar bulunmakta ise de, aynı kavramlar değildirler. ...eşlerden birisinin yerleşim yerinin değişmesine karşın aile konutu değişmemektedir. Eş söyleyişle, yerleşim yeri değişen eş açısından, aile konutunun bu niteliği aynı devam etmektedir” (HGK E. 2013/2-473 K. 2014/92 T. 12.2.2014 (www.kazanci.com.tr))

³³ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 29.

³⁴ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 29.

³⁵ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 58 vd.; **Havutçu**, s. 31.

³⁶ **Vardar Hamamcioğlu**, s. 15; **Havutçu**, s. 45.

sini, bir unsur olarak düzenlemiş değildir. MERNİS üzerinde kayıtlı adres, Türk Medeni Kanunu madde 19 kapsamında, yerleşim yerinin unsurlarını taşıyorsa, hukuken yerleşim yeri kabul edilir, aksi takdirde, hukuken kişinin meskeni olabilir, fakat yerleşim yeri olmaz³⁷. Ayrıca, evli kişilerin yerleşim yerinin, ortak olması da gerekli değildir. Türk Medeni Kanununun 21. maddesinde yasal (bağımlı) yerleşim yeri³⁸ düzenlenmiş olup, bu hükümde evli kişiler yer almamaktadır. Bu nedenle, Türk Medeni Kanununun 19. maddesi gereğince, evli kişiler, kendi istekleriyle ortak bir yerleşim yeri edinebilecekleri gibi, birbirlerinden ayrı yerleşim yeri de edinebilirler³⁹. Taşınmazın aile konutu olma niteliğini belirlemede kullanılan kriterler⁴⁰ ile eşlerin ortak yerleşim yerinin tespiti kriterlerinin benzer olması ve evli kişilerin, kanunen zorunlu olmamasına rağmen, çoğunlukla, ortak yerleşim yerine sahip olmaları nedeniyle aile konutu ile ortak yerleşim yeri, çoğu zaman aynı olacaktır⁴¹. Durum böyle olduğunda da aile konutu şerhinin verilmesi istenen taşınmazın, aile konutu niteliğinin belgelenmesinin, yerleşim yeri kayıtlarıyla yapılmasını istemek doğaldır. Fakat bunun, sadece bu şekilde belgelenmesini⁴² kabul etmek, bizi Kanunun yapmadığı kısıtlamanın Genelgeyle yapıldığı sonucuna ulaştırır ki, bunun, hukuken kabulü mümkün değildir.

Bu nedenle, aile konutu şerhi verilmesi istenen taşınmaz ile MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmaz aynı değilse; Genelgenin deyimi ile “*taşınmazların ada/parsel bilgileri çakıştırılmıyorsa*”, bu, aile konutu şerhi verilmesi talep edilen taşınmazın aile konutu olmadığı anlamına gelmemelidir. Örneğin; seçmenler; seçimlerin yaz aylarına gelmesi nedeniyle tatillerinin sekteye uğramaması için ya da yerel seçimlerde memleketlerinde tanıdıklarına oy verebilmek için MERNİS adreslerini değiştirip,

³⁷ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 29.

³⁸ **Havutçu**, s. 32.

³⁹ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 15; **Havutçu**, s. 34.

⁴⁰ Ailenin yaşam merkezi olma, sürekli olarak ailenin barınma ihtiyacına özgülüne, fiilen kullanılma, üçüncü kişilerce de ailenin yaşam merkezi olarak anlaşılma bkz. dn 30'da yer alan yazarlar.

⁴¹ 2. HD E. 2002/5374 K. 2002/5991 T. 6.5.2002 (www.kazanci.com.tr); **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 58, **Havutçu**, s. 45; fakat bunun aksi de mümkündür, örneğin; hak sahibi olan eşten şiddet gören diğer eş, aile konutundan ayrılmak zorunda kalmışsa, taşınmaz aile konutu niteliğini sürdürmesine rağmen, eşler ayrı yerleşim yeri edinmiş olup, ortak yerleşim yerinden bahsedilemeyebilecektir (aile konutu ve ortak yerleşim yeri kavramının örtüşmediği örnekler için bakınız **Havutçu**, s. 47).

⁴² Muhtarlar tarafından “ikametgâh belgesi” adıyla verilen belgenin tek başına TMK md. 19 anlamında yerleşim yerinin delili olmayacağı hususunda bakınız **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 13.

yazlıklarını/yakınlarının evlerini yerleşim yeri olarak kaydettirebilmektedirler. Böyle hallerde, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak görülen taşınmaz, aslında Kanunda ve doktrin ile uygulamada kabul edilen aile konutu kriterlerine uymadığı için aile konutu niteliğinde değildir. Böyle bir durumda, aile konutu kriterlerine uyan asıl taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi için talepte bulunulduğunda, talep, MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmazla örtüşmediği için reddedilmemeli ya da talepte bulunan kişiler MERNİS üzerinde yerleşim yeri kaydını değiştirmeye mecbur bırakılmamalıdır. Genelgenin A/2. maddesinin devamında yer alan “...gerektiği zaman belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan bu konuda durumu kanıtlayıcı nitelikte belge alınması gerekmektedir” şeklindeki düzenlemeye uygun davranılmalıdır. Bu hükümde yer alan “gerektiği zaman”ı aşağıda açıklayacağımız Genelge A/4 hükmünde düzenlenen durumlara hasretmemek gerekir. Aile konutu şerhi verilmesi talep edilen taşınmaz ile MERNİS üzerindeki yerleşim yeri olarak görülen taşınmazın aynı olmaması durumunda da, aile konutu niteliğinin, başka vasıtalarla (belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan durumu kanıtlayıcı nitelikte belge) belgelenmesi imkânı tanınmalıdır.

b. Ayrık Durumlar

Genelge A/2 maddesi gereğince “aile konutu şerhi işlenmesi gereken taşınmazın tapu sicilindeki ada/parsel bilgileri ile MERNİS üzerinden alınan yerleşim yeri verilerinin çakıştırılması, gerektiği zaman belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan bu konuda durumu kanıtlayıcı nitelikte belge alınması gerekmektedir.” Yukarıda açıkladığımız gibi, aile konutu şerhinin verilmesi istenen taşınmaz ile MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olan taşınmazın aynı olmaması durumunda talep reddedilmeyecek veya kişiler MERNİS üzerindeki yerleşim yerini değiştirmeye zorlanmadan; taşınmazın aile konutu niteliğinin belgelenmesi; belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan alınan bu durumu kanıtlayıcı nitelikte belgelerle sağlanabilecektir.

Aile konutu, ailenin yaşam faaliyetlerinin merkezini oluşturan ve barınma ihtiyacını karşılamaya hizmet eden mekân olması nedeniyle, doktrinde ve uygulamada kural olarak ikincil tali nitelikteki tatil, eğlence boş zaman geçirmek için ailenin ortak kullanımına tahsis edilen yazlık, dağ evi, kır evi

gibi konutlar, aile konutu olarak kabul edilmez⁴³. Bununla birlikte, söz konusu konutlar MERNİS üzerinde yerleşim yeri olarak kayıtlı olup, aile konutu niteliği, yerleşim yeri belgesi ile belgelendirilirse, bu nitelikteki taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi talebi reddedilemeyecektir. Bu durum, Genelgenin A/4/d maddesinde “*Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanunu’nun 194’üncü maddesi kapsamına girmemekle birlikte, yerleşim yeri belgesinin ibraz edilmesi durumunda, aile konutu şerhinin işlenmesi gerekmektedir*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, bu nitelikte bir taşınmaza, aile konutu şerhi verilmesi, malik olan eş tarafından talep ediliyorsa, dikkatli davranılması gerekmektedir. Şöyle ki; gerçekte ailenin ortak yaşam faaliyetlerinin merkezi olan, yani aile konutu niteliğindeki taşınmaz, başka olmakla birlikte, malik olan eş, bu taşınmaza, aile konutu şerhi konulmasını engellemek için MERNİS üzerindeki yerleşim yeri kaydını, yazlık olan taşınmaz olarak değiştirerek, bu yazlık konut üzerine aile konutu şerhi verilmesini sağlayabilir. Bu durumda, Genelge ile tek bir aile konutu olacağı kabul edilmiş olduğundan, diğer eş, artık aslında gerçekten aile konutu niteliğinde olan taşınmaz üzerine şerh verilmesini tapu müdürlüğüne başvurarak sağlayamayacak, dava açması gerekecektir.

Bunun dışında, yazlık, dağ evi vs nitelikteki taşınmazlar, yerleşim yeri olarak kayıtlı olmamakla birlikte, ailenin yaşam faaliyetinin merkezini oluşturmuş olup, aile konutu niteliğinde ise, bu taşınmaz üzerine aile şerhi konulması talebi de reddedilmemeli, bunun yerine Genelgenin A/2. maddesinin son cümlesindeki hüküm uygulanmalıdır.

Bir taşınmazın aile konutu niteliğinde olması için kural olarak konut niteliğinde bulunması gerekir. Aile konutu ile öncelikle ailenin barınma ihtiyacının karşılanması amaçlandığı için söz konusu taşınmazın, bu barınma ihtiyacını karşılayamayacak nitelikte olması halinde, örneğin; taşınmazın tapudaki sicil kaydında arsa, tarla, bağ, bahçe vs niteliğinde görülmesi durumunda, taşınmazın aile konutu niteliği söz konusu olmaz. Bununla birlikte, taşınmaz, hukuken arsa, tarla, bağ, bahçe vs niteliğinde tapuya kayıtlı olmasına rağmen, tapudaki kayıta yer almasa da fiilen üzerinde bir bina olup, söz konusu ailenin ortak yaşamının merkezi olarak, bu binada barınma ihtiyacı

⁴³ Şıpka, s. 81; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173; Giray, s. 427; Kılıçoğlu, s. 242; Yağcıoğlu, s. 94; Genç Arıdemir, s. 129; Hüseyin, s. 587.

karşılanıyorsa, aile üyeleri bu binaya birlikte zilyet iseler⁴⁴, bu taşınmaz, aile konutu niteliğindedir ve şerh verilmesi mümkün olmalıdır⁴⁵. Bu nedenle, aile konutu şerhi talep edilen taşınmazın, üzerinde fiilen bina bulunup, aile konutu niteliğini taşımasına rağmen, tapu sicilinde arsa olarak kayıtlı olması halinde, bu talep reddedilmeyecek ya da kişiler taşınmaz için tapuda cins değişikliğine zorlanmayacaktır. Bunun yerine, bu taşınmaz üzerinde bulunan bir binanın/yapının bulunduğu -yani bu fiili durumun- ve bunun aile konutu niteliğinde olduğunun belgelendirilmesi ya da bunun tespitinin raporlanması durumunda, şerh verilmesi talebi kabul edilecektir. Bu ayrık durum, Genelgenin A/4/a maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “*şerhe konu taşınmazın niteliği aile konutu olarak özgülemeye uygun olmamakla birlikte, eylemli olarak arsa, tarla, bağ, bahçe vb. nitelikli taşınmaz üzerinde aile konutunun bulunduğu belediye veya muhtarlıktan belgelendirilmesi ya da kadastro müdürlüğü/LİHKAB tarafından konutun zeminde tespit edilerek rapora bağlanması durumunda (ilgilileri cins değişikliği işlemine zorlamadan) sicile aile konutu şerhinin*” tescili sağlanacaktır. Burada, taşınmazın, tapu kaydında aile konutu niteliğine uygun olmayan cins kaydı, örnekleyici olarak sayıldığı için taşınmazın tapu sicil kaydında işyeri⁴⁶, dükkân, depo vs vasfında görülmesi hallerinde de, bu hüküm uygulama alanı bulmalıdır.

Genelgede yer alan hüküm öncesinde de Yargıtay, tapuda arsa olarak kaydedilmiş taşınmazın üzerinde bulunan binanın fiilen aile konutu niteli-

⁴⁴ **Acabey**, Mehmet Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998, s. 63.

⁴⁵ “Aile konutunun tapuda arsa olarak görünmesi aile konutu şerhi konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2005/8403 K. 2005/10552 T. 4.7.2005 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmazın tapuda “arsa” vasfıyla kayıtlı olduğu, taşınmazda aile konutu olarak kullanılan daire dışında başka dairelerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bilirkişilerden ek rapor alınması veya gerekiyorsa yeniden keşif yapılması, uzman bilirkişilerden “aile konutu” olarak kullanılan bölümlerin kroki ve harita üzerinde işaretlenmesinin istenmesi ve bu bölümlerle sınırlı olacak şekilde “aile konutu şerhi” konulması...” (2. HD E. 2016/2701 K. 2016/9825 T. 12.5.2016 (www.kazanci.com.tr)); “Taşınmazın üzerinde eylemli olarak binanın mevcut olduğu belirlendiğine ve bu binanın aile konutu olarak kullanıldığı tespit edildiğine göre, tapuda cinsinin “arsa” olarak gösterilmiş olması, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine engel değildir.” (2. HD E. 2005/4553 K. 2005/7237 T. 3.5.2005 (www.kazanci.com.tr)); Nebioğlu Öner, s. 34.

⁴⁶ İşyerinin bir kısmının aileye özgülenmesi halinde, bu yerin, aile konutu olarak TMK 194. madde kapsamında sayılması kabul edilmektedir **Nebioğlu Öner**, s. 32-33; **Şıpka**, s. 87 vd.; **Gümüş**, (Şerhler), s. 22; “Tapuda kargir depo vasfıyla kayıtlı taşınmazın altında depo ve dükkân, üstte 4 katlı konut olan bina niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhinin konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2014/26288 K. 2014/25775 T. 15.12.2014 (www.kazanci.com.tr)).

ğinde olması durumunda, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulama alanında olduğunu ve bu taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesini kabul etmekteydi. Bu tür durumlarda, söz konusu bina birden fazla kattan oluşuyorsa ve binanın bir bölümü fiilen aile konutu olarak kullanılıyorsa, Yargıtay uygulaması taşınmazın tamamı üzerine değil, fiilen kullanılan kısımın tespit edilerek sadece bu kısım⁴⁷ üzerine aile konutu şerhi verilmesi yönündedir⁴⁸. Bunun ise tapu sicil sisteminde nasıl tatbik edileceği problem

⁴⁷ Kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmemiş bir bina birden fazla kattan oluşup sadece bir katı aile konutu olarak kullanılıyorsa hak sahibi olan eşin sadece bu kata dair işlemlerinin TMK md 194 kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olması, diğer kısımlar için yapılan işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olmaması, ancak, işlemin niteliğinin buna uygun olması halinde mümkündür. Örneğin; binanın aile konutu olarak kullanılan kısımdan/kattan bağımsız, onun kullanılmasını etkilemeyen diğer kısımları/katları üzerinde üçüncü kişi lehine şahsi hak tesis edilmesi, misal kiraya verilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmadan yapılabilir. Fakat aynı hak tesisinde bu durum mümkün olmaz. Bina, arazinin bütünleyici parçası olduğu için örneğin; mülkiyet devrinde böyle bir ayırım yapıp, binanın bir kısmının veya bir katının mülkiyetinin devri söz konusu olamaz. Sınırlı aynı hak olan ipotek tesisi durumunda da böyle bir ayırım yapılamaz, ipotek taşınmazın tümünü takyit eder. Bununla birlikte sınırlı aynı hak olmasına rağmen, sükna hakkı tesisinde bu mümkün olabilir. Çünkü TMK md 823 göre, sükna hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir. Bu durumda binanın aile konutu olarak kullanılan kısımdan/kattan bağımsız, onun kullanılmasını etkilemeyen diğer kısımları/katları üzerinde üçüncü kişi lehine sükna hakkı tesis edilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmadan yapılabilir.

⁴⁸ “Davalı 1762 parsel sayılı taşınmazda 2/5 oranında paydaştır. Yapılan keşif sonucu alınan 14.9.2011 tarihli fen bilirkişi raporunda davaya konu 1762 parsel sayılı taşınmaz üzerinde iki adet iki katlı, bir adet tek katlı evin bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece aile konutu olarak kullanılan yerin tespit edilerek sadece bu bölüm yönünden tapu kaydının beyanlar hanesine aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesi gerekirken, taşınmazın tamamını kapsar şekilde aile konutu şerhi konulması doğru olmamıştır.” (2. HD E. 2012/13770 K. 2013/6959 T. 14.3.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmazın; tapuda arsa niteliğinde bulunduğu ve davalılardan M’nin taşınmazın tamamını diğer davalıya sattığı anlaşılmaktadır. İptale konu, aile konutu şerhi konulan taşınmaz mal üzerinde herhangi bir kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis ve tescili olmadığı, tapu kaydında tek bir taşınmaz olarak gözüken bu yerin fiili olarak 4 bağımsız bölümden oluştuğu, birinci katta bulunan dairenin aile konutu olarak kullanıldığı yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. O halde aile konutu olarak belirlenen bölüm ile sınırlı olacak şekilde iptal ve aile konutu şerhi verilmesi gerekirken taşınmazın tamamının aile konutu olarak değerlendirilmesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD E. 2010/8494 K. 2010/21494 T. 20.12.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu gayrimenkul 3041 ada 2 parselde kayıtlıdır ve tapu kaydında niteliği arsa olarak belirtilmiştir. Mahkemece yapılan keşifte, taşınmazın bodrum kat, zemin kat ve iki dükkân, ev ile normal kat ve terastan oluşan dört katlı bina olduğu belirlenmiştir. Mahkemece 4 katlı binanın karı-koca (davacı ve davalı) tarafından aile konutu olarak kullanılan bölümü tespit edilerek bu bölüme isabet eden arsa payının bulunup buna göre

oluşturmaktadır. Çünkü üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmiş taşınmazda yer alan binanın bir kısmı üzerine şerh verilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kararlara ilişkin karşı oy yazılarında sadece binanın veya binanın bir bölümü üzerine değil, taşınmazın tümü üzerine aile konutu şerhi verilmesi gerektiği⁴⁹ ya da taşınmazın paylı mülkiyete çevrilerek binanın bulunduğu arsa payı oranı üzerinde hak sahibi olan eşin payı üzerine aile konutu şerhinin konulması gerektiği⁵⁰ savunulmuştur. Paylı mülkiyet konusu, tapuda arsa niteliğinde kayıtlı olan bir taşınmazın üzerine paydaşlardan birisi bir bina inşa edebilir. Bu bina, Türk Medeni Kanunu 718/2 hükmü gereğince arazinin bütünleyici parçası olarak paylı mülkiyete dâhildir. Söz konusu arsa, tarla vasfında taşınmaz, imar uygulaması kapsamına girerse, imar uygulaması nedeniyle yapılan kadastro tespitlerinde ve bu tespitlere dayanan tapu kayıtlarında Kadastro Kanunu 19/2 hükmü gereğince malikten başka kimseye veya paydaşlardan birine ait muhdesat⁵¹, sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve

karar verilmesi...” (2. HD E. 2013/17341 K. 2013/21025 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu 101 ada 30 nolu parselin zemin ve 1. kattan oluştuğu, aile konutunun ise 1. kat olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece aile konutu olan kısımla sınırlı olmak üzere tapu iptali ve tescil ile bu bölüm üzerine aile konutu şerhi konulması gerekirken tüm taşınmazı kapsar şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (2. HD E. 2009/21233 K. 2011/2993 T. 22.2.2011 (www.kazanci.com.tr)).

⁴⁹ “Taşınmaz üzerindeki yapının başlı başına kullanmaya elverişli birden çok bağımsız bölümleri üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamıştır. Bu durumda, hak sahibinin yapının, “aile konutu” olarak kullanılan bölümü üzerinde taşınmazın tamamından ayrı ve bağımsız olarak tasarrufta bulunmasına yasal olanak yoktur”. (KARŞI OY- 2. HD E. 2010/8494 K. 2010/21494 T. 20.12.2010 (www.kazanci.com.tr)); aynı yönde KARŞI OY- 2. HD E. 2013/17341 K. 2013/21025 T. 16.9.2013 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁰ “...kat irtifakı/mülkiyeti kurulmamış ana yapının (binanın) eylemli olarak ayrılıp kullanılan birinci katına yöneliktir. Binanın eylemli olarak zemin ve birinci kattan oluşan iki bölüm halinde kullanıldığı, yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuyla anlaşılmaktadır..... Mahkemece gerektiğinde yeniden keşif yapılarak alınacak bilirkişi kroki ve raporuna göre; aile konutu olarak kullanılan birinci katın yeri krokide işaretletilerek; zemin ve birinci katın bedellerine göre taşınmazın paylı mülkiyete dönüştürülerek zemin ve birinci katın paylarının belirlenmesi; birinci katın payı ile krokide yeri ilişkilendirilmek suretiyle birinci kata isabet eden payın tapu kaydının iptaliyle, önceki malik eş adına tescili ve bu pay üzerine aile konutu şerhinin konulmasına karar verilmesinin; hükmün infazını sağlayabilecek nitelikte olacağını düşünüyorum” (KARŞI OY-2. HD E. 2009/21233 K. 2011/2993 T. 22.2.2011 (www.kazanci.com.tr)).

⁵¹ Kadastro tespiti yapılan taşınmaz üzerinde arazi malikinden başkasına veya bir paydaşa ait sürekli nitelikte bina, tesis, dikilmiş ağaç, meydana getirilmiş bağ, bahçe gibi şeyleri ifade eder. Bu muhdesatlar, arazinin mülkiyetinden ayrı bir mülkiyet ya da sınırlı aynı hak konusu olmaz. Muhdesat sahibinin hakkı, aynı değil, şahsi bir haktır. Bu şahsi hak, TMK 722,724 ve 729 maddelerinden kaynaklanan haktır, muhdesatın beyanlar hanesine

kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir⁵². Genelgede, muhtesatın beyanlar hanesinde kayıtlı olan kişi, taşınmazın paydaşı ise, bu durumda, bu paydaşın payı üzerine aile konutu şerhi verilebileceği, kabul edilmektedir⁵³. Bu durum, Genelgenin A/4/b maddesinde, “*Tapu siciline muhtesat olarak yansıyan konutun malikinin, mülkiyet hanesinde ismi bulunması durumunda bu hissesi üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi, gerekmektedir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır

2. Kişilere İlişkin

Aile konutu hakkında Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile sağlanan koruma, resmi olarak evlilik birliği içinde olan eşler için geçerlidir. Bu nedenle, aile konutu şerhinin verilmesini talep eden kişi, bunu talep etmeye yetkili olduğunu belgelemelidir. Genelge, kişinin resmi evlilik birliği içinde olduğunu, yani evli olduğunu belgelemesinin medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneği ibrazı ile gerçekleşeceğini düzenlemiştir (Genelge md. A/2).

C. Aile Konutu Taşınmaz Üzerindeki Aynı Hakka İlişkin Özel Durum

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, hak sahibi olan eşin, ailenin tüm bireyleri için yaşamsal öneme sahip aile konutu hakkında tek başına inisiyatif sahibi olmasını önlemek için diğer eş ve dolayısıyla çocukları korumak amacıyla, aile konutu üzerindeki bu hakkın devri ya da kısıtlanmasına ilişkin tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. Böylece, evliliğin devamı süresince, hak sahibi eşin düşüncesiz davranışlarıyla veya kötü niyetli işlemleriyle aile konutunun kaybedilmesi önlenmiş, diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken güvence altına alınmıştır⁵⁴.

Aile konutu üzerinde eşin sahip olduğu aynı hakkın devri ve sınırlandırılmasına ilişkin işlemlerin, diğer eşin rızasına tabi olmasında ilk akla gelen

kayıd ile bu haklar tespit edilmiş ve aleniyet kazanmış olur. (Ertas, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 134-135; Sirmen, s. 161).

⁵² Sirmen, s. 161; Ertas, s. 134; Kamacı, aile konutu niteliğinde ise, muhtesat üzerine aile konutu şerhinin verilmesinin mümkün olacağını ifade etmektedir. Çünkü paydaş, payını ona ait olan muhtesatla devredecektir, Kamacı, Mahmut: Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D. 2004, S. 1-2, s. 136, (Aile Konutu).

⁵³ Paylı mülkiyete tabi arsa niteliğindeki taşınmaza aile konutu şerhinin verilmesinin ancak bu şekilde muhtesat şerhi varsa mümkün olacağını, aksi takdirde, mümkün olmayacağı görüşü için bakınız Kamacı, (Aile Konutu), s. 136.

⁵⁴ Şıpka, s. 46; Giray, s. 433.

aynı hak, mülkiyet hakkı olsa da sınırlı aynı haklar da bu kapsamdadır. Fakat aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde eşin mülkiyet hakkına sahip olduğundaki gibi, sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda, aile konutu şerhi verilmesi düzenlenmiş değildir.

Aile konutu şerhi verilmesi bakımından, aile konutunun taşınmaz olması ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin hakkının mülkiyet hakkı olması gerekir⁵⁵. Genelgede de, aile konutu üzerinde eşin sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda, aile konutu şerhi verilmesi hususunda genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Genelge, A/4/c hükmü ile aile konutu üzerinde eşin mülkiyet hakkı değil de intifa hakkı bulunması, yani sınırlı aynı hak sahibi olması durumunda da aile konutu şerhi verilmesi imkânını özel olarak düzenlemiştir. Hükme göre “*Taşınmaz üzerinde intifa hakkı lehdarı olan kişinin eşinin talep etmesi durumunda, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi,*” gerekmektedir.

Taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkı, hak sahibine, o taşınmazı, kullanma ve ondan faydalanma imkânı tanır. İntifa hakkı, kişiye bağlı irtifak hakkı niteliğinde olup, aynı zamanda devredilmesi ve miras yoluyla mirasçılara geçmesi de mümkün olmayan bir irtifak hakkıdır. Eşin, intifa hakkı sahibi olduğu taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, intifa hakkının özelliği nedeniyle, intifa hakkı sahibi eş, bu hakkını, bir üçüncü kişiye devredemez. Bu noktada, diğer eşin, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında bir korunmaya ihtiyacı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, intifa hakkı sahibi eşin, intifa hakkından kaynaklanan kullanma hakkını devretmesi ya da intifa hakkından vazgeçmesi ve intifa hakkının terkinini talep etmesi mümkündür. Taşınmaz aile konutu niteliğinde ise, bu işlemler için diğer eşin rızası gerekir. Bu nedenle, intifa hakkı üzerindeki aile konutu şerhi, özellikle tapuda, intifa hakkının terkinini talebinde diğer eşin korunmasına hizmet edecektir. Çünkü şerhi gören tapu memuru diğer eşin rızası olmadan terkinini yapmayacaktır.

Genelgenin A/4/c maddesinde, taşınmaz üzerinde intifa hakkı lehdarı olan kişinin eşinin talep etmesi durumunda, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi gerekeceği düzenlenmiştir. Yalnız burada aile konutu şerhinin taşınmazın üzerine değil, sadece intifa hakkı üzerine konulacağına dikkat edilmesi gerekir. Taşınmazın mülkiyeti (kuru/çıplak mülkiyeti) bir başkasına ait olup, tabiatıyla, taşınmaz üzerinde malikin yapacağı işlemlerin

⁵⁵ Şıpkı, s. 153; Genç Arıdemir, s. 141; Gümüş, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 108; Büyükkay, E-Akademi.Org, Eylül 2006.

geçerliliği, intifa hakkı sahibinin eşinin rızasına bağlı değildir. Kaldı ki, aşağıda açıklayacağımız gibi eşlerin dışında üçüncü kişiye ait olan taşınmaz üzerine aile konutu şerhinin işlenmesi de mümkün değildir.

Aile konutu üzerinde eşlerden birinin aynı veya şahsi hakkı olması durumunda, eşin bu hakkını kullanması, diğer eşin rızasına bağlı olup, madde 194 kapsamındadır. Bununla birlikte, Genelgede ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde aile konutu niteliğindeki taşınmazın üzerinde, eşin sınırlı aynı hakkı varsa, bu durumda aile konutu şerhi verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda, açık bir düzenleme mevcut değildir. Eşin sahip olduğu her sınırlı aynı hak değil, fakat üst hakkı ve sükna hakkı taşınmazın aile konutu olarak kullanılmasına uygun, sınırlı aynı haklardır. Tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde eşin, aile konutu üzerindeki hakkının, bu nitelikteki bir sınırlı aynı hak olması halinde aile konutu şerhi verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶. Burada aile konutu niteliğindeki taşınmazın üzerinde eşin, *sükna* ve *üst hakkı* sahibi olması durumunu aile konutu şerhi verilmesi bakımından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Genelge A/4/c hükmü ile yukarıda açıkladığımız gibi, eş, taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi ise, intifa hakkı üzerine aile konutu şerhinin işlenmesine imkân verilmiştir. Bu nedenle, intifa hakkı ile benzer nitelikte olup (kişiye bağlı irtifak hakkı olması, devredilememesi ve mirasçılara intikal edememesi yönleriyle), özellikle barınma ihtiyacı dikkate alınarak düzenlenmiş ve aile konutu olarak kullanılmaya uygun olan sükna hakkı için de, bu imkânın mevcut olması gerektiği söylenebilir. İntifa hakkından farklı olarak sükna hakkının kullanılmasının dâhi bir üçüncü kişiye devri mümkün değildir. Bu nedenle, aile konutu şerhinin, diğer eşin korunması anlamında bir fonksiyonunun olmadığı söylenebilirse de, hak sahibi olan eşin, bu haktan feragat edip, terkin ettirmesi, diğer eşin rızasına bağlı olup, bu bakımdan şerhin bulunması önem arz edecektir. Bu bakımdan, Genelgede intifa hakkı için getirilmiş olan şerh imkânının, sükna hakkı için de mümkün olması gerekir.

Aile konutu şerhi açısından diğer üzerinde durulması gereken sınırlı aynı hak, üst hakkıdır. Aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde, eş, üst hakkı sahibi ise, aile konutu şerhi verilmesi hususunda bir düzenleme mevcut değildir. Eşin üst hakkı sahibi olduğu taşınmaz aile konutu niteliğinde ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında, eşin, üst hakkını devri veya sınırlamasına ilişkin yapacağı işlemler, diğer eşin rızasına bağlı-

⁵⁶ Şıpkı, s. 153; Gümüş, s. 108-109; Kamacı, s. 46; aksi görüş Genç Arıdemir, s. 141; Büyükkay, E-Akademi.Org, Eylül 2006.

dır. Üst hakkının, aksi kararlaştırılmadıkça devrinin mümkün olması nedeniyle, diğer eşin korunması anlamında aile konutu şerhinin, bir fonksiyonunun olmadığı söylenemez. Hatta burada şerh, intifa hakkına nazaran daha da önem arz etmektedir.

Üst hakkı, sınırlı ayni hak olmasına rağmen, mülkiyet hakkına son derece yakın kabul edilmektedir. Türk Medeni Kanununun 726. maddesinde üst hakkına dayalı olarak inşa edilen yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine ait olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte (en az 30 yıl için kurulmuşsa) ise, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilir, bu durumda, üst hakkı, taşınmaz hükümlerine tabi olur (TMK md. 704/2, md.826/3 ve md.998/1/b.3). Eşin, aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerindeki üst hakkının tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydı sağlanmışsa, bir başka deyişle, üst hakkı, taşınmaz hükmünde ise, Türk Medeni Kanununun 726 maddesindeki mülkiyete ilişkin düzenleme de göz önünde tutulduğunda, bu hak, sınırlı bir ayni hak olsa da aile konutu şerhi verilmesi mümkün olmalıdır⁵⁷. Üst hakkı, Türk Medeni Kanununun 826/3. maddesindeki niteliklere sahip olmadığından veya bu niteliklere sahip olmakla birlikte, üst hakkı sahibi talep etmediği için tapuda ayrı bir sayfa kaydedilmemiş olup, taşınmaz hükmünde olmasa da; Türk Medeni Kanununun 726. hükmü ve özellikle Genelge md. A/4/c gereğince intifa hakkı üzerine aile konutu şerhi verilmesi imkânı tanındığı dikkate alınarak, üst hakkı üzerine de aile konutu şerhinin verilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir⁵⁸.

D. Şerh Talebinin Reddedilmesi

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutuyla ilgili bazı hukuki işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanarak, hak sahibi olmayan eş ve çocukların barınma hakları hukuken güvenceye alınmıştır. Kanunun getirdiği koruma nedeniyle, eşin hukuki işlem serbestliğinin kısıtlanması, sadece aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde ve eşler arasındadır. Bu nedenle, üçüncü kişiye ait olan bir taşınmaz, eşlerden birinin sınırlı ayni veya şahsi hakkına dayalı olarak aile konutu olarak kullanılıyorsa, bu taşınmazın üzerine aile konutu şerhi konularak, üçüncü kişinin, taşınmaz üzerindeki hukuki işlem serbestisinin kısıtlanması, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin aile konutu ile

⁵⁷ Şıpka, s. 168; Gümüş, s. 108-109; Gümüş, (Şerhler), s. 56; Öztan s. 324.

⁵⁸ Kanunda boşluk olduğu, bu boşluğun, üst hakkı ile yüklü taşınmazın düşünceler sütununa yapılacak kayıtla giderileceği görüşü için bakınız Gümüş, s. 108-109.

sağlamak istediği koruma amacıyla bağdaşmaz⁵⁹. Aksi halde, üçüncü kişinin, taşınmaz üzerinde işlem yapmak için, taşınmazda hak sahibi olan ve bu taşınmazı aile konutu olarak kullanan kişinin eşinin rızasını alması gerekir ki, bu son derece isabetsiz bir durum yaratır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin hükmü, maddenin amacı, uygulama ve doktrinindeki görüşler kapsamında, üçüncü kişiye ait bir taşınmaza, aile konutu olması nedeniyle şerh verilemeyeceği hususu tartışmasız olmakla birlikte, Genelge bu hususu açıkça belirtmek ihtiyacı duymuştur. Genelgenin A/4/e maddesinde, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda üçüncü kişilere ait taşınmaz mal üzerine aile konutu şerhi verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu tür taşınmaz mallara aile konutu şerhi işlenmemesi” gerektiği düzenlenmiştir. Üçüncü kişinin maliki olduğu taşınmazın üzerine aile konutu şerhi verilmesi, talep edilirse, bu talep, reddedilecektir.

Bununla birlikte, aile konutu niteliğindeki bina, bir üçüncü kişiye - özellikle hazine, kamu tüzel kişiliğine- ait arazi üzerinde bulunuyor ve eş mülga 2981 sayılı Kanunu⁶⁰ kapsamında 10 Kasım 1985 kadar yapılan gecekondu sahiplerine verilen, tapu tahsis belgesi⁶¹ ne sahipse, yani ilerde taşın-

⁵⁹ **Genç Arıdemir**, s. 141; “Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesi gereğince aile konutu olan taşınmazın tapu kaydına, aile konutu ile ilgili şerhin verilebilmesi için, o konutun eşlerden birine ait olması zorunludur. Mülkiyeti üçüncü kişiye ait bir taşınmaz eşlerce aile konutu olarak kullanılıyor olsa bile, hak sahibi olan 3. kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez.” (2. HD E. 2008/894 K. 2008/2245 T. 25.2.2008 (www.kazanci.com.tr)); “Mülkiyeti üçüncü kişiye ait bir taşınmaz hakkında, eşler tarafından aile konutu olarak kullanılsa bile, hak sahibi olan üçüncü kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez.” (2. HD E. 2008/11885 K. 2008/11958 T. 16.9.2008 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde 2. HD E. 2011/13509 K. 2011/15381 T. 10.10.2011 (www.kazanci.com.tr)); Bununla birlikte, Kooperatife ait taşınmaz için aile konutu şerhi verilebileceği kabul edilmiştir “Tapuda kooperatif adına kayıtlı ve davalı eş adına tahsis edilen konut üzerine aile konutu şerhi konulması hukuka uygundur” (2. HD E. 2010/2181 K. 2010/4360 T. 8.3.2010 (www.kazanci.com.tr)) aksi yönde görüş için bakınız **Kamacı**, (Aile Konutu), s. 137.

⁶⁰ 2981 sayılı Kanun 16.5.2012 tarih ve 6306 sayılı **Kanun’un** 23. maddesi hükmü gereğince 31.5.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır (RG T. 31.05.2012, S 28309)

⁶¹ Mülga 2981 sayılı Kanunun 10. maddesine göre Hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde gecekondu sahiplerince yapılmış yapılar kayıt maliki kamu kuruluşunca bu yer hak sahibine tahsis edilir ve taşınmazın beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine tapu tahsis belgesi verilir. Tapu tahsis belgesi, kişiye mülkiyet hakkı verildiğini gösteren bir belge değildir. Tapu tahsis belgesi sahibi kişi imar planı yapılması halinde söz konusu taşınmazın kendisine devrini talep hususunda şahsi hakka sahip olur (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 232, s. 495, dn 921); **Akkanat**, Halil: Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, s. 233 vd.

mazın devri söz konusu olduğunda veya devrin yapılmasına ilişkin engel kalktığında, mülkiyetin devrinin yapılacağı kişi, eş ise, üçüncü kişinin maliki olduğu bu taşınmazın aile konutu olarak Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir⁶². Kamacı'ya göre taşınmazın tapu kaydında belirli bir kişi lehine tapu tahsis belgesi verildiğine ilişkin beyanlar hanesinde kayıt bulunuyorsa, bu kaydı üzerine aile konutu şerhi verilebilecektir⁶³.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin maliki olduğu taşınmaz üzerinde, eşin intifa hakkı varsa ve bu taşınmazın aile konutu niteliği belgelenmiş ise, bu durumda yukarıda belirttiğimiz gibi, taşınmaz üzerine değil, fakat eşin intifa hakkı üzerine aile konutu şerhi işlenmesi, Genelgenin A/4/c maddesinde kabul edilmiştir.

Genelgenin A/4/f maddesine göre; “*Üzerinde intifa hakkı bulunan taşınmazlarda çıplak mülkiyet malikinin intifa hakkı süresince kullanma ve yararlanma hakkı bulunmadığından, çıplak mülkiyet üzerine aile konutu şerhinin işlenmemesi*”, gerekmektedir. Eş, maliki olduğu bir taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı tesis ederse; bu taşınmaz, aile konutu niteliğine sahip olamaz. İntifa hakkı, hak sahibine, intifa hakkının konusu üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı sağlar. Malikin, intifa hakkı konusunu kullanması ve ondan yararlanması mümkün değildir, o, sadece mülkiyetten kaynaklanan tasarruf etme hakkına sahiptir. Bu nedenle, mülkiyet, kuru (çıplak) mülkiyet olarak isimlendirilir. Taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi için eşlerin, fiilen kullandığı, bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantılarına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekân olması gerekir. İntifa hakkı sahibi tarafından kullanılıp, yararlanıldığı bir durumda, malik olan eşe ait taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi tabiatıyla mümkün olmaz. Taşınmaz üzerine aile konutu şerhinin verilmesi için taşınmazın, eşlerden birinin mülkiyetinde olması gerekli, fakat yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu taşınmazın aile konutu niteliğinde olması da gerekir. Bu nedenle, intifa hakkı sahibi tarafından kullanıldığından, aile konutu niteliğine sahip olmayan eşin mülkiyetindeki taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi mümkün değildir.

Aile konutu şerhi verilmesinin mümkün olmamasının nedeni, kuru (çıplak) mülkiyet malikinin, intifa hakkı süresince, taşınmazı, kullanma ve yararlanma hakkı bulunmamasıdır. Bu durum, Genelgede de belirtilmiştir. Bununla birlikte, çıplak mülkiyet sahibi olan eş, intifa hakkına rağmen,

⁶² Nebioğlu Öner, s. 32; Kamacı, (Aile Konutu), s. 137; Gümüş, s. 68.

⁶³ Kamacı, (Aile Konutu), s. 137.

taşınmazı kullanıp ve ondan faydalanma hakkına sahip olabilir. İntifa hakkı, üçüncü kişilere devredilemez, fakat intifa hakkı sahibi, intifa hakkı konusunu kullanma hakkını devredebilir. İntifa hakkı sahibinin kullanma hakkını, malike devretmesi de mümkündür⁶⁴. Böyle bir durumda malik ile intifa hakkı sahibi arasında kira veya ariyet ilişkisi söz konusu olacaktır. Taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi kullanma hakkını, malik eşe devretmiş, malikte, ailece bu taşınmazda yaşıyorsa, bu taşınmaz, aile konutu niteliğindedir. Bir başka deyişle, hak sahibi olan eş, aile konutu taşınmaz üzerinde hem aynı hem de şahsi hakka sahiptir. Fakat aile konutunu şahsi hakka (kira, ariyet) dayalı olarak kullanmaktadır. Bu durumda, aile konutu, 194. madde kapsamındadır. Fakat Genelgenin A/4/c hükmü nedeniyle, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulamayacaktır⁶⁵.

Hak sahibi olan eşin, aile konutunu şahsi hakka dayalı olarak kullandığı için intifa hakkı sahibi ile olan ve ona söz konusu şahsi hakkı sağlayan hukuki ilişkiyi sonlandırması veya bir üçüncü kişiye devretmesi için diğer eşin rızası gerekecektir. Taşınmazın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devretme veya mülkiyet hakkını kısıtlayıcı bir işlem, örneğin; konutun mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesi ya da konut üzerinde ipotek tesisi için ise, diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Çünkü aile konutu mülkiyet hakkına dayalı olarak kullanılmamaktadır. Burada, kanımızca 194. madde ile getirilen korumayı dar yorumlamamak gerekir. Şüphesiz, aile konutunu korumaya ilişkin düzenlenmenin amacı eşlerin malvarlıklarının korunması olmadığı gibi, ailenin her ne pahasına olursa olsun aile konutunda yaşamasını da sağlamak değildir⁶⁶. Bununla birlikte, hak sahibi olan eşin, düşüncesizce veyahut kötüniyetle; ailenin konutta yaşamasını doğrudan engelleyecek sonuçlara yol

⁶⁴ **Özen**, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 297.

⁶⁵ Yargıtay da aynı görüştedir “Dava konusu taşınmazın davacı ve kocası davalı İ. H. tarafından ortak konut olarak kullanıldığı sabittir. Konutun kuru mülkiyeti davalı kocaya, intifa hakkı davalı kocanın annesi Elçin’e aittir. Davacı ve davalı kocanın bu taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları intifa hakkı sahibi anne Elçin’in tek yanlı rızasına dayalıdır. Diğer bir söyleyişle, davacı ve davalı kocanın taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları kocanın kuru mülkiyet hakkına dayalı değildir. Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu korumasından yararlanabilmek için; bu konutta eşlerden birinin yararlanma hakkı veren bir mülkiyet veya sınırlı aynı hakka (örneğin, intifa, süknâ gibi) sahip olması gerekir. Eşin ortak konutta sadece kuru mülkiyet hakkı sahibi olması, diğer eşin tapuda aile konutu şerhi verdirmesine yeterli değildir.” (2. HD E. 2010/7465 K. 2010/20502 T. 7.12.2010 (www.kazanci.com.tr))

⁶⁶ **Karabağ Bulut**, Nil: Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), İstanbul 2017, s. 72.

açabilecek işlemleri yanı sıra aile konutundaki yaşamı kabul edilemez şartlara bağlayan veya ileride bu yaşamın sona erdirilmesi riskini taşıyan işlemleri de madde 194 kapsamındadır. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin intifa hakkı sona erdiğinde (örneğin intifa hakkından vazgeçip, intifa hakkını terkin ettirmesi halinde), aile konutunun kullanılmasını mümkün kılan, eşin şahsi hakkı sonlanacak, fakat mülkiyet, bir üçüncü kişiye⁶⁷ değil, eşe ait olduğu için aile konutu, eşin mülkiyet hakkına dayalı olarak kullanılmaya devam edilecektir. Eşin, kuru mülkiyete sahip olduğu taşınmazın, aile konutu niteliğinde olduğu böyle durumlarda, her ne kadar, aile konutu şahsi hakka dayalı olarak kullanılsa da, eşin, kuru mülkiyet üzerindeki tasarruflarını (ileride aile konutundaki yaşamın sona erdirilmesi riskini taşıyan işlem), diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkararak, aile konutuna ilişkin korumanın sınırlandırılması doğru olmayacaktır. Somut olayın özellikleri⁶⁸ dikkate alınarak, üçüncü kişi lehine intifa hakkı kurulan, fakat buna rağmen, kuru mülkiyet sahibi olan eşin kullanma hakkının mevcut olduğu taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, malik olan eşin, (kuru) mülkiyeti devir ya da kısıtlayıcı işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olması uygun olacaktır. Buna paralel olarak, eşin, kuru mülkiyete sahip olduğu taşınmazı, kullandığı, bir başka ifade ile taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu belgeleniyorsa, bu durumda şerh imkânının da tanınması isabetli olur.

Taşınmazın, aile konutu olarak kabul edilmesi ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanan hukuki korumadan istifade edilmesi, aile konutu şerhinin konulması ile başlayan bir durum değildir. Bir başka deyişle, taşınmazın aile konutu olma niteliğini, verilen aile konutu şerhi sağlamamaktadır. Bu nedenle, şerh, kurucu mahiyette değildir⁶⁹. Taşınmazın, aile konutuna ilişkin unsurları taşıyor olması, aile konutu olarak kabul edilmesi

⁶⁷ Malik üçüncü kişi olsaydı intifa hakkı sona erdiğinde intifa hakkından kaynaklanan yasal borç ilişkisine dayanarak intifa konusunun iadesini isteyebilecektir ayrıntılı bilgi için bakınız **Özen**, s. 299 vd.

⁶⁸ Yargıtay kararına da konu olayda olduğu gibi, taşınmaz üzerinde malik olan eşin (koca), annesi lehine intifa hakkı tesis edip, kuru mülkiyete sahip olan eşin, eşi (diğer eş), çocukları ve intifa hakkı sahibi annesi ile beraberce söz konusu taşınmazda yaşamaları.

⁶⁹ **Şıpka**, s. 160; **Öztaş** s. 322; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 255; **Gümüş**, (Şerhler), s. 52; **Genç Arıdemir**, s. 137; “dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “kurucu” değil “açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır”. (2. HD E. 2015/7908 K. 2015/21532 T. 18.11.2015 (www.kazanci.com.tr)); “aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir.” (2. HD E. 2016/19142 K. 2016/16219 T. 20.12.2016 (www.kazanci.com.tr))

ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanan korumanın kapsamına girmesi için yeterlidir. Aile konutu niteliği devam ettiği müddetçe, taşınmaz üzerine şerh verilmesi mümkündür. Şerh verilmesini talep etme, bir süreye ve şarta da bağlanmamıştır. Aile konutunun maliki olan eşin, bu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olsa da olmasa da taşınmaz üzerinde ipotek kurmak istiyorsa, eşinin rızasını alması gerekir. Taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi olmaması nedeniyle, tapu memuru, taşınmazın aile konutu olduğunu bilmediğinden, diğer eşin rızası olmamasına rağmen, ipotek işlemini yapmış olsa da, bu işlemi⁷⁰ daha sonra öğrenen, işleme rızası bulunmayan diğer eş, bu işleme karşı dava açabilir, yeter ki, ipotek kurulduğu sırada taşınmaz, aile konutu niteliğinde olsun.

Ne var ki, Genelgenin A/4/ç maddesinde üzerinde “...ipotek vb. kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin, taşınmaz üzerindeki şerhlerin/ipteğin varlığını kabul etmesi durumunda, aile konutu şerhinin konulacağı” düzenlenmiştir⁷¹. Bu hükme göre, diğer eş, taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi verilmesini talep ettiğinde, taşınmaz üzerinde rızası olmadan kurulan ipoteği kabul edecek, bir anlamda, bu işleme icazet verecek, aksi takdirde, şerh verilmesi talebi kabul edilmeyecektir. Bu düzenleme, son derece isabetsizdir. Çünkü taşınmaz üzerine şerh verilmesini; eşin rızası olmayan bir ipotek işlemini kabul etmesine bağlayarak, bir bakıma, zorla icazet verdirilmesi hukuka uygun değildir. Eş, aile konutu şerhini koydurmak için bu ipoteği kabul etse dâhi, kanımızca, bu, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yapılan işleme icazet verilmiş olduğu anlamına gelmez⁷² ve eş, bu kabule rağmen, ipotek işlemine karşı dava açabilir. İpoteği kabul etmemiş olması nedeniyle, aile konutu şerhi verilmesi talebi reddedilip, şerh konulmazsa; malik olan eşin, aile konutu taşınmaz üzerinde, diğer eşin rızası olmadan işlem yapmaya devam etmesi neticesi, diğer eş, hak kaybına uğrayabilir ki, Kanunun tanıdığı bir koruma imkânının Genelge ile kısıtlanması kabul edilemez. Her ne kadar, diğer eşin,

⁷⁰ Aile konutu üzerinde diğer eşin rızası olmadan yapılan işlemin geçersizliğinin hukuki niteliği hususundaki görüşler için bkz. **Aybay/Hatemi**, s. 105; **Genç Arıdemir**, s. 131; **Kılıçoğlu**, s. 256-257; **Kamacı**, s. 25; **Doğan**, s. 291; **Şıpka**, s. 141; **Serozan**, s. 281; **Öztan**, s. 322; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 177.

⁷¹ “Taşınmaz üzerinde ipotek bulunması aile konutu şerhinin konulmasına engel değildir.” (2. HD E. 2014/26288 K. 2014/25775 T. 15.12.2014 (www.kazanci.com.tr))

⁷² Kaldı ki, diğer eşin rızası olmaksızın yapılan işlemi kesin hükümsüz sayan görüş bakımından, işleme icazet verilmesi, işlemi geçerli kılmayacak, isteniyorsa diğer eşin rızası alınarak, işlem yeniden yapılacaktır. Yani kesin hükümsüzlük görüşü yönünden bu kabulün hukuken hiçbir anlamı yoktur.

aile konutu üzerinde rızası dışında yapılan işlemlere karşı dava açma imkânı varsa da bu hususta Yargıtay'ın farklı görüşleri⁷³ bulunması sebebiyle, kişi,

⁷³ Şerh olmasa da TMK md 1023 göre işlemin karşı tarafının iyiniyetine önem veren kararlar; “Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK’nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi verilmesi davasında, eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülenen dava konusu taşınmazın davalılarca satın alınırken aile konutu olduğunun ve davacının satışa rızasının bulunmadığının bilindiği anlaşıldığından, tapuya güven ilkesini öngören 1023. madde koşulları işlem tarafı üçüncü kişiler bakımından gerçekleşmediğinden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece, tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı, bir başka deyişle, şerhin bir “kurucu şerh” olduğu ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaksızın kazanımının korunması gerekeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir.” (HGK E. 2006/2-591 K. 2006/624 T. 4.10.2006 (www.kazanci.com.tr)); “tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 1023.maddesi hükmü ile korunmuştur. Dosya içerisindeki belgelerden, taşınmaz üzerine, davalı şirket lehine 1.derece ipotek tesis edildiği, bu sırada taşınmazın kaydında aile konutu şerhi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacı tarafından davalı şirketin kötü niyetli olduğu da ispatlanmış değildir. Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanunu’nun 1023. maddesi koşulları işlem tarafı olan davalı şirket lehine gerçekleşmiştir. Mahkemece kanıtlanmayan ipotegin kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekir.” (HGK E. 2012/2-1567 K. 2013/579 T. 24.4.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava, aile konutu üzerindeki ipotegin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulması istemine ilişkindir. Tapuda aile konut şerhi olmasa da bunu bilebilecek durumda olan veya bilen kişinin iyiniyetinin bulunduğu kabul edilmesi mümkün değildir. Dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Bu durumda, TMK’nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hal böyle olunca, mahkemece yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirmeye yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.” (HGK E. 2015/2-247 K. 2015/2323 T. 21.10.2015 (www.kazanci.com.tr)); Şerh olmasa da fiil ehliyeti eksikliği nedeniyle işlemin karşı tarafının iyiniyetli olup olmamasına önem vermeyen kararlar; “Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konulu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi

her zaman müspet bir sonuca ulaşamayacak, bu sebeple hak kaybı yaşayabilecektir. Eğer, Genelgedeki düzenlemede taşınmaz, henüz aile konutu niteliğine sahip olmadan, taşınmaz üzerinde kurulan ipoteklerin kabul edilmesi amaçlanıyorsa, bu da isabetsizdir. Çünkü taşınmaz, aile konutu değilse, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında değildir⁷⁴. Bir başka deyişle, yapılan ipotek işlemi, diğer eşin rızasına tabi değildir, bu nedenle, bu ipotegi diğer eşin kabul edip etmemesinin hukuken bir önemi yoktur. Diğer eş, böyle bir ipotegi kabul etmese de hukuken bu işleme karşı yapabileceği bir şey bulunmamaktadır.

Genelge söz konusu hükümde, aile konutu şerhi verilmesi talebini, sadece taşınmaz üzerinde kurulmuş ipotegin kabul edilmesi şartına bağlamış, taşınmaz üzerindeki haciz, tedbir şerhlerinin de kabulüne bağlamıştır. Aile konutu taşınmazın maliki eşin iradesi dışında gerçekleşen, kanundan doğan işlemler, zaten, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan varestedir. Bu nedenle, aile konutu şerhi talebinde bulunan diğer eşin, bu işlemleri kabul edip etmemesi, hukuken bir anlam ifade etmeyecektir. Örneğin; malik olan eşin borçları nedeniyle alacaklıları takip yapar ve eşin maliki olduğu aile konutu taşınmaz üzerine haciz koydururlarsa, bu işlem, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmadığı için diğer eşin, bu işleme karşı yapabileceği bir şey yoktur. İcra İflas Kanunumuzda aile

tek başına bir aynı hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir.” (HGK E. 2013/2-2306 K. 2015/1356 T. 15.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. Eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Söz konusu izin bir şekilde tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. İpotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. İpotegin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmesi gerekir.” (HGK E. 2013/2-2056 K. 2015/1201 T. 15.4.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁷⁴ “...dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildiği tarihte taşınmaz, aile konutu vasfında bulunmuyorsa ipotek tesisine ilişkin işlemi geçerli kabul etmiştir...” (2.HD E. 6239 K. 18993 T. 05.11.2009 naklen **Kamacı**, s. 30, dn. 8)

konutu niteliğindeki taşınmazların haczini engelleyen veya borçlu malik dışında diğer eşe itiraz imkânı sağlayan bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, aile konutu şerhi talebini, taşınmaz üzerindeki haciz şerhinin kabulüne bağlamak isabetli değildir⁷⁵. Kaldı ki, doktrin ve uygulamada hacizli bir taşınmaza da aile konutu şerhi verilebileceği kabul edilmektedir⁷⁶.

Sonuç olarak, aile konutu şerhi verilmesi talep edildiğinde, bu talebi, taşınmaz üzerinde yapılmış ve Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olan işlemlerin -ipotek gibi-, kabul edilmesine bağlamak, Kanun tarafından verilen bir imkânının kısıtlanmasıdır. Ayrıca, bu şekilde yapılan kabul, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında işleme diğer eşin icazet vermesi olarak da kabul edilememelidir. Hak sahibi olmayan eşin aile konutu şerhi talebini, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olmayan nitelikte işlemin -haciz şerhi gibi- kabulüne bağlamak da çoğu zaman anlamlı değildir. Çünkü eşin, bu işlemi kabul edip etmemesinin hukuken bir önemi yoktur⁷⁷. Nitekim -aşağıda açıklayacağımız gibi- Genelgenin A/5 maddesinde de malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde, diğer eşin rızası aranmaksızın işlem yapılabileceği düzenlenmiştir. Hak sahibi olan eşin, aile konutu şerhi talebinde ise, şerhi sağlamak için hak sahibi eşin, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına tabi olmayan nitelikte -haciz gibi- işlemi kabulü, İcra ve İflas Kanununun kapsamında başvurabileceği şikâyet vs haklarından feragat ettiği şeklinde de değerlendirilmemelidir. Bu sebeplerle, Genelgenin A/4/ç maddesinde “*üzerinde haciz, tedbir, ipotek vb. kısıt bulunan taşınmazlarda, aile konutu şerhini talep eden kişinin, taşınmaz üzerindeki şerhlerin/ipteğin varlığını kabul etmesi durumunda, aile konutu şerhinin işlenmesi (aile konutu*

⁷⁵ Aşağıda açıklayacağımız gibi, İcra ve İflas Kanunu’nda aile konutunun haczini engelleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, İcra ve İflas Kanununun md 82/ b.12 şartları mevcut ise, diğer eşin meskeniyet şikâyetinde bulunmaya yetkili olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Borçlu olan malik eş ise, tartışmasız olarak meskeniyet şikâyetinde bulunmaya yetkilidir. Bu bağlamda, aile konutu şerhi verilmesini talep eden eşe, taşınmaz üzerindeki haczin varlığını kabul etmesi durumunda şerhin konulacağı bildirilerek, elde edilen kabul, hukuken kişinin meskeniyet şikâyetinden feragat ettiği anlamına da gelmemelidir.

⁷⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 180; “...taşınmaz üzerinde haciz bulunması da aile konutu şerhi konulmasına engel teşkil etmez”. (2. HD E. 2013/21992 K. 2014/5225 T. 10.3.2014 (www.kazanci.com.tr))

⁷⁷ “Tarafların geçici süreli ayrılık yaşamaları taşınmazın aile konutu niteliğini değiştirmedeği gibi taşınmaz üzerinde haciz bulunması da aile konutu şerhi konulmasına engel teşkil etmez”. (2. HD E. 2013/21992 K. 2014/5225 T. 10.3.2014 (www.kazanci.com.tr))

şerhine yönelik ihtiyati tedbirler hariç) gerektiği” şeklindeki düzenlemenin isabetli olduğu söylenemez.

E. Şerhin Hukuki Sonucu

Genelgenin A/5. maddesinde, aile konutu şerhinin hukuki sonucu başlığı altında yer alan düzenleme “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Madde ile aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerin yapılabilmesi diğer eşin rızasına bağlı hale getirildiği için, malik olan eşin iradi olarak yaptırabileceği, aile konutu ile ilgili devir sonucunu doğuran⁷⁸ (satış, bağış vb.) veya konut üzerindeki hakkı sınırlandıran (ipotek, satış vaadi, intifa, süknâ, kira şerhi vb.) işlemler, ancak malik olmayan eşin rızasının alınabilmesi halinde gerçekleştirilebilecek; malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde ise eş rızası aranmaksızın işlem yapılabilir” şeklindedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile konutu taşınmaz üzerindeki hukuki işlemleri, hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızasına bağlı olarak yapabilmesi, aile konutu şerhinin verilmesinin hukuki sonucu değil, aile konutu olmanın hukuki sonucudur⁷⁹. Bir başka deyişle, aile konutu taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunmasa da, bu hukuki işlemleri, hak sahibi olan eş, diğer eşin rızasıyla yapabilir. Taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunması, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan korumayı, daha etkin kılmaya yarar. Çünkü malik olan eş, taşınmaz üzerinde işlem yapmak için tapu memuruna başvurduğunda, şerhi gören tapu memuru, diğer eşin rızası sağlanmadan işlemi yapmayacak, işlem yapma talebini reddedecektir. Şerh olmadığı durumda ise, taşınmazın, aile konutu olduğunu bilmeyen tapu memuru, işlemi yapacak, bu durumda rızası alınmayan diğer eş, ancak bu işleme karşı yargı yoluna giderek hakkına kavuşabilecektir.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olan işlemler, malik olan eşin iradesine tabi olan işlemlerdir. Malik olan eşin iradesi dışında gerçekleşen işlemler, doktrin ve uygulamaya göre,

⁷⁸ Satım, bağışlama, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi zilyetlik tesis edilmesini gerektirmeyen borçlandırıcı işlemlerin 194. madde kapsamında eşin rızasını gerektirmediği görüşü için bakınız **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 175; aksi yönde, **Kılıçoğlu**, s. 251; **Şipka**, s. 113; **Öztan**, s. 312; **Günergök**, s. 255.

⁷⁹ Aynı yönde **Genç Arıdemir**, s. 146.

diğer eşin rızasına bağlı değildir⁸⁰. Bir başka ifadeyle, bu işlemler, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında yer almamaktadır. Genelgede bu hususa, “malikin iradesi dışında gerçekleştirilen (hükmen tescil, cebri satış, haciz, tedbir vb.) işlemlerde diğer eşin rızası aranmaksızın işlem yapılabileceği” ifade edilerek temas edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olan, malikin iradi olarak yapabileceği işlemler arasında tasarruf işlemlerinin bulunduğu hususunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, borçlandırıcı işlemlerin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır⁸¹. Genelge söz konusu hükmünde, doktrindeki borçlandırıcı işlemlerin de bu kapsamda olduğu görüşü paralelinde bir düzenleme yapmıştır.

Bununla birlikte, aile konutu şerhi bulunmasına ve diğer eşin rızasının bulunmamasına rağmen, hak sahibi eş, TMK 194/2 uyarınca aldığı mahkeme kararını ibraz ederse, tapu memuru, söz konusu işlemleri gerçekleştirmelidir.

II. AİLE KONUTUNUN ŞERHİNİN TERKİNİ

Genelgenin A/6 maddesinde, aile konutu şerhinin terkinin düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden terkinin iki şekilde olabileceği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, aile konutu şerhinin verilmesini talep etmeye yetkili olan

⁸⁰ Kamacı, s. 34; “Dava konusu taşınmaz cebri icra ile satılmıştır. İşlemin diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıktığı ve davanın konusuz kaldığının gözetilmesi gerekir.” (2. HD E. 2013/20421 K. 2013/25230 T. 6.11.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı anlaşılan taşınmaz, davanın açılmasından sonra cebri icra yoluyla satılmakla, aile konutu şerhi konulması davasının konusu kalmamıştır.” (2. HD E. 2014/24174 K. 2014/23403 T. 20.11.2014 (www.kazanci.com.tr)); “Cebri icra ile yapılan satışlarda davacı eş, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde yer alan korumadan yararlanamaz.” (2. HD E. 2012/7316 K. 2013/785 T. 16.1.2013 (www.kazanci.com.tr)); “Dava konusu taşınmaz cebri icra ile satılmıştır. İşlemin diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıktığı ve davanın konusuz kaldığının gözetilmesi gerekir.” (2. HD E. 2013/20421 K. 2013/25230 T. 6.11.2013 (www.kazanci.com.tr)); “cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımları da Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Bu madde, hak sahibi eşin, aile konutuyla ilgili iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamış olup, cebri ihale bu hükmün dışındadır.” (2. HD E. 2014/26938 K. 2015/9974 T. 12.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamışsa da, cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımı kapsamda değildir. Mülkiyeti nakleden cebri ihalenin, davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilmiş olan ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takibe dayanıyor olması da, cebri ihaleden önce ipotek hükümsüz kılınmadıkça sonuca etkisi bulunmamaktadır. (2. HD E. 2015/14523 K. 2015/15481 T. 10.9.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173; Kamacı, s. 35; İşleten, s. 947.

eşlerin, terkinin de talep edebilmesidir. İkincisi ise, taşınmazın aile konutu olma niteliğini yitirmesi halinde terkinin talep edilebilmesi durumudur⁸².

A. Terkini Talebe Yetkili Kişiler

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, aile açısından önemi nedeniyle aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutu ile ilgili hukuki işlem serbestisini kısıtlamış ve bu işlemleri, diğer eşin rızasına bağlamıştır. Özellikle, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş, mülkiyet hakkını bir üçüncü kişiye devretme veya bir ipotek kurarak sınırlama gibi işlemleri, tek başına yapamayacak, bu işlemler için eşinin rızasını alması gerekecektir. Bu yönüyle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde sağlanması amaçlanan koruma ve buna bağlı olarak getirilen şerh imkânı, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eş ve aile bireyleri, özellikle çocuklar lehinedir. Hak sahibi eşin ise, hukuki işlem serbestisine bir kısıtlama getirilmektedir. Türk Medeni Kanununun 1014. maddesine göre, terkin, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılır⁸³. Aile konutu şerhinin verilmesi, diğer eş lehine olması nedeniyle, şerhin verilmesini Genelgenin A/1. maddesine göre, hangi eş talep ederse etsin, kural olarak, şerhin terkinini talep etme yetkisine, diğer eş (malik (hak sahibi) olmayan eş) sahip olmalıdır. Genelgede de şerhin terkinine yetkili olan kişilerin düzenlenmesi bu mantık ile hüküm altına alınmıştır. Genelgenin A/6 maddesine göre; a- Şerh, malik olmayan eşin talebiyle işlenmiş ise, yine malik olmayan eşin talebiyle, b- Şerh, eşlerin birlikte talebiyle işlenmiş ise; her ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle, c- Eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh, eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise; eşlerin ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle, ç- Malik olan eşin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan eşin de talep ya da muvafakatiyle, aile konutunun şerhinin terkinin mümkünüdür.

Şerhi terkine yetkili kişi, malik olmayan eştir. Aile konutu şerhi verilmesinin malik olan eş, malik olmayan eş ya da her iki eş tarafından talep

⁸² Genelgede düzenleme olmadan önce de Karşı oy yazısında “Boşanma kararı ölüm, gaiplik ve hükümsüzlük gibi evliliği sonlandıran sebeplerden olmakla evlilik birliğinin sona ermesi sebebiyle aile konutu şerhinin “kaldırılması” istenebilir. Ancak aile konutu şerhinin kaldırılması istemi “mahkemeye” değil de ilgili “Tapu Sicil Müdürlüğüne” malik olan eş tarafından yapılmalıdır. Tapu Sicil Müdürlüğü malik olan eşin talebi halinde terkin işlemi yapmak “zorunda” iken aile konutu maliki olan eşe terkinin sağlanması için gereksiz yere bir de “dava açma” külfeti yüklenemez.” görüşü savunulmuştur (2. HD E. 2006/9531 K. 2006/17441 T. 12.12.2006 (www.kazanci.com.tr)).

⁸³ TST md. 69 göre “*Tapu sicilinde terkin, tescilin kendisine hak sağladığı kimsenin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden yapılır.*”

edilmesi, bu durumu değiştirmemektedir. Şerhin terkinine yetkili olan, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin dışında; her iki eşin şerhi talep etmesi durumunda her iki eş, şerhin verilmesini malik olan eşin talep etmesi durumunda ise, diğer eşin muvafakatiyle, malik olan eş de terkin talebe yetkilidir.

Eşler aile konutu üzerinde her ikisi de hak sahibi ise, yani aile konutu eşlerin paylı mülkiyetine tabi ise, şerh, eşlerden birinin talep etmesi üzerine verilmişse, şerhin terkinine de şerhin verilmesini talep eden eş, yetkilidir. Bunun yanında bu durumda her iki eşin de terkin talebinde bulunması mümkündür.

B. Taşınmaz Aile Konutu Niteliğini Yitirdiğinde Şerhin Terkini

Genelge A/6. maddede⁸⁴ yer alan hükme göre, aile konutu şerhinin verilmesinden sonra, taşınmaz, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında aile konutu olma özelliğini kaybederse⁸⁵, yani aile konutu için aranan unsurlar, artık söz konusu taşınmaz için geçerli olmazsa, aile konutu şerhinin terkinini talep edilebilir. Bu durumlarda şerhin dayanağının kalmadığını kanıtlayarak, malik olan eş, tek başına, terkinini, talep etmeye yetkilidir.

Taşınmaz, aile konutu olma niteliği sebebiyle Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında korunmaya, evlilik birliğinin devamı müddetince⁸⁶

⁸⁴ “A/6 d-Ölüm halinde sağ kalan eşin tek yanlı talebiyle, e-Aile konutu şerhinin terkinine ilişkin mahkeme kararının ibrazı ile f-Kesinleşmiş boşanma veya evliliğin iptali ilamının ibrazı halinde (kararda aile konutu şerhinin devam etmesine yönelik herhangi bir hükmün bulunmaması koşuluyla) malik olan eşin tek taraflı talebiyle, g-Yeni bir aile konutu edinildiğinin ve o taşınmaza aile konutu şerhi işlendiğinin kanıtlanması durumunda malik olan eşin talebiyle, h-Aile konutu şerhi, taşınmaz maliki eşin talebine bağlı işlemlerde, diğer eşin muvafakatını zorunlu kıldığından ve talebe bağlı olmayan mahkeme kararının infazı, cebri satış gibi işlemleri engellemeyeceğinden, ayrıca, aile konutu şerhi talep edilirken diğer şerhler ile ipoteklerin hukuki sonucu kabul edildiğinden, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısı ile aile konutu şerhinin terkinini mümkündür.”

⁸⁵ “Davalının daha önce açtığı aile konutu şerhi konulmasına yönelik davasından feragat etmesi taşınmazın aile konutu vasfını ortadan kaldırmaz ve sonradan açılacak davalar için kesin hüküm oluşturmaz.” (2. HD E. 2009/19307 K. 2010/8577 T. 29.4.2010 (www.kazanci.com.tr)); “Tarafların fiilen ayrı yaşıyor olması bu konutun aile konutu olma vasfını kaybettirmez.” (2. HD E. 2010/12332 K. 2010/14942 T. 20.9.2010 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁶ Evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin ortak yaşama son verme maksadıyla aile konutunu terk etmesinin, taşınmazın aile konutu niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalı olup, çoğunlukla hak sahibi eşin aile konutunu terk etmesinin taşınmazın aile konutu niteliğini etkilemeyeceği fakat diğer eşin aile konutunu terk etmesi, bir zorunluluktan kaynaklanmayıp (şiddet gibi), özgür iradesine dayanmakta ise taşınmazın

tabi olur⁸⁷. Evliliğin sona ermesi halinde artık taşınmaz, aile konutu niteliğinde olmadığından, malik olan eşin hukuki işlemleri, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkar. Bu nedenle, malik olan eş, evlilik birliğinin sona erdiğini; kesinleşmiş olan boşanma ilamı⁸⁸ veya evlilik butlan yoluyla sona ermişse, evliliğin butlanına ilişkin kesinleşmiş ilam ile belgeleyerek, aile konutu şerhini terkin ettirmeye yetkilidir (Genelge md.A/6/f).

Evlilik birliği, eşlerden birinin ölümü ile sona ermişse⁸⁹, sağ kalan eşin, aile konutu şerhini, terkin ettirmeye yetkili olduğu, Genelgede düzenlenmiştir (Genelge md.A/6/d). Burada sağ kalan eş, malik olmayan eş ise, bu eş, zaten lehine şerh verilen eş olması sebebiyle her zaman terkin yetkisine sahiptir, yani ölümle evlilik birliğinin sona erdiğine dayanmasına gerek yoktur. Bu nedenle, burada, ölümle evlilik birliğinin sona erdiğine dayanarak,

aile konutu niteliğini kaybedeceği, aksi durumda ise taşınmazın aile konutu niteliğinin etkilenmeyeceği kabul edilmektedir. Bakınız **Şıpka**, s. 85 vd.; **Nebiöğlü Öner**, s. 44 vd.

⁸⁷ "...evliliğin sona ermesiyle konutun "aile konutu" vasfını kaybedeceği..." (1. HD E. 2014/20520 K. 2014/18772 T. 2.12.2014 (www.kazanci.com.tr)); "Türk Medeni Kanunu'nun evliliğin genel hükümlerini düzenleyen 194. maddesi evlilik devam ettiği sürece uygulanabilir. Bu nedenle, evlilik sona erdikten sonra konut, aile konutu özelliğini kaybettiğinden bu hükmün uygulama imkânı bulunmamaktadır." (2. HD E. 2009/19922 K. 2010/387 T. 13.1.2010 (www.kazanci.com.tr)); "Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, davanın konusunun kalmadığı dikkate alınmalıdır." (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁸ "Dava konusu bağımsız bölümün tapu kaydına tarafların evlilik birliği devam ederken, aile konutu şerhi konulduğunu, ancak evlilik birliğinin Aile Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının kesinleşmesi üzerine sona erdiği anlaşılmıştır. MK. nun 194. maddesi gereğince aile konutu şerhi evlilik birliği içinde geçerli olup, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hüküm ifade etmez." (6. HD E. 2012/15665 K. 2012/17357 T. 25.12.2012 (www.kazanci.com.tr)); "Evlilik herhangi bir sebeple sona ermiş ise; aile konutu koruması da ortadan kalkar. Tarafların davanın açılmasından sonra, kesinleşen ilamı ile boşandıkları anlaşılmaktadır." (2. HD E. 2012/6026 K. 2012/9368 T. 12.4.2012 (www.kazanci.com.tr)); "Tarafların boşanmalarına dair yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ilişkin karar kesinleşmiş, evlilik bu tarihte sona ermiştir. Evlilik sona erdiğine göre Türk Medeni Kanunu'nun 194 ve 199. maddesine dayanan isteğin konusunun kalmadığı gözetilmelidir." (2. HD E. 2007/7375 K. 2007/8031 T. 14.5.2007 (www.kazanci.com.tr)).

⁸⁹ "Evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır." (2. HD E. 2010/17326 K. 2011/6399 T. 11.4.2011 (www.kazanci.com.tr)); "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz için şerh verilebilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması gerekir. Evlilik birliği diğer eşin ölümü nedeniyle sona erdiğinden şerh konulamaz." (2. HD E. 2008/10081 K. 2008/13491 T. 16.10.2008 (www.kazanci.com.tr)).

terkini talep etme imkânına kavuşan sağ kalan eş, taşınmazın maliki olan eştir. Gaiplik durumunda gaiplik kararı ile değil, fakat Türk Medeni Kanununun 131. maddesine göre, mahkemenin vereceği evliliğin feshi kararıyla evlilik sona erer. Genelgede bu durum düzenlenmemiş olsa da, eşin, mahkemeden aldığı evliliğin feshi kararına dayanarak da aile konutu şerhini terkin ettirmeye yetkili olduğunun kabulü gerekir.

Taşınmaz, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ve doktrin ile uygulamada aile konutu niteliği için kabul edilen unsurları taşımamasına rağmen, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmuş ise, malik olan eşin, taşınmazın aile konutu niteliğinde bulunmaması nedeniyle mahkemeye başvurma hakkı vardır. Mahkemenin taşınmazın aile konutu niteliğinde olmadığına ilişkin karar vermesi durumunda, malik olan eş, kesinleşmiş bu mahkeme kararı ile aile konutu şerhini terkinde yetkilidir (Genelge md. A/6/e). Bunun dışında, diğer eşin rızasının alınmasını engelleyen imkânsızlık hallerinde malik olan eş, mahkemeye başvurarak, TMK 194/2'ye kıyasen terkin talebinde bulunmaya yetkili kılındığı bir karar alması halinde, bu kararı ibraz ederek de terkinin sağlanabilecektir⁹⁰.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi hükmünde, bu yönde bir düzenleme yer almamasına rağmen, doktrinde ve uygulamada aile konutunun, tek olacağı kabul edilmektedir⁹¹. Bu görüş paralelinde Genelgenin A/2 maddesinde de aile konutunun tek olacağı düzenlenmiştir. Kanunun açıkça getirmedeği sınırlamanın, Genelge ile getirilmesi isabetli değildir⁹². Ayrıca, doktrindeki bir diğer görüş⁹³, istisnai hallerde de olsa, her iki konutun da aile konutu özellikleri taşıdığı durumlarda, birden fazla aile konutu olabileceğini kabul etmektedir.

Taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmesi sonrasında, eşler, söz konusu taşınmazdan taşınmış ve yaşam faaliyetlerinin merkezi olarak yeni bir

⁹⁰ Şıpka, s. 165; Genç Arıdemir, s. 145.

⁹¹ Vardar Hamamcıoğlu, s. 15; Nebioğlu Öner, s. 23-24; Yağcıoğlu, s. 93; Genç Arıdemir, s. 145; Günergök, s. 251; Gümüş, (Şerhler), s. 21; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173.

⁹² “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu daha tasarı aşamasında iken, oluşturulan alt komisyon tarafından aile konutunun tekliği prensibinin, maddeye ayrı bir fıkra olarak “aileye ancak bir konut özgülenebilir” şeklinde eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak, teklif kabul edilmeyerek, Madde şimdiki hali ile yasalaşmıştır. ...aile tarafından birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesine, eş söyleyişle, ailenin birden fazla konutta yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırmasına yasal bir engel de bulunmamaktadır. Gerçekten Yasa’da aile konutu sayı olarak sınırlandırılmamıştır.” (HGK E. 2013/2-473 K. 2014/92 T. 12.2.2014 (www.kazanci.com.tr)).

⁹³ Şıpka, s. 82; Hüseyin, s. 587; Havutçu, s. 41; Öztan s. 325; Giray, s. 427; Ayan, s. 68.

yer seçmişlerse, artık söz konusu taşınmaz, aile konutu niteliğinde değildir⁹⁴. Böyle bir durumda, taşınmaz üzerindeki aile konutu şerhinin terkinin hususunda malik olan eş yetkilidir. Fakat Genelgede bu durumda aile konutu şerhi ile sağlanan korumanın tehlikeye düşmemesi amacıyla; malik olan eşin, terkinin isteyebilmesi için taşınmazın artık aile konutu olmadığı, çünkü yeni bir aile konutu edinildiğini kanıtlaması yeterli görülmemiş, yeni aile konutu olan taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmuş olması da aranmıştır (Genelge md. A/6/g). Hükümde belirtilmemekle birlikte, yeni aile konutu edinildiğinin kanıtlanması için MERNİS kaydı ya da muhtarlıktan alınacak belgenin sunulması mümkündür.

Malik olan eşin iradesiyle, aile konutu üzerindeki yaptığı işlemler, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Malik olan eşin iradesi dışında gerçekleşen işlemlerde ise, diğer eşin rızasının aranması söz konusu değildir (Genelge md. A/5/2). Bu nedenle, örneğin; malik olan eşin alacaklıları tarafından aile konutu üzerine konulan haciz sonucu taşınmazın cebri icra yoluyla satışı gerçekleşmişse, bu durumda, taşınmaz üzerindeki aile konutu şerhi, icra müdürlüğünün tapuya gönderdiği yazı üzerine terkin edilecektir (Genelge md. A/6/h).

III. YAPILAN ŞERH VE TERKİN İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ

Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi gereğince, tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri, onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. Medeni Kanunumuzda düzenlenen bu yükümlülüğün yansımaları, Genelgenin A/7 maddesinde yer alan düzenlemede görmekteyiz. Bu hükme göre, tapu memuru hem yaptığı aile konutu şerhinin işlenmesi işlemini hem de terkin işlemini ilgililere bildirmek zorundadır.

Aile konutu şerhinin verilmesi, malik olmayan eş tarafından talep edilmiş ve taşınmaz üzerine şerh işlenmişse, bu durumun, malik olan eşe bildirilmesi gerekmektedir (Genelge md. A/7/1). Malik olan eşin, aile konutu ile ilgili işlemleri, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Şayet, şerhin konulduğu taşınmaz aile konutu niteliğinde bulunmuyorsa, malik olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın taşınmaz üzerinde işlem yapabilir. Fakat malik olan eş, taşınmaz üzerinde işlem yapacağı sırada, taşınmazın üzerinde aile konutu şerhi bulunduğunu öğrenirse, taşınmaz aile konutu niteliğinde olmasa dâhi işlemi ancak eşinin rızasıyla yapabilir. Malik olan eşin, taşınmazın aile konutu niteliğinde olmadığını mahkemeye başvurarak kanıtlayıp, aile konutu

⁹⁴ Kamacı, s. 32.

şerhini terkin ettirme imkânı vardır. Fakat bu, zaman alacaktır ve aslında aile konutu olmayan, diğer eşin rızasına da bağlı bulunmayan taşınmaz üzerindeki işlemleri, malik olan eş, diğer eş, izin vermediğinden yapamayacak ve zarara uğrayabilecektir. Örneğin; eş maliki olduğu taşınmazın satışını yapma konusunda anlaşmışsa, bu imkânı kaçırarak veya bu hususta sözleşmeyi ifa edemediği için tazminat ödemek zorunda kalacak ya da taşınmaz üzerinde ipotek tesis ederek kredi almak istiyorsa, bu krediyi alamadığı için zarara uğrayacaktır. Bu nedenle, taşınmaz üzerine şerh konulduğunda yapılacak bildirimle, malik olan eş bundan haberdar olacak ve taşınmaz aile konutu niteliğinde değilse, bu hususta zamanında mahkemeye müracaat edip, aldığı kararlar terkinini sağlayarak, taşınmaz üzerinde yapacağı işlemleri, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın yapabilecektir. Taşınmaz üzerine şerhin işlendiğinin, malik olan eşe bildirilmesi, bu nedenle, önem arz etmektedir.

Aile konutu şerhinin işlenmesi işleminin bildirilmesi gereken ilgili kişi, sadece malik olan eş değildir. Genelge, taşınmaz üzerinde haciz, tedbir ve ipotek alacaklılarını da ilgili olarak kabul etmiş ve şerhin konulduğunun bu kişilere de bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir (Genelge md. A/7/2). Türk Medeni Kanununun 1019. maddesinin tapu memuruna bildirim yükümlülüğü getirmesinin amacı, yapılan bu işlem nedeniyle, menfaatleri etkilenecek ve hak kaybına uğrayabilecek olan ilgili kişilerin, bu işleme karşı kendilerini koruyabilmesi ve işleme itiraz edebilmesini temin etmektir. Bu bakımdan, yapılan işlemin kendilerini etkilemediği kişilere, bu işlemin bildirilmesi bir anlam ifade etmeyecektir; bir başka deyişle, bu işlemin etkilemediği, hak kaybı yaşamayacak kişiler, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi kapsamında bildirimde bulunacak ilgililer içinde yer almaz. Malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında, diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler de, taşınmazın, aile konutu niteliği, bu işlemler için önem arz etmez. Bu nedenle, aile konutu şerhinin taşınmaz üzerine konulması da bu işlemin tarafları için etkili değildir. Bu bakımdan, bu kişiler, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesinde bildirimde bulunacak ilgililer içinde değerlendirilemeyeceğinden, bu kişilere, söz konusu işlemin bildirilmesinin bir anlamı yoktur. Bununla birlikte, Genelgede bu nitelikteki kişilere de şerh işleminin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Örneğin; malik olan eşin alacaklılarının taşınmaza haciz koymasında taşınmaza konulacak aile konutu şerhinin, haciz alacaklılarına bir etkisi yoktur. Daha önce belirttiğimiz gibi, İcra ve İflas Kanunu'nda aile konutuna haciz konması yasaklanmadığı gibi, hem haciz işlemi hem de sonrasındaki cebri icra ile satış, diğer eşin rızasına bağlı işlemlerden değildir.

Genelgede, şerhin, ipotek alacaklılarına da bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (Genelge md. A/7/2). Aile konutu taşınmaz üzerinde ipotek işlemi, diğer eşin rızasına bağlı işlemlerdir. Aile konutu şerhi, kurucu mahiyette olmadığından, şerh olsun olmasın taşınmaz aile konutu ise, yapılacak ipotek işleminde, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızası gereklidir. Aile konutu şerhinin işlenmesinden önce, ipotek tesis edilirken, taşınmaz, aile konutu niteliğinde ise, diğer eşin rızasının bulunmaması ipotek alacaklısı için önemlidir. Çünkü diğer eşin rızası alınmadan yapılmış olan ipotek işlemi geçerli değildir ve diğer eş tarafından, ipotek alacaklısına karşı dava açılması ihtimal dâhilindedir. Taşınmazın aile konutu niteliğinde olup olmaması ve özellikle ipotek işlemi sırasında taşınmazın aile konutu niteliği taşıyıp taşımadığı, ipotek alacaklısı bakımından etkili olacağı için ipotek alacaklısı, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi anlamında ilgililer için de yer alır, bir başka deyişle, aile konutu şerhinin ipotek alacaklısına bildirilmesinin bir anlamı vardır.

Aile konutu şerhi verilmesi işlemi gibi, aile konutu şerhinin terkinin de Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi kapsamında ilgililere bildirilmesi yükümlülüğü Genelgede⁹⁵ düzenlenmiştir.

Aile konutu şerhinin, eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkinin, diğer eşe bildirilmesi gerektiği, Genelgede düzenlenmiştir (Genelge md. A/7/5). Daha öncede belirttiğimiz gibi, Genelge, malik olan eşe, tek başına şerhi terkin ettirme yetkisi vermemiştir. Malik olan eş, ya diğer eşin muvafakatiyle ya da Genelge A/6 maddesi uyarınca yukarıda açıkladığımız gibi, taşınmazın aile konutu niteliğinin bulunmadığını kanıtlayarak (örneğin; kesinleşmiş boşanma kararını ibraz ederek, aile konutu niteliğinin bulunmadığına ilişkin mahkeme kararına dayanarak, yeni bir aile konutu kararlaştırıldığını belgeleyerek vs.) terkinin sağlayabilir. İlk durumdaki terkinde, diğer

⁹⁵ “A/7-Aile konutu şerhi, malik olmayan eşin talebi ile işlenmiş ise, malik olan eşe işlemin sonucundan bildirimde bulunulması,

Üzerinde haciz, tedbir, ipotek vb. kısıt bulunan taşınmaza aile konutu şerhinin işlenmesi durumunda, işlem sonucundan haciz, tedbir ve ipotek alacaklılarına bildirimde bulunulması,

Aile konutu şerhinin, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısına istinaden terkin edilmesi halinde, malik olmayan eşe işlemin sonucundan bildirimde bulunulması,

Aile konutu şerhi bulunan taşınmaza haciz, tedbir vb. işlenmesi durumunda, işlem sonucundan lehine aile konutu şerhi verilen eşe bildirimde bulunulması,

Ayrıca, aile konutu şerhi eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkin edilmiş ise diğer eşe işlemin sonucundan Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi gereğince bildirimde bulunulması, Gerekmetedir.”

eşin muvafakati bulunduğu terkin işleminin diğer eşe bildirilmesi gerekli değildir. İkinci halde ise, malik olan eş, sadece terkine ilişkin tek taraflı iradesi ile değil, taşınmazın aile konutu niteliğinin bulunmadığını Genelge A/6 hükmünde (mahkeme kararı vs) aranan kanıtları sunarak, terkin işlemini gerçekleştirmektedir. Bu durumda yapılan terkin işleminin ise, diğer eşe bildirilmesi, Türk Medeni Kanununun 1019. maddesi ile getirilen bildirim yükümlülüğünün amacına uygundur⁹⁶. Her ne kadar, örneğin; boşanma kararı ibraz edilerek, bu terkin sağlanmışsa, diğer eşin boşanma kararından haberi olması nedeniyle, bu bildirim anlamsız olacağı düşünülebilirse de gerçek olmayan veya henüz kesinleşmemiş bir boşanma kararı, kesinleşmiş olarak gösterilerek, terkinin sağlanması mümkündür. Bu nedenle, terkin işleminin, diğer eşe bildirilmesi anlamsız olarak görülmemelidir. Sonuç olarak, hükümde yer alan *eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle terkin edilmiş* ifadesini, malik olan eşin, Genelge A/6 maddeye dayanarak şerhi terkin ettirmesini de kapsayacak şekilde anlamak, bu durumlarda yapılan terkin işleminin diğer eşe bildirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır.

Malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler sonucunda, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısına dayanılarak, aile konutu şerhinin terkinin, diğer eşe bildirilmesi de Genelgenin A/7/4 hükmü ile düzenlenmiştir. Böyle bir terkin işleminin, diğer eşe bildirilmesinin, bu işlemlerin eşin rızasına bağlı olmaması nedeniyle, nasıl bir yarar sağlayacağı tartışılabilir. Çünkü bu işlemler, diğer eşin rızasına bağlı olmadığından⁹⁷ bu işlemler için aile konutu olup olmadığı önem arz etmediği gibi,

⁹⁶ Aile konutu niteliğinin yitirilmesi evliliğin sona ermesine dayandığı hallerde aksi fikir Karşioy- 2. HD E. 2006/9531 K. 2006/17441 T. 12.12.2006 “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1019 hükmü “evlilik birliğinin devamı sırasında” gerçekleşen aile konutu şerhi terkinine ilişkindir. Evlilik birliği “son bulmuşsa” malik olmayan eş ya da mirasçılara tebliğ zorunluluğu olmadığı gibi evlilik birliği son bulmuş eş ya da mirasçılarının itiraz hakkından da söz edilemez. Örnek verelim: Eşler arasındaki evlilik birliği malik olmayan eşin ölümü ile son bulmuşsa dava konusu taşınmaz aile konutu özelliğini “ölüm tarihinde” kaybetmiştir. Başka bir anlatımla aile konutuna ilişkin şerh ölüm tarihinde “yolsuz” hale gelmiştir. Sağ kalan malik eş, malik olmayan eşin ölüm kaydını Tapu Sicil Müdürlüğüne ibraz ettiği an aile konutu şerhi terkin edilir. Bu terkin işleminin malik olmayan eşin mirasçılara tebliğ zorunluluğundan söz edilemez. Zira “resmi bir kayıtla” belgelenmiş olduğu için ölüm sebebiyle gerçekleştirilen terkin işlemine mirasçılarının itiraz hakkı bulunmamaktadır.” (www.kazanci.com.tr).

⁹⁷ “İpotekli taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhinin bulunması, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Takipte taraf

söz konusu işlemler, İcra ve İflas Kanununun kapsamında olup, özellikle bu aşamada yani satışın gerçekleştiği durumlarda, diğer eşin, bu işlemlere karşı bir müdahale imkânı da bulunmamaktadır⁹⁸.

Bununla birlikte, malik olan eşin iradi olarak yapmadığı işlemler, yani Türk Medeni Kanununun 194. maddesi kapsamında diğer eşin rızasına bağlı olmayan işlemler sonucu taşınmaz üzerine haciz, tedbir vs konulması halinde, bunların, lehine aile konutu şerhi bulunan malik olmayan eşe bildirilmesi gerektiği hükmü kanımızca anlamlıdır (Genelge md. A/7/5). Örneğin; malik olan eşin alacaklılarının, aile konutu olan taşınmaza haciz koydurmaları durumunda, her ne kadar, İcra ve İflas Kanunu kapsamında aile konutuna haciz konulması yasaklanmamış olsa da, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin 12. bendindeki şartlar⁹⁹ oluşursa, eve haciz koyma yasağı mevcuttur. Haciz işlemine ilişkin itirazları, kural olarak borçlu-malik olan eş yapabilir. Bununla birlikte, Yargıtay aksi görüşte¹⁰⁰ de olsa, doktrinde mes-

olmayan üçüncü kişinin, aile konutu şerhine dayanarak satışın durdurulması isteminde bulunmasına da yasal imkân bulunmamaktadır.” (12. HD E. 2010/29357 K. 2011/10282 T. 31.5.2011 (www.kazanci.com.tr)); “cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımları da Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Bu madde, hak sahibi eşin, aile konutuyla ilgili iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamış olup, cebri ihale bu hükmün dışındadır.” (2. HD E. 2014/26938 K. 2015/9974 T. 12.5.2015 (www.kazanci.com.tr)); “Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin iradi tasarruflarını diğer eşin açık rızasına bağlamışsa da, cebri ihaleye dayanan mülkiyet aktarımı kapsamda değildir. Mülkiyeti nakleden cebri ihalenin, davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilmiş olan ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle yapılan takibe dayanıyor olması da, cebri ihaleden önce ipotek hükümsüz kılınmadıkça sonuca etkisi bulunmamaktadır.” (2. HD E. 2015/14523 K. 2015/15481 T. 10.9.2015 (www.kazanci.com.tr))

⁹⁸ Burada özellikle İcra ve İflas Kanununun 134/7 hükmüne göre (“*Satış ilânı tebliğ edilmiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihale fesada bilâhara vâkıf olunmuşsa şikâyet müddeti ıtıla tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet ihaleden itibaren bir seneyi geçemez*”) İcra ve İflas Kanunu md 134’e göre şikâyet imkânı düşümlenebilir. Yargıtay taşınmazda aile konutu şerhi bulunması halinde diğer eşin, “tapuda ilgili” olarak, İcra ve İflas Kanunu md 134 kapsamında ihalenin feshi şikâyetinde bulunmaya yetkili olduğunu kabul etmektedir “aile konutu ile ilgili sınırlamanın, 3. kişilere karşı hüküm ifade etmesi için, şerh lehtarından tapuya kaydının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, şikâyetçi adına aile konutu şerhi henüz tapu kütüğüne işlenmediğinden ve dolayısıyla şikâyetçi İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesinde belirlenen “tapudaki ilgili” sıfatını taşımadığından ihalenin feshine ilişkin şikâyetinde bulunamaz.” (12. HD E. 2016/11361 K. 2016/16228 T. 8.6.2016 (www.kazanci.com.tr)).

⁹⁹ “12. Borçlunun haline münasip evi” haczolunamaz.

¹⁰⁰ “Şikâyetçinin lehine taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmiş bulunması, takipte taraf olmayan şikâyetçinin bu hakka dayanarak haczedilmezlik şikâyetinde bulunmasına imkân tanımamaktadır. Taşınmazın aile konutu olması tapu sicilinde maliki olan borç-

keniyet şikâyetinin (evin borçlunun haline münasip ev olması nedeniyle İcra ve İflas Kanununun 82/b.12 hükmü kapsamında haczi kabil olmadığının) aile konutunun haczedilmesinde, diğer aile üyeleri ve özellikle de diğer eş tarafından da kullanılabilmesi kabul edilmektedir¹⁰¹. Buna göre aile konutunun haczedilmesinde malik-borçlu eş, şikâyet hakkını kullanmasa da diğer eş, şikâyet yoluna başvurabilecektir. Diğer eşin, bunu yapabilmesi için hacizden haberdar olması gerekli ve önemlidir. Çünkü borçlunun haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurması, kural olarak 7 günlük süreye tabidir (İİK md.16)¹⁰². Diğer eş, borçlu ya da alacaklı sıfatı bulunmadığından İcra ve İflas Kanunu bakımından muhatap kabul edilmez. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanunu kapsamında herhangi bir tebligat, diğer eşe yapılmaz¹⁰³. Bu nedenle, aile konutu taşınmaza haciz konulduğunun, diğer eşe bildirilmesi, iki imkânı ona tanıdığı için anlamlıdır. İlki, haczi öğrenen eş, borcu ödeyerek haczi kaldırabilir. İkincisi ise, borçlu-malik olan eş, şikâyet yoluna başvurmaya zorlayabilir ya da yukarıda belirttiğimiz gibi doktrinde kabul edilen görüşe göre, diğer eş, kendisi, hacze karşı şikâyet yoluna başvurabilir.

lunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Haczedilmezlik şikâyetinin aktif dava ehliyetsizliği nedeniyle reddi gerekir.” (12. HD E. 2009/21405 K. 2010/3267 T. 16.2.2010 (www.kazanci.com.tr)); “İpotekli taşınmazın tapu kaydında aile konutu şerhinin bulunması, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmez. Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin, aile konutu şerhine dayanarak satışın durdurulması isteminde bulunmasına da yasal imkân bulunmamaktadır.” (12. HD E. 2010/29357 K. 2011/10282 T. 31.5.2011 (www.kazanci.com.tr)); **Kuru**, s. 106, dn 7 ve s. 516, dn 58 deki Kararlar.

¹⁰¹ **Dönmez**, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, 2008 (77), s. 352; **Gümüş**, (Şerhler), s. 41; **Şıpka**, s. 118; **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 106; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2017, s. 156.

¹⁰² Her ne kadar, doktrinde kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceği, bu bakımdan İcra ve İflas Kanununun 82. maddeye göre haczi kabil olmayan şeylerin haczedilmesi halinde borçlu için çok gerekli olan ve borçlu için tahammül edilemez bir sonuç yaratacak haller içine İcra ve İflas Kanunu md 82/12 meskeniyet şikâyetinin de girdiği ve icra takibi bitinceye kadar şikâyet yoluna başvurulabileceği kabul eden bir görüş (**Şıpka**, s. 117; **Gümüş**, (Şerhler), s. 41) mevcut olmakla birlikte, aksi yönde yani süresiz şikâyet kapsamına meskeniyet şikâyetinin girmediğine ilişkin görüş de (**Kuru**, s. 516) mevcuttur.

¹⁰³ İcra ve İflas Kanununun yapılacak değişikliklerle diğer eşe de ödeme emri tebligatı yapılmasının zorunlu kılınması görüşü ve İcra ve İflas Kanununun aile konutu haczi durumuna ilişkin korumanın olmaması eleştirisi için bakınız **Şıpka**, s. 115 vd.; aynı yönde **Gümüş**, (Şerhler), s. 41; Bu görüşün eleştirisi için bakınız **Dönmez**, s. 354 vd.

SONUÇ

Aile konutu, eşlerin, ortak yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, çocukları ile birlikte barındıkları, acı, tatlı günlerini geçirdikleri, sosyal yaşam ilişkilerinin oluştuğu, maddi manevi olarak bağları olan mekândır. Her iki eşin de olabileceği gibi, fakat çoğunlukla eşlerden birinin aynı veya şahsi hakkına dayalı olarak aile konutundan yararlanılmaktadır. Aile konutunun önemine binaen kaybı durumu, eşler ve çocuklar için katlanılması kolay olmayan sonuçlara neden olabilecektir. Bu nedenle, hak sahibi eşin düşüncesiz davranışlarıyla veya kötü niyetli işlemleriyle aile konutunun kaybedilmesine sebebiyet vermesinin önlenmesi önemlidir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde hak sahibi olan eşin aile konutu üzerindeki bu hakkını devri ya da kısıtlanmasına ilişkin işlemlerinin geçerli olması, diğer eşin rızasına bağlı kılınmıştır. Böylece, ailenin tüm bireyleri için yaşamsal öneme sahip aile konutu hakkında tek başına inisiyatif sahibi olması önlenmiş ve diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken güvence altına alınmıştır.

Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3.fikrasında, aile konutunun eşin maliki olduğu taşınmaz olması halinde, diğer eşe aile konutu şerhi verilmesini talep etme imkânı sağlanmıştır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde malik olan eşin, aile konutu taşınmazın üzerindeki mülkiyeti, üçüncü kişilere devri ya da bu hakkı kısıtlayıcı işlemleri, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Malik olan eşin, aile konutu taşınmaz ile ilgili bu işlemlerinin, diğer eşin rızasına bağlı olması, aile konutu şerhi verilmiş olmasına bağlı değildir. Bununla birlikte, malik eş, aile konutu taşınmazla ilgili olarak, bu işlemleri, tapuda yaptığında tapu memuru taşınmazın aile konutu niteliğini bilmediğinde, diğer eşin rızasını aramadan söz konusu işlemleri yapabilmektedir. Diğer eşin, rızası olmadan yapılan işlemlere karşı dava açması ve bu işlemleri geçersiz kılması mümkündür. Bununla birlikte, Uygulamada ve doktrinde malik eşle, söz konusu işlemi yapan işlemin diğer tarafı olan kişinin iyiniyetinin Türk Medeni Kanununun 1023. madde kapsamında korunup korunamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın iki yönde de kararları mevcuttur. Bu nedenle, böyle bir işleme karşı, diğer eşin, açtığı davada mahkeme, işlemin diğer tarafının iyiniyetinin Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi uyarınca korunacağı yönünde karar verirse; diğer eş aile konutuna ilişkin korumadan faydalanmamış, aile konutunu kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, aile konutu şerhinin verilmesi, Türk Medeni Kanununun TMK 194 madde yer alan korumayı etkili hale getirmektedir. Çünkü şerhi gören tapu memuru, diğer eşin rızasını almadan, malik olan eşin bu tür işlem taleplerini kabul etmeyecektir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ile getirilen korumanın

daha etkili olması için aile konutu şerhi verilmesi prosedürünün kolaylaştırılması, talepte bulunan kişiye, maddi manevi külfet getirmemesi önemlidir. Kanun koyucunun maksadı da bu yöndedir. Bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak aile konutu şerhi prosedürünün ayrıntıları 2014/4 sayılı Genelge ile düzenlenmiştir. Amaç bu olsa da, Genelge, şerh verilmesini zorlaştıran, tereddüde mahal veren, Türk Medeni Kanununda getirilen hak ile bağdaşmayan nitelikte hükümler içermesi nedeniyle, bu amacın gerçekleştirilmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin Genelgenin A/4/ç maddesi, aile konutu şerhinin işlenmesi için taşınmaz üzerindeki ipoteğin varlığının kabul edilmesini düzenlemektedir. Bu durumda, diğer eş, aile konutu şerhinin işlenmesi için, rızası olmadan aile konutu taşınmaz üzerine malik olan eş tarafından tesis edilen bir ipoteği kabul etmek zorunda kalacaktır. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi ve aile konutunun korunması amacıyla bunun bağdaşması mümkün değildir.

TC Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığının 23.06.2015 tarih 1766 (2015/4) nolu Genelgesi ile 02/07/2015 tarihinden itibaren şerhler elektronik ortamda tutulmaya başlanmıştır. Şerhin işlenmesi için hazırlanmış olan yazılıma bağlı olarak işlemin yapılma gerekliliği, Genelge hükümlerinin Türk Medeni Kanunu madde 194 ve aile konutunun koruma amacına göre yorumlanması imkânını vermemektedir. Bu da durumu zorlaştıran diğer bir noktadır.

KAYNAKÇA

- Acabey**, Mehmet Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.
- Akkanat**, Halil: Tapu Tahsis Belgesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt I, İstanbul, 2009, s. 233-250.
- Armutçuoğlu**, Can Yalçın: Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 413-436.
- Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Aybay/Hatemi**, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- Büyükay**, Yusuf: Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği, E-Akademi.Org, Eylül 2006.
- Doğan**, Murat: Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessese Aile Konutu, AÜEHFD, Cilt VI, Sayı 1-4, s. 285-300.
- Dönmez**, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, 2008 (77), s. 349-358.
- Dural/Öğüz/Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2019.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014.
- Genç Arıdemir**, Arzu: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgenin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, Sayfa 127-148.
- Giray**, Faruk Kerem: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Milletlerarası Özel Hukuku Bülteni, Yıl 23. Sayı 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 424-448.
- Gümüş**, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, (Şerhler).
- Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- Günergök**, Özcan: Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı, EHFHD. Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 249-281.

- Havutçu**, Ayşe: Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C.VII, S.1, İzmir 2005, s. 29-50.
- Hüseyin**, İhsan: Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması, AÜHFD, 67(3) 2018, s. 577-604.
- Nebioğlu Öner**, Şebnem: Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014.
- Nomer/Ergüne**, Eşya Hukuku, İstanbul 2017.
- Kamacı**, Mahmut: Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D. 2004, S. 1-2, s. 113-138, (Aile Konutu).
- Kamacı**, Mahmut: Tapu Kütüğüne “Aile Konutu Şerhi”nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu, Y.D. 2010 Temmuz, C. 36, S. 3, s. 23-59.
- Karabağ Bulut**, Nil: Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), İstanbul 2017, s. 59-85.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, İstanbul 2013.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Özen**, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.
- Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona: Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 279-288.
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018.
- Şıpka**, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah: Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri, İstanbul 2009.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007.

ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖZEL DENETİMİN KONUSUDOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644547>**Dr. Direnç AKBAY*****Öz**

Özel denetim anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin önemli bir parçasıdır. Bu nedenle bilgi alma ve inceleme hakkı gibi bilgilendirme sisteminin diğer unsurlarıyla amaç birliği içindedir. Bu çalışmada, söz konusu amaç birliği göz önünde tutularak, özel denetimin konusu incelenmiştir. Özel denetimin konusuna ilişkin olarak TTK m. 438 ve m. 439 soyut düzenlemeler getirilmektedir. Bu nedenle çalışmada özel denetimin konusu sistemli bir biçimde incelenmiştir. Soyut koşulların anlaşılabilir kılınması için öğreti ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

Özel denetimin konusunu mahkeme aşamasından önce etkileyen koşullar, ikincillik, gereklilik ve belirliliktir. İkincillik özel denetim talebinden önce bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasını ifade eder. Dolayısıyla somut olayda özel denetim talebinin konusunu etkiler. Gereklilik koşulu, özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından gerekli olması anlamındadır. Belirlilik koşulu da özel denetimin sadece belirli olayların aydınlatılması amacıyla istenebileceğini ifade eder.

Özel denetim talebi genel kurulda reddedilirse, azınlık mahkemeden talepte bulunabilir. Fakat bunun için talep konusunun ek bazı özellikler taşıması gerekir. Mahkemeden özel denetim talep edilebilmesi için, ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğraması gerekmektedir. Keza bunun kurucuların veya şirket organlarının kanunu ya da esas sözleşmeyi ihlali neticesinde olması gereklidir.

Anahtar Kelimeler

Özel denetim, ikincillik, gereklilik, belirlilik, ticaret hukuku, anonim ortaklık

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: direnc.akbay@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9925-9255> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 04.11.2019)

SUBJECT OF THE SPECIAL AUDIT IN CORPORATIONS

Abstract

Special audit is an important part of information system, dedicated to public limited companies. Therefore, there is a unity of goals between components of information system, like rights of information and investigation, and special audit. In this study is the subject of special audit investigated in the light of the above-mentioned unity of goals. Art. 438 and Art. 439 of Turkish Commercial Code, which regulate the subject of special audit, are abstract rules. Because of this, in this study the subject of special audit is systematically examined. In order to make it understandable, it is benefited from doctrine and decisions of courts.

Conditions, which effects the subject of special audit before court phase, are subsidiarity, necessity and definiteness. Subsidiarity means that, before demanding a special audit, the right of information or investigation must be used. Therefore, it effects the subject of the claim of special audit in each case. Necessity means that, special audit must be necessary in order to use of shareholder rights. Definiteness means that, special audit can only be claimed if there are certain events to clarified.

If general meeting of shareholders denied the claim of special audit, a minority can demand it from the court. But this time subject of the claim must have some additional properties. In order to claim a special audit from the court, company or shareholders must have damage. And this must be a result of an act of founders' or organs' of the company, which violates law or statute of the company.

Keywords

Special audit, subsidiarity, necessity, definiteness, commercial law, corporation

GİRİŞ

Özel denetim anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin önemli bir parçasıdır. Bu nedenle bilgi alma ve inceleme hakkı gibi bilgilendirme sisteminin diğer unsurlarıyla amaç birliği içindedir. Bu çalışmada, söz konusu amaç birliği göz önünde tutularak, özel denetimin konusu incelenmiştir. Keza çalışma konu itibarıyla TTK m. 438-444 hükümleri arasında düzenlenmiş bulunan özel denetim ile sınırlandırılmış olup TTK m. 207 ve m. 406'da düzenlenen özel denetim hususları inceleme konusu yapılmamıştır.

Çalışmada özel denetime ilişkin yasal düzenlemeler değerlendirilerek ikili bir ayırım yapılmıştır. Bunlar, genel kurulda özel denetim talebinin konusuyla azınlığın mahkemenen özel denetim talebinin konusudur. Yasanın bu iki durum için belirlediği farklı şartlar incelenmiş ve uygulamayla öğretilen bazı örnekler verilerek özel denetimin konusu somutlaştırılmıştır.

Özel denetim konusunun genel kurulda belirlenmesi ikincillik, gereklilik ve belirlilik koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. İkincillik ilkesi doğrudan özel denetimin konusuna yönelik bir ilke olmasa da her somut olayda özel denetimin konusunu etkileyen bir özelliğe sahiptir. Genel kurulda talebin reddedilmesi durumunda TTK m. 439'daki koşul vakıalar değerlendirilmiştir. Bu hükmün de özel denetimin konusuyla olan ilişkisi ortaya konulmuştur.

I. KONUNUN BELİRLENMESİNDE TEMEL AYRIM: GENEL KURULUN KABUL YA DA RED KARARI

TTK m. 438 vd. ile anonim ortaklıklarda özel denetim düzenlenmiştir. Özel denetim, anonim ortaklıklar hukukuna özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Pay sahiplerinin bilgilendirilmesine hizmet eder. Soyut bu tespit, asıl sorunu ortaya koymamaktadır. Aslında sorun özel denetimin somut uygulama alanının ne olacağı noktasındadır¹. Somut olayda, özel denetime karar verecek veya genel kurul kararı çerçevesinde atama yapacak hâkimin, TTK m. 440/2 uyarınca özel denetim konusunu belirlemesi gerekir. Bu konunun hangi ilke ve esaslara göre belirleneceği değerlendirilmelidir.

Özel denetimin konusu TTK m. 438 ve 439 düzenlemelerine göre belirlenir. Somut olayda özel denetimin TTK m. 438'e göre genel kurulun bir kabul kararı ile mi talep edildiği yoksa TTK m. 439'a göre genel kurulun ret kararına rağmen azınlık tarafından mı istendiği hususları incelenmelidir.

¹ Buna ilişkin olarak bkz. **Casutt**, Anderas: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1991, s. 36.

TTK m. 438 konu bakımından özel denetimin en dış sınırını oluşturmaktadır. Burada üç koşul ön plana çıkar. Birincisi, özel denetimin bilgilendirme sisteminin bir parçası olmasıyla açıklanabilir. TTK m. 438'e göre özel denetim daha önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme haklarına göre ikincildir. İkincillik koşulu genel kurulda gelecek özel denetim talebini somutlaştıran ilk koşuldur. Böylelikle önce kullanılan bilgi alma veya inceleme hakkıyla genel kurulda kullanılan özel denetim talebine yönelik hak arasında bir paralellik sağlanmaktadır. İkinci koşul gereklilik koşuludur. Buna göre özel denetimle öğrenilmek istenen husus pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olmalıdır. Özel denetimin genel kurulun kabul kararına dayalı yürütüleceği aşamada konu bakımından aranan bir diğer koşul da belirliliktir. Buna göre özel denetimin konusu belirli olayların açıklığa kavuşturulmasıdır.

Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi durumunda TTK m. 438'in öngördüğü konuya ek olarak TTK m. 439'da yer verilen koşullar da konu bakımından oluşturulmalıdır². TTK m. 439 özel denetimin konu bakımından uygulama alanını daraltır. Zira TTK m. 439/2'ye göre, özel denetim talep edenlerin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları gerekmektedir.

II. GENEL KURULDA ÖZEL DENETİM TALEBİNİN KONUSU

A. İkincillik Koşulunun Anlamı ve Özel Denetimin Konusu Üzerindeki Etkisi

1. İkincillik Koşulunun Anlamı

TTK m. 438/1'e göre, genel kuruldan özel denetim talebi, ancak daha önce bilgi alma veya inceleme hakkı kullanılmışsa mümkündür. Bu durum anonim ortaklıklar hukukuna özgü üç aşamalı bilgilendirme sisteminin doğal bir sonucudur. Özel denetim bilgi alma veya inceleme hakkından umulduğu gibi istifade edememiş pay sahibine yeni bir bilgilendirme olanağı tanımaktadır.

Özel denetimin ikincilliğinin gerçekleşmesi için bilgi alma veya inceleme hakkının önceden ve usulüne uygun olarak kullanılmış olması yeterlidir. Olası bir yargılamada hakkın daha önce kullanılmış olduğunu, bunu iddia eden taraf ileri sürmeli ve ispatlamalıdır. Bilgi alma veya inceleme

² Bu bağlamda bkz. Casutt, Sonderprüfung, s. 36.

hakkının usule uygun olarak kullanılmış olması, hiç ya da yeterli bilgi alamamış pay sahibinin önce dava yoluyla bu haklarını kullanmasını kapsamamaktadır³. Başka bir ifadeyle hakkın kullanımını karşısında bilgi alma ve inceleme davasıyla özel denetim yoluna başvurma arasında pay sahibi/pay sahipleri seçim yapmalıdır⁴.

Hukukumuzda azınlığın TTK m. 439 uyarınca dava yoluna başvurması halinde, TTK m. 438'deki koşulları ayrıca sağlamak zorunda olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu durum azınlığın mahkemeden özel denetim talebinin de bilgi alma hakkına göre ikincil olup olmadığı sorununu beraberinde getirmektedir. Bir görüşe göre, azınlığın TTK m. 439 uyarınca mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilmesi için TTK m. 438'deki tüm koşulları sağla-

³ Uygulamamızda dava yoluyla bilgi alma hakkının kullanılmasının özel denetim açısından ön şart olduğuna dair yerel mahkeme kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın TTK m. 440/2 uyarınca kararın kesin olduğu gerekçesiyle kanun yoluna gidilmesini uygun bulmadığı bir kararı vardır. Anılan karardan anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme, bilgi alma hakkının dava yoluyla kullanımını ikincillik ilkesine dâhil saymıştır. Karara göre, "Mahkemece, somut olayda bilgi alma, inceleme ve devamındaki prosedürün halen derdest bir davanın konusunu oluşturduğundan, özel denetçi tayini için Kanun'un aradığı anlamda ön koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle 26.3.2014 tarihli karar ile davanın reddine karar verilmiştir" (karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2015/97 E., 2015/13293 K., 10.12.2015 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/>, E.T. 11.02.2019). Yerel mahkeme kararındaki gibi dava yolunun ön şart olarak nitelenmesi kanımızca hukuka aykırıdır. Somut olay hem bilgi alma davası hem de özel denetim yol-larına birden başvurulmasının sonucunun ne olacağı noktasında tartışılabilir. Örneğin, **Kaya**, "derdest bir bilgi alma ve inceleme davası olmasının özel denetim istemli bir davanın görülmesine engel olmayacağını" savunmaktadır (bkz. **Kaya**, Arslan: "Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi", BATİDER, (XXXI) 1, 2015, s. 82).

⁴ Bu yönde bkz. **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 35, No: 19, s. 403; **Horber**, Felix: Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich, 1995, No: 1074, s. 345. Hukukumuzda da bilgi alma veya inceleme talebinin reddinin özel denetim talebi bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir (bkz. **Altay**, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2013, s. 64; **Değirmencioglu Aydın**, Nihan: Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul, 2015, s. 32; **Uçar Bulut**, Gülnur Ceren: Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara, 2018, s. 73-74; **Kaya**, s. 73 ve özellikle 75; **Günay**, Gözde Engin: Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, İstanbul, 2018, s. 144; **Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017, s. 523; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin/(**Tekinalp**, Ünal): Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017, s. 65). Karşı görüş için bkz. **Narbay**, Şafak: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul, 2007, s. 302.

ması gerekmektedir⁵. Anılan görüş çerçevesinde, TTK m. 439'da tam anlamıyla bir hak düzenlenmiştir ve bunun m. 438'de düzenlenen talebin şartlarıyla sınırlandırılmaması gereklidir. Ayrıca görüşe göre, TTK m. 438 ve m. 439'u birbirine bağlayan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine bu görüşün bir diğer gerekçesi, m. 438 ve m.439'da farklı ispat konu ve ölçütlerinin düzenlenmiş olmasıdır. Bunlardan başka, azınlığın ortaklıktaki konumu değerlendirildiğinde, azınlığı her iki düzenlemenin koşullarına tâbi tutmanın kanunun sistematğine ve ruhuna uygun olmayacağı ifade edilmektedir⁶.

Egemen görüşse aksi yöndedir. Bu görüşe göre, genel kurulun red kararı karşısında, azınlık mahkemeye başvururken TTK m. 438'deki koşullara ek olarak m. 439'daki koşulları da sağlamalıdır⁷. Çalışmamızın sınırlarını aşacağı gerekçesiyle tartışmanın detaylarına girememekle beraber, bu hususta egemen görüşe katıldığımızı belirtebiliriz. Zira hem bilgi alma davası hem de özel denetime yönelik süreç bakımından ön koşul kanunda açıkça bilgi alma hakkının kullanılması olarak düzenlenmiştir. TTK m. 439/1'de bahsedilen genel kurulun reddettiği özel denetim istemi TTK m. 438/1'de yer verilen özel denetim istemidir. Bu istem de öncelikle bilgi alma hakkının kullanılmasına bağlanmıştır. Gerçekten de TTK m. 438 ve m. 439'un madde başlıkları da aynı karar önerisinin kabulü veya reddi olasılıklarına bağlı olarak birbirinin devamı şeklinde düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle kanunun sistematik yorumu bu durumu desteklemektedir. Ayrıca kanun yapılırken de aynı durum gözetilmiş ve TTK m. 439'un madde gerekçesinde azınlığın açacağı dava bakımından m. 438'deki koşullara ek olarak m. 439'daki koşulların aranacağı belirtilmiştir. Kanunun yaklaşımı bilgiye dayalı olası bir uyuşmazlığın mahkemeden önce ortaklık içinde çözümlenmesini sağlamaya yöneliktir. Keza bu şekilde özel denetçi isteminin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılmasının amaçlandığı öğretilerde belirtilmektedir⁸. Ayrıca hukukumuzda TTK m. 439 uyarınca açılacak dava bakımından bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmasının bir dava şartı

⁵ Bu görüşte bkz. **Kaya**, s. 70.

⁶ Bu hususlarda bkz. **Kaya**, s. 68-70.

⁷ Bu yönde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp)**, C. 2, s. 68; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 61; **Narbay**, s. 317-318; **Uçar Bulut**, s. 108; **Güven**, Şirin: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim", Cankaya University Journal of Law, (7) 2, 2011, s. 154; **Günay**, s. 204-205.

⁸ Bkz. **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014, No: 34, s. 1563; **Günay**, s. 135.

olduğu da ifade edilmiştir⁹. Son olarak düzenlemelerimize kaynak teşkil eden İsviçre öğretisi de aynı görüştedir¹⁰. Dolayısıyla özel denetim, azınlığın mahkemeye başvurması noktasında da bilgi alma hakkına göre ikincillik özelliğini sürdürmektedir.

Özel denetimin ikincilliği hususu çalışma kapsamında detaylı olarak incelenemeyecektir. Ancak ikincillik koşulunun özel denetimin konusu ile de ilişkisi vardır. Bu nedenle özel denetimin konusu ile ilgili olduğu çerçevede ikincillik koşulu dikkate alınacaktır.

2. Koşulun Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisi

a. Koşulun Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüşler

İkincillik koşulu özel denetimin konusunu her somut olayda etkiler. Zira özel denetimin konusu genel kurulda verilen özel denetime yönelik karar önerisine göre belirlenir. Diğer koşullar da oluşmuşsa, söz konusu karar önerisi genel kurul başkanı tarafından oylamaya sunulmak zorundadır¹¹. Genel kurulda özel denetim istemi pay sahiplerince oylanır ve kabulü için olağan yetersayı aranır¹².

Bu noktada konumuz bakımından önemli olan husus ise şudur: Oylamaya sunulan karar önerisiyle önceden kullanılan bilgi alma veya inceleme hakkı arasında ne ölçüde bir benzerlik aranmalıdır? Önerinin, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme hakkıyla bağlantısını ortaya koyan iki görüşten bahsedilebilir¹³. Birincisine göre, kullanılan bilgi alma hakkı çerçevesinde yöneltilen soruların kapsamı özel denetim önerisinin en geniş kapsamını oluşturabilir. Başka bir ifadeyle özel denetime ilişkin karar önerisi,

⁹ Bkz. **Altay**, s. 64.

¹⁰ Bu yönde bkz. **Kunz**, Peter V.: "Zur Subsidiarität der Sonderprüfung", SJZ, 92, 1996, s. 5; **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009, No: 41, s. 2267; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Watter** Rolf/(**Weber**, Rolf H.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, Basel, 2012, Art. 697b, No: 5, s. 896; **Gabrielli**, Fabrizio: Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich, 1997, s. 109; **Casutt**, Sonderprüfung, s. 93; **Horber**, No: 1214, s. 394-395; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, §35, No: 41, s. 406.

¹¹ Bu yönde bkz. **Şener**, s. 524.

¹² Bkz. **Şener**, s. 524; **Günay**, s. 170.

¹³ İki görüşe dayalı tasnif için bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3; **Gabrielli**, s.160-161; **Jänig**, Ronny: Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Norderstedt, 2008, s. 51-52.

bilgi alma hakkının kullanılması sırasında sorulan soruların kapsamını aşmaz¹⁴.

Bu görüşe göre, bilgi alma hakkından, özel denetim karar önerisine ve nihayetinde özel denetim raporuna kadar geçen süreçte, daralan bir seyir gözlenecektir. Haliyle, ilk görüş bağlamında, özel denetime ilişkin karar önerisi, bilgi alma hakkının kullanımını sırasında sorulan sorulardan dar kapsamlı olarak belirlenebilir¹⁵. En geniş haliye kullanılmış olan bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamındadır. Örneğin, bilgi alma hakkı kapsamında pay sahibi üç hususta soru sormuşsa, özel denetime ilişkin karar önerisi, bu üç hususa veya bunlardan bazılarına ilişkin olabilir. Bu üç hususla bağlantı dâhilinde olan başka hususlar özel denetimin konusunu oluşturamaz.

Her iki talebin özdeşliğini esas alan bu görüşü savunanlar, lafzi bir özdeşliği kast etmemektedirler. Dolayısıyla, özdeşlik, önce kullanılan bilgi alma hakkının konusuyla içerik ve amaç açısından anlamsal bir uyuşmayı ifade etmektedir¹⁶. Hukukumuzda bilgi alma istemiyle özel denetim konusunun aynı (özdeş) olması gerektiği ya da birbiriyle örtüşmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷. Eğer, konu yönünden bir farklılık varsa, mahkemenin davayı reddetmemesi, sadece dava dilekçesinin buna göre düzeltilmesini davacıdan istemesi ya da koşulları oluşmayan farklı konuları özel denetim kapsamından çıkarması gerektiği öğretide ifade edilmektedir¹⁸. Bu savunu anılan görüşe uygundur.

Özel denetime ilişkin karar önerisinin içerik sınırlarını belirleyen diğer görüşe göre, önerinin kapsamı bilgi alma hakkının kullanılması sebebiyle sorulan soruların kapsamını aşabilir. Buna göre, özel denetim karar önerisinin, bilgi alma hakkı nedeniyle sorulan sorularla belirli bir bağlantı içerisinde olması gerekir. Ancak özel denetime ilişkin karar önerisi kullanılan bilgi alma hakkıyla bağlantı sergilemesine rağmen bundan geniş kapsamda olabilecektir¹⁹. Dolayısıyla birinci görüşten farklı olarak, kullanılan bilgi

¹⁴ Kural olarak bu görüşte bkz. **Horber**, No: 1137, s. 369; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 50, s. 407; **Casutt**, Sonderprüfung, No: 16, s. 72.

¹⁵ Bu görüşte bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, No: 16, s. 72.

¹⁶ Özel denetimin dava aşamasına ilişkin olarak bu yönde bkz. **Horber**, No: 733, s. 227. Görüşe ilişkin bu yönde açıklama noktasında bkz. **Gabrielli**, s. 160.

¹⁷ Bu yönde bkz. **Uçar Bulut**, s. 79; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2014, No: 28, s. 1250; **Pulaşlı**, Hasan: "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 598; **Narbay**, s. 301; **Altay**, s. 63.

¹⁸ Bkz. **Kaya**, s. 76.

¹⁹ Bu yönde bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3.

alma hakkıyla bağlantılı olmak kaydıyla, özel denetim talebi ondan dar olabileceği gibi, onu aşabilir de. Bu görüş de uygulama kolaylığı ve talepte bulunanların bir daha bilgi alma veya inceleme hakkına yönlendirilmesinin yapmacık görüldüğü gerekçesiyle savunulmaktadır²⁰.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

aa. Lafzî Yorumun Reddedilmesi

Aktarılan görüşlerin ortak bir yanı vardır. Daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanımı vesilesiyle sorulan sorunun lafzına bağlı kalınmamaktadır. Aksi yönde bir yaklaşım özel denetimin gerçekleşmesini ve anlamını önemli ölçüde zedeleyebilir. İsviçre hukukunda, birçok özel denetim isteminin mahkemelerin çok dar bir ölçü uygulayıp lâfzî inceleme yapması nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanması eleştirilmektedir²¹. Gerçekten de sonradan uygulamanın bu yöndeki tutumu Federal Mahkeme'nin içtihatlarıyla değişme eğilimi göstermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, ikincilliğin özel denetimin konusu üzerindeki etkisiyle ilgili bir karar vermiştir. Karara göre, özel denetimin konu sınırlamasında esas olan, istemde bulunan pay sahiplerinin bilgi alma gereksinimidir. Yalnız, pay sahiplerinin önceden kullandıkları bilgi alma veya inceleme haklarının içeriğinden yönetim kurulunun dürüstlük kuralına göre çıkarması gerektiği anlam ölçüsünde bir konu sınırlaması yapılacaktır. Ancak yönetim kurulu bunu yaparken, lafzi bir yorumun arkasına sığınamamalı ve açıkça sorulmuş soruları cevaplamalıdır. Diğer taraftan pay sahiplerinin, belirli bir özen dâhilinde, bilgi alma veya inceleme isteminde bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca pay sahiplerinin bilgi durumuna göre mümkün olduğunca açık bir şekilde, başka hangi bilgileri istediklerini de ifade etmeleri gerekir²². Bu karar lafzi yorumun terki anlamına gelmektedir. Dolayısıyla öğretilerde bu kararın, gelecekte talepte bulunan pay sahiplerinin yararına olacak şekilde hareket alanı oluşturacağı düşüncesi hakimdir²³. Gerçekten de Zürih Bölge Mahkemesi'nin sonradan verdiği bir karara göre, hali hazırdaki

²⁰ Bu yolda bkz. **Gabrielli**, s. 161; daha ayrıntılı olarak bkz. **Kunz**, Subsidiarität, s. 3.

²¹ Bu hususta bkz. **Casutt**, Anderas: "Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre", Der Schweizer Treuhänder, 5, 2002, s. 508.

²² Bkz. BGE 123 III, 261, s. 265 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-III-261%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document ET. 03.04.2019).

²³ Bu anlamda bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

konu veya soruları derinleştiren veya tamamlayan nitelikteki soruların sorulabileceği kabul edilmiştir. Böylelikle ikincillik ilkesinin lafzi olarak denetlenmesinden haklı olarak ayrıldığı belirtilmektedir²⁴.

bb. Değerlendirmeyi Etkileyecek Ölçütler

İkincillik koşulu değerlendirilirken özel denetim kurumunun ve özellikle ikincillikğin öngörülme nedenleri yol gösterici olmalıdır. Burada gözetilmesi gereken iki husus vardır. Öncelikle, söz konusu ilkeyle sorunlar ortaklık içi yöntemlerle bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Diğer taraftan, usul ekonomisine uygun bir bakış açısı da kaçınılmazdır²⁵. Dolayısıyla özel denetime ilişkin karar önerisinin kapsamı (veya reddedilen karar önerisi üzerine mahkemeye başvurunun kapsamı) belirlenirken bu iki husus arasında denge tesis edilmelidir. Özellikle pay sahibinin konuyla ilgili öğrendiği bilgiler çerçevesinde yeni soru formüle etmesine izin verilmemesi, onun sürekli bir sonraki genel kurula yönlendirilmesi, hülasa bilgilendirme sisteminin tamamını etkisiz hale getirebilir.

Özel denetimin konusu ikincillik bakımından değerlendirilirken, dikkat edilecek hususlardan bir diğeri de, pay sahiplerinin bilgi durumudur. Pay sahiplerinin bilgi talep ettikleri anda konuyla ilgili çok az bilgileri varsa, genel kurul sırasında veya sonrasında (öğrendikleriyle) bazı sonuçlara ulaşmaları veya bazı sonuçlar arasında bağlantılar kurmaları olasılığı vardır. Bu nedenle özel denetim istemi bağlamında ilk hedeften önemli ölçüde sapan detaylandırmalar veya düzeltmeler gündeme gelebilir²⁶.

Özel denetimin konusu önce kullanılan hakka göre belirlenirken somut olay çerçevesinde etkili olabilecek üçüncü bir husus da, ele alınan anonim ortaklığın yapısal özellikleri olabilir. Konuşma sürelerinin uzun tutulduğu, yönetim kuruluyla karşılıklı tartışma ortamının tesis edildiği ortaklıklarda, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması daha kolaydır. Örneğin küçük çaplı ve şahıs ögesinin ön planda olduğu bir anonim ortaklık genel kurulunda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanımı böyledir. Pay sahibinin devam eden sorularla sorusunu belirli bir düzeye indirgemek imkânı olabilecektir. Fakat büyük bir ortaklıkta karşılıklı bir tartışma çok da olanaklı olamaz. Zira bu tip ortaklıkların genel kurullarında müzakerelere katılma hakkının süre bakımından kısıtlanması gibi durumlarla karşılaşılabilir. Ayrıca böyle ortaklıklarda icabında pay sahiplerinin paylaşılan bilgiler

²⁴ Bu hususta bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

²⁵ Bkz. **Gabrielli**, s. 162.

²⁶ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 161.

üzerinde çalışmaları gerekebilir. Devam eden sorularını ortaya koymaları ancak daha sonra olanaklı olacaktır²⁷. Tartışma ortamının yetersiz olduğu, kısa söz sürelerinin tanındığı ortaklıklar bakımından özel denetim talebi önce kullanılan bilgi alma hakkıyla ilişkilendirilmek koşuluyla bazen onu aşar şekilde oluşturulabilir. Tartışma ortamının yeterli olduğu az pay sahipli ortaklıklar bakımından önce kullanılan bilgi alma hakkına bağlılık daha katı bir şekilde aranabilir.

cc. Sonuç ve Yasal Değişiklik Önerisi

Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, özel denetime yönelik karar önerisinin konusu belirlenirken somut olay büyük önem kazanır. Somut olayda, pay sahiplerine bilgi vermekle görevli olanların, özellikle yönetim kurulunun, hareket tarzı değerlendirilmelidir²⁸. Bilgi alma hakkının kullanımını karşısında yönetim kurulunun hiç bilgi paylaşmaması veya yetersiz bilgi paylaşması halinde, ikincilik koşulunun geniş bir çerçevede oluştuğunu kabul etmek gerekir. Çünkü artık, bilgi alma veya inceleme hakkının başarıyla kullanılmayacağı sabittir²⁹. Dolayısıyla yönetimin açık olan tutumu karşısında, pay sahibinin sırf bilgi alma hakkının devamındaki haklarını koruyabilmek için tüm olası soruları sormasını beklemek uygun olmayacaktır³⁰. Haliyle böyle bir durumda karar önerisi, ölçüsü daha geniş olan ikinci modele uygun bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir. Buna karşılık yönetimin açıklıkla bazı bilgileri vermesi ve sadece belirli alanlarda bilgiler vermemesi halinde, özel denetime ilişkin karar önerisinin bilgi verilmeyen bu alanlarla sınırlandırılması gerekmektedir³¹. Yönetimin yeterli bilgileri vermeye çalıştığı bu olasılıkta karar önerisinin ölçüsü sınırlanırken daha dar olan birinci görüşe yaklaşılabilir.

İsviçre hukukunda gündeme gelen bir değişiklik anılan soruna azınlık istemine dayanan özel denetim talepleri bakımından bir çözüm getirmeye çalışmaktadır. Buna göre, birinci olarak talep, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme hakkındaki sorulara ilişkin olmalıdır. Diğer taraftan da pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olması koşuluyla, özel denetim müzakereleri sırasında genel kurulda sorulan sorular da özel denetimin

²⁷ Bu konuda bkz. **Gabrielli**, s. 161-162.

²⁸ Bu bağlamda bkz. **Gabrielli**, s. 162.

²⁹ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 162.

³⁰ Benzer anlamda bkz. **Gabrielli**, s. 162-163.

³¹ Bu hususta bkz. **Gabrielli**, s. 163.

konusunu oluşturabilir³². Böylelikle bağdaştırıcı bir çözüm ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine de öğretide, bunun özel denetim bakımından gerçek anlamda bir kolaylaştırıcı değişiklik olmadığı eleştirisi vardır. Buna göre, söz konusu değişiklik günümüz uygulamasının açıklanmış halidir³³. Eğer İsviçre’de mevcut kural, özel denetim müzakerelerini de kapsayacak şekilde uygulanabiliyorsa, Türk hukuku bakımından da benzer bir esneklik tanınmalıdır. Ancak İsviçre’de planlanan yasa değişikliğinin bizim açımızdan da yapılması özel denetim ile bilgi alma ve inceleme hakkı arasındaki bağlantının ortaya konulması bakımından isabetli olabilir.

B. Gereklilik Koşulu ve Özel Denetimin Konusu Üzerindeki Etkisi

1. Gereklilik Koşulu

a. Tüm Pay Sahipliği Haklarını Kapsaması

TTK m. 438’e göre azınlık teşkil etsin etmesin her pay sahibi genel kuruldan özel denetim talep edebilir³⁴. Bu talebin konusu da TTK m. 438 çerçevesinde belirlenir. Genel kurulun özel denetime yönelik karar önerisini kabul etmesi, genel kurulda bir çoğunluk oluşmasına bağlıdır. Her ne kadar anonim ortaklıklarda çoğunluk ilkesi uygulanmakta olsa da çoğunluğun kabulü üzerine yapılacak bir özel denetim de konu bakımından belli sınırlara tâbidir. Bunlardan birisi gereklilik koşuludur. Buna göre, özel denetimin konusu, pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmalıdır.

Pay sahibinin anonim ortaklıklar hukukunun kendine bahsettiği hakları makul bir şekilde kullanabilmesi, ihtiyaç duyduğu hususlarda bilgili olmasını gerektirir³⁵. Bu nedenle TTK m. 438’de ifade edilmiş bulunan pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olma koşulu anlamlıdır ve özellikle oy hakkını kapsamaktadır³⁶. Ancak bu kapsam sadece oy hakkının kullanımıyla sınırlı değildir. Hükmün sistematik yorumundan hareketle gereklilik koşulunun sadece denetleme haklarını kastettiği sonucuna ulaşmak da yanlıtıcı

³² Bu bağlamda bkz. **Schnyder**, Orsolya Fercsik/**Weber**, Rolf H.: “Von der SOnderprüfung zur Sonderuntersuchung”, GesKR, Sondernummer, 2008, s. 114-115; **Schenker**, Urs: “Die Sonderprüfung - ein schwieriges Instrument”, GesKR, 1, 2019, s. 31.

³³ Bu hususta bkz. **Schenker**, s. 31.

³⁴ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 33, s. 405.

³⁵ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 2, s. 401.

³⁶ Bu hususta bkz. **Jänig**, s. 50. Hukukumuzda da oy hakkı özellikle vurgulanmaktadır (bu hususta bkz. **Değirmencioğlu Aydın**, s. 36; **Uçar Bulut**, s. 80).

olur³⁷. Malvarlıksal olan ve olmayan tüm pay sahipliği hakları gereklilik koşulunun oluşmasını sağlar³⁸. Bunlar arasında pay sahibinin paylarını devretme hakkı ve özellikle sorumluluk davası açabilme hakları da sayılmaktadır³⁹. Gereklilik koşuluna dâhil “pay sahipliği hakları” geniş yorumlanır⁴⁰. Bunlara yıllık hesapların onaylanmaması, yönetim kurulunun azli gibi hususların da dâhil olduğu öğretilerde ifade edilmektedir⁴¹. Ayrıca elde edilen bilgilerin haklı bir sebebin varlığına işaret etmesi durumunda haklı sebeple fesih davası açılabilmesi de mümkündür⁴². Bu da pay sahipliği haklarının içinde değerlendirilmelidir. Keza iptal davası açılması bakımından bir görüş oluşturması dahi gereklilik koşulu için yeterli sayılmalıdır⁴³. Gereklilik koşulu, özel denetleme talebiyle pay sahipliği haklarının kullanımı arasında maddi bir bağlantı aramaktadır. Böylelikle, ortaklığın sürekli olarak özel denetim yoluyla bilgi alma talebiyle karşı karşıya gelmesi de azalacaktır⁴⁴.

b. Gerekliliğin Ölçüsü ve İspatı

Gereklilik koşulunun ifade edilme biçiminin iki önemli sonucu beraberinde getirdiği belirtilebilir. Birincisi, özel denetim talebi mahkemeye bir

³⁷ Bilgi alma hakkıyla ilgili olarak İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Martinez**, Larissa Marolda: Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2006, s. 143.

³⁸ Yasada belirlenmiş tüm pay sahipliği hakları gereklilik koşulunun kapsamında olarak anlaşılmaktadır. Tespitte ilgili olarak bilgi alma hakkı bakımından İsviçre hukukunda bkz. **Martinez**, s. 143-144; **Jänig**, s. 50. Hukukumuz açısından bkz. **Özdamar**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, içinde: **Ulusoy**, Erol (ed), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014, s. 45-74, s. 53-54.

³⁹ Bu bağlamda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 39; **Martinez**, s. 144; **Böckli**, No: 50, s. 2270. Hukukumuzda sorumluluk davasına yönelik vurgu için bkz. **Narbay**, s. 304; **Pulaşlı**, C. I, No: 30, s. 1250; **Pulaşlı**, Hasan: “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemededen Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar - İsviçre Federal Mahkemesi'nin (133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara, 2010, s. 1878; **Özkan**, Ömer: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, (XX) 2, 1999, s. 37.

⁴⁰ Bkz. **Schenker**, s. 21. Türk öğretisinde, bilhassa sorumluluk davası açma, seçim ve oy haklarının kullanılması ya da kar dağıtım kararının butlanının talebi bakımından gerekli olması durumunda özel denetçi atanmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir (bkz. **Şener**, s. 523).

⁴¹ Örnekler için bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 26, s. 892.

⁴² **Altay**, s. 67.

⁴³ Bilgi alma hakkı bakımından İsviçre hukukunda bu yönde bkz. **Böckli**, No: 152, s. 1395.

⁴⁴ İsviçre hukuku bakımından bilgi alma hakkıyla ilgili olarak bu yönde bkz. **Martinez**, s. 141-142.

şekilde taşındığında bu gerekliliğin talepte bulunanlar tarafından ispatlanması gerekir. Bu da, pay sahiplerinin ilgili bilgiye olan menfaatlerini⁴⁵ ve bunun gerekliliğini kanıtlamaları anlamını taşır. Kullanılan “gerekli olma” ifadesinin etkisini burada göstereceği belirtilebilir. Buna göre, ispat faaliyetini yürüten pay sahibi, yalın iddialarla yetinmemelidir. Tam tersine bu bağlamda kendisinden meselenin ayrıntılı olarak özele indirgenmesi beklenmektedir⁴⁶.

Gereklilik koşulunun getirdiği ikinci önemli sonuç da gerekliliğin ölçüsünün belirlenmesi lüzumudur. Pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından özel denetimle ilgili talebin hangi noktada gerekli kabul edileceği önemlidir. Bu bağlamda, pay sahibinin almak istediği bilgi, makul ve ortalama bir pay sahibinin haklarını bilinçli olarak kullanması bakımından lüzumlu ise gereklilik koşulu sağlanmış kabul edilebilir⁴⁷. Özellikle genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi durumunda, söz konusu talebi mahkemeye taşıyan azınlık pay sahipleri (bkz. TTK m. 439), yukarıda değinilen birinci sonuç çerçevesinde talepte bulunurken, istenilen bilgiyle bunun gerekliliği arasındaki bağlantıyı özele indirgeyerek kuracaklardır. Talebin değerlendirilmesinde de bahsedilen ölçüye göre, talebin pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olup olmadığına karar verilecektir.

Gerekliliğin oluşup oluşmadığının denetlenmesinde pay sahibinin geçmişte haklarını nasıl kullandığı önem taşımaz. Örneğin, özel denetim isteminde bulunan kişinin ibra oylamasında olumsuz oy verip vermemesi ya da sorumluluk davası açıp açmamasının istem bakımından önemi yoktur⁴⁸.

c. Özel Bir Menfaat Koşulu Olması

Öğretide istem sahibinin güncel korunabilir bir hukuki menfaati olması gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu menfaat gereklilik koşulu içinde değerlendirilmektedir⁴⁹. Gereklilik koşulu bağlamında incelenen korunabilir hukuki menfaat, özel bir menfaattir. Pay sahibinin koşulun oluştuğunu de-

⁴⁵ İlgili bilgiye olan menfaatlerini pay sahiplerinin ispatlamaları gerektiği yolunda bkz. **Martinez**, s. 146.

⁴⁶ Bu doğrultuda bkz. **Kunz**, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001, dipn. 274, No: 73, s. 852-853. Karş. **Altay**, s. 68.

⁴⁷ İsviçre hukukunda bilgi alma hakkı bakımından bkz. **Forstmoser**, Peter: “Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs”, içinde: **Forstmoser**, Peter/**Druey**, Jean Nicholas (ed.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich, 1997, s. 94.

⁴⁸ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 892.

⁴⁹ Bu bağlamda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 38. Hukukumuzda bu yönde bkz. **Kaya**, s. 77; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 37; **Uçar Bulut**, s. 81; **Narbay**, s. 303; **Güven**, s. 149; **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 595-596; **Günay**, s. 157.

taylandırabildiği ölçüde detaylandırması beklenmektedir. Bunu da talep ettiği bilgiyi pay sahipliği haklarının kullanımıyla ilişkilendirerek yapacaktır.

Öğretide ifade edilen güncel korunabilir hukuki menfaat kavramını usul hukukundaki dava şartı olan dava açmadaki hukuki yarar ile karıştırmamak gerekir⁵⁰ (bkz. HMK m. 114/1 h). Örneğin verilen bilgiler ışığında açığa çıkarılacak olay tam anlamıyla aydınlanmış bulunuyorsa⁵¹, buna dava şartı yokluğuna bağlanan sonuçlar bağlanmalıdır (bkz. HMK m. 115). Her dava gibi özel denetim talebinde de talepte bulunanın buna yönelik bir hukuki yararı olmalıdır. Özel denetim talep edenin sorduğu soruların cevapları zaten bilinmekteyse hukuki yarar yokluğuna yönelmek gerekir⁵². Dolayısıyla gereklilik koşulunun incelenmesine de lüzum kalmaz.

Gereklilik koşulunda istenilen bilgiyle pay sahipliği haklarının kullanımındaki ilişki ortaya konulmaktadır. İlişkisi ortaya konulan haklar halen kullanılabilir olmalıdır. Başka bir ifadeyle söz konusu özel hukuki menfaat güncel olmalıdır. İstem sahibinin ilişki kurduğu hak, zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başka sebeplerle kullanılamayacak durumda olursa gereklilik koşulu oluşmayacaktır⁵³. Mesela, özel denetim talebini sadece iptal davası açma hakkıyla temellendirmeye çalışmak çoğu durumda yanlış olacaktır. Zira dava bitene kadar iptal davasının tâbi olduğu hak düşürücü süre dolacaktır⁵⁴.

2. Özel Denetim Konusu Üzerindeki Etkisi

a. Konuyu Sınırlandırmaması

Gereklilik koşulu, özel denetimin bir sınırı değildir. Ortaklığın durumunu değerlendirmek bakımından anlam ifade eden her husus özel dene-

⁵⁰ Bu bağlamda bkz. **Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland/(**Roth Pellanda**, Katja): OR Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016 Art. 697a, No: 12.

⁵¹ Öğretide, genel kurulda yönetim kurulu etraflıca bilgi paylaştıysa, özel denetime yer kalmayacağı ifade edilmektedir (**Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 30, s. 405; **Özkan**, s. 38). Hukukumuzda bu noktada dava şartı yokluğundan ziyade gereklilik koşulunun yokluğuna yönelinmektedir (bkz. **Uçar Bulut**, s. 82).

⁵² İsviçre öğretisinde Federal Mahkeme'nin bu yöndeki eğilimi hakkında bkz. **Schenker**, s. 28.

⁵³ Bkz. **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda)**, Art. 697a, No: 12; **Gabrielli**, s. 82; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi, s. 1878.

⁵⁴ İsviçre hukukunda bu anlama gelmek üzere bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509.

timin konusunu oluşturabilmektedir. Burada önemli olan özel denetim iste-miyle pay sahipliğinden kaynaklanan hakların kullanımı arasında bir bağ-lantı kurulabilmesidir.

Özel denetimin konusu ortaklığa ilişkin her husus olabilir. Ortaklığın ve bununla birlikte pay sahiplerinin ekonomik ve finansal durumunu etkileyebilece her şey özel denetim konusu olabilmelidir. Pay sahipliği haklarının kullanımıyla bağlantısı olmak koşuluyla ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkileri de özel denetimin konusu olabilir. Bu nedenle özel denetim sadece ortaklığın içine dönük olarak işletilmek zorunda değildir. Ayrıca gereklilik koşulu dar değerlendirilmemelidir. Dolayısıyla, gereklilik koşulu üzerinden, hakkın kullanılmasının aşırı şekilde sınırlandırılması olanaklı değildir⁵⁵.

b. Bilgi İle Pay Sahibi Arasında Konu Bakımından İlişki Kurma

Gereklilik koşulu değerlendirilirken, bilginin pay sahibiyle olan ilişkisi kurulmalıdır. Açığa çıkarılacak olan olaylar sadece rakiplerin⁵⁶ bilgiye yö-nelik menfaatine hizmet etmekteyse ya da sadece pay sahibinin merakının⁵⁷ giderilmesine yönelikse, bunlar gereklilik koşulu bakımından uygun değildir. Keza bu koşul sayesinde gereksiz ve keyfi konularda soruların yönetilme-sinin önlenildiği de öğretide belirtilmektedir⁵⁸. Özel denetim bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır ve sistemin amaçlarına uygun bir bilgi talebi olma-lıdır. Keza diğer pay sahipliği haklarında olduğu gibi özel denetim talebinde de pay sahibinin ortaklıktaki menfaatlerinin korunması esas alınmıştır. Yoksa diğer özel ya da kamusal menfaatlerin korunması hakkın kapsamında değildir⁵⁹.

Organ üyelerinin, çalışanların, pay sahiplerinin şahsi ilişkileri, pay sa-hipliği haklarının kullanılmasyla özel denetim arasındaki bağlantıyı sağla-maz. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin aldıkları huzur hakları, ikramiye, prim ve ücretler özel denetimin konusunu oluşturabilir. Ancak üyelerin bun-

⁵⁵ Bkz. **Gabrielli** s. 97.

⁵⁶ **Günay**'a göre: "İhtiyaç duyulan bilgi bir rekabet yaratacaksa (ki bu durumda bilgi şirket tarafından verilmek istenmeyecektir) haklarını kullanması için bağlantılı olsa bile pay sahibi bu konuda özel denetim isteme hakkını kullanamaz" (bkz. **Günay**, s. 159).

⁵⁷ Pay sahibinin salt merakı yeterli değildir. Bu yönde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 28, s. 404; **Uçar Bulut**, s. 80; **Pulaşlı**, C. I, No: 30, s. 1250; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemenen Özel Denetim İstemesi, s. 1878; **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 596; **Özkan**, s. 38.

⁵⁸ Bkz. **Pulaşlı**, Mukayeseli Hukuk, s. 595

⁵⁹ Son iki hususla ilgili olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40.

ların vergilerini ödeyip ödemedikleri gibi hususlar özel denetimin konusu olmaz⁶⁰.

Özel denetim pay sahipliği haklarının kullanılmasına yönelik bilgilendirme amacı taşıdığından, özel denetim hükümlerinin amaçlarına aykırı talepler de bu çerçevede engellenmiş olur. Bazen ortaklığın durumunun değerlendirilmesi bakımından önem taşıyan olaylar söz konusu olabilir. Bu durumlarda dahi, özel denetim isteminin pay sahipliği haklarının kullanılmasıyla ilişkilendirilebilmesi gerekir⁶¹. Söz konusu koşulun hakkın kötüye kullanılması teşkil eden sorular için aranması söz konusu olmaz⁶². Çünkü böyle istemler zaten yasanın özel denetimin öngörme amacına ve MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Yalnız hakkın kötüye kullanılması sonucuna ulaşılmasının da kolaylıkla kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Örneğin, meşru bir amacın yanında, ortaklık tarafından iddia edilen başka amaçların da takip edilmesi söz konusuysa, öğretide buna rağmen koşulun sağlandığı kabul edilmektedir⁶³.

C. Belirlilik Koşulu: Konunun Belirli Olaylardan Oluşması

1. Olay Kavramı

a. Vakıalar Bütünüünün Ortaya Çıkarılması

Özel denetimin konusunu “belirli olaylar” oluşturur. Bu şart, talebin bir veya birden çok belirli, somut, açıkça tanımlanmış olayı içermesini zorunlu hale getirmiştir⁶⁴. Olay tabiriyle ifade edilmek istenen husus bir vakıalar bütünüdür. Zira öğretide belirtildiği üzere, özel denetim raporu, pay sahiplerinin sorguladığı olayı doğru değerlendirmelerini mümkün kılan, vakıalara odaklanmış açıklayıcı bir rapordur⁶⁵. Bu vakıalar, sözleşme içeriği, indirimler, akraba ilişkileri gibi vakıalardır⁶⁶. Ortaklık işlerini ilgilendiren hususlar özel denetime ilişkin olay kavramı içinde yer alır. Yoksa bir sektörün piyasa

⁶⁰ Bu hususlarda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40.

⁶¹ Bu bağlamda bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 891.

⁶² Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 40-41; **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 25, s. 891-892.

⁶³ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 41. Tabii bu bağlamda, ispat faaliyetinin ortaklık tarafından yürütüleceği ve bunun zor olabileceği noktasında aynı yerde bkz. dpn. 247.

⁶⁴ Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp)**, C. 2, s. 65.

⁶⁵ “Açıklayıcı rapor” tabiri hukukumuzda da kullanılmaktadır. Bu bağlamda bkz. **Pulaşlı**, C. I, No: 29, s. 1250; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi, s. 1878; **Günay**, s. 150.

⁶⁶ **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 16, s. 889.

durumu ile ilgili genel bir araştırma yapılması gibi hususlar özel denetim bağlamında olay teşkil etmez⁶⁷.

TTK m. 438'in olaylar olarak ifade ettiği vakıalar bütününe çoğunlukla ortaklık yönetiminin eylem ve işlemleri oluşturur. Buradan sağlanacak bilgi, özellikle ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmelidir⁶⁸. Ancak dış ilişkide etkili olan olayların içerikleri de pay sahiplerinin haklarının kullanılmasını ilgilendirdiği ölçüde özel denetimin konusu olabilir. Örneğin, sözleşme taraflarının, rakiplerin veya müşterilerin davranışlarını ilgilendiren sorular sorulamaz. Buna karşın hâkim pay sahibinin ilişkileri olan bir ortaklığa, çok düşük bir fiyattan ürün satılması halinde, söz konusu ürünlerin ilgili işletmeye hangi fiyat üzerinden satıldığı sorulabilir. Zira bu durum ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmektedir. Ancak söz konusu ürünlerin piyasa değeri, özel denetimin konusunu oluşturamaz⁶⁹.

Özel denetimin konusunu teşkil edecek vakıalar bütünü, özellikle yönetsel olayların denetlenmesini amaçlar. Bu husus Alman hukuku bakımından AktG § 142 ile vurgulanmaktadır. Söz konusu yönetsel olaylar geniş olarak anlaşılmalıdır. Buna, organizasyonel tedbirler veya bir işin hazırlık tedbirleri gibi ortaklık içi olaylar da girmektedir⁷⁰. Keza yönetime ilişkin olaylar icra edilebileceği gibi ihmali de olabilir⁷¹. Alman hukukunda yönetime ilişkin olaylara benzer olarak yönetim ifadesi de geniş⁷² anlaşılmakta, yönetim kurulu veya tasfiye memurlarının tüm eylemleri bu çerçevede değerlendirilmektedir. Hatta yönetim kurulunun işlerin yürütümüyle ilgili görevlendirdiği ortaklık çalışanları da bu kapsamda dikkate alınmaktadır⁷³. Aynı hususlar hukukumuz açısından da kabul edilebilir.

⁶⁷ Bu hususlarda özel denetim talep edilemeyeceği noktasında bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 23, s. 890; **Narbay**, s. 305; **Uçar Bulut**, s. 83; **Günay**, s. 154; **Pulaşlı**, C. I, No: 29, s. 1250; **Güven**, s. 148; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemededen Özel Denetim İstemesi, s. 1877.

⁶⁸ Özel denetimin konusunu özellikle ortaklık içi vakıaların teşkil ettiği doğrultusunda bkz. **Şener**, s. 523.

⁶⁹ Bu bağlamda bkz. **Schenker**, s. 20-21.

⁷⁰ Bkz. **Hopt**, Klaus J./**Wiedemann**, Herbert/(**Bezenberger**, Gerold): Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 2008, § 142, No: 11.

⁷¹ Bkz. **Bürgers**, Tobias/**Körber**, Torsten/(**Holzborn**, Timo/**Jänig**, Ronny): Aktiengesetz-Heidelberger Kommentar, Heidelberg, 2011, § 142, No: 6.

⁷² Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 6.

⁷³ Bkz. **Hopt/Wiedemann/(Bezenberger)**, § 142, No: 11. Buna Eski TTK dönemine ilişkin Türk öğretisinde de işaret edilmiştir (bkz. **Aday**, Nejat: "Anonim Şirkette Özel Denetçi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul, 1995, s.33).

b. Değerlendirme Yapılamaması

Özel denetimin konusu, olayların açığa çıkarılmasıdır. Olayların değerlendirilmesi özel denetimin konusuna girmez⁷⁴. Gerçekten de İsviçre hukukunda gündeme getirilen bir değişiklikte kurumun adı, doğasına da uygun olarak “özel araştırma” şeklinde değiştirilmektedir⁷⁵. Böylelikle özel denetçinin faaliyetinin, denetçinin faaliyetiyle karıştırılmasının önüne geçileceği öğretilerde belirtilmektedir⁷⁶. Açığa çıkarılan olayları değerlendirmek pay sahibinin ya da hâkimin meselesidir⁷⁷. Bu hususta lafzî bir karşılaştırma yapmak da mümkündür. Alman hukukunda AktG § 142/1, belirli olayların denetlenmesi için özel denetim kurumunu öngörmüşken, hukukumuzun da takip ettiği İsviçre sisteminde, OR m. 697a belirli olayların açığa çıkarılması için özel denetimi öngörmüştür. TTK m. 438 de buna paralel olarak düzenlenmiştir. Özel denetimin konusu bu nedenle olayların değerlendirilmesinden ziyade, vakıaların ortaya çıkarılmasıdır. Özel denetim ile bilgi verilir ve ortaklıktaki şeffaflık bu yolla sağlanır. Özel denetçi hukukiliği değerlendiremediği gibi fırsatlardan faydalanılıp faydalanılmadığını da değerlendiremez⁷⁸. Bu nedenle özel denetçinin olaylar içindeki vakıaları ortaya çıkarıp sunacağı, bunları değerlendirmeyeceği belirtilebilir. Dolayısıyla özel denetimin konusu aslında denetleme veya değerlendirme değil, bir araştırmadır. Özel denetim yolu gerçekleri ortaya çıkarmak amacıyla işletilmelidir. Açıklanan veya ortaya çıkarılan hususların pay sahiplerinin araştırılan olayla ilgili doğru bir kaniya ulaşmalarına müsait⁷⁹ olması gerekir. Sonuç olarak özel denetimin konusunu, olaylar, özellikle üstü kapalı bazı olayların açığa çıkarıl-

⁷⁴ Bu yönüyle ayrıca bkz. **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 507.

⁷⁵ İsviçre hukukunda bu yönde değişiklik tasarısı ve gerekçelerinin iki kez resmîyet kazandığını belirtmek mümkündür. 21.12.2007 tarihli tasarısı 18.3.2008 tarih ve 11 sayılı İsviçre Resmî Gazetesi’nde (BBI 2008 1589) s. 1589 vd. yer almaktadır (Erişim için: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2008/1589.pdf>, E.T. 22.10.2019). Yine aynı yönde 23.10.2016 tarihli tasarısı, 31.1.2017 tarih ve 4 sayılı İsviçre Resmî Gazetesi’nde (BBI 2017 399) s. 399 vd. yer almaktadır. Son kaynakta özellikle bkz. s. 543 (Erişim için: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf>, E.T. 22.10.2019).

⁷⁶ Bkz. **Schnyder/Weber**, s. 115; **Schenker**, s. 30. Sonuncu yazar isim değişikliğinin pay sahiplerinin hakları bakımından bir önem arz etmediğini de belirtmektedir.

⁷⁷ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 44; **Horber**, No: 1146, s. 372. Değerlendirme yapılamayacağı noktasında ayrıca bkz. **Narbay**, s. 304; **Uçar Bulut**, s. 85.

⁷⁸ Bu hususlarda bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 44.

⁷⁹ Gerçekten de öğretilerde, raporun talep sahiplerini bilinçle karar verebilecek bir konuma getirmesi gerektiği belirtilmektedir (bu hususta bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 79, s. 411). Keza benzer olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, No: 17, s. 44.

ması oluşturmaktadır. Özel denetçiden meselenin değerlendirilmesi istenmemelidir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin kazanç payının makul bir miktar olup olmadığı ya da bunun TTK m. 512 çerçevesinde geri istenip istenemeyeceği gibi sorular sorulamamalıdır⁸⁰. TTK m. 440/2 uyarınca hâkim, özel denetimin konusunu belirlerken, kararını buna uygun vermelidir.

Özel denetçinin özel denetim konusuyla ilgili olarak yorum yapmayacağı, sadece olayları açıklayacağı şeklindeki tespit, özel denetçinin olayı oluşturan vakıalar arasındaki ilişkileri yahut anlamsal bağlantıları ortaya koymayacağı anlamına da gelmez. Dolayısıyla özel denetçi vakıaları sadece arka arkaya dizmez, olayı oluşturan unsurlar arasındaki bağı da raporunda gösterir⁸¹. Bu bir değerlendirmeden ziyade, araştırma sonucunda ortaya çıkan verilerin, anlaşılabilir hale getirilip bilgi formuna sokulmasıdır. Sonuçta özel denetim kurumu, ikincillik özelliği de dikkate alınırca, anonim ortaklıklara özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Ancak bu mesele özel denetimin konusundan ziyade özel denetçinin raporunu hazırlamasıyla ilgili olduğu için çalışma kapsamında detaylı olarak incelenmeyecektir.

Hukukî sorunlar özel denetimin konusunu oluşturmaz. Talep sahiplerine, kimin hangi sözleşmeleri yaptığı veya kimin hangi meblağları aldığı gibi, fiili meseleler aktarılmalıdır. Bunun amacı, talep sahibinin devamında başka hukuki adımlar atıp atmayacağına karar vermesinde kolaylık sağlamaktır⁸². Özel denetimin konusunu somut olayda vakıaların hukuka uygun olup olmadığı oluşturamaz. Ancak hangi yönetim kurulunun hangi eylemi yaptığı ve oluşan zararın bu eylemin doğal bir sonucu olup olmadığının tespiti özel denetçiden istenebilmelidir. Hatta zararın miktarı da konuyu oluşturabilmelidir⁸³. Ancak eylemin hukuka aykırılığını ve hukuki olarak zararlar arasında illiyet bağı kurulup kurulamayacağını tespit etmek hâkimin görevidir. Keza özel denetimin konusu yönetim kurulu üyelerinin kusuru sonucu bu zararın oluşup oluşmadığının tespitini de kapsamaz⁸⁴. Zira bu da hukukî bir değerlendirme teşkil eder.

⁸⁰ İsviçre hukukunda huzur hakkı bağlamında bkz. **Schenker**, s. 20.

⁸¹ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 16, s. 889-890.

⁸² Bu hususta bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46; **Casutt**, Was brachte die Sonderprüfung, s. 509. Özel denetimin hukukilik denetimine dönüşmeyeceği konusunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 26, s. 404; **Değirmencioğlu Aydın**, s. 35; **Pulaşlı**, C. I, No: 9, s. 1245; **Narbay**, s. 304; **Özkan**, s. 37; **Güven**, s. 148; **Günay**, s. 153.

⁸³ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46.

⁸⁴ Bu anlama gelmek üzere bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 46.

Özel denetçi, organların takdiri kararlarını veya işletmesel kararların yerindeliğini ya da amaca uygunluğunu yargılayamaz⁸⁵. Örneğin bir edimin karşı edime uygunluğu gibi hususlar özel denetimin konusu haline getirilemez. Yine öğretide ücretlerin ya da maaşların uygun olup olmadığı hususunun özel denetimin konusunu oluşturamayacağı belirtilmektedir. Özel denetçi bu noktada ancak ilgili ücret ya da maaşları gösterebilecektir. Bunların hukuka uygun olup olmadıklarının denetimi, hâkimin karar vereceği bir husustur⁸⁶. Özetle, özel denetimin bir yerindelik ya da hukukilik denetimine dönüştürülmemesi gerekmektedir. Bu sınır gözetilerek özel denetçi talebinde bulunulmalıdır. Aksi halde konu bakımından özel denetimin olayları açığa çıkarma işlevi aşılmış olur.

2. Olayların Belirli Olması

Yasaya göre, sadece belirli olayların açıklanması için özel denetim talebinde bulunulabilir. Farklı ifade etmek gerekirse, açıklanması istenen vakıalar bütünü sınırlandırılmalıdır. Türk öğretisinde de belirli olaylar ile kastedilenin içeriği ve sınırları belli olan genel nitelik taşımayan somutlaştırılmış olaylar olduğu ifade edilmektedir⁸⁷. Başka bir ifadeyle, sadece sınırlandırılabilir ve somut olaylar özel denetimin konusunu oluşturabilir. Bu nedenle özel denetim, ortaklık yönetiminin genel olarak araştırıldığı bir kuruma dönüştürülemez. Keza işletme politikasının genel incelemesi özel denetimin konusunu oluşturamaz⁸⁸. Özel denetim konusunun belirli olması, konunun maddi ve zamansal açıdan sınırlandırılması anlamını taşır⁸⁹. Belirlilik nedeniyle zaman bakımından sınırlı olsa da maddi anlamda sınırlandırılmamış vakıalar özel denetimin konusunu oluşturamaz. Belirlenmiş bir faaliyet dönemi için yönetimin yaptığı işlerin araştırılması özel denetimin konusunu oluşturamaz⁹⁰. Yine uzun bir zaman dilimi içinde yönetimin aldığı esaslı

⁸⁵ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 17, s. 890; özel denetimin yerindelik denetimine dönüşmeyeceği konusunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 35, No: 26, s. 404; **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47; **Pulaşlı**, C. I, No: 9, s. 1245; **Narbay**, s. 304; **Özkan**, s. 37; **Güven**, s. 148.

⁸⁶ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47. Benzer olarak bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 17, s. 890.

⁸⁷ **Değirmencioglu Aydın**, s. 34; **Güven**, s. 149; **Kaya**, s. 77; **Pulaşlı**, Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemededen Özel Denetim İstemesi, s. 1877.

⁸⁸ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 47; **Jänig**, s. 50; **Hopt/Wiedemann/(Bezenberger)**, § 142, No: 12; **Horber**, No: 1147, s. 372.

⁸⁹ Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 3.

⁹⁰ Eski TTK döneminde de benzer sonuca ulaşılmıştır. “Özel inceleme eksiklik bulmak amacıyla büyükçe işlem alanının araştırılmasına hizmet etmez” (**Özkan**, s. 37). Benzer

nitelikteki tedbirlerin denetimi gibi bir konu, belirlilik kıstasını karşılamayacaktır⁹¹. Örneğin, beş yıllık bir süre içinde yönetim kurulunun yüz bin Türk Lirası'nı aşan işlemlerinin neler olduğu veya nakit sıkışıklığını gidermek için ne tür önlemler aldığı gibi sorular belirlilik kıstasını karşılamaz.

Yasanın belirlilik ilkesi karşısında yılsonu finansal tablolarının tamamının özel denetimle incelenmesi olanaksızdır⁹². Çünkü bu tablolarda ortaklığın tüm işlemleri ya da belirsiz sayıda iş yer almaktadır⁹³. Öğretide özel denetçinin görevinin finansal tabloların kurallara uygunluğunu denetlemek olamayacağı belirtilmektedir⁹⁴. Birleşme sözleşmeleri, şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği, yapılan indirimler, yönetim kurulu üyelerinin davranışları, ortaklığa katılımlar, şirket çalışanlarının akrabalık ilişkileri ve şirketin işleyişindeki rolü gibi örnekler ise uygun örnekler olarak Türk ögre-

yönde bkz. **Pashı**, Ali: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 620.

⁹¹ Bkz. **Bürgers/Körber/(Holzborn/Jänig)**, § 142, No: 3.

⁹² Bu, uygulamamızda da kabul edilmektedir. Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bir karardan, yerel mahkemenin metinde anılan şekilde hüküm tesis ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre, "Mahkemeye, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca; davacı E. T. vekili A. S. K.'ın A... Alüminyum Tic. San. Tic. A.Ş. 2010 yılı faaliyetine dair 12.5.2011 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantıda şirket hesap kayıtlarının soyut ifade ile özel denetçi tarafından incelenmesi talep ettiği, talebe dayanak bilgi ve belgelerin bulunmadığı, şirketin 2010 yılına ait yönetim kurulu faaliyet raporu ile denetçi M. A. tarafından sunulan denetim raporunun genel kurula sunulduğu, genel kurul toplantısında davacı vekilinin özel denetçi atanması talebinin reddedildiği, TTK'nın 438. maddesinde, özel denetim isteme hakkının bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmamışsa belirli olayların özel bir denetim ile açıklığa kavuşturulması gerektiği hallerde söz konusu olduğunun ifade edildiği, davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir" (karar için bkz. Yargıtay, 11. HD., 2013/16879 E., 2014/11122 K., 11.6.2014 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, E.T. 11.2.2019)

⁹³ Eski TTK döneminde verdiği bir kararda Yargıtay, 11. HD., 2000/6576 E., 2000/8928 K., 14.11.2000 T. (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, E.T. 4.4.2019) 1997 ve 1998 tarihli bilançoların gerçeğe aykırı düzenlendiği iddiasıyla bu yıllar için inceleme yapılmak üzere özel denetçi atanması talebini reddeden yerel mahkeme kararını onamıştır. Karara göre: "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve esasen dava konusunu teşkil eden davalı şirketin 13.4.1999 tarihli genel kurul toplantısındaki özel denetçi tayinine ilişkin istek genel nitelikte olup, TTK.nun 348.maddesinde öngörülen unsurları taşımamakla bu talebin genel kurulca reddolunmasında yasaya aykırılık görülmediğinden mahkemeye davanın reddine ilişkin karar yerinde görülmele davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmektedir".

⁹⁴ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 49.

tisinde vurgulanmaktadır⁹⁵. Keza, şirket ile ilgili belli olayların, ihalelerin, projelerin, inşaatların yapımı ve akıbeti hakkında pay sahiplerinin bilgi sahibi olabilmeleri için söz konusu müessesenin tahsis edildiği de ifade edilmektedir⁹⁶.

Belirlilik ibaresi dar bir şekilde de yorumlanmamalıdır⁹⁷. Bunun nedeni talepte bulunan pay sahibinin konuyu tam olarak belirleyebilecek bilgiden yoksun olmasıdır. Aslında genel olarak dar-geniş yorum ikileminden çok, burada olası bir davada hâkimin ispat ölçüsünü düşürmesi etkin bir yol olarak kabul edilmelidir. Ancak belirsizliklerin arttığı ve pay sahiplerinden detay beklenmesinin zorlaştığı durumlarda konunun belirli olmasına yönelik ilkeden kısmen taviz verilebileceğini de kabul etmek gerekir. Bu hususta örnek olarak kuruluş işlemleri verilebilir. Şirketin kuruluş döneminde yapılan tüm işlemlerin araştırılıp ortaya çıkarılmasına yönelik bir talep, zamansal ve maddi açıdan uygun bir kısıtlama olarak kabul edilebilir. Bu nedenle özel denetimin konusunu oluşturabilir⁹⁸.

III. AZINLIĞIN MAHKEMEDEN ÖZEL DENETİM TALEBİNİN KONUSU

A. Ön Açıklama: Sorumluluk Davasından Bağımsızlık

Genel kurul, pay sahiplerinin özel denetim talebini reddederse, TTK m. 439/1 uyarınca azınlığın mahkeme yoluyla özel denetim talep edebilmesinin önü açılır. Fakat azınlığın mahkemedен özel denetim talebi TTK m. 438'deki koşullara ek bazı koşulları da gerektirmektedir⁹⁹. TTK m. 439/2'den açıkça anlaşılacağı üzere özel denetimin konusu da bu yeni durumdan etkilenmektedir. TTK m. 439/2 özel denetimin konusu bakımından iki maddi koşulu düzenlemektedir. Birincisi özel denetimin konusu, ortaklık kurucu ya

⁹⁵ Değirmencioğlu Aydın, s. 35; Uçar Bulut, s. 84.

⁹⁶ Özdamar, s. 54.

⁹⁷ Uçar Bulut, s. 83.

⁹⁸ Bu hususta özellikle bkz. Casutt, Sonderprüfung, s. 49; Jänig, s. 50. Eski TTK döneminde hukukumuz öğretisinde kuruluş işlemlerinin incelenmesi gibi bir özel denetim talebinin yasaда geçen "muayyen hususlar" ifadesine aykırı olacağı ifade edilmiştir (bkz. Paslı, s. 620; Moroğlu, Erdoğan: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", içinde: Moroğlu, Erdoğan, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 66). Buna karşın TTK Tasarısı ve TTK'ya yönelik çalışmalarda, özel denetçiye kuruluş ve sermaye artırımı süreçlerine ilişkin daha geniş bir hareket kabiliyetinin tanınması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. Narbay, s. 305; Kaya, s. 77).

⁹⁹ Bu husus ikincillik koşuluyla ilgilidir ve Türk hukukunda tartışmalıdır. Tartışmalar ve kabul ettiğimiz görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda II/A/1.

da organlarının kanun veya esas sözleşmeyi ihlâl etmesine ilişkin olmalıdır. İkincisi ortaklık veya pay sahiplerinin zarara uğradıkları ikna edici şekilde ortaya konulmalıdır.

TTK m. 439/2'nin denetimin konusuna ilişkin olarak çizdiği çerçeve, özel denetim kurumunun özellikle yönetim kurulu üyeleri ve kurucuların sorumluluğuyla olan yakın ilişkisini yansıtmaktadır. Bu nedenle azınlığın özel denetim talebinin sadece sorumluluk davalarıyla mı ilişkilendirilmesi gerektiği sorunu akıllara gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, öğretide, özel denetimin bağımsız bir hak olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰. Dolayısıyla TTK m. 439/2, azınlığın sadece sorumluluk davasına yönelik bir istemi varsa özel denetim talep edebileceği şeklinde anlaşılabilir. Özel denetim ve sorumluluk davası birbirine bağlanabilir. Ancak bu bağlantı zorunlu değildir¹⁰¹.

B. Kurucuların veya Şirket Organlarının Kanunu veya Esas Sözleşmeyi İhlâl Etmesi

Azınlığın mahkemeden talebi halinde özel denetime konu olacak olayın, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal eden bir karakteri olmalıdır. Azınlık ancak böyle bir ihlali konu alan olay hakkında özel denetim talep edebilir. Söz konusu ifadenin genel kurul kararlarının iptaline yönelik TTK m. 445 ile paralel olduğu belirtilebilir.

TTK m. 439'da belirtilen "kanun" kavramından tüm hukuk düzeni anlaşılmalıdır. Bu nedenle genel hukuk kurallarına ya da anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkelerine olan aykırılıkların da söz konusu kapsamda değerlendirileceği öğretide ifade edilmiştir¹⁰². Anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin olanların yanında genel ve soyut nitelikli tüm kamusal düzenlemeler ifadenin kapsamındadır¹⁰³. Mesela Eski TTK döneminde çevre ile ilgili mevzuata aykırılıklar nedeniyle özel denetimin mümkün olduğu ve "kanun" tabirinin içinde değerlendirileceği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Tabiidir ki, öncelikle söz konusu olan anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin kurallardır.

¹⁰⁰ Casutt, Sonderprüfung, s. 51.

¹⁰¹ Casutt, Sonderprüfung, s. 52; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 35, No: 20, s. 403. Türk öğretisinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası ile özel denetimin sıkı bir bağlantı içinde olduğu belirtilmektedir. Özel denetimin, sorumluluk davasının etkin bir silahı olduğu ifade edilmektedir (bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Tekinalp), C. 2, s. 63).

¹⁰² Bkz. Casutt, Sonderprüfung, s. 52; Jänig, s. 59.

¹⁰³ Bkz. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda), Art. 697b, No: 9.

¹⁰⁴ Bkz. Aday, s. 33. Aynı dönemde, yürürlükteki tüm kanun hükümlerine aykırılığın madde kapsamına gireceği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Pashi, s. 628-629.

Anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkeleri de “kanun” ifadesinin içinde kabul edilmektedir. Öğretide “hakların sakınılarak kullanılması” ilkesi buna örnek olarak verilmektedir¹⁰⁵. Keza esas sözleşmeyi ihlal eden olaylar da özel denetimin konusu olmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle özel denetim talep edilebilmesi mümkündür. Keza istem sahipleri organların pay sahipliği haklarını hukuka aykırı şekilde kısıtladıklarını, özellikle eşit işlem ya da hakların sakınılarak kullanılması ilkelerine aykırı davranıldığını öne sürebilirler. Fakat örneğin yönetim kurulunun ortaklığın menfaatlerini amaca uygun şekilde koruyamadığı gibi bir olayın ortaya konulması özel denetime mahal verecek türden bir olay değildir¹⁰⁶. Zira özel denetimde amaç olayların açığa çıkarılmasıdır. Bu bağlamda, özel denetim bir yerindelik veya amaca uygunluk denetimine dönüştürülemez¹⁰⁷.

Kanun ya da esas sözleşmeye aykırı olay icraî de ihmali de olabilir. Yalnız kanun ya da esas sözleşmeye aykırılık bir organdan veya kuruculardan kaynaklanmalıdır. Burada, organ kavramının maddi anlamda organı kapsadığını kabul etmekte fayda vardır¹⁰⁸. Özellikle hâkim pay sahibinin durumu TTK m. 439/2 kapsamında dikkatle değerlendirilmelidir. Eğer hâkim pay sahibi maddi anlamda organ¹⁰⁹ olarak nitelenebilecek durumdaysa

¹⁰⁵ Bu bağlamda bkz. **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(Roth Pellanda)**, Art. 697b, No: 10.

¹⁰⁶ Örneklerle ilgili olarak bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 53; **Jänig**, s. 59.

¹⁰⁷ Bu hususta bkz. II/C/1/b.

¹⁰⁸ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 53; **Jänig**, s. 59-60.

¹⁰⁹ Organ kavramı öğretide değişik kıstaslara göre tasnif edilmektedir. Organ, biçimsel kıstaslardan hareketle değerlendirildiğinde, şekli anlamda organ; maddi kıstaslardan hareketle değerlendirildiğinde, maddi anlamda organ veya fiili organ olarak sınıflandırılabilir. Türk öğretisinde bu ayırım şu şekilde vurgulanmıştır: “Organ sıfatı, kural olarak kanun veya tüzel kişinin kuruluş senedi (örneğin, derneklerde tüzük, ticaret ortaklıklarında esas sözleşme ve vakıfta vakıf senedi) veya bunlara dayanılarak hazırlanan iç yönetmelikler veya yüksek bir organın, örneğin genel kurulun kararlarından kaynaklanır. Buna “biçimsel kıstas” adı verilir. Bununla beraber, organ sıfatının kazanılması için mutlaka böyle biçimsel kıstasın gerçekleşmiş olması şart değildir. Doktrin ve uygulamada organ sıfatının belirlenmesi bakımından maddi kıstaslara da ağırlık tanınmakta ve bu suretle tüzel kişiye ait önemli fonksiyonlar bir kişi veya kurul tarafından bağımsız olarak ve süreklilik gösteren bir biçimde yerine getiriliyorsa, bunların da (biçimsel kıstas gerçekleşmiş olmasa dahi) organ sayılması mümkün olmaktadır” (alıntı için bkz. **Akünel**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995). Maddi anlamda veya fiili organı, şekli anlamda organdan ayıran “en önemli kıstas, fiili organın kanunda veya ana sözleşmede yer almamasına veya şirketin iç işleyişinde herhangi bir yetki ve görevlendirme yapılmamasına rağmen fiilen iradenin teşekkülüne veya idare ve

hükmün kapsamında ona bağlanabilen olaylar da değerlendirilmelidir. Keza kanun ya da esas sözleşmeyi ihlal eden olay, ortaklığın bir çalışanından kaynaklanabilir. Bu durumda yönetim kurulunun üst gözetim görevi nedeniyle denetiminde olması gereken kişilerden bahsedilebiliyorsa (örneğin bkz. TTK m. 375/1 e), söz konusu olay yönetim kuruluyla da ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla bu koşulla ilgili hususların özel denetimin konusu haline getirilebilmesi mümkündür.

C. Ortaklığın ya da Pay Sahiplerinin Zarara Uğraması

Özel denetimin konusu olacak olayın salt esas sözleşme veya kanunu ihlali etmesi yeterli değildir. Ayrıca ortaklığın veya pay sahiplerinin zarara uğraması gerekir. Burada zarar ile ifade edilmek istenen, malvarlığının rıza dışı olarak azalmasıdır¹¹⁰. Türk hukukunda, borçlar hukuku öğretisine atfla, zarar, ortaklığın veya pay sahibinin malvarlığında, istemeden meydana gelen bir azalma veya borçlarında artış ya da uğradığı kazanç kaybı olarak ifade edilmektedir¹¹¹. Ortaklığın doğrudan zararı ve bu sebeple pay sahibinin dolaylı zararı hükmün kapsamındadır. Türk öğretisinde, genel olarak ortaklığın gördüğü doğrudan doğruya zararın, ortaklar ve alacaklılar yönünden dolaylı zarar olacağı ifade edilmektedir¹¹². Örneğin, spekülâtif krediler açılması veya ortaklık vasıtalarının ortaklık amacı dışında kullanılması gibi sebeplerle ortaklığın bir zararı oluşursa, bu, pay sahiplerinin de dolaylı zararı anlamını taşımaktadır¹¹³. Ayrıca pay sahiplerinin doğrudan zararları da düzenlemenin kapsamı içinde yer almaktadır¹¹⁴. Pay sahibinin doğrudan zararı, yönetim kurulu üyelerinin eylemleri neticesinde ortaklığın zararından bağımsız olarak pay sahibinin uğradığı zarardır¹¹⁵. Buna karşılık üçüncü kişilerin zarar gör-

temsil görevlerine katılmalarıdır. Bu kimseler idare ve temsil ile görevli organlara özgü işlevleri, şirketin bu yönde bir düzenleme veya kararı olmadığı halde icra ederler” (alıntı için bkz. **Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012, s. 240).

¹¹⁰ Bkz. **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697b, No: 7, s. 897.

¹¹¹ Bkz. **Güven**, s. 155.

¹¹² Bu yönde bkz. **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin/(Çamoğlu, Ersin): Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul, 2014, s. 397.

¹¹³ Bu hususta bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Çamoğlu)**, C. 1, s. 397.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 54.

¹¹⁵ Örneğin, “bir kimsenin, kanuna aykırı olarak düzenlenmiş bilançoya güvenerek pay sahibi olması veya paylarını elden çıkarması, sermaye artırımında ortakların yeni pay alma haklarının ihlâl edilmesi, bir ortağın payının kanuna aykırı şekilde iptâli veya sermaye payına uygun temettü hissesi ödenmemesi” böyledir (kavram ve örnekler için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(Çamoğlu)**, C. 1, s. 399).

müş olması düzenleme bakımından özel denetimin konusu olamamaktadır¹¹⁶. Üçüncü kişiler alacaklılar veya birlikte iş yapılan kişiler hatta Devlet de olabilir. Bu durumda yönetim kurulunun gelirini düzgün vergilendirmemiş olması ikna edici şekilde ortaya konulsa dahi özel denetimin konusu olmaz¹¹⁷.

Kanunun lafzı, zararın hali hazırda var olmasını aramaktadır. Dolayısıyla azınlık gelecekte doğacak veya doğması muhtemel zararlar için özel denetim yoluyla bir araştırma talep edememektedir¹¹⁸. Başka bir ifadeyle, genel kurulun özel denetim talebini reddi halinde, azınlığın talebine konu olacak olayın aynı zamanda ortaklığa zarar vermiş bir olay olması gerekmektedir. Lafzın bu açıklığı öğretide eleştirilmektedir¹¹⁹. Yasanın söz konusu lafzı azınlığın zararı önlemek üzere özel denetim aracılığıyla müdahale edebilmesi yolunu kapatmaktadır. Ayrıca azınlık bakımından özel denetim talebinin olumlu sonuçlanması da güçleşmektedir. Gerçekten yasanın mevcut lafzı özel denetimi ciddi anlamda sorumluluk davasıyla ilişkilendirmektedir. Oysa özel denetim istemi bağımsız bir haktır ve aslen anonim ortaklıklar hukukuna özgü bilgilendirme sisteminin bir parçasıdır. Burada azınlığın müdahalesi sadece sorumluluk davasını amaçlamamakta, yönetim kurulu üstündeki gözetim ve denetim baskısını artırmayı da amaçlamaktadır. Dolayısıyla yasanın lafzında bu koşulu hafifletici bir değişikliğe gitmekte büyük bir fayda vardır. Hakikaten İsviçre’de yapılması planlanan bir değişiklikle bu durum farklılaşmaktadır. Buna göre hukuka aykırılık zarara sebebiyet vermeye uygun olmalıdır¹²⁰. Böylelikle temelsiz iddialar özel denetim için yeterli olmazken, azınlık bakımından da daha avantajlı bir durum sağlanmış olacaktır. Yasada olası bir değişikliğe kadar, amaca uygun bir yorum yapılmalı ve muhtemel zararların da hükmün kapsamında olduğu

¹¹⁶ **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697b, No: 7, s. 897; **Narbay**, s. 319.

¹¹⁷ Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 55.

¹¹⁸ Türk öğretisinde de bu duruma işaret edilmektedir. “ ‘yakın ve yoğun bir zarar tehlikesi’ yeterli görülmemelidir; çünkü bu zarar hiç gerçekleşmediği takdirde özel denetim keyfi bir şekilde yürütülmüş olur” (**Altay**, s. 73).

¹¹⁹ Bkz. **Gabrielli** s. 113; **Jänig**, s. 60. İsviçre öğretisinde muhtemel zararın yeterli olup olmadığı noktasında tartışma olduğu, Türk öğretisi tarafından da ifade edilmiştir (bu bağlamda bkz. **Günay**, dipn. 648, s. 237).

¹²⁰ Bkz. **Heizmann**, Reto: “Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung - Hundertmetersprint statt Hürdenlauf?”, içinde: **Weber**, Rolf H./**Stoffel**, Walter A./**Chenau**, Jean-Luc/**Sethe**, Rolf (ed), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts - Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich, 2017, s. 123; **Honsell/Vogt/Watter/(Weber)**, Art. 697a, No: 35, s. 895; **Böckli**, No: 44, s. 2268; **Schenker**, s. 31.

değerlendirilmelidir. Türk öğretisinde farklı bir yaklaşımla aynı sonuca ulaşan bir görüş bulunmaktadır. Anılan görüşe göre, özel denetim isteminin genel kurulda reddi halinde, azınlığın mahkemeye yaptığı başvuru çekişmesiz yargı işi teşkil etmelidir. Çekişmesiz yargının bir özelliği de önleyici niteliğidir. Çekişmesiz yargının önleyici niteliği de göz önüne alınarak muhtemel zararlar hükmün kapsamında değerlendirilmelidir¹²¹.

Azınlığın sadece kurucuların ya da organların hukuka aykırı hareket etmelerini ikna edici şekilde ortaya koyması yeterli değildir. Azınlık ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğradığını da ikna edici şekilde ortaya koyabilmelidir. Söz konusu hususlar azınlığın özel denetçi talebinin başarıya ulaşmasını ciddi ölçüde zorlaştırıcı bir etki gösterir. Örneğin, katılma haklarının (oy hakkı gibi), pay sahibine haksız yere kullandırılmamış olması hukuka aykırıdır. Ancak bu yolla pay sahibi ya da ortaklığın bir zarara uğraması söz konusu değilse, özel denetim istenememektedir¹²².

SONUÇ

Çalışmada özel denetimin konusu sistemli bir şekilde değerlendirilmiştir. Özel denetimin konusunu mahkeme aşamasından önce etkileyen koşullar; ikincillik, gereklilik ve belirliliktir. İkincillik koşulu değerlendirilirken lafzi bir özdeşlik yerine anlamsal bir özdeşliğe önem verilmesi gerektiği sonucu kural olarak vurgulanmıştır. Ancak somut olayın koşullarının gerektirmesi durumunda, istisnai de olsa özel denetime ilişkin sorunun, önceden kullanılan bilgi alma hakkının kapsamını az da olsa aşmasına müsaade edilebileceği belirtilmiştir. İsviçre hukukunda ikincillik koşulunu ilgilendiren bir değişiklik planlanmaktadır. Buna göre, pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından gerekli olması koşuluyla özel denetim müzakereleri sırasında genel kurulda sorulan sorular da özel denetimin konusunu oluşturabilecektir. Söz konusu değişiklik ikincillik ilkesi bağlamında gündeme gelen görüşler arasında bağdaştırıcı bir çözüm oluşturmaktadır. Hukukumuzda da benzer bir değişikliğin isabetli olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak olası bir değişikliğe kadar da mevcut düzenlemenin geniş bir yorumla değerlendirilmesi mümkündür. Metinde İsviçre hukuku da değerlendirilmek suretiyle bu yönde bir sonuca ulaşılmıştır.

Özel denetimin konusunu etkileyen bir diğer koşul da gerekliliktir. Özel denetimin konusu pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olmalıdır. TTK m. 438'de düzenlenen bu koşulda geçen pay sahipliği ifadesi tüm

¹²¹ Görüş için bkz. **Günay**, s. 237.

¹²² Bkz. **Casutt**, Sonderprüfung, s. 55.

pay sahipliği haklarını kapsamaktadır. Gereklilik koşulunun ispatı, talepte bulunan pay sahiplerine ait bir yüküdür. Kanunda bunun ölçüsü belirlenmemiştir. Pay sahibinin almak istediği bilgi, makul ve ortalama bir pay sahibinin haklarını bilinçli olarak kullanması bakımından lüzumlu ise gereklilik koşulu oluşur. Gereklilik koşulunda, istenilen bilgiyle pay sahipliği haklarının kullanımı arasındaki ilişki ortaya konulmaktadır. Bu manada hukuki menfaate ilişkin özel bir koşuldur ve dava şartı olan dava açmadaki hukuki yarar ile karıştırmamak gerekir. Gereklilik koşulu özel denetim konusunu sınırlandıran bir koşul değildir.

Özel denetimin konusu belirli olaylardan oluşmalıdır. Bu anlamda olay tabiri birer birer vakıaları aşan bir vakıalar bütününe ifade etmektedir. Özel denetimin konusu belirlenirken gizli kalmış vakıalar bütününe ortaya çıkarılması amaçlanır. Bu nedenle özel denetimin konusu bir hususun değerlendirilmesine, hukukilik denetimine ve yerindelik denetimine yönelik olamaz. Belirlilik ise özel denetim konusu olacak olayın maddi ve zamansal açıdan sınırlı olmasını, soyut ve genel olamamasını ifade eder.

Kanundaki sistem esas alındığında genel kurulda reddedilen bir özel denetim talebi bakımından azınlık mahkeme kanalıyla özel denetim yapılmasını talep edebilmektedir. Ancak bu durumda TTK m. 439 özel denetimin konusu üzerinde iki koşulu daha aramaktadır. Birincisi, konunun, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal etmesine yönelik olması gerekir. Burada kanun ile ifade edilmek istenen tüm hukuk düzenidir ve hatta anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkeleri de bu ifadenin içinde kabul edilmelidir. Kurucular ifadesi yasal olarak açıktır. Ancak organlar ifadesinin içine sadece şekli değil maddi organların da girdiği kabul edilmelidir.

TTK m. 439'un konu bakımından belirttiği bir diğer koşul da ortaklığın ya da pay sahiplerinin zarara uğramasıdır. Burada koşul özel denetim kurumunu sorumluluk davasına bağlyormuş gibi düşünülse de özel denetim isteme hakkı bağımsızdır. Tüm pay sahipliği haklarının kullanımı bakımından bu talepte bulunulabilir. Ancak zarar bunun bir koşulu haline getirilmiştir. Zarar tehlikesi bu koşulun kapsamında değildir. Fakat İsviçre hukukunda yapılacak bir değişiklikle zarara sebebiyet vermeye uygun hukuka aykırılıklar da bu koşulun kapsamına dâhil edilecektir. Benzer bir düzenlemenin hukukumuzda alınması isabetli olacaktır. Yasada olası bir değişikliğe kadar amaca uygun bir yaklaşımla muhtemel zararların da hükmün kapsamında olduğu değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Aday**, Nejat: “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995, s. 21-48.
- Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012.
- Akünel**, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- Altay**, Sıtkı Anlam: “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2, 2013, s. 55-76.
- Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich, 2009.
- Bürgers**, Tobias/**Körber**, Torsten: Aktiengesetz-Heidelberger Kommentar, Heidelberg, 2011 (Anılış: **Bürgers/Körber/(İlgili Bölüm Yazarı)**).
- Casutt**, Anderas: “Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes? Praktische Erfahrungen der ersten zehn Jahre”, Der Schweizer Treuhänder, 5, 2002, s. 506-511 (Anılış: Was brachte die Sonderprüfung).
- Casutt**, Anderas: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1991 (Anılış: Sonderprüfung).
- Değirmencioğlu Aydın**, Nihan: Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul, 2015.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.
- Forstmoser**, Peter: “Informations- und Meinungsäuserungsrechte des Aktionärs”, içinde: **Forstmoser**, Peter/**Druey**, Jean Nicholas (ed.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich, 1997, s. 85-129.
- Gabrielli**, Fabrizio: Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich, 1997.
- Günay**, Gözde Engin: Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul, 2018.
- Güven**, Şirin: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Cankaya University Journal of Law, (7) 2, 2011, s. 133-175.
- Heizmann**, Reto: “Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung - Hundertmetersprint statt Hürdenlauf?”, içinde: **Weber**, Rolf H./**Stoffel**, Walter A./**Chenau**, Jean-Luc/**Sethe**, Rolf (ed), Aktuelle

Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts - Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich, 2017.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, Basel, 2012 (Anılış: **Honsell/Vogt/Watter/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 2008 (Anılış: **Hopt/Wiedemann/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Horber, Felix: Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich, 1995.

Jänig, Ronny: Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Norderstedt, 2008.

Kaya, Arslan: “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, BATİDER, (XXXI) 1, 2015, s. 61-83.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland: OR Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016 (Anılış: **Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser/(İlgili Bölüm Yazarı)**).

Kunz, Peter V.: “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, SJZ, 92, 1996, s. 1-5 (Anılış: Subsidiarität).

Kunz, Peter V.: Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001.

Martinez, Larissa Marolda: Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2006.

Moroğlu, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, içinde: **Moroğlu, Erdoğan**, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 65-81.

Narbay, Şafak: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul, 2007.

Özdamar, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, içinde: **Ulusoy, Erol** (ed), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara, 2014, s. 45-74.

Özkan, Ömer: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, (XX) 2, 1999, s. 27-49.

Paslı, Ali: “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2003, s. 611-647.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014 (Anılış: **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(İlgili Bölüm Yazarı)**, C. 1).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017 (Anılış: **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/(İlgili Bölüm Yazarı)**, C. 2).
- Pulaşlı, Hasan:** “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 589-612 (Anılış: Mukayeseli Hukuk).
- Pulaşlı, Hasan:** “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar - İsviçre Federal Mahkemesi’nin (133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. 2, Ankara, 2010, s. 1857-1883 (Anılış: Yönetim Kurulu Üyesinin Mahkemeden Özel Denetim İstemesi)
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2014 (Anılış: C. I).
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014.
- Schenker, Urs:** “Die Sonderprüfung - ein schwieriges Instrument”, GesKR, 1, 2019, s. 18-36.
- Schnyder, Orsolya Fercsik/Weber, Rolf H.:** “Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung”, GesKR, Sondernummer, 2008, s. 113-117.
- Şener, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2017.
- Uçar Bulut, Gülnur Ceren:** Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara, 2018.

FEMİNİST DÜŞÜNCE VE FEMİNİST HUKUK İÇİN RADİKAL BİR KILAVUZ: CATHARINE A. MACKINNON

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642020>

Arş. Gör. Dr. Engin ARIKAN*

Öz

Tarihsel olarak tüm düşünce akımlarında olduğu gibi feminizm de birçok farklı kola ayrılmıştır. Liberal feminizm, Marksist feminizm, radikal feminizm, farklılık feminizmi gibi birçok farklı bakış açıları bu çatının altında yer almaktadır. Catharine A. MacKinnon, bu kuramlar arasından radikal feminist akımın ilk kuramcısı ve en önemli temsilcisidir. Yazara göre toplumsal cinsiyet, ataerkil bir toplumdaki tahakküm ilişkilerindeki temel ayrım unsurudur. Bu nedenle liberal feminizm, Marksist feminizm veya fark feminizmi kadınların maruz kaldığı tahakküm ilişkisini tam olarak açıklayamazlar ve bu sorunlara uygun çözümlere ulaşamazlar. MacKinnon analizleri doğrultusunda pornografinin yasaklanmasını, tecavüz suçunda manevi unsurun belirlenmesinde kadın bakış açısının kullanılmasını, fuhşun yasaklanmasını ancak kadınların cezalandırılmamasını, cinsel tacizin ayrımcılık yasağına dâhil edilmesini ve kadınların gerçek anlamda kürtaj yapma imkânına sahip olmasını savunmuştur.

Anahtar Kelimeler

Feminizm, Radikal Feminizm, Tecavüz, Pornografi, Fuhuş, Cinsel Taciz, Kürtaj

A RADICAL GUIDE TO FEMINIST THOUGHT AND FEMINIST LAW: CATHARINE A. MACKINNON

Abstract

Historically, as of many intellectual currents, feminism is also divided into many different branches. Many different points of view like liberal feminism,

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (e-posta: arikan@tau.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4264-706X> (Makalenin Geliş Tarihi: 29.07.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 01.08.2019/Makale Kabul Tarihi: 06.09.2019)

Marxist feminism, radical feminism, difference feminism are situated under this roof. Catharine A. MacKinnon is the first theorist and leading representative of radical feminist current. According to the author, gender is the main distinction factor of the dominance relations in a patriarchal society. For this reason, liberal feminism, Marxist feminism and difference feminism cannot adequately explain the dominance that women are exposed to and cannot come up with adequate means to resolve those issues. MacKinnon, in line with her analyses, proposes to ban pornography, to adopt woman's point of view in determining culpability in rape cases, to ban prostitution but to not criminalize women, to treat sexual harassment as gender discrimination and to provide meaningful access to abortion to women.

Keywords

Feminism, Radical Feminism, Rape, Pornography, Prostitution, Sexual Harassment, Abortion

GİRİŞ

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı tarihsel olarak dünya nüfusunun yarısını sayısız baskıya maruz bırakmıştır. Bu baskı altında kalan grubun en büyük kısmını oluşturan kadınlar; fiziksel şiddet, hukuk önünde ayrımcılık, iş hayatında sınırlamalar ve cinsel istismar gibi birçok toplumsal sorun ile karşı karşıya kalmışlardır. Günümüzde çoğu gelişmekte olan ülkede kadınların temel hakları açık bir şekilde ihlal edilmektedir; gelişmiş olan ülkelerde de kadınlar lehine belli reformlar gerçekleştirilmesine rağmen ciddi eşitsizlikler ve ayrımcılıklar devam etmektedir.

Feminist kuram bu adaletsizliği analiz alanının merkezine koyar. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığının hangi noktalarda var olduğu, nasıl oluştuğu, hangi öğelere dayandığı ve nasıl ortadan kaldırılabileceği konusunda argümanlar ileri sürer. Bununla birlikte feminizm çatısı altında da birçok farklı yaklaşım mevcuttur. Liberal feminizm, Marksist feminizm, radikal feminizm ve farklılık feminizmi gibi birçok farklı feminist yaklaşım, ortak olarak toplumsal cinsiyet ayrımcılığını konu edinse de sundukları analizler ve çözümler farklıdır. Bu nedenle diğer düşünsel akımlarda olduğu gibi feminist kuramın da kendi içerisinde belli bir farklılık ve çatışma mevcuttur.

Catharine A. MacKinnon, radikal feminist akımın ilk kuramcısı ve en önemli temsilcisidir. Yazar diğer feminist kuramlara ciddi eleştiriler getirdiği gibi sahip olduğu yeni ve farklı unsurlarla mevcut kadın sorunlarına orijinal bakış açıları ve çözümler getirmiştir. MacKinnon, felsefi analizleri, önerdiği yasa taslakları ve avukatlık mesleğindeki başarıları ile kadınların özgürleşmesi ve ataerkil yapının zayıflatılmasına büyük katkı sunmuştur. Feminist kuramın iyi kavranması ve kadın sorunlarına yeni bakış açılarının sunulması açısından MacKinnon'un düşünceleri oldukça önemlidir.

Bu çalışmada ilk olarak MacKinnon'un kariyeri ve kuramsal pozisyonu kısaca açıklanacaktır. İkinci başlıkta MacKinnon'un mevcut feminist kuramlarda tespit ettiği eksiklikler incelenecektir. Üçüncü başlıkta yazarın toplumsal cinsiyet meselesine getirdiği radikal feminist yaklaşım sunulacaktır. Dördüncü başlıkta bu yaklaşımın öne sürdüğü çıkarımlar gösterilecektir. Son olarak da bu yaklaşıma yöneltilen eleştiriler ele alınacaktır.

1. Kariyeri ve Kuramsal Pozisyonu

Catharine A. MacKinnon, 1946'da Minnesota, Amerika Birleşik Devletleri'nde doğmuştur. Smith College ve Yale Üniversite'sinde hukuk eğitimi tamamlamıştır. Şu anda Michigan Üniversitesi'nde tam zamanlı ve Harvard Üniversitesi'nde de misafir öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

Oldukça ilgi çekmiş ve birçok dile çevrilmiş eserleri arasında *Sexual Harassment of Working Women (Çalışan Kadınların Yaşadığı Cinsel Taciz)*, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law (Değiştirilmemiş Feminizm: Hayat ve Hukuk Üzerine Anlatılar)*, *Toward a Feminist Theory of the State (Feminist bir Devlet Kuramına Doğru)*, *Only Words (Sadece Kelimeler)*, *Women's Lives, Men's Laws (Kadınların Hayatları, Erkeklerin Yasaları)*, *Are Women Human? (Kadınlar İnsan Mıdır?)*, *Butterfly Politics (Kelebek Politikaları)* kitapları yer almaktadır¹.

MacKinnon, akademik faaliyetler dışında avukatlık da yapmıştır. Ülkesinde pek çok cinsel istismar davasında kadın mağdurları temsil eden MacKinnon, 1992'den itibaren Yugoslavya'da Sırp silahlı güçlerinin gerçekleştirdiği operasyonlarda tecavüz ve seks işçiliğine zorlanan Boşnak ve Hırvat kadınların avukatlığını da yapmıştır. New York City mahkemesinde açılan bir tazminat davasında, bu mağdurlara 745 milyon dolar tazminat ödenmesine hükmedilmiş ve bu tip eylemlerin soykırım suçu kapsamında dava edilebilmesine imkân verilmiştir. Düşünür aynı zamanda kanunlarda reform yapılması, kanunların yorumlanması ve uygulanması konularında da Meksika, Japonya, İsrail ve Hindistan gibi ülkelerde çalışmalar yapmıştır. MacKinnon, şu anda *Lawyers Alliance for Women (Kadınlar için Hukukçular İttifakı)* projesinin eş direktörü ve uluslararası bir sivil toplum kuruluşu olan *Equality Now (Eşitlik Şimdi)* üyesidir².

Yazar, toplumsal cinsiyetin toplumdaki mevcut eşitsizliklerin ve hegemonyanın esas ayrıştırıcı ögesi olduğunu savunmaktadır. MacKinnon göre biyolojik cinsiyetin (*sex*) toplumsal anlamını ifade eden toplumsal cinsiyet (*gender*), kadınların cinsel objeleştirilmesi ile ortaya çıkar. Bu bağlamda kadınlar, erkekleri tatmin için nesnelere olarak görülür. Erillik cinsel hükümler, dişilik ise cinsel itaatkarlık olarak tanımlanır. Bu hiyerarşik iktidar ilişkisi sonucunda biyolojik cinsiyet, toplumsal bir anlama bürünür. Toplumsal cinsiyete dair farklı davranış, muamele ve roller işte bu hiyerarşik ilişkiden doğar³. MacKinnon'un analizleri feminist kuram içerisinde yeni tartışmalara neden olmuştur. Yazarın pornografi, cinsel taciz, kürtaj gibi

¹ <https://www.law.umich.edu/FacultyBio/Pages/FacultyBio.aspx?FacID=camtwo> (Son erişim tarihi: 1.9.2019)

² <https://www.law.umich.edu/FacultyBio/Pages/FacultyBio.aspx?FacID=camtwo> (Son erişim tarihi: 1.9.2019)

³ **Mikkola, Mari:** "Feminist Perspectives on Sex and Gender", Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/> (Son erişim tarihi: 1.9.2019)

konularda ortaya koyduğu argümanlar birçok kesim tarafından büyük ilgi ile karşılandığı gibi, bazı düşünürlerin tepkisini çekmiştir.

2. Ana Akım Feminist Kuramlardaki Eksiklikler

MacKinnon, feminist kuramda kendisini *radikal feminist* olarak nitelemekte ve kendisinden önceki feminizm akımlarını toplumun yapısını, kadınların tecrübelerini doğru bir şekilde analiz edememelerinden dolayı yetersiz bulmaktadır. Yazara göre, eşitsizlik analizinin merkezine toplumsal cinsiyeti almayan feminist akımlar gerçek anlamda feminist değildir. MacKinnon sırayla feminist hareketin ana akım yaklaşımları olan liberal feminizm, Marksist feminizm ve fark feminizmini ele alarak eleştirilerini yöneltir. Bu eleştiriler feminizmin mevcut eksikliklerini aydınlatmak ve kendi kuramının yerleştiği pozisyonu göstermek için önem taşımaktadır.

MacKinnon'a göre liberal feminizm, liberalizmin kadın meselesine uygulanmasıdır. Bu görüşe göre tüm insanlar özgür ve eşittirler; akıl ve haysiyet sahibi bireyler olarak devlet baskısına maruz kalmamaları gerekir. Liberal feminizm, kadınların tıpkı erkekler gibi akıl, fiziksel kuvvet, iletişim yeteneği gibi özelliklere sahip olduğunu ve onlarla eşit haklara ulaşmaları gerektiğini savunmuştur. Buna göre kadınlar da seçme ve seçilme hakkına sahip olmalı, iş hayatında özgürce yer alabilmeli ve hukuk önünde eşit bir şekilde muamele görmelidirler⁴.

MacKinnon, liberal feminizmin liberalizme paralel olarak beş özelliğinin olduğunu söyler. Bunlar: bireycilik, doğalcılık, istemcilik, idealizm ve ahlaklılıktır. MacKinnon bu beş özelliğin tamamının kadın sorununa uygun düşmediğini savunur⁵.

İlk olarak liberal feminizm, her ne kadar belli analiz başlıklarında kadınları siyasi bir toplumsal grup olarak ele alsada, son kertede erkekleri ve kadınları belli bir gruptan ziyade kendi özel değer ve arzuları olan farklı, çeşitli, benzersiz *bireyler* olarak görür. Bu, liberalizmin ön kabullerinden biridir. Ancak MacKinnon'a göre bu analiz sorunludur. Kadınlar bir grup olarak toplumsal koşullar ve aygıtlarla ayrımcılığa uğramakta ve bu ayrımcılıkta bulunanlar da toplumsal bir kimlik taşımaktadır. Kadınların veya erkeklerin belli kişisel farklılıkları toplumsal dinamiklerin ve yapıların önüne geçememekte, belirleyici rol oynamamaktadır. Bu nedenle MacKinnon'a göre kadınları farklı özelliklere sahip ama bir kısım ortak noktası olan bir

⁴ MacKinnon, Catharine A.: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Çev: T. Yöney & S. Yücesoy, 2. Baskı, Metis Yayıncılık, İstanbul 2015, ss. 61-66.

⁵ *Ibid.*, s. 66.

bireyler kümesi olarak görmektense hayatlarını temelden belirleyen ortak unsurları taşıyan *toplumsal* bir grup olarak ele almak doğru olacaktır. Aksi takdirde yaşanan ayrımcılık ve hegemonya, kişisel ilişkiler ve yanlışlar olarak algılanıp bunun arkasındaki toplumsal dinamik ve yapılar gözden kaçacaktır⁶.

İkinci olarak liberalizm, var olanın somut bir gerçek, bir nesne olduğu fikrini benimser. Bu *doğalcı* yaklaşımda kadın biyolojisi toplumdaki bağimsız olarak vardır ve toplumsal ilişkiler bu asıl ögenin çevresinde gelişir. MacKinnon'un savunduğu radikal feminist düşünceye göre ise kadın biyolojisine dair öğelerin analizi toplumsal bir bağlamdan başlanarak yapılmalıdır. Buna göre kadın biyolojisine yüklenen anlamlar, bundan beklentiler ve buna yönelik muameleler tahakkümün var olduğu bir toplumsal ilişki üzerinden gelişir. Bu sebeple kadının içinde bulunduğu durumun ve değişim olasılıkları, toplumsal bağlamdan kopuk biyolojik iddialar ile açıklanamazdır⁷.

Üçüncü olarak liberalizm, bireylerin kendi hayat hedefleri doğrultusunda, kendi *istemleri* ile eylemde bulunduğunu savunur. Buna göre kişilerin hayatındaki esas belirleyici unsur toplumsal determinist faktörler değil, bireylerin iradeleridir. Liberal feministler de kadınların isteklerini, seçimlerini ve eylemlerini yorumlarken bu bakışı kullanmışlardır. MacKinnon'a göre ise istemcilik toplumsal determinist *koşulların* gücünü küçümsemektedir. Bireyler ve özellikle ağır toplumsal baskı altında olan kişiler, ancak içinde buldukları koşullara göre iradelerini oluşturabilmektedirler. İstemci bir bakış; ezizli işleri, istismarcı kocaları "seçen" kadınların eylemlerinin arkasındaki koşulları sağlıklı bir şekilde okuyamaz ve mümkün olan gerçek özgürleşme imkânlarını göremez⁸.

Dördüncü olarak liberalizm, idealist bir yaklaşımla toplumun belli *düşünceler* ile eylemde bulunduğu, yönlendiğini ve değiştiği iddiasını ifade eder. Buna göre bireyler ve toplumlar daha doğru bilgi ve yargılar ile bulunduğu zaman kendi hayat ve düzenlerini buna uygun olarak yapılandıracaklardır. Liberal feminizm, akılcı tartışmalar vasıtasıyla kadınlar hakkındaki önyargıların ortadan kalkmasıyla ayrımcılık ve adaletsizliklerin çözüleceğini düşünmüştür. MacKinnon'a göre ise düşünceler, toplumsal düzenin temel sebebi değildir; toplum, düşüncelerin bir yansıması olarak oluşmaz ve doğrudan değişmez. MacKinnon'a göre liberal projenin başarıya ulaşmamasının

⁶ **Ibid.**

⁷ **Ibid.**, s. 66; **Ibid.**, ss. 75-80.

⁸ **Ibid.**, ss. 67-68.

nedeni, cehaletten kaynaklanan önyargıların ötesinde menfaat çatışmasından doğan güç mücadelesinin somut ve toplumsal boyutunun gözden kaçırılmasıdır. İktidar araçlarının eşit olarak dağılmadığı bir toplumda düşünceler kendi başlarına etki doğuramazlar⁹.

Beşinci ve son olarak liberalizm, ahlakçı bir yaklaşımla belli *ahlaki* değerlerin kendi başlarına soyut bir biçimde doğru olduğu ve davranışların bunlara uydurulması gerektiğini ifade eder. Bu formüller genel manada kulağa makul gelse de MacKinnon'a göre gerçek hayatta bu ahlaki ilkeler pratik uygulamada sistematik olarak erkeklerin lehine, kadınların aleyhine işler. Yazara göre bu sebeple feminist kuram ahlaki kavramlar, kuramlar ve doğru çözümlere eğilmekten ziyade toplumsal gerçeklik ve değişime odaklanan bir yaklaşım benimsemelidir¹⁰.

Liberal feminizme yaptığı eleştirilerden sonra MacKinnon, Marksist feminist kuramı ele alırken öncelikle Marx ve Engels'in kadın sorunu hakkındaki görüşlerini inceler. Marx, kendi kuramında kadınlar açısından pek de iç açıcı olmayan analizlerde bulunmaktadır. Bu konuda Marx kadınların iş gücüne katılmasına sıcak bakmamaktadır. Kadınların çalışması onların kapitalist ilişkilere maruz bırakıp yabancılaşmalarına neden olacak ve onları aile görevlerinden alıkoyacaktır. Marx, feministlerin şüphe ile ele aldıkları aile kurumuna da oldukça sempatik yaklaşmaktadır. Buna göre aile, erkek işçilerin kapitalist ilişkilere ve yabancılaşmadan korunmaları için bir kaçış alanı sağlamaktadır. Bu analizler MacKinnon'a göre dünyadaki tüm eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı hedefleyen bir kuramcı için oldukça basittir¹¹.

Engels ise kadın konusuna Marx'tan daha fazla ilgi göstermekte ve aile konusunda daha ilerici yorumlarda bulunmaktadır. Engels'e göre kadınların ev işleri "karşılığı verilmeyen emek"tir ve sömürü ilişkisi ile uyumludur. Engels'in asıl odaklandığı mesele ise bu toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kaynağının araştırılmasıdır. Ancak MacKinnon'a göre Engels bunu yaparken spekülatif antropolojik iddiaların ötesine geçememekte ve mevcut durumun nasıl değişmesi gerektiğine dair somut, doyurucu bir iddiada bulunmamaktadır. MacKinnon bu nedenle Marksist feminizmin esas kaynaklarından olan Marx ve Engels'in eserlerinin kadın sorunu açısından kısır olduğu sonucuna varır¹².

⁹ **Ibid.**, s. 67; **Ibid.**, ss. 72-73.

¹⁰ **Ibid.**, s. 67.

¹¹ **MacKinnon**, Catharine A.: "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory", *Signs*, C: 7, S: 3, 1982, ss. 520-525.

¹² **MacKinnon**: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, ss. 38-47.

Marksist feminizm, her ne kadar Marx ve Engels'in çıkarımlarını bire bir benimsemese de nihayetinde onların kavram ve modellerini kullanır. Marksist feminizm kadınların ezilmişliğini bu yaklaşımın genel yapısına paralel bir şekilde ekonomik ilişkiler ve sınıf kavramı temelinde açıklamaktadır. MacKinnon'a göre Marksist sınıf kavramı sadece ekonomik iktidara atıfta bulunur. Ancak kadınlar için sınıf kavramı sahip oldukları üretim araçlarını ifade etmez. Üretim araçlarına sahip bir kocası veya babası olan bir kadın, kendi başına üretim araçlarına sahip değildir, fakat yine de burjuva sınıfına mensup kabul edilir. Buna karşın bu kadınların içinde yer aldıkları kabul edilen sınıfsal konumları onların ekonomik iktidara sahip oldukları anlamına gelmez. Kaldı ki kadınların tecrübe ettiği tahakküm, sadece kapitalist anlamda iktidar sahiplerinden gelmez. Pekâlâ; tecavüz, istismar, taciz ve diğer baskı eylemleri, işçi sınıfı mensubu erkekler tarafından da gerçekleştirilmektedir. MacKinnon, kadınların eşitsizlik durumlarını belirleyen sınıfları değil toplumsal cinsiyetleri olduğunu ve Marksist feminizmin sınıfa yaptığı vurgu nedeniyle bu noktayı kaçırdığını söyler. Kadınlar doğrudan sınıflarına bağlı olmaksızın, toplumsal cinsiyetlerinden kaynaklanan bir tahakkümü tecrübe ederler¹³.

Son olarak MacKinnon, Carol Gilligan'ın fark feminizmi kuramına eleştirilerini yöneltir. Fark feminizmi, kadınların ilgi gösterme, duygularını ifade etme, bağlamsal olarak sorunlara yaklaşma gibi erkeklerden farklı özellikleri olduğunu ileri sürer. Buna paralel olarak fark feminizmi, bu farklı kadın özelliklerini yüceltilmesini ve toplumun daha geniş kesimleri tarafından bunların benimsenmesini önerir. MacKinnon, kadınların neden insanlara ilgi göstermeye, bakım sağlamaya meyilli olduklarının veya neden bağlamsal olarak akıl yürüttüklerinin sorgulanması gerektiğini söyler. Yazara göre kadınlar bu şekilde özellikler geliştirir çünkü toplumun kadınları ancak bu şekilde kabulleneceği ve buna uymayanların da dışlanacağı mesajı daha çocuk yaştan itibaren kadınlara verilmektedir. Kadınların ancak erkeklere bakmak, onlara ilgi göstermek kaydıyla toplum tarafından kabul göreceği onlara öğretildiği için bu durum ortaya çıkmaktadır. Yani kadınlara atfedilen bu özellikler onların doğalarından gelen öz kimliklerden ziyade toplumsallaşma süreçleri ve baskı dinamikleri ile oluşan toplumsal kaynaklı niteliklerdir. MacKinnon'a göre fark feminizmi, toplumun kadınlara uyguladığı kültürel ve ideolojik baskı ve şartlanmayı açıklayamaz. Bunun sonucunda da

¹³ Çakır, Serpil: "Kapitalizm ve Patriarkaya Karşı: Sosyalist Feminizm", Toplum ve Demokrasi, C: 2, S: 4, 2008, s. 189.

mevcut adaletsizlikleri ve muhtemel özgürleşme imkânlarını gözden kaçırmış olur¹⁴.

3. Radikal Feminizm

MacKinnon, feminist kuramlara yönelik eleştirileri ardından kendi yaklaşımının özelliklerini açıklar. Yazarın başlangıç noktası epistemolojidir. MacKinnon'a göre herhangi bir toplumsal kuramın oluşturulabilmesi için öncelikle bir epistemoloji görüşünün belirlenmesi gerekir. Neyin nasıl bilindiği ve doğru olarak kabul edildiği, o şeyler arasında kurulacak bağlantıların nasıl olacağını belirleyecektir. Yazara göre epistemoloji ile ontoloji arasında güçlü bir bağ vardır. Şeylerin hangi ölçütlere göre gerçek kabul edildiği, zihinlerdeki varlıkları şekillendirir. Diğer taraftan insanların zihinlerindeki varlıklar da dünyaya nasıl bakıp onu nasıl gözlemlediklerini belirler. MacKinnon özgün bir feminist kuramın epistemolojik bir açıklama getirmesi gerektiğini savunur. Modernizmin epistemolojik aracı esas olarak gözlemdir. Buna göre şeyler tarafsız, nesnel ve dıştan gözlemlenmelidir. Bu şekilde doğru bilgiye ulaşılmış olur. Buna paralel olarak kişisel, subjektiflik ve taraflılık, kategorik olarak bilgi edinme yöntemlerinin taşınması gereken olumsuz nitelikleri betimler¹⁵.

MacKinnon'a göre dıştan yapılan tarafsız gözlem, eğer toplumsal olarak hegemonyanın ve zorlanmış itaatin var olduğunu bir düzlemde gerçekleştireyorsa, gerçek bilgiyi sunamaz. Söz konusu "objektif" gözlemler bu hegemonyanın altında ezilenlerin yaşadıklarını ortaya çıkarmaktan aciz kalabilir. Bu yöntemlerle belli sorunların gözlemlenmemesi onların gerçek olmadığı manasına gelmez. MacKinnon burada söz konusu objektiflik, nesnellik gibi niteliklerin erkek cinsiyetiyle; subjektiflik, kişisel gibi niteliklerin de kadın cinsiyetiyle özdeşleştirilmesinin rastlantı olmadığını öne sürer. Kadınların kendi duygu ve hislerinin ifadesi, mevcut epistemoloji yapısında subjektif olarak nitelenmekte ve gerçekçi bulunmamaktadır¹⁶.

MacKinnon, bu duruma alternatif olarak feminizmin post-modern araçlara başvurmasını destekler. Buna göre insanların kişisel tecrübe ve hislerinin kolektif olarak ifadesi değerlendirilmelidir. Feminist hareket, *bilinç yükseltme* seansları ile doğru bilgilere ulaşılabilir. Bu seanslarda kadınlar kendi cinsiyetleri ile ilgili tecrübelerini bu seansa katılan gruba aktarır ve karşılıklı olarak bunlar değerlendirilir. Bu sayede kadınlar *ezilenlerin bakış*

¹⁴ MacKinnon: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, ss. 72-73.

¹⁵ *Ibid.*, ss. 118-124.

¹⁶ *Ibid.*, ss. 121-123.

açısından gerçekte ne olduğuna dair bilgiye ulaşabilirler. MacKinnon'a göre baskı ilişkilerini anlamının en doğru yolu o baskıya maruz kalanların bakış açısından olgulara bakmaktır. Bilinç yükseltme yöntemi de bilginin kaynağı olarak ataerkil yapının objektif noktasından ziyade kadınların bakış açısını merkeze alır. Bilinç yükseltme seansları sayesinde bir araya gelip yaşadıklarını birbirlerine aktaran kadınlar, bunların ataerkil düzenin iddia ettiğinin aksine “kişisel”, “duygusal”, “abartılmış”, “önemsiz”, “istisnai” şeyler olmadığını, birçok kadın tarafından kolektif olarak tecrübe edildiğinin bilincine varırlar. Bu sayede kadınların yaşadığı baskı ve hegemonyanın maskesi düşürülür. Kadınlar aynı zamanda bu olumsuz tecrübelerin başka koşullarda nasıl gerçekleşebileceğini ve özgürleşme imkânlarının neler olabileceğini de bu farklı tecrübelerin ortaya konulmasıyla değerlendirebilmektedir¹⁷.

MacKinnon'a göre feminizmin bilinç yükseltme metodu, feminizmi Marksizm'den ayıran noktalardan biridir. Çünkü Marksizm'e göre baskı ve değişim olanakları esasen dışarıda ve maddidir. Ancak feminist yaklaşıma göre kadınların bilinç durumları her ne kadar “içte” ve düşünsel olsa da baskının ve değişim olanakları için hayati önemdedir¹⁸.

MacKinnon, bilinç yükseltme yöntemi ile elde edilen verilerin kadınların bir tahakküm yapısı altında kaldıklarını gösterdiğini ileri sürer. Bu yapıda erkek tahakküm kurar; kadın ise itaat eder. Bu durumda liberal feminist kuramın iddia ettiği gibi sadece eşit olarak dağılmamış bir iktidar yoktur. Bunun da ötesinde erkek cinsiyeti kadın cinsiyetine kendi iktidarını kullanarak tahakküm kurmaktadır. Yani eşitsizlik, iktidarın eşit olmayan dağılımına dayalı durağan bir *durum* değil; iktidarı elinde bulunduranların buna sahip olmayanlara uyguladığı dinamik bir *tahakküm ilişkisidir*. Bu tahakküm ve hegemonya düzeninin oluşturulması için erkek ve kadın cinsiyetleri toplumsal etkileşimle oluşturulur. Tahakküme dair nitelik ve karakter özellikleri erkek cinsiyeti ile bağdaştırılıp, özdeşleştirilip, olumlanırken; itaate dair nitelik ve karakter özellikleri kadın cinsiyeti ile bağdaştırılıp, özdeşleştirilip, olumlanır. Bu süreç tüm toplumsal ilişkilere yayılmıştır. Öte yandan bu kalıplara uymayan kadınlar ayıplanmayı, sövülmeyi, dövülmeyi ve tecavüze uğramayı tecrübe etmişlerdir. Pornografi ise erkeklerin nasıl tahakküm etmeleri gerektiği ve kadınların nasıl itaat etmeleri gerektiğine dair cinsiyet rollerini kitlesel ölçekte yeniden üretmekte ve yaymaktadır. Tahakküm ilişkisi cinsel bir niteliktedir. Erkekler tahakkümde bulunmayı

¹⁷ **Ibid.**, ss. 124-127.

¹⁸ **MacKinnon**, Catharine A.: “Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda For Theory”, *Signs*, C: 7, S: 3, 1982, ss. 519-521.

cinselliklerinin doğal bir şekli olarak görmekte ve bundan cinsel bir tatmin almaktadırlar. Kadınların da itaat etmeleri erkeklerin cinsel beklentisidir. Bu sadece yatak odasında olan bir durum değil; tüm toplumsal yaşama yayılmış bir dinamiktir¹⁹.

Klasik biçimsel hukuki akıl yürütme ise bu tahakküm ilişkisini tespit edemez. Çünkü şekli hukuki akıl yürütme, klasik Aristotelesçi “benzerler benzer şekilde, benzer olmayanlar benzer olmayacak şekilde” muameleyi kural olarak ele alır. Bu maddi gerçeklikten uzak tutum, sıklıkla farklılıklara atıfta bulunarak birçok ayrımcılığı onaylar. Eşitsizliğin derinleştiği toplumsal koşullarda bu farklılıklar daha da arttığı için benzerlik üzerine temellenmiş bu hukuki akıl yürütme, eşitsizlikleri çözmekten uzaklaşır ve hatta onları kurumsallaştırır²⁰.

Yazar, liberal feministlerin benimsediği “kadınlar ile erkekler aynı özelliklere sahiptir” görüşünün ilk başta belli bir çekiciliği olsa da kadınları özgürleştiremeyeceğini vurgular. Her ne kadar bu formül kadınlar ile erkeklerin farklılığını ortadan kaldırmayı hedeflese de erkek bakış açısını kabul edilmiş olur. Kaldı ki toplumsal yaşamda olumlanan tüm özellikler erkeklerin toplumsal olarak daha kolay ve rahat erişebileceği nitelikler arasından seçilmiştir. Sporda, iş hayatında, sosyal yaşamda erkeklerin olağan hareketleri “doğru hareketler” olarak görülür ve kadınların da bunlara uygun davranması beklenir. Kadınlar da bu formüle iyi kötü dâhil olmaya gayret eder ancak çoğu zaman tam olarak erkekler kadar bu şartları sağlayamazlar. Diğer yandan MacKinnon fark feministlerinin benimsediği “kadınlar ile erkekler farklı özelliklere sahiptir” formülüne de karşı çıkar. Fark feministleri bu formül ile kadınların belli özelliklerini olumlamışlardır. Yazar bunun değerli olduğunu ama bağlamın gözden kaçırıldığını ileri sürer. Örneğin fark feministleri kadınların ilgiye ve ilişkilere değer vermesine büyük vurgu yapmıştır. MacKinnon ise bu değerlerin erkeklerin kadınlardan beklentileri sonucu oluştuğunu söyler. Ne yazık ki kadınlar kendi değerlerini tahakkümden bağımsız bir şekilde oluşturamamıştır. Radikal feminizm ise bu fark veya benzerlik formüllerinin ötesinde bir tahakküm modelini benimser. Buna göre kadınların özellikleri tahakküm ilişkisi içerisinde toplum tarafından ele alınmaktadır²¹. Örneğin bir kadının iş yaşamında müdahaleci bir tutumunun

¹⁹ **MacKinnon**: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, ss. 150-159.

²⁰ **MacKinnon**, Catharine A.: “Toward A Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever”, *Harvard Journal of Law & Gender*, C: 37, S: 2, 2014, ss. 570-571.

²¹ **MacKinnon**, Catharine A.: “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, *Feminist Theory: A Philosophical Anthology*, Ed: A. E. Cudd & R. O. Andreasen, Blackwell Publishing, Oxford 2005, ss. 394-400.

olması, ataerkil bir toplumda o kadın için “dırdırcılık” olarak tanımlanırken aynı davranışlar bir erkek için “inisiyatif” sahibi olmak olarak tanımlanır. Radikal feminizm kişilerin özelliklerinin nasıl sınıflandırıldığından ziyade tahakküm ilişkileri içindeki bir toplumun bu özellikleri nasıl tahakküm ilişkilerine uydurduğuna dikkat çeker. Radikal feminist analizde “belli özellikleri olan kişilere nasıl muamele edilmelidir?” gibi bir *ahlaki* sorgulamanın yerini “bu özelliklerin belli şekillerde ele alınmasını hangi tahakküm ilişkileri doğuruyor?” gibi bir *siyasi* sorgulama alır.

MacKinnon’un kuramına göre kadın sorununun temelinde toplumsal cinsiyet yer alır ve tahakküm ilişkisi söz konusudur. Bu yaklaşım, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin iktidarın sadece eşit olmayan şekilde dağıtılmasından dolayı kaynaklanan bir özgürlük sorunu olarak gören liberal feminizmden ve üretim araçlarının mülkiyetinin adil olmayacak şekilde belli kişilerin elinde olmasından kaynaklanan bir sınıf sorununun kadınları da etkilemesi olarak gören Marksist feminizmden ayrılır²².

MacKinnon, radikal feminizm kadın sorununa doğrudan toplumsal cinsiyet merkezli yaklaştığı için bunun “gerçek feminizm” olduğunu öne sürer. Buna göre radikal feminizm, post-Marksist nitelikleri taşır. Radikal feminizm eleştirel-toplumsal yaklaşıma sahiptir. Liberalizmin bireyciliğini reddeder ve toplumsal bir bakışı benimser. Bunu yaparken de toplumu içerisinde karşılıklı işlevleri yerine getiren birbiri ile uyumlu gruplar olan bir yapı olarak değil; karşılıklı menfaat çatışması ve mücadelesi olan tahakküm ilişkilerinin mevcut olduğu bir düzen olarak ele alır. Radikal feminizm özcü değildir. Buna göre Ortodoks Marksizm’in tüm toplumu sınıf temelinden açıklayan sistem felsefesi reddedilir. Post-Marksizm’in ideoloji, kültür, hukuk gibi ekonomik ilişkilerin dışındaki ilişkilerin ciddi toplumsal etkilerinin olduğu görüşü kabul edilir. Radikal feminizm katı determinizmi kabul etmez. Bu yaklaşım toplumsal koşulların etkilerini kabul etmekle beraber post-modern düşünceye paralel olarak bunların değiştirilebileceğine dair beklentisini korur ve değiştirilmesi için talepte bulunur. Son olarak radikal feminizm indirgemeci değildir. Bu kuram kadın sorunu, liberal gerekliliklerin kadınlara uygulanmaması veya Marksist literatürün iddiasında olduğu gibi kapitalizmin işçi sınıfın sömürdüğü gibi kadınları olumsuz etkilemesi olarak ele almaz. Radikal feminizme göre kadınların içinde bulunduğu tahakküm ilişkisi diğer sorunlardan daha derin ve özgündür. Bu nedenle

²² MacKinnon, Catharine A.: “Substantive Equality: A Perspective”, Minnesota Law Review, C: 96, S: 1, 2011, ss. 12-16.

ancak bu farklı tahakküm ilişkisini yakalayabilecek bir kuram bu soruna gerçek çözümler getirebilir²³.

4. Çıkarımlar

MacKinnon öne sürdüğü kuramsal açıklamalar sonucunda kadınları tahakküm altında tutan belli başlı toplumsal yapıların ortadan kaldırılması gerektiğini söyler. Savunduğu reformlar hukuk ve devlet sisteminin yapısının değiştirilmesi gerektiği yönündedir. Ancak yazar özellikle toplumsal cinsiyet ile doğrudan temas eden konulara öncelik verilmesi gerektiğini çünkü bunların tahakküm ilişkisinin merkezinde olduğunu belirtir. Cinselliğe ilişkin konular hukuk düzeninin de desteği ile erkek egemenliğinin oluşturulması ve muhafazası için merkezidir; bu sebeple radikal feminist yaklaşıma göre kadınların özgürleşmesi için öncelikli olarak bu konuların ele alınması gerekmektedir²⁴.

Yazarın en çok üstünde durduğu ve tartışmalı talebi pornografinin yasaklanmasıdır. Düşünürü göre pornografi kadınlar üstünde kurulan tahakkümü resmeden ve olumlayan bir ifade biçimidir. Erkekleri tahakkümde bulunan, kadınları ise itaat eden şekilde betimleyen pornografi, erkek ve kadın toplumsal cinsiyetlerini kitlesel şekilde oluşturur ve biçimlendirir. Bu şekilde toplumdaki tahakküm ilişkisinin temelinde yer alan toplumsal cinsiyet kimlikleri ve rolleri belirlenmiş olur²⁵. Pornografi neredeyse tüm erkek nüfusu tarafından düzenli olarak izlenmektedir ve ciddi etkileri vardır. Bu talep, ifade özgürlüğü açısından bir kısıtlama olarak görülmüştür. Pornografi bir ahlak meselesi olarak görülmüş ve müstehcenlik kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir²⁶. Buna karşın MacKinnon pornografinin ifade özgürlüğü bağlamında ele alınamayacağını vurgular. Pornografi sunmak ve izlemek, sadece ifade seviyesinde kalmaz. Pornografi tüketenler pornografi nedeniyle belli pratikleri isterler ve ataerkil bir düzende imkânları olursa bunları yaparlar. Bu pratikler ise tecavüz, şiddet, baskı ve zorlama gibi kadınların istemediği ve rıza göstermeyeceği eylemlerdir. Pornografik

²³ **MacKinnon**: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, ss. 140-148.

²⁴ **Hilal Demir**, Nazlı: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 217-218.

²⁵ **MacKinnon**, Catharine A.: "Sexuality, Pornography, and Method: 'Pleasure under Patriarchy'", *Ethics*, C: 99, S: 2, 1989, ss. 326-328.

²⁶ **MacKinnon**, Catharine A.: "Not a Moral Issue", *Yale Law & Policy Review*, C: 2, S: 2, 1984, ss. 324-330.

yayınlarında bu tip temalar sıkça işlenmektedir. Bu görüntüler de toplumsal hayatta erkeklerin kadınlara karşı davranışlarını şekillendirir²⁷.

İfade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen tipik bir “ifade”, dinleyicilerin seçim imkânlarını arttırır ve genel tartışma ortamını genişletir. Pornografi ise MacKinnon’a göre *susturucu* bir ifadedir. Kadınlar, pornografinin yarattığı cinsel kimliklerin ve rollerin karşısına içinde yaşadıkları ataerkil toplum şartlarında alternatif bir ifade koyamazlar; bununla akılcı ve eşit şartlarda bir tartışma içine giremezler. Bunun da ötesinde pornografi *bastırıcı* bir ifadedir. Pornografinin oluşturduğu tahakküm ilişkileri kadınların özgürlük alanlarını kısıtlamaktadır. Son olarak pornografi sektörü, bu yayınlarda kullandığı kadınları çoğu zaman sömürmektedir. Bu nedenle pornografi rıza gösteren tarafların ifade özgürlüklerini serbestçe icra ettikleri meşru bir platform olarak görülmemelidir²⁸.

MacKinnon’un ikinci iddiası, iş yerinde cinsel tacizin ayrımcılık yasasının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. MacKinnon cinsel tacizi, iş hayatında maddi kazanç, terfi veya iş güvencesi karşılığında cinsel taleplerde bulunulması olarak ele alır. Yazara göre cinsel taciz klasik bir haksız fiil olarak yorumlanamaz. Bu eylem belli bir grup (erkekler) tarafından tahakküm ilişkisi altında olan başka bir gruba yani kadınlara yöneltilmektedir. Hakları ihlal edilenlerin bu ihlale konu olmalarının nedeni toplumsal cinsiyetleridir. Erkekler işyerindeki bu hareketleri cinsellik oyununun bir parçası olarak normal görebilir ancak hukuk cinsel tacizi tespit ederken erkeklerin bakış açısı yerine kadınların tecrübelerini dikkate almalıdır²⁹.

Cinsel tacizin haksız fiil olarak ele alınması hem bu toplumsal ve sistematik durumu gizlemekte hem de mağdurları mahkeme önünde zor durumda bırakmaktadır. Çünkü bir haksız fiil davasında kazanmak için haksız fiilin tüm unsurlarının ispat edilmesi gerekir. Bu durum cinsel taciz gibi hassas bir meselede oldukça zordur. Hâlbuki ayrımcılık yasasının ihlal edildiğini ispat etmek daha kolaydır ve mağdurların haklarını daha kolay ve kolektif bir şekilde korumalarına imkân sağlar. MacKinnon cinsel tacizin hukuk sistemleri tarafından uzun bir süre tanımlanmamasının da kadınlar aleyhine oldu-

²⁷ **MacKinnon**, Catharine A.: *Only Words*, 3. Baskı, Harvard University Press, Massachusetts 1996, ss. 19-22.

²⁸ **MacKinnon**, Catharine A.: “Pornography, Civil Rights, and Speech”, *Feminist Philosophies*, 2. Baskı, Ed: J. A. Kourany ve diğerleri, Prentice Hall Publishing, New Jersey 1999, ss. 369-376.

²⁹ **MacKinnon**, Catharine A.: *Butterfly Politics*, Harvard University Press, Massachusetts 2017, ss. 57-60.

ğunu vurgular. Kendi tanımına göre cinsel taciz, eşit olmayan bir güç ilişkisi bağlamında istenmeyen cinsel taleplerin dayatılmasıdır³⁰. Sosyolojik çalışmalar da MacKinnon'un modelini ve cinsel tacizin yaygınlığı konusundaki iddialarını doğrulamıştır³¹. MacKinnon'un bu talebi günümüzde neredeyse tüm gelişmiş hukuk sistemleri tarafından (Türkiye de dâhil olmak üzere) kabul görmüştür.

Yazarın dikkat çektiği üçüncü alan aile kurumudur. Aile kurumu toplum nezdinde olumlu bir itibara sahiptir. Bu bakış açısına göre aile tarafların karşılıklı iradeleri ile oluşturulur ve ortak menfaat, sevgi ve dayanışma temelinde işler. Ancak MacKinnon'a göre toplumsal cinsiyetler arası eşitsizlikler ailenin kuruluşu, işleyişi ve sona ermesi aşamalarında da ön plandadır. Kadınlar, içinde yaşadıkları tahakkümden dolayı özgür bir şekilde evlenemezler, aile yaşantılarında baskı altındadırlar ve evliliklerini sona erdirmeye konusunda seçenekleri kısıtlıdır. Yazar aile ve boşanma hukukunun sözde liberal eşitlik ilkeleri doğrultusunda kadın ve erkeğe şeklen eşit muamele etmesini yetersiz ve haksız bulur³². Kadınlar çocuklarının velayetini almak ve bağımsız olarak ekonomik yaşantılarını kurmak noktasında erkekler ile eşit bir seviyede değillerdir. Bu nedenle toplumsal cinsiyet bağlamındaki eşitsizlikleri dikkate almayan şekli eşitliğe dayalı eşit velayet ve kısıtlı nafaka rejimleri bu yaklaşıma göre hatalıdır.

MacKinnon'un toplumsal cinsiyet ile ilgili dördüncü analiz alanı tecavüz konusudur. Günümüzde tecavüz neredeyse tüm hukuk sistemleri tarafından yasaklanmıştır ve cezalandırılmaktadır. MacKinnon bunun kâğıt üstünde bir yasak olduğunu savunur. Kadınların önemli bir kısmı tecavüze uğramakta ve hukuk sistemi buna çözüm getirememektedir. MacKinnon'a göre ilk sorun evlilik içi zorla cinsel ilişkilerin tecavüz olarak kabul edilmemesi olmuştur. Liberal hukuk perspektifi, kamusal ile özel alan ayrımı yaparak ev içi meselelere müdahil olmamayı tercih etmiştir. MacKinnon'un analizine göre bir kadının evli olması, yani onun belli bir ilişkiye liberal anlamda rıza göstermesi, onu tahakküm ilişkisinin dışına taşımaz. Pek çok kadın evlilik ilişkisi içerisinde tecavüze uğramaktadır. Günümüzde Türkiye de dâhil olmak üzere birçok ülke MacKinnon'un bu analizini kabul ederek

³⁰ **MacKinnon**, Catharine A.: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Massachusetts 1987, ss. 105-111.

³¹ **Uggen**, Christopher/**Blackstone**, Amy: "Sexual Harassment as a Gendered Expression of Power", *American Sociological Review*, C: 69, S: 1, 2004, s. 66, ss. 87-88.

³² **Karacan**, Olcay: "Catharine MacKinnon'un 'Tahakküm Yaklaşımı' Çerçevesinde Boşanma Davalarında Affetme", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Ed: G. Uygur/N. Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, ss. 396-398.

evli çiftler arasında da tecavüz suçunun mümkün olabileceğini kabul etmiş, ceza kanunlarından bu istisnayı çıkarmışlardır. MacKinnon'un tecavüz konusuna dair bir diğer analizi ise tecavüzün diğer suçlar gibi ele alınıp unsurlarının diğer suçlarla aynı şekilde değerlendirilmesi üzerinedir. Pek çok suçun değerlendirilmesinde olduğu gibi tecavüz suçunun gerçekleşmesi için de manevi unsur olarak kast aranmaktadır. Bu durumda da erkek sanıklar kendi bakış açılarından hareketle tecavüz etmekten ziyade cinsel ilişkide bulunma kastlarının olduğu savunmasını ileri sürebilmektedirler. Cinsellikteki beklentileri belirleyen ve betimleyen pornografide de işlenen tema budur: tahakküm ve itaat, cebir ile birleşince “iyi cinsel ilişki” olur. Bu durumda cebrin rıza ile bir arada bulunabileceği fikri zımnî olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kadınların rıza göstermediklerini ifade etmesi dahi erkekler tarafından cinsellik oyununun bir parçası olarak yorumlanır. Bu tip bir uyuşmazlıkta mahkeme, kastı “objektif koşullara” göre değerlendirmektedir. MacKinnon'a göre bu yöntem sorunludur çünkü ataerkil toplum yapısının “objektif” bakış açısı tecavüze sistematik olarak uğrayan kadınların bakış açısını yakalayamaz. Zarar ölçütü suçun mağduru olan kadının bakış açısından ele alınmakla beraber suçlanabilirlik ölçütü suçu işleyen bakış açısından ele alınmaktadır. Yazara göre bu davalarda manevi unsur aranmalı veya manevi unsurun yorumlanmasında “kadının bakış açısından” sonuca varılmalıdır³³.

Buna paralel olarak tecavüz vakalarında kadınların rızalarının olmadığının ispat edilmesi için onlardan fiziksel güç kullanarak direnmelerinin beklenmesi veya bunun değerlendirmeye alınması, erkekler arası kavgalarda erkeklerin tipik olarak verdiği bir tepki olduğu için eril bir beklentidir. Ancak bunun eril bir tahakküm altında olan kadınlardan beklenmesi ayrımcılıktır. Böylesi bir direnişte bulunan kadınlar bu tip olaylarda daha büyük şiddete maruz kalmakta ve bazı hallerde hayatlarını kaybetmektedir. Mevcut hukuk sistemi, kadınlara ya direnerek ölmek ya da direnmeyerek tecavüzcülerinin mahkemede beraat etmeleri sonucunu kabul etmek seçeneklerinden birini seçmeye zorlamaktadır. Bundan dolayı kadınların şiddete şiddet kullanarak karşılık vermemesi cinsel ilişkiye rızalarının olduğu anlamına gelmemelidir. Kadının bakış açısından bakıldığında her ne kadar fiziksel şiddet içermese dahi olağan dışı ve zorlayıcı eylemler tecavüz suçunu teşkil edebilir³⁴.

³³ **Uggen/Blackstone**: “Sexual Harassment as a Gendered Expression of Power”, ss. 81-85.

³⁴ **Çağlar Gürgey**, Fatma İrem: “‘Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, Hukuk Kuramı, C: 1, S: 5, 2014, ss. 34-35.

Toplumsal cinsiyet ve tecavüz ile ilgili bir diğer konu kürtajdır. Kürtaj, siyasi ve hukuki açıdan Amerika'da en çok tartışılan konuların başında gelir. MacKinnon da kürtaj tartışmalarına kendi kuramı çerçevesinde katkıda bulunmuştur. Yazara göre kürtaj tartışmalarındaki makul tüm taraflar en azından bir istisna olarak tecavüze uğrayan bir kadının kürtaj hakkına sahip olması gerektiğini kabul eder. Tartışmanın geneli rıza verilmiş bir cinsel ilişki sonrasında oluşan fetüsün ahlaki statüsü çevresinde şekillenir. MacKinnon, konvansiyonel argümanların bu ilk ön kabulden oldukça emin olmalarını yanlış bulur. MacKinnon'a göre kadınların önemli bir kısmı, cinsel ilişkiye girilmesi ve doğum kontrol yöntemlerinin kullanılması konusunda tam olarak otonomi sahibi değildir. Kadınlar ile erkekler arasındaki tahakküm ilişkisi, toplumsal hayatta olduğu gibi olağan partnerlik veya eşlik ilişkilerinde de devam etmektedir. Bu nedenle kadının bu hegemonya bağlamında tam olarak bilinçli ve gerçek bir rıza verdiğini söylemek zordur. Kadınların rızalarının olduğunu varsaymak yerine temkinli olup bu rızanın olmadığını varsaymak gerekir. Kürtajı sadece tecavüz vakaları ile sınırlayan bir sistem kadınların olağan şartlarda rızaları ile cinsel ilişki yaşadığını ve doğum kontrol yöntemlerini kullanma konusunda serbest olduğunu varsayar ve bunun dışında bir durum olması halinde kadın tarafından ispat edilmesi şartını arar. Ancak tecavüzün ispatı yukarıda belirtildiği üzere erkek bakış açısı ile değerlendirilir ve kadınların yaşadığı tahakkümü dikkate almaz; bu nedenle ispat imkânları kadınlar için oldukça zordur. Bunun sonucu olarak da bu tip kürtaj düzenlemesi rejimlerinde pek çok kadın aslında tam bir rızaları olmasına rağmen bundan kaynaklanan gebelikleri kabullenmek zorunda kalırlar. MacKinnon bu nedenle kürtajın istisnai bir imkândan ziyade kadının tercihine bırakılmış bir hak olarak düzenlenmesi gerektiğini savunur. Aslına bakılırsa pek çok ülkede kürtaj konusunda belli bir serbestlik tanınmaktadır. Yazara göre bu kâğıt üzerindeki serbestlik de belli bir ikiyüzlülüğü içermektedir. Cinsel devrim sonucunda erkekler daha fazla kadın ile cinsel ilişkiye girme imkânı bulmuştur. Ama çocuk sahibi olmaları onlara ister istemez belli yükümlülükler getireceği için kürtajın bir imkân olarak tanınması erkeklerin menfaatinedir. Buna karşın birçok ülkede kürtaj imkânı sosyal güvencelerin kapsamında değildir. Bu nedenle ekonomik olarak eşlerine veya ilişki içerisinde oldukları erkeklere bağlı olan kadınlar kürtaj için de onlara bağlı olmaktadırlar. Sonuç olarak MacKinnon, kadınların içinde bulunduğu tahakküm ilişkisinde, cinsellik, çocuk veya kürtaj yapma kararlarının esasen erkekler tarafından alındığını vurgular. Yazar bu nedenle kürtajın sadece bir hak olarak tanınmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda sosyal

güvence kapsamına alınarak bedelsiz veya ucuz bir şekilde kadınlara sağlanması gerektiğini savunur³⁵.

MacKinnon fuhuş konusunda da benzer ikiyüzlülüğün mevcut olduğunu öne sürer. Fuhşa ya kadınların seçimi ve rızasına dayalı bir pratik olarak izin verilir ya da bu pratik kadınların sorumlu olduğu bir ahlaksızlık olarak görülür ve cezalandırılır. Hâlbuki çoğu halde kadınlar ya sosyo-ekonomik olarak zor durumda oldukları için ya da zorlandıkları için fuhuş yapmaktadır. MacKinnon fuhuşun serbest olmasına karşıdır çünkü bu durum daha fazla yasa dışı insan kaçakçılığına imkân vermektedir. İnsan kaçakçıları oldukça kolay bir şekilde taklit edilebilecek bir yasallık perdesi arkasında yasadışı hallerine kıyasla çok daha geniş bir pazara ulaşabilmektedirler. Ters taraftan kadınların cezalandırılacağı bir sistem de zaten mağdur olan bir tarafı yine cezalandırılacaktır. Yazar İsveç modelini desteklemektedir. Bu sistemde cinsel hizmetlerin satımı cezalandırılmaz ancak alımı yasaktır ve cezalandırılır. Aynı zamanda bu hizmetin satımını yönetenler de cezalandırılır. Bu sistemde genelev işletilmesi de yasaklanmıştır³⁶.

Son olarak MacKinnon uluslararası hukukta da kadınlara karşı bir samimiyetsizliğin olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre uluslararası hukukun başvuru kaynaklarından biri olan insan hakları kapsamına kadınlar pratikte girmemiştir. Uluslararası camiada birçok konu insan hakları meselesi haline gelip kamuoyunda büyük ilgi toplarken kadınlar ile ilgili tüm dünyada, hatta gelişmiş ülkelerde dahi rutin ve kitlesel ölçekte gerçekleşen aile içi şiddet, tecavüz, kadın ticareti gibi sorunlar normal kabul edilmekte ve bir uluslararası hukuk meselesi olmamaktadır. MacKinnon insan hakları kavramının günümüzde sadece erkekleri veya erkeklerin menfaatlerine temas eden konuları kapsadığı görüşündedir. Yazarın analizleri sonucu oluşan tartışmalar insan hakları hukukundan kadınların da tutarlı bir şekilde yararlanması konusunda ilerlemelere yol açmıştır. Özellikle tecavüzün bir savaş suçu olarak uluslararası hukukta ele alınması konusunda MacKinnon'un ciddi etkisi olmuştur³⁷.

³⁵ **MacKinnon**: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, ss. 218-224.

³⁶ **MacKinnon**, Catharine A.: "Trafficking, Prostitution, and Inequality", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, C: 46, S: 2, 2011, ss. 275-277.

³⁷ **Bennoune**, Karima: "Why Does It Matter If Women Were Human: Catharine MacKinnon's Contributions to International Law", *Tulsa Law Review*, C: 46, S: 1, 2010, ss. 114-116.

5. Eleştiriler

MacKinnon'un radikal feminist kuramı, entelektüel ve siyasi alanda önemli bir ilgi uyandırmakla birlikte, birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Liberal feminist Martha Nussbaum, MacKinnon'un toplumsal koşullara dair endişelerini kabul etmekle beraber liberal düşüncenin köklerinde bu sorunları bertaraf edebilecek araçlarının mevcut olduğu savunmasını getirmektedir. Nussbaum'a göre liberalizm, bireylerin seçimlerde bulunabilmeleri için fırsatlara sahip olmaları ve bu nedenle toplumsal yapıların bu fırsatları yaratmak için gerekli koşulları sağlaması gerektiği düşüncelerine bağlıdır. Bu nedenle liberalizm veya kadın sorunu özelindeki liberal feminizm kadınların içinde bulunduğu toplumsal koşulların analizine veya bu toplumsal koşulların değiştirilmesine yönelik reformlara kapalı değildir. Nussbaum, radikal feminizmi liberal feminizmin sadece aşırı basit bir halini eleştirdiği ve özündeki insan haysiyeti, özgürlüğü ve seçimlerine dair taşıdığı ağırlığa angaje olmadığı için sorunlu bulur³⁸. Öte yandan Nussbaum da klasik liberalizmin kamu-özel alan ayrımı, eşit muamele formülü, basit tercih temelli yapısı ve ihtimam konusundaki bakışı açısından yetersizlikler olduğunu, liberal düşüncenin bu konulardaki görüşlerinin kadın sorunu özelinde güncellenmesi gerektiğini savunur³⁹.

Marksist feminist Zillah R. Eisenstein da her ne kadar radikal feminizmin kadınların tüm tahakküm biçimlerinden kurtarıp özgürleştirme hedefini haklı ve tahakküme yaptığı vurguyu yerinde bulsa da bu tahakkümün oluşum süreci açısından sınıf ve buna bağlı ideoloji araçlarının analiz edilmesinin zorunlu olduğuna işaret eder. Tahakküm tarihsel olarak bu süreçlerden bağımsız ortaya çıkmamıştır; gelecekteki bir değişim için de bu süreçlerin ele alınması gerekmektedir. Radikal feminizm ise bu unsurlardan kopuk bir analiz yapmakta ve hedef aldığı politikalar da bu unsurlara doğrudan temas etmemektedir⁴⁰. Örneğin pornografi, kürtaj ve tecavüze ilişkin radikal feminist taleplerin sağlanması belli bir özgürleşme ve ilerleme getirse dahi sınıfa yönelik köklü bir değişiklik sağlayamayacağından gerçek bir özgürleşme tabanı oluşturacağı kuşkuludur.

³⁸ Nussbaum, Martha C.: *Sex & Social Justice*, Oxford University Press, New York 1999, ss. 55-80.

³⁹ Uygur, Gülriş: "Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir", *Ankara Barosu Dergisi*, C: 1, S: 4, 2015, ss.124-126.

⁴⁰ Eisenstein, Zillah R.: "Some Notes on the Relations of Capitalist Patriarchy", *Capitalist Patriarchy and the Case For Socialist Feminism*, Ed: Z. R. Eisenstein, Monthly Review Press, New York 1979, ss. 41-42.

Fark feminizmine yakın duran Drucilla Cornell ise MacKinnon'un analizlerinde kadınların aşırı bir şekilde olumsuzlanarak erkekler için salt bir cinsellik aracı haline geldiğini söyler. Bu analiz Cornell'e göre kadınların gerçek hayatta yaşadıkları sayısız farklı tecrübeyi temsil etmediği gibi, kadınların özgürleşmesi için kendi cinsiyet kimliklerinin tamamını reddetmeleri gerektiği sonucuna götürür ki bu absürttür. Cornell, aynı zamanda Gilligan'ın kadınların ilgi ve duygulara dayanan kimliklerine dair analizlerinin MacKinnon tarafında haksız bir şekilde gözden çıkarıldığını, Gilligan'ın yaklaşımının da kadınların olumlu bir kimlik inşasına katkıda bulunabileceğini öne sürer⁴¹.

Her ne kadar hukuk felsefesinde oldukça önemli olmasına rağmen feminist literatürde ön planda olmayan bir düşünür olan Ronald Dworkin ise MacKinnon'u pornografinin yasaklanmasına dair görüşleri nedeniyle eleştirir. Dworkin, pornografinin yasaklanmasındansa ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Düşünür, pornografi ile şiddet arasında açık bir nedensellik ilişkisinin olmadığını ve MacKinnon'un iddiasının aksine pornografi izleyenlerin ağırlıklı bir çoğunluğunun rıza olmaksızın cinsel ilişkiye girmediklerini ifade eder. Eğer pornografik görsellerdeki ifadelerin hatalı, yanlış, gayri ahlaki olması söz konusu ise bu durum yine ifade özgürlüğü çerçevesinde karşılık bulmalıdır; sansür ile değil. Dworkin, bu tip yasaklamaların ifade özgürlüğünün başka konularda da engellenmesi yönünde istismar risklerine kapı açabileceğine ve özellikle ahlakçı talepler ile birlikte bu tip sansür başlıklarının artabileceğine işaret eder. Bu nedenle ifade özgürlüğü sınırlanmamalı; açık bir şiddet ve hak ihlaline dair bir nedensellik bağlantısının olmadığı pornografi de sansürülenmemelidir. Dworkin bu gerekçelerden dolayı MacKinnon'un argümanlarını yetersiz bulur⁴².

SONUÇ

MacKinnon feminist literatürün yelpazesini, derinliğini ve vurgularını ciddi bir şekilde zenginleştirmiştir. MacKinnon kendisinden önceki feminist literatürün ötesinde farklı yöntem ve bakış açıları ile oldukça orijinal bir kuram oluşturmuştur. Yazarın alternatif feminist kuramlara yönelttiği eleştiriler bu kuramların eksikliklerini göstermiştir. Yazarın analizleri, kadın

⁴¹ **Cornell**, Drucilla: "Re: Sexual Difference, the Feminine, and Equivalency: A Critique of Catharine MacKinnon's Toward a Feminist Theory of the State", *The Yale Law Journal*, C: 100, S: 7, 1991, ss. 2247-2265.

⁴² **Dworkin**, Ronald M.: "Women and Pornography", *New York Review of Books*, C: 40, S: 12, 1993, ss. 38-41.

sorununu diğer kuramların kavramsal araç ve yöntemleri ile açıklamanın kısıtlamalarına işaret etmektedir. Kadın sorununun ele alınması, değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması için özgün bakış açıları ve tespitlere ihtiyaç duyulduğu görülmektedir.

MacKinnon'un kuramını oluştururken dayanacağı epistemolojik bir altyapı kurması önemlidir. Bu sayede erkek egemen toplumun sözde tarafsız ve objektif bir epistemoloji ile gerçeği nasıl çarpıttığı ve bu çarpıtmanın nasıl düzeltilebileceğine dair bir analiz aracı sunulmuş olur. Bilinç yükseltme seanslarının pek çok feminist grup tarafından tercih edilmesi de bu temelin pratik değerini ve işlevini göstermektedir.

Bu temelden hareket eden MacKinnon'un radikal feminist kuramı toplumdaki esas bölünme ve eşitsizlik kaynağı olarak toplumsal cinsiyetin kendisini ele alır ve ataerkil düzenin dinamik tahakküm ilişkisini çalışmalarının merkezine koyar. Bu yaklaşım, diğer feminist yaklaşımlardan farklı olarak, kadın sorununu toplumsal cinsiyetin dışındaki toplumsal baskı veya eşitsizlik hallerinin kadınlara dair dolaylı bir etkisi olarak görmektense toplumsal cinsiyetten kaynaklanan eşitsizlik ve baskıyı kadın sorunlarının doğrudan sebebi ve ana ögesi olarak tespit eder. Bu açıdan radikal feminist yaklaşım, kadın sorununu ve erkek egemenliğini dair doğrudan ve özgün bir şekilde analiz etmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda radikal feminizmin çıkarımlarının da hukuki ve siyasi düzlemde önemli bir ağırlığı olduğu söylenebilir. Tüm bu çıkarımlar klasik eşitlik reformlarının ötesine geçerek toplumsal ilişkilerin bağlamını ve tahakküm dinamiklerinin etkisini akıl yürütmeye katması açısından oldukça önemlidir. Pornografî, tecavüz, cinsel taciz, kürtaj, fuhuş ve aile kurumuna dair öneriler mevcut tartışmaların tamamen göz ardı ettiği olguları gösterdiği gibi cinselliğe dair öğelerin bu tahakküm ilişkisindeki rolünü aydınlattığı için değerlidir.

Türkiye'deki kadın sorunları açısından radikal feminizmin tespitlerinin önemi aşikârdır. Tecavüz, fuhuş, nafaka, kürtaj konuları, bu yaklaşımın işaret ettiği öğeler ile daha iyi anlaşılabilir. Tecavüz olgusu yaygın olmasına rağmen mahkemeler sanıkları mahkûm etmek konusunda tutuk davranmakta ve mağdurların cinsel ilişkiye rızalarının olmadığı noktasında genellikle fiziksel direniş göstermeleri şartını aramaktadır. Fiziksel direniş gerçekleştiği vakalarda ise kadınların dövülmesi veya öldürülmesi, bu şartın ne kadar anlamsız olduğunu göstermektedir. Fuhuş konusunda Türkiye'de yasallaştırma politikası benimsenmiştir. Ancak yasallık, bu alandaki kadınların zorlamadan, istismardan, tecavüzden ve sömürüden korumamaktadır. Aile kuru-

muna dair meselelerde de son dönemde yoksulluk nafakasının süresinin kısıtlanması talebi yükselmektedir. Buna karşın birçok kadın mahkeme kararı ile hak sahibi olduğu yoksulluk nafakasını almakta zorluk yaşamakta ve ekonomik bağımsızlığını elde etmekte güçlük çekmektedir. Kürtaj ise Türkiye’de yasal olmasına rağmen fiilen devlet hastanelerinde yapılmaması ve eşin izninin aranması sebebiyle kadınlar aleyhine kısıtlanmış bir seçenek olarak kalmaktadır. Diğer yandan işyerinde cinsel taciz konusunda, diğer ülkelerdeki gelişmelere paralel olarak Türkiye’de de çeşitli ilerlemeler sağlanmıştır. Bu kapsamda iş hukuku açısından farklı muamelenin ispatı, ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Radikal feminizme getirilen eleştirilerin de belli bir ağırlığı olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de liberal veya Marksist bir bakış kadın sorunundaki birçok öğeyi tespit etmek için yetersiz olsa da, radikal feminizmin çıkarımları da toplumsal cinsiyet dışındaki toplumsal dinamiklere ve bireysel özgürlüğe dair belirli unsurları tam olarak dikkate almamaktadır. Öte yandan ifade özgürlüğü, masumiyet karinesi gibi temel ilkelerin de belli istisnalarının olabileceği iddiası haklı olsa da özellikle devlet gibi istismara etme potansiyeli olan bir aktör tarafından bu ilkelerin yumuşatılması beklenmedik ve arzu edilmeyen sonuçlara yol açabilir. Pornografinin yasaklanması noktasında Türkiye’de yaşanan tecrübe, Dworkin’in ifade özgürlüğünün kısıtlanması endişelerini doğrulayacak şekilde yaygın bir internet sansürüne dönüşmüştür.

MacKinnon’un kuramı ve talepleri feminist literatürde ve feminizm dışındaki düşünce dünyasında oldukça büyük tartışmalar doğurmuştur. Bu tartışmalarda kesin olarak hangi tarafın haklı olduğunu tespit etmek zor olsa da bu tartışmaların içerdiği öğeleri derinlemesine ele almak kadın sorunu ve toplumsal eşitsizlikleri aydınlatmak açısından oldukça önemli ve gereklidir.

KAYNAKÇA

- Bennoune**, Karima: “Why Does It Matter If Women Were Human: Catharine MacKinnon’s Contributions to International Law”, *Tulsa Law Review*, C: 46, S: 1, 2010, ss. 107-122.
- Cornell**, Drucilla: “Re: Sexual Difference, the Feminine, and Equivalency: A Critique of Catharine MacKinnon’s Toward a Feminist Theory of the State”, *The Yale Law Journal*, C: 100, S: 7, 1991, ss. 2247-2275.
- Çağlar Gürgey**, Fatma İrem: “‘Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, C: 1, S: 5, 2014, ss. 28-44.
- Çakır**, Serpil: “Kapitalizm ve Patriarkaya Karşı: Sosyalist Feminizm”, *Toplum ve Demokrasi*, C: 2, S: 4, 2008, ss. 185-196.
- Demir Hilal**, Nazlı: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Dworkin**, Ronald M.: “Women and Pornography”, *New York Review of Books*, C: 40, S: 12, 1993, ss. 36-42.
- Eisenstein**, Zillah R.: “Some Notes on the Relations of Capitalist Patriarchy”, *Capitalist Patriarchy and the Case For Socialist Feminism*, Ed: Z. R. Eisenstein, Monthly Review Press, New York 1979, ss. 41-52.
- Karacan**, Olcay: “Catharine MacKinnon’un ‘Tahakküm Yaklaşımı’ Çerçevesinde Boşanma Davalarında Affetme”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Ed: G. Uygur/N. Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, ss. 393-412
- MacKinnon**, Catharine A.: *Butterfly Politics*, Harvard University Press, Massachusetts 2017.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, *Feminist Theory: A Philosophical Anthology*, Ed: A. E. Cudd/R. O. Andreasen, Blackwell Publishing, Oxford 2005, ss. 392-403.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory”, *Signs*, C: 7, S: 3, 1982, ss. 515-544.
- MacKinnon**, Catharine A.: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Massachusetts 1987.
- MacKinnon**, Catharine A.: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev: T Yöney/S. Yücesoy, 2. Baskı, Metis Yayıncılık, İstanbul 2015.

- MacKinnon**, Catharine A.: “Not a Moral Issue”, *Yale Law & Policy Review*, C: 2, S: 2, 1984, ss. 321-345.
- MacKinnon**, Catharine A.: *Only Words*, Massachusetts: Harvard University Press, 3. Baskı, 1996.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Pornography, Civil Rights, and Speech”, *Feminist Philosophies*, 2. Baskı, Ed: J. A. Kourany ve diğerleri, Prentice Hall Publishing, New Jersey 1999, ss. 367-384.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Sexuality, Pornography, and Method: ‘Pleasure under Patriarchy’”, *Ethics*, C: 99, S: 2, 1989, ss. 314-346.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Substantive Equality: A Perspective”, *Minnesota Law Review*, C: 96, S: 1, 2011, ss. 1-27.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Toward A Renewed Equal Rights Amendment: Now More Than Ever”, *Harvard Journal of Law & Gender*, C: 37, S: 2, 2014, ss. 569-579.
- MacKinnon**, Catharine A.: “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, C: 46, S: 2, 2011, ss. 271-309.
- Mikkola**, Mari: “Feminist Perspectives on Sex and Gender”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/> (Son erişim tarihi: 1.9.2019)
- Nussbaum**, Martha C.: *Sex & Social Justice*, Oxford University Press, New York 1999.
- Uggen**, Christopher/**Blackstone**, Amy: “Sexual Harassment as a Gendered Expression of Power”, *American Sociological Review*, C: 69, S: 1, 2004, ss. 64-92.
- Uygur**, Gülriz: “Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 1, S: 4, 2015, ss. 121-132.
<http://www.law.umich.edu/> (Son erişim tarihi: 1.9.2019)

İPTAL DAVALARINDA MENFAATİN MEŞRULUĞUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642026>

Dr. Necip Taha GÜR*

Öz

Bu çalışmada, iptal davalarında subjektif ehliyetin varlığını ortaya koyabilmek bakımından aranan menfaat ihlali şartının, meşru nitelik göstermesinin anlam ve içeriği, hak ihlaliyle muhtemel ilişkisi, dava konusu olaylardaki görünüm biçimi ve mahkemelerin yaklaşımı hakkında tespitlerde bulunulmuş, öneriler geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu minvalde meşru menfaatin Danıştay kararlarındaki görünümünden hareketle, iptal davasının amacını gerçekleştirebilmesi için, ilk inceleme aşamasında meşru menfaat araştırmasının önceliği-sonralığı meselesi tartışılmış ve meşru menfaat yorumlamasının esasa ilişkin bir incelemeye dönüşmemesi bakımından olması gerekeni ortaya çıkaran bir düşünce biçimi önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İptal Davası, Subjektif Ehliyet, İlk İnceleme, Meşru Menfaat, Hak İhlali

THOUGHTS ON THE QUALIFICATION OF LEGITIMATE INTEREST IN ACTION FOR ANNULMENT

Abstract

In this study, in order to reveal the existence of legal standing in the actions for annulment, suggestions have been tried to be made by making observations about the meaning and content of the legitimate interest, the possible relationship with the abuse of right, the manner of appearance in the

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: neciptahagur@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6813-6180> (Makalenin Geliş Tarihi: 12.03.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 20.03.2019/Makale Kabul Tarihi: 23.07.2019)

cases and the approach of the courts. In this regard, in view of the legitimate interest in the Council of State's decisions, in order to realize the purpose of the actions for annulment, it has been entered into the discussion of the post-priority of the legitimate interest research in the initial review stage and it has been tried to develop a way of thinking that reveals what should be for not converting the interpretation of legitimate interest into a merit review.

Keywords

Action for Annulment, Legal Standing, Initial Review Legitimate Interest, Abuse of Right

GİRİŞ

İptal davalarında aranan subjektif ehliyet (*legal standing, locus standi*) konusunda genel olarak üç sistemin kabul edildiği söylenebilir. Menfaat temelli yaklaşım, hak temelli yaklaşım¹, halk davası (*actua popularis*) yaklaşımı. Türk idari yargı sisteminde ise, Fransa ile benzer şekilde menfaat temelli bir subjektif ehliyet yaklaşımı² benimsenmiştir.

İptal davasının açılabilmesinin ön koşulu, davayı açan kişinin idari işlemle menfaat bağının olmasıdır (*interest to act, intérêt à agir*). Menfaat ise idari işlem veyahut idari işlemin konusunun değişiklik yaptığı hukuki durumla kişi arasındaki makul ve ciddi ilişki olarak açıklanmaktadır³. Doktrin, yazarlar ve yargı kararlarıyla tutarlık gösterdiği üzere de menfaatin meşru (*legitimate*), kişisel (*personal*) ve güncel (*actual*) olması⁴ gerektiği⁵ ifade edilmektedir⁶.

İlk incelemede yapılan menfaat araştırmasının bir unsuru olarak menfaatin meşruluğu, kişisel-güncel olma özellikleriyle birlikte, ihlal edildiği iddia edilen her menfaatte araştırılmaktadır. Bu bakımdan, menfaatin meşruluğunun, kişisel ve güncel olma özelliğiyle önem farklılığı bulunmamaktadır. Örneğin ilk incelemede güncel bir menfaatin olmadığı tespit edilmesi, davanın ilk incelemede reddedilmesi için yeterli bir sebeptir. Ancak meşruluk kavramının bünyesi geniş bir yaklaşımı barındırabileceğinden, menfaatin kişisel ve güncel olma özelliklerine göre tespiti bir problem olarak karşımıza çıkabilmektedir.

¹ Alman idari yargısında hak ihlalinin subjektif ehliyet koşulu olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. **Standing Up for Your Right(s) in Europe**, A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States Courts, Brussels 2012, s. 133.

² **Eliantonio**, Mariolina: “Standing Before French Administrative Courts: Too Restrictive to Effectively Enforce Environmental Rights?”, *Montesque Law Review*, Issue: 5, March 2017, s. 2.

³ “İptal davası ile ‘menfaat’ ilgilerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde davanın idari işlem karşısındaki durumu, statüsü ve sıfatının ortaya konması gerekmektedir”. D14D, E. 2011/13742, K. 2011/796, KT. 21.09.2011, DD, sy. 128, s. 384.

⁴ Bu konuda bkz. **Kaya**, Cemil: İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlam ve Kapsamı, SÜHFD, 2008, Cilt:16, sy. 1, s. 117-141.

⁵ *Alan*’a göre, menfaat ihlalinin bu şekilde açıklayabilmek isabetli sonuçlar doğurmayabilir. Maksudı aşan yorumlarla iptal davasının açılabilmesi zorlaştırılabilir. Bkz. **Alan**, Nuri: İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, DD, sy. 50-51, s. 31.

⁶ Bu konuda bkz. **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılamaya Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 230-263.

A. Meşruluk ve Hukuki Bir Dayanağının Olması Zarureti

Meşru kelimesi, çoğunlukla onaylanan, yaratıcı buyruğuna uygun olan, kanunun, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu norm anlamına gelir. Batı dillerinde “*legitimus, legitimitas*” olarak ifade edilen kavramın kökleri, Eski Roma’da “hukuka uygun” anlamında kullanılmıştır. Ancak kelime genel olarak hukuki metinlerde geçse de, siyasi bazı çağrışımlara da açıktır. Yaygın olarak kanunilik anlamında kullanılan meşruluk kavramının, tarihsel süreç içerisinde “dinsel anlamda hukuksal” şeklinde bir anlam taşıdığı da görülmektedir⁷. Bu bakımdan meşruluk kavramı, sosyal bilimler literatüründe farklı disiplinler tarafından farklı şekilde tanımlanmaktadır⁸.

Disiplinler bakımından farklı tanımlama; kamu hukuku bakımından da kendini göstermektedir. Kamu hukuku bakış açısıyla Kelsen’in hukuk anlayışı, hukukun bir kanunilik sorunu olduğu düşüncesinden hareketle meşruluk ile kanuniliğin üst üste örtüşmüş olduğunu kabul etmektedir⁹. Bu durum meşruluğa pozitivist bir bakış açısıyla bakmanın sonucu olarak okunabilir. Esasında “meşruiyet kavramı bir kurum veya kuralın kendinin üstünde bulunan ‘hukuksal ya da etik’ bir norma uygun olmasını ifade eder. Belirtilen bu hususun adı geçen kurum veya kuralın siyasi ya da ahlaki kudretini kabul ettirdiği çoğunluk tarafından asli olarak hissettirilmiş olması, meşruiyeti” oluşturmaktadır¹⁰. Farklı yönlerden değerlendirildiği takdirde de meşru olma, niteliği ne olursa olsun dinsel, hukuksal, ahlaki, toplumsal değer atfedilmiş bir üst norma uygun olmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla meşru olma, kanuni olanın ötesinde üst bazı normlara uygun olmayı ifade etmektedir. Tüm bu anlatılanlar ışığında meşru menfaatin de hukuki menfaatten daha geniş şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülebilir¹¹. Halbuki konu ettiğimiz pozitivist düşünce çerçevesinde meşru olma, “bir işlemin veya olayın olumlu nitelikteki bir hukuk normuna uygun olması” olarak anlaşılmaktadır¹².

⁷ **Hançerlioğlu**, Orhan: Felsefe Ansiklopedisi (Kavramlar ve Akımlar), c. VIII, İstanbul 1978, s. 255.

⁸ **Barker**, Rodney: Political Legitimacy and the State, Clarendon Press, Oxford, 1990, s. 20; Aktaran, **Caniklioğlu**, Meltem Dikmen: Anayasal Devlette Meşruiyet, Ankara 2010, s. 30.

⁹ **Caniklioğlu**, s. 33.

¹⁰ **Atay**, Ender Ethem: “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, GÜHFD, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Aralık 1997, s. 122.

¹¹ **Singh**, Mahendra P.: German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001; Aktaran **Akyılmaz / Sezginer/Kaya**, s. 259.

¹² **Atay**, s. 122.

İptal davası yönüyle meşru olma özelliğinin bir üst norma dayanması, pozitif bir kaynağa uygun olması, hukuken ileri sürülebilir olması ve bir hukuki duruma dayanması şeklinde anlaşılması gibi bir gereklilik vardır. Böyle bir yaklaşımla meşru menfaatle hukuki menfaat aynı anlama gelmektedir¹³. Bu bakımdan, sübjektif ehliyet koşulu olarak meşru menfaat kavramının hukuki bir dayanağının olması¹⁴ zarureti bulunmaktadır ve buradan hareketle hukukilikle eş anlamda kullanılması gibi bir durum söz konusudur.

B. İlişkili Kavramlar

1. Menfaat ve Hak İhlali Çizgisi

Menfaat ihlalinin geniş yorumlanması, hukuka aykırı bir işlemin yürürlükte bulunmasını hiçbir şekilde kabul etmeksizin, onun iptalini kolaylaştırıcı etkenler kılmayı gerektirmektedir¹⁵. Ancak burada da sınır olarak, yargının görevlerini yerine getirmesine engel olabilecek rastgele dava açılması durumu söz konusudur¹⁶. Bu bakımdan yargı yerleri de, hukuk devleti ilkesinden ayrılmama ile kendi görev alanlarında etkin çalışabilme koşulları arasında dengeli bir yolu izleyerek faaliyette bulunmaktadır.

İptal davasının açılabilmesinin ön koşulu olan menfaat ihlalinin değerlendirilmesi noktasında¹⁷ menfaat ihlali araştırmasının hak ihlali araştırma-

¹³ Nedjati, Zaim M., Administrative Law, Nicosia-Cyprus 1974, s. 256; Aktaran Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 259.

¹⁴ “(...) hukuki kaynağa dayalı bir menfaatin ihlali halinde iptal davası açılabileceği (...) arsanın kendisine tahsis olunması gerektiğini tevsik eden bir belge ibraz edilemediği nedenleriyle ehliyet yönünden reddine”. D6D, E. 1973/541, K. 1974/4838, KT. 21.11.1974, Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977), Ankara 1979, s. 607.

¹⁵ “Aksi yönde bir anlayış, iptal davasının ön koşullarından olan ‘menfaat ihlali’ni ‘hak ihlali’ ne yaklaşan bir tarzda yorumlama sonucu yaratır ki, bu durumun ne idari yargının varlık nedeni ile, ne de yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı açıktır” (karşı oy). D6D, E. 2010/12920, K. 2011/2120, KT. 08.06.2011, DD, sy. 129, s. 383.

¹⁶ “...dava açma ehliyeti, her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idare ile işlemlerinde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçütler içinde menfaat ilişkisinin varlığını ifade etmektedir”. D14D, E. 2011/13742, K. 2011/796, KT. 21.09.2011, DD, sy. 128, s. 382. Aynı yönde bkz. D6D, E. 2009/6118, K. 2011/310, KT. 14.02.2011, DD, sy. 127, s. 227; D5D, E. 1994/2507, K. 1996/665, KT. 14.02.1996, DD, sy. 90, s. 590-591.

¹⁷ “Bireysel hakkın ihlaline dayanmayan kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları, objektif ve somut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır”. D10D, E. 2010/13350, K. 2011/1738, KT. 11.05.2011, DD, sy. 129, s. 171.

sına doğru yaklaştırılması problemi gözükmemektedir. Bunun çözümünde idari hakimın yukarıda ifade edilen dengeli yolu izlemesi gerçeği, bazı kavramlara doğru anlamlar yüklenmesi ile belirginleşebilir. Hak, hak ihlali, menfaat, meşru menfaat kavramlarının bir denklem içerisinde birbiriyle ilişkisinin incelenmesi ise bu anlam yüklemeye yardımcı olacaktır.

Menfaat, iptal davası bakımından anlaşıldığı şekliyle makul ve ciddi ilişki olması bir tarafa bırakılırsa, çıkar, fayda anlamlarına gelir. Hak ise, en temel tanımıyla hukuken korunan menfaattir¹⁸. Kişinin bir konuda hakkının olması başka bir ifadeyle hukuken korunan menfaatinin olması, o alanda bir güce de sahip olduğunu gösterir. Halbuki sıradan bir menfaati olan birey, başkalarından bir şey talep edebilme gücüne sahip değildir¹⁹. Ancak idari işlemle kişi arasında ciddi ve makul bir ilişki olduğu takdirde, kişinin işlemle sıradan bir menfaati ihlal edilse de iptal davası açabilmektedir.

Özay, iptal davasını açabilmek bakımından menfaatin, bir hak etkisi ve sonucu taşıyorsa; hakkın kamu hukuku alanında önemli derecede değişime uğramış bir kavram olarak düşünmenin gerekliliğinden bahsetmektedir²⁰. Bu konuda ayrıca *Sarıca*'nın yaptığı "sıradan ve hukuken korunan menfaat" ayrımı üzerinde durmak gerekir. İdari işlem ile işlemin uygulandığı kişi arasındaki ilişkide; kişi o işlem sonucu bir zarara uğradığı takdirde bir hakkı ihlal edildiği için, idareden bunun tazminini isteyebilecektir ki bu sonuca tam yargı davasıyla ulaşır. Halbuki idari işlemin bir hak kaybına yol açmaması durumunda, idarenin hareket aracı olan işlemle birey arasında bir bağ vardır ve bu bağla kişinin hukuki statüsünde bir değişiklik meydana gelmiştir. Kişi, kamu gücüne dayanılarak uygulanan bu işleme bir hakkının ihlali iddiasıyla değil, makul ve ciddi olması kaydıyla sıradan bir menfaatin ihlalden kaynaklı iptal davası açabilir. Bu durum hak tanımının idare hukukunda değişikliğe uğraması olarak değil, idari işlemle kişi arasındaki ilişkinin, hukuken korunma aşamasına gelmemiş olsa da dava konusu edilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bir ihlal şeridi çizdiğimizde, hak ihlalinin doğru giden veya gitme ihtimali bulunan ancak ona varmamış bir ihlalin varlığı söz konusudur ki o da menfaat ihlalidir. Ve bu ihlalin varlığı halinde bireyin idari işlemin iptali talebi ile dava açabilmesi mümkündür.

¹⁸ AYMK, E. 1995/46, K. 1995/49, KT. 21.09.1995, RG. 27.12.1996, sy. 22860; D10D, E. 2006/1584, K. 2007/2233, KT. 25.04.2007, DD, sy. 116, s. 295.

¹⁹ **Sarıca**, Ragıp: İdari Kaza, İstanbul 1949, s. 29, dn., 37.

²⁰ **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2004, s. 136.

2. Meşru Menfaat ve Temellendirilmesi

Meşruluk ilk olarak “haklı olma” savını içermektedir ve kişisel bir hakkın herkes için bağlayıcı olduğu hukuki düzende, tartışılmaz zeminini bulmuş bir hukuk kavramına dayanma inancını kapsamaktadır²¹. Dolayısıyla haklı olma inancı, bunun hukuk düzenince meşru kabul edilmesi için şarttır. Dikkat edilirse meşrulukta, kişinin bir hakkının olmasından değil, hukuk düzenince hakkının kabul edilme inancından bahsedilmektedir. Ancak kanunilik ilkesine dayalı idare hukukunda, meşruluk kavramının sınırları belirsiz kabul edilebilecek olan bu anlamının kullanılması mümkün gözükmemektedir. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak için, meşru olma durumu; bir hukuk normuna uygun olma olarak kabul edilmektedir. Meşru menfaat *Onar*’ın ifadesiyle, hukuki bir durumdan çıkan ve böyle bir duruma dayanan menfaattir. Anayasa, kanun, yönetmelik, idari teamül, içtihat, sözleşme veya diğer bir idari işleminden çıkan genel veya özel bir hukuki duruma dayanan menfaattir²². Benzer bir tanımla *Sarıca*; bir menfaatin meşru sayılabilmesi için hukuki bir temele başka bir ifadeyle örf ve adete, kanuna, talimatnameye, kararnameye, içtihadı, sözleşmeye ve bir idari işleme dayanması gerektiğini ifade etmektedir²³. *Yıldırım*’a göre; hukuk düzenine aykırı olmayan menfaat meşru menfaattir²⁴. Başka bir anlatımda tersinden bir değerlendirmeye, menfaat hukuk dışı bir durumu korumak için kullanılmamayı gerektirdiği ifade edilmiştir²⁵. *Kalabalık*’a göre, menfaatin meşru olması hukuka uygun bir durumdan doğması koşuluyla gerçekleşir²⁶. *Candan*’a göre ise meşru menfaat; menfaatin hukuk tarafından korunmaya layık olması demektir. Örneğin ahlaka, kanuna aykırı olan menfaatin ihlal edilmiş olması, kişiye idari işlemin iptalini isteme hakkı vermez²⁷. *Kaplan*’a göre, meşru menfaatten anlaşılması gerekenin davacının yasal olarak korunması gereken bir hakkına ilişkin olması gerektiği ifade edilmektedir²⁸.

²¹ **Gürbüz**, Ahmet: Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), 2. Bası, İstanbul 2004, s. 4.

²² **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, İstanbul 1966, s. 1781.

²³ **Sarıca**, s. 32.

²⁴ **Yıldırım**, Turan: İdari Yargı, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 390.

²⁵ **Standing Up for Your Right(s) in Europe**, A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States’ Courts, s. 97.

²⁶ **Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Ankara 2019, s. 183.

²⁷ **Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 5. Baskı, 2012, s. 116.

²⁸ **Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2018, s. 213. Ancak yazar, eserin “İdari Yargılama Hukukuna Giriş” adlı baskısında, meşru menfaat şartının

Doğrudan meşru menfaat tanımını yapan yargı kararlarında ise, “söz konusu işlemde sağladığı yarar hukukten korunabilir bir başka deyişle ‘meşru’ nitelikte olmadığı”²⁹, “Meşru menfaatin varlığından söz edebilmek, hukukten ileri sürülebilir olmasına bağlıdır”³⁰, “şirketin hukukten korunması gereken, meşru bir menfaati bulunmamaktadır”³¹, kaldırılan “Bakanlar Kurulu kararı iptal edildiğinden, davacının menfaati hukukten korunması gereken meşru nitelik taşımamaktadır”³², “menfaatin meşruluğu için hukuki durumdan ortaya çıkması gerekir”³³ şeklindeki değerlendirmelerle, ortak bir tanım geliştirilerek “hukukten ileri sürülebilir menfaat” meşru sayılmaktadır. Farklı olarak Anayasa Mahkemesi meşru menfaatten bahsederken “İdarî işlem ile dâva açan kişi arasında geçerli (meşrû) güncel ve ciddi bir ilişki sözkonusu ise dâvada menfaat bağı bulunduğu kabul edilmektedir” diyerek, geçerli olmayı meşru olma ile eş anlamlı olarak kullanmıştır.

Yukarıda izah edilen meşruluk tanımından bu kısma kadar, doktrin, yazarlar ve yargı kararlarına göre meşru menfaat, hukuk düzenine aykırı olmayıp bu düzen uyarınca ileri sürülebilecek ve yine bu düzence korunmaya layık bir menfaat olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla başlangıçta belirtildiği üzere sınırları belirsiz nitelikte olan ve daha çok sosyolojik bir anlamı çağrıştıran meşruluk kavramı yerine, pozitivist bir düşüncenin etkisiyle üst bir norm veya düzen olarak açıklanabilecek hukuk düzeni ve hukuk normuna uygun olma biçiminde ifade edilmektedir. Bu bakış açısından hareket eden *Yıldırım*’a göre, hukuka aykırı olmayan ancak ahlaka, toplumsal kurallara aykırı durumların meşru olmadığı söylenemez. Örneğin, kanunla serbest bırakılan kumarhanelere yasak getiren yönetmeliğin iptalini konu alan bir davada, davacının toplumda hoş karşılanmayan bir durum içinde olduğu gerekçesiyle menfaatinin meşru olmadığı söylenemez. Yine hukuk düzenine açıkça aykırı olmama ve yasaklanmama koşuluyla, toplumsal kurallara uygun ve toplum yaşayışından kaynaklanan durumlara örnek olarak; hukukten

davanın esasına girilmek suretiyle anlaşılabilir bir husus olduğuna dikkat çekerek, menfaat ihlali unsuru olarak ifade edilmesini isabetli bulmamaktadır. Bkz. **Kaplan**, Gürsel: İdarî Yargılamaya Hukukuna Giriş (Giriş), 1. Baskı, Bursa 2018, s. 117.

²⁹ D10D, E. 2002/1407, K. 2002/4320, KT. 13.11.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 396.

³⁰ D10D, E. 2002/7519, K. 2003/1610, KT. 08.05.2003, KİBB.

³¹ D10D, E. 2010/7285, K. 2011/215, KT. 28.01.2011, DD, sy. 127, s. 337.

³² D10D, E. 2002/5935, K. 2003/956, KT. 18.03.2003, **Kalabalık**, s. 183, dn., 70.

³³ D6D, E. 2009/6627, K. 2011/1132, KT. 04.05.2011, DD, sy. 129, s. 377. **Aynı yönde bkz.** D6D, E. 2010/12920, K. 2011/2120, KT.08.06.2011, DD, sy. 129, s. 380; D4D, E. 2007/2323, K. 2008/1612, KT. 30.04.2008, DD, sy. 119, s. 182. (karşı oy); D4D, E. 1998/4810, K. 2000/796, KT. 29.02.2000, DD, sy. 104, s. 185; D2D, E. 2005/3695, K. 2008/809, KT. 20.02.2008, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 259, dn. 508.

evlilik olarak kabul edilmeyen dini nikah birlikteliği, subjektif dava ehliyeti bakımından meşru kabul edilmelidir³⁴. Açıklama ve örneklerden görüldüğü üzere, meşruluğun belirlenmesi hukuk düzeninden hareketle, bir norma bağlı olma temeli üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır.

Meşru olma durumuna Anayasa'nın 138. maddesi çerçevesinde baktığımızda; "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler*" hükmü, Anayasayı, kanunu, hukuku ve vicdani kanaati ayrı olarak saymak suretiyle, hepsini meşruluğun oluşumunda zorunlu olan adalet ve hakkaniyet değerlerinin kurucu unsuru olarak belirtmiştir³⁵. Anayasa ve kanun denilmesinden kastedilen kolay şekilde anlaşılabilir gözükmektedir. Hukuka uygun ise evrensel değerlere dayalı bir hukuksal zemine dayalı olmak şeklinde açıklanabilir. Ancak vicdani kanaate³⁶ göre karar verme zorunluluğu kanımca; hakimin içinde yaşadığı toplumun temel değerlerinden bağımsız düşünülerek oluşabilecek bir kanaat değildir. Zira kişinin kendi değerleri, yaşadığı toplumdan faydalanarak oluşan, tıpkı insanın oksijenle olan bağlantısı gibi sürekli ondan beslenen ve vücuduna etkisini çoğu zaman doğrudan anlayamadığı şeylerdir. Dolayısıyla, iptal davası bakımından ilk incelemeye ilişkin karar verecek idare hakimi de, toplumsal değerler ayrık tutulmadan oluşan vicdani kanaatinde, meşruluğu -anayasa, kanun ve hukuk düzenine aykırı şekilde olmadan- bu kıstaslarla ele alacaktır. Özetle idare hakimi, pozitif kaynaklar olan anayasa ve kanunların yanı sıra, hukukun temel ilkelerine, hukuk düzenince kabul edilen kurallara aykırı olmadan vicdani kanaatine göre, idari işleminden etkilenen bireyin menfaatinin meşruluğunu değerlendirecektir. Ancak bu noktada esas problem, menfaat yorumunun yapılışının iptal davasının açılabilmesine etkisidir.

3. Meşru Menfaatin İptal Davasının Açılabilmesinde Daraltıcı ve Genişletici Etkisi

Hakkın en genel tanımının, hukuk düzenince korunan menfaat olduğunu belirtmiştik. İptal davasının ön koşulu olan menfaat ise sıradan bir

³⁴ Yıldırım, s. 390.

³⁵ Caniklioğlu, s. 46.

³⁶ Genel anlamda kanunların ve kamu vicdanının doğru bildiği şey meşru sayılır. Bir hukuk kaynağına dayanmayan menfaat meşru kabul edilemez. Bkz. **Yenice**, Kazım/ Yüksel **Esin**: İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 484. *Benzer görüş için bkz. İkinçioğulları*, Füzuran: "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara, 1976, s. 153-154; **Çelikkol**, Hüseyin: "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", Adalet Dergisi, 1985, Yıl:76, sy. 3, s. 764.

menfaat olabilirdi. Menfaati, meşru olma özelliğiyle birleştirdiğimizde ise, “hukukten korunması gereken menfaat” veya “hukukten ileri sürülebilecek menfaat” deyimleri karşımıza çıkmaktadır. Yalnızca lafzi bir yorum yapıldığında; hak, hukukten korunmuş bir menfaatken, meşru menfaatin hukukten tam olarak korunmamış ancak korunması gereken ve bu sebeple de iptal davası açabilmenin ön koşulu olarak düzenlenmiş bir menfaat olduğu ortaya çıkmaktadır.

İptal davası bakımından amaç, hukuk düzeninde mevcut hukuka aykırılıkları gidermek olduğundan, iptal davası açabilmek için hak ihlali gibi subjektif bir belirleme yapmak yerine³⁷, idari işlemle ihlal edilen menfaatin hukukten korunmasa da **korunması gereken veya hukukten ileri sürülebilecek** bir menfaat olması yeterli görülmüştür. Hukukten korunması gerektiği düşüncesiyle de idari işlem muhatabı kişi, makul ve ciddi bağlantının varlığı durumunda, menfaatin güncel ve kişisel olma unsurlarının varlığıyla iptal davası açabilmektedir.

Meşru menfaatin hak ihlali gibi hukukten korunan değil, korunması gereken bir menfaat olup olmadığının yorumlanması probleminin varlığı iddia edilebilir. İdari işlemle ilgili incelemeye girişen idare hakimi, hukukten ileri sürülebilecek bir menfaat yerine, hukukten korunan bir menfaati yani bir hakkın ihlalini arayabilir. Başka bir deyişle, bireyle işlem arasında daha subjektif bir değerlendirme sürecine girebilir. Bu durum ise, hukuk düzeninde var olan hukuka aykırı işlemin iptalini amaçlayan objektif nitelikteki iptal davasının³⁸, ilk incelemede reddedilmesi sonucunu doğurabilir. Bu duruma “meşru menfaatin daraltıcı etkisi” diyebiliriz.

Meşru menfaatin daraltıcı etkisi, bireyle işlem arasında daha subjektif bir değerlendirmeyle oluşmaktadır. Bu sonucu ortaya çıkaracak ilk inceleme, davacının içinde bulunduğu durumun araştırmasına yönelik incelemedir. Karara konu olayda sivil mimarlık örneği olarak tescil edilen taşınmazda kiracı olarak bulunan kişi, malik tarafından hazırlatılıp Koruma Kurulu’na sunulan restorasyon projesinin iptali amacıyla dava açmıştır. Ayrıca malik tarafından da kiracıya tahliye davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi davayı ilk inceleme yönünden kabul etmiş ve esasa ilişkin inceleme yapmıştır. Danıştay ise, kiracının restorasyon projesi kararının iptalini istemesini, eski eseri korumak yerine 1981 yılından beri süre gelen kiracılık sıfatını devam

³⁷ “İdari yargıda ilke olarak objektif hukuki durum ögesi egemendir”. DİBK, E. 1996/2, K. 1997/2, KT. 25.12.1997, DD, sy. 98, s. 35

³⁸ Bu konuda bkz. **Azrak**, Ülkü: İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 145-155.

ettirmek amacıyla olduğunu ileri sürerek, kiracının meşru bir menfaatinin bulunmamasından dolayı, davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁹. Karar bakımından ilk olarak belirtilmesi gereken, kiracının tahliyesini önleme amacıyla iptal davası açma amacının meşru olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından dava red kararı verilmesi mümkün olmaması gerektiğidir. Zira kiracının bu yönde hareket ettiğine dair bir değerlendirme, kiracının kişisel menfaatinin ötesinde bir menfaatin mevcudiyetini incelemeye götürmektedir. Danıştay kararında da, ara karar verilerek tahliye davasının akıbeti sorulmuş ve tahliye davasında Danıştay'ın iptal davasını bekletici mesele yaptığı cevabı verilmiştir. Danıştay, burada derinlemesine bir inceleme yaparken ehliyet yönünden sorun olduğu, başka bir ifadeyle kiracının bu şekilde hareket etmek suretiyle meşru bir menfaatinin bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay'ın yaptığı söz konusu değerlendirme menfaatin dar yorumlanmasına sebep olduğundan iptal davası açmayı zorlaştırmaktadır ve bu gibi durumlar “meşru menfaatin daraltıcı etkisi” olarak kabul edilebilir.

Meşru menfaatin genişletici etkisi olarak kabul edilebilecek durum, menfaatin daha geniş olarak anlaşılmasıdır. Bu genişlik, ön koşul aranmaksızın dava açma yöntemi olarak kabul edilen halk davası⁴⁰ örneğiyle benzerlik taşımamaktadır. Böyle bir yaklaşım kabul edilirse, toplumsal değerlere yönelik her durumun dava edilebilmesi söz konusu olabilecektir.

Genişletici etki bağlamında düşünülebilmesi mümkün ve Danıştay kararlarında değerlendirme konusu yapılan bir durum, dava konusu idari işlemi temel alarak ve onun dayanağının hukuken ileri sürülebilirliğini menfaat bakımından tartışmak, menfaat araştırmasına objektiflik yüklemektedir. Meşruluk kavramından anlaşılması gerekenin, hukuken ileri sürülebilme kriteri olduğu gözönüne alındığında, meşru menfaatin genişletici etkisinin işlem yönünden incelemeye ortaya çıkabileceği söylenebilir. Örneğin yukarıdaki olayda kiracının restorasyon projesine dava açmakta menfaatinin, kişinin uzun yıllardır o yerde çalışmasından kaynaklı, maddi ve manevi bağlarının olduğu ve söz konusu taşınmazdan tahliyesiyle ihlal edilen menfaatinin

³⁹ D6D, E. 2003/1464, K. 2004/6125, KT. 30.11.2004, DD, 2005, sy. 109, s. 197. Aynı yönde bkz. DİDDK, E. 2005/1582, K. 2007/378, KT. 21.03.2007, DD, sy. 116, s. 55.

⁴⁰ Bu hususu belirten Danıştay savcısı, menfaat bağının aranmasını, “... iptal davalarında menfaat ihlali koşulu getirilerek dava açabilme konusunda ciddi ve makul bir bağlantının varlığı aranmakta, böylece iptal davalarının halk davası olması engellenmektedir” gerekçesiyle, halk davası olmasının engeli olarak değerlendirmiştir. Bkz. D10D, E. 1996/5207, K. 1998/6855, KT. 21.12.1998, DD, sy. 100, s. 532. Aynı yönde bkz. D4D, E. 1999/1358, K. 1999/2880, KT. 24.06.1999, DD, sy. 102, s. 301.

meşru olduğu savunulabilir. Bu bakış açısı, meşruluğu hukukilikten daha geniş şekilde anlamının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece meşru menfaat araştırmasında dava açanın içinde bulunduğu durum ve dava konusu işlemin meşru olması şeklinde iki görüşün varlığı ifade edilebilir.

C. Meşru Menfaat Araştırmasında Ele Alınan Ölçüt Sorunu

1. Meşru Bir Durumun İhlal Edilmesi

Bu görüşe göre, menfaatin meşruluğu araştırılırken, kişinin içinde bulunduğu durum ve tutumu değerlendirilmelidir⁴¹. *Sarıca*'nın ifade ettiği gibi, hukuki dayanaktan yoksun, salt fiili bir temele dayanan bir menfaat ihlali meşru kabul edilemeyeceğinden⁴², idari işlemle kişi arasındaki makul ve ciddi ilginin temeli, dolayısıyla kişinin içinde bulunduğu durumunu araştırmayı gerekli kılmaktadır. Yukarıda tartışılan sivil mimarlık örneği taşınmazla ilgili uyuşmazlıkta, kiracının tahliyesini engellemek için dava açtığı belirlenerek içinde bulunduğu durum ve tutumu incelenmiştir. Fransız Danıştay'ına konu olan olayda, bilerek sistematik olarak keyfi not veren öğretim üyesinin, bu durumu ortadan kaldıracak sınav düzenlemesine karşı dava açmasında meşru menfaatinin olmadığı değerlendirilmesinde⁴³ yine kişinin içinde bulunduğu durum araştırmasına göre menfaatin meşruluğu belirlenmektedir. Diğer bir örnek olarak, uyuşturucu imal edilen yer hakkında verilen kapatma kararına, o yerden uyuşturucu satın alanın kapatma kararına karşı iptal davası açmasında meşru menfaati bulunmadığı verilebilir⁴⁴. Yine hırsızın çaldığı arabaya el konulmasına karşı iptal davası açmasında meşru menfaati yoktur⁴⁵. Başka bir örnek vermek gerekirse, tek ders sınavını başararak fakülteden mezun olan bir öğrencinin, askere gitmemek için geçtiği tek ders sınavına karşı iptal davası açmasında meşru menfaatinin olmadığı iddia edilebilir ve bu meşru menfaat araştırması mezun öğrencinin tutumuna göre yapılmaktadır.

Danıştay, idareler arası mal devrine karşı iptal davası açan kiracının, davalı idareden kiraladığı taşınmazın kiralama amacına yönelik kullanımını

⁴¹ Fransız Hukuku'ndaki menfaate ilişkin görüşleri medeni usul hukuku yönüyle açıklayan eserin ilgili başlıkları, iptal davası bakımından uyarlanmıştır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Hanağası**, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 142.

⁴² **Sarıca**, s. 32.

⁴³ **Gözübüyük**, Şeref/Turgut **Tan**: İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2014, s. 336, dn. 217.

⁴⁴ **Çağlayan**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 440.

⁴⁵ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 259.

devam ettirmek amacıyla dava açması sebebiyle meşru bir menfaatinin bulunmadığına karar vererek⁴⁶, kiracının tahliyeyi engellemek amacıyla dava açtığı ve dolayısıyla durumun meşruluğunu incelediği görülmektedir. *Kanımızca* kiracının idareler arası mal devrine dava açması, idarenin kamu mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunmasını etkiler niteliktedir. Ancak bundan öte kiracının devredilen idare ile kira ilişkisinin akıbeti bakımından da menfaatinin olduğu savunulabilir. Bu bakımdan söz konusu karar, menfaati dar yorumlayarak ilk incelemeden reddedilmesi sonucunu doğurmuştur.

Danıştay başka bir kararında, meclis üyesi olarak toplantıda belde halkının hakkını koruma görevi yerine getirmeyen davacının, kararın oluşmasından sonra dava açmasında meşru bir menfaatinin bulunmadığına hükmetmiştir⁴⁷. Söz konusu kararda da dava açanın içinde bulunduğu tutum dikkate alınarak bir menfaat araştırmasına gidilmiştir.

Söz konusu kararlar ve verilen örnekler incelendiğinde, meşru bir durumun ihlalinin araştırmanın, menfaatin kişisel olmasından daha öte bir bireysellik değerlendirmesine götürebilecek bir boyutta olduğu görülmektedir. Zira burada idari işlemle doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kişisel menfaate ek olarak, kişinin içinde bulunduğu durum hukuk düzeniyle birlikte değerlendirilmekte, hukuken ileri sürülebilirliği araştırılmaktadır. Dolayısıyla bu görüş çerçevesindeki menfaat araştırmasını, meşru menfaatin daraltıcı etkisi kapsamında görmek gerekir.

2. Dava Konusunun Meşru Olması

Bu görüş, menfaat kavramını davanın amacı olarak gördüğünden, meşru menfaati, davacının ortaya koyduğu dava konusuna göre araştırmakta, meşru bir durum ihlalinin araştırılmasına nazaran **daha objektif** bir araştırmayı gerekli kılmaktadır⁴⁸. Bu yaklaşımla, meşru menfaat araştırması kişi temelinden değil işlemde yola çıkılarak belirlenmektedir. *Danıştay*'ın bu yaklaşımla verdiği çok sayıda kararına rastlanmaktadır. Örneğin, liman işletmecisi bir şirketin açtığı iptal davasında, liman işletmeciliği yapmasına imkan veren işlemler, yargı kararı ile iptal edildiği halde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca kararların uygulanmaması nedeniyle faaliyetini halen sürdürülebildiği ve sözü edilen sıfatına dayalı olarak açtığı bu davadan elde etmek istediği menfaatin, hukuken korunması gereken meşru bir nitelik taşıma-

⁴⁶ D6D, E. 2003/3572, K. 2005/62, KT. 13.01.2005, KİBB.

⁴⁷ D6D, E. 1992/4605, K. 1993/237, KT. 28.01.1993, DD, sy. 88, s. 288.

⁴⁸ **Hanağası**, s. 143-144.

dığına karar verilmiştir⁴⁹. Başka bir kararda, bir bölgede 30 yıl süreyle elektrik dağıtım ve ticaret yapmasına ilişkin bir şirketin görevlendirme kararı iptal edildiği halde, Şirket Elektrik Piyasası Yönetmeliği'ne karşı dava açmıştır. Kararda belirtildiği üzere, davacı Şirketin açtığı davada hukuken korunması gereken menfaati başka bir ifadeyle meşru menfaati bulunmamaktadır⁵⁰. Her iki kararda da ortak nokta, dava konusu edilen işlemin dayanağının iptal edilmiş olması, mevcut olmaması veyahut dayanak işlemin uygulanmamasıdır.

Mülkiyet hukukundan kaynaklı davalara örnek olarak; vergi borcundan dolayı haczedilip satışa çıkarılan ve herhangi bir talebin olmaması üzerine, İl İdare Kurulu ile Hazine adına kayıt edilen taşınmazla ilgili olarak mirasçı, İl İdare Kurulu kararına karşı iptal davası açmıştır. Ancak Medeni Kanunun ilgili hükümleri uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi dolduğundan her türlü talep ve dava hakkının düşmesi söz konusudur. Danıştay, *menfaatin meşruiyeti, hukuk kurallarına dayanması ile mümkün olacağından*, ilgili Medeni Kanun hükmünü gerekçe göstererek, hukuki kıymetini kaybetmiş bir ilişkiye dayanılarak açılan davada mirasçının ehliyetinin olmadığına karar vermiştir⁵¹. Dolayısıyla hukuk kuralları bakımından talep hakkının olmaması, kişinin meşru menfaatinin olmadığı şeklinde değerlendirilerek, dava konusu işlemde yola çıkmak suretiyle meşruluk değerlendirmesi yapılmıştır. Aynı çerçevede değerlendirilebilecek başka bir kararda, parselasyon işlemine karşı dava açan kişinin, söz konusu taşınmazla ilgili tescil davası devam etmesine rağmen taşınmaz sahibi gibi dava açması işleminde Danıştay, davacının dava konusu işlemde kanuni ve güncel bir menfaat ilişkisi bulunmadığına karar vererek⁵², hukuki dayanaktan yoksun ve dolayısıyla meşru bir menfaatin bulunmadığına işaret etmiştir. Dolayısıyla işleme karşı dava açan kişinin mülkiyet hakkıyla olan bağlantısından yola çıkılmıştır⁵³.

⁴⁹ D10D, E. 2002/1407, K. 2002/4320, KT. 13.11.2002, DKD, 2003, sy. 1, s. 396. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2002/7519, K. 2003/1610, KT. 08.05.2003, KİBB.

⁵⁰ D10D, E. 2002/5935, K. 2003/956, KT. 18.03.2003, KİBB. “İmtiyaz sözleşmesi feshedilen ÇEAŞ'ın Elektrik Piyasası Kanunu'nda öngörülen mevcut bir sözleşmesi bulunmadığı halde, piyasadaki faaliyetlere ilişkin yönetmeliğe karşı dava açmasında hukuken korunması gereken menfaati bulunmadığı hk.”. D13D, E. 2005/71, K. 2006/816, KT. 01.02.2006, KİBB. “Şirket borçlarından hissesi oranında sorumlu olduğu halde, şirketin borcunun tamamından sorumlu olduğunu iddia ederek düzenlemeye dava açamayacağı hk”. D7D, E. 2003/476, K. 2003/621, KT. 17.03.2003, DKD, 2003, sy. 2, s. 254.

⁵¹ D12D, E. 1965/2623, K. 1966/3314, KT. 28.11.1966, İkinciöğulları, s. 154.

⁵² D6D, E. 2010/10709, K. 2011/2200, KT. 14.06.2011, DD, sy. 128, s. 191.

⁵³ Mülkiyet bağıyla ilişkili farklı kararlar için bkz. “Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayanılarak ilgili taşınmazın parselasyon işlemine karşı dava açmakta menfaati bulun-

Mülkiyet bağına ilişkin başka bir kararda; kişinin hayatta olduğu dönemde taşınmazının Bakanlık tarafından kamulaştırılması işlemine yönelik, Hazine'nin taşınmazı kendi adına tescil için açtığı dava devam ederken malikin vefat etmesi üzerine, mirasçıya durum bildirilmiş ve davaya müdahil olmuştur. Mirasçı bildirimle davadan haberi olduğu gerekçesiyle kamulaştırma işleminin iptali için dava açmıştır. Ancak miras bırakan tarafından da işlemin iptali için idare mahkemesinde dava açılmış ve talebi reddedilerek işlem kesinleşmiştir. Danıştay, “böylece anılan taşınmazın mülkiyeti davacıya geçmeden, davacının murisinden kamulaştırma yoluyla Hazinenin mülkiyetine geçtiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının mülkiyetine geçmeyen taşınmazın kamulaştırılması yolundaki işlemin iptalini istemede” menfaatinin olmadığına karar vermiştir⁵⁴. İdari işlemlerin yapıldıkları anda hukuka uygun oldukları karinesi çerçevesinde, mirasbırakan hayatta iken taşınmaz kamulaştırılmış sayılmış ve tescilsiz kazanım hali söz konusu olmuştur. Bu bakımdan davacının talebi hukuki durumdan ortaya çıkmadığı için dava ilk incelemede menfaatin meşru olmaması sebebiyle reddedilmiştir.

Genel ilke ve içtihatlarla aykırılık konusunda bir kararda ise; vatandaşı döven bir polis memuruna aylıktan kesme cezası verilmesi işlemine, dövülen kişinin dava açması durumuna ilişkin olarak, “disiplin cezalarına ceza verilen memur ve yetkili amirin dava açabileceği disiplin hukukunun genel ilkelerindedir” gerekçesiyle, dövülen kişinin dava açmasında menfaatinin

madığı hk.” D6D, E. 2005/2790, K. 2007/5059, KT. 21.09.2007, DD, sy. 117, s. 185; “Gecekondu sahibine verilen tapu tahsis belgesi ile nazım imar planına karşı dava açmakta menfaati bulunmadığı hk.” D6D, E. 2006/2392, K. 2006/5255, KT. 14.11.2006, DD, sy. 115, s. 226; “Taşınmaz maliki olmayan ve hazine taşınmazı zilyedi olan davacıların beldenin arıtma tesisinin yer seçimine ilişkin işlemine karşı dava açmakta menfaati bulunmadığı hk.” D6D, E. 2004/6309, K. 2005/2411, KT. 20.04.2005, DD, sy. 110, s. 208. “parselasyonla kendisine herhangi bir imar parseli verilmesi mümkün olmayan, taşınmazda ruhsatsız yapı dışında herhangi bir mülkiyet ilişkisi veya af yasaından doğan hakkı bulunmayan davacının hukukten korunması gereken menfaati bulunmadığı hk.” D6D, E. 1997/6901, K. 1998/6773, KT. 23.12.1998, DD, sy. 100, s. 278. **Aksi yönde bkz.** “Uzun süreden beri kültür tarım arazisi olarak kullanılan taşınmazlara ilişkin mülkiyet probleminin adli yargıda henüz görülmekte olduğu, söz konusu taşınmazı içine alacak şekilde rekreasyon alanı belirlenmesine yönelik işleme karşı dava açmada zilyedin menfaati söz konusudur”. DİDDK, E. 1997/195, K. 1997/400, KT. 13.06.1997, DD, sy. 95, s. 83; “Belediyenin mülkiyetinde olan taşınmazın üçüncü kişiye kamulaştırma karşılığı verilmesi işlemine karşı kiracının haklı ve geçerli bir nedeni bulunmadığı hk.” D6D, E. 1988/2444, K. 1990/224, KT. 28.02.1990, DD, sy. 80, s. 249.

⁵⁴ D6D, E. 2009/6118, K. 2011/310, KT. 14.02.2011, DD, sy. 127, s. 227.

olmadığına karar verilmiştir⁵⁵. Burada yargısal içtihat ve kanun bakımından bir menfaat değerlendirmesine gidilerek, içtihatlarla aykırı şekilde bir talepte bulunanın meşru menfaatinin olmadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay, işletmesinde çalışma izni olmadan dansçı olarak çalışan yabancı uyrukluların sınır dışı edilmesi işlemine işletmecinin dava açmasını, hukuken korunması gereken bir menfaat olmadığı sebebiyle reddetmiştir⁵⁶. Çalışma izninin var olmaması dava konusuna bakılarak bir menfaat değerlendirilmesi yapıldığını göstermektedir.

İdarenin iç işleyişine ilişkin işlemler hususundaki kararda, Türk Standartları Enstitüsü'nün markalarını veya belgelerini hukuka aykırı bir şekilde kullananlar aleyhine, adli yargı yerinde açacağı davalarda isteyeceği tazminat miktarının belirlenmesine yönelik olarak iç işleyişi çerçevesinde düzenlediği yönergenin iptalinin istenilmesinde Danıştay, yönergenin iptale konu edilmesini kamu tüzel kişilerinin hak arama özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüş ve davacı şirketin hukuken korunması gereken meşru bir menfaatinin bulunmadığına karar vermiştir⁵⁷. Kararda doğrudan hak arama özgürlüğüne atıfla ve dava konusunun iç işleyişe ilişkin yönerge olması çerçevesinde bir meşruluk değerlendirmesi yapılmıştır.

Bir Conseil d'Etat kararında ise, kanundışı işgalcinin binaları konutlara dönüştürmek için verilen planlama iznine itiraz etmesinde meşru menfaati bulunmadığına hükmedilmiştir⁵⁸.

Kararlar incelendiğinde, dava açan tarafın içinde bulunduğu durum ve tutumu dikkate alınmaksızın, dava konusu işlemde ve dolayısıyla buna dayanak teşkil eden hukuki işlemde yola çıkılarak bir menfaat değerlendirilmesi yapıldığı görülmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz “meşru bir durumun ihlal edilmesi” görüşünden farklı olarak buradaki meşru menfaat araştırması ise objektif temellere dayanmaktadır. Zira dava konusu idari işlemin hukuki temellerine göre inceleme yapılarak, “hukuken ileri sürülebilir” olup olmasının konusunda değerlendirmeye yer verilmektedir.

⁵⁵ D8D, E. 1977/3494, K. 1977/2569, KT. 16.05.1977, **Yenice/Esin**, s. 485. **Aksi yönde bkz. D11D**, E. 1972/3043, K. 1972/2702, KT. 25.10.1972, DD, sy. 11, s. 393.

⁵⁶ D10D, E. 2007/1927, K. 2009/8619, KT. 12.10.2009, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 259, dn. 513.

⁵⁷ D10D, E. 2010/7285, K. 2011/215, KT. 28.01.2011, DD, sy. 127, s. 337.

⁵⁸ CE, 27 February 1985, SA « Grands travaux et Constructions Immobilières », n° 39357, **Bkz. Standing Up for Your Right(s) in Europe**, A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts, s. 97.

Meşru menfaat araştırması konusunda her iki görüş çerçevesinde de Danıştay kararlarının verildiği görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, dava konusu olarak meşru menfaat araştırması, meşruluğu hukukilik, hukuken ileri sürülebilir, hukuken korunması gereken menfaat şeklinde kabul etmenin sonucunda, menfaat bakımından objektif bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Bu yaklaşım, meşru menfaati pozitif hukuk kurallarıyla özel bir biçimde korunan şekilde değerlendirdiğinden, iptal davasının özüne daha uygun kabul edilebilir. Meşru bir durumun ihlalini araştırmak ve böylece menfaat yorumuna gitmek, kişisel menfaat değerlendirmesinin üzerinde bir subjektifliği barındırabilebileceğinden, davacının iptal davası açmasını zorlaştırma ve dolayısıyla menfaatin dar şekilde anlaşılmasını doğuracaktır.

D. Meşru Menfaatin Teorik Yeri ve Araştırılma Sırası Problemi

Meşru menfaatin daraltıcı ve genişletici etkisi dışında, meşru menfaatin kişisel ve güncel menfaat ile olan ilişkisini subjektiften objektifliğe doğru bir sıralama çerçevesinde farklı şekilde değerlendirebiliriz. Bu sıralama teorik bakımından en subjektif araştırma olduğu konusunda şüphe bulunmayan hak ihlali ile menfaat ihlalinde bulunması gerekli unsurların muhtemel bağlantılarını ortaya koymak amacıyla oluşturulmuştur. Belirlediğimiz sıralamada;

1. *“Hak İhlali < Kişisel Menfaat - Güncel Menfaat < Meşru Menfaat”*
2. *“Hak İhlali < Meşru Menfaat < Kişisel Menfaat - Güncel Menfaat”*

olarak iki farklı düzen öngörülebilir. Bu düzene göre menfaatin diğer unsurları ile meşru menfaat arasında bir subjektiflik-objektiflik değerlendirmesi yapılabilir mi? İkinci bir problem olarak idari yargı hakimi meşru menfaat araştırmasını kişisel ve güncelliğe göre hangi sırada incelemelidir? soruları üzerinde durulmuştur.

İlk olarak belirtmek gerekirse, meşru menfaatin dar veya geniş yorumlanmasıyla menfaat incelemesinde de bir sıra değişikliği söz konusu olabilir. (1) numaralı sıralama, meşru menfaatin genişletici etkisi bağlamında değerlendirildiğinde, iptal davası açabilme yeteneği olarak geniş bir menfaat anlayışını yansıtmaktadır ve meşruluğu hukuken ileri sürülebilir biçiminde okumanın sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlayış, menfaatin meşruluğunu kişi veya durum üzerinden değil, doğrudan hukuken korunabilecek bir temelden yola çıkılmak suretiyle daha objektif bir bakış açısıyla şekillenmektedir. Örneğin, ilgili taşınmaz hakkında tescil davası devam etmesine ve dolayısıyla mülkiyetin ihtilafli olmasına rağmen parselasyon işlemine karşı dava açan kişinin, mülkiyet bağı olmadığından hukuken korunması gereken bir menfaati de yoktur. Burada kişinin taşınmazla olan mülkiyet bağlantı-

sında, tutum ve davranışa göre değil hukuki temelden yola çıkılarak menfaat değerlendirilmesi yapılmaktadır.

(2) numaralı sıralama Danıştay kararlarıyla birlikte incelendiğinde, meşru menfaati **davacının içinde bulunduğu durum ve koşullar** bakımından değerlendirmekte ve içinde yoğun bir denetimi barındırabilir nitelikte gözükmektedir ve bu durum kişisel menfaatin aranmasının ötesinde bir araştırmayı gündeme getirebilir. Örneğin, tek ders sınavıyla mezun olan öğrencinin askere gitmemek amacıyla bu sınava karşı dava açmasında, kişinin içinde bulunduğu durum ve tutum değerlendirilerek, iptal davasının açılması noktasında da daraltıcı etkisi bulunmaktadır.

Dava dilekçesini ehliyet yönünden değerlendiren idare hakiminin, menfaatin meşru-kişisel-güncel olma durumlarından hangisine öncelik vermesi veya bunlar arasında bir sıra gözetmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Meşruluğun genel bir kavram olması, meşru menfaatin ise hukuken korunması gereken menfaat olarak kabul edilmesi noktasından hareketle, menfaatte ilk önce incelenmesi gereken unsur olduğu savunulmaktadır⁵⁹. Bu sıralamayı tamamen pozitif bakış açısıyla değerlendiren görüşe göre ise, menfaatin güncel ve kişisel olması koşulları, kanunun izin vermemesi halinde meşruluk koşulunu sağlamayacağından, dava açmak için yeterli değildir⁶⁰. Ancak menfaatin hangi unsuru önce incelenirse incelenir, sonuç bakımından fark olmadığı ortadadır. Başka bir ifadeyle, güncel menfaatin saptanamadığı durumda da meşru menfaatin saptanamadığı durumda da ilk inceleme aşamasında red kararı verilecektir. Ancak *kanımızca* iptal davasının amacını gerçekleştirebilmesi bakımından, meşru menfaatin kişisel ve güncel menfaat araştırmasına göre son aşamada gündeme gelmesi kabul edilmelidir. Böyle bir menfaat araştırma sıralamasında kişisel ve güncel menfaat araştırmasına göre daha geniş bir yorumla meşru menfaatin varlığı aranmak suretiyle iptal davasının ilk inceleme aşamasında reddi daha sınırlı bir hal alacak ve dolayısıyla iptal davasının açılmasında meşru menfaatin genişletici etkisi kendini gösterecektir. Böylece hukuki temelden yola çıkarak ve dolayısıyla (1) numaralı sıralamadaki şekliyle yalnızca dava konusu işlem incelemesine girişmek suretiyle menfaatin varlığı veya yokluğu kolay şekilde tespit edilebilir ve ilk inceleme aşamasında iptal davasının açılabilmesi

⁵⁹ **Karavelioğlu**, Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. I, Ankara 2006, s. 137; **Aynı yönde bkz. Işıklar**, Celal: “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, TAAD, c. I, Temmuz 2011, sy. 6, s. 98; **Yücesoy**, Ayşe Aslı: İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat, Ankara 2016, s. 131.

⁶⁰ **Yenice/Esin**, s. 484.

kolaylaşabilir. Böyle bir yorumlama sırası ve meşru menfaatin dava konusu dikkate alınarak belirlenmesinin kabulü, menfaatin meşruluğunun ilk inceleme koşulu olarak kabul edilmemesi gerektiğine dair haklı sayılabilecek görüşün⁶¹ de tereddütlerini giderecek boyuttur.

SONUÇ

İptal davasının açılabilme koşulu olarak meşru menfaat, hukuken korunması gereken, hukuken ileri sürülebilen bir menfaattir. Bu bakımdan birçok ilmin konusunu teşkil eden meşruluk kavramı, idare hukukunda hukuki bir dayanağa bağlanması dolayısıyla, meşruluğun özellikle sosyolojik bakımdan sınırları belirsiz olma özelliği saf dışı bırakılmış olmaktadır.

Meşru menfaat, hukuken korunması gereken menfaat olarak tanımlanırken, hak ihlali hukuken korunan menfaat olarak açıklanmaktadır. Dolayısıyla hukuken korunması gerekenin araştırılması, bazı durumlar bakımından menfaatin yorumlanmasını daraltabilecek mahiyettedir. Aksine bazı hallerde ise, hukuki bir duruma dayanma veyahut ondan sadır olma gibi koşullara bakılarak genelleştirilebilecektir. Bu iki hal, meşru menfaatin iptal davasının açılabilmesi bakımından daraltıcı ve genişletici etkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Daraltıcı etkisi, kişinin içinde bulunduğu durum ve tutumundan hareketle olduğundan, iptal davasının ilk inceleme aşamasında reddedilme ihtimalini artırmaktadır. Genişletici etkisi ise, dava konusu işlemin hukuki temeline bakılarak menfaat araştırmasını gerektirdiğinden, kişisel ve güncel menfaate göre daha objektif bir bakış açısına dayanır ve iptal davasının ilk inceleme aşamasında reddedilme durumunu azaltmaktadır.

Meşruluk, hukuk düzenine aykırı olmama çizgisine çekildiğinde, anlamı daralmasına rağmen yine genel, gayri şahsi bir nitelik göstermektedir. Böylece yukarıda belirlediğimiz (1) numaralı sıralama, menfaatin varlığının yorumlanmasında kişisel ve güncel menfaat araştırmasına göre iptal davasının özüne daha uygun gözükmektedir. Bu şekilde bir menfaat yorum sırasının kabulüyle meşru menfaat araştırması, dava konusunun meşru olması temelinden hareket edildiğinden dava konusunun hukuken ileri sürülebilir olmasına göre belirlenecektir. Ayrıca menfaatin meşruluğu, kişisel ve güncel olma özelliğine göre son aşamada incelenmek suretiyle, dava konusu işlem den hareket edilerek iptal davasının açılabilmesi bakımından objektif bir yaklaşım gösterecektir.

⁶¹ **Kaplan**, Giriş, s. 117; **Hanağası**, s. 157; **Yücesoy**, s. 138.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Alan**, Nuri: İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, DD, sy. 50-51, ss. 22-50.
- Atay**, Ender Ethem: “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, GÜHFD, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Aralık 1997, ss. 121-166.
- Azrak**, Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, ss. 145-155.
- Barker**, Rodney: Political Legitimacy and the State, Oxford 1990.
- Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Caniklioğlu**, Meltem Dikmen: Anayasal Devlette Meşruiyet, Ankara 2010.
- Çağlayan**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.
- Çelikkol**, Hüseyin: “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, Adalet Dergisi, Yıl:76, sy. 3, 1985, ss. 749-770.
- Eliantonio**, Mariolina: “Standing Before French Administrative Courts: Too Restrictive to Effectively Enforce Environmental Rights?”, Montesque Law Review, Issue: 5, March 2017, ss. 1-9.
- Gözübüyük**, Şeref/Turgut **Tan**: İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2014.
- Gürbüz**, Ahmet: Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), 2. Bası, İstanbul 2004.
- Hanağası**, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Hançerlioğlu**, Orhan: Felsefe Ansiklopedisi (Kavramlar ve Akımlar), c. VIII, İstanbul 1978.
- İkinciogulları**, Füzuran: “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, ss. 135-159.
- Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Ankara 2019.
- Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2018.
- Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukukuna Giriş (Giriş), 1. Baskı, Bursa 2018.
- Karavelioğlu**, Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. I, Ankara 2006.

- Kaya**, Cemil: İptal Davalarında Menfaatin Aktüel Olması Şartının Anlam ve Kapsamı, SÜHFD, 2008, Cilt:16, sy. 1, ss. 117-141.
- Işıklar**, Celal: “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü”, TAAD, c. I, Temmuz 2011, sy. 6, ss. 69-140.
- Nedjati**, Zaim M.: Administrative Law, Nicosia-Cyprus 1974.
- Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, İstanbul 1966.
- Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, İstanbul 2004.
- Sarıca**, Ragıp: İdari Kaza, İstanbul 1949.
- Singh**, Mahendra P.: German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer, 2001.
- Standing Up for Your Right(s) in Europe**, A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States’ Courts, Brussels 2012.
- Yenice**, Kazım/Yüksel Esin: İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 1983.
- Yıldırım**, Turan: İdari Yargı, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- Yücesoy**, Ayşe Aslı: İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat, Ankara 2016.

DENİZ TİCARETİ HUKUKUNDA KONTEYNERİN BEKLEMESİ VE GECİKMESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644431>

Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL*

Öz

Bu çalışmada deniz ticareti hukukunun güncel sorunlarından biri olan konteynerin beklemesinin ve gecikmesinin hukuki niteliği ile bunların taşıyan lehine doğurduğu haklar Türk hukuku esas alınarak incelenmiştir. Türk borçlar hukukuna göre, konteynerin beklemesi (“demurrage”) alacaklı temerrüdünü, konteynerin gecikmesi (“detention”) ise, borçlu temerrüdünü ortaya çıkarmaktadır. Çalışmada bu ayrıma bağlı olarak, taşıyan lehine doğan hakların niteliği de incelenmiştir. Bu bağlamda, konteynerin beklemesi sebebiyle taşıyana ödenecek bedelin esas itibarıyla gerçek olmayan ceza koşulu niteliğinde olduğunu; buna karşılık, gecikme sebebiyle ödenecek bedelin ise, taşıyanın uğradığı gerçek zarar ile olan ölçüsüne göre ceza koşulu veya götürü tazminat olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Bütün bunların yanında konteynerin beklemesi ve gecikmesi sebebiyle taşıyan lehine doğan hakların kanuni sınırları da açıklanmış ve son olarak, İngiliz hukukunda MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt davasında ortaya konulan görüşler genel olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Konteyner, Bekleme (Demuraj), Gecikme, Serbest Zaman, Taşıyan

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi (e-posta: dogustaylanturkel@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6645-891X> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 05.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 30.10.2019)

A REVIEW ON THE CONTAINER DEMURRAGE AND DETENTION IN MARITIME LAW

Abstract

In this study, legal nature of container demurrage and detention, as one of the current issues of the maritime law, and the carrier's rights occurred as a result thereof are examined under the Turkish law. According to the Turkish obligation law, container demurrage constitutes creditor's default (mora creditoris); on the other hand, container detention shall be considered as an obligator's default (mora debitoris). Depending on this distinction, the legal nature of the carrier's rights arising as consequences thereof are also examined hereinafter. In this context it is to be demonstrated that the charge to be paid to the carrier due to container demurrage is fundamentally a notional penalty clause whereas the charge to be paid due to demurrage is either a penalty clause or liquidated damage depending on the extent of the carrier's actual damage. Besides all these, limit of the carrier's rights due to demurrage and detention of the container is also explained; and, finally, the remarks presented in the MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt case are discussed in general.

Keywords

Container, Demurrage, Detention, Free Time, Maritime Carrier

GİRİŞ*

Konteyner taşımacılığının ortaya çıkardığı hukuki sorunlar genelde taşıyanın sorumluluğu üzerinde etki doğurur ve bu perspektiften incelenir. Bununla birlikte, kırkambar sözleşmesinin en güncel ve önemli sorunlarının başında taşıyanın konteynerin beklemesi ve gecikmesinden kaynaklanan alacakları oluşturmaktadır. Bu alacakların çok yüksek miktarlara ulaşabilmeleri, herhangi bir sınırlı sorumluluk ile karşı karşıya kalmamaları deniz ticareti hukukundaki önemini ortaya koymaktadır. Öyle ki, özellikle son on yıllık dönemde konteynerin beklemesi ve gecikmesinden kaynaklanan alacaklar yükü ilgililer için özel olarak yönetilmesi gereken bir risk olgusu hâline gelmiştir. Diğer taraftan bu riskin ölçüsüz ve insafsız olduğu konusunda şikayetler de dile getirilmeye başlanmıştır. Bu noktadaki en somut gelişmenin ise Amerikan hukukunda yaşanmakta olduğunu söyleyebiliriz. Bağımsız idari otorite niteliğinde bulunan “Federal Denizcilik Komisyonu” (“*Federal Maritime Commission*”), sahip olduğu yetkilere istinaden 5/3/2018 tarihinde uluslararası deniz ticaretinde konteynerin ve diğer ekipmanların beklemesi, gecikmesi ve bunlarla ilgili serbest zaman uygulaması ve şartları hakkında soruşturma başlattığını duyurmuştur¹. Soruşturma sonucunda 4/9/2018 tarihinde “Geçici Rapor” hazırlanmış² ve sonrasında ise, 3/12/2018 tarihinde “Nihai Rapor” kamuoyu ile paylaşılmıştır³. Soruşturmanın en ilgi çekici kısımlarından birini taşıyanların son yıllardaki konteyner beklemesi ve gecikmesine dayanan gelirlerindeki küresel düzeydeki dikkat çekici artış

* Metinde kullanılan *kısaltmalar* için çalışmanın sonunda yer alan cetvele bkz.

¹ Bkz. **Federal Maritime Commission**, Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce - Order of Investigation (5/3/2018), (https://www.fmc.gov/assets/1/Documents/ff-28_ord2.pdf) (e.t. 28/6/2019). Soruşturma Emri’nden öğrenebildiğimize göre, “Adil Liman Uygulamaları Birliği” 17/12/2016 tarihinde Komisyon’a şikayette bulunarak, taşıyanların ve terminal işletmecilerinin sağladıkları ekipmanların beklemesi ve gecikmesi sebebiyle talep ettikleri bedellerin haksız ve makul olmadığını iddia etmiştir. Bu iddiayı ciddi bulan Komisyon, tespit ettiği belirli sorular üzerinden vakıa tespiti (“*fact finding*”) amacıyla soruşturma emri vermiştir.

² **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Interim Report*: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce (4/9/2018), (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF28_int_rpt2.pdf). (e.t. 28/7/2019)

³ **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report*: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce (3/12/2018), (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf). (e.t. 28/7/2019)

oluşturmaktadır⁴. Buna dayanılarak taşıyanların kârlarını maksimize edebilmek için konteyner bekleme ve gecikme uygulamalarını kötüye kullandıklarına yönelik emarenin mevcut olduğu görüşü dile getirilmiştir⁵. FIATA da konteynerin beklemesi ve gecikmesiyle alakalı risklerin artması üzerine üyelerine yönelik uygulama önerilerini resmi internet sitesi üzerinden yayımlamıştır⁶.

Düzenli hat taşımacılığı üstlenen taşıyanların, yönettikleri tedarik zincirinin gereği gibi işleyebilmesi için (kendileri tarafından tedarik edilen) konteynerlerin zamanın tesellüm edilip sonrasında iade edilmesine çok büyük ihtiyaç duydukları bir gerçektir ve bu sebeple kendilerinin kullandıkları konteyner bekleme ve gecikme şartları vazgeçilmez bir hukuki araçtır⁷. Ne var ki, taşıyanların bekleme ve gecikme uygulamaları ile yüklerle ilgili makul olmayan taleplerde bulunmaktan ve bu konudaki durumlarını kötüye kullanmaktan kaçınmaları da şarttır⁸. Bu çalışmada, taşıyanların konteynerin beklemesi ve gecikmesinden doğan taleplerinin hukuki niteliği ve bunları yöneten kurallar incelenmekle birlikte, Türk hukuku açısından bu taleplerin kanuni sınırları ana hatları sorgulanmaya çalışılacaktır.

Diğer yandan, denizcilik sektöründeki uygulamaya koşut olarak, konteynerin beklemesi ve gecikmesine dayanan uyuşmazlıkların öğretinin gündemine girmesi de çok uzun bir geçmişe sahip olmamıştır. 2000’li yılların başından itibaren söz konusu taşıyan alacaklarının yargılama konusu yapıldığını tespit edebiliyoruz. Öğreti için de benzer bir takipten söz edebiliriz. Örneğin Alman hukuku açısından *Prüßmann / Rabe* şerhinin üçüncü

⁴ *Federal Denizcilik Komisyonu’nun Geçici Raporu’na göre, ABD’de yer alan taşıyanların konteynerin bekleme ve gecikmesine dayanan gelirleri 2013’e kıyasla 2014’te % 90’lık artış göstermiş; devam eden yıllarda da bir önceki yıla göre artış devam etmiştir; 2015 yılında % 86, 2016’da % 23 ve 2017’de 30’luk artışlar kaydedilmiştir (bkz. dn. 2’de yer alan Rapor’un III. Bölümü).*

⁵ **Roemer, J.:** Demurrage and Detention Charges in Container Shipping, UNCTAD Transport and Trade Facilitation Newsletter N°80, Fourth Quarter 2018 (<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1959>). (e.t. 28/7/2019)

⁶ *Best Practices As Propesed by FIATA: Demurrage and Detention In Container Shipping* (<https://fiata.com/media/documents-for-download.html>). (e.t. 28/7/2019)

⁷ Bu yöndeki tespitler için bkz. *Best Practices As Propesed by FIATA: Demurrage and Detention In Container Shipping*, s. 2 (<https://fiata.com/media/documents-for-download.html>). (e.t. 28/7/2019)

⁸ **Roemer,** Demurrage and Detention Charges in Container Shipping, UNCTAD Transport and Trade Facilitation Newsletter N°80, Fourth Quarter 2018 (<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1959>). (e.t. 28/7/2019)

basısında⁹, konteynerin beklemesi veya türev bir kavram kullanılmaz iken, aynı eserin *Rabe* tarafından hazırlanan dördüncü basısında konteyner bekleme parası (“*Containerstandgeld*”) ayrı bir taşıyan alacağı olarak iki yerde karşımıza çıkmaktadır¹⁰. 2013 tarihli Deniz Ticareti Hukuku Reformu ile birlikte *Rabe / Bahnsen* tarafından yeniden kaleme alınan şerhte, AlmTK § 493 IV’teki hüküm çerçevesinde konteyner bekleme parası diğer taşıyan alacaklarıyla birlikte özel olarak incelenmiştir¹¹. Türk hukukunda ise, tespit edebildiğimize göre, bu konudaki ilk çalışmanın *Şeker-Öğüz*’e ait olduğu¹², sonrasında *Atamer* tarafından konunun güncel bir deniz ticareti hukuku sorunu olarak tanıtıldığını görüyoruz¹³. Yakın bir tarihte *Algantürk-Light*’ın makalesinde ayrılan özel bir başlık ile “konteyner gecikme bedeli” genel olarak incelenmiş¹⁴ ve nihayet *Aksoy* tarafından “konteyner demurajı” kapsamlı bir makaleye konu yapılmıştır¹⁵. Son olarak, İngiliz ve Türk hukuku

⁹ **Prüßmann, H./Rabe, D.:** Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 3. Auflage, München 1992, özellikle bkz. § Vor 556.

¹⁰ **Rabe, D.:** Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 4. Auflage, München 2000, § Vor 556, N. 57, § 614, N. 20.

¹¹ **Rabe, D./Bahnsen, K. U.:** Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 5. Auflage, München 2018, § 493, N. 43, 44 ve özellikle bkz. N. 89-90. AlmTK § 493 IV uyarınca, taşımanın başlamasıyla boşaltma yerine geminin ulaşması arasındaki dönemde, taşıyanın risk alanından kaynaklanan sebepler ile gecikmenin meydana gelmesi durumunda, taşıyan navlunun yanında uygun bir ücret talep etme hakkına sahiptir. **Bahnsen**, boşaltma ve tesellüm arasındaki dönemde meydana gelen gecikmeler bakımından “kanun boşluğu”nun bulunduğunu ve AlmTK § 493 IV’ün “kıyasen” bu gecikmeler için de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir (**Bahnsen** [Rabe/Bahnsen], § 493, N. 80). Dolayısıyla, bu kuramsal temelden hareket eden *Yazar*, konteyner bekleme parasının kanuni dayanağını anılan hükmün kıyasen uygulanması olarak görmektedir (bkz. **Rabe/Bahnsen**, § 493, N. 43; konteyner bekleme parasının sözleşmesel temeli hakkında ise bkz. § 493, N. 90; ayrıca bkz. IV D).

¹² **Şeker-Öğüz, Z.:** Gönderilenin Yükü Almamasına Rağmen Demoraj (Konteyner İşgalie) Ücretinden Sorumlu Olduğu Yönündeki Yargıtay Uygulaması Üzerine, İÜHF 2008, C. 76, S. 1, s. 337-342.

¹³ **Atamer, K.:** Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 12 Haziran 2009, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2008, s. 236-237.

¹⁴ **Algantürk-Light, D.:** Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 16, S. 2-3, s. 23-25.

¹⁵ **Aksoy, S.:** Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı, BATİDER 2017, C. 33, S. 1, s. 137-178.

açısından konteyner demurajının hangi ana kadar işleyebileceği spesifik bir sorun olarak *Bozkurt* tarafından incelenmiştir¹⁶. Bu makalede ise, özellikle hukuki nitelendirme konusunda öğretilen ayrıldığımız noktaları açıklayarak, bunların sonuçları üzerinde durmaya ve ayrıca, konteynerin beklemesi ve gecikmesinden doğan alacakların sınırlarını tespit etmeye çalışacağız.

Konteynerin beklemesi ve gecikmesi sebebiyle taşıyanın yükü ile ilgili karşı alacak hakkına sahip olması konteynerin kendisi tarafından tedarik edilmesine ve FCL/FCL taşıma şeklinin kullanılmasına bağlıdır¹⁷. Ayrıca bekleme ve gecikmeye dair sorunlar, sadece *tektürlü* (“unimodal”) taşıma sözleşmesi türü olarak navlun sözleşmesinin ifasında ortaya çıkmayacaktır. *Kapıdan-limana* (= işletmeden-deniz terminaline) yapılan taşımalarda olduğu gibi, bekleyen veya iadesi geciken konteyner *çoktürlü* (“multimodal”) taşıma sözleşmesine dayanarak da taşınabilir. Fakat, bu çalışmada navlun sözleşmesinin konteyner taşımacılığında kullanılan yaygın türü olarak *kırkambar sözleşmesi* esas alınarak incelemede bulunulmuştur¹⁸.

¹⁶ **Bozkurt**, B.: Container Demurrage: Wait Till When?, ETL 2019, s. 137-152.

¹⁷ FCL (= *Full Container Load*) tam dolu konteyner anlamına gelirken, LCL (= *Less than Container Load*) ise taşıyana teslim edilen eşyanın konteyneri doldurmaya yetmediği ve eşyanın parsiyel olarak konteynerde taşındığını ifade eder. FCL taşımalarında, konteyner yüklenen tarafından eşya ile doldurulmakta, taşıyana kapalı ve mühürlü olarak teslim edilmektedir. LCL şeklinde ise, taşıyana teslim edilen eşya, onun tarafından konteyner yerleştirilerek taşınmaktadır. FCL şekli uygulamada tam dolu konteyner taşıması ve LCL ise parsiyel (grupaj) konteyner taşıması olarak ifade edilmektedir. Söz konusu taşıma yöntemleri için bkz. **Hsu**, M. L.: Haftungsprobleme beim Containerseeverkehr im Seefrachtrecht Taiwans (= Republik China) im Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Hamburg 1995, s. 48-50; **Puttfarken**, H.-J.: Seehandelsrecht, Heidelberg 1997, s. 167, 168; **Rabe**, § 619, N. 12-15; **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 504, N. 22; **Erbaş-Açıknel**, A.: Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması - Konteyner Klozu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 3, S. 1, s. 115.

¹⁸ Kapıdan-limana yapılan taşımalar için çoktürlü taşıma sözleşmesi akdedildiğinde, konteynerin beklemesi ve gecikmesinden kaynaklanan sorunlar navlun sözleşmesine dair kurallara göre değil TTK m. 850-893'e göre çözülecektir (TTK m. 902). Türk hukukunda çok türlü (multimodal) taşıma kavramının (farklı terimlerle birlikte) ayrıntılı incelenmesi için özellikle bkz. **Kula-Değirmenci**, N.: Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, İzmir 2012, s. 60, 61; **Adıgüzel**, B.: Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 24 vd.; **Coşkun**, G.: Çoklu (Multimodal) Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2018, s. 34 vd. Ayrıca bkz. **Deniz**, İ.: Kombine Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar (26-27 Ocak 1984), Ankara 1984, s. 173-192; **Kula**, N.: Türk Eşya Taşıma Hukuku, Ankara 2018, s. 97.

I. TERİM VE KAVRAM

Deniz yoluyla eşya taşımacılığında konteyner kullanılması yükle ilgililerden daha çok taşıyanın menfaatine hizmet etmektedir¹⁹. Bu menfaat durumuna koşut olarak konteyner taşımacılığında -kullanılan yöntem ve şekillerden bağımsız olarak- bu taşıma kabı *çoğu zaman* taşıyan tarafından tedarik²⁰ edilir²¹. Navlun sözleşmesinin içeriğinde konteyner tedarik etmek edimi bulunduğu²², taşıyan eşya için elverişli olan konteyneri, zamanında ve kararlaştırılan yerde taşıtana (veya onun temsilcisine) teslim etmekle yükümlüdür. Taşıyan tarafından tedarik edilen konteynerin, eşyanın, konteynerde bulunacağı süre boyunca kendi cins ve niteliklerine uygun olarak korunmasını sağlayabilmesi lâzımdır. Buna karşılık taşıyanın konteyner tedarikinden doğan sözleşmesel ilişkideki menfaati kendisi için uygun bir süre içerisinde boşaltılan konteynerin boş ve temiz olarak geri almasına ve konteyneri başka navlun sözleşmesinin ifasında kullanmasına dayanır²³. Taşıyanın -kendisi tarafından tedarik edilen- konteyner üzerindeki anılan menfaatleri varma limanında gerek (i) *boşaltma ile tesellüm arasındaki dönemde* gerekse de (ii) *tesellümden sonraki dönemde* engelle karşılaşılabılır. Aşağıdaki hukuki nitelendirmelerde de doğrudan dikkate alınacak bu iki aşamada ortaya çıkabilecek ifa engeline, konteynerin kimin *zilyetliğinde* bulunduğu önem taşımaktadır²⁴. Bu çerçevede:

(1) Taşıyan tarafından tedarik edilen konteyner varma limanında gemiden boşaltılmasından itibaren navlun sözleşmesinde kararlaştırılan sürede (= serbest zaman - *free time*²⁵) veya böyle bir süre yok ise, makul bir süre içe-

¹⁹ Konteyner taşımacılığının faydaları için bkz. **Deniz**, İ.: Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 1982, s. 21-24; **Hepgülerler**, E.: Yükleme, İstif, Boşaltma, Teslim Aşamalarında Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2011, s. 70-72.

²⁰ Bu çalışmada konteyner *tedariki* terimi kullanılmakla birlikte, TTK m. 1186 III c. 2'de konteynerin taşıyan tarafından *sağlanması*ndan söz edildiğini de belirtmeliyiz.

²¹ Taşıyanın konteyner tedariki ve ayrıca yükle ilgililere ait konteynerlerin kullanılması konusunda bkz. **Aksoy**, s. 141-143.

²² Konteyner tedarikinin navlun sözleşmesinden doğan *yan yükümlülük* olduğu konusunda bkz. **Rabe**, § 606, N. 6. Bu görüşün benimsendiği önemli bir içtihat için bkz. OLG Hamburg, 22.04.2010, 6 U 1/09, TranspR 2011, Heft 3, s. 113-115. Karar hakkında kısa bir görüş için bkz. **Herber**, R.: Entscheidungen/Seetransport (Thema: §§ 659, 660 Abs. 2, § 607a Abs. 1 HGB, § 280 BGB), TranspR 2011, Heft 3, s. 113-115.

²³ Bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 236.

²⁴ Konteynerin beklemesinden doğan alacakların hukuki niteliğinin belirlenmesinde öncelikle konteynerin gönderilenin zilyetliğinde olup olmaması yönünde **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 493, N. 90.

²⁵ Bkz. aşa. IV B.

risinde gönderilen tarafından teslim alınmadığında “konteynerin beklemesi²⁶” (“*container demurrage*”) durumunun ortaya çıktığı genel olarak kabul edilir. Bu hâlde konteyner eşya ile dolu olarak taşıyanın zilyetliğinde ve dolayısıyla kontrolünde bulunur; ancak içerisindeki eşya sebebiyle taşıyan konteyneri kullanmaktan yoksun kalmaktadır. Eşyanın gümrüğe tâbi olması hâlinde konteyner (kural olarak) geçici depolama yeri niteliğindeki terminal alanında bulunacaktır²⁷.

(2) Şayet gemiden boşaltılan konteyner, gönderilen tarafından *tesellüm* edildikten sonra, navlun sözleşmesinde kararlaştırılan sürede veya böyle bir süre yok ise, makul bir süre içerisinde boş olarak taşıyana veya temsilcisine iade edilmez ise, “konteynerin gecikmesi²⁸”nden (“*container detention*”) söz edilmektedir²⁹. Konteynerin beklemesinden farklı olarak, gecikme hâlinde taşıyanın konteyner üzerinde kontrolü yoktur. Konteyner gönderilenin zilyetliğindedir³⁰.

Bu çalışmada konteynerin beklemesi ile konteynerin gecikmesi birbirinden farklı, ancak bağlantılı ifa engelleri olarak incelenmiştir³¹. Öğretide

²⁶ Terim için bkz. **Atamer**, K.: Deniz Ticareti Hukuku - Cilt I, İstanbul 2017, s. 428, N. 1000.

²⁷ Bekleme sırasında konteynerin terminal içinde bulunduğu konusunda ayrıca bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 12 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

²⁸ “*Detention*” için *gecikme* teriminin kullanımı hakkında bkz. **Ülgener**, M. F.: Çarter Sözleşmeleri I - Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 354; **Aytekın**, M. U.: Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları, Ankara 2019, s. 126.

²⁹ Federal Denizcilik Komisyonu’nun raporunda ise, sektör temsilcilerinden bir kısmının konteynerin *terminal içinde* bulunması beklemenin, terminal dışında bulunması sebebiyle ise gecikmenin ortaya çıkacağını belirtmektedir. Yine, başka bir görüşe göre, konteynerin beklemesi *terminal alanının kullanılması* sebebiyle; gecikme ise, konteynerin yük ile ilgili tarafından kullanılması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Soruşturma sürecinde, yük ile ilgililerin yine terminal içi/dışına dayanan ayrıma katıldıkları belirtilmektedir. Bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 12 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

³⁰ FIATA’nın konteynerin beklemesi ve gecikmesi için kullandığı tanımlar için ise bkz. *Best Practices As Proposed by FIATA: Demurrage and Detention In Container Shipping*, s. 3 (<https://fiata.com/media/documents-for-download.html> [28/8/2019]).

³¹ Ayrım için bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237: “11 HD tarafından ele alınan uyuşmazlıkların bir kısmında, konteyner, liman sahasında veya gümrükte yahut bir depoda

ise, “konteyner demurajı” teriminin iki ifa engeli aşamasını ifade etmek üzere kullanıldığını; ayrıca, konteynerin teslim alınmadığı için beklemesinden ziyade, gönderilenin konteyneri iade yükümlülüğü merkezinde konunun değerlendirildiğini tespit edebiliyoruz³². Kanaatimizce, iade yükümlülüğünü konteynerin beklemesi yerine münhasıran gecikmesi açısından ele almak lâzımdır³³. Zira, herhangi bir şekilde gönderilenin iade yükümlülüğü doğ-

bekletildiği için gecikme meydana gelmiştir. Diğer bazı olaylarda ise, gönderilene teslim edilen konteynerin iadesi, tarafların belirlediği veya olağan sayılabilecek süreyi alacak şekilde gecikmiştir (...). İlk cümledeki ifa engeli bu çalışmada kullanılan terimler açısından konteynerin beklemesi, ikinci cümledeki ise, konteynerin gecikmesi niteliğindedir.

³² Bkz. **Rabe**, § 614, N. 20. Yazar burada, FCL/FCL taşımalarında taşıyandan konteyneri kapalı olarak teslim alan gönderilenin konteyneri boş bir şekilde *iade etmekle yükümlü* olduğunu, iadenin gecikmesi hâlinde bekleme parası (“*Standgeld*”) ödemek zorunda kalacağını belirtmektedir. Benzer şekilde **Bahnsen** de, bekleme parası açısından gönderilenin konteynerin *iadesindeki gecikmeden* söz etmektedir ([Rabe/Bahnsen], § 493, N. 90). (Şu da var ki, **Bahnsen** buradaki diğer yazarlardan farklı olarak konteynerin beklemesinde gönderilenin sözleşme ihlâlinde bulunmadığını belirtmektedir).

Aksoy’a göre ise, “[k]onteynerin süresinde iadesini sağlamak, ayrıca muhtemel zararını tazmin edebilmek amacıyla, konşimentoya konteynerin iadesinde gecikilen gün başına belirli bir bedel talep edileceğine dair sürastarya parasına benzer kayıtlar koymuştur. İşte talep konusu bu bedel, hatta geniş anlamda müesseseye, ‘*konteyner demurajı*’ (*container demurrage, Containerstandgeld*) denir” (s. 149, 150). “Konteynerin süresinde iade edilmemesi, tacirin konteynerin iadesi yükümlülüğünü ihlalinden başka bir şey değildir. Ayrıca kavram tanımlanırken vurgulandığı üzere, konteyner demurajı müessesinde taşıyanın, taciri konteyneri iadeye zorlamak ve gecikme nedeniyle yaşanabilecek zararın tazmini şeklinde iki amacı olabilir (...).” (s. 151). Yazar, konteyner demurajını açıklamadan hemen önce, konteynerin iadesindeki gecikme başlığı altında, uygulamadaki “*detention*” kavramına atıfta da bulunmaktadır (**Aksoy**, s. 148).

Algantürk-Light ise, her iki durumu da karşılamak üzere *demuraj* yerine *gecikme* (“konteyner gecikme bedeli”) terimini kullanmaktadır (s. 23, 24). Fakat buradaki tespitlerde uygulanacak hükümler arasında borçlunun temerrüdüne dair olanların zikredildiğini de belirtmeliyiz. (Kırş. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237.) **Şeker-Öğüz** ise, esas olarak *demoraj* (ücreti) terimini kullanmakla birlikte, alternatif olarak “konteyner işgalie” (ücreti) ifadesine karar incelemesinin başlığında yer vermiştir (s. 337). İncelemeye konu olan kararda konteynerin beklemesi durumu söz konusudur.

³³ Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 08.03.2010 tarihli ve E. 2008/10839, K. 2010/2527 sayılı kararında, konteynerin *taşıyanın zilyetliğinde* olmasına rağmen, “iade” kavramı üzerinden “konteyner demurajı”nın tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir: “Konteyner vasıtasıyla taşıma, deniz taşımasının yerleşik taşıma türüdür. Bu taşıma türünde konteyner ya taşıyan ya da emtia ilgilisi tarafından tahsis edilmektedir. Ancak, kim tarafından temin edilirse edilsin taşıma kabı olarak kullanılan konteynerin tahsis edilene *iadesi* gerekmektedir. Aksi halde, konteyner ilgilisi iade edilmeyen zamanla bağlantılı olarak demuraj adı altında bir bekleme ücretine hak kazanacaktır. Bu bekleme ücretinin kaynağı genelde konşimento veya sözleşmedir. Ancak, sözleşme olmasa bile, deniz ticaret

madan, sadece konteynerin beklemesi ortaya çıkabilir³⁴. Bazı hâllerde ise, hem bekleme hem de gecikme durumu aynı olayda yaşanabilir.

İnceleme konumuz açısından *terim sorununun* küresel açıdan geçerli olduğu da söylenebilir. Amerikan hukukunda Federal Denizcilik Komisyonu konteynerin beklemesi ve gecikmesi konusunda denizcilik sektöründe tam bir terim birliğinin bulunmadığını tespit etmektedir³⁵. Kanaatimizce bu konudaki terim sorununun ortaya çıkma sebeplerinden birini de taşıyanların bekleme ve gecikme aşamalarını birleştirecek uygulamaları oluşturmaktadır. Taşıyanlar bazı limanlarda bekleme ve gecikme aşamaları için ayrı tarifelere sahip iken, bazılarında bunları birleştirebilmektedir (= “*combined [merged] demurrage and detention*”)³⁶.

uygulaması bakımından *zamanında iade edilmeyen konteyner sebebiyle konteyner ilgili demuraja hak kazanacaktır.* (...) / (...) Bu durum karşısında mahkemece, taşınan emtia ile ilgili olarak öncelikle gümrük belgelerinin aslı veya onaylı örnekleri ile davalının yetkilisi hakkındaki ceza dosyasının işbu dosyaya getirilmesi, uzman bilirkişi kurulu oluşturulması, taraflar arasındaki ilişkinin tüm kanıtlarla birlikte değerlendirilerek tespit edilmesi, *emtianın zamanında gümrükten çekilip çekilmediğinin, ne kadar süre sonra çekildiğinin ve varsa demuraj süresinin belirlenmesi*, davacının defter ve kayıtların üzerinde inceleme yapılarak bu taşıma dolayısıyla gerçekten demuraj ücreti ödeyip ödemediğinin, ödemiş ise yapılan bu ödemenin rayice uygun olarak yapıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması, davalıya rücu imkanının olup olmadığının incelenmesi (...) ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararının bozulması gerekmiştir” (bkz. KazancıBB; *vurgular tarafımızdan eklenmiştir*). Kararda, esasında konteyner taşıyanın zilyetliğindedir; henüz gönderilenin teslimü mü gerçekleşmemiştir. Gümrükte bekleyen konteyner sebebiyle davacı, dava dışı donatana ödediği demuraj miktarını davalıdan talep etmektedir. Dolayısıyla, kararın başında yer alan iadeye bağlı kılınan tespitler yerinde değildir. Konteyner gönderilen tarafından teslim edilmediği için taşıyana iadesi aşaması zaten gündeme gelmeyecektir.

³⁴ Örneğın bkz. Y. 11. HD, 22.05.2003, E. 2002/12721, K. 2003/531 (**Şeker-Öğüz**, s. 337, 339).

³⁵ **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 11, 12 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

³⁶ Örneğın, konteynerin gemiden boşaltılmasından itibaren 10 takvim günü içerisinde boş ve temiz olarak taşıyana iade edileceği, aksi hâlde gecikilen her gün için 15 USD’nin talep edileceğinin kararlaştırılmasında bekleme ve gecikme aşaması *birleştirilmiş* olmaktadır. Bunun yerine, konteynerin beklemesi için 10 takvim günü ve gecikmesi için ise, 7 takvim günü serbest zaman olarak öngöröldüğünde ve bunların aşılması hâlinde bekleme için 10 USD, gecikme için ise 7 USD talep edileceği kararlaştırıldığında bekleme ve gecikme aşamaları birbirinden ayrı olarak sözleşmesel düzene bağlanmış olacaktır. Taşıyanlar boşaltma limanlarının ve konteyner terminallerinin hâlihazırda durumuna göre bu uygulamalardan birini tercih edebilmektedir.

Konteynerin beklemesi ve gecikmesinden ötürü taşıyan lehine doğan maktu alacaklar öğretide ve mahkeme kararlarında “ücret” terimi ile ifade edilebilmektedir³⁷. Teknik anlamda bu alacakların niteliğini ücret olarak görmediğimiz için³⁸ bu çalışmada konişmento veya deniz yük senedinde yer alan gün üzerinden kararlaştırılan maktu miktarlar yerine göre “konteyner bekleme parası” veya “konteyner gecikme parası” olarak ifade edilecektir³⁹. Söz konusu tercih Alman hukukunda kullanılan “*Containerstandgeld*”den mülhemdir⁴⁰.

II. İFA ENGELİ TÜRÜ OLARAK KONTEYNERİN BEKLEMESİ VE GECİKMESİ

Konteynerin gecikmesi ve beklemesi farklı ifa engellerine bağlıdır. Konteynerin beklemesi “alacaklının temerrüdü”nü (“*mora creditoris*”) ortaya çıkartmaktadır (TTK m. 1174; BK m. 106 vd.)⁴¹. Burada temerrüde düşen “alacaklı” varna limanında eşyayı kendi adına teslim alma konusunda talep hakkına sahip bulunan “gönderilen”dir. Diğer taraftan konteynerin gecikmesi ise, “borçlunun temerrüdü” (“*mora debitoris*”) niteliğindedir (BK m. 117 vd.)⁴². Yine burada da, konteynerin iadesi konusunda “borçlu” sıfatına sahip olan gönderilen temerrüde düşmektedir. Böylece gerek konteynerin beklemesinde gerekse de gecikmesinde gönderilen temerrüde düşmekte, ancak temerrüdün türü farklılaşmaktadır.

Şu var ki, İsviçre-Türk ifa engelleri hukukunun alacaklının ve borçlunun temerrüdüne farklı kuramsal temellerden bakmaları, konteynerin beklemesi ve gecikmesi sonucunda taşıyan lehine doğan alacak hakkının hukuki niteliğine şekil vermektedir⁴³. Alacaklının temerrüdü (kural olarak) borca

³⁷ Örn. bkz. Y. 11. HD, 22.05.2003, E. 2002/12721, K. 2003/531 (Şeker-Öğüz, s. 337, 339); 11. HD 08.03.2010, E. 2008/10839, K. 2010/2527 (KazancıİBB).

³⁸ Bkz. aşa. IV C, D.

³⁹ Ayrıca konteyner “gecikme bedeli” teriminin kullanılması için bkz. **Algantürk-Light**, s. 23.

⁴⁰ Bkz. **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 493, N. 43.

⁴¹ Bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237; krş. **Algantürk-Light**, s. 24.

⁴² Bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237. Anılan yerde, Yazar’ın borçlu temerrüdü niteliğine gördüğü ikinci durum, konteynerin gecikmesi olarak ifade ettiğimiz durumu karşılamaktadır.

⁴³ Borçlu ve alacaklı temerrüdü arasındaki ilişki ve bu kurumların farkları hakkında bkz. **Weber**, R. H.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, Artikel 68-96 OR, 2. Auflage, Bern 2005, Art. 91, N. 29-31; **Koç**, N.: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992, s. 25-29. Alacaklının temerrüdü dışında alacaklı sebebiyle yaratılan ifa

aykırı bir davranış olmadığı için tazminat sorumluluğuna sebep olmaz iken⁴⁴, borçlunun temerrüdü, kusurun varlığı hâlinde borca aykırı bir davranış olarak tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır⁴⁵. Söz konusu ifa engelleri arasındaki farklılık, konteyner bekleme ve gecikme parasının hukuki niteliği konusundaki değerlendirmeyi doğrudan etkilemektedir.

Yukarıda taşıyanın tarifelerinde veya basılı şartlarda bekleme ve gecikme aşamalarının birleştirilmesinin mümkün olduğunu, söz konusu ifa engelleri için tek bir serbest zaman üzerinden aynı parasal miktarların geçerli kılınabildiğini belirtmiştik. Taraflar arasında sözleşmesel düzeninin belirlenmesinde birleştirilmiş bir bekleme ve gecikme uygulamasının tercih edilmesi ifa engelinin hukuki niteliğinde bir değişiklik yaratmayacaktır. Şayet, konteynerin tesellümü birleştirilmiş serbest zaman içerisinde mümkün olmaz ise, ortaya çıkan ifa engeli alacaklının temerrüdü niteliğinde olacaktır.

III. KANUNİ DÜZEN

A. Konteynerin Beklemesi

1. Genel Olarak

Taşıyanın veya yetkili temsilcisinin bildirimine üzerine gönderilenin gemiden boşaltılan konteyneri gecikmeden teslim alması gerekir (TTK m. 1176 I). Varma limanında eşya ile dolu konteynerin gönderilen tarafından zamanında teslim alınmaması ise, alacaklının temerrüdü niteliğindeki bir ifa engelidir⁴⁶. Kırkambar sözleşmesinde, konteynerin beklemesi durumunda

engelleri hakkında ise bkz. **Akkanat**, H.: Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, İstanbul 1996, s. 17 vd.

⁴⁴ İsviçre/Türk hukukunda alacaklının edimi kabul etmesi bir borç (yükümlülük) olarak değil bir yük (= yükümlenti, külfet, ödev) (*Obliegenheit*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Koç**, s. 25, 28, 58-62; **Tekinay**, S. S./**Akman**, S./**Burcuoğlu**, H./**Altıp**, A.: Tekinay Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 837; **Weber/BK**, Art. 91, N. 5, 26 ve özellikle bkz. N. 50 vd.; **Serozan**, R.: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 326; **Schwenzer**, I.: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, N. 69.02; **Tercier**, P./**Pichonnaz**, P./**Develioğlu**, H. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, N. 1392, 1398; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 1034. Alacaklının temerrüdüünün yük (*Obliegenheit*) olarak hangi süreçte dogmatik temel kazandığı konusunda bkz. **Weber/BK**, N. 50 vd.; **Serozan**, s. 326.

⁴⁵ Alman hukukunda konteynerin beklemesinde gönderilenin sözleşmeye aykırı bir davranışının bulunmadığı konusunda bkz. **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 493, N. 90. Buna karşılık gönderilenin "yükümlülük" altında olduğu konusunda, **Algantürk-Light**, s. 24.

⁴⁶ **Wüstendörfer**, H.: Neuzeitliches Seehandelsrecht - mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationales Rechts, 2. Auflage, Tübingen 1950, s.

TTK m. 1174 I, II uygulama alanı bulmaktadır (TTK m. 1176)⁴⁷. Buna göre, şayet eşyayı *kabul eden* gönderilen tesellümde gecikir ise taşıyan, gönderilene haber verdikten sonra alacaklının temerrüdüne bağlı olan hakları (BK m. 107-109) kullanabilir ve eşya ile dolu konteyneri hasar ve giderleri gönderilene ait olmak üzere ardiyeye tevdi edebilir (TTK m. 1176 II, m. 1174 I; BK m. 107 II 2). Gönderilenin eşyayı teslim almaktan *kaçınması* hâlinde ise, taşıyanın aynı şekilde alacaklının temerrüdü hükümlerine göre konteyneri ardiyeye tevdi etmesi aynı zamanda bir “yükümlülük” teşkil eder (TTK m. 1174 II). Taşıyan bu konuda yapma edimi altındadır.

Yukarıda da vurguladığımız gibi, İsviçre-Türk hukukunda alacaklının temerrüdü borca aykırı bir davranış olmadığı için tevdi sonucunda konteynerin beklemesi sebebiyle taşıyan lehine (kural olarak) “tazminat alacağı” doğmaz⁴⁸. Ancak aşağıda açıklayacağımız gibi bu durum, kanuni düzen

263 (VI 1); Okay, M. S.: Deniz Ticareti Hukuku II, 2. Bası, İstanbul 1971, s. 149 (c); Prübmann/Rabe, § 601, s. 479 (A 1); Rabe, § 601, N. 1; Çağa, T./Kender, R.: Deniz Ticareti Hukuku C. II – Navlun Sözleşmesi, 10. Bası, İstanbul 2010 s. 61.

⁴⁷ Bkz. Atamer, Güncel Sorunlar, s. 237; Algantürk-Light, s. 24. Aksoy ise, konteynerin gönderilen tarafından teslim alınmadığı durumlarda, konteyner demurajı hakkında TTK m. 1174’ün uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir (s. 158, *son paragraf*). Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Varma limanında eşya ile dolu konteynerin gönderilen tarafından teslim alınmaması alacaklının temerrüdü niteliğindeki bir ifa engeli olarak TTK m. 1174 I, II’de düzenlenmiştir. TTK m. 1174 I’deki açık atf uyarınca alacaklının temerrüdüne ilişkin BK m. 107-109 uygulama alanı bulmaktadır (*krş.* E-TTK m. 1057 I; Çağa/Kender, Deniz Ticareti Hukuku C. II - Navlun Sözleşmesi, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 62-64; Okay, s. 149-152). Alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükümlere nazaran TTK m. 1174 I, II *özel hüküm* niteliğindedir.

Diğer yandan E-TTK m. 1057 I’de tevdi prosedürü ayrıca düzenlenirken, TTK m. 1174 I’de BK hükümlerine atıfta bulunulması yeterli görülmüştür. Bu tercihin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır: “Tevdi prosedürü hakkında [818 sayılı] Borçlar Kanununun 91 ilâ 93 üncü maddelerine [BK m. 107-109] atıf yapılması yeterli görülmüştür. 6762 sayılı Kanunun 1057 inci maddesi, 1861 tarihli Alman Umumi Ticaret Kanunnâmesinin 602 ilâ 603 üncü maddelerinden gelmektedir; o tarih itibarıyla Almanya’da borçlar hukukunu düzenleyen federal bir kanun bulunmadığından, temerrüt halinde borçlunun mahkeme marifetiyle veya haricen eşyanın tevdi yoluna başvurulabileceği hususunda açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktaydı. Oysa, yürürlükteki Türk özel hukuku bakımından bu hükümler gereksizdir, çünkü [818 sayılı] Borçlar Kanununun 91 ilâ 93 üncü [BK m. 107-109] maddeleri bütün özel hukuk alanı için geçerli olan genel kuralları ihtiva etmektedir. Böyle olunca, sadece bu hükümlere atıf yapılması yeterli görülmüştür”. Bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 354.

⁴⁸ von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt I-II, 2. Bası, Ankara 1983, s. 534; Koç, s. 29; Weber/BK, Art. 91, N. 31 ve ayrıca bkz. Art. 92, N. 10; Schwenger, N. 69.02; Eren, s. 1034, 1035. Taşıyanın gönderilenin eşyayı kabul etmesi için eda davası da açması mümkün değildir.

açısından dahi⁴⁹, taşıyan lehine alacak hakkı doğmayacağı anlamına gelmeyecektir.

2. Tevdi Sonucunda Konteynerin Beklenmesinden Doğan Giderleri Ödeme Borcu (BK m. 107 I)

a. Tevdi Şartı

Eşya ile dolu konteynerin yukarıdaki sebeplerle tevdi edilmesi durumunda, taşıyan bu yüzden yaptığı “giderler” için alacak hakkına sahip olur (BK m. 107 I)⁵⁰. Bu itibarla, taşıyan ile taşıtan arasında konteynerin beklemesine dair bir anlaşma bulunmadığı sürece, bekleme sebebiyle taşıyanın alacak talebinde bulunması için BK m. 107 I’e uygun olarak eşya ile dolu konteynerin tevdi gerekir. Konteynerin eşya için ambar işlevine sahip olması taşıyanların tevdi bulunmadan konteyner yoluyla eşyayı muhafaza etmesine imkan tanımaktadır. Dolayısıyla, eşyanın tesellümü konusunda gönderilen temerrüde düşse dahi, taşıyanlar uygulamada (TTK m. 1174 atfıyla) BK m. 107 uyarınca tevdi yoluna başvurmamaktadır. Gemiden boşaltılan konteynerin, konteyner terminalinde bulunması ve (çoğu durumda olduğu gibi) eşyanın gümrüğe tâbi olması hâlinde, gümrük muhafazası altında olması tevdi niteliğinde değildir. Bu çerçevede, tevdi işlemi olmadığı sürece kanuni düzen içerisinde konteynerin beklemesi için taşıyanın alacak talebinde bulunamayacağı kanaatine ulaşmaktayız ve tevdi konusunda herhangi bir şart aramayan Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi kararlarına bu açıdan katılmıyoruz⁵¹.

⁴⁹ Sözleşmesel düzende ise, konişmento veya deniz yük senetlerinde yer alan *konteyner bekleme parası* ile taşıyanın menfaatleri etkin olarak korunmaktadır. Bkz. aşa. IV

⁵⁰ Alacaklının temerrüdüyle ilgili bu kural sözleşmede miktarı kararlaştırılmayan sürastarya parası için de TTK m. 1155 III ve 1171 III’te özel olarak dikkate alınmıştır. [e]TTK m. 1035’te bu durumda sürastarya ücretinin *hakkaniyete* göre belirleneceği kabul edilmiş iken, TTK’nın söz konusu hükümlerinde taşıyanın yaptığı zorunlu ve yararlı *giderler* üzerinden sürastarya parası talep edebileceği kabul edilmiştir. Bu değışiklik, TTK ile İsviçre/Türk borçlar hukuku ilkeleri arasında uyum sağlanması amacı bağlamında değerlendirilmelidir. (Söz konusu uyum için bkz. **Atamer**, K.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2006, s. 70, 422; **Atamer**, Deniz Ticareti Hukuku C. I, N. 914, s. 388.) Hükümet Gerekçesi’ne göre: “Sürastarya parasının miktarı sözleşmede belirlenmişse, Alm. TK.’nın 572 nci paragrafından iktibas edilmiş olan 6762 sayılı Kanununun 1035 inci maddesine göre hakim ‘hakkaniyet’ esasına göre karar verecektir. Ancak, borçlar hukuku bakımından burada alacaklı temerrüdü söz konusu olduğu için, bu hükmün yeniden düzenlenmesi gerekmiştir (...)” (TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu [1/326], s. 348).

⁵¹ Bkz. Y. 11. HD, 08.03.2010, E. 2008/10839, K. 2010/2527 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 15.10.2015, E. 2015/8234, K. 2015/10695 (KazancıİBB).

b. Konteynerin Beklemesinden Doğan Gider Alacağı

Taşıyanın kendi edimini korumak için karşı karşıya olduğu giderlerden doğan ekonomik risk alacaklının temerrüdüyle birlikte yüküle ilgiliye geçmektedir. Buna bağlı olarak, BK m. 107 I'de yer alan ve eşyanın tevdi sonucunda doğan gider kavramının içeriği sadece ardiye giderlerinden oluşmaz⁵². Eşyanın teslimi konusundaki edimi korumak için yapılan⁵³ ve taşıyanın malvarlığında eksiltme yaratan bütün edalar gider niteliğinde görülür⁵⁴. Tevdi işlemi sonucunda konteyner bir yandan eşyayı koruma işlevini yerine getirmeyi sürdürmektedir; ancak diğer yandan ise, taşıyan konteyneri kullanmaktan mahrum kalmaktadır. Konteynerin tevdi edilmesi sebebiyle taşıyan üçüncü bir kişiden konteyner tedarik etmiş ya da konteyneri zamanında üçüncü bir kişiye iade edemediği için tazminat borcu altına girmiş ise, bu yüzden malvarlığında ortaya çıkan eksilmeyi yüküle ilgililere karşı gider alacağı olarak ileri sürebilir.

Borçlar hukuku öğretisindeki hâkim görüş uyarınca, BK m. 107 I'den doğan gider alacağının kuramsal (dogmatik) temeli vekâletsiz iş görme ile açıklanmaktadır (BK m. 526-531)⁵⁵. Bir kişinin yetkili veya yükümlülük altında olmaksızın bir başkası menfaatine olmak üzere başkasına ait işi görmesiyle doğan borç ilişkisi (*gerçek*) vekâletsiz iş görmeyi oluşturur (BK

⁵² Borçlunun malvarlığında meydana gelen bir eksilmenin BK m. 107 I'deki gelir kapsamında yer alması için bu eksilmenin tevdiin sonucu olması lâzımdır. Tevdi ile bağlantılı olmayan giderler temerrüde düşen alacaklıdan talep edilemez (**Koç**, s. 285). Tevdi için konteynerin ardiyeye (antrepoya) taşınması için yapılan masraflar (**Koç**, s. 286), ardiye işletmesine ödenecek ücret, gönderilene yapılacak bildirim masrafları ve konumuz açısından, tevdi süresince konteynerin kullanılmaması sebebiyle yapılan giderler BK m. 107 I uyarınca alacaklıya intikal eder.

⁵³ **Saymen/Elbir** dürüstlük kuralının denetimi altında (MK m. 2 I), edimin korunması için yapılan bütün zorunlu giderlerin alacaklıya ait olduğunu belirtmektedir (**Saymen**, F./**Elbir**, H. K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul 1966, s. 694, 695). **Koç** (s. 291) ise, edimin korunması için yapılan giderlerin zorunlu olup olmadıklarına göre sınırlanamayacağını, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilmesi somut olay açısından bütün giderlerin BK m. 107 I'in kapsamına girdiğini kabul etmektedir.

⁵⁴ **Koç** (s. 285), [e]BK m. 91 - BK m. 107 I'deki gider (masraf) kavramı konusunda öğretilerdeki şu tanıma kullanılmaktadır: "bir kimsenin, kendi rızası ile başkasının malı ya da hakkı yararına yaptığı; fakat o şeyin aslı niteliğini kaybettirmeyen ve malvarlığında eksilmeye yol açan bütün edalardır" (**Feyzioğlu**, F. N.: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümülü [Hususiyle Ecrimisil Meselesi], 2. Bası, İstanbul 1961, s. 198).

⁵⁵ Bkz. **von Tuhr**, 540, dn. 50; **Feyzioğlu**, F. N.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, s. 151; **Önen**, T.: Borçlar Hukuku - Genel Kurallar, Ankara 1984, s. 195; **Koç**, s. 290.

m. 529)⁵⁶. Gider alacağının vekâletsiz iş görmeye dayandıran bu görüş ancak taşıyanın TTK m. 1174 I'e göre yapacağı tevdi hakkında geçerli olabilir. Bu hâlde, taşıyanın konteynerin beklemesi sebebiyle yaptığı giderleri yükle ilgiliden talep etmesi gerçek vekâletsiz iş görmeye dayanacaktır. Diğer yandan, TTK m. 1174 II uyarınca taşıyanın tevdi konusunda *yükümlülük* altında bulunduğu dikkate alındığında, kanaatimizce gider alacağını vekâletsiz iş görmeye dayandırmak mümkün değildir. Yapma edimi altına olan taşıyanın bu edim sebebiyle yaptığı masrafları talep etmesi doğrudan navlun sözleşmesine dayanacaktır. Ayrıca gider alacağı konusunda vekâlet sözleşmesinde giderleri talep etme hakkına dair BK m. 510 I'in *kıyasen* uygulanması da mümkündür.

Alacaklının, temerrüde düşmesinde kusur şartı aranmaz. Zaten alacaklı edimi kabul konusunda yükümlülük altında olmadığı için teknik anlamda kusuru da söz konusu olmaz. Bu sebeple alacaklı yükle ilgililer konteynerin beklemesinden doğan gider alacağından ötürü -kusurdan ve hukuka aykırılıktan bağımsız- *risk sorumluluğu* altındadır⁵⁷. Diğer yandan, gönderilen şayet "objektif sebepler"den dolayı eşyayı kabul edememiş ise, kendisi temerrüde düşmüş olmayacağından⁵⁸ taşıyan lehine konteynerin beklemesinden ötürü gider alacağı da doğmayacaktır. Bu bağlamda, yükle ilgilinin sorumluluktan kurtulması için istenmeyen sebebin dışsal (harici) ve objektif olarak *kaçınılmaz* olması gerekecektir⁵⁹. *Inter alia*, savaş, iç karışıklık, terör

⁵⁶ Bkz. **Eren, F.**: Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2015, s. 925; krş. **Gümüş, M. A.**: Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 217; **Weber, R. H.**: *Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W.* (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Vor. zu Art. 419-424, N. 1, N. 9. Vekâletsiz iş görmenin unsurlarının ayrıntısı için ise bkz. **Tandoğan, H.**: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 74 vd.; **Tandoğan, H.**: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 678-681. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede ise, iş gören kendi menfaatine olmak üzere başkasına ait bir işi yapmaktadır (BK m. 530).

⁵⁷ [e]BK m. 95 = BK m. 111 açısından bu yönde bkz. **Serozan**, s. 330.

⁵⁸ Muaccel veya ifa edilebilir alacak hakkında borçlunun usulüne uygun ifa teklifinin haklı bir sebep olmaksızın reddi alacaklının temerrüdünü ortaya çıkarır. Alacaklı, *objektif sebeplere* dayanmadıkça borçlunun ifa teklifini reddetmesi haksızdır (**Koç**, s. 156; **Weber/BK**, Art. 91, N. 155; **Schwenzer**, N. 69.02).

⁵⁹ Bu konuda mücbir sebep kavramındaki haricilik ve kaçınılmazlık unsurlarının dikkate alınması uygun olur. Dolayısıyla kaçınılmazlığın nispi değil, mutlak olması gerekir (ayrıntısı için bkz. **Eren**, s. 581-583). Umulmayan hâlden farklı olarak, mücbir sebepte ise, örnek borçlu tipi açısından değil, bütün herkes açısından ihlâlin kaçınılmaz olup olmadığı önemlidir; dolayısıyla mücbir sebepte kaçınılmazlık unsuru objektif olmakla

olayları veya doğal afetler sebebiyle gönderilen zamanında eşyayı teslim alma imkânından mahrum kalmış ise, alacaklının temerrüdü ortaya çıkmaz⁶⁰. Buna karşılık, konteynerin teslim alınmaması gönderilenin faaliyet alanı içerisinde kalan umulmayan bir sebepten kaynaklanmışsa gider alacağını ödeme borcu devam edecektir. Aynı şekilde faaliyet alanı dışında meydana gelen, ancak objektif olarak kaçınılmaz olmayan sebeplerden ötürü de gönderilen sorumluluktan kurtulamaz.

3. Tartışma: Konteynerin Beklemesi Sebebiyle Boşaltma ve Sürestarya Süresinin Aşılmasına İlişkin TTK m. 1174 III (= [e]TTK m. 1059 III) Uygulama Alanı Bulur mu?

TTK m. 1174 III'ün konteynerin gönderilen tarafından zamanında teslim alınmaması durumunda uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmış bir konu olmuştur^{61, 62}:

“[G]önderilenin gecikmesi veya tevdi işlemi yüzünden boşaltma süresi geçmiş ise, taşıyan, *sürastarya parası* isteyebilir. Sürestarya süresi dolduktan sonraki gecikmeler nedeniyle taşıyan uğradığı bütün zararın *tazminini* iste-yebilir”.

birlikte mutlakdır (**Tandoğan**, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 465; **Eren**, F.: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 145).

⁶⁰ Y. 11. HD bir kararında, Libya'daki *iç savaş* sebebiyle gönderilenin konteynerleri teslim alamamasından ötürü taşıtanın konteynerin beklemesinden ötürü sorumlu olamayacağını şu şekilde kabul etmiştir: “Davalı vekili, emtianın limandan çekilememesinin müvekkilinin kusurundan kaynaklanmadığını, taşıma işinin gerçekleştiği ve limana indirilmesini takip eden günlerde Libya'da meydana gelen iç savaş nedeni ile birçok Türk firmasının Libya'daki ticari faaliyetlerini durdurmak zorunda kaldığını, ayrıca ticari ve bürokratik tüm işlemler durdurulduğundan konteynerlerinin teslim alınmasının mümkün olmadığını, dava konusu olayda müvekkili açısından emtiayı teslim alma imkanı olmadığından, mücbir sebebin varlığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesini istemiştir. / (...) her ne kadar davalının başlangıçta yükü boşaltmaması davalının sorumluluğunu gerektirir ve bu dönem için davacı demoraj bedeli isteyebilirse de; 15.02.2011 tarihinde savaş başlamış olduğundan ve bu husus mücbir sebep olarak kabul edildiğinden, bu tarihten sonraki dönem için davalının sorumlu tutulması doğru değildir. Bu itibarla, davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir” (Y. 11. HD, 05.03.2014, E. 2013/12326, K. 2014/4189, KazancıBB).

⁶¹ Sorunun tespiti için bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237; ayrıca bkz. **Aksoy**, s. 158-160.

⁶² Yolculuk çarteri sözleşmesine ait olan bu hüküm, TTK m. 1176 II atfıyla konteyner taşımacılığında egemen sözleşme türü olarak kırkambar sözleşmesinde de uygulama alanı bulmaktadır.

Ayrıca uygulamada da taşıyan vekillerinin “konteyner demurajı” olarak anılan talep hakları için TTK m. 1174 III’e (= [e]TTK 1059 III) dayandıklarına şahit olunmuştur. Böylece konteynerin beklemesinden doğan alacak hakkı “sürestarya parası” (ücreti) imiş gibi yargılama malzemesi yapılmıştır. Kanaatimizce, ister yolculuk çarter sözleşmesi isterse de kırkambar sözleşmesi söz konusu olsun, TTK m. 1174 III gönderilen tarafından eşyanın zamanında teslim alınmamasından kaynaklı konteynerin beklemesi hakkında uygulama alanı bulmaz. Bu fıkranın uygulanabilmesinin ön koşulu geminin beklemesidir ve ancak buna bağlı olarak, boşaltma ve sürestarya süresi geçmesiyle birlikte taşıyan lehine sürestarya parası (TTK m. 1174 III 1) veya tazminat alacağı (TTK m. 1174 III 1) doğabilir. Konteynerin beklemesi için ise TTK’nın öngördüğü bir bekleme süresi düzeni ve dolayısıyla sürestarya parası bulunmamaktadır. [e]TTK m. 1059 III = TTK m. 1174 III’ün kaynağını oluşturan 1861 tarihli Alman Ortak Ticaret Kanunu §§ 602, 603’ün kaleme alındığı dönemde konteynerin henüz kullanılmadığını, bu fıkranın konteyner devrimi öncesine ait olduğunu da hatırlatmak gerekir. Söz konusu hükümler, doğrudan doğruya geminin boşaltma limanındaki beklemesiyle ilgili özel alacakları konu alır ve sadece gemiler hakkında uygulama alanı bulur. Zaten, TTK m. 935 uyarınca deniz ticaretine ilişkin hükümler sadece ticaret gemileri hakkında uygulama alanı bulur. Konteynerin gemi olmadığı, hattâ geminin bütünleyici parçası veya eklentisi dahi olmadığı düşünülürse⁶³,

⁶³ Geminin bütünleyici parçası, denizcilik âdetlerine göre geminin (asıl şeyin) temel unsuru olan ve gemi yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (MK m. 684 II). Taşıyan tarafından tedarik edilen konteynerin geminin bütünleyici parçası olmadığı konusunda herhangi bir şüphe duyulmamalıdır. Geminin eklentisi ise, denizcilik âdetlerine veya malikin anlaşılabilen arzusuna göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlanması için gemiye “sürekli” olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlanan taşınır eşyadır (MK m. 686 II). (Geminin eklentisi konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. **Sözer**, B.: Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Hâlinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, İstanbul 2010, s. 57 vd.) Konteyner taşımacılığı dikkate alındığında konteynerin (belirli bir) gemiye sürekli şekilde özgülendiğini söylemek mümkün değildir. Eklentinin asıl şeyden geçici olarak ayrılması bu vasfının kaybetmesine sebep olmasa da, konteyner sürekli olarak aynı gemiye özgülünecek şekilde kullanılmaz. Konteyner farklı gemilerde kullanıldığı gibi gemide geçirdiği süre kadar karada rıhtım işletmelerinde, kara terminallerinde veya yük ile ilgililerin elinde bulunur. Diğer taraftan olağan kullanım tarzına göre konteynerde “birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye [gemiye] bağlanma” unsurunun var olduğu da söylenemez (**Atamer**, K.: Deniz Ticareti Hukuku C. II - Gemilerin Eşya Hukuku, 1. Fasikül: Giriş-Temel Kavramlar-Zilyetlik-Kanuni Rehin Hakları, İstanbul 2018, N. 112, s. 43). Konteyner gemiye bu anlamda bağlanmadan

ticaret gemilerinin boşaltma ve sürestarya sürelerini konu alan TTK m. 1174 III konteynerler hakkında geçerli görülemez⁶⁴. TTK m. 1174'ün uygulanmasında konteyner, gemi değil, "eşya" kavramı içinde değerlendirilecektir. Konteyneri işlevsel açıdan gemi ambarının devamı olan görüşler de kanımızca sürestarya hükümlerinin uygulanması için bir gerekçe sayılamaz⁶⁵. Başka bir çalışmada özel olarak incelendiği üzere, taşıyanın sorumluluk rejimlerinde dahi konteynerin gemi ambarıyla bir tutulması amaca uygun olmayan sonuçlar ortaya koyabilmektedir⁶⁶. Zira, bu hâlde, her şeyden önce eşyanın konteynere doldurulması, eşyanın gemiye yüklenmesi sonucunu ortaya çıkarırdı. Öte yandan, hücresele olarak üretilen modern konteyner gemilerinde ambar bulunmadığı için konteynerin bir ambarın devamı (alonju) sayılması da pratik açıdan kabul edilmesi zor bir görüştür.

Öte yandan, konteynerin beklemesi sebebiyle TTK m. 1174, bir kanun boşluğu sebebiyle MK m. 1 II uyarınca hukuk yaratmak suretiyle de kıyasen uygulanamaz⁶⁷. Çünkü bu çözümün kabul edilebilmesi için ortada kanun boşluğunun bulunması gerekir. Aşağıda ise, konteynerin beklemesinin hukuki niteliği, bu konuda konişmento ve deniz yük senetlerinde yer alan

taşınmaktadır. Belirtmek gerekir ki çoğu durumda, konteyner gemi gövdesi üzerinde değil, başka bir konteynerin üstünde, konteyner yığının bir parçası olarak taşınır.

⁶⁴ E-TTK m. 1059 III'ün "sözü" itibarıyla bu yönde bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237. TTK m. 1174'ün *tamamının* "konteyner demurajı" konusunda uygulanamayacağı için bkz. **Aksoy**, s. 158, 160.

⁶⁵ Alman hukuku için **Kröger**, B.: Haftungsprobleme im Übersee-Container-Verkehr, Schriften des DVIS, Heft 11, Hamburg 1967, s. 7; **Kirsten**, T.: Haftungsprobleme der Haager Regeln im Container-Seeverkehr, Diss., Hamburg 1969, s. 58, 61; **Steenken**, J.: Der Containerverkehr aus der Sicht des Deutschen Seerechts, Diss., München 1972, s. 47; **Zschoche**, D.: Die Per-Package-Limitation beim Transport in Containern, NJW 1978, Heft 48, s. 2421-2425.

Türk hukuku için **Omağ**, K.: Konteynerli Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi 1973, S. 2, s. 418; **Deniz**, s. 93; **Hepgülerler**, s. 113, 114; **Erbaş-Açıklık**, s. 117 (sağ sütun).

⁶⁶ Konteyner ve gemi arasındaki bağlantı konusundaki özellikle Türk ve Alman hukukundaki öğreti görüşleri ile mahkeme kararlarının topluca açıklanması ve bunların değerlendirilmesi için bkz. **Türkel**, D. T.: Taşıyanın Tedarik Ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, DEÜHFD 2019, Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı, C. 21, Özel Sayı, s. 2489 vd. ve özellikle bkz. s. 2501-2505.

⁶⁷ Krş. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237. Yazar, bu konuda alacaklının temerrüdüne ilişkin E-BK m. 90-94'ün (= BK m. 107-109) veya E-TTK m. 1059 III'ün (= TTK m. 1174 III) kıyasen uygulanması çözümlerinden birinin kabul edilebileceğini, ancak bu iki yoldan birinin seçilmesinin pratikte bir fark yaratmadığını belirtmektedir (s. 237).

kayıtlar hakkında uygulanacak kanun hükümleri açıklanmıştır. Dolayısıyla bir hukuk boşluğu gündeme gelmemektedir.

4. Konteynerin Beklemesinden Doğan Alacak Miktarının Belirlenmesi

Kanuni düzen içinde taşıyanın yükle ilgiliye karşı ileri sürebileceği alacak hakkı yukarıda açıkladığımız gibi konteynerin beklemesinden doğan giderlerden oluşmaktadır (BK m. 107 I). Bu itibarla, uyuşmazlık hâlinde taşıyan konteynerin beklemesi sebebiyle giderde bulunduğunu ve bunun miktarını ispat yükü altındadır. Diğer yandan Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 08.03.2010 tarihli ve E. 2008/10839, K. 2010/2527 sayılı kararında, konteynerin beklemesi hakkında maktu bir miktarın kararlaştırılmadığı durumlarda *piyasa rayici* üzerinden yapılacak inceleme sonucunda “demuraj ücreti”nin tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁶⁸. İhtisas Dairesi 15.10.2015 tarihli ve E. 2015/8234, K. 2015/10695 sayılı kararında “konişmentoda demuraj ücretine dair kayıt bulunmasa bile demuraj ücretinin *emsaller gözetilerek hakkaniyete* uygun biçimde tayinine engel olmadığı” belirterek söz konusu görüşünü yenilemiştir⁶⁹.

Piyasa rayici üzerinden yapılacak araştırmada, genel olarak diğer taşıyanların konteyner beklemesine uyguladıkları tarifelerin ortalaması dikkate alınmaktadır. Ne var ki, taşıyanın konteynerin beklemesinden ötürü kanundan doğan alacak hakkı ücret niteliğinde deđildir⁷⁰. Ayrıca bu şekilde bir

⁶⁸ “[S]özleşme olmasa bile, deniz ticaret uygulaması bakımından zamanında iade edilmeyen konteyner sebebiyle konteyner ilgilisi demuraja hak kazanacaktır. Mahkemenin kabulünün aksine, yazılı bir sözleşme bulunması da şart değildir. Ayrıca, yine mahkemenin kabulünün aksine demuraj ücreti, sözleşme ile kararlaştırılmış ise buna göre, böyle bir kararlaştırma olmadığı takdirde de rayice göre belirlenecektir” (Y. 11. HD, 08.03.2010, E. 2008/10839, K. 2010/2527 [KazancıİBB]).

⁶⁹ Y. 11. HD, 15.10.2015, E. 2015/8234, K. 2015/10695 (KazancıİBB).

⁷⁰ Ücret, genel olarak maddi olmayan bir edimi konu alan ve iki tarafa tam olarak borç yükleyen iş görme sözleşmelerinde, işi yerine getirmeyi taahhüt eden tarafın edimine karşılık olarak ödenmesi kararlaştırılan bedeli ifade etmektedir. Taşıyanın kanuni düzen içinde konteynerin beklemesi sebebiyle talep edebileceği alacak ücret niteliğinde bulunmadığı gibi, sözleşmesel düzende dahi durum değişmemektedir. Uygulamada olağan bir yol olmasa da, taşıyanın konteyner tedariki sebebiyle ayrıca belirli bir miktarın ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür. Bu ihtimalde, kararlaştırılan miktar konteynerin tedarik edilmesinin karşılığını oluşturacağı için ücret niteliğinde bulunacaktır. Fakat konişmento veya diğer bir denizde taşıma senedi uyarınca, konteynerin gönderilen taraftan varma limanında zamanında teslim alınmaması veya gönderilen taraftan teslim alınan konteynerin zamanında iade edilmemesi sebebiyle ödenmesi kararlaştırılan maktu miktarlar (konteyner bekleme ve gecikme parası), konteyner tedariki ediminin karşılığını oluşturmadıkları için ücret niteliğinde görülmemelidir.

miktar hesaplamasını meşru gösteren bir kanuni hüküm de bulunmamaktadır⁷¹. Taşıyanın konteynerin beklemesinden doğan gider alacağı piyasa rayicine göre tespit edilemez. Gider alacağının miktarını ispat yükü (MK m. 6) taşıyan üzerindedir. Ticari hayatın olağan akışı temelli dolaylı ispat kuralları çerçevesinde bazı hâllerde piyasadaki objektif miktarların dikkate alınması mümkün olsa da, bu durum konteynerin beklemesi sebebiyle taşıyanın talep edebileceği miktarın denizcilik piyasasındaki diğer taşıyanların uyguladıkları tarifelere göre belirlenmesi anlamına gelemez. Bu itibarla ispat hukuku sınırları içerisinde taşıyandan konteynerin beklemesi sebebiyle yaptığı giderleri ispat etmesi beklenmelidir.

B. Konteynerin Gecikmesi

Varma limanında konteyneri teslim eden gönderilenin, kararlaştırılan sürede veya böyle bir süre yok ise, makul bir süre içerisinde boşalttığı konteyneri temiz ve sağlam bir şekilde taşıyana (veya yetkili temsilcisine) iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır (TTK m. 1203)⁷². Konteynerin zamanında iade edilmemesi hâlinde taşıyan borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulabilir⁷³.

Bu noktada, konteynerin beklemesi açısından yaptığımız bu tespitin sürastarya parasının hukuki niteliği konusundaki tartışmadan görece bağımsız olduğunu da belirtmeliyiz. (Sürastarya parasının *tazminat* veya *ücret* alacağı olmadığı ve alacaklının temerrüdü temelinde taşıyana ödenen bir bedel olduğu yönünde bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu [1/326], s. 348; bu görüşün eleştirisi için **Kender, R./Çetingil, E./Yazıcıoğlu, E.**: Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 173; ücret görüşünün ayrıntısı için ise **Ülgener, M. F.**: Sürastarya Süresi ve Ücreti, Ankara 1993, s. 114-117.) Çünkü bu tartışmada sürastarya uyarınca taşıyana ödenecek bedelin ücret niteliği sürastarya süresinin yükü ilgili lehine olan bir hak ortaya çıkarması ve bu hakkın kullanıldığı süre için taşıyana belirli bir miktarın ödenmesidir (**Ülgener**, s. 115). Konteynerin beklemesinde ise, serbest zaman için taşıyana bir ödeme yapılmamaktadır.

⁷¹ Konteynerin beklemesi hakkında sürastaryaya dair kuralların kıyasen uygulanması kabul edilse dahi (bkz. yuk. III A 3) durumda bir değişiklik olmaz. Zira, bu ihtimâlde sürastarya süresiyle sınırlı bekleme için taşıyanın talep edebileceği alacak miktarı yine konteynerin beklemesinden doğan zorunlu ve yararlı giderlerden oluşacaktır (bkz. TTK m. 1171 III, 1174 III, 1176 II). Sürastarya süresini aşan beklemelemlerde ise, TTK m. 1174 III uyarınca taşıyanın uğradığı zararı ispat etmesi gerekir. Her iki hâlde de, piyasada diğer taşıyanlar tarafından uygulanan konteyner bekleme tarifeleri dikkate alınmaz. Zira bunlar gider veya zarar miktarını ispat etmemektedir.

⁷² Hatırlatalım ki, taşıtana karşı gerek bu konudaki borç gerekse de bunun ihlâli sebebiyle doğan tazminat alacağı ileri sürülemez (TTK m. 1205 I).

⁷³ Bkz. **Atamer**, Güncel Sorunlar, s. 237.

Gönderilene karşı ileri sürülebilecek⁷⁴ belirli bir vade söz konusu değil ise, taşıyan öncelikle konteynerin gereği gibi iadesini gönderilene ihtar etmelidir. İhtarla birlikte gönderilen temerrüde düşmüş olacaktır (BK m. 117 I). Ayrıca temerrütten doğan hakların kullanılması için gönderilene uygun bir süre de tanınmalıdır (BK m. 123). Bu süre sonunda konteyner iade edilmez veya süre tanınmasını gerektirmeyen bir hâl (BK m. 124) mevcut olursa, taşıyan BK m. 125'te yer alan seçimlik hakları kullanabilir. Aynen ifadan derhal vazgeçerek navlun sözleşmesinden dönme bu haklardan biri olsa da (BK m. 125 II, III), navlun konusundaki menfaatini muhafaza etmek isteyen taşıyanın normal şartlar altında bu seçimde bulunması beklenmez. Bu hususta pratik olarak iki farklı haktan birinin kullanılması mümkündür: İlk olarak, taşıyan gönderilenden konteynerin iadesini ve iadedeki gecikme sebebiyle uğradığı müspet zararların tazminini talep edebilir (BK m. 125 I). İkinci olarak ise, taşıyan konteynerin iadesini istemediğini derhal gönderilene bildirerek, uğradığı bütün müspet zararların tazminini isteyebilir (BK m. 125 II). Taşıyan, konteyneri tekrar elde etmek konusundaki menfaatini (*aynen ifa menfaati*) dikkate alarak bu seçimlik haklarını kullanacaktır.

Gönderilen konteyneri temiz ve sağlam bir şekilde iade etme yükümlülüğü altındadır⁷⁵. Konteynerin temiz ve sağlam şekilde iade etme yükümlülüğünün doğumu için navlun sözleşmesi veya denizde taşıma senedinde bu konuda özel bir hüküm (bkz. TTK m. 1203) bulunmasına gerek yoktur. Taraflar ayrıca anlaşmış olmasa dahi, taşıyanın elverişli konteyneri tedarik etme borcuna uygun olarak teslim alınan konteynerin temiz ve sağlam şekilde iadesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün TTK m. 1203 I'in sonunda yer alan "üstüne düşen diğer bütün borçlar" ifadesinin kapsamına girdiğini düşünüyoruz.

Konteynerin kirli veya hasarlı bir şekilde iade edilmesi durumunda, kusur şartına bağlı olarak taşıyan navlun sözleşmesinin müspet ihlâlüne dayanarak gönderilenden uğradığı zarar için tazminat talep edebilir (BK m. 112 vd.)⁷⁶. Konteynerin gönderilenin hakimiyet alanında iken, zayi olması durumunda ise, iade borcunun ifası imkânsız hâle gelmiş olur (= sonraki imkânsızlık). Konteynerin zayi olması gönderilenin sorumlu tutulamayacağı sebeplerden⁷⁷ ileri geldiğinde iade borcu sona erer (BK m. 136). Buna karşılık

⁷⁴ Bkz. TTK m. 1237 I, III.

⁷⁵ Bu yükümlülüğünden ihlâlden doğan sorumluluk için bkz. Aksoy, s. 146, 147.

⁷⁶ Aksoy, s. 147.

⁷⁷ Borcun kendiliğinden sonra erebilmesi için gönderilenin kusursuz olması yeterli değildir, BK m. 136 uyarınca gönderilenin sorumlu tutulamayacağı bir sebebin varlığı

gönderilenin kusuru sebebiyle konteynerin iade borcunun ifası imkânsız hâle gelmiş ise, BK m. 112 uyarınca tazminat sorumluluğu doğar⁷⁸.

Temerrüde dayalı tazminat sorumluluğu dâhil olmak üzere, gönderilenin konteyneri iade etme borcunun ihlâlinden doğan sorumluluğu sözleşmesel bir kusur sorumluluğudur. Gönderilen konteyneri zamanında ve gereği gibi iade edememesinde kendisine yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (BK m. 112).

IV. SÖZLEŞMESEL DÜZEN: KONTEYNER BEKLEME VE GECİKME PARASI

A. Yöntem

Uygulamada konteynerin beklemesi veya gecikmesi hâlinde taşıyan lehine gün üzerinden ve artan oranlarda maktu miktarların ödenmesi navlun sözleşmesinin bir unsuru olarak kararlaştırılmaktadır. Yine uygulamayı dikkate aldığımızda, konteyner bekleme ve gecikme parasını konu alan anlaşmanın -çoğu zaman- iki farklı şekilde kurulabildiği görülmektedir: Öncelikle konişmento veya diğer bir denizde taşıma senedinde konteyner bekleme ve gecikme parasına dair *özel kayıtlar* (klozlar) yer alabilir. Bu kayıtlarda konteynerin hangi süre içerisinde gönderilen tarafından teslim alınacağı ve devamında taşıyana iade edileceği, bu sürelerin aşılması durumunda taşıyan lehine hangi miktarlar üzerinden ne şekilde para alacağı doğacağı belgelenir. İkinci yol olarak ise, konişmento veya diğer bir denizde taşıma senedinde konteynerin beklemesi ve gecikmesini durumunda doğan alacaklar için “taşıyanın tarifesi”ne atıfta bulunulur⁷⁹. Serbest zaman süresi ve hangi miktar üzerinden ne şekilde taşıyan lehine bekleme ve gecikmesi parası doğacağı tarifelerde yer alırken, konişmento veya diğer taşıma belgelerinde sadece *atıf klozu* bulunur⁸⁰. Taşıyanın tarifesine atıfta bulunulması kanaati-

gerekir. Dolayısıyla imkânsızlığa yol açan sebep gönderilenin faaliyet alanı içinde bulunuyor ise, gönderilen kusursuz olsa dahi borcun sona ermesi söz konusu olmaz. Ayrıntısı için bkz. **Wiegand**, W.: *Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W.* (Hrsg.): *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR*, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 119, N. 8; **Eren**, s. 1327.

⁷⁸ Kusurlu sonraki imkânsızlık için genel olarak bkz. **Eren**, s. 1058 vd.

⁷⁹ Bu konuda ayrıca bkz. **Algantürk-Light**, s. 24; **Bahnsen** (*Rabe/Bahnsen*), § 493, N. 89.

⁸⁰ *Giriş*'te belirttiğimiz gibi bu çalışma kırkambar taşımalarına özgülülmüştür. Diğer yandan, yolculuk çarter sözleşmesi açısından, konişmentoda çarter partiye atıf var ve çarter parti de taşıyanın tarifelerine atıfta bulunmuş ise, söz konusu tarifelerin konişmento hâmi gönderilene karşı ileri sürülebilmesi için çarter partinin bir nüshasının gönderilene konişmentoyla birlikte ibraz edilmesi şarttır (TTK m. 1237 III).

mizce sözleşme özgürlüğü (BK m. 26) çerçevesinde tarifede yer alan kural-
ların navlun sözleşmesine dahil edilmesine sebep olur. Tarifenin bağlayıcı
olabilmesi için -dürüstlük kuralı çerçevesinde- taşıtanın bunlara kolaylıkla
ulaşabilmesi, bu hususta engel ile karşılaşmaması yeterlidir⁸¹. Sadece tari-
feye atıfta bulunulmuş olması BK m. 27 I açısından, yükle ilgilinin ekono-
mik varlığına veya ahlâka aykırılık teşkil etmez⁸².

Taşıyanın tarifesi, kendisine yapılan atfın yer aldığı navlun sözleşme-
sinin kurulduğu veya konişmentonun düzenlendiği andaki hâliyle bağlayıcı
olur. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, tarifede daha sonra meydana gelecek
değişiklikler yükle ilgiliye karşı ileri sürülemez. Bu imkânın taşıyana veril-
mesi hâlinde ise, tarifede yapacağı değişikliklerin dürüstlük kuralına (MK m.
2) uygun olması gerekir.

B. Serbest Zaman

1. Genel Olarak

Gemiden boşaltılan konteynerin ne zamana kadar gönderilen tarafından
teslim alınması gerektiği ve gönderilen tarafından teslim alınan konteynerin
taşıyana ne zamana kadar iade edilebileceği “serbest zaman” (“*free time*”)
olarak sözleşme kayıtlarında veya taşıyanın tarifesinde yer almaktadır⁸³.
Uygulamada serbest zamanın takvim günü üzerinden kararlaştırıldığı ve
boşaltma limanındaki şartlara göre günlük sürelerden oluştuğu görülmektedir
(örneğin, 5, 7 veya 12 gün).

Serbest zamanın konteynerin beklemesi ve gecikmesi açısından iki ayrı
döneme ait olarak ayrı ayrı kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, varna
limanında konteyner hakkında işleyecek *tek bir serbest zaman* döneminin
kararlaştırılması da mümkündür. Yukarıda belirttiğimiz gibi son anılan hâlde
birleştirilmiş bekleme ve gecikme uygulaması söz konusudur⁸⁴.

⁸¹ Bazı konişmentolarda taşıyanın internet sitesine atıfta bulunularak tarifelere buradan
ulaşılabilceği belirtilmektedir. Örneğin: “The terms and conditions of the Carrier’s
applicable Tariff are incorporated herein, with particular attention drawn to the terms
and conditions relating to Containers and vehicle demurrage and detention. The
provisions relevant to the applicable Tariff can be acquired from the Carrier or his
Agents upon request. *The Carrier’s standard Tariff can be accessed online at
www.[...]*”.

⁸² Diğer yandan konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kayıtlar üzerinde genel işlem
koşulu denetimi için bkz. aşa. V D.

⁸³ Bu konuda bkz. **Algantürk-Light**, s. 23.

⁸⁴ Yuk. I.

Bekleme (yükleme ve boşaltma) sürelerinde olduğu gibi konteynerin teslim alınmasıyla iade edileceği zamana dair serbest zaman *yükle ilgililer lehinedir*. Dolayısıyla gönderilen serbest zaman içerisinde istediği zaman konteyneri teslim edebilir ve teslim ettiği konteyneri taşıyana iade edebilir. Serbest zamanının kararlaştırıldığı hâllerde taşıyanın gönderilenin bir an önce teslimde bulunmasını veya konteyneri iade etmesini talep hakkını haiz değildir.

Serbest zamanın takvim günü mü, yoksa iş günü üzerinden mi işleyeceği konusunda öncelikle taraflar arasındaki anlaşma hükümleri geçerlidir. Böyle bir özel hükmün bulunmadığı durumlarda ise, BK m. 92 I b. (1) ve m. 93 uygulama alanı bulacaktır.

2. Serbest Zamanın İşlemeye Başlaması

a. Konteynerin Beklemesinde

Serbest zaman uygulamada *genel olarak* konteynerin gemiden boşaltılmasıyla ya da konteynerin, konteyner terminal sahasına indirilmesiyle birlikte işletilmeye başlatılmaktadır.⁸⁵ Bazı durumlarda ise, geminin varma limanına ulaşması, serbest zamanın işlemeye başlaması için dikkate alınacak anı oluşturmaktadır.⁸⁶ Fakat serbest zamanın işleyebilmesi için taşıyanın usûlüne uygun bir ifa teklifinde bulunması olması lâzımdır⁸⁷. İfa teklifinden

⁸⁵ Bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 28 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

⁸⁶ Bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 28 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

⁸⁷ Amerikan hukukunda *Federal Denizcilik Komisyonu* tarafından yapılan soruşturmanın önemli bir bölümü taşıyanın teslimine elverişli konteyner hakkında bildirimde bulunmasına ayrılmıştır. Komisyon tarafından ulaşılan sonuçlar ise özetle şu şekildedir: Navlun sözleşmesi uyarınca taşıyan gönderilene eşyanın teslimi konusunda teklifte bulunma yükümlülüğü altındadır. Bu teklif eşyanın makul bir rıhtıma boşaltılmasından fazlasını ifade eder. Usûlüne uygun bir teslim teklifi için -gümrük veya liman düzenlemeleri aksini öngörmediği sürece- şunların yerine getirilmesi gerekir: (1) eşya rıhtım veya iskeleye boşaltılmalıdır; (2) eşya gönderilenin ulaşabileceği bir yere konulmalıdır; (3) konişmentoya göre eşya ayrılmalı ve sayılmalıdır; (4) gönderilene bildirimde bulunulmalıdır; ve (5) gönderilene eşyanın teslimi için makul bir imkân sunulması için çaba gösterilmelidir. Sayılan bu yükümlülüklerin ifasında taşıyan, doğrudan kendisi ya da acenteler aracılığı ile elverişli konteyner terminal hizmetlerini sağlamalıdır. Taşıyan, bu şartlar çerçevesinde eşyanın teslimi konusunda teklifinde bulunulmadığı sürece ser-

önce alacaklının temerrüdünden söz edilemeyeceği için serbest zamanın işleyemeyeceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede, ifa teklifi için öncelikle taşıyan veya yetkili temsilcisi gönderilene bildirimde bulunmalıdır (TTK m. 1176 I). Kanuni düzende olduğu gibi sözleşmesel düzende de TTK m. 1176 I uygulama alanı bulmaktadır. Serbest zamanın başlayacağı an olarak, konteynerin boşaltılması esas alınmış ancak, bu andan sonra bildirim yapılmış ise, serbest zaman en erken bildirim gönderilene ulaşmasıyla birlikte işlemeye başlayacaktır.

Serbest zamanın işleyebilmesi için taşıyanın TTK m. 1176 uyarınca bildirimde bulunması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Konteynerin tesellümü bakımından alacaklının temerrüdünden söz edebilmek için taşıyanın eşyayı teslim edimin ifası için üzerinde düşen her türlü işlem ve eylemi yerine getirmesi gerekir⁸⁸. Navlun sözleşmesinden doğan eşyayı teslim borcunda alacaklının temerrüdü için sözlü ifa teklifi yeterli değildir; “fiili ifa teklifi”nde bulunulmuş olmalıdır⁸⁹. Fiili ifa teklifinde, borçlunun üzerine düşen her türlü işlem veya eylemi yerine getirip getirmediğinde, borçlu konumdaki taşıyanın “faaliyet alanı” da belirleyici olacaktır. TTK m. 1167’deki giderler üzerinden somutlaştırılan risk paylaşımına göre, sözleşme, boşaltma limanı düzenlemeleri ve (bunlar yoksa) yerel teamül ile aksi öngörülmediği sürece, konteynerin gemiden çıkartılması için gerekli işlemler taşıyanın faaliyet alanında yer alır. Böylece konteynerin gemiden çıkarılmasına ve bununla doğrudan bağlantılı işlemler sona erene kadar serbest zamanın işletilmemesi gerekir. Esasında TTK m. 1167’de yer alan faaliyet alanı ilkesi, boşaltmayı esas alan konteyner beklemesine dair serbest zaman uygulamasıyla genel olarak örtüşmektedir⁹⁰. Buna karşılık, konişmentoda

best zaman başlamayacaktır. Zira serbest zaman taşıyanın yükle ilgililere sunduğu bir *lütuf* değildir. Bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 27 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019]).

⁸⁸ **Eren**, s. 1036.

⁸⁹ Sözlü ve fiili ifa teklifi ayrımı ve bu konudaki öğreti görüşleri için ise bkz. **Koç**, s. 110-112.

⁹⁰ Amerikan hukukunda *Federal Denizcilik Komisyonu* ise, serbest zamanın başlayabilmesi için konteynerin gönderilen tarafından *fiili* (aktüel) olarak teslim alınma imkânının bulunmasını şart koşmaktadır. Bu itibarla limandaki veya konteyner terminalinden kaynaklanan sebeplerin riski konteynerin beklemesinde taşıyana yüklenmektedir. (Bkz. **Federal Maritime Commission**, Fact Finding Investigation No. 28 *Final Report: Conditions and Practices Relating to Detention, Demurrage and Free Time in International Oceanborne Commerce* (3/12/2018), s. 28 (https://www2.fmc.gov/readingroom/docs/FF%20No.%2028/FF-28_FR.pdf[e.t. 28/7/2019])). Şunu da belirtelim

serbest zamanın geminin boşaltma limanına ulaşmasından sonra işlemeye başlayacağı öngörülmüş ise, henüz ortada alacaklının temerrüdü için gerekli olan ifa teklifinden söz edilemeyeceği için serbest zaman da işlemeyecektir.

Diğer yandan, konteynerin gemiden çıkarılmasından sonra meydana gelen ve gönderilenin konteyneri teslim almasını engelleyen sebepler (kural olarak) serbest zamanı kesintiye uğratmayacaktır. Bu andan sonraki risk yükü ilgili üzerindedir. Konteyner terminalindeki sıkışıklıklar veya terminal işçilerinin greve gitmesi gibi sebepler buna örnek teşkil eder.

Konteynerin tesellümü *objektif* bir tesadüfi sebep yüzünden mümkün olmuyor ise, bu hâlde serbest zaman işlemeyecektir. Çünkü objektif sebepler durumunda alacaklının temerrüdünün ortaya çıkmayacağı öğretide kabul edilmektedir⁹¹. Ayrıca serbest zamanının işlemeye başlamasından sonra taşıyan veya onun ifa yardımcıları konteynerin teslim alınmasını engelleyen eylemlerde bulunmuş ise, bu hâlde de serbest zaman kesintiye uğrayacaktır. Örneğin, gemi acentesi tarafından ordinonun düzenlenmesi geciktirildiği için konteyner teslim alınamamış ise, gecikme süresinde serbest zaman duracaktır.

b. Konteynerin Gecikmesinde

Konteynerin gecikmesi için *ayrı* bir serbest zaman öngörülmüş ise, bu hâlde serbest zaman gönderilenin konteyneri tesellümünden itibaren işlemeye başlayacaktır⁹². Konteynerin gecikmesi için ayrıca öngörülen serbest zamanın işlemeye başlaması için ise bildirim veya ihtar şartından söz edilemez.

C. Konteyner Gecikme Parası

1. Genel Olarak

Konteyner gecikme parası, gerçek ve teknik anlamda *tazminatla* ilişkilendirilebilecek bir alacak hakkıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, konteynerin

ki, *Federal Denizcilik Komisyonu*'nun bu görüşünün İngiliz hukukundaki "sabit olmayan yükleme/boşaltma süresi sistemi"ne ("*unfixed laytime*") uygun olduğu görülmektedir. Navlun sözleşmesinin ifasında sabit olmayan süre sistemi geçerli ise (örneğin, FAC [*fast as can*] kaydı bulunuyor ise), yükü ilgilinin kusurunun bulunmaması koşuluyla, limandaki yükleme veya boşaltma yerinin dolu olması, hava şartlarından kaynaklı kesintiler, grevler, tatil günleri ve benzeri sebeplerden ileri gelen gecikmelerin riski taşıyana aittir. (Ayrıntısı için bkz. **Ülgener**, s. 11; **Çağa/Kender**, s. 36, 37.)

⁹¹ **Koç**, s. 156; **Weber/BK**, Art. 91, N. 155; **Schwenzer**, N. 69.02.

⁹² Konteynerin beklemesi ve gecikmesi için tek bir serbest zaman öngörülmüş ise, serbest zaman daha önce başlamış olacaktır.

gecikmesi borçlunun temerrüdü niteliğindedir ve borca aykırı bir davranış olarak tazminat alacağına sebep verir⁹³. Bununla birlikte, uygulamada gün üzerinden kararlaştırılan konteyner gecikme parasının ceza koşulu mu, yoksa götürü tazminat mı olduğu *sorusuna* cevap verilmesi gerekir⁹⁴. Borca aykırı bir davranış durumunda *maktu* bir miktarın ödenmesini konu alan bir sözleşme şartının hukuki niteliği ceza koşulu veya götürü tazminat olabileceği gibi bazı hâllerde söz konusu şart sorumsuzluk anlaşması niteliğine sahip olabilir⁹⁵. Ortaya çıkan bu farklılık, sözleşme şartının alacaklının *ex ante* gerçek zararıyla olan nicel ilişkisine ve maktu miktarın borçlu üzerinde borca aykırı davranmaması konusunda -belirli bir ölçüyü aşan- ekonomik bir baskı oluşturup oluşturulmamasına bağlı tutulmaktadır⁹⁶. Şayet maktu miktar *ex ante* gerçek zararın çok üzerinde kalıyor ve sözleşme şartının asli amacı, borçlunun borca uygun davranma konusunda onu motive etmek ve dolayısıyla

⁹³ Yuk. II ve özellikle III B.

⁹⁴ Hemen belirtelim ki, bu soruya Türk hukukunda ilk defa “konteyner demurajı”nın hukuki niteliği açıklanırken **Aksoy** tarafından ayrıntılı bir şekilde ve İngiliz hukuku da mukayese edilmek suretiyle cevap verilmiştir (s. 151-157). Anılan yerde, konteyner demurajı olarak görülen ifa engelinin bu çalışmadaki ayrıma göre konteynerin gecikmesi niteliğinde bulunması durumunda veya en azından bunu da kapsamaması şartıyla, Yazar’ın hukuki nitelendirmesini dikkate almak gerekmektedir.

⁹⁵ Bu sınıflandırma için bkz. **Atamer**, Y. M.: Ceza Koşulu, Götürü Tazminat, Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmenin Yorumlanmasında Tutamak Noktaları: **Atamer**, Y. M./**Baş-Süzer**, E./**Geisinger**, E. (Ed.): Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları II (21 Nisan 2017), İstanbul 2018, s. 88.

⁹⁶ Ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki farklıların incelenmesi için bkz. **Birinci-Uzun**, T.: Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 137-181; **Kocaağa**, K.: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018, s. 176-184; **Ozanoğlu**, H. S.: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlılanan İfaya Eklenen Ceza Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD 1999, C. 3, S. 1-2, s. 82 vd.; **Ehrat**, F. R.: **Honsell**, H./**Vogt**, N. P./**Wiegand**, W. (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel 2003, Art. 160, N. 12-13; **Gauch**, P./**Schluemp**, W. R./**Schmid**, J./**Rey**, H./**Emmenegger**, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 3851; **Erdem**, M.: Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 102, 109 vd.; **Roth-Pelland**, K.: **Furrer**, A./**Schnyder**, A. K. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Zürich 2016, Art. 160, N. 18; **Atamer** Y., s. 110 vd.; bu konudaki mahkeme kararları için bkz. BGE 190 II 462, BGE 110 II 380. “Konteyner demurajı” açısından ise konunun özel olarak incelenmesi için bkz. **Aksoy**, s. 151 vd.

sıyla, *ciddi* bir ekonomik bir baskı yaratmak ise, ortadan ceza koşulunun bulunduğu genel olarak kabul edilir⁹⁷. Cezai şartın bu niteliği öğretide *teminat işlevi* (borçluyu ifaya zorlama işlevi) olarak anılmaktadır⁹⁸. Buna karşılık, maktu miktar gerçek zararı karşılıyor veya ona *yakın* bir miktarı ifade ediyor ve dolayısıyla sözleşme şartı borçlu için baskı aracı oluşturmaktan ziyade zararın ispatı konusunda alacaklının menfaatini koruyor ise, götürü tazminattan söz edilir^{99, 100}. Ayrıca, götürü tazminatın kararlaştırılmasında sadece alacaklının değil borçlunun da menfaatinin bulunduğuna haklı olarak işaret edilmektedir¹⁰¹. Zira bu yolla, tazminat miktarının önceden hesaplanarak bunun riskinin yönetilmesi için borçlunun gerekli tedbirlere başvurabilmesine olanak sağlanmaktadır. Bu itibarla, götürü tazminat salt alacaklının değil tarafların ortak menfaatine hizmet eden bir hukuki araç karakterine sahiptir. Ceza koşulunda ise, teminat işlevi sebebiyle alacaklının menfaatleri korunur.

Sözleşme koşulunda yer alan maktu miktar, alacaklının *ex ante* zararının dikkate değer bir biçimde altında kalıyor ise, artık ne ceza koşulundan ne de götürü tazminattan bahsetmek mümkün olur, bu ihtimalde söz konusu koşulun hukuki niteliği sorumsuzluk anlaşmasıdır¹⁰². Sözleşme koşulu ile borçlunun tazminat sorumluluğu miktar yönünden sınırlandırılmış olmak-

⁹⁷ **Wuffli, D.:** Kren-Kostkiewicz, J./Wolf, S./Amstutz, M./Fankhauser, R. (Hrsg.): OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 160 N. 4; **Erdem,** s. 102; **Atamer Y.,** s. 118. “Konteyner demurajı” açısından ise bkz. **Aksoy,** s. 156.

⁹⁸ Bkz. **Kocaağa,** s. 33-36; **Tekelioğlu,** N.: İnşaat Sözleşmelerinden Cezai Şart ve Götürü Tazminat, YBHD 2017, S. 2, s. 167. Cezai şartın alacağı kuvvetlendiren bir araç olduğu konusunda ise bkz. **Becker,** H.: Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern 1945, Art. 160, N. 8. Ceza koşulu ve götürü tazminatın amaç bakımından farklılığı için özellikle bkz. **Birinci-Uzun,** s. 146-148.

⁹⁹ Bkz. **Ozanoğlu,** s. 89; **Erdem,** s. 102, 105; **Ayan,** S.: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 188, 187; **Kapanacı,** K. B.: Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 665; **Parlak-Börü,** Ş.: Götürü Tazminat Kavramına Genel Bir Bakış, TBB Dergisi 2017, S. 129, s. 200; **Tekelioğlu,** s. 179; **Roth-Pelland** (Furrer/Schnyder [Hrsg.]), Art. 160, N. 18; **Atamer Y.,** s. 117, 118.

¹⁰⁰ Götürü tazminatın da, borçlu üzerinde ileride ödeyebileceği tazminat miktarının önceden belirlenmesi sebebiyle psikolojik etkilerinin olacağı kaçınılmazdır (bkz. **Erdem,** s. 102). Ancak bu etki, ceza koşulundaki ekonomik baskı düzeyine ulaşmayacaktır. Götürü tazminatın amacı borçlu üzerinde ciddi bir baskı oluşturarak onu bir alacak hakkıyla stres altına sokmak değildir.

¹⁰¹ **Ozanoğlu,** s. 84, dn. 47; **Atamer Y.,** s. 89, 114; krş. **Erdem,** s. 109.

¹⁰² Bkz. **Atamer Y.,** s. 88, 89.

tadır. Böylece, ceza koşulunun tam aksi yönde bu tür bir sözleşme koşulunda borçlunun menfaatleri korunmaktadır.

*Örnek*¹⁰³: Navlun sözleşmesini ispat eden konişmentonun *düzenlenme tarihinde*, taşıyanın taşıma süresinin sonunda varma limanında tank tipi konteynerin (*tank container*) gecikmesi üzerine, üçüncü kişiden aynı tipteki konteyneri kiralama yoluna gittiğinde, ödeyeceği kira ücreti rayicinin günlük 12-USD olarak öngörüldüğünü kabul ettiğimizde, konişmentoda yer alan gecikme parasının miktarına bağlı olarak şu sonuçlar ortaya çıkacaktır:

- *Günlük 15-USD'nin ödeneceği kararlaştırılmış ise*: Bu hâlde söz konusu şartın götürü tazminat niteliğinde bulunduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü, taşıyanın uğradığı zarar ile kararlaştırılan miktar arasında yakınlık bulunmaktadır.
- *Günlük 35-USD'nin ödeneceği kararlaştırılmış ise*: Bu hâlde, gerçek zararın oldukça üzerinde bir miktar belirlendiği için bunun ceza koşulu olarak nitelendirilmesi gerekir. Artık bu miktar, taşıyan için bir ispat kolaylığı sağlamanın ötesinde, gönderilen üzerinde borca uygun davranılması konusunda ekonomik bir baskı oluşturmaktadır.
- *Günlük 7-USD'nin ödeneceği kararlaştırılmış ise*: Bu son ihtimâlde, maktu miktar gerçekteşmesi öngörülen zararın altında kaldığı için gönderilen lehine kurulan bir sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilmesi gerekir.

(1) Götürü tazminatı sebebiyle alacak hakkının doğabilmesi öğretideki hâkim görüş uyarınca zararın varlığına bađlıdır¹⁰⁴. Götürü tazminatı, maddi hukuk açısından tazminat hakkının kaynağını oluşturan sözleşmesel sorumluluğun unsurları üzerinde bir değişiklikte bulunmamaktadır¹⁰⁵. Dolayısıyla götürü tazminat anlaşması, cezai şarttan farklı olarak, alacaklının zarara uğramadan talepte bulunmasına imkân vermemektedir. Bu açıdan bakıldı-

¹⁰³ Bu konuda navlun kaybını esas alan bir örnek için bkz. **Aksoy**, s. 153.

¹⁰⁴ **Ozanoğlu**, s. 83; **Ehrat** (Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.]), Art. 160, N. 12; **Erdem**, s. 116; **Kocaağa**, s. 53; **Huguenin**, C.: Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 1212; **Gauch/Schluap/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3851; **Berger**, B.: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N. 1795; **Birinci-Uzun**, s. 148, 149; **Parlak-Börü**, 222; **Wuffli** (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]), Art. 160, N. 10; **Roth-Pelland** (Furrer/Schnyder [Hrsg.]), Art. 160, N. 18. Bu yöndeki İsviçre öğretisindeki hâkim görüş için bkz. **Erdem**, s. 116, 117; **Ozanoğlu**, s. 83, dn. 48; **Atamer Y.**, s. 111, dn. 70. Zararın varlığını gerekli görmeyen görüş aksi görüş için ise bkz. **Atamer Y.**, s. 115, 116; **Sanlı**, K. C.: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s. 338, dn. 1093.

¹⁰⁵ **Erdem**, s. 121.

ğında, götürü tazminat kayıtları veya anlaşmaları “ispat sözleşmesi” niteliğindedir¹⁰⁶. Öğretiye göre, zararın varlığı götürü tazminatın doğumu için zorunlu bir unsur olsa da, alacaklı bu konuda ispat yükü altında değildir¹⁰⁷. İspat hukuku açısından bakıldığında ise, gerek zararın miktarı gerekse de varlığı konusunda alacaklı lehine bir *karine* götürü tazminat anlaşmasıyla ortaya çıkmaktadır. Buradaki hukuki durum, ispat yükünün ters çevrilmesinden ziyade, zararın varlığı ve miktarının karine teşkil etmesidir. Bu bağlamda, ispat sözleşmesi olarak ele aldığımız götürü tazminat kayıtları/anlaşmaları “ispat yükü sözleşmesi” niteliğinde olmayıp, kanaatimizce bunlar, “karine sözleşmesi” niteliğindedir¹⁰⁸. Zararın varlığı konusundaki ispat riskinin alacaklının üzerinde bulunmadığını kabul eden öğretilerdeki çoğunluk görüşünü dikkate aldığımızda, alacaklı, zararın varlığı ve miktarı konusunda kendisine düşen ispat yükünü götürü tazminat anlaşmasından kaynaklanan “çifte karine” yoluyla yerine getirir. Öyle ki, kural olarak zararın miktarı konusundaki karine “kesin” nitelikte iken, zararın varlığı “adi karine” teşkil etmektedir. Borçlu alacaklı lehine doğan zararın varlığı karinesinin aksini ispat edebilir¹⁰⁹. Zararın miktarı konusundaki karine borçlu için her zaman kesin karine iken, alacaklı bakımından kural olarak kesin karinedir; tarafların ayrıca anlaşmış olmasına bağlı olarak, alacaklı talep hakkının diğer unsur-

¹⁰⁶ **Erdem**, s. 109; **Couchepin**, G.: La forfaitisation du dommage, SJ 2009 II, s. 12 (naklen *Erdem*, s. 109). İspat sözleşmeleri ve bunun türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Taşpınar**, S.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 45 vd.

¹⁰⁷ **Ozanoğlu**, s. 83; **Gauch/Schluerp/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3851; **Huguenin**, N. 1212; **Wuffli** (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]), Art. 160, N. 10. Sadece zararın *kapsamı* konusunda alacaklının ispat yükü altında olmadığı yönünde bkz. **Roth-Pelland** (Furrer/Schnyder [Hrsg.]), Art. 160, N. 18. Türk hukukunda ise, **Erdem** (s. 108) zararın varlığı konusunda kural olarak alacaklının ispat yükü altında olduğunu kabul etmektedir. Yazar’a göre, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmayacağı sürece zararın varlığı konusundaki ispat yükü alacaklı üzerinde bulunur, götürü tazminatı konu alan anlaşma her hâlde alacaklıyı zararın varlığı konusundaki ispat yükünden kurtarmaz.

¹⁰⁸ Karine sözleşmesi, bilinen bir vakıadan başka bir vakıa hakkında sonuç ya da hak elde etmeyi sağlayan bir ispat sözleşmesidir (bkz. **Taşpınar**, s. 157). Götürü tazminat açısından, sözleşmenin ihlali *bilinen vakıayı* oluşturmakta, bu ihlâlin ispatıyla birlikte, zarar vakiasının da gerçekleştiği dolaylı olarak kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, karine sözleşmeleri, usul hukuku sözleşmesi olmayıp bir *maddi* hukuk sözleşmesidir (**Taşpınar**, s. 158). İkrar sözleşmesi gibi, ispat sözleşmelerinin bazıları, *usul* sözleşmesi niteliğindeki iken, bir kısmı ise maddi hukuk sözleşmesi olarak ele alınmaktadır. Karine ve ispat yükü sözleşmeleri maddi hukuk sözleşmesi niteliğindedir. (İspat yükü sözleşmeleri için bu konuda bkz. **Taşpınar**, s. 178 vd.)

¹⁰⁹ Karine kavramı için çoğu yerine bkz. **Atalay**, O.: Pekcanitez Usûl - Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1655 vd.

larıyla birlikte gerçek zararını ispat etmek şartıyla götürü tazminatın üzerinde talepte bulunabilir¹¹⁰.

Konteyner gecikme parasının götürü tazminat niteliğinde bulunduğu kabul edildiğinde, taşıyan konteynerin serbest zaman içerisinde teslim edilmemesi sebebiyle zarara uğradığını ve bu zararın miktarını götürü tazminat ile ispat edecektir. Şayet, taşıyan konteynerin geç tesliminden ötürü bir zarara uğramamış ise, götürü tazminat ile alacaklı lehine doğan karinenin aksini gönderilen ispat etmelidir¹¹¹.

Konteyner gecikme parasının hukuki niteliğinin cezai şart olduğuna karar verilirse, bu durumda gönderilen de taşıyanın gerçekte bir zarara uğramadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Cezai şart alacağının doğumu için sözleşmenin ihlâli sebebiyle bir zararın ortaya çıkması zorunlu bir şart değildir (BK m. 180 I).

(2) Götürü tazminatın varlığı kabul edildiğinde, taşıyan sözleşme şartında yer alan miktarın üzerinde kural olarak talepte bulunamaz¹¹². Taşıyanın götürü tazminat miktarını aşan zararı için talepte bulunabileceğinin ayrıca sözleşme koşulunda kararlaştırılması gerekir¹¹³. Yukarıda belirttiğimiz gibi, götürü tazminat bir ölçüde borçlunun menfaatlerini de koruyabilmektedir. Götürü tazminatın üzerinde kural olarak talepte bulunma yolunun kapatılması bunlardan biridir. Ceza koşulunda ise, alacaklı ceza koşulunu

¹¹⁰ **Huguenin**, N. 1212.

¹¹¹ Gönderilen karinenin aksini ispat ederken menfi bir vakıa üzerinden ispat faaliyetini yürütecektir. Ayrıca zarar vakasıyla ilgili deliller çoğu zaman gönderilenin hakimiyet alanının dışında bulunacaktır. Dolayısıyla, gönderilenin çok büyük bir ispat zorluğu ile karşı karşıya kalacağı da aşıkârdır. Şu da var ki, ispat hukukunun ispat zorlukları karşısında kabul ettiği çözümlerden -şartlarının oluşması durumunda- gönderilenin yararlanmasında bir engel yoktur. Götürü tazminat anlaşmasının varlığının borçlunun aksini ispat hakkını sınırlaması ve bu arada, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ispat zorluklarına karşı gönderilenin korunmaması mümkün değildir. Aksinin kabulü hâlinde, götürü tazminatta zararın varlığının şart olduğu görüşünün bir anlamı kalmayacaktır. Buna benzer çözümler çerçevesinde ispat güçlüklerinin aşılması için alınabilecek önlemler hakkında bkz. **Çiftçi**, P.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 370 vd.

¹¹² **Atamer** Y., s. 112.

¹¹³ **Parlak-Börü**, s. 210; **Atamer** Y., s. 112. Bu durumda, götürü tazminatı anlaşmasının zararın miktarı hakkında ortaya koyduğu karine alacaklı açısından adi nitelikte bulunacaktır. Yine, borçlu açısından da söz konusu karinenin adi nitelikte olduğunun kararlaştırılmasında engel yoktur. Örneğin, aksi taraflarca ispat edilmediği sürece ihlâl sebebiyle belirli bir miktarın tazminat olarak ödeneceği öngörüldüğünde, karine iki taraf açısından da adi nitelikte olur.

aşan zararları için borçlunun kusurunu ve gerçek zararı miktarını ispat ederek tazminat talebinde bulunabilir (BK m. 180 II).

(3) Diğer yandan, götürü tazminat hakkında ifaya eklenen ceza koşulu hakkındaki BK m. 179 II uygulanmaz¹¹⁴. Gecikmiş ifanın çekincesiz bir şekilde kabul edilmesi götürü tazminattan doğan haktan vazgeçildiği sonucunu doğurmayacaktır. Böylece konteyner gecikme parasının götürü tazminat olması durumunda BK m. 179 II uygulanmaz iken, hukuki nitelendirmenin ceza koşuluna yönelmesi, konteynerin iadesini çekincesiz kabul eden taşıyan için gecikme parasından vazgeçilmiş sayılmasına sebep olur. Şüphesiz kurumlar arasındaki bu farklılık uygulamada büyük öneme sahip olacaktır. *Ceza koşulu niteliğindeki alacağını korumak isteyen taşıyanın konteyneri çekince ileri sürerek geri alması şarttır.*

(4) Aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesine dair kuralın (BK m. 182 III) götürü tazminatı için *kıyasen* uygulanabilir olması ise öğretide tartışmalı bir meseledir¹¹⁵. Beri yandan, konteynerin gecikmesinden doğan taleplerde borçlu genel olarak tacir sıfatına sahip olacağı için bu tartışmanın değeri konumuz açısından çok sınırlı olacaktır (TTK m. 22)¹¹⁶.

2. Yorumda Dikkate Alınacak Ölçütler ve Esaslar

a. Ex Ante Değerlendirme İlkesi

Konteyner gecikme parasının hukuki niteliği, bu konudaki anlaşmanın navlun sözleşmesinin içeriğine dahil olduğu ana geri dönülerek (*ex ante*) değerlendirilecektir. Bu an itibariyle geçerli olan hâl ve koşullar dikkate alınarak, hâkim taraflar arasındaki belirlenen miktar ile ileride ortaya çıkması muhtemel zarar konusunda bir öngörüle bulunmalıdır. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkan gerçek (fiili) zarar miktarı konteyner gecikme parasının hukuki niteliğinin yorumlanmasında kural olarak dikkate alınmamalıdır. *Ex post* değerlendirmeye göre ortaya çıkan gerçek zarar kararlaştırılan

¹¹⁴ Kocağa, TBB, s. 151; Ozanoğlu, s. 25; Ayan, s. 187; Birinci-Uzun, s. 98; Atamer Y., s. 110-111; Y. 23. HD, 24.11.2014, E. 2014/9272, K. 2014/7512 (KazancıİBB).

¹¹⁵ BK m. 182 III = OR Art. 163 III'ün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Ehrat/BSK, OR Art. 160, N. 12; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 3851; Huguenin, N. 1212; Wuffli (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]), OR Art. 160, N. 10; Roth-Pelland (Furrer/Schnyder [Hrsg.]), OR Art. 160, N. 18; Ayan, s. 186, dn. 69; Sanlı, s. 338, dn. 1093. Aksi görüş için bkz. Fischer, T.: Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Diss., Zürich 1998, s. 163 vd. (naklen: Ehrat/BSK, OR Art. 160, N. 12; ayrıca bkz. Atamer Y., s. 112, dn. 73); Kapancı, s. 671; Birinci-Uzun, s. 154; Parlak-Börü, s. 223; Atamer Y., s. 121 ve özellikle s. 123 (2. paragrafın başı).

¹¹⁶ Bkz. Aksoy, s. 156.

miktardan çok daha yüksek veya az olabilir; fakat yorumda, *ex ante* inceleme esastır; dolayısıyla geçmişe geri dönülerek zarar ile miktar arasındaki ilişki araştırılacaktır.

Navlun sözleşmesi kurulurken konteyner gecikme parası kararlaştırılmış ise, sözleşmenin kurulma anı *ex ante* inceleme için esas alınmalıdır. Kırkambar taşımalarda olduğu gibi, navlun sözleşmesinin kurulmasından sonra düzenlenen konişmento veya deniz yük senedi ile kararlaştırılan konteyner gecikme parasında ise, konişmentonun veya deniz yük senedinin düzenleme tarihi bu konuda dikkate alınacak anı oluşturacaktır. Benzer şekilde, yığın (miktar) sözleşmesinin kurulmasından sonra düzenlenen konişmentolarda bu türden kayıtlar ilk defa kararlaştırılmış ise konişmentonun düzenleme tarihi bu konuda geçerli olacaktır.

b. Konteyner Gecikme Parasının Gün Olarak İşleyeceği Sınırlı Bir Zaman Diliminin Bulunmaması

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte olduğu gibi gün üzerinden kararlaştırılan miktarın zararlı ilişkisi değerlendirilirken, sözleşme koşulunun belirli bir gün sayısı ile sınırlı olup olmadığını da hiç şüphesiz yok ki dikkate almak gerekir. Konteynerin gecikmesi sebebiyle gün sınırlaması olmadan *ucu açık* şekilde taşıyan lehine alacak doğacağı öngörölmüş ise, alacaklının *ex ante* zararı göz önüne alındığında, kural olarak ceza koşulunun varlığı kanaatimizce kabul edilmelidir. Çünkü, konteynerin belirli bir kullanım ömrü olduğu için konteyner bedeliyle birlikte konteynerin kullanılmaması sebebiyle sınırı belirli olmayan günler üzerinden para alacağı elde edilmesi gerçek zararın üzerinde ekonomik menfaat elde etme sonucunu doğurabilir. Yukarıdaki örneği devam ettirerek, tespitimizi şu şekilde somutlaştırabiliriz:

Sözleşme şartında 60 gün süreyle gün başına 15-USD'nin ödeneceğini; 60 günün sonunda, konteynerin iade edilememesi durumunda ise ayrıca 4.000-USD daha ödeneceği kararlaştırıldığını ve 4.000-USD'nin piyasa rayicine uygun olduğunu kabul edelim. Buna göre, taşıyanın konteynerin iade edilmemesi durumunda talep edeceği toplam alacak miktarı 4.900-USD olacaktır. Gün üzerinden verdiğimiz örnekte olduğu gibi, söz konusu sözleşme şartı bu hâlde de, götürü tazminat niteliğindedir. Gerek gün üzerinden kararlaştırılan miktar gerek bunun işleyeceği zaman dilimi (= 60 gün) gerekse de konteynerin değerini için tespit edilen miktar zararlı uyuşmakta, onun çok üzerine çıkmamaktadır. Buna karşılık, sözleşme şartında sadece gün başına 15-USD alacağın doğacağı belirtilmiş; ancak ne zamana kadar bu alacağın doğacağı sınırlanmamış ise, kanaatimizce artık tazminat miktarının götürü olarak hesaplandığı, bu konuda her iki tarafın menfaatini koruyan bir

anlaşmanın yapıldığı ve hukuki belirliliğin sağlandığı söylenemez. Bu halde, konişmentoda yer alan şart ceza koşulu niteliğine sahip olacaktır. Örneğın, taşıyan 365 gün boyunca kendisine iade edilmeyen konteyner için 5.475-USD ve konteyner bedeli olarak 4.000-USD olmak üzere 9.475-USD talep ettiğinde, bu alacağın kaynağı ceza koşulu olacaktır.

c. Konteyner Gecikme Parasının Zaman Dilimlerine Bağılı Olarak Artan Oranlarda Belirlenmesi

Konişmento veya deniz yük senetlerinde yer alan ödeme şartları gün olarak belirlenmekle birlikte, belirli zaman dilimlerine bağılı olarak artırılabilir. Örneğın, serbest zamanı izleyen ilk 7 gün için 15-USD, bunu izleyen 14 gün için 30-USD ve bunu da izleyen 21 gün için 45-USD gibi. Konteynerin gecikmesi için artan oranlarda maktu miktarların ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu durumda da kural olarak ceza koşulunun varlığı kabul edilmelidir. Çünkü, artık bu maktu miktar zararın ispatından ziyade, borçlu üzerinde ekonomik bir baskı yaratmak için kullanılmaktadır. Artan oranın varlığı götürü tazminat kavramını kanaatimizce dışlar. Uygulamada konişmento veya deniz yük senetlerinde çoğı zaman söz konusu türden kayıtlar kullanıldığı için sadece bu ölçüt dikkate alınmak suretiyle konteyner gecikme parasının *genel olarak ceza koşulu niteliğinde bulunacağını söyleyebiliriz*¹¹⁷.

D. Konteyner Bekleme Parası

Alacaklının temerrüdüne dair BK kuralları emredici nitelikte değildir¹¹⁸. Tarafların, taşıyanın konteyneri beklemesinin sonucu olarak konteyneri kullanma imkânından mahrum bırakılması sebebiyle belirli bir miktarın ödenmesini kararlaştırmalarında bir engel yoktur. Bu konudaki anlaşma kanaatimizce, ceza koşulu (cezai şart) veya götürü (maktu) tazminata dair bir anlaşma olarak da görülemez¹¹⁹. Zira, konteyner beklemesi (borca aykırı bir davranış olarak nitelendirilmeyen) alacaklının temerrüdünü ortaya çıkardığı için taşıtana karşı *tazminat* alacağı ileri sürülemez¹²⁰. Bu açıdan bakıldı-

¹¹⁷ Benzer şekilde **Aksoy**, s. 153.

¹¹⁸ **Weber/BK**, Art. 91, N. 10; **Eren**, s. 1035.

¹¹⁹ Bu yönde **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 493, N. 90. Borca aykırı bir davranıştan söz edilemeyeceğı için sürastarya parasının hukuki niteliğinin de ceza koşulu olmadığı konusunda bkz. **Wüstendörfer**, s. 251 (d); **Schlegelberger**, F./Liesecke, R.: Seehandelsrecht, Berlin - Frankfurt a. M. 1959, s. 283, N. 15; **Ülgener**, s. 110; **Prüßmann/Rabe**, § 567, s. 426 (K 1 a); **Rabe**, § 567 N. 55; **Çağa/Kender**, s. 48; **Rabe** (Rabe/Bahnsen), § 530, N. 25.

¹²⁰ Sözleşmeye aykırılığın bulunmadığı yönünde **Bahnsen** (Rabe/Bahnsen), § 493, N. 90.

ğında, biz konteyner bekleme parasının niteliğinin “gerçek olmayan ceza koşulu” (*unechte Konventionalstrafe*) kavramı ile açıklanabileceğini kabul ediyoruz¹²¹. Gerçek olmayan ceza koşulunda borçlu, *yükümlülük olarak üstlenilmeyen* bir edimi yerine getirmediği durumlarda bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmektedir¹²². Yukarıda vurgulamaya çalıştığımız gibi, konteynerin beklemesinde taşıtan bir edim yükümlülüğünü ihlâl etmemektedir. Asıl borcun bulunmadığı durumlarda BK m. 179-182’de düzenlenen ceza koşulu ortaya çıkmaz. Fakat, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ceza koşulunun teminat işlevini karşılayacak şekilde, edim yükümlülüğünü ihlâl etmeyen bir davranışın sonuçlarını maktu bir miktar üzerinden ödeme yükümlülüğüne bağlamaları geçerlidir. Bu anlaşma gerçek ve teknik anlamda ceza koşulu niteliğinde olmadığı için gerçek olmayan ceza koşulu olarak anılmaktadır¹²³.

¹²¹ Kavramın hukuki niteliği ve uygulanacak hükümler için bkz. **Mabillard**, R.: Rechtsnatur, anwendbare Gesetzbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, Aktuelle Juristische Praxis 2005, s. 547-559. Ayrıca cezai şarttan farları için bkz. **Wuffli (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]**), OR Art. 160, N. 9; **Roth-Pelland (Furrer/Schnyder [Hrsg.]**), OR Art. 160, N. 19; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3849. Türk hukuku açısından ve özellikle cezai şart ile karşılaştırılması için bkz. **Kocaağa**, s. 209-212; **Tunçomağ**, K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 39.

¹²² Bkz. **Mabillard**, s. 548 ve krş. **von Thur**, A./**Escher**, A.: Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, s. 286 (V); **Wuffli (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]**), OR Art. 160, N. 9; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3849; **Kocaağa**, s. 209. **von Tuhr/Escher** (s. 286) ve onları izleyen yazarlar, gerçek olmayan ceza koşulundan götürü miktarı taahhüt eden borçlunun, yükümlülük olarak üstlenilmeyen edimi “kendi isteğiyle” yerine getirmemesine vurgu yapmaktadır (**Wuffli [Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.)]**), OR Art. 160, N. 9; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 3849). Buna göre, edimin yerine getirilip getirilmemesi konusunda borçlu seçimde bulunma serbestisine sahiptir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, kendi isteğiyle edimin yerine getirilmemesi ayırt edici bir unsur olarak görülmemelidir (**Mabillard**, s. 548). Dikkate alınacak unsur edimin bir yükümlülük olarak taahhüt edilip edilmediği olmalıdır. Borçlunun iradesi edime uygun davranmak olabilir, ancak bir sebepten ötürü bunu yerine getiremeyebilir; sadece bu iradeyi dikkate alarak gerçek olmayan ceza koşulunun ortaya çıkmayacağı söylenemez. Konteynerin beklemesinde ise, bu durum somut bir biçimde önemini göstermektedir. Zira, normal şartlar altında taşıtanın iradesi serbest zaman içinde konteynerin teslim alınmasını sağlamak yönündedir. Konteynerin teslim alınması edim yükümlülüğü oluşturmadığı için taşıtanın arzusundan ve iradesinden bağımsız olarak gerçek olmayan ceza koşulu ortaya çıkmaktadır. Taşıtanın bilerek ve isteyerek konteynerin teslim alınmamasını sağlaması pek tabii ki mümkündür. Fakat bu durum gerçek olmayan ceza koşulu kavramının ayırıcı bir unsuru olmamalıdır.

¹²³ Bununla birlikte öğretilerdeki hâkim görüş uyarınca ceza koşuluna dair BK m. 179-182, *kıyasen* gerçek olmayan ceza koşulu için de uygulama alanı bulabilmektedir. Ayrıntısı ve bu yöndeki yazarlar için bkz. **Kocaağa**, s. 210.

Gerçek olmayan ceza koşulunun hukuki niteliğinin *şarta bağlı borç taahhüdü* olduğu öğretinin bir kısmı tarafından benimsenmektedir¹²⁴. Konteyner bekleme parası açısından bu görüşün hukuki durumu ve ilişkiyi açıklamaya son derece elverişli olduğunu düşünüyoruz. Buna göre, varma limanında gemiden boşaltılan konteynerin serbest zaman içerisinde teslim alınmaması buradaki şartı oluşturur. Söz konusu “geciktirici şartın” (BK m. 170) gerçekleşmesiyle birlikte konteyner bekleme parası doğmaktadır. Nitelen-dirmeye bağlı olarak konteyner bekleme parası hakkında şarta ilişkin BK m. 170-176 (= OR Art. 151-157) hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca şunun altını çizmek gerekir ki, konteyner bekleme parası, serbest zaman içerisinde konteynerin teslim alınmaması şartına bağlı olduğu için taşıyanın gerçekte bir gider yapıp yapmadığı önem taşımayacaktır. Taşıyan herhangi bir giderde bulunmamış olsa dahi karşılaştırılan konteyner parasına hak kazanır.

E. Konteyner Bekleme ve Gecikme Parasının Doğumu İçin Yükle İlgilinin *Kusuru* Gerekli Midir?

1. Konteyner Gecikme Parası Açısından

Konteyner gecikme parasının götürü tazminat olması hâlinde taşıyan lehine gecikme parasının doğumu için gönderilenin kusuru şarttır. Zira götürü tazminatta, tazminat sorumluluğunun maddi şartlarında bir değişiklik olmaz. Diğer yandan, konteynerin gecikmesi hâlinde gönderilen kendi aleyhine doğan kusur karinesinin aksini ispat yükü altında bulunacaktır.

Konteyner gecikme parasının ceza koşulu niteliğinde olması durumunda ise, yükle ilgilinin kusurunun aranıp aranmayacağı öğretideki tartışmaya bağlıdır. Türk hukukunda baskın olduğunu söyleyebileceğimiz ilk görüş uyarınca, ceza koşulunun talep edilebilmesi için bunun bağlı olduğu asıl borcun kusurlu olarak ihlâl edilmesi gerekir¹²⁵. Aksi görüşe göre ise, ceza koşulu sebebiyle borçlunun ödeme yükümlülüğünün doğması kusura bağlı değildir¹²⁶; sadece sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle asıl borç sona erer ise, aksi karşılaştırılmadığı sürece, ceza koşulu da sona erer. Ancak bu sonucun ortaya çıkması, ceza koşulunun kusura bağlı olmasına değil, asıl

¹²⁴ von Thur/Escher, s. 286 (V); Wuffli (Kren-Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.]), OR Art. 160, N. 9. Bu yöndeki öğretideki diğer yazarlar ve görüşün değerlendirilmesi için bkz. Mabillard, s. 550, 551.

¹²⁵ Tunçomağ, s. 102 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Oğuzman, M. K./Öz, T. Ö.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler C. 2, 12. Bası, İstanbul 2016, N. 1616. Ayrıca bu konudaki hâkim görüşün taraftarları için bkz. Kocaağa, 183, dn. 21.

¹²⁶ Eren, s. 1211 ve dn. 21’de anılanlar; Birinci-Uzun, s. 150.

borca bağlı bir alacak hakkı yaratmasına dayanır¹²⁷. “Konteyner demurajı”nı (götürü tazminattan daha çok) ceza koşulu olarak gören *Aksoy* ise, taşıyan lehine alacak hakkının doğumu için taşıyan veya gönderilenin kusurunun gerekli olmadığını; zira kusurun şart koşulması hâlinde ceza koşulunun alacaklıya sağladığı “en büyük kolaylığın” engellenmiş olacağını belirtmektedir¹²⁸.

Biz ise, baskın görüşe katılarak, konteyner gecikme parasının ceza koşulu niteliğinde bulunduğu hâllerde, gönderilenin ödeme yükümlülüğünün doğumu için gecikme konusunda kendisinin kusurlu olması gerektiğini kabul ediyoruz¹²⁹. Hemen ekleyelim ki, burada taşıyan lehine kusur karanesi (BK m. 112) geçerli olacağı için gönderilen gecikmede kendisinin veya yardımcı kişilerin kusurunun bulunmadığını ispat edemediği sürece ödeme yükümlülüğü altında olacaktır.

2. Konteyner Bekleme Parası Açısından

Konteyner bekleme parasının hukuki niteliği ister gerçek olmayan ceza koşulu isterse de gider alacağına dair götürü anlaşma olarak görülsün, yükü ilgilinin taşıyana karşı ödeme yükümlülüğü altında bulunması kusurdan bağımsızdır. Çünkü bu durumda, konteynerin serbest zaman içerisinde teslimümü bir edim yükümlülüğü olmadığı için borcun ihlâlinden söz edilemez. Diğer yandan, yukarıda kanuni düzen açısından gönderilenin *objektif sebeplerden* dolayı eşyayı kabul edememesi hâlinde kendisi temerrüde düşmüş olmayacağından taşıyan lehine konteynerin beklemesinden ötürü gider alacağı da doğmayacağını belirtmiştik¹³⁰. Kanaatimizce, kanuni düzen açısından

¹²⁷ *Eren*, s. 1211.

¹²⁸ *Aksoy*, s. 163. Diğer yandan, Yazar’ın bu tespitinin, ceza koşulu ve kusur ilişkisine dair tartışmadan bağımsız olarak, konteynerin gönderilen tarafından teslim alınmaması sebebiyle doğan “demuraj” alacakları için bir sonraki başlık açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira, biz de hemen aşağıda görüleceği üzere söz konusu evrede doğan konteyner bekleme parası hakkında yükü ilgilinin kusurunun bulunmaması gerektiğini kabul ediyoruz. Fakat, bu sonuca ceza koşulunda kusurun şart olmamasından değil, konteynerin beklemesinde edim yükümlülüğü ihlâlinin ortaya çıkarmamasından ulaşıyoruz.

¹²⁹ 11. HD bir kararında şunu kabul etmiştir: “(...) Demuraj ücretinden de malın konteynerin zamanında iade edilmemesinde kimin *kusuru* varsa onun sorumlu olacağı kuşkusuzdur” (Y. 11. HD, 08.03.2010, E. 2008/10839, K. 2010/2527, KazancıBB). Ancak bu tespit, konteynerin beklemesi veya gecikmesi sebebiyle taşıyan lehine doğan alacak hakkında kusurun aranmasıyla ilgili olduğunu düşünmüyoruz. 11. HD, bu yolla, dava dışı donatana yapılan “demuraj” ödemesinden kusurlu olan tarafın sorumlu olacağını kabul etmektedir (krş. *Aksoy*, s. 163, dn. 59).

¹³⁰ Bkz. yuk. III A 2.

geçerli olan bu görüş kıyasen dikkate alınarak, konteyner bekleme parasının kararlaştırıldığı durumlar için de *objektif sebeplerden* ötürü konteynerin gönderilen tarafından teslim alınamaması hâlinde ödeme yükümlülüğünün doğmaması gerekir¹³¹. Bu sebeple yukarıda objektif sebeplerle ilgili olarak kanuni düzen açısından yaptığımız açıklamalar konteyner bekleme parası için de geçerli olacaktır.

V. KONTEYNER BEKLEME VE GECİKME PARASININ KANUNİ SINIRLARI

A. Piyasa Rayicine Dayalı Denetim Kabul Edilebilir Mi?

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, 18/12/2017 tarihli ve E. 2016/12836, K. 2017/7335 sayılı kararı ile “[k]onişmentoda yer alan (m. 16) demuraj tarifesine göre gönderilenin TTK m. 1203 anlamında bütün alacakları ödemekle yükümlü olduğu, davacının talep ettiği demuraj alacağıının Deniz Ticaret Odasının 28.05.2015 tarihli 40'lık konteynırlar için belirlenen 2013 yılı rayiç bedellerine uygun olduğunu” belirterek konteyner bekleme parasına dayanan alacağı kabul eden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır¹³². Yukarıda kanuni düzen açısından konteynerin beklemesi sebebiyle taşıyanın talep ettiği alacaklar için piyasa rayicine uygunluk denetiminin yapılmasının hukuka uygun olmadığını belirtmiş idik¹³³. Sözleşmesel düzen için de konteyner bekleme ve gecikme parası için kabul edilen maktu miktarlar için benzer şekilde piyasa rayicine uygunluk denetiminin yapılması bizce mümkün gözükmemektedir. Çünkü taraflar arasında geçerli bir konteyner bekleme ve gecikme parası kararlaştırılması piyasa rayicine uygun olmaya bağlı değildir. Söz konusu alacaklar için uygulanan kurallar arasında hakkaniyete veya piyasa şartlarına uygunluk gibi bir şart söz konusu değildir. Konteyner bekleme ve gecikme paralarının geçerliliği ise, BK'nın genel hükümlerine tâbi olacaktır. Aşağıda, BK'ya bağlı olarak ortaya çıkabilecek denetimler incelenmeye çalışılmıştır.

B. Kişilik Haklarına ve Ahlaka Aykırılık (BK m. 27)

Konteyner bekleme veya alıkoyma parasının ödenmesi borçlu yükümlülüğünün *ekonomik yıkımına* sebep olarsa, bu konudaki anlaşma BK m. 27 I uyarınca kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük

¹³¹ Bkz. dn. 60'da yer alan Y. 11. HD, 05.03.2014, E. 2013/12326, K. 2014/4189 (KazancıİBB)

¹³² Y. 11. HD, 18/12/2017, E. 2016/12836, K. 2017/7335 (YargıtayBB).

¹³³ Bkz. III, A, 4.

yaptırımına tâbi olacaktır. Ayrıca bu ihtimâlde, ortaya çıkan yaptırım kısmi hükümsüzlük olup söz konusu kayıtların hükümsüzlüğü navlun sözleşmesinin geri kalan kısmını etkilemeyecektir (BK m. 27 II). şu da var ki, uygulamada kullanılan ve gün üzerinden belirlenen bekleme ve alıkoyma parası miktarları dikkate alındığında BK m. 27 I'e dayalı denetim istisnai hâllerde gündeme gelecektir.

C. Yükle İlgilinin Tacir Olmadığı İstisnai Durumlarda BK m. 182 III'ün Uygulama Alanı

Yükle ilgili çoğu zaman tacir olduğu (TTK m. 12-16) için onlar lehine BK m. 182 III'te yer alan aşırı (fahiş) ceza koşulu hakkındaki denetim uygulanmaz (TTK m. 22). şayet yükle ilgililer tacir sıfatını haiz değil ise, ceza koşulu veya gerçek olmayan ceza koşulu niteliğindeki bekleme veya alıkoyma parası hakkında bu hükmün uygulanması ve aşırı görülen miktarın hâkim tarafından indirilmesi gerekir. Hemen şunu da ekleyelim, bu ihtimalde dahi, diğer taşıyanların uyguladığı tarifeler üzerinden piyasa rayici incelemesi yapılmamalıdır. Çünkü BK m. 182 III'ün uygulanmasında aşırı ceza koşulunun denetlenmesinde alacaklı konumundaki taşıyanın uğradığı gerçek zarar miktarı dikkate alınacak ölçütü oluşturur.

D. Genel İşlem Koşulları Denetimi (BK m. 20-25)

1. Genel Olarak

Taşıyan tarafından önceden basılarak hazırlanan standart konişmento veya deniz yük senetlerinde yer alan konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kayıtlar BK m. 20'ye göre genel işlem koşulu niteliğindedir¹³⁴. BK m.

¹³⁴ Navlun sözleşmesini ispat fonksiyonuna sahip bulunan konişmento veya deniz yük senedindeki kayıtlar (genel olarak) taşıyan tarafından önceden birden fazla taşıma ilişkisinde kullanılmak için hazırlanmakta ve değiştirilmeksizin kabul edilmek üzere yükletene sunulmaktadır. Beri yandan, taşıyanın, kendisi dışındaki bir kişi veya kurum tarafından basılan standart konişmento ve deniz yük senetlerini de kullanması mümkündür. Fakat bu durum tek başına söz konusu belgelerde yer alan kayıtların genel işlem koşulu niteliğini etkilemez. şayet, taşıyan bu hâlde de değiştirilmeksizin navlun sözleşmesinin içeriğini oluşturması için bu standart metinleri yükletene sunuyor ise, genel işlem koşullarından söz edilecektir. Alman hukukunda öğretinin standart konişmento (ve deniz yük senedinde) kayıtları ile standart çarter parti kayıtlarının genel işlem koşulu niteliği konusunda bir ayrıma gittiğini bu noktada belirtmeliyiz. Öğretideki hâkim fikre göre, BIMCO ve FONASBA gibi organizasyonlar tarafından hazırlanan standart çarter parti kayıtları BGB § 305 anlamında genel işlem koşulu niteliğinde değildir (**Rabe**, § 663, N. 24; **Herber**, R.: Seehandelsrecht - Systematische Darstellung, 2. Auflage, Berlin 2016, s. 333; **Rabe/Bahnsen**, §§ Vor 527-535, N. 2; ayrıca bkz. **Atamer**, K.: Tacirler

20-25'te yer alan genel işlem koşulu denetiminin uygulama alanına tacirler arasındaki sözleşmelerin de girdiği öğretideki hakim görüşe göre kabul edilmektedir¹³⁵. Şu da var ki, deniz ticareti hukukunda genel işlem koşullarının

Arasındaki Sözleşmelerde, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler [TBK m. 20-25] Uygulanır mı?, XXX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar [23 Aralık 2016], Ankara 2017, s. 24, dn. 29'da anılanlar; *aksi görüşte Paschke, M. : Oethker, H. [Hrsg.]: Handlungsbuch - Kommentar, München 2017, 5. Auflage, Vor § 476, N. 20*. Türk hukuku açısından biz de, *uygulamayı* dikkate alarak, kullanan tarafından değiştirilmeden sözleşmeye dâhil etmek amacıyla karşı tarafa sunulma unsurunun bulunmaması sebebiyle bu görüşe katılıyoruz. (BARECON açısından aynı yönde bkz. **Önder, S.:** Deniz Kira Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 67; *krş. Şeker-Öğüz, Z.:* Gemi Yönetimi Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 61, 62.) Uygulamada çarter sözleşmesi kurulurken tarafların özel şartlar kararlaştırdığı, diğer konularda ise standart çarter partilere atıfta bulunduğu görülmektedir. Böyle bir durumda, atıfta bulunulan standart çarter parti hükümleri genel işlem koşulu niteliğinde bulunmayacak; *bireysel anlaşma* statüsünde değerlendirilecektir. Yine iki tarafın ortak iradesi sonucunda kendileri dışındaki bir kişi veya kurumun düzenlediği standart çarter partinin kullanılması kararlaştırılmış ise, yine bireysel anlaşmanın varlığı söz konusu olacaktır. Fakat şunu da belirtmeliyiz ki, şayet taraflardan biri içeriğini değiştirme opsiyonu tanımaksızın (üçüncü bir kişi ya da örgüt tarafından düzenlenen) standart çarter partiyi karşı tarafa sunuyor ise, bu ihtimalde BK m. 20 ve BGB § 305 açısından genel işlem koşulunun mevcut olduğu kabul edilecektir (**Rabe, § 663, N. 24; Rabe [Rabe/Bahnsen], §§ Vor 527-535, N. 2**).

Son olarak şunu da ekleyelim ki, ekonomik değeri *çok yüksek* bulunan çarter sözleşmelerinde, sadece bu unsurun varlığından hareket ederek "bireysel anlaşmanın varlığı" *karine* olarak kabul edilmelidir. Bu görüşümüzün öğretideki dayanağı için bkz. **Atamer, Y.:** Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 132-135 (ve özellikle s. 134).

¹³⁵ Deniz ticareti hukukunda standart gemi yönetim sözleşmeleri (SHIPMAN-CREWMAN) açısından bu yönde bkz. **Şeker-Öğüz, Gemi Yönetimi Sözleşmesi, s. 60-62;** gemi finansmanı sözleşmesi açısından ise **Sevinç-Kuyucu, A.:** Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2016, s. 63-68. Tacirler arasındaki işlemlerde genel işlem koşulunun denetiminin geçerli olduğu ve bunun hangi ölçütlerde yapılacağı hususunda ise bkz. **Aydoğdu, M.:** 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkililere Armağan, E-Journal of Yaşar University 2014, C. 8, Özel Sayı, s. 597 vd.; **Aydoğdu, M.:** 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD 2011, C. 13, S. 1, s. 3; **Kuntalp, E.:** Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 81 vd.; **Atamer, Y.:** Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. (1) (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 9-73; **Atamer Y.,** Değerlendirme Kriterleri, s. 103 (ve özellikle bkz. dn. 2).

vazgeçilmez oluşu, söz konusu denetimin varlığına karşı çıkılmasına¹³⁶ ya da eleştirilmesine¹³⁷ sebep olmuştur. *Olan hukuk* açısından, deniz ticareti hukukunda, bu denetimin mevcudiyetinden kanaatimizce sarfi nazar etmek zor görünmektedir¹³⁸. Fakat, genel işlem koşulları denetiminin deniz ticareti hukukuna “içkin” olan standart koşulları sözleşmesel ilişkinin dışına çıkartması da aynı ölçüde zor olacaktır.

Konteyner bekleme ve gecikme parasının ücret niteliğinde olmadığını daha önce belirtmiştik. Söz konusu nitelendirme genel işlem koşulu denetiminde büyük öneme sahiptir. Zira, edim veya karşı edimi belirleyen genel işlem koşulları denetlenmemektedir¹³⁹. Konteynerin bekleme ve gecikmesinden doğan alacakların ücret niteliğinde olduğu kabul edilseydi, bunların BK m. 20-25’teki denetim dışında bulunması gerekir idi.

BK m. 20-25’te yer alan genel işlem koşulları denetimi esas itibariyle “yürürlük (bağlayıcılık, kapsam) denetimi”, “içerik denetimi” ve “yorum denetimi”nden oluşur. Aşağıda, konteyner bekleme ve gecikme parası açısından söz konusu yargısal denetim türlerinin ne şekilde uygulanacağı incelenmeye çalışılmıştır.

Aksi yöndeki, tarafları tacir olan sözleşmelere TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü ve bu görüşün özellikle deniz ticareti hukuku odaklı gerekçelendirilmesi için bkz. **Atamer**, Tacirler Arası Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları, s. 22-35. Ayrıca genel olarak TBK m. 20-25’in tacirler arasındaki genel işlem koşullarına uygulanmayacağı yönünde bkz. **Antalya**, G.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler C. I, İstanbul 2015, s. 410, 411; **Kara**, M. S.: Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, GaziÜHFD, C. 17, S. 1-2, s. 727.

¹³⁶ **Atamer**, Tacirler Arası Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları, s. 22-35.

¹³⁷ Alman hukukunda bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Herber**, R.: Wie lange will sich Deutschland noch ein wirtschaftsfremdes AGB-Recht leisten?, TranspR 2016, Heft 1, s. 1-2; **Rabe**, D.: Das Unternehmensrecht braucht eine neue Architektur, welche im Gegensatz zum Verbraucherschutz nach dem AGB-Recht steht (Ergänzende Anmerkung zur Herber, TranspR 2016, 1 ff), TranspR 2016, Heft 5, s. 191-193. Ayrıca bkz. **Atamer**, Tacirler Arası Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları, s. 23-24, dn. 23-27’deki diğer yazarlar.

¹³⁸ Yukarıda dn. 131’de yer alanlar dışında, **Atamer**’in tebliğinin tartışmalarında **Kırca**, **Bahtiyar** ve **Seven**’in bu yöndeki tespitleri için bkz. XXX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar (23 Aralık 2016), Ankara 2017, s. 43-47.

¹³⁹ **Atamer** Y., Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 56. Navlun veya taşıma ücreti ya da bunların kapsamında yer alan ücret alacakları için genel işlem koşulu denetimi yapılamaz. Zira, bunların belirlenmesi ve edimler arasındaki dengenin sağlanması piyasa adaletine göre olmaktadır (ayrıca bkz. **Kıran**, S.: Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti, Ankara 2018, s. 281).

2. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşullarının yargısal denetiminde, yürürlük denetimine dair BK m. 21 I aşılması gereken *ilk* basamaktır ve bu denetimde, koşulların *tümel* olarak sözleşmenin içeriğine dâhil edilerek sözleşmesel ilişkinin bir unsuru olup olmadığı incelenir (BK m. 21-22)¹⁴⁰. BK m. 21 I'e göre, karşı tarafın genel işlem koşulu kullanıldığı konusunda açıkça bilgilendirilmesi (*uyarılması*) ve ona genel işlem koşullarından haberdar olma imkânının verilmesi gerekir. Aksi hâlde, genel işlem koşullarının tamamı başka bir inceleme yapılmadan sözleşmenin içeriğine dahil olmaz; BK m. 21'in ifadesiyle yazılmamış sayılır. Fakat, tacirlerin TTK m. 18 II uyarınca "basiretli bir iş adamı" gibi davranma yükümlülüğü altında olması, yürürlük denetimi bakımından dikkate alınması gereken bir ölçüt olmalıdır¹⁴¹. Bu itibarla, tacir sıfatını haiz yükü ilgili, TTK m. 18 II sebebiyle, konteyner bekleme ve alıkoyma parasına dair kayıtlarla birlikte, konişmento veya deniz yük senedindeki genel işlem koşullarının *tümel olarak* bağlayıcı olmadığını BK m. 21 I'e dayanarak ileri süremez.

Denetimin *ikinci* basamağında yer alan BK m. 21 II'de ise, genel işlem koşulları *tümel* olarak değil de, ayrı ayrı yürürlük denetimine tâbi tutulur. Bu hükme göre sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan (= "şaşırtıcı") genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Tacirler arasındaki işlemlerde, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün BK m. 21'in birinci fıkrasının yanında ikinci fıkrasındaki şaşırtıcı genel işlem koşullarına dair denetimi de etkisiz kılıp kılmayacağı tartışma konusu yapılabilir¹⁴². Fakat bu

¹⁴⁰ BK m. 21 I'in genel işlem koşulları metnini *tümel* olarak denetime tâbi tuttuğu konusunda bkz. **Atamer Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 29.

¹⁴¹ Alman hukukunda tacirler arasındaki işlemlerde yürürlük denetimi (BGB § 305 II) ayrıca kabul edilmemektedir, *sadece* içerik denetimine başvurulur (BGB § 310 I). (Ayrıca bkz. **Aydoğdu, M.**: Genel İşlem Koşulları Şerhi [Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25], Ankara 2018, s. 47) Diğer mukayeseli hukuklarda da benzer tercihin geçerli olduğunu belirten **Atamer (Y.)**, tacirler arasındaki işlemlerde yürürlük denetiminin "gereksiz" olduğunu ve bu denetimin "çabuk" şekilde aşılması gerektiği belirtmektedir (**Atamer Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 35). Bu görüşe ek olarak, kanaatimizce, tacirler arasındaki işlemlerde TTK m. 18/2, gereksiz olduğu hiç şüphe götürmeyen bağlayıcılık denetimini etkisiz kılmaktadır. Aşağıda belirteceğimiz üzere, TTK m. 18/2'nin etkisi sadece bağlayıcılık denetimi açısından söz konusu olabilir, bu hüküm içerik denetimine engel olamaz. (Aksi görüş için bkz. **Kara, s. 727**)

¹⁴² BK m. 21/2'nin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü sebebiyle tacirler için uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. **Nomer, H. N.**: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2015, s. 73, dn. 213; **Topuz, M.**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1144, dn. 211.

tartışmadan bağımsız olarak, konumuz açısından, konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kayıtların şaşırtıcı nitelikte olduğu söylenemez. Taşıyan, konteyneri kullanma imkânından mahrum kalmasının riskini bu kayıtlar ile yönetebilir ve bugün için konteyner bekleme ve alıkoyma parasının hukuki rejimi denizcilik sektörüne *içkin* kayıtlarla düzenlenmektedir.

3. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, tacirler arasındaki genel işlem koşulları için tüketicilerde olduğu gibi geerlidir¹⁴³. Bu erevde, BK m. 25'te yer alan denetim konteyner bekleme ve alıkoyma paraları hakkında uygulanabilecektir.

BK m. 25'te yer alan içerik denetiminin bağlı olduğu lt dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafın aleyhine dengesizliğe sebep olmaktır¹⁴⁴. Konteyner bekleme ve alıkoyma parası hakkında bu ltn, navlun sözleşmesinin tacirler arasında kurulmuş olması gözetilerek uygulanması lâzımdır. Bu erevde, ilk yapılması gereken tespit, söz konusu kayıtların kendiliğinden (*per se*) dürüstlük kuralına aykırı olmadığıdır. Konteyner bekleme veya alıkoyma parasına dair anlaşmalar deniz ticareti hukuku açısından haklı menfaatlere ve amaçlara dayanır¹⁴⁵. Bu kayıtlara konişmento veya deniz yk senetlerinde yer verilmesinin yükle ilgililer için şaşırtıcı olmayacağını da zaten yukarıda belirtmiştik. Öte yandan, konteyner bekleme ve alıkoyma parasının miktarının belirli bir sınırı aşmasıyla birlikte bu kayıtlar yükle ilgililer aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde dengesiz bir durum yaratabilir. Dolayısıyla tek başına konteyner bekleme ve alıkoyma parasına dair kaydın kullanılmasından ziyade, bu kaydın yükle ilgili için ortaya koyduğu ekonomik yük içerik denetiminde önem taşıyacaktır.

Miktar açısından içerik denetimi uygulanırken, BK m. 25'in dürüstlük kuralına aykırılık için aradığı karşı tarafın aleyhine yaratılan dengesizliğin ls (derecesi) dikkate alınacaktır. Kaynak olarak gösterilen Alman hukukunda¹⁴⁶, "Konsey Yönergesi" m. 3 I'de¹⁴⁷ ve özel bir haksız rekabet hâlini

¹⁴³ Ayrıca bkz. **Atamer Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 35.

¹⁴⁴ Ayrıntısı için bkz. **Aydoğdu**, s. 266-279.

¹⁴⁵ Bu kayıtların deniz ticareti açısından önemi için bkz. *Best Practices As Proposed by FIATA: Demurrage and Detention In Container Shipping*, s. 2 (<https://fiata.com/media/documents-for-download.html>). (e.t. 28/7/2019)

¹⁴⁶ BGB § 307 II.

¹⁴⁷ "Tüketicilerde Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlara İlişkin 5 Nisan 1993 tarihli Konsey Yönergesi" (*Council Directive 93/13/ECC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts*). Konsey Yönergesi'nin 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında,

oluşturan TTK m. 55 I b. (f)'de içerik denetiminde önemli (ölçüsüz) düzeyde dengesizlik şartı aranırken, BK m. 25'te yer alan hükümde sadece dengesizliğin ortaya çıkması yeterli görülmüş; bu konuda açık, önemli veya esaslı bir dengesizlik şartına yer verilmemiştir. Bu noktadan hareket eden *Aydoğdu*, BK m. 25'in "basit (olağan) içerik denetimi"ni esas aldığı kabul etmektedir¹⁴⁸. Yazar'a göre, içerik denetimi için karşı tarafın aleyhine dengesizliğin yaratılması yeterlidir; dengesizliğin önemli düzeyde olmasına gerek yoktur ve kanunkoyucu bilinçli olarak dengesizliğin derecesi için önemli derecede olma şartını aramamıştır¹⁴⁹. Öğretideki diğer görüşe göre ise, BK m. 25'te dürüstlük kuralına aykırılığın yorumlanmasında hâkimin kullanabileceği somut ölçütler açıklanmamıştır; bu önemli eksiklik kural içi boşluk niteliğinde olup, bu boşluğun TTK m. 55 I b. (f)'de yer verilen¹⁵⁰ önemli ölçüde dengesizlik ölçütü ile doldurulması gerekir¹⁵¹.

tarafların hak ve borçlarında önemli şekilde dengesizliğin ("*significant imbalance*") bulunması durumunda dürüstlük kuralına aykırılığın ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir.

¹⁴⁸ *Aydoğdu*, s. 267.

¹⁴⁹ *Aydoğdu*, s. 268.

¹⁵⁰ Bu hükümde öncelikle genel kural tespit edilerek "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları"nın kullanılmasının haksız rekabet teşkil edeceği açıklanmıştır. Ancak, BK m. 25'ten farklı olarak hangi hâllerde dürüstlük kuralına aykırılığın ortaya çıkmış sayılacağı ise örnekseyici bir hükümle somutlaştırılmıştır: "Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan" veya "sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören" önceden yazılmış genel işlem şartlarının kullanımı dürüstlük kuralına aykırı görülmüştür. Böylece dürüstlük kuralına aykırılık için karşı tarafın aleyhine basit bir dengesizliğin yaratılması yeterli görülmemiş; önemli ölçüde kanuni düzenden veya sözleşmenin amacından sapılması aranmıştır.

TTK m. 55 I b. (f)'de yer alan haksız rekabet hâli ve dayandığı içerik denetimi için bkz. **Atamer Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 67 vd. ve ayrıca bkz. 50-52; **Uzunalli, S.**: Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İÜHFİM 2013, C. 71, S. 2, s. 383-420; **Kara**, s. 717 vd.; **Yağcıoğlu, A. H.**: Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Prof. Dr. Aydın Zevkililere Armağan, E-Journal of Yaşar University 2014, C. 8, Özel Sayı, s. 3057-3098; **Nomer-Ertan, F.**: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 348-388. Ayrıca rekabet hukuku açısından teşebbüslerin haksız nitelikteki genel işlem şartlarının hukuki sonuçları ve bu konuda başvurulacak özel denetim yolu için bkz. **Topçuoğlu, M.**: Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlalleri ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 19, S. 4, s. 3-70.

¹⁵¹ Bkz. **Atamer Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 43, 50 ve onu izleyen, **Havutçu, A.**: Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi: *Aksoy, H. C.* (Ed.): Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 100; **Ayan, S.**: Genel İşlem Koşulları Yönünden

Kanaatimizce, son anılan görüŖ benimsenmelidir ve tacirler arasındaki iŖlemler açısından BK m. 25'te kural içi boŖluđun bulunduğu kabul edilmelidir. Tacirler arasındaki iŖlemlerde, herhangi bir düzeyde dengesizliğin yaratılmasını yeterli gören basit içerik denetimi amaca uygun bir çözüm olmadığı gibi *sözleşme özgürlüğüne* de ölçüsüz bir müdahale anlamına gelecektir. İçerik denetiminin *ratio legis*'i sözleşmenin tarafları arasında *her türlü* dengesizliği ortadan kaldırmak değildir; sözleşme özgürlüğü ile hukuki güvenlik ilkesi uyarınca belirli bir düzeye kadar yaratılan dengesizlikleri geçerli görmek kaçınılmazdır¹⁵². Bu itibarla, tacirler arasındaki iŖlemlerde önemli dengesizlik Ŗartı konusundaki eksikliğin *de lege ferenda* açısından eleŖtirilmesinin ötesine geçilerek, kural içi boŖluđun varlığı kabul edilmelidir ve içerik denetiminde TTK m. 55 I b. (f)'deki önemli derecede dengesizliğe sebep olma ölçütü uygulanmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırılığın yorumunda bu hükümde yer alan kurallar uygulamacılar için yol gösterici olacaktır.

BK m. 25'in TTK m. 55 I b. (f)'deki önemli derecede dengesizlik Ŗartıyla birlikte uygulanması sonucu, miktar bakımından yapılacak değerlendirmede *kanuni* düzen(leme)den önemli derecede ayrılıp ayrılımadığı veya götürü tazminat anlaşmasının ya da ceza koŖulunun amacına önemli Ŗekilde aykırı hak ve borçların öngörölüp öngörülmediği araŖtırılacaktır. Tam da bu noktada, götürü tazminatı ve ceza koŖulu kıyaslaması ile bunların amaç ve iŖlevlerini bir kez daha hatırlayarak, konteyner alıkoyma ve bekleme parası üzerindeki içerik denetimine dair Ŗu sonuçlara ulaŖmaktayız:

Konteyner gecikme parası açısından:

(1) Konteyner gecikme parasının hukuki niteliğinin götürü tazminat olması hâlinde (kural olarak) dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilemeyecektir ve dolayısıyla içerik denetiminin eleğinden bu türden kayıtlar kolaylıkla geçebilecektir. Çünkü, bu durumda genel iŖlem koŖulu taşıyanın gerçek zararı ile uyumlu bir miktarı konu alacaktır; gerçek zarardan uzaklaŖan bir miktarın kararlaŖtırıldıđı hâlde artık ceza koŖulunun varlığı kabul edilmelidir.

(2) Götürü tazminatının amacı dikkate alındığında, *pratikte*, BK m. 25 ve TTK m. 55 I b. (f) ceza koŖulu niteliğindeki kayıtlar için uygulanabilir. Bu durumda ise, ceza koŖulunun "teminat iŖlevi", yani borçlu üzerinde ekonomik baskı yaratma aracı olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Çünkü, içerik

Türk Borçlar Kanunu İle 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un KarŖılaŖtırılması, içinde: Aksoy, H. C. (Ed.): Tüketicici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 111.

¹⁵² Atamer Y., Genel İŖlem KoŖullarının Denetlenmesi, s. 50.

denetiminde diğer tarafın aleyhine sapılan kuralın “temelinde yatan asli düşünce” öncelikle belirleyici olmaktadır¹⁵³. Ceza koşulunun amaçlarından biri teminat işlevini yerine getirmek olduğu için konteyner gecikme parası olarak kararlaştırılan miktarın bu amaçtan hangi ölçüde sapıldığı tespit edilmelidir.

(3) Ceza koşulunun teminat işlevinin ortaya çıkabilmesi için gerçek zararın üzerinde olması, önemli derecede dengesizliğe sebep olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. BK m. 25 ve TTK m. 55 I b. (f)’nin uygulanabilmesi (= dürüstlük kuralına aykırı şekilde önemli bir dengesizliğin oluşabilmesi) için ceza koşulu niteliğindeki konteyner gecikme parası, gerçek zararın çok üzerine çıkmalı ve daha da önemlisi bu miktar, baskı aracı olma işlevinin *önemli* şekilde aşmalıdır. Konteyner gecikme parasının gerçek zararın çok üzerinde bulunmadığı hâllerde dürüstlük kuralına aykırılık ortaya çıkmaz.

Konteyner bekleme parası açısından da yukarıdaki ilke ve esaslar geçerlidir. Gerçek olmayan ceza koşulunun da teminat işlevinin bulunduğu kabul edildiği için konteyner gecikme parası için yaptığımız açıklamalar kıyasen geçerli olacaktır.

4. Yorum Denetimi

Konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kaydın genel işlem şartı niteliğinde olduğu durumlarda, BK m. 23’te yer alan “düzenleyen aleyhine” (*contra stipulatorem*) yorum ilkesi de uygulama alanı bulur. Buna göre, yorumda belirsizliğin (şüphenin) ortaya çıktığı durumlarda konteyner gecikme ve bekleme parasına dair kayıt -kural olarak- *taşıyan aleyhine* yorumlanacaktır.

Yukarıda konteyner gecikme parasının hukuki nitelendirmesinde yorum için başvurulacak esasları açıklamaya çalışmıştık¹⁵⁴. Hukuki nitelendirme açısından BK m.23’teki yorum kuralının ne şekilde uygulanacağı ise, ayrı bir sorundur. Özellikle, sözleşmenin ihlâlinden sonra ortaya çıkan olgular -ilk tahlilde taşıyan lehine gözüken- ceza koşulu nitelendirmesinin taşıyan aleyhine sonuç doğurmasına sebep olabilir. Örneğin, ifanın çekincesiz kabulünde ceza koşulunun varlığı taşıyan aleyhine hukuki bir durum yaratacaktır. Bu gibi durumlarda, konteyner gecikme parasının hukuki niteliğinin yorumlanmasında geçerli bulunan *ex ante* değerlendirme düzenleyen aleyhine (*contra stipulatorem*) yorumda da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, geçmişe dönü-

¹⁵³ **Atamer** Y., Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 50.

¹⁵⁴ Bkz. yuk. IV C 2 ve IV D.

lerek konteyner gecikme parasının sözleşmesel ilişkiye dahil olduğu an itibariyle kaydın taşıyan aleyhine olup olmadığı değerlendirmelidir.

VI. KONTEYNERİN BEKLEMESİ VE GECİKMESİ SONUCU TAŞIYAN LEHİNE DOĞAN ALACAKLARIN BORÇLUSU

A. Konteynerin Beklemesinden Doğan Alacakların Borçlusu

1. Kanuni Düzen Açısından

Taşıtanın, tevdi sebebiyle konteynerin beklemesinden kaynaklanan giderlerden doğan sorumluluğu tevdiin TTK m. 1174'ün birinci ve ikinci fıkrasına dayanmasına göre farklılık gösterir¹⁵⁵. Birinci fıkraya göre, eşyayı kabul eden gönderilen sonradan eşyayı teslim almaz ise, gönderilenle birlikte taşıtan taşıyana karşı söz konusu giderlerden dolayı borç altında bulunur. Zira, bu ihtimâlde eşyanın teslimini talep etme hakkını kullanan gönderilen navlun sözleşmesinden doğan borç ilişkisine dahil olmakla birlikte (TTK m. 1203), henüz eşyanın teslimi gerçekleşmediği için taşıtanın borcu devam etmektedir (TTK m. 1205 I 1). İkinci fıkra uyarınca gönderilenin eşyayı teslimden kaçınması hâlinde ise, sadece taşıtan konteynerin beklemesinden doğan gider alacağından ötürü sorumlu olur (TTK m. 1207 I¹⁵⁶).

Gönderilen, gecikmeli olarak eşyanın teslimini talep etmesi veya süresinde talep etmesine rağmen, eşyayı geç teslim ederse, taşıyan lehine doğan gider alacağından ötürü TTK m. 1203 uyarınca borç altına girecektir¹⁵⁷. Şunu belirtmek gerekir ki, anılan maddeye göre, gönderilenin borç altına girebilmesi için eşyanın teslimini talep hakkının dayandığı navlun sözleşmesi veya konişmento ya da diğer bir denizde taşıma senedi uyarınca kendi-

¹⁵⁵ [e]TTK m. 1057 açısından gönderilenin eşyayı teslim almaması hâlinde tevdi giderlerinden ötürü taşıtanın borçlu olduğu yönünde bkz. **Çağa/Kender**, s. 61.

¹⁵⁶ TTK m. 1207'nin başlığında gönderilenin *eşyayı teslim almaması* hâli açıklanırken, birinci fıkrada *eşyanın teslimini talep etme hakkının kullanılmaması* (= eşyanın kabul edilmemesi) hüküm altına alınmaktadır. Bu açıdan, [e]TTK m. 1081'deki teslim alma ölçütü başlıkta korunurken, içerik TTK m. 1203 ile uyumlu şekilde teslimini talep etme hakkına bağlı kılınmıştır. Kanaatimizce, TTK m. 1534 I uyarınca başlığı da maddeye dahil olan 1207'inci maddedeki söz konusu çelişki de birinci fıkradaki hükme üstünlük tanınmalıdır. Ayrıca maddenin gerekçesi de bu yönde olup sadece eşyanın teslimini talep etme hakkının kullanılmasına odaklanmıştır. Bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 366.

¹⁵⁷ [e]TTK m. 1057 açısından eşyayı teslim eden gönderilenin tevdi giderlerini taşıyana ödemekle yükümlü olduğu yönünde bkz. **Akıncı**, S.: Deniz Hukuku - Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1968, s. 163; **Çağa/Kender**, s. 61.

sinin ayrıca yükümlü kılınması gerekir. Kanaatimizce, konteynerin teslim alınmasındaki gecikme sebebiyle taşıyanın (TTK m. 1176 I, II atfıyla) BK m. 107 I'e dayanan gider alacağı için gönderilenin navlun sözleşmesi veya deniz taşıma senedi uyarınca özel olarak yükümlü kılınmasına gerek yoktur. Kanaatimizce, TTK m. 1203'ün sonunda yer alan gönderilenin "üstüne düşen diğer bütün borçlar" ifadesinin kapsamına¹⁵⁸ konteynerin beklemesi sebebiyle BK m. 107 I'e dayanan gider alacağı girmektedir ve bu alacaklar için *mutlaka* gönderilenin navlun sözleşmesi veya deniz taşıma senedinde özel olarak yükümlü kılınması şartı aranmamalıdır.

Kanuni düzende konteynerin gecikmesi sebebiyle taşıyan lehine doğan gecikme tazminatından ötürü ise, eşya ile birlikte konteyneri teslim alan gönderilen sorumludur.

2. Sözleşmesel Düzen Açısından

Taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan konteyner bekleme parası açısından kanuni düzende taşıyanın borçlu sıfatı için yaptığımız tespitler aynen geçerlidir (TTK m. 1205, 1207). Gönderilenin ödeme yükümlülüğü ise, kanuni düzene göre farklılık gösterir; artık bu durumda, TTK m. 1203'ün girişindeki şarta göre ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Buna göre, gönderilenin konteyner bekleme parasından ötürü sorumluluğunun doğabilmesi için eşyanın teslimini talep hakkının dayandığı konişmentoda veya diğer denizde

¹⁵⁸ **Prüßmann/Rabe**, AlmTK[e] § 614'te yer alan gönderilenin yerine getirmesi gereken diğer yükümlülüklerin konişmentonun yanında kanundan da doğabileceğini kabul etmektedir (§ 614, D 2 d, s. 556; **Rabe**, § 614, N. 20; *krş.* **Çağa/Kender**, s. 233 ve 235). Bize göre de, TTK m. 1203'te yer alan gönderilenin üstüne düşen diğer bütün borçlar açısından söz konusu görüş benimsenmelidir. Bu bağlamda, gönderilenin temerrüdü sebebiyle, (TTK m. 1176 I, II atfıyla) BK m. 107 I'den doğan giderleri ödeme borcunun kanundan doğduğuna dikkat çekilmelidir. Dahası, BK m. 107 I uyarınca ödeme borcu taşıyan değil, eşyanın teslimi konusunda yetkili olan ve dolayısıyla *alacaklı* sıfatına sahip olan gönderilen üzerinde (eşyayı kabul etme şartına bağlı olarak) doğmaktadır. Buna karşılık, kanuni düzenden farklı olarak taraflar konişmento veya deniz yük senedinde konteynerin gönderilen tarafından zamanında teslim alınmamasının sonucunu götürü bir miktar ile belirlemişler; yani konteyner bekleme parası öngörülmüş ise, bu konudaki borcun gönderilene karşı ileri sürülmesi, gönderilenin konişmentoda (veya başka bir denizde taşıma senedinde) borçlu kılınmasına bağlı olacaktır. Şunu da ekleyelim ki, **Rabe** (§ 614, N. 20), konişmentolarda yer alan konteyner bekleme parasına dair kayıtlardan ötürü gönderilenin ödeme yükümlülüğünü AlmTK[e] § 614'te yer alan yerine getirilmesi gereken diğer yükümlülükler ifadesinin kapsamına sokmaktadır. *Yazar*, AlmTK[e] § 614'te (= [e]TK m. 1069) sınırlayıcı bir ifade olduğu için konteyner bekleme parasından doğan borcu bu kapsamda ele almıştır. TTK m. 1203'te ise, kaynak hükümlerden farklı olarak, eşyanın tesliminin dayandığı sözleşme veya deniz taşıma senedindeki "bütün alacaklar"dan söz edilmektedir.

taşıma senetlerinde ya da navlun sözleşmesinde bu konuda ayrıca yükümlü kılınmalıdır (TTK m. 1203 I). Gönderilen anılan şekilde yükümlü kılınmadan konteyner bekleme parasının kendisine karşı ileri sürülmesi mümkün olmaz. Gönderilen konişmento veya diğer denizde taşıma senedinde ya da navlun sözleşmesinde ödeme yükümlülüğü altında ise, eşyanın teslimini talep etmesiyle birlikte gerek o ana kadar doğan konteyner bekleme parasından gerekse de devamında doğacak olandan borçlu hâle gelir. Eşyanın teslimine kadar taşıtan da bu borçtan gönderilenle birlikte müteselsilen sorumludur (TTK m. 1205 I 1). Teslim ile birlikte ise, taşıtanın borcu sona ererken, artık taşıyana karşı sadece gönderilen ödeme yükümlülüğü altında olur.

Konteynerin beklemesi hakkında konişmentoda veya diğer bir denizde taşıma senedinde *taşıyanın tarifesine* atıfta bulunulduğunda gönderilenin ödeme yükümlülüğü altında olup olmadığı atıf *yöntemine* göre belirlenecektir. Şayet konişmentoda veya diğer bir denizde taşıma senedinde gönderilenin konteyner beklemesi durumunda sorumluluğuna dair açık bir hüküm yer almadan, sadece tarifeye atıfta bulunulmuş ise, tarifede yer alan gönderilenin ödeme yükümlülüğüne dair kayıtlar onu bağlamayacaktır. Başka bir ifadeyle bu ihtimâlde gönderilen TTK m. 1203 I uyarınca ödeme yükümlülüğü altında bulunmaz. Diğer yandan, konişmentoda veya diğer bir denizde taşıma senedinde gönderilenin konteynerin beklemesi hâlinde taşıyanın tarifesindeki şartlar altında sorumlu olacağı belirtilmiş ve gönderilenin tarife hakkında bilgi sahibi kılınması sağlanmış ise¹⁵⁹, bu hâlde gönderilene karşı ödeme yükümlülüğünün doğacağını düşünürüz.

B. Konteynerin Gecikmesinden Doğan Alacakların Borçlusu

1. Kanuni Düzen Açısından

Konteynerin gecikmesi, eşya ile dolu konteynerin gönderilen tarafından tesellümüne bağlı olduğu için konteyner gecikme parasından ötürü sadece gönderilen borç altında bulunur. Taşıtanın bu konuda ödeme yükümlülüğü bulunmayacaktır (TTK m. 1205 I; m. 1207 I).

2. Sözleşmesel Düzen Açısından

Sözleşmesel düzen açısından ise, konteynerin gecikmesi hâlinde konişmentoda veya diğer bir taşıma senedinde yer alan ya da taşıyanın tarifesinde

¹⁵⁹ Örneğin, tarifeye taşıyanın internet sitesinden erişilebileceği konişmentoda veya diğer bir denizde taşıma senedinde yer alabilir veya bu belgeler devredilirken gönderilene ayrıca tarife teslim edilebilir. Ancak bütün bu hâllerde gönderilenin tarife hakkında bilgi sahibi kılındığının ispat yükü (MK m. 6) taşıyan üzerinde olacaktır.

düzenlenen şartlar çerçevesinde gönderilenin ne şekilde ödeme yükümlülüğü altında olacağı konusunda, yukarıda incelediğimiz konteynerin beklemesindeki tespitler aynen geçerlidir¹⁶⁰. Şunu da ekleyelim ki, TTK m. 1203 I uyarınca gönderilenin sözleşmesel şartlar konusunda ödeme yükümlülüğü altında olmaması kendisinin kanuni düzenden doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Konteynerin gecikmesi borçlunun temerrüdü niteliğinde olduğu için taşıyanın gönderilenden talepte bulunması mümkündür.

VII. ZAMANAŞIMI

Konteyner beklemesi veya gecikmesi sebebiyle taşıyan lehine doğan alacaklar bir yıllık zamanaşımına bağlıdır (TTK m. 1246)¹⁶¹. Bu süre alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla gün üzerinden konteyner bekleme ve gecikmesi parasının kararlaştırıldığı durumlarda, her günün sonunda doğan alacak için ayrıca bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Söz konusu alacaklar zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu için (TTK m. 5a) arabuluculuk sürecinin başlatılmasıyla sona ermesine kadar geçen sürede zamanaşımı duracaktır (HUAK m. 16 II).

VIII. HAPİS HAKKI

Taşıyanın konteynerin beklemesi ve gecikmesinden doğan alacakları eşya üzerindeki hapis hakkı ile temin edilmektedir (TTK m. 1201, 1204). Çalışmanın konusunu hapis hakkı oluşturmadığı için konuyla ilgili kaynaklara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁶². Fakat, bu noktada uygulamada karşılaşılan şu sorunu tartışmaya açmak istiyoruz: Eşya üzerinde hapis hakkını kullanan taşıyan konteynerin beklemesi için ayrıca alacak talebinde bulunabilir mi? Bu soruya yanıt verilirken, öncelikle hapis hakkını kullanan taşıyanın, yüke özen borcunun yanında, TMK m. 945'e göre eşyayı koruma yükümlülüğü altına girdiği hatırlanmalıdır. Taşıyan hapis hakkının konusunu oluşturan eşyanın korunması için yaptığı giderleri saklama (vedia) sözleşmesi hükümlerine (BK m. 561), bakımı için yaptığı giderleri ise vekâletsiz iş görme hükümlerine (BK m. 529) kıyasen yükle ilgiliden talep edebilir. Konteyner ise, hapis hakkının kullanıldığı süre boyunca eşyayı koruma yükümlülüğün

¹⁶⁰ Bkz. yuk. VI A 2.

¹⁶¹ [e]TTK m. 1262 V açısından bu yönde bkz. Y. 11. HD, 12.06.2018, E. 2016/10464, K. 2018/4457 (YargıtayBB).

¹⁶² **Türkel**, D. T.: Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Alacakları İçin Eşya Üzerindeki Hapis Hakkı İle Teslimden Sonraki Rehin Hakkı, *BATİDER* 2018, C. 34, S. 2, s. 353-439; **Aytekın**, M. U.: Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları, Ankara 2010, s. 149 vd.; **Atamer**, K.: Deniz Ticareti Hukuku Cilt IV, Deniz İcra Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 393 vd.

ifasında taşıyanın menfaatlerine hizmet etmektedir. Taşıyan, konteynerden eşyayı antrepoya boşaltmak yerine, konteyner ile eşyanın muhafazasını sağlayarak hapis hakkını kullanmaktadır. Bekleme süresince konteyner TMK m. 945'ten doğan eşyayı koruma borcunun ifasına hizmet etmektedir. Konteynerin bu şekilde kullanılması normal şartlarda yükle ilgilinin de menfaatinedir. Zira, eşyanın antrepoya boşaltılması durumunda taşıyanın antrepo ücretini yükle ilgiliden vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep etmesi mümkündür. Bunun yerine, eşyanın konteynerde kalması söz konusu ücretin yükle ilgili aleyhine doğmasını engelleyecektir. Bunlar dikkate alındığında, hapis hakkının kullanıldığı dönem boyunca taşıyanın eşyanın konteynerde korunması sebebiyle vekaletsiz iş görme hükümlerine göre uygun bir alacak talebinde bulunması mümkündür. Söz konusu alacak belirlenirken, kanımızca denizcilik sektöründeki konteynerin tedarik etme maliyetleri dikkate alınmalıdır. Fakat, taşıyanın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edeceği bu miktar yukarıda açıklamaya çalıştığımız konteyner bekleme parası değildir. Taşıyan, hapis hakkını kullanırken sözleşmesel düzende belirlediği konteyner bekleme parasını yükle ilgiliden talep edemez. Çünkü, söz konusu alacağın doğması için konteynerin beklemesinin eşyanın tesellümü noktasında alacaklının temerrüdü olgusuna dayanması şarttır. Bizzat taşıyanın hapis hakkının kullanılması için konteynerin gönderilene teslim edilmesinin hâlinde konteyner bekleme parası doğmaz¹⁶³.

IX. ASIL VE ALT TAŞIMA İLİŞKİLERİNDE RÜCU SORUNU

Asıl taşıyanın, -çoğu zaman donatan konumundaki- alt taşıyana ödediği konteyner bekleme ve gecikme parasını asıl navlun sözleşmesinin yükle

¹⁶³ Y. 11. HD'nin 09.02.2015 tarihli ve E. 2014/9261, K. 2015/1514 sayılı *onama* kararında yerel mahkeme, (karayolu taşımaları açısından) taşıyıcının hapis hakkı kullanılması sebebiyle doğduğunu ileri sürdüğü *bekleme parasını* reddederken, hapsedilen eşya için ödenen depo ücretinin talep edebileceğini şu şekilde kabul etmiştir: "Mahkemece, iddia, savunma benimsenen bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, (...) karşı davada; davalı-karşı davacının hapis hakkına dayanak olarak ileri sürdüğü 11.000,00 TL navlun bedeli talebinin, delil olarak sunulan iki adet irsaliyede araçların İstanbul'dan Sivas'a değil Silivri'ye taşındığına dair kayıtların bulunduğu, taşıma işinin davalı'den alındığını gösteren herhangi bir kanıt sunulmadığı ancak, davalı-karşı davacının dava konusu emtianın taşınması nedeniyle, hizmeti karşılığında 4.000,00 TL navlun bedeline hak kazandığı, bu bedelin 25/11/2009 tarihli ihtarnamenin davacı-karşı davalıya tebliğ olduğu 03/12/2009 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davacı-karşı davalıdan tahsili ile *davalı-karşı davacıya ödenmesine, davalı-karşı davacının dava konusu emtianın bekleme ücreti olarak talep ettiği 11.900,00 TL'lik talebinin ise yükün indirilmek-sizin bekletilme sebebi anlaşılmadığından reddine ancak, 2.265,00 TL tutarındaki dava konusu emtianın muhafaza ücreti talebinin ise kabulüne karar verilmiştir*".

ilgisinden ne şekilde talep edeceği uygulamada karşılaşılan bir başka önemli sorunu oluşturmaktadır¹⁶⁴. Asıl ve alt navlun sözleşmeleri birbirinden bağımsız olduğu için alt taşıyana, alt navlun sözleşmesi hükümlerine göre ödenen konteyner bekleme ve gecikme parası doğrudan doğruya yükle ilgiliden talep edilemez. Ayrıca, ödenen bu paralara -komisyon vb. adı altında belirli bir miktar eklenecek talepte bulunulması da mümkün değildir. Asıl taşıyan, konteynerin gönderilen tarafından teslim alınmaması veya teslim alınıp da, zamanında iade edilmemesinin asıl navlun sözleşmesi üzerindeki sonuçlarına göre yükle ilgiliden talepte bulunmalıdır. Dolayısıyla, alt navlun sözleşmesinde kararlaştırılan konteyner bekleme ve gecikme paraları mevcut iken, asıl navlun sözleşmesinde bu tür özel bir anlaşmanın bulunmaması asıl taşıyanın durumunu kötüleştircektir. Asıl taşıyanın menfaatlerinin korunması için en azından alt navlun sözleşmesiyle örtüşen oranlarda konteyner bekleme ve gecikme paralarına dair anlaşmaların asıl navlun sözleşmesinin içeriğine dâhil olması gerekir.

¹⁶⁴ Alman/Türk deniz taşıma hukukunda, genel olarak asıl ve alt navlun sözleşmesine ait terimler diğer taşıma türlerinden *farklı* olarak kullanılmaktadır. Buna göre, kendisine ait veya kiraladığı gemiyi kullanarak (donatan veya gemi işletme müteahhidi sıfatıyla) başka bir navlun sözleşmesinin ifasına hizmet edecek şekilde taşımayı üstlenen kişi “asıl” taşıyan, bu taşıyanın taraf olduğu navlun sözleşmesi ise “asıl” navlun sözleşmesi olarak anılır (**Wüstendörfer**, H.: *Neuzeitliches Seehandelsrecht - mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationalen Rechts*, 2. Auflage, Tübingen 1950, s. 234; **Rabe**, § 485 N. 79; [e]TTK dönemi için bkz. **Okay**, s. 28, 29; TTK dönemi için bkz. **Kender, R./Çetingil, E./Yazıcıoğlu, E.**: *Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler C. I*, 14. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2019, s. 159, 160; **Kaner, İ. D.**: *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmeleri*, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 13; **Ülgener, M. F.**: *Çarter Sözleşmeleri II, Zaman Çarteri Sözleşmeleri*, İstanbul 2016, s. 292-296). Bu hukuki ilişkide asıl taşıyan alt taşıyanın ifa yardımcısı konumunda bulunmaktadır. Diğer taşıma türlerinde ise, bir taşıma sözleşmesindeki taşıma ediminin ifasına hizmet eden sözleşme alt taşıma sözleşmesi, bu sözleşme uyarınca taşımayı üstlenen kişi ise alt taşıyıcıdır (bkz. **Koller, I.**: *Transportrecht - Kommentar*, 6. Auflage, München 2007, § 407, N. 8). Deniz taşımalarındaki tercihin normatif temelini Türk hukuku açısından E-TTK m. 1060’da yer alan “asıl taşıyan” terimi oluşturmuştur. Öte yandan **Herber**, asıl navlun sözleşmesine ait Alman hukukundaki terminolojinin yanıltıcı olduğunu belirtmekte ve genel kabul gören terimin sözleşmeden doğan borç ilişkisinin genel yapısına uymadığını belirterek, eleştirisini sunmaktadır (**Herber, R.**: *Seehandelsrecht - Systematische Darstellung*, Berlin - New York 1999, s. 245). [e]TTK m. 1060’ı karşılığını oluşturan TTK m. 1177’de “asıl” ifadesine yer verilmiştir. Bunu dikkate alarak ve özellikle diğer taşıma türleri ve iş görme sözleşmesindeki (*alt eser sözleşmesi, alt yüklenici vb.*) kavramlar ile uyumun sağlanabilmesi için başka bir navlun sözleşmesindeki taşıma taahhüdünün ifasına hizmet eden sonraki navlun sözleşmelerini *alt navlun sözleşmesi*, bu sözleşmeler uyarınca eşyayı deniz yoluyla taşımayı taahhüt eden kişiyi de *alt taşıyan* olarak anmayı tercih ediyoruz.

X. MSC MEDITERRANEAN SHIPPING CO. SA v. COTTONEX ANSTALT DAVASININ GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

İngiliz hukukunda, *common law*'un kabul ettiği bir ilke olarak gerçek zarar miktarını aşan ceza koşulu (“*penalty clause*”) geçerli sayılmamaktadır. Bu sebeple, götürü tazminat (“*liquidated damages*”) bu hukuk düzeninde büyük öneme sahiptir. Konişmentoda veya deniz yük senedinde yer alan konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kayıtların İngiliz hukukunda geçerli olması bunların götürü tazminat olarak ele alınmasına bağlıdır. Ceza koşulunun varlığının tespit edilmesi durumunda bekleme ve gecikme paralarına dair kayıtlar geçersiz olacaktır. *Common law*'un kabul ettiği bu genel çerçeve içinde ise, *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt* davasında konteyner bekleme parasına (*container demurrage*) dair esaslar tartışılmış ve karara bađlanmışır¹⁶⁵. Dava konusu uyuşmazlığın dayandığı olaylar ise şu şekildedir:

1. Taşıtan, 7 Nisan 2011 ile 4 Haziran 2011 tarihleri arasında *Bender Abbas* (İran) ve *Jebel Ali* (BAE) limanından *Chittagong*'a (Bangladeş) pamuk kolilerinin taşınması için taşıyan ile anlaşmıştır. Konteynerlere doldurulan pamuk yükünün tamamı 5 konişmento altında ve toplam 3 seferde varma limanına taşınmıştır. İlk taşımada 19, ikincisinde ise 12 konteyner *Bandar Abbas*'ta; üçüncü taşımada ise, 4 konteyner *Jebel Ali*'de gemiye yüklenmiş ve böylece, toplamda 35 konteynerin *Chittagong*'a taşınması sağlanmışır.
2. Her bir konişmentoda konteynerin varma limanında kullanımı için 14 günlük serbest zaman yer almaktadır ve bu sürenin ardından gün üzerinden bekleme parası doğmaya başlayacaktır.
3. Taşıtan pamukları konişmentoda gönderilen olarak yer alan Bangladeş'teki *Regent Spinning Mills Ltd.* unvanlı bir şirkete satmış ve taraflar arasında ödemenin teyitli akreditifle yapılması kararlaştırılmışır. Bu çerçevede, *Islamic Bank* tarafından taşıtan lehine akreditiği açılmış ve bu Londra'daki *Habib Bank* tarafından onaylanmışır.
4. Konteynerler *Chittagong* limanında 13 Mayıs ve 27 Haziran arası farklı günlerde boşaltılmışır. Gelgelelim, ham pamuk fiyatlarındaki

¹⁶⁵ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), 27 July 2016, [2016] 2 C.L.C. 272. Bu kararın incelenmesi için ayrıca bkz. **Bozkurt**, s. 146-148.

sert düşüşün ardından, taşıtan ve gönderilen arasında konşimentoların tarihlenmesi hususunda bir anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. Hattâ, gönderilen akreditifin ödenmemesi için *Dhaka* Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Diğer yandan taşıtan ilk iki taşıma için satım bedelini konişmento ve diğer belgeleri onay bankasına ibraz ederek akreditif yoluyla tahsil etmiştir. Üçüncü taşıma için ise, ödeme yapılmamasına karşın akreditif belgeleri *Habib Bank* tarafından kabul edilmiştir. Bunun sonucunda taşıtan eşya üzerinde mülkiyetin gönderilene geçtiğini düşünmüştür. Sonuç olarak ise, ne taşıtan ne gönderilen ne de başka kişi gemiden boşaltılan pamuk yüklerini teslim almak istemiş ve 35 konteynerler gümrük idaresinin denetimi altında limanda kalmıştır.

5. Konşimentolar, taşıyana belirli şartlar altında konteynerlerden eşyayı boşaltmaya ve eşya üzerinde tasarrufta bulunmaya izin vermektedir; ancak, *Chittagong*'taki gümrük idaresi taşıyan veya başka bir tarafın mahkeme kararı olmaksızın böylesi bir davranışa izin vermeyeceklerini belirtmiştir. O ana dek eşyanın konteynerlerden çıkarılması hususunda bir mahkeme kararı da verilmemiştir.
6. 27 Eylül 2011'de, içinde bulunulan çıkmaz birkaç hafta boyunca çözüme ulaşmayınca, taşıtan taşıyana şu bildirimde bulunmuştur: "*Pamuk fiyatlarındaki düşüşün sonucunda yük üzerinde mülkiyetimiz bulunmadığını ve malların esasında Habib Bank (Londra) ve İslami Bank'a ait olduğunu bildirdik (...). Bankalar arası karışıklık çözülür çözülmez ödemeleriniz banka tarafından tamamıyla karşılanacaktır. Tarafımız durumu izlemekte, takip etmekte ve gelecek haberleri sizinle anında paylaşacaktır*".
7. 2 Şubat 2012'de ise, çıkmazı sona erdirebilmek için taşıyan, taşıtana konteynerleri satmayı önermiş; ancak, konteynerler için talep edilen bedelin yüksek olmasını gerekçe göstererek taşıtan bunu kabul etmemiştir. (Söz konusu tarihte, *Chittagong*'ta ikâme konteynerlerin tanesinin 3.262-USD üzerinden temin edilebileceği belirlenmiştir.)

Taşıyan, 10 Haziran 2013 tarihinde düzenlediği yazılı talep ile 30 Nisan 2013 tarihine kadar 577.184-USD tutarında bekleme parasını talep etmiş; ve bu bedelin aynı zamanda günlük 840-USD olarak tahakkuk etmekte olduğunu belirtmiştir. Taşıyanın talebi, bekleme parasının konteynerlerin teslim edilene kadar bu oranda tahakkuk etmeye devam etmesini konu almıştır. Yargılama başladığında ise, taşıtan, iki nokta üzerinden savunmalarını ortaya

koymuřtur¹⁶⁶: (1) Taşıyan, konteynerin iade edileceği yeri kendilerine bildirmemiştir ve bu sebeple bekleme parası doğmaya başlamayacaktır. (2) Ayrıca taşıyan konteynerleri boşaltma ve eşya üzerinde tasarrufta bulunma yahut bunların yerine, ikâme konteyner satın alma yetkisine sahiptir. Bu yollara başvurmayan taşıyan zararın artmasına sebebiyet vermiştir. Diğer yandan, taşıtan vekili yargılama aşamasında şu argümanı ortaya atarak savunmasını genişletmek istemiřtir¹⁶⁷: Taşıtan, öngörülebilir bir gelecekte konteynerleri iade etme imkânına sahip olmayıp, bu durum sözleşmenin *esaslđ ihlâli* anlamına gelecektir ve bu andan sonra, bekleme parası ödeme yükümlülüğünün doğmayacağını taşıyan kabul etmek zorundadır. Taşıtanın söz konusu savunmasının mahkeme tarafından yargılamada tartışılması kabul edilmiş ve bu konuda taraflara ek açıklama hakkı da verilmiştir.

Yargılama sonucunda Hakim *Leggart*, taşıyanın 14 günlük serbest sürenin sona erdiği günden başlamak üzere 27 Eylül 2011 tarihine kadar geöen süre zarfında, bekleme parasına hak kazandığını kabul etmiřtir¹⁶⁸. Ayrıca Hakim, davalının yargılamanın başında ileri sürdüğü savunmaları reddetmiştir. Taşıtanın sözleşmeden doğan iade borcunu yerine getiremeyeceğini beyan etmesinin, gün üzerinden doğmakta olan konteyner bekleme parası üzerindeki etkisinin ne olacağı ise, hakim *Leggart*'ın üzerinde durduğu esas konuyu oluşturmaktadır. Ona göre, 27 Eylül 2011 tarihindeki bildirim ile taşıtanın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği ortaya koyulmuştur. Bu durum ise, taşıma sözleşmesinin “esaslđ ihlâli” (“*repudiatory breach*”) anlamına gelmektedir. İngiliz hukukunda, sözleşmenin borçlu tarafından esaslđ bir şekilde ihlâli hâlinde alacaklı -tazminat haklarıyla birlikte- sözleşmeyi sona erdirmek veya ihlâle rağmen alacağın ifasını talep etmek seöimlik haklarına sahiptir. Bu açıdan alacaklı açışından kendiliğinden esaslđ ihlâlde sözleşmenin sona ermesi sonucu ortaya çıkmamaktadır. Öte yandan, dava konusu olayda hakim *Leggart*'a göre, taşıtanın 27 Eylül 2011'deki bildirimini ile ticari yolculuğun amacının ortadan kalması sebebiyle artık taşıyanın sözleşmenin ifa edileceği yönünde haklı bir beklentiye sahip olmayacağı da söylenemez. Dolayısıyla sözleşmenin ayak tutulması konusunda taşıyanın meşru bir menfaati bulunmamaktadır.

¹⁶⁶ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 278 (N. 5).

¹⁶⁷ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 278 (N. 5).

¹⁶⁸ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 278, 279.

Hakim *Leggart*'ın yukarıdaki yorumu, konteyner bekleme parasının ceza koşulu olarak yorumlanmaması için de bir gerekçe olarak kullanılmıştır¹⁶⁹. Zira, taşıtanın ödemekle yükümlü olduğu bekleme parasının belirli bir zaman dilimiyle sınırlanmaması bu konudaki kaydın ceza koşulu olduğu anlamına gelebilirdi. Fakat, 27 Eylül 2011'e kadarki bekleme parasından ötürü taşıtanın sorumlu tutulması ceza koşulu yerine götürü tazminatın varlığını kabul etmeyi gerektirmiştir.

Temyiz yargılaması sırasında ise, esas olarak aşağıdaki konular üzerinde inceleme yapılmıştır¹⁷⁰:

- i. Taşıtanın hangi andan itibaren konteyner bekleme parasından ötürü ödeme yükümlülüğü altında olup olmadığı,
- ii. Hakimin 27 Eylül 2011'de ticari yolculuğun amacının ortadan kalktığı tespitinin doğru olup olmadığı,
- iii. Değil ise, 2 Şubat 2012'de taşıyanın konteynerlerin satışı konusundaki önerisiyle yolculuğun ticari amacı ortadan kalkmış olup olmayacağı,
- iv. Taşıtanın sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlâl etmesi hâlinde, taşıyanın sözleşmeden doğan yükümlülüklerin sona erdiğini kabul etmek zorunda olup olmadığı.

Yukarıdaki sorunların yanında, ayrıca şu ikincil noktalar da temyiz incelemesinin konusu olmuştur:

- i. “Dürüstlük kuralı”na (= “*good faith*”) uygun davranma ödevinin taşıyanın konteyner bekleme parası üzerinde etkide bulunup bulunmayacağı,
- ii. Konişmentoda yer alan konteyner bekleme parasına dair kaydın ceza koşulu olup olmadığı,
- iii. Taşıyanın beklemeden kaynaklanan zararı azaltma yükümlülüğünü ihlâl edip etmediği.

Temyiz incelemesinde öncelikle konteynerlerin gemiden boşaltılmasından itibaren serbest zamanın işlemeye başlayacağı, *bu konuda taşıyanın ayrıca teslim yerini göstermesinin gerekmediği kabul edilmiştir*. Diğer yandan Temyiz Mahkemesi, hakim *Leggart*'ın 27 Eylül 2011'de yolculuğun

¹⁶⁹ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 279 (N. 11).

¹⁷⁰ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 280 (N. 13).

ticari amacının ortadan kalktığı görüşüne karşı çıkmıştır. Buna göre, söz konusu tarihte taşıtan tarafından gönderilen bildirim, yolculuğun ticari amacının ortadan kalktığını gösteremez. 27 Eylül 2011 ticari amacın ortadan kalktığını söylemek için çok erken bir tarihtir. Diğer yandan, 2 Şubat 2012’de taşıyanın aralarındaki çıkmazı sona erdirmek için konteynerlerin satışını taşıtana önermesi ve fakat, bu önerinin kabul edilmemesiyle yolculuğun ticari amacının ortadan kalktığı sonucuna ulaşmak gerekir¹⁷¹. Bu tarihe kadar taraflar arasındaki görüşmeler devam etmesine karşın, söz konusu teklifin reddi ile birlikte konteynerlerin ileride taşıtan tarafından iade edilemeyeceği olgusu belirli hâle gelmiştir.

Taşıtanın sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmesinin sözleşmeden doğan yükümlülükler üzerindeki etkisi ise şu şekilde değerlendirilmiştir¹⁷²: (1) Sözleşmenin esaslı şekilde ihlâli kendiliğinden sözleşmenin sona erdirilmesine ve dolayısıyla tarafların yükümlülüklerinden kurtulmalarına yol açmaz. İhlâlde bulunmayan diğer tarafın, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası veya sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda seçimlik hakkı bulunmaktadır. (2) Diğer yandan, bu sonuç değerlendirilirken, ihlâlde bulunmayan tarafın yükümlülüklerin ifası konusunda ısrarda bulunarak sözleşmeyi ayakta tutmasının haklı bir menfaate dayanıp dayanmadığı önem taşır. (3) Dava konusu olayda ise, hâlihazırda doğmuş bulunan bekleme parası konteynerlerin değerlerini aşmıştır; ayrıca *Chittagong* limanında taşıyanın ikâme konteyner elde etmesi de mümkündür. (4) Taşıyanın iadesini beklediği konteynerler için bekleme parasına hak kazanmasından başka sözleşmeyi ayakta tutması konusunda haklı bir menfaati yoktur. Bu durumda taşıyanın sözleşmeyi ayakta tutması için ısrarda bulunması herhangi bir şekilde makul görülemez.

Yukarıdaki tespitlere bağlı olarak, taşıyanın gerek 2 Şubat 2012’ye kadar konteyner bekleme parasına gerekse de bu tarih itibarıyla, 35 adet konteynerin zıyaı sebebiyle ikâme konteyner bedelleri üzerinden hesaplanacak maddi tazminata hak kazanacağı kabul edilmiştir¹⁷³.

Temyiz Mahkemesi’nin bu kararıyla 35 adet konteyner için talep edilen günlük toplam 840 USD’lik bekleme parasının ceza koşulu olmadığı, charter sözleşmelerinde kararlaştırılan sürastarya paraları gibi, bunların da götürü

¹⁷¹ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 281-285.

¹⁷² *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 285-290.

¹⁷³ *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt*, Court of Appeal (Civil Division), [2016] 2 C.L.C. 274 (N. 5).

tazminat niteliğine sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Esasında konteyner başına 24 USD'ye karşılık gelen miktarın taşıyanın gerçek zararının üzerine çıkıp çıkmadığının kararda özel olarak tartışılmadığını da belirtmeliyiz. Buna karşılık, konteynerlerin artık iade edilemeyeceğinin anlaşıldığı andan itibaren taşıyanın ilerideki günler için konişmentodaki kayda dayanarak bekleme parası talep edemeyeceği önemli bir ilke olarak ortaya konulmuştur.

Kararda, taşıyanın konteynerleri geri alma imkânı üzerinde durularak, kendisinin konteynerin beklemesindeki etkisi de tartışmaya açılmıştır. Ne var ki, somut olayda, taşıyanın mahkeme kararı olmadan konteynerleri geri alma imkanına sahip olmadığı göz önüne alınarak zararı artırma yükümlülüğünü ihlâl etmediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla taşıyanın, konteyneri geri alma yetkisini fiili olarak kullanabildiği ve bu yetkinin kullanılmasının kendisinden beklenebildiği durumlarda, bundan kaçınarak konteynerin beklemesine sebebiyet vermesi gelecekteki davalarda taşıyana karşı kullanılabilir önemli bir savunma sebebi teşkil edebilir.

SONUÇ

Çalışmada yapılan tespitleri ve savunduğumuz görüşleri şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Taşıyan tarafından tedarik edilen konteyner varma limanında gemiden boşaltılmasından itibaren navlun sözleşmesinde kararlaştırılan sürede (serbest zaman) veya böyle bir süre yok ise, makul bir süre içerisinde gönderilen tarafından teslim alınmadığında “konteynerin beklemesi” (“*container demurrage*”) olarak anılan ifa engeli ortaya çıkmaktadır. Bu hâlde konteyner eşya ile dolu olarak taşıyanın zilyetliğinde ve dolayısıyla kontrolünde bulunur; ancak içerisindeki eşya sebebiyle taşıyan konteyneri kullanmaktan yoksun kalmaktadır.

2. Konteynerin gönderilen tarafından *tesellümünden sonra*, navlun sözleşmesinde kararlaştırılan sürede (serbest zaman) veya böyle bir süre yok ise, makul bir süre içerisinde boş olarak taşıyana veya temsilcisine iade edilmez ise, “konteynerin gecikmesi” (“*container detention*”) ortaya çıkar. Konteynerin beklemesinden farklı olarak, gecikme hâlinde taşıyanın konteyner üzerinde kontrolü yoktur. Konteyner gönderilenin zilyetliğindedir.

3. Türk hukuku açısından konteynerin beklemesi “alacaklının temerrüdü”, gecikmesi ise “borçlunun temerrüdü” niteliğindeki ifa engelidir. Taşıyanın konteynerin beklemesi ve gecikmesinden doğan talep haklarını ise, kanuni ve sözleşmesel düzen açısından iki ayrı düzeyde incelemek gerekir.

4. Kanuni düzen açısından, konteynerin beklemesi sebebiyle taşıyan eşya ile dolu konteyneri *tevdî etmesi durumunda*, bu yüzden yaptığı “giderler” için alacak hakkına sahip olur (BK m. 107 I). Konteynerin tevdi edilmesi sebebiyle taşıyan üçüncü bir kişiden konteyner tedarik etmiş ya da konteyneri zamanında üçüncü bir kişiye iade edemediği için tazminat borcu altına girmiş ise, bu yüzden malvarlığında ortaya çıkan eksilmeyi yüküle ilgililere karşı gider alacağı olarak ileri sürebilir. Konteynerin gecikmesi sebebiyle ise taşıyan, borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir (BK m. 125) ve bu çerçevede, konteynerin iadesini ve iadedeki gecikme sebebiyle uğradığı müspet zararların tazminini talep edebilir (BK m. 125 I).

5. Sözleşmesel düzende ise, taşıyanın söz konusu ifa engelleri sebebiyle konişmento veya deniz yük senedindeki şartlar ya da bunların atıfta bulunduğu tarifeler uyarınca konteyner bekleme ve gecikme parası talep etmesi mümkündür.

6. Konteyner bekleme parasının hukuki niteliği edim yükümlülüğünden bağımsız olan “gerçek olmayan cezai şart”tır (“*unechte Konventionalstrafe*”) ve bu çerçevede, hukuki temeli şarta bağlı borç ikrarına dayanır. Konteyner bekleme parasından ötürü yüküle ilgilinin sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için kusur şartı aranmaz. Buna karşılık, konteyner gecikme parası, taşıyanın uğradığı gerçek zarar miktarı ile arasındaki ölçüye göre ve teminat işlevine bağlı olarak, “ceza koşulu” veya “götürü tazminat” niteliğindedir. Uygulama dikkate alındığında ise, çoğu durumda konteyner gecikme parasının ceza koşulu niteliğinde bulunduğu ve bundan ötürü gönderilenin sorumluluğunun doğumu için kusurun şart olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

7. Konteyner bekleme ve gecikme parasının kanuni sınırını kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık oluşturmaktadır (BK m. 27) ve bu alacakların yer aldığı sözleşmesel kayıtlar üzerinde genel işlem koşulları denetimi (BK m. 20-25) uygulama alanı bulur. Söz konusu denetimde tacir sıfatını haiz yüküle ilgili, TTK m. 18 II sebebiyle, konteyner bekleme ve alıkoyma parasına dair kayıtlarla birlikte, konişmento veya deniz yük senedindeki genel işlem koşullarının *tümel olarak* bağlayıcı olmadığını BK m. 21 I’e dayanarak ileri sürememelidir. Ayrıca söz konusu kayıtların BK m. 21 II uyarınca denizde taşıma senetlerinden ayrı olarak şaşırtıcı nitelikte olduğu da söylenemez. Konteyner bekleme ve gecikme parasına dair kayıtlar deniz ticaretine *içkin* hukuki araçlardır.

8. BK m. 25’te yer alan içerik denetimi ise, ticari nitelikteki konteyner bekleme ve gecikme paraları için uygulama alanı bulabilir. İçerik deneti-

minin bağlı olduğu ölçüt dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafın aleyhine dengesizliğe sebep olmaktır. BK m. 25'in TTK m. 55 I b. (f)'deki "önemli derecede dengesizlik" şartıyla birlikte uygulanması sonucu, miktar bakımından yapılacak değerlendirmede kanuni düzenlemeden önemli derecede ayrılıp ayrışılmadığı veya götürü tazminat anlaşmasının ya da ceza koşulunun amacına önemli şekilde aykırı hak ve borçların öngörülüp öngörülmediği araştırılacaktır. Bu çalışmada navlun sözleşmesinin taraflarının tacir olup olmadığı da şüphesiz gözetilecektir. Özellikle ceza koşulu niteliğindeki kayıtların önemli derecede dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı değerlendirilirken bunların teminat işlevi gözden kaçırılmamalıdır.

9. Baskı aracı niteliğindeki ceza koşulunun geçerli görülmediği, ancak ortaya çıkan zararlar uyumlu kayıtların götürü tazminat olarak geçerli sayıldığı İngiliz hukukunda ise, *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Cottonex Anstalt* davasında konteyner bekleme parasına (*container demurrage*) dair esaslar tartışılmış ve günlük 24-USD'ye dayanan kayıtlar geçerli görülmüştür. Bununla birlikte, konteynerlerin artık iade edilemeyeceğinin anlaşıldığı andan itibaren taşıyanın ilerideki günler için konişmentodaki kayda dayanarak bekleme parası talep edemeyeceği önemli bir ilke olarak ortaya konulmuştur.

KAYNAKLAR

- Akıncı, S.:** Deniz Hukuku - Navlun Mukaveleleri, İstanbul 1968.
- Akkanat, H.:** Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilmediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, İstanbul 1996.
- Aksoy, S.:** Deniz Ticareti Hukukunda Konteynerin Taşıyana İadesi ve Konteyner Demurajı, BATİDER 2017, C. 33, S. 1, s. 137-178.
- Algantürk-Light, D.:** Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 16, S. 2-3, s. 17-27.
- Antalya, G.:** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler C. I, İstanbul 2015.
- Oğuz, A.:** Pekcanitez Usûl - Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Atamer, K.:** Deniz Ticareti Hukuku C. I, İstanbul 2017. (Anılış: Deniz Ticareti Hukuku C. I)
- Atamer, K.:** Deniz Ticareti Hukuku C. II - Gemilerin Eşya Hukuku, 1. Fasikül: Giriş-Temel Kavramlar-Zilyetlik-Kanuni Rehin Hakları, İstanbul 2018.
- Atamer, K.:** Deniz Ticareti Hukuku Cilt IV, Deniz İcra Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Atamer, K.:** Tacirler Arasındaki Sözleşmelerde Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler [TBK m. 20-25] Uygulanır mı?, XXX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar [23 Aralık 2016], Ankara 2017. (Anılış: Tacirler Arasındaki Sözleşmelerde Genel İşlem Koşulları)
- Atamer, K.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2006. (Anılış: Cebri İcra)
- Atamer, K.:** Yargıtay Kararları Işığında Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 12 Haziran 2009, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 2009, s. 165-274 (Anılış: Güncel Sorunlar)
- Atamer, Y. M.:** Ceza Koşulu, Götürü Tazminat, Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmenin Yorumlanmasında Tutamak Noktaları: *Atamer, Y. M. / Baş-Süzer, E. / Geisinger, E.* (Ed.): Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları II (21 Nisan 2017), İstanbul 2018, s. 87-130.

- Atamer, Y.:** Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137. (Anılış: Değerlendirme Kriterleri)
- Atamer, Y.:** Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. (1) (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 9-73. (Anılış: Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi)
- Ayan, S.:** Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu İle 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması, içinde: *Aksoy, H. C. (Ed.): Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 105.*
- Ayan, S.:** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Aydoğdu, M.:** 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkililere Armağan, E-Journal of Yaşar University 2014, C. 8, Özel Sayı, s. 571-621.
- Aydoğdu, M.:** 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD 2011, C. 13, S. 1, s. 1-50.
- Aydoğdu, M.:** Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), Ankara 2018.
- Aytekin, M. U.:** Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Hakları ve Teminatları, Ankara 2019.
- Becker, H.:** Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Bern 1945.
- Berger, B.:** Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Birinci-Uzun, T.:** Götürü Tazminat, Ankara 2015.
- Bozkurt, B.:** Container Demurrage: Wait Till When?, ETL 2019, s. 137-152.
- Çağa, T./Kender, R.:** Deniz Ticareti Hukuku C. II - Navlun Sözleşmesi, 10. Bası, İstanbul 2010.

- Çiftçi, P.:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.
- Deniz, İ.:** Konteyner Taşımacılığı ve Hukuki Sorunlar, İstanbul 1982.
- Deniz, İ.:** Kombine Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar (26-27 Ocak 1984), Ankara 1984, s. 173-192.
- Erbaş-Açıkkel, A.:** Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması - Konteyner Klozu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 3, S. 1, s. 105-123.
- Erdem, M.:** Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2015.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.
- Eren, F.:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.
- Feyzioğlu, F. N.:** Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977.
- Feyzioğlu, F. N.:** Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve şümlü [Hususiyle Ecrimisil Meselesi], 2. Bası, İstanbul 1961.
- Gauch, P./Schlupe, W. R./Schmid, J./Rey, H./Emmenegger, S.:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.
- Havutçu, A.:** Genel İşlem şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi: *Aksoy, H. C. (Ed.): Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 75.*
- Herber, R.:** Seehandelsrecht - Systematische Darstellung, Berlin - New York 1999.
- Herber, R.:** Seehandelsrecht - Systematische Darstellung, 2. Auflage, Berlin 2016.
- Herber, R.:** Entscheidungen/Seetransport (Thema: §§ 659, 660 Abs. 2, § 607a Abs. 1 HGB, § 280 BGB), TranspR 2011, Heft 3, s. 113-115.
- Herber, R.:** Wie lange will sich Deutschland noch ein wirtschaftsfremdes AGB-Recht leisten?, TranspR 2016, Heft 1, s. 1-2.

- Hepgülerler**, E.: Yükleme, İstif, Boşaltma, Teslim Aşamalarında Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2011.
- Hsu**, M. L.: Haftungsprobleme beim Containerseeverkehr im Seefrachtrecht Taiwans (= Republik China) im Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Hamburg 1995.
- Huguenin**, C.: Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008.
- Kapancı**, K. B.: Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683.
- Kara**, M. S.: Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, GaziÜHFD, C. 17, S. 1-2, s. 722-742.
- Koç**, N.: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992.
- Koller**, I.: Transportrecht - Kommentar, 6. Auflage, München 2007.
- Kocağa**, K.: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018.
- Kender**, R./**Çetingil**, E./**Yazıcıoğlu**, E.: Deniz Ticareti Hukuku - Temel Bilgiler C. I, 14. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2019.
- Kıran**, S.: Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti, Ankara 2018.
- Kirsten**, T.: Haftungsprobleme der Haager Regeln im Container-Seeverkehr, Diss., Hamburg 1969.
- Kröger**, B.: Haftungsprobleme im Übersee-Container-Verkehr, Schriften des DVIS, Heft 11, Hamburg 1967.
- Kula-Değirmenci**, N.: Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, İzmir 2012.
- Kula**, N.: Türk Eşya Taşıma Hukuku, Ankara 2018.
- Kuntalp**, E.: Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 81.
- Mabillard**, R.: Rechtsnatur, anwendbare Gesetzbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, Aktuelle Juristische Praxis 2005, s. 547-559.
- Nomer-Ertan**, F.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016.

- Nomer**, H. N.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2015.
- Oğuzman**, M. K./**Öz**, T. Ö.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler C. 2, 12. Bası, İstanbul 2016.
- Okay**, M. S.: Deniz Ticareti Hukuku II, 2. Bası, İstanbul 1971.
- Önder**, S.: Deniz Kira Sözleşmesi, Ankara 2016.
- Önen**, T.: Borçlar Hukuku - Genel Kurallar, Ankara 1984.
- Ozanoğlu**, H. S.: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD 1999, C. 3, S. 1-2, s. 60-118.
- Parlak-Börü**, Ş.: Götürü Tazminat Kavramına Genel Bir Bakış, TBB Dergisi 2017, S. 129, s. 195-228.
- Paschke**, M.: Oethker, H. (Hrsg.): Handelsgesetzbuch - Kommentar, München 2017.
- Prüßmann**, H./**Rabe**, D.: Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 3. Auflage, München 1992.
- Puttfarken**, H-J.: Seehandelsrecht, Heidelberg 1997.
- Rabe**, D./**Bahnsen**, K. U.: Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 5. Auflage, München 2018.
- Rabe**, D.: Das Unternehmensrecht braucht eine neue Architektur, welche im Gegensatz zum Verbraucherschutz nach dem AGB-Recht steht (Ergänzende Anmerkung zur Herber, TranspR 2016, 1 ff), TranspR 2016, Heft 5, s. 191-193.
- Rabe**, D.: Seehandelsrecht - Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, 4. Auflage, München 2000.
- Sanlı**, K. C.: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.
- Saymen**, F./**Elbir**, H. K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul 1966.
- Schwenzer**, I.: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.
- Steenken**, J.: Der Containerverkehr aus der Sicht des Deutschen Seerechts, Diss., München 1972.

- Şeker-Öğüz, Z.:** Gemi Yönetimi Sözleşmesi, İstanbul 2013. (Anılış: Gemi Yönetim Sözleşmesi)
- Şeker-Öğüz, Z.:** Gönderilenin Yükü Almamasına Rağmen Demoraj (Konteyner İşgaliye) Ücretinden Sorumlu Olduğu Yönündeki Yargıtay Uygulaması Üzerine, İÜHFM 2008, C. 76, S. 1, s. 337-342.
- Serozan, R.:** Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Sevinç-Kuyucu, A.:** Gemi Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2016.
- Sözer, B.:** Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Hâlinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, İstanbul 2010.
- Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Tandoğan, H.:** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- Tandoğan, H.:** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Taşpınar, S.:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Tekelioğlu, N.:** İnşaat Sözleşmelerinden Cezai Şart ve Götürü Tazminat, YBHD 2017, S. 2, s. 159-186.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Topçuoğlu, M.:** Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlalleri ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 19, S. 4, s. 3-70.
- Topuz, M.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1138-1174.
- Tunçomağ, K.:** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Türkel, D. T.:** Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Doğan Alacakları İçin Eşya Üzerindeki Hapis Hakkı İle Teslimden Sonraki Rehin Hakkı, BATİDER 2018, C. 34, S. 2, s. 353-439.
- Türkel, D. T.:** Taşıyanın Tedarik Ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, DEÜHFD 2019, Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı, C. 21, Özel Sayı, s. 2469-2544.

- Ülgener, M. F.:** Sürastarya Süresi ve Ücreti, Ankara 1993.
- Ülgener, M. F.:** Çarter Sözleşmeleri II, Zaman Çarteri Sözleşmeleri, İstanbul 2016.
- Ülgener, M. F.:** Çarter Sözleşmeleri I - Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2017.
- Uzunallı, S.:** Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İÜHFM 2013, C. 71, S. 2, s. 383-420.
- von Thur, A./Escher, A.:** Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974.
- Weber, R. H.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, Artikel 68-96 OR, 2. Auflage, Bern 2005.
- Weber, R. H.:** Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W. (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I - Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Vor. zu Art. 419-424.
- Wüstendörfer, H.:** Neuzeitliches Seehandelsrecht - mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationales Rechts, 2. Auflage, Tübingen 1950.
- Yağcıoğlu, A. H.:** Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan, E-Journal of Yaşar University 2014, C. 8, Özel Sayı, s. 3057-3098.
- Zschoche, D.:** Die Per-Package-Limitation beim Transport in Containern, NJW 1978, Heft 48, s. 2421-2425.

KISALTMALAR

AlmTK	: 10/5/1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu (<i>Handelsgesetzbuch</i>)
AlmTK[e] §	: AlmTK'nın 20/4/2013 tarihli "Deniz Ticareti Hukuku Reformu İçin Kanun" (<i>Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts</i>) ile Değiştirilmiş Eski Paragrafı
Aşa. / aşa.	: Aşağıda
b.	: Bent
c.	: Cümle
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz. / bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
e.t.	: Erişim tarihi
ETL	: European Transport Law
FCL	: Full Container Load
FIATA	: <i>Federation Internationale Des Associations De Transitaires Et Assimiles</i>
Hrsg.	: <i>herausgegeben</i>
KazancıİBB	: Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası
K.	: Karar
LCL	: Less Than Container Load
m.	: Madde
MK	: 22/11/2001 tarihli ve 4721 s. Türk Medeni Kanunu
N.	: Kenar veya paragraf numarası
No.	: Numara
Örn. / örn.	: Örneğin

RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
[e]TTK	: 29/6/1956 tarihli ve 6762 s. Türk Ticaret Kanunu
TTK	: 13/1/2011 tarihli ve 6102 s. Türk Ticaret Kanunu
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
v.	: versus
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı Ve diğerleri
Vol.	: Volume
YargıtayBB	: Yargıtay Bilgi Bankası (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/)
Yuk./yuk.	: Yukarıda

MÜSABAKA ALANLARINDAKİ SPORCULARIN HAKARET İÇEREN EYLEMLERİ İLE KASTEN YARALAMA VE MALA ZARAR VERME EYLEMLERİNİN TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642008>

Dr. Rezan EPÖZDEMİR*

Öz

Sanayileşmenin etkisi ile birlikte kapsamı genişleyen ve ekonomik bir faaliyet olarak kabul edilen spor ve bilhassa seyir yönü yüksek olan futbol günümüzde milyonlarca insanı peşinden sürükleyen bir sektör haline dönüşmüştür. Futbolun böyle bir kimliğe bürünmüş olması her açıdan olumlu karşılanırsa da sektörün en büyük handikapı olan şiddet ve düzensizlik vakıalarını unutmamak gerekir. Başta futbol müsabakaları olmak üzere, tüm spor müsabakalarında son zamanlarda artan şiddet ve düzensizliklerin önüne geçilmesi için kanun koyucu tarafından öncelikle 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun kaleme alınmış, akabinde işbu kanunun ihtiyaçlara cevap vermemesi sebebi ile 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ihdas edilmiştir. Bu kanunun 'yasak fiiller ve ceza hükümleri' başlıklı üçüncü bölümünde yasak fiiller ve bu fiillerin karşılığında uygulanacak olan yaptırımlar düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu yasak fiillerden kanunun 14. maddesinde hüküm altına alınan 'hakaret içeren tezahürat' ve yine kanunun 17. maddesinde hüküm altına alınan 'spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi' fiilleri Türk Ceza Hukuku açısından değerlendirecek, konu ile ilgili doktrindeki tartışmalara ve ihtilaflı hususlara yer verilecek ve konu sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi bakımından üzerine büyük bir sorumluluk düşen Yargıtay'ın kararları ile daha da detaylandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Spor, Şiddet ve Düzensizlik, Hakaret, Kasten Yaralama, Mala Zarar Verme

* İstanbul Barosu Avukatlarından (e-posta: analizhukuk@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4038-9447> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.03.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.03.2019/Makale Kabul Tarihi: 11.06.2019)

THE OFFENCES OF DEFAMATION, FELONIOUS INJURY AND DAMAGE TO PROPERTY OF ATHLETES IN TERMS OF TURKISH CRIMINAL LAW IN COMPETITION AREAS

Abstract

With the influence of industrialization, the scope of sports, which is considered as an economic activity and whose scope is expanding, has become a sector which has driven millions of people today. It is important to note that the fact that football has become such an identity is positively welcomed in every respect and the biggest handicap of the sector is violence and disorder. Law No. 5149 on Prevention of Violence and Disorder was first drafted by the legislator in order to prevent the increasing violence and irregularities in all sports competitions, particularly in football competitions. A Law was introduced. In the third section titled iller prohibited acts and penal provisions karş, the prohibited acts and the sanctions to be applied in return for these acts are regulated. In this study, the değerlendiril insulting cheering ilgili which is stipulated in Article 14 of the law and the inda flood in sports areas and damage to the facilities l, which are stipulated in Article 14 of the law, will be evaluated in terms of turkish criminal law, and the content of the disputes in the will be given and a major responsibility for the prevention of violence and irregularity in the sport in the matter will be further elaborated by the decisions of the Supreme Court.

Keywords

Sport, Violence and Disorder, Insult, Intentionally Injury, Damage to property

I. GENEL OLARAK SPOR VE SPOR HUKUKU

Önceleri insanların yaşamlarını idame ettirebilmek amacıyla gerçekleştirildikleri, zamanın koşullarına göre günlük hayatın bir parçası olan zıplama, atlama, koşma gibi faaliyetler şeklinde karşımıza çıkan ve milattan önce 900'lü yılların başında 'kurallı bir yarışma'¹ olarak adlandırılan spor, sanayileşmenin de etkisi ile birlikte daha çok insanların boş zamanlarını değerlendirmek, eğlenmek, vücut ve zihin sağlığını korumak ve geliştirmek için kullandıkları bir araç haline dönüşmüş² ve bu amaçlar uğrunda yapılan her türlü vücut ve zihin etkinliği olarak tanımlanmaya başlanmıştır. Türk Dil Kurumu ise sporu "bedeni veya zihni geliştirmek amacıyla kişisel veya toplu olarak gerçekleştirilen, bazı kurallara göre uygulanan hareketlerin tümü" olarak tanımlamıştır³. Ancak günümüzde sporun kapsamı bu tanımın içine sığmayacak kadar genişlemiş durumdadır. Günümüzde spor artık yalnızca eğlence veya sağlık nedeni ile değil, çoğunlukla ekonomik nedenlerle icra edilmektedir. Zira son yıllarda hem spor yapan hem de spor karşılaşmalarını izleyen kişilerin sayısındaki artış, spora yapılan yatırımların da çoğalmasında sağlamış; sponsorluk, reklam ve karşılaşmaların yayınlanması sayesinde para aktarımı hız kazanmıştır. Diğer taraftan sporun uluslararası niteliği ile birlikte medya gün geçtikçe spora daha çok eğilmiş, spordan elde edilen kazançların artmasına sebep olmuş⁴ ve profesyonelleşmeyle birlikte işe dönüşen spor adeta bir meslek halini almıştır⁵. Hal böyleyken günümüzde sporu ve

¹ **Fişek**, Kurthan: Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya'da ve Türkiye'de Spor Yönetimi, A.Ü SBF Yayınları, 2. Bası, Ankara 1998, s. 95.

² **6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Genel Gerekçesi:**

21'inci yüzyılda uluslararasıdaki aşılması zor sınırlar ortadan kalkmış, ulaşım ve teknoloji başta olmak üzere diğer alanlardaki gelişme ve bütünleşmelerle birlikte hem ulusal alanda hem de uluslararası alanda insanlar sosyal yaşamlarında spora daha çok zaman ayırmaya başlamışlardır.

³ <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 21 Aralık 2019

⁴ **Koçak**, Talat Emre: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 15-16.

⁵ **Baştürk**, Faruk: İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, Beta Basım Yayın, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 2; Yine doktrinde başkaca yazarlar tarafından başlangıçta bir oyun ve işten uzaklaşma aracı olarak ortaya çıkan sporun, zamanla gerek ekonomik ve siyasal, gerekse uluslararası barış ve hukuki bakımlardan çok farklı bir görünüme kavuştuğu belirtilmiş; bu anlamda sporun çok yönlü etkileri olan bir toplumsal kurum haline büründüğü ve günlük hayatın vazgeçilmez bir parçası olduğu ifade edilmiştir. (**Günel**, A. Nadi/**Küçükgüngör**, Erkan: "Türk Spor Teşkilatının Hukuki Yapısı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 1040; **Sarıbrahimoğlu**, Y. Selim/**Bakanay**, Mehmet Ali/**Tekin**, Tarık: Spor Hukuku, Ankara 2002, s. 8)

bilhassa seyir (estetik) yönü⁶ yüksek olan futbolu, ekonomik bir faaliyet olarak kabul etmek hiç de yanlış olmayacaktır. Nitekim ekonominin futbola etkisi ‘futbolda topu döndüren paradır’ (money makes the ball go round) şeklinde ifade edilmiştir ve bu bakımdan futbol, ekonomik bir fenomen olarak görülmüştür⁷.

Yukarıda ifade edildiği üzere bilhassa seyir (estetik) yönü yüksek olan futbol diğer spor dallarından ayrı bir gelişim göstermiş⁸ ve günümüzde milyonlarca insanı peşinden sürükleyen bir sektör haline dönüşmüştür⁹. Futbolun böyle bir kimliğe bürünmüş olması ekonomik, sosyal, toplumsal ve politik yönden olumlu karşılansa da, sektörün en büyük handikapı olan şiddet ve düzensizlik vakıalarını da unutmamak ve bu vakıaları bu kimliğin bir götürüsü olarak kabul etmek gerekir. Zira başta futbol sahaları olmak üzere spor alanlarında yaşanan holiganizm, ırkçılık içeren söylemler, organize suçlar, şike ve teşvik primi, hakem, sporcu ve diğer ilgililere karşı eylemli ve sözlü saldırılar gibi fiiller uluslararası alanda sporun temel sorunu olarak kabul edilmekte ve böylece spor alanlarında ortaya çıkan düzensizlik ve şiddet olaylarının önlenmesi basit bir asayiş sorununun ötesinde olağanüstü dikkat ve tedbir gerektiren bir durum olarak ele alınmaktadır. Bunun sonucu olarak da işbu alanın özel olarak değerlendirilmesi ve spor mevzuatının etkin bir şekilde düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar¹⁰ ve Yargıtay¹¹ tarafından spor hukukunun ayrı ve

⁶ Doktrinde Ertaş&Petek sporun ekonomik, estetik ve politik yönlerinin varlığından bahsetmektedirler. Yazarlara göre “Sporun sadece eğlence ve sağlık nedeniyle değil, başka amaçlarla da yapılmaya başlanması, çağımızda sporun ikinci bir fonksiyonuna daha ağırlık kazandırmıştır; buna ‘sporun estetik (gösteri) ve ekonomik fonksiyonu’ denilmektedir... Sporun üçüncü bir boyutu ise, politik boyutudur. Sadece kulüpler veya ticaret şirketleri değil, devletler de sahip oldukları sporcuların gücüyle kendi güçlerini ispat ve başkalarını etkileme yoluna gitmektedirler.” (Ertaş, Şeref/Petek, Hasan: Spor Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 25-35)

⁷ Petek, Hasan: Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 19; Güneş, İsmail: Futbol Ekonomisi, Karahan Kitabevi, 1. Baskı, Adana 2010, s. 230 vd.; Genç, Durmuş Ali: Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi, Bağırhan Yayınevi, Ankara 1999, s. 42.

⁸ “Bu gelişimde hiç şüphesiz ki, astronomik transfer ücretlerinin de payı bulunmaktadır.” (Uzun, Aziz/Eker, Semih/ Pakiş, Işıl/Polat, Oğuz: “Üniversite Öğrencileri Arasında Sporda Şiddetin Önlenmesine Yönelik Farkındalık ve Bilgi Düzeyi Araştırması”, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, No: XVIII, İstanbul 2012, s. 304)

⁹ Karakaş Doğan, Fatma: “Futbol Taraftarlarının Hakaret İçeren Tezahürat Eylemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 28, Ağustos 2015, Sayfa: 83-106.

¹⁰ Ertaş/Petek, s. 35.

bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmişse de, kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Spor hukuku, gün geçtikçe diğer hukuk branşlarından bağımsızlaşmakta ve kendine özgü düzenlemelerle birlikte karma¹² niteliğe sahip bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. Nitekim başta 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun olmak üzere, gerek ulusal nitelikteki ‘5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’, ‘3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’ ve ‘5253 sayılı Dernekler Kanunu’, gerekse uluslararası nitelikteki ‘Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi’, ‘Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi’ne göre kurulmuş Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Tavsiye Kararları’ ile ‘Stadyumlarda Güvenliğin Sağlanması ve Kitle Hareketlerinden Korunmak Amacı ile UEFA Kupalarında Oynanan Tüm Müsabakalara Katılan Kulüpler, Federasyonlar ve Maç Düzenleyicilerinin Tabi Olduğu Stadyum Güvenlik ve Emniyet Tedbirlerine

¹¹ “Spor hukukunun ayrı ve bağımsız bir hukuk dalı olmadığıнын gözetilmesi gerekir.” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 28.06.2012, 2011/4716 Esas, 2012/11359 Karar, www.kazanci.com)

¹² “Spor örgütleri, bazı ülkelerde dernek, bazılarında ise ticaret şirketleri veya her ikisinin karışımı şeklinde oluştuğu ve sporcu ile bu örgütler arasındaki ilişki dernek üyeliği şeklinde veya bir tür hizmet sözleşmesi olarak ortaya çıktığı için spor hukukunun bir medeni hukuk ya da ticaret hukuku dalı olduğu söylenebilir. Buna karşılık spor hukuku sporla ilgili bazı düzenlemelerin anayasalarda bulunması sebebiyle anayasa hukuku, spor kurallarının ihlalinin, ceza hukuku kurallarının uygulanmasını zorunlu kılması, özellikle sporculara ve spor örgütlerine verilen disiplin cezaları sebebiyle ceza hukuku, bir kamu hizmeti olarak sporun devletçe örgütlenmesi, bu hususta devletçe yaratılan imkanlar, kişilerin yararlanma koşullarının devletçe belirlenmesi sebebiyle ise idare hukuku niteliği dolayısıyla kamu hukuku niteliği taşımaktadır... Bütün bu açıklamalara göre spor hukukunu, özel hukuk ya da kamu hukuku veya milli hukuk ya da milletlerarası hukuk türlerinden sadece birisi içine yerleştirmek mümkün gözümediği için, tüm bu dallara özgü niteliklerin görüldüğü ‘karma bir hukuk dalı’ olarak nitelendirmek isabetli olacaktır.” (Ertaş/Petek, s. 30); Doktrinde çoğunluk görüşü, spor hukukunu karma bir hukuk kategorisi olarak görmektedir. Biz de çoğunluğun bu yöndeki görüşüne katılıyoruz. (Erten, Rifat: Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 55; Kocasakal, Ümit: “Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu”, İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs 2007, s. 42; Özelçi, Aytaç: Türkiye Futbol Federasyonu’nun Türk Hukukundaki Yeri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 24)

¹³ Erten, s. 53; Erkiner, Kısmet: “Türkiye’de Spor Hukukunun Oluşumu”, İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, Mayıs 2007, s. 18.

İlişkin Talimat' gibi normatif düzenlemelerin varlığı da, spor hukukunun ayrıca ele alınması gereken spesifik bir branş haline geldiğini gözler önüne sermektedir.

II. 6222 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ÇALIŞMANIN KONUSUNA GENEL BİR BAKIŞ

Cebir ve şiddet olaylarının az veya çok ortaya çıktığı boks, güreş, rugby, Uzakdoğu sporları gibi spor branşları¹⁴ arasında kitle psikolojisinin yol açtığı şiddet olaylarının en sık rastlandığı spor branşı hiç şüphesiz ki futboldur¹⁵. Ne yazık ki, şiddet ile futbolun birlikteliği diğer alanlara göre daha az yadırganmakta¹⁶ ve futbolun rekabet ortamı olan futbol sahaları ilgililerce, şiddetin meşrulaştırılmış bir alanı olarak görülmektedir¹⁷. Hal böyleyken başta futbol müsabakaları olmak üzere, tüm spor müsabakalarında son zamanlarda artan¹⁸ şiddet ve düzensizliklerin önüne geçilmesinin zaruri olduğu ve bu noktada kanun koyucuya da bir görev düştüğü tartışmasızdır. İşte kanun koyucu da kendisine düşen bu görevin bir yansıması olarak öncelikle 07/05/2004 tarihinde yürürlüğe giren, 5340 ve 5758 sayılı kanunlar ile iki kez değişikliğe uğratılan 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'u kaleme almış fakat işbu kanun 'tarafhtarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekanlar ile müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergahlarını kapsamaması, şike ve teşvik primi fiillerinin suç olarak tanımlanmaması, bazı yasak fiillerin karşılığında yaptırım öngörülmemesi, yaptırım öngörülenlerde ise idari para cezasına yer verilmiş olması, seyirden men tedbirine ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve bu tedbirin uygulanabilirliğinin ortadan kalkması' gibi sebeplerle ihtiyaçlara cevap vereme-

¹⁴ **Şen**, Ersan: "6222 Sayılı Kanun ve Sporda Ceza Sorumluluğu", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1692923-6222-sayili-kanun-ve-sporda-ceza-sorumlulugu>, Erişim Tarihi: 4 Ocak 2019

¹⁵ **Türkmen**, Mustafa/**Yıldız**, Kadir/**Zekiöğlü**, Aylin: "Sosyolojik Açıdan Şiddet ve Çirkin Tezahüratın Nedenlerinin Araştırılması: Manisaspör Tarafhtarları Örneği", Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi, C: 8, S: 2, 2013, s. 17-18.

¹⁶ **Kuru**, Emin: Türkiye'de Spor Seyircilerinde Oluşan Kitlesele Tezahüratın Geleneklerle İlişkisi, Milli Folklor, 2009, Y. 21, S. 82, s. 159.

¹⁷ **Bilir**, Pervin/**Avgın**, Anıl: "Ceza Alan Futbol Tarafhtarlarının Şiddete Yönelik Davranışlarının İncelenmesi: Adana İli Örneği", Spor ve Performans Araştırmaları Dergisi, s. 236.

¹⁸ **Kıraç**, Erkan: "Futbolda Şiddet ve Çıkış Yolları Üzerine Bir Deneme", <http://www.sporhukuku.org/futbolda-siddet-ve-cikis-yollari-uzerine-bir-deneme/>, s. 3, Erişim Tarihi: 27 Aralık 2019

miş¹⁹ ve akabinde 14/04/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ihdas edilmiştir²⁰. İşbu kanun da 10/12/2011 tarihli ve 6259 sayılı kanun²¹ ile değişikliğe uğratılmış ve son halini almıştır. Kanunun 1. maddesine göre işbu kanunun amacı; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları

¹⁹ **Hürmüz**, Peyman: 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Yasak Filler ve Ceza Hükümleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 169-170; 5149 sayılı kanunun hangi noktalarda eksik kaldığına ilişkin olarak 6222 sayılı Kanun'un genel gerekçesi incelenebilir.

²⁰ **Yurtcan**, Erdener: Sporda Şiddetin ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu-6222 sayılı Yasaya Göre Yeniden Yazılmış, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 1-5.

²¹ **6250 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesi:**

...Bilindiği üzere suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunması ceza hukukunun genel ilkelerindedir. Ceza yargılaması alanında temel kanun olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 3 üncü maddesinde de bu ilkeye yer verilmiştir. Bu ilke gereğince işlenen suçta verilecek cezanın, fiilin ağırlığı ile orantılı olmasının yanı sıra diğer kanunlarda öngörülen suçlara verilen cezalar dikkate alınmak suretiyle adil ve hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir... Öte yandan şike suçu ve teşvik primi bakımından cezalarda önemli ölçüde indirime gidilmiş olmasına karşın 11 inci maddeye eklenen dokuzuncu fıkrayla şike suçu ve teşvik primi bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği ve verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği veya ertelenmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme şike ve teşvik primi suçu bakımından netice ceza ne olursa olsun fail hakkında verilen hapis cezasının infaz edileceği anlamına gelmektedir. Netice ceza iki yıla kadar olan suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya erteleme müessesinin uygulanabildiği dikkate alındığında yapılan yeni düzenlemenin şike ve teşvik primi suçuyla mücadele bakımından taşıdığı önem anlaşılacaktır.

6259 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, yayımlanmadan önce (6250 sayısı ile) dönemin Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'e gönderilmiş ve bu kanun dönemin Cumhurbaşkanı tarafından "...Bu itibarla, incelenen kanunla öngörülen değişikliklerin, ölçülülük ve caydırıcılık gibi ceza hukukunun temel prensiplerini etkisiz kılacağı ve yukarıda belirtilen sınırları doğurabileceği düşünülmektedir. Diğer taraftan, 6222 sayılı Kanunda değişiklik öngören bu kanunun gerekçesinde, yapılan değişikliklerin, diğer kanunlarda öngörülen suçlara verilen cezalar dikkate alınmak suretiyle adil ve hakkaniyete uygun cezalar belirlenmesi amacıyla gerçekleştirildiği belirtilmekte ise de, kamuoyunda, genel ve gereklilikten doğan bir düzenleme olmaktan ziyade, halen yürütülmekte olan bir soruşturma kapsamında bulunan kişilere yönelik özel bir düzenleme olduğu itibarı uyardığı, bu durumun da değişikliğin esas amacı dışında özel bir saikle hazırlandığı eleştirilerine sebebiyet verdiği görülmektedir." gerekçesiyle Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilmiştir. Geri gönderilen bu kanun aynen kabul edilerek 6259 sayısı ile yayımlanmış ve 6222 sayılı Kanunda böylelikle değişiklik yapılarak cezalarda indirime gidilmiştir.

yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesidir.

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ‘amaç, kapsam ve tanımlar’ başlıklı birinci bölüm, ‘genel hükümler’ başlıklı ikinci bölüm, ‘yasak fiiller ve ceza hükümleri’ başlıklı üçüncü bölüm ve ‘çeşitli hükümler’ başlıklı dördüncü bölüm olmak üzere toplam dört bölümden oluşmaktadır. Kanunun ‘yasak fiiller ve ceza hükümleri’ başlıklı üçüncü bölümünde, şike ve teşvik primi, spor alanlarına sokulması yasak maddeler, spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması, hakaret içeren tezahürat, spor alanlarına usulsüz seyirci girişi, yasak alanlara girme, spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi gibi yasak fiiller ve bu fiillerin karşılığında uygulanacak olan yaptırımlar düzenlenmiştir²². Her ne kadar atıf yapılan bu yasak fiillerin düzenlendiği madde metinleri incelendiğinde, maddede düzenlenen fiillerin failinin herkes olabileceği kanaatine ulaşılmaktaysa da, bilhassa ‘hakaret içeren tezahürat’ başlıklı 14. madde için böyle bir çıkarımda bulunmak, madde başlığından da anlaşılacağı üzere mümkün değildir. Diğer taraftan ifade etmek gerekir ki aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere müsabaka alanlarındaki sporcuların 14. maddenin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilmeyen hakaret eylemleri bakımından 6222 sayılı Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır ve dolayısıyla böyle bir durumun varlığı halinde genel hükümlere göre soruşturma yürütülecek ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri tatbik edilecektir. Yine kanunun ‘spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi’ başlıklı 17. maddesinde yapılan atıf nedeniyle spor alanlarında kasten yaralama ve mala zarar verme suçları bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri tatbik edilecektir.

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun üçüncü bölümünde düzenlenen yasak fiillerle ilgili olarak benzer düzenlemelere Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatında da yer verilmiştir²³. Fakat ifade etmek gerekir ki çalışmamızın konusu esasen Kanunun üçüncü bölümünde düzenlenen yasak fiillerin -bilhassa 14. maddede düzenlenen hakaret içeren tezahürat ve 17. maddede düzenlenen spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi eylemlerinin- ceza hukukunun konusunu oluşturup oluşturamayacağına ilişkin olup konunun disiplin hukuku boyutu çalışmamız kapsamında değildir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki 6222 sayılı Kanunun 19. maddesi “Bu kanuna göre bir spor

²² Gerçekler, Hasan: Spor Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 146.

²³ Özelçi, s. 350.

kulübüne veya spor kulübünün mensubuna ceza verilmesi, bu kulübün bağlı olduğu federasyonun yaptırım uygulama yetkisini ortadan kaldırmaz.” Şeklinde hüküm altına alınmış olup işbu hüküm hiç şüphesiz ki yasak fiil olarak tabir edilen söz konusu eylemlerin hem ceza hukuku kapsamında hem de disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde farklı başlıklar altında bu hususlar ile ilgili olarak ayrıntılı açıklamalara yer verilecek ve ilgili yerlerde çalışmanın boyutu elverdiği ölçüde yargı uygulamalarına ve doktrindeki görüşlere de atıf yapılarak konu ile ilgili kanaatimiz belirtilecektir.

III. MÜSABAKA ALANLARINDAKİ²⁴ SPORCULARIN HAKARET İÇEREN EYLEMLERİNİN TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun ‘hakaret içeren tezahürat’ başlıklı 14. maddesi “(1) Spor alanlarında veya çevresinde taraftarların grup halinde veya münferiden belirli bir kişiyi hedef veya muhatap alıp almadığına bakılmaksızın duyan veya gören kişiler tarafından hakaret olarak algılanacak tarzda aleni olarak söz ve davranışlarda bulunmaları halinde, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde²⁵, şikayet şartı aranmaksızın, failer hakkında onbeş günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunur²⁶. (2) Spor alanlarında veya çevresinde toplum kesimlerini din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Birinci ve ikinci fıkr-

²⁴ **6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun-Madde 3:**

f) Müsabaka alanı: Spor müsabakasının yapılmasına tahsis edilen alanı,

g) Spor alanı: Spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları, ... ifade eder.

²⁵ **Hürmüz**, s. 55; **Tabel**, Taner: “6222 Sayılı Kanunun Uygulama Sorunları ve Çözüm Yolları Paneli”, İstanbul 2013, http://olimpiyatkomitesi.org.tr/editorimages/seminer/Spor_Hukuku_2014_pdf. s. 32, Erişim Tarihi: 2 Ocak 2019

²⁶ Maddenin 1. fıkrasında hüküm altına alınan eylem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 75. maddesi uyarınca önödeme tabidir. “6222 sayılı Kanun’un 14/1. maddesinde düzenlenen suçun önödeme tabi olması nedeniyle sanığa soruşturma aşamasında usulüne uygun olarak önödeme ihtarında bulunulduğu halde, sanığın yasal süresi içinde herhangi bir ödeme yapmaması karşısında, yargılamaya devamla esasa ilişkin karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde düşme kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 20/04/2016, 2015/13867 Esas, 2016/16041 Karar, www.kazanci.com)

larda tanımlanan suçların yazılı pankart taşınması veya asılması ya da duvarlara yazı yazılması suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır²⁷.” şeklinde hüküm altına alınmıştır²⁸. İşbu madde 3 fıkradan oluşmakta olup, 1. fıkroda taraftarların hakaret içeren eylemlerine yer verilmiş, 2. fıkroda ayrımcılık içeren hakaret eylemleri bakımından düzenleme yapılmış, 3. fıkroda ise 1. ve 2. fıkralardaki eylemlerin nitelikli haline yer verilmiştir²⁹. Öncelikle ifade etmek gerekir ki madde metninin 1. fıkrasındaki ‘fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde’ ibaresi hakaret olarak algılanacak söz ve davranışların belirli bir kişiyi muhatap alması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinde hüküm altına alınan ‘hakaret’ suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Zira 6222 sayılı Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yaptırım onbeş günden az olmamak üzere adli para cezası iken, 5237 sayılı Kanununun 125. maddesinde yer alan yaptırım üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmiştir. Hal böyleyken kanaatimizce hakaret olarak algılanacak söz ve davranışların belli bir kişiyi muhatap alması halinde fail hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde düzenlenen içtima³⁰ hükümleri de dikkate alınarak Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinde hüküm altına alınan hakaret suçundan yargılama yapılması gerekecektir. Kaldı ki uygulama da bu yödedir. Benzer şekilde madde metninin 2. fıkrasındaki ‘fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde’ ibaresi de failin fiilinin Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kalması halinde, işbu hükmün tatbik edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin 2. fıkrası “Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din,

²⁷ “5149 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, hareket ifadesinin geniş anlamda yorumlanması suretiyle, basılı ve yazılı belgeler ile afiş, pankart ya da benzeri araçların kullanılarak maddede yasaklanan fiillerin işlenmesinin de madde kapsamında cezalandırılmayı gerektirdiği ileri sürülmüştü.” (Yurtcan, Erdener: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, Kare Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 29)

²⁸ Burada Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı’nın 53. maddesine atıf yapmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz. Zira atıf yapılan hükme göre “Stadyumlarda topluluk halinde söz veya hareketlerle ya da benzeri araçlar ile aşağılayıcı, tahrik veya taciz edici nitelikte tezahüratta bulunulması, devamlılık kıstası uygulanmaksızın yasaktır. Profesyonel lig müsabakalarında çirkin ve kötü tezahüratta bulunulması halinde kulüplere Ek-1 ve Ek-2, Türkiye Kupası müsabakalarında ise Ek-3’te yer alan tablolara göre ceza verilir.”

²⁹ Uslu, Ferhat: Spor Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 212.

³⁰ Göktürk, Neslihan: Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 58.

mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde hüküm altına alınmış olup, hiç şüphesiz ki mezkur madde metnindeki yaptırım, 6222 sayılı Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasındaki yaptırıma kıyasla daha ağırdır³¹.

Diğer taraftan önemle ifade etmek gerekir ki, atıf yapılan madde metninin başlığı ile içeriği örtüşmemektedir. Zira madde metninin başlığının ‘hakaret içeren tezahürat’ olması maddenin 2. fıkrasında hüküm altına alınan eylemin failinin de yalnızca taraftar olabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Hiç şüphesiz ki tezahürat³² eylemi taraftarlarca icra edilen bir eylem olup, maddenin birinci fıkrasındaki eylemin faili de ancak taraftar olabilmektedir³³. Oysa maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan eylem bakı-

³¹ “**Sen**, Ersan: “6222 Sayılı Kanun ve Sporda Ceza Sorumluluğu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1692923-6222-sayili-kanun-ve-sporda-ceza-sorumluluğu>, Erişim Tarihi: 4 Ocak 2019; Aynı husus ile ilgili olarak doktrinde Doğan ise “6222 sayılı Kanun m.14/2 de yer alan suç ile TCK m. 216’da yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu arasında gerek yaptırım gerekse suç tanımı itibari ile paralellik bulunmaktadır. 6222 sayılı Kanun m.14/2 de yer alan suçun yaptırımı altı aydan bir yıla iken, TCK m. 216/2 de yer alan suçun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Hakaret içeren tezahürat eylemleri bakımından, yaptırımının daha ağır olmasına rağmen özel kanun niteliğinde olması nedeniyle 6222 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır.” şeklinde ifadelerle yer vermiştir. (**Karakaş Doğan**, s. 8) Kanaatimizce yukarıda atıf yapılan görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki yukarıda yazar yaptırımlar bakımından hataya düşmüştür. Zira 6222 sayılı Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suçun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis iken, Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Dolayısıyla yazarın “Hakaret içeren tezahürat eylemleri bakımından, yaptırımının daha ağır olmasına rağmen özel kanun niteliğinde olması nedeniyle 6222 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır” şeklindeki tespitine katılmak hukuken mümkün değildir. Kaldı ki gerek madde metnindeki “fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi gerekse 5237 sayılı kanunun ‘fikri içtima’ başlıklı 44. madde düzenlemesi işbu görüşün hukuken kabul edilebilir mahiyette olmadığını ispatlamaya yetmektedir. Kanaatimiz, 216. maddenin 2. fıkrası kapsamında kalan bir eylemin varlığı halinde işbu hükmün tatbik edilmesi gerektiği yönündedir.

³² **Tezahürat:** bağırıp çağırarak, alkışlayıp tempo tutarak yapılan gösteri. (<http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 21 Aralık 2019)

³³ Maddenin 1. fıkrasındaki eylemin failinin yalnızca taraftar olabileceği sonucuna, madde gerekçesinde de ulaşmak mümkündür. Anılan fıkra gerekçesi “Birinci fıkrada, taraftarların grup halinde veya münferiden belirli bir kişiyi hedef veya muhatap alıp almadığına bakılmaksızın duyan kişilerin rencide olmasını sağlayacak tarzda aleni olarak söz ve davranışlarda bulunmaları halinde, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, failer hakkında uygulanacak ceza hükmü belirtilmiştir. Söz konusu suçun takibinde şikayet şartı aranmaması öngörülmüştür. Suçun işlenmesi için fiilin spor

mından failin yalnızca taraftar olabileceğini söylemek mümkün değildir. Hal böyleyken, 14. maddenin başlığının, madde içeriğini kapsamadığı izahtan varestede olup, bu durum kanun yapma tekniği açısından kabul edilebilir mahiyette değildir. Kanaatimiz, ya madde içeriği ile bağdaşır mahiyette bir madde başlığının tanzim edilmesi ya da maddenin fail bakımından özellik arz etmeyen 2. fıkrasının madde dışına çıkarılması gerektiği yönündedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 6222 sayılı kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen eylemin faili gerek madde başlığındaki tezahürat ifadesinden gerekse madde metni ve gerekçesindeki taraftar ibaresinden ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarından³⁴ anlaşılacağı üzere yalnızca taraftar olabilir. Doktrinde bu husus ile ilgili olarak Tabel³⁵ "6222 sayılı Kanun m.14/1'de yer alan 'taraftarların grup halinde veya münferiden' şeklindeki tanıma göre, hakaret içeren tezahürat suçunun faili ancak taraftarlar olabilir. Taraftarların grup halinde veya tek başlarına suçun fail olması mümkündür. Taraftar olmayan kişilerin örneğin stad çalışanlarının birbirine yönelik hakaretleri madde kapsamında olmayıp genel hükümlere tabidir." şeklinde ifadelere yer vermiştir. İşbu düzenlemeye göre taraftarların hakaret içeren eylemleri şikâyet şartı aranmaksızın soruşturulacaktır³⁶. Oysa müsa-

alanlarının içerisinde, çevresinde veya herhangi başka bir yerde gerçekleştirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Kanunun amaç ve kapsam maddeleri dikkate alındığında taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekanlarda veya müsabakanın yapılacağı yere giriş ve geliş güzergahlarında da bu işlenebilecektir." şeklindedir.

³⁴ "...6222 Sayılı Kanun'unun 14/1. maddesi açısından korunan hukuki yarar, spor alanlarında gerek kişilerin şeref ve haysiyetinin gerekse toplumu oluşturan bireylerin ortak ahlak duygusunun korunmasıdır. Bu düzenlemeyle, taraftarların spor alanlarında veya çevresinde çoğu zaman koro şeklinde rakip takıma, kulübe veya onun taraftarlarına karşı duyanları utandıracak tarzda tezahürat yapanlar cezalandırılmaktadır. Yine bu suç bakımından failin cezalandırılabilmesi için, söylenen sözlerin veya yapılan davranışların duyan veya gören kişiler tarafından hakaret olarak algılanacak tarzda ve aleni bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinden, bu husus, toplumun genel değer yargıları ve ortak edep duygusuna göre belirlenecektir. Fikri içeriğe sahip olmayan, kötü bir özelliği veya huyu ifade eden sözler ve küfür niteliğinde söz söylemek ve davranışlarda bulunmak suretiyle kötü tezahürat bu suçu oluşturur, rakip takımın moralini bozucu nitelikte ve fakat kendi takımlarına destek mahiyetindeki hicvedici sözler ise bu suçu oluşturmamaktadır." (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 17/05/2016, 2015/33944 Esas, 2016/18153 Karar, www.kazanci.com)

³⁵ Tabel, s. 36.

³⁶ "Taraftarların grup halinde veya tek başlarına, spor alanlarında veya çevresinde, karşılaşma öncesi, sırası ve sonrasında alenen hakaret içeren, kötü ve çirkin tezahüratlarda bulunması halinde, şikâyet şartı gerçekleşmemiş olduğundan TCK m.125 uyarınca failer hakkında yargılama yapılamamaktadır... Oysa bu eylemler duyan veya gören

baka alanlarındaki sporcuların, 6222 sayılı kanunun uygulama alanı olan yer ve zamanda³⁷, gerek diğer sporculara, gerek hakem ve diğer görevlilere, gerekse taraftarlara yönelik hakaret içeren ve 14. maddenin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecek olan eylemleri 6222 sayılı Kanunun kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla sporcuların bu nitelikteki eylemleri bakımından 6222 sayılı Kanun kapsamında Spor Savcılığı tarafından şikâyet şartı aranmaksızın soruşturma başlatılması hukuken mümkün değildir. Kanaatimizce böyle bir durumun varlığı halinde, genel hükümlere göre soruşturma başlatılacak ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bilhassa 'hakaret' başlıklı 125. maddesi ve diğer ilgili maddeler somut olaya tatbik edilecektir.

Sporcuların, kamu görevlisi sayılan hakem³⁸ dışındaki diğer şahıslara, örneğin diğer sporculara ya da taraftarlara yönelik hakaret içeren eylemleri

kişilerde hakarete uğradıkları algısını yaratmakta ve alenen işlenmektedir. Bu boşluğu doldurmak üzere, 6222 sayılı Kanun'un yasak fiiller ve ceza hükümleri başlıklı üçüncü bölümünde ve 'hakaret içeren tezahürat' ismi ile özel bir suç tipi yaratılmıştır.“ (Koca, Mahmut: 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kolokyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 69; Karakaş Doğan, s. 83-106); “Aynı şekilde şikâyet olmadığı için, TCK'nun 125. maddesi uyarınca failer hakkında işlem yapılamadığı takdirde, hakaret içeren söz ve davranışların belli bir kişiyi hedef veya muhatap alıp almadığına bakılmadan uygulanması söz konusu olduğundan, anılan kanunun 14/1. maddesi uygulanacaktır.” (Hürmüz, s. 55)

³⁷ 6222 sayılı Kanun'un uygulama alanı olan yer ve zaman ile ilgili olarak Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 30/10/2017 tarihli, 2016/15044 Esas ve 2017/8814 Karar sayılı kararına atıf yapmak gerekir. Karar aynen şu şekildedir: “Buna göre spor alanları; sportif faaliyetlerin icra edildiği yerlerden müsabaka ve antrenman alanlarının yanı sıra seyircilere ait seyir alanlarını, sporculara ait soyunma odalarını ve 6222 Sayılı Kanun'un uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları, müsabaka alanı; spor müsabakasının yapılmasına tahsis edilen alanı, spor müsabakası; federasyonların düzenlediği veya düzenlenmesine izin verdiği ya da katkıda bulunduğu her türlü sportif karşılaşma ve yarışmayı ifade eder. Kanunun amaç ve kapsamı dikkate alınarak, müsabaka öncesi; takımların veya seyircilerin stadyum sınırları içine girmelerinden itibaren müsabakanın başlama anına kadar geçen süreyi, müsabaka esnası; müsabakanın başlama anından itibaren bitiş anına kadar geçen süreyi, müsabaka sonrası; müsabakanın bitiş anından takımların ve seyircilerin stadyum sınırları dışına tamamen çıktıkları ana kadar geçen süreyi, yeşil zemin; müsabaka öncesinde, esnasında, devre arasında ve müsabaka sonunda hakemin ve ilgili federasyon temsilcinin izin verdiği kişilerin girebildiği alanı, saha içi; müsabaka için seyircilerin kabulüne başlanmasından itibaren müsabaka sonrası tamamen tahliyesine kadarki zaman zarfında yeşil zemin ile seyircilere ait seyir alanları arasında kalan akredite alanı ifade eder.” (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 30/10/2017, 2016/15044 Esas, 2017/8814 Karar, www.kazanci.com)

³⁸ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-Madde 6:**

ancak hakarete maruz kalan kişinin şikâyetçi olması durumunda genel hükümlere göre soruşturma konusu olabilecektir. Hakaret suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde³⁹ hüküm altına alınmış ve aynı kanunun 131. maddesinin 1. fıkrasında ise hakaret suçu ile olarak "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır." düzenlemesine yer verilmiştir⁴⁰. Hal böyleyken, sporcular tarafından 6222 sayılı Kanunun uygulama alanı olan yer ve zamanda, 14. maddenin 2. fıkrası kapsamında

(1) c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,.. anlaşılır.

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun-Madde 20:

(1) Spor müsabakalarında görev yapan hakem, gözlemci ve temsilciler bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır.

3289 Sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu-Ek Madde 1:

(1) Kamu hizmeti olarak yapılan gençlik ve spor organizasyonlarında görevlendirilen geçici görevliler, o organizasyonla ilgili görevlerini fiili olarak yürüttükleri süre içinde veya bu görevi ile ilgili ilişkileri sırasında kamu görevlisi sayılır. Ceza kanunlarının uygulanması bakımından, bunların işledikleri suçlarla, bunlara karşı işlenen suçlarda Devlet memurlarına ilişkin hükümler uygulanır.

3289 Sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu-Ek Madde 9:

...Federasyon faaliyetlerinde görevli bulunanlar, görevleriyle bağlantılı olarak işlemiş oldukları suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır.

39

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-Madde 125:

(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.

40

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 4364.

değerlendirilemeyecek olan hakaret içeren eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde, 6222 sayılı Kanun kapsamında soruşturma yapmak hukuken mümkün değildir ve böyle bir durumun varlığı halinde mağdur olan kişinin kamu görevlisi olup olmadığı dikkate alınarak⁴¹ genel hükümlere göre soruşturma başlatılacaktır. Diğer taraftan sporcuların hakaret içeren eylemleri mağdurun gıyabında gerçekleştirilmiş ise fiilin en az 3 kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi⁴² ve eylemin soruşturulabilmesi için yine mağdurun şikâyetçi olması gerekmektedir⁴³.

⁴¹ Mağdur kamu görevlisi ise şikâyet şartı aranmaksızın soruşturma başlatılacak; kamu görevlisi değilse mağdurun şikâyeti üzerine soruşturma başlatılabilecektir. “Sanığın, kaymakamlık tarafından düzenlenmiş olan futbol turnuvasındaki maçta oynadığı sırada, maçta hakem olarak görev yapan ve 3289 sayılı Yasanın ek 1.maddesinin yollamasıyla 5237 Sayılı TCK’nun 6.maddesinin 1.fikrasının (c) bendine göre kamu görevlisi sayılan yakınanın kendisine kırmızı kart göstermesi nedeniyle gerçekleştirdiği hakaret eyleminin, aynı yasanın 125.maddesinin 3.fikrasının (a) bendinde düzenlenen “kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret” suçunu oluşturduğu ve atılı suçun aynı yasanın 131.maddesinin (1).fikrası uyarınca kovuşturulması ve soruşturulmasının şikâyete bağlı olmadığı gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılıya düşülerek şikâyetten vazgeçme nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş üst Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak bozulmasına, 14/01/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 14/01/2013, 2011/27975 Esas, 2013/9 Karar, www.kazanci.com)

⁴² **Kocaoğlu**, Serhat Sinan: Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 128-131.

⁴³ “...Hakaret suçu mağdurun olmadığı veya mağdurun doğrudan vakıf olamayacağı bir şekilde işlendiğinde gıyapta hakaret suçu oluşmaktadır. Ancak gıyapta hakaret suçunun cezalandırılması için, failin mağdur dışında toplu veya dağınık en az üç kişiyle ihtilat ederek bu suçu işlemesi gerekmektedir. Suçun faili ihtilatı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. İhtilat kişilerle birebir görüşerek gerçekleşebileceği gibi, üç veya daha fazla kişiye mektup göndermek, telefon etmek, SMS veya e-mail göndermek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ancak ihtilat unsurunun gerçekleşmesi için, failin sözleri en az üç kişinin duyabileceği bir ortamda ve şekilde söylemesi yeterli olmayıp, muhatapların bizzat anlamaları ve vakıf olmaları lazımdır.” (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 30/10/2018, 2016/8367 Esas, 2018/13828 Karar, www.kazanci.com); “...Hakaret huzurda işlenebileceği gibi, gıyapta da işlenebilir. Gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun yokluğunda en az ikiden fazla kişilerle ihtilat edilerek yani en az üç kişinin hakaret sözünü öğrenmiş olması kaydıyla hakaretin yapılması şarttır. Mağdur bu sayıya dâhil değildir. Mağdurun hazır olması halinde gıyapta hakaret den bahsedilemez. Kendileriyle ihtilat edilen kişilerin bir arada bulunmaları ve hakaret sözünü aynı anda öğrenmelerine gerek yoktur. İhtilat aktarma suretiyle gerçekleşmişse hakaret sözlerinin aynı ya da benzer olması aranmalıdır. Fail sözlerini ikiden fazla kişiye söylemekte ya da daha çok kişinin duyabileceği bir yerde konuşmakta ve sözleri başkaları tarafından duyulabilmekte, failde bu durumun bilincinde ise ihtilat oluşmuştur.” (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 09/11/2015, 2015/8645 Esas, 2015/31012 Karar, www.kazanci.com)

Yukarıda müteaddit defa sporcuların, 6222 sayılı Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecek olan hakaret içeren eylemlerinin genel hükümlere göre soruşturulacağı hususuna değinmiştik. Yaptığımız ayrıntılı açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sporcuların 6222 sayılı Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kalan hakaret içeren eylemleri bakımından 6222 sayılı Kanunun ilgili maddesi tatbik edilecek ve spor savcılığı tarafından işbu mevzuat hükümlerine göre soruşturma yürütülecektir. Zira işbu düzenlemenin fail bakımından bir özellik arz etmediği açıktır. Bu husus madde metninin gerekçesinde de “İkinci fıkrada, spor alanlarında veya çevresinde toplum kesimlerinin din, dil, ırk, etnik köken veya mezhep farkı gözeterek tahkir edici söz ve davranışlarda bulunan kişiye fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde uygulanacak ceza hükmü belirtilmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre sporcuların, ayrımcılık içeren hakaret eylemlerinin genel hükümlere göre soruşturulamayacağı izahtan varestedir. Nitekim uygulamada da sporcular hakkında ayrımcılık içeren hakaret eylemleri bakımından 6222 sayılı Kanun kapsamında soruşturma yapılmaktadır. Örneğin, 5 Nisan 2012’de Trabzonspor-Fenerbahçe arasında oynanan Spor Toto Süper Final Şampiyonluk Grubu maçı sonrasında Fenerbahçeli futbolcu Emre Belözoğlu’nun, Trabzonsporlu Didier Zokora’ya “ırkçı söylemde” bulunduğu gerekçesiyle kamu davası ikame edilmiş, yapılan yargılama neticesinde Emre Belözoğlu hakkında kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasını ihlal ettiği gerekçesiyle 2 ay 15 gün hapis cezasına hükmedilmiş, işbu hapis cezası hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi tatbik edilmiş ve bu karar kesinleşmiştir

IV. MÜSABAKA ALANLARINDAKİ SPORCULARIN KASTEN YARALAMA VE MALA ZARAR VERME EYLEMLERİNİN TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kasten Yaralama Eylemlerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun ‘spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi’ başlıklı 17. maddesi “(1) Spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine göre cezaya hükümlenir. Spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren suç-

ların işlenmesi suretiyle spor alanlarına ve bu alanlardaki eşyaya zarar verilmiş olması halinde, meydana gelen zararların tazmini hususunda zarar veren kişiler ve onların taraftarı olduğu spor kulübü meydana gelen zarardan müteselsilen sorumludur. Zararı gideren spor kulübünün sorumlu taraftarlarına rücu hakkı saklıdır⁴⁴.” şeklinde hüküm altına alınmıştır⁴⁵. Atıf yapılan hükümden de anlaşılacağı üzere sporcuların, diğer sporculara, hakeme veya taraftara yönelik kasten yaralama suçunu oluşturan eylemleri 6222 sayılı Kanunun 17. maddesinin delaletiyle Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre değerlendirilecektir⁴⁶. Öncelikle ifade etmek gerekir ki sporcular tarafından diğer sporculara yönelik kasten yaralama fiillerinin 6222 sayılı kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için eylemin müsabaka esnasındaki pozisyon gereği yapılan müdahaleler kapsamında olmaması, tasvip edilen sertliği aşması⁴⁷ yani yaralama kastı ile gerçekleştirilmiş olması gerekir. Zira Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında da ifade edildiği üzere futbol gibi spor müsabakalarında kasıtlı yaralamalar hariç kazaen yaralamalar yönünden müsabaka öncesi oyuncuların rızalarının bulunduğu varsayılır ve bu durum bir hukuka uygunluk nedeni⁴⁸ olarak değerlendirilir⁴⁹. Dolayısıyla böyle bir

⁴⁴ Kanaatimizce bu düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 20. maddesinde “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” şeklinde düzenlenen ‘ceza sorumluluğunun şahsiliği’ ilkesine aykırıdır.

⁴⁵ **6222 Sayılı Kanunun 17. Maddesinin Gerekçesi:**

Birinci fıkrada spor alanlarında kasten yaralama suçunun veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikayet şartı aranmaksızın Türk Ceza Kanunu’nun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunacağı düzenlenerek spor alanlarında ve bu alanlardaki eşyanın mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmünde olacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrada, birinci fıkra kapsamına giren suçların işlenmesi suretiyle spor alanlarına ve bu alanlardaki eşyaya zarar verilmiş olması halinde meydana gelen zararların tazmini hususunda zarar veren kişilerin ve onların taraftarı olduğu spor kulübünün meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu olduğu ve zararı giden kulübün sorumlu taraftarlarına rücu hakkı saklı bulunduğu belirtilmiştir.

⁴⁶ **Uslu**, s. 213.

⁴⁷ **Gülşen**, Recep: Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 78.

⁴⁸ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 334-336; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Beşinci Baskı, Ankara 2018, s. 210-211.

⁴⁹ “Olay günü sanık ile katılanın halı saha maçında karşılıklı olarak futbol oynadıkları, sanığın oyun esnasında havaya yükselen topa doğru yöneldiği ve topu almak isterken kasıtlı bir hareketi olmaksızın katılan B.V’nin yüzüne kafasının gelmesiyle katılanın göz çukuru çevre kemiğinde kırık olacak şekilde yaralandığı, tüm dosya içeriğinden sanığın yaralama kastı ile hareket etmediği ve katılan ile sanığın kazaen çarpışması neticesi katılanın yaralandığı, futbol gibi spor müsabakalarında kasıtlı yaralamalar hariç kazaen

uyuşmazlığın bulunduğu hallerde sanık hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 2. fıkrasının d bendi⁵⁰ uyarınca beraat hükmü tesis edilmesi gerekir⁵¹.

Diğer taraftan ilgili düzenlemede bahse konu kasten yaralama suçunun şikayete tabi olmadığı açıkça belirtilmiştir⁵². Oysa 5237 sayılı Türk Ceza

yaralamalar yönünden müsabaka öncesi oyuncuların rızalarının bulunduğu ve TCK'nın 26/2 maddesi gereğince de bu rıza çerçevesinde gerçekleşen yaralanmadan ötürü sorumlu tutulamayacağı anlaşılmıştır." (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 04/12/2013, 2013/5763 Esas, 2013/27915 Karar, www.kazanci.com); "Spor müsabakaları hukuka uygunluk nedeni bakımından değerlendirildiğinde; Kanun'un verdiği yetkinin kullanılması bakımından, bir sporcu, ilgili spor kurallarının kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktaysa, yaptığı hareketler sonucu bir zarar doğmuş olsa bile bu zarar nedeniyle sporcunun sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Zira oyun kurallarına uygun hareket etmiş olması nedeniyle sporcunun eylemi hukuka uygun kabul edilecektir... Mağdurun rızası ile ilgili hukuka uygunluk nedenine gelince, emredici hukuk kurallarına, ahlak ve kişilik haklarına aykırı olmadığı takdirde, mağdurun rızası eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Eylem emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı ise, mağdurun rızası olsa bile hukuka uygun hale gelmeyecektir. Spor karşılaşmalarında sporcular, oyun kuralları içerisinde kalması koşuluyla rakiplerinin müdahalelerine izin verdikleri kabul edilmektedir. Burada sporcuların rakiplerine verdikleri izin kendilerini yaralaması konusunda olmayıp, oyun kurallarının izin verdiği müdahalelerdir. Bu nedenle eylemin oyun kuralları içerisinde kalan bir eylem olduğunun tespiti önemli olacaktır. Zararı göze alma konusuna gelince, spor veya gösteri amaçlı oyun ve yarışmalara katılan kişilerin, katıldıkları oyun ve yarışmalardan doğabilecek yaralanmaları ve benzer sonuçları göze alarak katıldıkları kabul edilir. Burada verilen izinden kasıt oyunda yaralanmaya açıkça izin değil, yarışmalardan doğabilecek yaralanma ve benzer sonuçlarını görüp göze alıp oyuna ve yarışmaya katılmasıdır. Sporcu oyuna ve yarışmaya katılırken, oyun kuralları çerçevesinde meydana gelebilecek normal yaralanmalara izin verdiğinin kabulü gerekir, yoksa oyun kurallarına uymayan eylemlerle karşıdaki sporcuya verilen zararlar için izinden bahsedilmesi mümkün olmayıp söz konusu eylem sporcunun kişilik haklarına yapılan bir saldırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06/11/2013, 2013/4-364 Esas, 2013/1543 Karar, www.kazanci.com)

⁵⁰ **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu-Madde 223/2-d:**

(2) Beraat kararı;

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması.. hallerinde verilir.

⁵¹ "Dosya içeriğine göre; olayın halı sahada futbol oynandığı sırada kaleye şut çekilmesi sonucu gerçekleştiği dikkate alındığında sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekçesiyle beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden 223/2-b. maddesi gereğince beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 19/04/2013, 2012/17736 Esas, 2013/10604 Karar, www.kazanci.com)

⁵² "18.12.2011 tarihinde Fenerbahçe - Trabzonspor takımları arasında yapılan futbol müsabakasının öncesinde fenerium alt tribününde yer alan sanığın elinde bulunan cep

Kanunu'nun kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddesinin⁵³ 2. fıkrasında kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde mağdurun şikâyeti üzerine soruşturma yapılabileceği düzenlenmiştir⁵⁴. Hal böyleyken, 6222 sayılı Kanunun 17. maddesindeki düzenlemenin, 5237 sayılı Kanunun 86. maddesinin 2. fıkrasındaki şikâyet şartını bertaraf edici ve bu haliyle sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi amacına hizmet eder nitelikte bir düzenleme olduğu söylenebilir. Burada şu hususa dikkat çekmekte de yarar vardır. Yukarıda atıf yapılan ilgili hükümde gerek kasten yaralama gerekse mala zarar verme suçunun spor alanlarında işlenmesi hali düzenlenmiştir. 6222 sayılı Kanunun 'tanımlar' başlıklı 3. maddesinin g bendinde spor alanı "spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanlar" şeklinde tanımlanmıştır.

telefonu ısınmakta olan Trabzonsporlu futbolcuların üzerine atıp isabet ettirememesi biçiminde açıklanan eylemde, 6222 Sayılı Kanun'un 17/1. maddesi uyarınca spor alanlarında işlenen kasten yaralanma suçunun şikâyete tabi olmaması ve saldırı amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırıda kullanılmaya elverişli suça konu aletin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-f-4 hükmü kapsamında silah olarak kabulünde zorunluluk bulunması sebepleriyle somut olayda bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği halde, mahkemece, yanlış nitelendirmede bulunularak şikâyet yokluğu sebebiyle düşme kararı verilmesi hukuka aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 27/11/2017, 2016/5114 Esas, 2017/10074 Karar, www.kazanci.com) "Sanığın ve mağdurun karşılıklı müسابaka yapan futbol takımlarının futbolcusu oldukları ve sanığın suçu maç sonunda saha içinde işlemesi nedeniyle 6222 sayılı Kanunun 17/1. maddesi gereğince suçun takibinin şikâyete tabi olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 02/06/2015, 2015/1217 Esas, 2015/18626 Karar, www.kazanci.com)

⁵³ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-Madde 86:**

(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. (3) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır

⁵⁴ **Kocalar, Salih/Biçen, Yunus:** Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 145; **Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 398.

Kanaatimiz, spor alanına ilişkin işbu tanım gözetildiğinde yasanın 17. maddesindeki düzenlemenin uygulama alanı bakımından kanunun amacına hizmet etmediği yönündedir. Zira hiç şüphesiz ülkemizdeki sporda şiddet ve düzensizlik eylemleri yoğun olarak spor alanlarının dışında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından bu durum dikkate alınarak, madde metnindeki spor alanları ifadesinin hükümden çıkarılması ve bilhassa müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhları ile taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerleri kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması gerekir. Kaldı ki uygulamada bu eksiklik, 6222 sayılı kanunun işlevini yerine getirememesine sebep olmakta ve çoğunlukla müsabaka alanına gidiş ve geliş güzergâhlarında gerçekleşen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının şikâyet şartı gerçekleşmediği için soruşturulmamasına yol açmaktadır⁵⁵. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından evleviyetle spor müsabakası ile ilgili olmak şartıyla spor alanı dışında işlenen kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarında şikâyet şartının aranmamasına ilişkin yasal düzenleme yapılmalıdır.

B. Mala Zarar Verme Eylemlerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

6222 sayılı kanunun 17. maddesinde hüküm altına alınan bir diğer suç ise mala zarar verme suçudur. Mala zarar verme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁵⁶. İşbu düzenlemeye göre suçun takibi şikâyete bağlıdır. Oysa 6222 sayılı kanunun 17. maddesinde mala zarar verme suçunun takibinin şikâyete bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir. Yine 17. maddede "Spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir." şeklinde bir düzen-

⁵⁵ "...Dosya kapsamına göre sanıkların üzerlerine atılı olay tarihinde bir futbol müsabakası için Bolu iline gelen Kartalspor'a ait bulunan 34 U. 8... plaka sayılı otobüsün camının taşlanmak suretiyle kırılması eyleminin, 6222 sayılı Kanun'un 3/1-g maddesinde tanımlanan 'spor alanı' içerisinde meydana gelmemesi karşısında, anılan mala zarar verme suçunun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir. " (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 09/07/2014, 2014/5611 Esas, 2014/14512 Karar, www.kazanci.com)

⁵⁶ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-Madde 151:**

(1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

lemeye yer verilmiştir⁵⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 152. maddesinde de mala zarar verme suçunun nitelikli hallerine yer verilmiş ve suçun nitelikli hallerinin re'sen soruşturulacağı düzenlenmiştir⁵⁸. İlgili maddenin 1. fıkrasının a bendinde⁵⁹ kamu malına zarar verilmesi hali de suçun nitelikli hali olarak hüküm altına alınmıştır⁶⁰. Hal böyleyken, her ne kadar 6222 sayılı Kanun'un 17. maddesinde hem kasten yaralama hem de mala zarar verme suçuna ilişkin olarak şikayet şartı aranmaksızın soruşturma yapılacağı şeklinde bir düzenleme yapılmışsa da, aslında "spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir." düzenlemesi⁶¹, mala zarar verme suçu bakımından şikayet şartını ortadan

⁵⁷ "Sanığın, Elazığ Atatürk Stadyumunda oynanan futbol müsabakasını izledikten sonra, maç içerisinde verdiği kararlar sebebiyle maçın hakemlerine öfkelenerek, konuşmak amacıyla stadyum içerisindeki odalarına giden hakemlerin arkasından ilerlediği sırada, görevlilerin engel olması üzerine çıkan kargaşada, sanığın kapıya yumruk ile vurmak suretiyle yarısı buzlu cam olan kısmını kırarak zarar verdiği iddia edildiği olayda, sanık, tanık ve şikayetçi beyanları, görgü tespit tutanağı ile tüm dosya kapsamına göre, eylemin kamu malına zarar verme suçunu oluşturduğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 25/02/2015, 2014/835 Esas, 2015/21400 Karar, www.kazanci.com); "...Somut olayda; Turgutlu ilçesi Yedi Eylül Stadyumunda oynanan Ulucak Belediye Spor ile Kuşadasıspor arasındaki futbol müsabakası sırasında Ulucak Belediye Sporun attığı gole sevinen suça sürüklenen çocuğun protokol tribünü ile kapalı tribün arasında bulunan cama yumruk vurarak camın kırılmasına neden olduğu, bu şekilde üzerine atılı kamu malına zarar vermek suçunu işlediği anlaşılmıştır." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 20/05/2014, 2013/18749 Esas, 2014/9780 Karar, www.kazanci.com)

⁵⁸ **Taneri, Gökhan/Kamışlı, Gani: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2018, s. 913.**

⁵⁹ **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu-Madde 152/1-a:**

(1) Mala zarar verme suçunun,

a) Kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında, İşlenmesi halinde, fail hakkında bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

⁶⁰ "...Bu sebeple suça konu olayda suça sürüklenen çocuğun doğrudan kastının gerçekleşen netice dikkate alınarak 265. madde kapsamındaki kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla direnme suçunu işlemek olduğunu, olası kastının ise, TCK 152/1.a maddesi kapsamındaki kamu malına zarar verme suçunu işlemek olduğunu kabul etmek gerekir." (Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 20/11/2017, 2017/2426 Esas, 2017/5373 Karar, www.kazanci.com)

⁶¹ Bu düzenleme ile ilgili olarak aşağıdaki hükümlere de atıf yapmak gerekir:

3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu-Madde 36:

İl müdürlüklerinin taşınır ve taşınmaz bütün mal ve paraları Devlet malı hükmündedir. İl müdürlüklerinin malları ile gelirleri ve alacakları haczedilemez.

3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu-Ek Madde 9:

kaldırır mahiyette bir düzenlemedir. Dolayısıyla madde metni bir bütün olarak incelendiğinde, hükümdeki ‘şikayet şartı aranmaksızın’ ifadesinin yalnızca 5237 sayılı Yasanın 86. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama suçu bakımından hukuki bir anlam barındırdığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Diğer taraftan spor alanlarında mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü’nün suçtan zarar gördüğü kabul edilmelidir. Nitekim uygulamada mala zarar verme suçu hakkında kurulan mahkumiyet hükümlerinin Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü’ne tebliğ edildiği görülmektedir. Aksi yönde uygulama ise Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmıştır⁶².

Son olarak burada Sermaye Piyasası Kanunu’na muhalefet suçları ile ilgili benzer bir düzenlemeye 6222 sayılı Kanunda da yer verilmesi gerektiğini belirtmekte yarar görüyoruz. Zira 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 115. maddesinin 1. fıkrasında “Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu

...Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından yapılan yardımlar ve tahsis edilen kaynaklar kullanılarak alınan taşınmazların mülkiyeti Gençlik ve Spor Bakanlığına ait olur. Bu taşınmazlar Gençlik ve Spor Bakanlığının mevzuatı çerçevesinde kullanılır. Federasyon malları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez.

⁶² “...Sanık hakkında 21/04/2013 tarihinde Manisaspor-Denizlispor futbol takımları arasında yapılan spor müsabakası esnasında stadyumdaki seyirci koltuklarından birisini kıldığı iddiasıyla kamu davası açılmıştır. 6222 sayılı Kanun’un spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi başlığı altında düzenlenen 17. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ‘spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir.’ düzenlemesine yer verilmiştir. 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 36. maddesine göre, bir kamu kurumu olması dolayısıyla Spor Genel Müdürlüğü’nün bütün taşınır ve taşınmaz malları, Devlet Malı hükmündedir. Yine anılan kanunun ek 9. maddesi uyarınca bağımsız federasyon malları Devlet Malı hükmündedir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece gıyabi kararın suçtan zarar gören, davaya katılma ve kanıt sunma ile hükmü temyize hak ve yetkisi bulunan Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü’ne tebliğ edilmediği, anlaşıldığından gerekçeli kararın anılan kuruma tebliğ işlemleri gerçekleştirildikten ve verilmesi halinde temyiz dilekçesi eklendikten ve ek tebliğnamede düzenlendikten sonra Dairemize gönderilmek üzere, incelenmeksizin mahalline iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine... karar verildi.” (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 17/05/2016, 2015/33086 Esas, 2016/18158 Karar, www.kazanci.com) “...Mahkemece gerekçeli kararın suçtan zarar gören ve davaya katılma hakkı bulunan Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü’ne tebliğ edilmediği anlaşılmıştır.” (Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 02/03/2016, 2015/12517 Esas, 2016/3383 Karar, www.kazanci.com)

başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun ihbarı atıf yapılan suçlarda muhakeme şartı olarak düzenlenmiştir. Biz de 6222 sayılı Kanun kapsamında yalnızca müsabaka alanında işlenen suçlardan dolayı ceza soruşturması başlatılabilmesi için ilgili spor federasyonunun ihbarının muhakeme şartı olarak düzenlenmesi ve bu konuda kanunda evleviyetle düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Ulaşım ve teknoloji başta olmak üzere diğer alanlardaki gelişme ve bütünleşmelerle birlikte kapsamı gün geçtikçe genişleyen spor ve bilhassa seyir yönü yüksek olan futbol adeta bir meslek halini almış ve ekonomik bir faaliyet olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Başta futbol sahaları olmak üzere spor alanlarında yaşanan şiddet ve düzensizlik vakıaları da bu gelişimin bir handikapı olarak ortaya çıkmış ve bu durum spor mevzuatının etkin bir şekilde düzenlenmesi gerekliliğini gözler önüne sermiştir. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay tarafından spor hukukunun ayrı ve bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmişse de başta 6222 sayılı Kanun olmak üzere gerek ulusal gerekse uluslararası nitelikteki normatif düzenlemeler spor hukukunun bağımsız ve karma nitelikli bir branş olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaya yetmektedir.

Başta futbol müsabakaları olmak üzere, tüm spor müsabakalarında son zamanlarda artan şiddet ve düzensizliklerin önüne geçilmesi için kanun koyucu tarafından öncelikle 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun kaleme alınmış, akabinde işbu kanunun ihtiyaçlara cevap vermemesi sebebi ile 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ihdas edilmiştir. İşbu kanunun ‘yasak fiiller ve ceza hükümleri’ başlıklı üçüncü bölümünde, 14. maddede ‘hakaret içeren tezahürat’, 17. maddede ise ‘spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi’ eylemleri ve bu eylemler karşılığında uygulanacak olan yaptırımlar hüküm altına alınmıştır.

6222 sayılı Kanun’un ‘hakaret içeren tezahürat’ başlıklı 14. maddesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken ilk husus madde başlığının içeriği ile örtüşmediğidir. Zira madde metninin ilk fıkrasında düzenlenen eylemin faili yalnızca taraftar olabilirken, maddenin 2. fıkrası fail bakımından bir özellik arz etmez. Oysa madde metninin başlığının ‘hakaret içeren tezahürat’ olması maddenin 2. fıkrasında hüküm altına alınan eylemin failinin de yalnızca taraftar olabileceği düşüncesini uyandırmaktadır ki bu durum kanun yapma tekniği bakımından kabul edilebilir mahiyette değildir. Kanaatimiz, ya

madde içeriği ile bağdaşır mahiyette bir madde başlığının tanzim edilmesi ya da maddenin fail bakımından özellik arz etmeyen 2. fıkrasının madde dışına çıkarılması gerektiği yönündedir. Diğer taraftan 14. maddenin 1. fıkrasındaki ‘fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde’ şeklindeki ibare kanaatimizce, hakaret içeren eylemin belirli bir kişiyi hedef alması durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinin tatbik edilmesi gerektiğini ortaya koyar niteliktedir.

İfade ettiğimiz üzere 14. maddenin 1. fıkrasında hüküm altına alınan eylemin faili yalnızca taraftar olabilir. İşbu düzenlemeye göre taraftarların hakaret içeren eylemleri şikâyet şartı aranmaksızın soruşturulacaktır. Oysa müsabaka alanlarındaki sporcuların, 6222 sayılı kanunun uygulama alanı olan yer ve zamanda, gerek diğer sporculara, gerek hakem ve diğer görevlilere, gerekse taraftarlara yönelik hakaret içeren ve kanunun 14. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecek olan eylemleri 6222 sayılı Kanun’un kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla böyle bir durumun varlığı halinde, genel hükümlere göre soruşturma başlatılacak ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun bilhassa ‘hakaret’ başlıklı 125. maddesi ve diğer ilgili maddeler somut olaya tatbik edilecektir. Buna göre mağdur kamu görevlisi ise şikâyet şartı aranmaksızın soruşturma başlatılacak; kamu görevlisi değilse mağdurun şikayeti üzerine soruşturma başlatılabilecektir. Diğer taraftan kanunun 14. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınan eylemin fail bakımından bir özellik arz etmediği izahtan varestedir. Doktrinde işbu düzenleme ile ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 216. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmakta ve düzenlemelerin benzer olduğu vurgulanmaktadır. Kanaatimiz gerek madde metnindeki “fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi gerekse 5237 sayılı kanunun ‘fikri içtima’ başlıklı 44. madde düzenlemesi karşısında 216. maddenin 2. fıkrası kapsamında kalan bir eylemin varlığı halinde işbu hükmün tatbik edilmesi gerektiği yönündedir.

Sporcuların, diğer sporculara, hakeme veya taraftara yönelik kasten yaralama suçunu oluşturan eylemleri ya da mala zarar verme suçunu oluşturan eylemleri 6222 sayılı Kanun’un 17. maddesinin delaletiyle şikâyet şartı aranmaksızın Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre değerlendirilecektir. Fakat sporcuların kasten yaralama suçunu oluşturan eylemlerinin 6222 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için müsabaka esnasındaki pozisyon gereği yapılan müdahaleler kapsamında olmaması, yani yaralama kastı ile gerçekleştirilmiş olması gerekir.

6222 sayılı Kanunun 17. maddesinde gerek kasten yaralama gerekse mala zarar verme suçunun spor alanlarında işlenmesi halî düzenlenmiştir.

Kanaatimiz, spor alanına ilişkin kanunun 3. maddesindeki tanım gözetildiğinde yasanın 17. maddesindeki düzenlemenin uygulama alanı bakımından kanunun amacına hizmet etmediği yönündedir. Zira hiç şüphesiz ülkemizdeki sporda şiddet ve düzensizlik eylemleri yoğun olarak spor alanlarının dışında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından bu durum dikkate alınarak, madde metnindeki spor alanları ifadesinin hükümden çıkarılması ve bilhassa müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergahları ile taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerleri kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması gerekir. Zira kanundaki bu eksiklik, 6222 sayılı Kanun'un işlevini yerine getirememesine sebep olmakta ve çoğunlukla müsabaka alanına gidiş ve geliş güzergahlarında gerçekleşen basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarının şikâyet şartı gerçekleşmediği için soruşturulmamasına yol açmaktadır.

Diğer taraftan her ne kadar 6222 sayılı Kanun'un 17. maddesinde her iki suç bakımından da şikâyet şartı aranmaksızın soruşturma yapılacağı şeklinde bir düzenleme yapılmışsa da, aslında "spor alanları ve bu alanlardaki eşya, mala zarar verme suçu bakımından kamu malı hükmündedir." düzenlemesi, mala zarar verme suçu bakımından şikâyet şartını ortadan kaldırır mahiyette bir düzenlemedir. Hal böyleyken hükümdeki 'şikâyet şartı aranmaksızın' ifadesinin yalnızca 5237 sayılı Yasanın 86. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama suçu bakımından hukuki bir anlam barındırdığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Yine ifade etmek gerekir ki spor alanlarında mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'nün suçtan zarar gördüğü kabul edilmekte ve mahkûmiyet hükümleri kuruma tebliğ edilmektedir. Aksi yönde uygulama ise Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmıştır.

Son olarak Sermaye Piyasası Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer bir biçimde, 6222 sayılı Kanun kapsamında yalnızca müsabaka alanında işlenen suçlardan dolayı ceza soruşturması başlatılabilmesi için ilgili spor federasyonunun ihbarının muhakeme şartı olarak düzenlenmesi ve bu konuda kanunda evleviyetle düzenleme yapılması gerektiğini belirtmekte yarar görüyoruz.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt. Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Baştürk**, Faruk: İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, Beta Basım Yayın, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- Bilir**, Pervin/**Avgın**, Anıl: «“Ceza Alan Futbol Taraftarlarının Şiddete Yönelik Davranışlarının İncelenmesi: Adana İli Örneği”» Spor ve Performans Araştırmaları Dergisi, s. 232-251.
- Erkiner**, Kısmet: «“Türkiye’de Spor Hukukunun Oluşumu”» İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, 2007.
- Ertaş**, Şeref/**Petek**, Hasan: Spor Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Erten**, Rifat: Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- Fişek**, Kurthan: Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya’da ve Türkiye’de Spor Yönetimi, A.Ü SBF Yayınları, 2. Bası, Ankara 1998.
- Genç**, Durmuş Ali: Futbol Kulüplerinin Stratejik Yönetimi, Bağırhan Yayınevi, Ankara 1999.
- Gerçekler**, Hasan: Spor Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Göktürk**, Neslihan: Fikri İhtima, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Gülşen**, Recep: Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Günel**, A. Nadi/**Küçükgüngör**, Erkan: «“Türk Spor Teşkilatının Hukuki Yapısı”» Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 1035-1065.
- Güneş**, İsmail: Futbol Ekonomisi, Karahan Kitabevi, 1. Baskı, Adana 2010.
- Hyperlink** “<http://www.tdk.gov.tr>” <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 21 Aralık 2019.
- Hürmüz**, Peyman: 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Yasak Filler ve Ceza Hükümleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Karakaş Doğan**, Fatma: «“Futbol Taraftarlarının Hakaret İçeren Tezahürat Eylemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”» Ceza Hukuku Dergisi, 2015: 83-106.

- Kıraç**, Erkan: «“Futbolda Şiddet ve Çıkış Yolları Üzerine Bir Deneme”» <http://www.sporhukuku.org/futbolda-siddet-ve-cikis-yolları-uzerine-bir-deneme/> Erişim Tarihi: 27 Aralık 2018.
- Koca**, Mahmut: 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Beşinci Baskı, Ankara 2018.
- Kocalar**, Salih/**Biçen**, Yunus: Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan: Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Kocasakal**, Ümit: «“Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu”» İstanbul Barosu Dergisi, 2007.
- Koçak**, Talat Emre: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2007.
- Kuru**, Emin: «Türkiye’de Spor Seyircilerinde Oluşan Kitleselel Tezahüratın Geleneklerle İlişkisi» Milli Folklor. 2009.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Özelçi**, Aytaç: Türkiye Futbol Federasyonu’nun Türk Hukukundaki Yeri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2010.
- Petek**, Hasan: Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2002.
- Sarıbrahimoğlu**, Y. Selim/**Bakanay**, Mehmet Ali/**Tekin**, Tarık: Spor Hukuku. Ankara 2002.
- Şen**, Ersan: «“6222 Sayılı Kanun ve Sporda Ceza Sorumluluğu”» <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1692923-6222-sayili-kanun-ve-sporda-ceza-sorumluluğu>. Erişim Tarihi: 4 Ocak 2019.
- Tabel**, Taner: «“6222 Sayılı Kanunun Uygulama Sorunları ve Çözüm Yolları Paneli”» <http://olimpiyatkomitesi.org.tr/editorimages/seminer/sporhukuku2014>, Erişim Tarihi: 2 Ocak 2019.
- Taneri**, Gökhan/**Kamışlı**, Gani: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2018.

- Türkmen, Mustafa/Yıldız, Kadir/Zekiöglü** Aylin: «“*Sosyolojik Açıdan Şiddet ve Çirkin Tezahüratın Nedenlerinin Araştırılması: Manisaspor Taraftarları Örneği*”» Spor Yönetimi ve Bilgi Teknolojileri Dergisi, 2013: 17-18.
- Uslu, Ferhat:** Spor Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Uzun, Aziz/Eker, Semih/Pakiş, Işıl/Polat, Oğuz:** “*Üniversite Öğrencileri Arasında Sporda Şiddetin Önlenmesine Yönelik Farkındalık ve Bilgi Düzeyi Araştırması*”, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, İstanbul 2012.
- Yurtcan, Erdener:** Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu, Kare Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2006.
- Yurtcan, Erdener:** Sporda Şiddetin ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu ve Yorumu-6222 sayılı Yasaya Göre Yeniden Yazılmış, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2016.

HAKSIZ İHTİYATÎ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASININ NORMATİF ZARAR TEORİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.642013>

Dr. Ramazan KORKMAZ*

Öz

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399'da düzenlenmiştir. Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle zarara uğradığını iddia eden taraf, maddede düzenlenen şartlar çerçevesinde zararının tazminini talep edebilir. Davacının talebine konu olabilecek hususlardan biri de ihtiyatî tedbir kararı nedeniyle karara konu malın bir süre kullanılmaması nedeniyle zarara uğradığı iddiasıdır. Bir malın kullanımından bir müddet yoksun kalma halinin zarar teşkil edip etmeyeceği ise normatif zarar teorisi bağlamında ele alınmaktadır. Türk hukukunda pek kabul görmeyen normatif zarar teorisi, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası bakımından uygulanmamalıdır. Çünkü hukuk sistemimizde zararın varlığı açısından fark teorisi kabul edilmekte olup kullanım imkânı tek başına mal varlığı değeri olarak görülmemektedir. Ayrıca normatif zarar teorisi, Alman hukukunda manevî zararın para ile tazmini konusundaki sınırlamayı aşmak amacıyla ortaya çıktığından ve Türk hukukunda böyle bir sınırlama olmadığından, normatif zarar teorisi ile ulaşılmak istenen sonuç, mevcut düzenlemeler ile elde edilebilecektir. Bu nedenle, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında zararın belirlenmesi açısından normatif zarar teorisine başvurmaya gerek yoktur.

Anahtar Kelimeler

Haksız İhtiyatî Tedbir, Tazminat Davası, Zarar, Normatif Zarar Teorisi, Kullanım İmkânından Yoksun Kalma

* (e-posta: ramazankorkmaz123@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1433-0567> (Makalenin Geliş Tarihi: 23.05.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.06.2019/ Makale Kabul Tarihi: 13.06.2019)

**ASSESSMENT OF ACTION FOR COMPENSATION BASED
ON UNFAIR PRELIMINARY INJUNCTION IN THE CONTEXT
OF THE THEORY OF NORMATIVE DAMAGE**

Abstract

Action for compensation based on unfair preliminary injunction is enacted at the article 399 of Code of Civil Procedure. Party, who had suffered damage due to unfair preliminary injunction, can claim for damages under the conditions of this article. One of the issues that may be subject of claimant's requests is the damage which is due to not being used of subjected good for a while. It will be the subject of the theory of normative damage whether situation of not being used a good for a while will cause damage or not. The theory of normative damage, which is not accepted in Turkish Law, shouldn't be considered in term of action for compensation based on unfair preliminary injunction. Because, possibility of using a good isn't an independent value of property in our legal system, in which difference theory accepted. In addition, the theory of normative damage has emerged in order to overcome the limitation of moral damages in German Law. There is no limitation in Turkish Law, so the same conclusion can be achieved by the existing rules. Therefore, there is no need to resort the theory of normative damage for the action for compensation based on unfair preliminary injunction.

Keywords

Unfair Preliminary Injunction, Action for Compensation, Damage, Theory of Normative Damage, Lack of the Possibility of Use

GİRİŞ

Borç ilişkilerinde taraflar, her zaman borçlandıkları edimleri zamanında ifa etmeyebilirler. Bu nedenle, çoğu zaman taraflar dava açmak durumunda kalmaktadırlar. Mahkeme kararları ise, hakkın esasen kime ait olduğunu tespit eder veya maddî hukuktaki hak durumuna uygun olarak sahibine verilmesini emreder. Hakkın hukukî olarak elde edilmesi kadar, fiilen hak sahibine teslimi de önemlidir. Çünkü bazı durumlarda çekişmeli olan hak kazanılsa ve mahkeme kararı ile devri emredilse bile fiilî olarak kaybedilmektedir. Bunun sebebi, borçlunun kötü niyetli işlemleri olabileceği gibi borca konu edimin zaman içerisinde yok olması veya önemli ölçüde zarar görmesi olabilir. Söz konusu olumsuzlukların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, kural olarak para dışındaki haklar için ihtiyatî tedbir müessesesini öngörmüş ve şartlarını düzenlemiştir.

İhtiyatî tedbir kararları, her zaman talepte bulunan tarafın haklı olduğu durumlarda verilemeyebilir. Bu ise, aslında hakkı olmadığı halde talepte bulunanın istemi ve mahkemenin kararı ile borçlunun şahıs veya mal varlığına haksız müdahale edilmesine yol açabilecektir. Bir başka sebep olarak ise ihtiyatî tedbirin gereklerine uymamak veya kararın itiraz üzerine kaldırılması gösterilebilir. Geçici hukukî koruma olan ihtiyatî tedbir bu ihtimallerde haksız sayılacak ve ihtiyatî tedbir kararına maruz kalan tarafın, zararlarının ödenmesi için dava açması gündeme gelebilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 hükmü, söz konusu davanın şartlarını genel olarak düzenlemiştir. Bu davada dile getirilebilecek taleplerden biri de haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle, aleyhine ihtiyatî tedbir kararı alınan tarafın, tedbire konu olan mal varlığını kullanmaktan belli bir süre alıkonulması, mahrum bırakılması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmini olabilecektir. Benzer bir durum ihtiyatî hacizler için de geçerlidir (İcra İflas Kanunu m. 259/1).

Borçlunun mal varlığında bulunan bir unsurun kullanımının bir süre engellenmesi normatif zarar teorisi bağlamında ele alınabilecektir. Zira bu teorinin uygulama alanlarından biri de bir malın kullanım imkânından bir süre mahrum kalınmasıdır. Bu çalışmada, ihtiyatî tedbire maruz kalan tarafın, tedbire konu malını bir süre kullanamamasının normatif zarar teorisi de ele alınarak zarar teşkil edip etmeyeceği ve bu teorinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 bağlamında açılan tazminat davalarında uygulanıp uygulanmayacağı incelenmiştir.

I. HAKSIZ İHTİYATÎ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Kavram

Geçici hukukî koruma türlerinden birisi olan ihtiyatî tedbir, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamında düzenlenmiştir. Hak arama gayesiyle mahkemeye başvuran tarafın hakkını tam olarak ve kararlaştırıldığı gibi elde etmesi hususunda mahkemeden istenen ihtiyatî tedbir, esasen bu yargılama süresince mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişim sebebiyle hakkın elde edilmesinin zorlaşacağı veya imkânsız hale geleceği ya da gecikme sebebiyle sakınca veya ciddi bir zararın doğacağı hallerde, söz konusu olumsuz durumları bertaraf etmek amacıyla hizmet eder¹. Zira bir

¹ **Zöller**, Richard/**Vollkommer**, Max: Zöller Zivilprozessordnung, 31. neubearbeitete Auflage, Köln 2016, Vor § 916, Rn. 1; **Sprecher**, Thomas: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Heraus.: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik), 3. Auflage, Zürich 2017, Vor § 261, Rn. 1; **Meier**, Isaak: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983, s. 7; **Meier**, Isaak/**Sogo**, Miguel: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, s. 253; **Baur**, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, s. 76 vd.; **Gutmann**, Christoph: Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Basel-Genf-München 2006, s. 1; Avusturya hukuku için ayrıca bkz.: **König**, Bernhard: Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Wien 1994, s. 1 vd.; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 631, (Kuru, İstinaflı Hukuku, İstanbul 2016, s. 470 vd., (Kuru, İstinaflı İcra İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 470 vd., (Kuru, İstinaflı İcra İflâs); **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 456, (Kuru, Usul Ders Kitabı); **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 348 vd., (Kuru, İcra Ders Kitabı); **Arslan**, Ramazan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Y. Ocak 2013, s. 23, (Arslan, Yenilikler); **Üstündağ**, Saim: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981, s. 581; **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 28 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 554 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 303 vd.; **Özekes**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul 2017, s. 2462, (Özekes, Pekcanitez Usûl); **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 55 vd., (Özekes, İhtiyati Haciz); **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 568 (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medenî Usul); **Deren Yıldırım**, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 2 vd.; **Erişir**, Evrim: Geçici Hukukî Korumaların Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 87 vd.; **Akil**, Cenk: 6100 Sayılı

hakkın mahkeme kararı ile korunması demek her zaman o hakka fiilen ve tam olarak sahip olunması anlamına gelmemektedir. Çünkü mahkeme kararı hukuken hakkı bahşedebilir fakat fiilen icra edilmeyen mahkeme kararı somut karşılık bulamaz². Bu olumsuzluğu aşmak üzere kanun koyucu, ihtiyatî tedbir müessesesini düzenlemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 hükmüne bakıldığında kural olarak alacaklı tarafı korumak amacıyla hareket edildiği görülebilecektir. Zira bu hüküm alacaklının haklarını yargılama süresince, yargılama öncesinden veya yargılamanın başladığı andan itibaren korumayı amaçlar³. Ayrıca, bünyesindeki gereklilik ve aciliyet nedeniyle aleyhine talepte bulunan taraf (borçlu) dinlenmeden de ihtiyatî tedbire karar verilebilir⁴. Gereklilik ve aciliyeti alacaklı ispat etmelidir⁵. Karşı tarafın dinlenmesi halinde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394 gereği itiraz hakkı ortadan kalkmaktadır. Yine, ihtiyatî tedbire karar verilirken hâkimin, hakkın ihtiyatî tedbir ile korunması gerektiği konusunda yaklaşık ispat seviyesinde ispatı kabul edebilmesi de alacaklıyı koruma amacına hizmet eder⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyatî Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/3, Ankara 2013, s. 174.

² **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., Vor § 916, Rn. 1; **Meier/Sogo**, s. 253 vd.; **Meier**, s. 7 vd.; **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1-2, yazar bu konuyu "Prozess gewonnen, Ergebnis zerronnen!" [Davayı kazandık, sonucu kaybettik!] olarak ifade etmiştir.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 631 vd.; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 470; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 455 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 348 vd.; **Yılmaz**, s. 30 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 554-555; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 303 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2462; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 55; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 566-568; **Erişir**, s. 87 vd.

³ **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1; **Meier**, s. 7; **Meier/Sogo**, s. 253; **Gutmann**, s. 3-4; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 631; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 470; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 457; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 348-349; **Arslan**, s. 7; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 555; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 303-304; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2461-2462; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 56; **Erişir**, s. 88-89.

⁴ **Gutmann**, s. 9-10; **Meier**, s. 227 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 637; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 477; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 460; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 351; **Arslan**, s. 8; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 562-563; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 308; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2474-2476; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 65; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 569-570; **Erişir**, s. 148.

⁵ **Sprecher**, § 261, Rn. 16-17.

⁶ **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., Vor § 916, Rn. 6-6a; **Kaufmann**, Karl: Die Schadenersatzpflicht bei Arrest und einstweiligen Verfügungen nach Art 945 ZPO, Breslau 1921, s. 1; **Sprecher**, § 261, Rn. 50 vd.; benzer yönde bkz.: **Meier/Sogo**, s. 261; **Gutmann**, s. 11-12; **Arslan**, s. 8; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 563; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2445; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 65.

Kanun koyucu, ihtiyatî tedbir kararı verilinceye kadar alacaklıyı daha fazla korumakla birlikte karşı taraf (borçlu) tamamen göz ardı edilmemektedir. Özellikle alacaklının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gösterilen, ihtiyatî tedbir kararının verilmesinden sonra bir haftalık süre içerisinde kararın icrasını talep etmesinin gerektiği (m. 393); yine icra talebinden itibaren iki hafta içinde asıl davasını açmak ve bu yöndeki kararı, ihtiyatî tedbir kararını uygulayan memura ibrazla karşılığında belge almak zorunluluğunun bulunması (m. 397) gibi düzenlemeler borçluyu korumak için getirilmiştir⁷. Borçluyu korumaya yönelik getirilen bu hükümlerin yanında, en etkili sayılabilecek husus ise ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi için mahkemeye gösterilmesi gereken teminatıdır. Değişik oranlarda alınan bu teminatın amacı, ihtiyatî tedbirin haksız olması ihtimaline karşı borçlunun (ve bazı durumlarda üçüncü kişilerin) belli bir oranda bile olsa korunmasıdır⁸. Fakat alınan belli oranlardaki teminat da borçlunun ileride uğradığı zararı karşılamaya yetmeyebilir. Bilhassa ticaret şirketleri aleyhine alınan veya uygulanan ihtiyatî tedbirler, şirketin belki de maddî mal varlığı⁹ kadar karşılığı olan ticarî itibarına zarar verebilecektir. Başlangıçta alınan teminat ise bu zararı karşılamaya yetmeyebilecektir. Hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 392/2 hükmünün de alacaklıyı koruyan, borçlunun aleyhine bir düzenleme olarak görülmesi de mümkündür. Çünkü tazminat davası için Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/3'te gösterilen bir yıllık süreye rağmen teminat, eğer tazminat davası ilk bir ay içinde¹⁰ açılmazsa iade edildiğinden borçlunun zararı teminatsız kalabilecektir¹¹.

Söz konusu durumlar menfaat dengesinin bozulmasına neden olacağından kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 ile dengeyi yeniden sağlamaya yönelik hukukî enstrümanı yaratmaya çalışmıştır. Bu düzen-

⁷ **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2445; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 23-24.

⁸ İsviçre hukukunda teminat ile ilgili farklı uygulama için bkz.: **Sprecher**, § 261, Rn. 13, § 264, Rn. 17 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 565; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 309; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2494; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 570.

⁹ Kelimenin yazılışı Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "mal varlığı" şeklinde ayrı yazıldığı için çalışmanın tamamında ayrı yazım tercih edilmiştir. Bkz.: <http://sozluk.gov.tr>.

¹⁰ İsviçre hukukunda bu şekilde bir süre verilmemiş, mahkemenin uygun göreceği süre içerisinde tazminat davasının açılması, aksi halde teminatın boşa çıkacağı belirtilmiştir. Bilgi için bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 63-67.

¹¹ **Sprecher**, § 264, Rn. 62 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 640; **Arslan**, s. 18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 565; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2497, 2549; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 571.

lemeye göre, menfaat dengesinin yeniden sağlanması adına, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın karşı tarafa bu haksız karar nedeniyle verdiği zararları ödemesi gerekir. Yani haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın, en baştan beri haksız olan yahut kanundaki sürelerle uyulmaması veya itiraz nedeniyle kalkan tedbir ile karşı tarafa verdiği zararları tazmin yükümlülüğü sonucunu doğuran davadır¹².

B. Tazminat Davasının Şartları

i. Genel Olarak

Tazminat davasının şartları, bu davanın kabul edilecek hukukî niteliğine göre değişiklik gösterecektir. İhtiyatî tedbire karar verilmesine kadar bir tarafın (alacaklı) korunduğu, bu koruma nedeniyle karşı tarafın mal veya şahıs varlığında zararın ortaya çıktığı, mahkeme kararına dayandığı için hukuka uygun sayıldığı, fakat ortaya çıkan bu zararın da bir şekilde zarar görene ödenmesi gerektiği gibi hususlar ele alındığında söz konusu tazminat davasının hukukî niteliği, kanımızca, fedakârlığın denkleştirilmesidir¹³. Ancak, hemen belirtmekte fayda vardır ki, bu davanın hukukî niteliği doktrinde tartışmalı olup haksız fiil sorumluluğuna benzetilmekte¹⁴, davanın şartları haksız fiilin şartları esas alınarak belirlenmektedir. Biz, özellikle haksız fiildeki hukuka aykırılık unsurunu, hukuka uygun mahkeme kararına

¹² **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 1; **Kaufmann**, s. 2 vd.; **Sprecher**, Vor § 261, Rn. 1 vd., § 264, Rn. 36 vd.; **Meier**, s. 259 vd.; **Gutmann**, s. 42 vd.; **König**, s. 83 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 645 vd.; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485 vd.; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 466 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 358 vd.; **Arslan**, s. 22 vd.; **Yılmaz**, s. 992 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316-317; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 393-394; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 574 vd.

¹³ Aynı yönde görüş için bkz.: **Baur**, s. 110-111; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2541; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 395-396. Fedakârlığın denkleştirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz.: **Ulusan**, İlhan, Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s. 1 vd.

¹⁴ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 3; **Kaufmann**, s. 33; **Meier**, s. 260 vd.; **Gutmann**, s. 49 vd; Avusturya hukukunda sebep sorumluluğu görüşü için bkz.: **König**, s. 84; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 645-646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 358-359; **Arslan**, s. 22; **Yılmaz**, s. 992; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575. Tehlike sorumluluğu görüşü için ayrıca bkz.: **Türkel**, Doğuş Taylan: Gemilerin İhtiyatî Hacinde Borçlunun Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s. 353 vd.

dayanan ihtiyatî tedbir hakkında kabul edemiyoruz¹⁵. Ayrıca, doktrinde ve yargı kararlarında büyük bir çoğunlukla kabul edildiği üzere bu davada kusur şartı aranmaz¹⁶. Yani haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında kusursuz sorumluluk ilkesi esastır. Bu nedenle hem hukuka aykırılık hem de kusur aranmayan sorumluluğun türü, kanımızca, fedakârlığın denkleştirilmesidir ve davanın şartları da buna göre belirlenmelidir¹⁷.

ii. Kural Olarak Kararın Uygulanmış Olması

Doktrin ve uygulama, haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için kural olarak söz konusu ihtiyatî tedbir kararının uygulanmış olması gerektiğini kabul etmektedir¹⁸. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393'te belirlenen süre (kararın verilmesi tarihinden itibaren bir hafta) içerisinde uygulanmayan ihtiyatî tedbirin haksızlığı nedenine dayalı olarak tazminat davası açılmayacaktır. Fakat biz bu görüşe katılmıyoruz. Uygulanan ihtiyatî tedbir kararının haksız sayılıp zarara yol açabileceği, karşı tarafa zarar verebileceği kabul edilebilir olmakla birlikte her halde kararın uygulanmış olmasının aranması doğru değildir¹⁹. Özellikle manevî zararın karşılanması hususunda sadece ihtiyatî tedbir kararının alınması bile zararı tek başına doğurmaya ve haksızlığın oluşumuna yeterli sayılabilir. Örneğin büyük bir şirket hakkında haksız ihtiyatî tedbir kararının sadece

¹⁵ Benzer şekilde bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 55.

¹⁶ **Meier**, s. 260; **König**, s. 83-83; **İmre**, s. 196-197; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1164; **Arslan**, s. 23; **Yılmaz**, s. 993; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2541-2542; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 394; **Türkel**, s. 519.

¹⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**'e göre ise her ne kadar sorumluluğun niteliği fedakârlığın denkleştirilmesi olsa da davanın şartları belirlenirken haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanır (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575). İsviçre hukukunda bir görüşte ise bu davanın maddî hukuk değil usûl hukuku kaynaklı olduğu savunulmuştur (**Sprecher**, § 264, Rn. 41).

¹⁸ **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 999; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2542; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 398; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575.

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz.: **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646, özellikle dn. 41; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 574; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2542-2543; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 398-399; **Türkel**, s. 633 vd.: aksi yönde bkz.: **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 485; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 999; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575.

alınmasının duyulması bile, o şirketin piyasadaki ticarî itibarının sarsılmasına neden olarak şirkette zarara yol açabilecektir. Bu zararın sebebi olarak ihtiyatî tedbir “kararını” görmek *yeterli ve mümkündür*.

Aynı sonuca Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1 hükmündeki “*Lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraf...*” ibaresinden de varılabilir. Çünkü kanun koyucu bu düzenlemede “*lehine ihtiyatî tedbir kararı verilip de uygulanan taraf*” yahut “*lehine ihtiyatî tedbir kararı uygulanan taraf*” dememiş, sadece kararın verilmesini yeterli görmüştür. Hatta madde gerekçesinde “...[kısmen devam eden ibare ile ilgili görülebilse de] *Ayrıca tedbir uygulanmamış olsa dahi, bu kişiler, tedbirin uygulanmaması ya da kaldırılması için teminat göstermişlerse tazminat talep edebilirler.*” denilerek uygulanmayan tedbir nedeniyle (gerekçenin bu kısmı teminat için söz konusu olsa bile amaçsal yorumla) zararın doğabileceği açıklanmıştır.

iii. Haksızlık

Tarafın talebi üzerine verilen ihtiyatî tedbir kararı her zaman haklı olmayabilir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 390/2-3 gereğince ihtiyatî tedbir yargılamasında yaklaşık ispat ile yetinilmesi ve karşı tarafın her zaman dinlenememesi sebepleriyle gerçek hak durumuna uygun düşmeyen veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389/1’de aranan şartları sağlamayan başvurularda ihtiyatî tedbir kararı verilebilmektedir. Bu hususta, bilhassa yaklaşık ispatın yapıldığı ve uyuşmazlık konusunun acilen, derhal korunması gerektiği yönündeki kanaatin oluşumunda hâkimin takdir hakkının bulunduğunu belirtmek çok da yanlış olmayacaktır.

İhtiyatî tedbir kararları, bazı hallerde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaatler dengesi gözetilmeden de alınabilir. Geçici hukukî koruma sağlanması, borçluların mal varlıklarının yönetimi ve kullanılması açısından önemli sınırlamalar getirebileceğinden alacaklının borçluya karşı kullandığı bir baskı aracı halini alabilecektir. Bu ise ihtiyatî tedbir ile ulaşılmak istenen amaca aykırıdır.

Bazı hallerde ise ihtiyatî tedbir kararı ile ilgili olarak bulunması gereken şartlarda (ihtiyatî tedbire esas olan hak ve ihtiyatî tedbir şartları) eksiklik olmasına karşın Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 390/2-3 gereği yapılan ve aciliyet barındıran yargılama nedeniyle tedbire karar verilebilmektedir. Örneğin, gerçekte tedbir için gereken hakkın derhal korunması gerekliliği doğmadan veya asıl hak var olmadan tedbir kararı verilebilmektedir. Bu durum, verilen ihtiyatî tedbir kararının “haksız” sayılmasına neden olabilecektir. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1’de ihtiyatî tedbir

talebinde bulunulduğu haksız olan karar ile itiraz üzerine kaldırılan yahut kendiliğinden kalkan tedbir kararını ayrı tutmuş fakat sonuçlarını eşit saymıştır. Bu konu ihtiyatî tedbirin baştan beri haksız olması ve ihtiyatî tedbirin sonradan haksız hale gelmesi şeklinde ikiye ayrılabilir²⁰ ve bunlardan ilki her zaman haksızlığa yol açmayabilirken ikincisinde her zaman haksızlık oluşur²¹.

Baştan beri haksızlık genellikle ihtiyatî tedbir şartlarında meydana gelen eksiklikler ve ihtiyatî tedbir kararının yanlış mal varlığı üzerinde alınması hususlarında söz konusu olmaktadır. Örneğin para alacağı için kural olarak, ihtiyatî haciz uygulanması gerekirken ihtiyatî tedbir uygulanırsa, hakkın derhal korunmasına yönelik aciliyet söz konusu değilse veya tedbire konu hak gerçekte yok ise verilen ihtiyatî tedbir kararı haksızdır²². İhtiyatî tedbir kararı alınırken usûlî kurallara uyulmaması ve ispatın yeterli olmaması sebeplerinde ise haksızlık meydana gelmeyecektir. Bu noktada, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasını gören mahkemenin bilhassa bağlantılı yargılamaları da dikkate alması gerekebilir. Bağlantılı yargılamalardan kasıt ise esas hakkında karar verecek olan mahkemenin yapmış olduğu yargılama, ihtiyatî hacze veya tedbire yönelik yapılan itiraz yargılaması yahut üçüncü kişilerin ya da borçlunun başlattığı istihkak yargılamasıdır.

İhtiyatî tedbirin sonradan haksız hale gelmesi ise kararın itiraz üzerine kaldırılması yahut kendiliğinden kalkması ihtimallerinde ortaya çıkacaktır²³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394'te düzenlenen itiraz prosedürü içinde

²⁰ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12 vd.; **Kaufmann**, s. 4; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 400 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2543, yazar ise üçlü bir ayırım yaparak *sonradan haksız hale gelmenin* iki türünü de üst başlığa dahil etmiştir.

²¹ **Kaufmann**, s. 5.

²² **Sprecher**, § 264, Rn. 53-54; **Meier**, s. 259; **König**, s. 87-90; Alacak hakkı açısından benzer şekilde bkz.: **Kaufmann**, s. 5; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Yılmaz**, s. 1001; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; Özellikle de borçlunun ekonomik durumunun kötü olması veya aynı mal varlığından alacak bekleyen diğer alacaklıların var olması tek başına geçici hukuki koruma sebebi sayılmamalıdır. Bu noktada bilhassa borçlunun yapmış olduğu işlemlere, söylemelerine, savurganlığına, mal varlığındaki şüpheli devirlerine veya işlemlerine, devamlı bir yerleşiminin olup olmadığına bakılarak ihtiyatî tedbir sebebinin oluşup oluşmadığına karar verilmelidir (**Kaufmann**, s. 7-8); *Kaufmann*'a benzer yönde bilgi için bkz.: **Gutmann**, s. 9.

²³ **Zöller/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12; **Sprecher**, § 264, Rn. 51; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2543-2545; **Akil**, s. 179.

ihtiyatî tedbir kararı kaldırılırsa en başta şartlarına uygun (haklı) olarak alınan karar sonradan haksız hale gelir. Burada da bağlantılı yargılamaların etkisi dikkate alınmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393 veya m. 397'deki süreler içinde ihtiyatî tedbiri uygulatmayan veya uygulatmakla birlikte asıl davayı açmayan tarafın aldırıldığı ihtiyatî tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu durum ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1 gereğince haksızlık sayılacaktır²⁴. Çünkü gerçekten hakka sahip olursa bile onun ihtiyatî tedbir kararı ile derhal korunmasını sağlayarak borçluyu zor duruma sokmak alaklıyı haklı hale getirmez. Hakkının varlığı ve korunması gerekliliği iddiasında olduğu için hakkını acilen garantiye almak isteyen taraf, bu aciliyetin tüm gereklerini (her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 393 ve m. 397 hükümleri birer *yükümlülük* değil *yük* olsa da) yerine getirmelidir. Aksi halde bu tarafın acilen korunması gereken bir hakkının olmadığı, ihtiyatî tedbirin şartlarının sağlanmadığı ve dolayısıyla haksız işlem yapıldığı kabul edilmelidir.

Kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399/1-2'de "hukuka aykırılık" kavramı yerine "haksızlık" kavramını kullanmasının sebebi, kanaatimizce, ihtiyatî tedbir kararının bir mahkeme kararına dayanıyor olmasıdır. Mahkeme kararına dayanan ihtiyatî tedbir, haksız fiilin şartlarından birisi olan hukuka aykırılık unsurunu bünyesinde barındırmayacaktır. Zira kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamı hükümlerinde mahkemeye ihtiyatî olarak borçlunun haklarına el konulmasına izin vererek hukuka aykırılığı ortadan kaldırmıştır.

iv. Zarar

Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için bu kararın karşı tarafta zarara yol açması gerekecektir²⁵. Gerek kusur sorumluluğu gerekse de kusursuz sorumluluk olsun, ortada zarar yoksa tazmin de yoktur²⁶. Tazminata hükmedilebilmesi için dava açan tarafın, yani aleyhine geçici hukukî koruma kararı alınan kişinin ya da kişilerin yahut üçüncü

²⁴ **Zöllner/Vollkommer**, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 12-14; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545; **Akil**, s. 177.

²⁵ **Sprecher**, § 264, Rn. 49; **Gutmann**, s. 145 vd.; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Yılmaz**, s. 1002; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Türkel**, s. 597 vd.

²⁶ **Lange**, Hermann/**Schiemann**, Gottfried: Schadensersatz, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003, s. 26 vd.

kişinin, söz konusu geçici hukukî koruma kararı nedeniyle zarara uğramış olması gerekmektedir²⁷.

Hükmedilecek tazminatın hangi türden tazminatlar olacağı doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Bir görüşe göre, haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan davada sadece maddî zararlar istenebilir. Çünkü manevî zararların istenebilmesi için Türk Borçlar Kanunu m. 56 ve 58'in şartlarının oluşması gerekecektir ki bu şartlar arasında kusur da vardır. Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası genel kabul gereği kusursuz sorumluluk olduğu için manevî tazminin şartları oluşmaz²⁸. Diğer görüşe göre ise, kanun koyucu özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 392 ve 399/1'de zararlar ile ilgili herhangi bir ayrıma gitmediği için tüm zararlar istenebilmelidir²⁹. Kanımızca, zararlar konusunda ayrıma gitmek ve manevî tazmini saf dışı bırakmak doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399'da zararlarla ilgili farklılık yaratmamıştır. Ayrıca icra hukukunda ihtiyatî tedbirin karşılığı sayılabilecek olan ihtiyatî hacizde konuyla ilgili düzenlemede (İcra İflas Kanunu m. 259) açıkça “*bütün zararlar*” ibaresi kullanılmıştır. İkisi de geçici hukukî korumanın ayrı alt türü olan ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz açısından farklı durum yaratılmasını gerektirecek bir husus burada söz konusu değildir. Bunun yanında, haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle aleyhine karar alınan tarafın manevî zararları (ticarî itibarın zedelenmesi, kişilik haklarının ihlal edilmesi vb.) ortaya çıkabilecektir. Bu nedenlerle, biz, tüm (doğrudan, dolaylı, maddî ve manevî gibi) zararların tazminin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 dolayısıyla açılacak tazminat davasında

²⁷ **Sprecher**, § 264, Rn. 43, 49; **Gutmann**, s. 145 vd.; **König**, s. 85; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Arslan**, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545-2547; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 406; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; **Akil**, s. 180; 11. HD, 1974/3464 E., 1974/3592 K., 12.12.1974 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 1983/5172 E., 1983/6349 K., 20.06.1983 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 1. HD, 2012/6146 E., 2012/5724 K., 17.05.2012 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); HGK, 2014/14-1587 E., 2016/822 K., 22.06.2016 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁸ Bu yönde bkz.: 4. HD, 2016/15730 E., 2017/1644 K., 14.03.2017 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 2016/15730 E., 2017/1644 K., 14.03.2017 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 11. HD, 1999/9140 E., 2000/43 K., 17.01.2000 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 2016/472 E., 2016/4122 K., 29.03.2016 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz.: 4. HD, 2017/3918 E., 2018/2985 K., 16.04.2018 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). İsviçre hukukunda aynı yönde bkz.: **Sprecher**, § 264, Rn. 41.

²⁹ **Yılmaz**, s. 1002; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 410; **Türkel**, s. 601; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2545, yazar her ne kadar manevî zararların tazminini de kabul etmişse de manevî zararların tazmin edilmesi için “kusur” şartının varlığını aramıştır; **Akil**, s. 181 vd.

istenebilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz. Zarar ile ilgili açıklamalarımızı, ileride aktaracağımız için buradaki açıklamaları kısa tutmakla yetiniyoruz.

v. İlliyet Bağı

Zararlı sonuç ile bu sonuca sebebiyet veren haksız ihtiyatî tedbir kararı arasında illiyet bağının bulunması bu davanın unsurlarından biridir³⁰. Aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilenin şahıs veya mal varlığında ortaya çıkan zarar, mahkemenin verdiği haksız ihtiyatî tedbir kararı ile illiyet bağı içerisinde değilse açılan dava bakımından sorumluluk da doğmayacaktır. Bilhassa zararın tespiti kadar önemli olan illiyet bağı haksız ihtiyatî tedbir kararının ortaya çıkardığı iddia edilen zararın kapsamını da belirleyebilecektir.

II. ZARAR HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Zarar Kavramı

Sorumluluğun en temel şartlarından biri zarardır. Zararın olmadığı yerde tazmin yükümlülüğü de olmaz³¹. Her ne kadar temel şartlar ve kav-

³⁰ **Sprecher**, § 264, Rn. 56; **Kuru**, İstinaflı Medenî Usul, s. 646; **Kuru**, İstinaflı İcra İflâs, s. 486; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 467; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 359; **Arslan**, s. 23; **Yılmaz**, s. 1019; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 575; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 316; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2547; **Özekes**, İhtiyatî Haciz, s. 398; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medenî Usul, s. 575; **Türkel**, s. 636 vd.; **Akil**, s. 184; benzer yönde bkz: **Lange/Schiemann**, s. 75; **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 1 (Eren, Uygun İlliyet); **Kapancı**, Kadir Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016, s. 40; **Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 212; HGK, 2008/11-654 E., 2008/667 K., 05.11.2008 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³¹ **Lange/Schiemann**, s. 26 vd.; **Deutsch**, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 5., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009, s. 8 vd.; **Deutsch**, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2., völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1996, s. 497 vd.; **Roberto**, Vito.: Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Bern 2018, § 22, Rn. 22.05; **Brehm**, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (Heraus.: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013, Art. 41, Rn. 70 vd.; **Gutmann**, s. 145; **Gauch**, Peter: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, s. 2, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, E. T.: 25.12.2017; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 520, (Eren, Borçlar Genel); **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 38; **İmre**, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 9; **Nomer**, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 5 vd.; **Büyüksağış**,

ramlardan birisi olsa da zarar, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir³². Eski çağlarda da zararla ilgili kapsamlı bir tanıma yer vermek yerine zarar görenin zarara bizzat kendisinin katlandığı (*casum sentit dominus*)³³, zararın başkasına yüklenebilmesi için de *zararın varlığı* koşulunun arandığı bilinmektedir. Zarar kavramının tanımını yapmak görevi ise Alman, İsviçre ve Türk hukukunda doktrine bırakılmıştır³⁴. Avusturya hukukunda ise bahsedilen hukuk sistemlerinden farklı olarak zararın tanımı Avusturya Medeni Kanunu'nun (ABGB) 1293. maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre *zarar*, bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya şahıs varlığında meydana gelen her türlü kayıptır. Ayrıca zarar kavramından, bir kimsenin olayların normal akışına göre bekleyebileceği kâr yoksunluğunun ayırt edilmesi gerektiği aynı maddenin ikinci cümlesinde belirtilmiştir³⁵.

Zarar kavramını tanımlamak ve aynı zamanda zararı tespit etmek çok da kolay görünmemektedir. Zira zarar, günün koşullarına ve teknolojik gelişmelere göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle zararı tanımlamaya yönelik bazı teoriler ortaya çıkmıştır ve birtakım zarar ayrımları yapılmaktadır. Buna göre zarar için olumlu-olumsuz, maddî-manevî, doğrudan-dolaylı-yansıma zarar ayrımları (ve kavramları) kullanılmaktadır³⁶.

Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 49 vd.; **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 406; **Pekdiñer**, s. 460; **Karakaş**, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 27, (Karakaş, Normatif Zarar).

³² **Eren**, Borçlar Genel, s. 520; **Nomer**, s. 5; Alman hukukundaki aynı durum için bkz.: **Lange/Schiemann**, s. 26.

³³ *Casum sentit dominus*-Zarar gören, zarara katlanır. **Deutsch/Ahrens**, s. 1; **Deutsch**, s. 1; **Eren**, Borçlar Genel, s. 520; **Pekdiñer**, R. Tamer: "Haksız Rekabet Davalarında Davacı Sifatının Belirlenmesi Açısından "Zarar" Kavramının Değerlendirilmesi (Y. 11. HD.sinin 23.01.2012 Tarih ve 2010/8615 E. 2012/611 K. sayılı kararı çerçevesinde)", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Ankara 2016, s. 460.

³⁴ **Roberto**, § 22, Rn. 22.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 69.

³⁵ Avusturya hukukundaki uygulama için bkz.: **Vrba**, Karl/**Lampelmayer**, Manfred/**Gegen-Baur**, Wulf: Schadenersatz in der Praxis, Wien 1990, s. 2 vd.; **Ehrenzweig**, Albert A.: Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Wien 1936, s. 161-162.

³⁶ **Deutsch/Ahrens**, s. 191 vd.; **Deutsch**, s. 499; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953, § 14, s. 107 vd.; **Ehrenzweig**, s. 168-171; **Roberto**, § 22 vd.; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70e vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 520 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 40 vd.; **Oral**, Tuğçe: Tüzel Kişilerin Manevî Zararının Tazimini, İstanbul 2018, s. 29; **Pekdiñer**, s. 461. *Brinker*'e göre, yapılan karşı değerlendirmelere rağmen, bugüne kadarki en çok tartışılan sorunlu kısım, maddî zarar ile manevî zarar arasındaki sınırın belirlenmesidir. Bilhassa bir eşyayı kullanmanın verdiği haz veya rahatlık, sigortalar aracılığıyla zarara kolektif katlanma ve katılma, eşyaya

B. Zararı Açıklamaya Yönelik Teoriler

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasının normatif zarar teorisi bağlamında ele alınıp incelenebilmesi için diğer zarar teorilerine ve bu teorilerin normatif zarar teorisinden farkına kısaca değinmekte fayda vardır.

i. Fark Teorisi

Alman hukukçu *Friedrich Mommsen* tarafından ilk kez savunulan bu teoriye göre zarar, zararı doğuran olaydan sonra kişinin mal varlığında meydana gelen fiilî durum ile eğer o olay hiç meydana gelmeseydi içinde olacağı farazî durum arasındaki farktan ibarettir³⁷. Bu belirleme yapılırken yoksun kalınan kâr da dikkate alınacaktır³⁸. Yani mal varlığında meydana gelen eksilmeler (ki bunlara pozitif zararlar da denilmektedir³⁹) ve artma yaşanması gerekirken artmama da zarara dahildir. Türk hukukunda da esasen kabul edilen teori olan fark teorisi, farazî bir duruma dayanır⁴⁰.

verilen zararlar nedeniyle ortaya çıkan manevî zararlar gibi konular üzerinde çokça tartışılmıştır. Bilgi ve ayrıntı için bkz.: **Brinker**, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögenschadensersatz, Berlin 1982, s. 28-30.

³⁷ **Lange/Schiemann**, s. 27; **Deutsch/Ahrens**, s. 192-193; **Nörr**, Dieter: “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, AcP 158, H. 1, Y. 1959/1960, s. 5; **Zeuner**, Albrecht: “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögenschäden”, AcP 163, Y. 1963, s. 380; **Ehrenzweig**, s. 166; **Honsell**, Heinrich: “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, FS für fünfzigjährigen Bestehen, Zürich-Basel-Genf 2010, (Heraus.: Stephan Fuhrer), s. 255, 260, yoksun kalınan kâr (*entgangener Gewinn*) sadece sözleşme hukukundan değil haksız fiilden de doğabilir (**Honsell**, s. 260); **Gutmann**, s. 145 vd.; **Roberto**, § 23, Rn. 23.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70b. Avusturya hukukundaki benzer uygulama hakkında bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1.

³⁸ **Honsell**, s. 255; **Stoll**, Hans: Begriff und Grenzen des Vermögenschadens, Karlsruhe 1973, s. 5 vd.; **Lange/Schiemann**, s. 57-58; **Deutsch**, s. 500; **Brehm**, Art. 41, Rn. 70; **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1; **Eren**, Borçlar Genel, s. 526 vd.; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 27.

³⁹ **Honsell**, s. 260, örneğin bir aracın veya fotoğraf makinesinin zarar görmesi pozitif yani maddî /fiilî olarak ortaya çıkan, gerçekleşen zararlardır (*positive Schäden*).

⁴⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 523; **Oğuzman/Öz**, s. 38; **İmre**, s. 9; **Nomer**, s. 8 vd.; **Kesici**, s. 156; Örnek bir karar için bkz.: İBBGK, 2016/5 E., 2018/6 K., 22.06.2018 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); **Keskin**, A. Dilşad: Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat, Ankara 2016, s. 51-52; **Huber**, Ulrich: “Schadensersatz statt der Leistung”, AcP, Band 210, Y. 2010, s. 336, “...edimin ifa edilmemesi halinde sözleşmeden doğan yükümlülükler açısından da bu faraziye uygulanır.”; İsviçre hukuku uygulamasında da benzer kabul söz konusudur. İlgili kararlar için bkz.: BGE 132 III 321; BGE 131 III 360; BGE 129 III 18; BGE 129 III 331; BGE 127 III 403.

ii. Tabîî Zarar Teorisi

Fark teorisine karşı ileri sürülen bu teoriye göre, zarar, sadece malvarlığının zararlı olay olmasaydı alacağı (farazî) hâl ile zararlı olay gerçekleşince içinde bulunduğu hâli arasındaki farktır. Fark teorisini bir adım öteye taşıyan tabîî zarar teorisinin fark teorisinden farklı yanı zararın hesabında sadece maddî zararı değil manevî zararı da hesaba katmasıdır⁴¹.

iii. Objektif Zarar Teorisi

Fark teorisine tamamen karşı olmamakla birlikte, ondaki birtakım eksiklikleri tamamlamaya çalışan Alman hukukçu *Robert Neuner*'in "Menfaat Ve Mal Varlığı Zararı" isimli çalışmasına göre zarar, mal varlığında oluşan fark olmayıp parasal değeri olan bir menfaatin ihlalidir⁴². İhlal edilen menfaatin değeri objektif olarak değerlendirilir ve bu teori mucibince ortaya çıkan tazminat da hakkı devam ettirme amacına dayanacağı için tazminat miktarı, ihlal edilen menfaatin objektif değeri kadar olacaktır⁴³. Bilhassa fark teorisine göre mal varlığında herhangi bir eksilme doğmayan durumlarda (genellikle kabul edilen görüş olan) fark teorisinin uygulanabilir olmadığını veya uygulanması halinde çok büyük zorluklarla karşılaşıldığını söyleyerek zararın, malvarlığı farkı olarak görmek yerine piyasada para ile elde edilebilen bir varlığın ihlali olarak görülmesini önermektedir⁴⁴.

iv. Normatif Zarar Teorisi

İlk üç teoride zamanla ortaya çıkan eksiklikleri tamamlamak veya yeniden yorumlayarak yeni çıkış yolları bulmayan bu teori, çalışmamız içindeki önemi nedeniyle daha ayrıntılı olarak aşağıda ele alınacaktır.

III. NORMATİF ZARAR TEORİSİ VE UYGULANMASI

A. Normatif Zarar Kavramı

Zararı açıklamaya yönelik kabul edilen teoriler, günün koşullarına cevap veremez hale gelince, ortaya çıkan bazı olaylarda, benimsenen teori-

⁴¹ Keskin, s. 53-54.

⁴² Neuner, Robert: "Interesse und Vermögensschaden", AcP 133, Y. 1931, s. 290-292. Aynı yönde bilgi için ayrıca bkz.: Deutsch, s. 499.

⁴³ Keskin, s. 54-55.

⁴⁴ Neuner, s. 290. Aksi yönde bkz.: Löwe, Walter: "Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?", NJW 1964, H. 16, s. 701, yazara göre zarar, subjektif unsurlarla birlikte değerlendirilmeli, eşyanın piyasadaki değeri yanında sahibinde meydana getirdiği eksiklikler de hesaba katılmalıdır.

lere göre zararın doğduğu kabul edilemezken⁴⁵ bu durum adalet ve hakkaniyete uygun düşmemektedir⁴⁶. Bu nedenle de zarar kavramına farklı açılardan bakılmasında yarar olacağı düşüncesi ile normatif zarar teorisi öne sürülmüştür⁴⁷. Normatif zarar, zarar görenin mal varlığında fark teorisi bağlamında herhangi bir eksilme meydana gelmese de normatif olarak, yani hukukî değerlendirmelerle, bazı hususların zarar kalemine eklenmesi sonucu ortaya çıkar⁴⁸. Örneğin, bir aracın kaza yapması halinde aracın tamiri süresi boyunca kullanılamaması nedeniyle soyut kullanım hakkından mahrum kalmak, mal varlığı değerinde eksilmeye yol açmasa bile normatif teoriye göre zarar kalemi sayılabilmekte ve tazmini istenebilmektedir⁴⁹.

i. Alman Hukukunda

Normatif zararların kabul edilmesi yönünde ilk belirlemeler Alman hukukuna aittir. Aslında mal varlığı değeri olarak sayılıp zarar görmesi halinde tazmini gerekmeyecek birtakım hususlar bu teori sayesinde mal varlığına değer olarak eklenebilmektedir. Yani, para ile ölçülmesi çok da alışılmış bir durum olmayan bazı *özveri ve gönül rahatlığı mahrumiyeti* hallerinin normatif bir değer yargısı (hukukî değerlendirme) ile maddî mal varlığı içinde yer alması ve ihlallerinin maddî tazminatı gerektirmesi esasen normatif zarar teorisinin özü sayılabilir⁵⁰. Normatif zarar teorisi ile maddî bir değer sayılarak mal varlığına dahil edilen hususlar için “kabuk değiştirmiş atipik bir manevî tazminat” ifadesi de kullanılabilir⁵¹.

⁴⁵ **Deutsch**, s. 500; **Honsell**, s. 265-266; **Zeuner**, s. 385; **Roberto**, § 24 vd.; **Brehm**, Art. 41, Rn. 84a vd.

⁴⁶ **Stoll**, s. 13.

⁴⁷ **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 25 vd.

⁴⁸ **Honsell**, s. 266; **Eren**, Borçlar Genel, s. 523 vd.; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 25 vd.; **Karakaş**, Fatma Tülay: “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, AÜHFĐ, C. 55, S. 2, Y. 2006, s. 148 (Karakaş, Çalışma Gücünün Kaybı); Benzer yönde görüş için bkz.: **Nörr**, s. 5; **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 1, yazarlara göre normatif zarar teorisi ile fark teorisinin her halde ortak noktası zararın para ile ölçülebilmesidir (*meßbar in Geld*).

⁴⁹ **Detlefsen**, Peter: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969, s. 25; **Keskin**, s. 57.

⁵⁰ **Lange/Schiemann**, s. 187 vd.; **Serozan**, Rona: “Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, s. 73.

⁵¹ **Serozan**, s. 73.

Alman hukukunda baskın olarak kabul edilmekte olan *Mommsen*'in fark teorisi⁵² yanında normatif zarar teorisinin de doğmuş ve kabul edilebilir olmasının asıl sebebi olarak manevî tazminatın kapsamının çok dar tutulması gösterilebilecektir⁵³. Zira BGB § 253/1'e göre manevî zararların tazmini kanunun sınırlarını çizdiği bazı alanlar için söz konusudur ve bunların dışında manevî zararın parayla tazmini istenemez⁵⁴.

ii. Türk-İsviçre Hukukunda

Türk-İsviçre hukukunda bu teori azınlıkta kalmakta ve pek fazla kabul görmemektedir⁵⁵. Bunun en temel nedeni ise, zararın *fark teorisine* göre mal varlığı değerlerindeki eksilme yoluyla belirleniyor olmasıdır. Eğer mal varlığında eksilme yoksa zarar da yoktur, zarar yoksa tazmin de söz konusu olmayacaktır. Bir başka sebep de, kanımızca, normatif zarar teorisi ile, aslında manevî zarar olarak kabul edilebilecek hususların (manevî zararın dar düzenlenmesi nedeniyle tazmin edilememesinden) maddî zarar grubuna sokulmasının bu hukuk sisteminde ihtiyaç olarak görülmemesidir. Mevcut sistemde manevî zararlar (kanundaki diğer şartların da oluşması koşuluyla) konu sınırı konulmaksızın istenebilmektedir.

⁵² **Brinker**, s. 43; **Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018, Einf. § 823, Rn. 24; **Lange/Schiemann**, s. 50 vd.; **Nörr**, s. 5.

⁵³ Benzer şekilde bkz.: **Deutsch**, s. 500; Avusturya hukukunda da para ile tazmin ikincil nitelikte olup aynen tazmin yoluna gidilmektedir. Hatta aynen tazminin en iyi tazmin yolu olduğu ileri sürülmektedir. Bilgi için bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 8.

⁵⁴ **Grüneberg**, Palandt BGB, § 253, Rn. 2; **Deutsch**, s. 500-502; **Lange/Schiemann**, s. 50; İstisnai sayılabilecek karar örnekleri ve açıklamalar için ayrıca bkz.: **Nörr**, s. 1 vd., bu tutumun aynen devam etmesi gerektiğini düşünen yazar, bu kuralı Fransız hukukundaki uygulamalar ile karşılaştırmakta, Fransız hukukundaki geniş kapsamlı uygulamalar nedeniyle neredeyse her talepte tazmin kararı verildiğini belirtmekte ve bu durumu eleştirmektedir. BGH'nin vermiş olduğu BGH I ZR 151/56 kararında ve daha sonraki kararlarında mahkemenin, yerinde bir tutum ile, manevî zarar karşılığında para ödenmesini reddetmeye yönelik tavır takındığını belirtmiştir (**Nörr**, s. 4). Karar için ayrıca bkz.: BGH I ZR 151/56 am 14.02.1958, https://www.prinz.law/urteile/bgh/I_ZR_151-56, E.T.: 24.04.2018.; ayrıca bkz.: **Burcuoğlu**, Halûk: "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, s. 163 vd.

⁵⁵ **Honsell**, s. 265 vd.; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995, § 6, Rn. 371 vd.; BGE III 126 388; **Gutmann**, s. 149; **Roberto**, § 24, Rn. 24.01; **Brehm**, Art. 41, Rn. 84c; **Eren**, Borçlar Genel, s. 523-524; **Oğuzman/Öz**, s. 41-42; **Nomer**, s. 22; **Burcuoğlu**, s. 168-170; **Büyüksağış**, s. 215 vd.; **Karakas**, Normatif Zarar, 125-126.

B. Normatif Zarar Teorisinin Uygulanabileceği Alanlar

Normatif zarar teorisinin uygulanması sonucu zarar olarak sayılabilen ve ihlalleri halinde tazmini gereken zarar grupları şu şekildedir⁵⁶:

i. Tatil Zamanının Beklendiği Gibi Geçmemesi

Tatilden beklenen faydanın elde edilememesi bu teoriye göre zararın doğumuna neden olabileceği için tazmini de gerektirebilir⁵⁷. Zararın doğumu ise sözleşme veya sözleşme dışı sorumluluk kurallarına dayanılarak meydana gelebilecektir⁵⁸.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tatilden beklenen faydanın hiç veya gereği gibi sağlanamamış olması hali ile ilgili olarak BGH'nin 1956 tarihli ünlü "Gemi Seyahati Kararı" verilmeden evvel, tatil zamanında elde edilen menfaatin mal varlığı değeri olup olmadığı tartışılmış, fakat ilk kez bu kararlar olumlu yönde cevap verilmiştir⁵⁹. Karara konu olayda davacı, eşiyle birlikte 27 Mart 1952'de Rotterdam'dan Kanarya Adaları'na gidecek ve 18 gün sürecek olan gemi seyahati satın almıştır. Fakat gümrükte meydana gelen işlemler nedeniyle davacının valizi ancak 7 Nisan 1952 günü Orotawa'ya⁶⁰ ulaşabilmiştir. 7 Nisan 1952 tarihine kadar geçen sürede davacı ve eşi, üzerinde bulunan kıyafetlerle tatillerini yapmak zorunda kaldık-

⁵⁶ Bu alanların giderek daha güncel tartışmaları bünyesinde barındırdığı hakkında bkz.: **Brinker**, s. 32.

⁵⁷ **Grunsky**, Wolfgang: "Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden", NJW 1975, H. 14, S. 609, s. 609-612; **Deutsch/Ahrens**, s. 207 vd.; **Deutsch**, s. 500 vd.; **Sprau**, Hartwid: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018, § 651f, Rn. 1-6; **Roberto**, § 24, Rn. 24.04; **Brinker**, s. 65 vd.; Ticarileştirme veya boşa çıkma teorisi yardımıyla zarar olarak kabul edilen, tatil zamanından elde edilmesi beklenen zevkin elde edilememesi nedeniyle normatif olarak zararın doğumunu kabul eden durumlara *benzer* bir başka durum da yapılan masrafın boşa çıkması halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesidir. Bu konuda verilen en klasik örnek ise alınan tiyatro biletinin ortaya çıkan zararlı müdahale nedeniyle kullanılamaması nedeniyle zararın doğmuş kabul edilmesidir. Zira tiyatro bileti alarak oyunu izlemek ve karşılığında elde edilecek mutluluk veya haz (*Gemuss*), piyasada para karşılığı olabilen bir değer olarak kabul edilmektedir. Ayrıntı için bkz.: **Martens**, Sebastian: "Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden?", AcP 209, Y. 2009, s. 445 vd.; **Brinker**, s. 56 vd.; **Zeuner**, s. 386; benzer şekilde bkz.: **Deutsch**, s. 525 vd. Avusturya hukukundaki uygulama için ayrıca bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 235 vd.

⁵⁸ **Brinker**, s. 85 vd; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 80-81.

⁵⁹ BGH NJW 1956, s. 1234 veya BGH III ZR 243, 54, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1956-05-07/iii-zr-243_54/, E.T.: 28.04.2018; Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz.: **Brinker**, s. 65 vd.

⁶⁰ Orotawa, Kanarya Adaları'ndan biri olan Tenerife'nin kuzeyindeki bir kasabadır.

larını, tatilden bekledikleri rahatlığı sağlayamadıkları için 600 DM zararları olduğunu, ayrıca valizin Rotterdam'dan Orotawa'ya getirilmesi için ekstra 200 DM ödediklerini, bu nedenle de faizleri hariç olmak üzere 800 DM zarar gördüklerini belirtmişlerdir. Davalı ise valizlere yapılan işlemlerin 9 Mart 1950 tarihli Gümrük İdaresi Direktifine dayandığını, bu direktif gereğince valiz içeriği ile ilgili şüphe oluştuğunda incelemenin uzun sürebileceğini ve buna da davacının katlanması gerektiğini beyan etmiştir. Mahkeme ise tüm seyahat ücreti olan 1.800 DM'yi de göz önüne alarak tatilden beklenen faydanın sözleşmeye dayalı olduğunu ve sözleşmeye dayanarak satın alınan faydanın sağlanmadığını gerekçe göstererek davacıya 100 DM, davacının eşine 200 DM ödenmesine karar vermiştir⁶¹.

Bu gelişme, pek çok mahkeme kararına ön ayak olması dışında 04.05.1971 tarihinde kabul edilip 10.05.1971 tarihli Alman Resmî Gazetesi'nde yayınlanan Medeni Kanunun Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Gezi Sözleşmesi Kanunu) ile BGB § 651 hükmü değiştirilmiş⁶², özellikle § 651f ile tazmin yükümlülüğü getirilmiştir. BGB § 651f'nin 2. fıkrasına göre davacı, boşa geçen tatil zamanı için de (*auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit*) uygun bir miktar paranın (*eine angemessene Entschädigung in Geld*) kendisine ödenmesini isteyebilir⁶³.

Tatilden umulan faydanın elde edilememesi nedeniyle doğan zararların tazmini hususunda Türk hukukunda da pozitif düzenleme mevcuttur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 51/8. fıkrasının son cümlesi "Tüketici boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilir." şeklindedir. Bu cümle tatil zamanının boşa harcanmasına tazmin yükümlülüğü getirerek "tatil zamanını" mal varlığı değeri olarak saymıştır⁶⁴. Fakat Türk hukukunda bu zararın normatif zarar olup olmadığı hususu tartışmalıdır⁶⁵.

Haksız fiil nedeniyle tatil zamanının beklendiği gibi geçmemesi sebebine dayalı olarak verilen kararlar ilk önceleri olumsuz yönde seyretmiştir⁶⁶.

⁶¹ **Brinker**, s. 83.

⁶² Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Reisevertragsgesetz), BGBl 1979, Teil I, Nr. 23, s. 503, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl179s0509.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl179s0509.pdf%27%5D__1558172578248, E.T.: 28.04.2018.

⁶³ **Brinker**, s. 72.

⁶⁴ **Zevkliler**, Aydın: "Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar", Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, C. III, İstanbul 2016, s. 799 vd.

⁶⁵ Tartışmalar için bkz.: **Zevkliler**, s. 813-816.

⁶⁶ **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 87.

Örneğin, BGH'nin 22.02.1973 tarihli ve III ZR 22/71 sayılı kararında davacı, davalının kurallara uymaması nedeniyle kaza yaptığını, aracında meydana gelen zararları ve kaza nedeniyle mahrum kaldığı tatil zevki (*Urlaubsfreude*) zararının ödenmesi gerektiği yönünde dava açmıştır⁶⁷. Mahkeme ise davacının kişilik haklarının zarar görmemesi nedeniyle 300 DM tutarındaki tatil zevkinden mahrum kalması yönündeki tazmin talebini reddetmiştir. Daha sonra verilen başka bir kararda da mahkeme, tatilden elde edilecek zevkin ticarileştirilemeyeceği, bunun yerine varsa manevî tazminatın istenebileceğine hükmetmiştir⁶⁸. Karara konu olayda davacı, doktor olup karşı tarafın ağır vasıta aracıyla yaya yolunda kazaya uğramış, kaza sonucu aldığı hasar nedeniyle 20 Eylül 1976-19 Ekim 1976 arasında çalışmadığını ve gelir kaybına uğradığını, 15 Eylül'de ise 21 gün sürecek tatili olması nedeniyle tatile de çıkamadığını belirterek 10.873,69 DM tutarında zararının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme ise zararların ispat edilemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. BGH ise diğer dairelerin farklı zamanlarda verdiği kararları da gerekçe göstererek tatil zevkinin ticarileştirmesine karşı çıkıp talebi reddetmiştir.

ii. İş Gücünün Zarar Görmesi

İş gücü kaybının da normatif zarar teorisi bağlamında zarar olarak kabul edilip tazmini gerekebilmektedir⁶⁹. Özellikle BGB § 843-845'te konuyla ilgili düzenlemeler yapılmış, bir kimsenin iş gücü kaybına sebebiyet verenin, ortaya çıkan zarardan sorumlu olması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁰. Bu sonuca varılmasını sağlayan kararı BGH 1962 tarihinde vermiştir⁷¹. Karara

⁶⁷ BGH III ZR 22/71 am 22.02.1973, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_22-71, E.T.: 18.05.2019.

⁶⁸ BGH VI ZR 222/80 am 11.01.1983, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_222-80, E.T.: 28.04.2018.

⁶⁹ Normatif zarar kavramının Alman hukukunda ilk kullanımlarından birisi de *Selb* tarafından yapılmıştır. Bir iş yerinde çalışan işçiye zarar verilmesi, işçinin dört hafta boyunca işe gelememesi, bu süre boyunca işçinin hizmetinden yoksun kalan işverenin, zararı ortaya çıkaran karşı taraftan, işçiye dört hafta boyunca ödediği parayı isteyip isteyemeyeceği ile başlayan tartışmalar hakkında bkz.: **Selb**, Walter: Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963, s. 53 vd. Avusturya hukukundaki uygulama için bkz.: **Huber**, Christian: Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993, s. 441 vd.

⁷⁰ **Sprau**, Palandt BGB, § 843, Rn. 2-3, 8; **Deutsch/Ahrens**, s. 197-198; **Magnus**, s. 241; **Karakaş**, Normatif Zarar, s. 91-92; **Karakaş**, Çalışma Gücünün Kaybı, s. 147. Avusturya hukukundaki uygulama hakkında ayrıca bkz.: **Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur**, s. 241 vd.

⁷¹ BGH VI ZR 244/61 am 25.09.1962, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_244-61, E.T.: 28.04.2018.

göre, bacağının alt kısmı, evlenmeden evvel (1946 yılında) geçirdiği bir trafik kazası nedeniyle engelli olan, 1955 yılında evlenen kadının normal birisine göre ev işlerinin görülmesinde daha fazla para harcayacağı doğaldır. Bu nedenle de zarar gören tarafın zararının tazmini gerekmektedir. BGH'nin verdiği başka bir kararda ise iş gücünün kaybı esasen tek başına sorumluluk hukuku mantığına göre zarar sayılmaz, fakat işi yerine getirmede ortaya çıkan kayıplar (*entstandener Ausfall der Arbeitsleistung*) zarar sayılabilir⁷². Mahkeme, tazminat şartı olarak işlerin zarar gören kişi tarafından yapılıyor olmasını aramakta iken doktrinde bu husus eleştirilmiştir⁷³.

Doktrinde, salt soyut iş gücü kaybının zarar teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. *Neuner*, iş gücünün kaybını maddî zarar olarak görmemektedir⁷⁴. *Stoll* ise iş gücünü, kişiliğin ekonomik açıdan en değerli unsuru olarak görmektedir⁷⁵. Ona göre iş gücünün değeri, sübjektif olarak kişiye kattığı değerler de ele alınarak belirlenir⁷⁶. *Magnus* ise iş gücü kaybının tazmin edilebilir olduğunu, tazminat belirlenirken de prensip olarak “aynı” tazmin belirlenmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre beş yaşındaki bir çocuk ile çok başarılı bir iş insanı ya da yaşlı birinin uğradığı zarar aynıdır⁷⁷. Hatta yazara göre, kaybedilen iş gücü kaybı yerine ikame iş gücüne başvurulmasa ve ücret ödenmese bile sadece iş gücü kaybı nedeniyle tazminat ödenmek zorundadır⁷⁸. *Grüneberg* ise iş gücü kaybının sadece piyasada değeri olan bir parasal karşılığının olması halinde tazmin edilebilir olduğunu savunmaktadır⁷⁹. İsviçre hukukunda *Roberto* da ev işlerini yapan eşin iş gücü kaybının normatif zarar olarak kabul edilmesi gerektiğini, hatta iş gücü kaybı nedeniyle ikame yapıp yapılmamasının önemli olmadığını belirtmektedir⁸⁰. *Honsell* ise soyut iş gücü kaybının değil somut kayıpların tazmin edile-

⁷² BGH VI ZR 212 68 am 05.05.1970, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_212-68, E.T.: 28.04.2018. İş (çalışma) gücü kaybı Federal İş Mahkemesi tarafında verilen bir kararda (BAG 24.04.1970, JZ 1970, 380 (381)) bağımsız olarak mal varlığı değeri sayılmıştır. Ayrıntı için bkz.: **Magnus**, s. 240; **Karakaş**, Çalışma Gücünün Kaybı, s. 146.

⁷³ **Magnus**, Ulrich: Schaden und Ersatz, Tübingen 1987, s. 244, yazara göre, gelecekte üstlenilmesi düşünülen işler nedeniyle de tazmin söz konusu olabilmelidir.; **Brinker**, s. 174 vd.

⁷⁴ **Neuner**, s. 289.

⁷⁵ **Stoll**, s. 24.

⁷⁶ Zararın genel olarak hesaplanması ile ilgili aksi yönde görüş için bkz.: **Lange/Schiemann**, s. 51.

⁷⁷ **Magnus**, s. 258-259.

⁷⁸ **Magnus**, s. 241.

⁷⁹ **Grüneberg**, Palandt BGB, § 249, Rn. 66.

⁸⁰ **Roberto**, § 25, Rn. 25.08.

bileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, ev işlerine yardım eden kadının iş gücünden yoksun kalması halinde, belli şartlar altında zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸¹.

iii. Kullanım İmkânından Yoksun Kalınması

Zarara uğrayan tarafın kullandığı mal varlığı değeri, zararlı müdahale sonucunda bir müddet kullanılamaz hale gelirse ve bu mal varlığı değeri, yerine aynı türden başka bir mal varlığı konularak ikame edilebilecek türden bir mal varlığı ise zarara uğrayan taraf bakımından olağan sayılabilecek durum “yerine yenisinin ikame edilmesidir”. Örneğin, kiraladığı taşınmazı zararlı müdahale sonucunda bir müddet kullanılamaz hale gelen kişi, yenisini⁸² kiralarak söz konusu kullanım ihtiyacını yeni taşınmazdan karşılar. Bu ihtimalde ise yeni kiralama giderleri doğacaktır. Zarara uğrayanın mal varlığında bir eksilmeye neden olan bu işlemin ortaya çıkardığı zarardan ise fark kuramı neticesinde zararlı müdahaleyi yapanın sorumlu olacağı kabul edilebilir⁸³. Söz konusu zarar, yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve hatta buna ek olarak cezaî şart ödenmiş olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi ileriye dönük olarak elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalınması şeklinde de gerçekleşebilir⁸⁴.

Kullanım imkânından yoksun kalınması hususunda asıl tartışılmalı konu ise zararlı müdahale sonucunda mal varlığını artık kullanamayan, kullanım hakkından mahrum kalan tarafın yeni, ikame bir mal varlığı edinmemesi halinde bile zarara uğramış sayılıp sayılmayacağıdır, yani “kullanım imkânının” tek başına bir değerinin olup olmadığıdır. Örneğin, taşınmaza verilen zarar sonucu kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle ortada kalan tarafın, yeni bir ikame taşınmaz kiralaması yerine akrabalarında kalması sonucunda mal varlığından herhangi bir eksilmenin oluşmaması halinde bile karşı taraftan tazmin talebinde bulunup bulunamayacağı tartışılabilir.

⁸¹ Honsell, s. 269-270.

⁸² Kiralanacak yeni malın, zarara uğrayan maldan daha değerli olup olamayacağı tartışılmış, bu noktada (bilhassa araçlar bakımından) öncelikle bakılması gereken hususun kişinin mesleki gereksinimleri olduğu belirtilmiştir. Ayrıntı için bkz.: Brehm, Art. 41, Rn. 80b. Benzer yöndeki tartışmalar için bkz.: Brinker, s. 35, 38; Lange/Schiemann, s. 273-274, 278-279.

⁸³ Aynı yönde bkz.: Büyüksağış, s. 213; Brinker, s. 36; Köndgen, Johannes: “Ökonomische Aspekte des Schadensproblems Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs”, AcP 177, Y. 1977, H. 1, s. 18; Lange/Schiemann, s. 274; Nörr, s. 6.

⁸⁴ Büyüksağış, s. 213-214. Yazar, bu konuda *damnum emergens* ve *lucrum cessans* ayırımında her iki tür zararın da istenebilir olduğunu kabul etmektedir.

Zararlı müdahale nedeniyle mal varlığı değeri yok olan veya zarar gören tarafın bu mal varlığında yapılacak tadilat veya tamiratlar nedeniyle oluşacak giderlerden sorumlu olmayacağı, bilakis zararlı sonuca yol açan tarafın sorumlu sayılacağı genel düzenlemeler çerçevesinde aşikârdır⁸⁵. Fakat sırf o mal varlığının kullanım imkânının yok olması nedeniyle zararın oluşup oluşmadığı normatif zarar teorisi kapsamında tartışılmalıdır.

Alman hukukunda, özellikle taşıt kazaları bağlamında konu ele alınmış, bir taşıtın kaza yapması sonucu zarar veren kişinin, ortaya çıkan tamir ve tedarik masrafları yanında başkaca zararlardan sorumlu olup olmayacağı uzunca süre tartışılmıştır⁸⁶. Bu tartışmalara son noktayı ise BGH'nin 1961 tarihli kararı⁸⁷ ile konmuş, ortaya çıkan araç kiralama masraflarından ve ticari değer kaybından zarar verenin sorumlu olacağı kararlaştırılmıştır⁸⁸.

Bu kararın ardından ortaya çıkan ve uzunca zaman konuşulan yeni tartışma ise zarar gören kişinin tamir zamanı boyunca o aracı kullanmayacak olsa bile hususi aracının kullanım eksikliğinin (veya daha açık ifadesiyle kullanım imkânının ortadan kalkmasının) tazmin edilmesinin gerekip gerekmediği yönünde olmuştur⁸⁹. Bu konuya BGH, 1963 yılındaki bir kararında⁹⁰ olumlu yanıt vermiştir. Yani, aracın kullanım imkânından bir kaza sebebiyle yoksun kalınması tek başına zararın doğumu için yeterli görülmüştür⁹¹. Fakat

⁸⁵ Büyüksağış, s. 212-213.

⁸⁶ Lange/Schiemann, s. 273 vd.; Deutsch/Ahrens, s. 202; Detlefsen, s. 1; Brinker, s. 30-33, 43; Larenz, § 15, s. 133; Köndgen, s. 18 vd.; Löwe, s. 702; Nörr, s. 6; Zeuner, s. 390; Burcuoğlu, s. 164; Benzer tartışmanın İsviçre hukukunda da olduğu hususunda ayrıca bkz.: Roberto, § 24, Rn. 24.01; Avusturya hukukundaki durum için bkz.: Vrba/Lampelmayer/Gegen-Baur, s. 285 vd.

⁸⁷ BGH VI ZR 238/60 am 03.10.1961, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_238-60, E.T.: 09.05.2019.

⁸⁸ Deutsch/Ahrens, s. 202-203; Deutsch, s. 500 vd.; Brinker, s. 33-34, yazara göre, kullanım imkânının kaybı halinde para ile tazminin kabul edilip edilmeyeceği yönündeki görüşlerin oluşturulması çok da kolay değildir. Terminolojide bu yönde oluşan açıklamalar, aslında dogmatik temellere dayanmamakta olup daha önceden istikrarlı şekilde kabul edilen (ticarileştirme veya boşa çıkma gibi) görüşlere dayanmaktadır. Bu görüşler ise maddî değeri manevî değerden ayırmayı amaçlamakla birlikte kullanım imkânının maddî değerinin şartlarını düzenlemeyip onun para ile tazminin gerektiğini kabul etmektedir (Brinker, s. 35). Aksi yönde görüş için bkz.: Larenz, § 15, s. 133.

⁸⁹ Detlefsen, s. 1.

⁹⁰ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019.

⁹¹ Löwe'ye göre bu karar, bir aracın kullanım imkânını bağımsız bir değer sayarak sadece trafikte meydana gelen kazalar nedeniyle araçların gördüğü zararlı sonuçlar bakımından uygulanmakla kalmayacak, medeni hukuktaki maddî zarar kavramının manevî zararlar arasındaki sınır hakkında yeni tartışmalara neden olacaktır. Bu bağlamda, amaca uygun

söz konusu karara yönelik olarak aksi yönde pek çok mahkeme kararı ortaya çıkmış⁹², ortaya çıkan bu türden bir zararın maddî zarar değil manevî zarar olduğu, manevî zararın tazminin ise BGB § 253'te sınırlı olarak düzenlendiği, düzenlenen bu sınırlı alana ise aracın kullanım imkânından yoksunluğun sokulamayacağı ve bu nedenle para ile tazminin gündeme gelemeyeceği belirtilmiştir⁹³. Doktrinde çoğunluğu oluşturan görüş ise kullanımın ve eşyanın zarara uğramasının tazmin edilmesi gerektiğini, bu bağlamda olmak üzere, kullanım imkânının zarar görmesinin aslında maddî zarar olarak kabul edilmesinin gerektiğini belirtmiştir⁹⁴. Fakat doktrinde ortaya çıkan tartışmalarda BGB § 253'e göre para ile tazminin şartlarının oluşup oluşmadığından ziyade ne kadarlık bir para ile tazminin gerektiği vurgulanmıştır⁹⁵. İsviçre hukukunda ise aracın zarar görmesi durumunda toplu taşıma kullanılması sebebiyle duyulacak "rahatsızlığın" [tersinden düşünülürse, hususî aracın kullanılmasının vereceği rahatlığın] tek başına zarar olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁶.

olmayan veya gereksiz olarak yapılan masrafların maddî zarar olarak görülüp görülme-yeceğini yahut nasıl maddî zarar olarak kabul edilebileceğini etkileyecektir. Yani bu kararı ile BGH, medeni hukuktaki maddî zarar kavramı hakkında yeni gelişmelerin doğmasına sebep olmuştur. Daha fazla ayrıntı için bkz.: Löwe, s. 701. İsviçre hukukunda kullanım imkânından mahrum kalınması tek başına zarar olarak kabul edilmemekte, bu nedenle tazmini reddedilmektedir. Örnek karar için bkz.: BGE 126 III 388. Karara konu olayda bir villanın, yapılan inşa sözleşmesi uyarınca kullanılamaması nedeniyle açılan davada, kullanılmayan kısım için salt kullanım imkânından yoksunluğun tek başına zarar oluşturmayacağı, bu nedenle talebin reddinin gerektiği vurgulanmıştır. İsviçre hukukunda kabul edilmeyen bu görüş, daha da ileri bir aşamaya taşınmış, aracın kullanım imkânı ortadan kalkan kişiden eğer toplu taşımayı yahut kısa mesafe taksi kullanması beklenebiliyorsa ikame araç için ödenen ücreti bile tarafın, zararı veren karşı taraftan istemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bilgi için bkz.: Honsell, s. 267.

⁹² OLG Celle, IX ZS, 9 U 23/64 am 28.10.1964, https://www.jurion.de/urteile/olg-celle/1964-10-28/9-u-23_64/?q=olg+celle+28.10.1964&sort=1, E.T.: 23.06.2018; OLG Celle, V ZS, 5 U 1/65 am 25.03.1965, https://www.jurion.de/urteile/olg-celle/1965-03-25/5-u-1_65/?q=olg+celle+25.03.1965&sort=1, E.T.: 23.06.2018.

⁹³ Detlefsen, s. 4-5; Brinker, s. 35.

⁹⁴ Lange/Schiemann, s. 273; Deutsch/Ahrens, s. 206-207; Deutsch, s. 522; Nörr, s. 7-8, yazar bu sonuca § 253'ün *ratio*'sundan ulaşılabileceğini belirtmiştir; Detlefsen, s. 6-7; Zeuner, s. 392; Neuner, s. 281, 289-290. Aksi yöndeki görüşlerin oluşmasının temel sebebi ise kullanım imkânı, eşyanın değerinden bağımsız bir değer değildir. Bu kabulün aksine verilecek kararlar, zararın tazmini bakımından kabul edilen zenginleşme yasağına (*Bereicherungsverbot*) aykırı görülebilecektir. Ayrıntı için bkz.: Brinker, s. 44-45. Honsell'e göre burada yapılan işlem aslında manevî zarar kalemi içerisinde yer alan zararın "ticarileştirilmesi" ve tazmin edilmesidir (Honsell, s. 267).

⁹⁵ Brinker, s. 35.

⁹⁶ Brehm, Art. 41, Rn. 81.

Tartışma konusu olan bir başka husus ise tamirat veya tadilat süresi içerisinde ikame araç alınmasa bile zararın doğup doğmayacağıdır. BGH'nin 1963 tarihli kararında⁹⁷ bu tartışmalara da cevap verilerek tamirat süresi içerisinde ikame araç edinilmese bile maddî zararın doğduğu kabul edilmiştir⁹⁸. Verilen bu kararlar bir aracın kullanımının ortadan kaldırılması nedeniyle maddî ve manevî zararların doğup doğmayacağı konusundaki dogmatik sorunlara neden olmuştur. Ayrıca BGH'nin 1966 yılında verdiği kararla⁹⁹ aracın kullanım hakkının ortadan kalkması bağımsız bir zarar kalemi olarak kabul edilmiştir. Bu kararında mahkeme "kullanım imkânının" aracın kendi maddî değerinden bağımsız bir değeri olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Aslında bir aracın kullanım imkânının, söz konusu mahkeme kararlarında kabul edildiği gibi, maddî bir değer olarak kabul edilmesi ticarileştirme teorisi ile mümkün olmuştur. Buna göre, bir aracın kullanım imkânının meydana gelen bir kaza ile sahibinin elinden alınması, tamir zamanı boyunca malikin o malı kullanmaktan mahrum kalması nedeniyle ve malın esas (piyasadaki) değerinden bağımsız kullanım değerinin kabulü ile zararın tazminini gerektirir¹⁰¹.

Aracın kaza yaptığı ve onarıldığı sırada ortaya çıkan yoksunluğu nedeniyle kusurlu taraftan zararın tazminini istenebilmesi için kullanım imkânının ortadan kalkmasının yeterli kabul edilmesi bir süre için geçerliğini korumuştur. Fakat BGH 1965 yılında verdiği kararı¹⁰² ile bu duruma yönelik bazı sınırlamalar getirmiştir. Karara göre kullanım imkânından yoksun kalınması nedeniyle zararın tazminini isteyebilmek için zarar görenin aracı kullanma isteği ve farazî kullanım imkânının (aracı kullanılabilirlik) aranması gereke-

⁹⁷ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz.: BGH VI ZR 271/64 am 15.04.1966, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_271-64, E.T.: 09.05.2019.

⁹⁸ **Lange/Schiemann**, s. 283 vd.; **Deutsch/Ahrens**, s. 207; **Deutsch**, s. 522 vd.; İsviçre hukukunda ise bir aracın zarar görmesi nedeniyle kullanılmamasından dolayı zararın tazminini isteyebilmek için ikame araç edinmek gereklidir. Bilgi için bkz.: **Honsell**, s. 266. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise eğer araç kullanım amacına uygun kullanılırsa veya yaşamın devamı için kullanılması zorunlu ise bu halde kullanım imkânından mahrum kalma halî için tazminat istenebilir. Bilgi için bkz.: **Oftinger/Stark**, § 6, Rn. 371.

⁹⁹ BGH VI ZR 271/64 am 15.04.1966, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_271-64, E.T.: 09.05.2019.

¹⁰⁰ **Detlefsen**, s. 1; **Deutsch**, s. 522.

¹⁰¹ **Brinker**, s. 37, yazara göre, bir aracın kullanılabilir halde olması, onun verdiği rahatlık, sürekli mobil olabilme (bir yerden başka bir yere bu araçla gidebilme ihtimal ve imkânı) para ile satın alınabilir ve ticarileştirme teorisi ile değerlendirilebilir [değer atfedilebilir], (**Brinker**, s. 37-38).

¹⁰² BGH III ZR 62/64 am 13.12.1965, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1965-12-13/iii-zr-62_64/, E.T.: 09.05.2019.

cektir. Yani bu devrede zarar gören kişinin kullanım isteği veya bu yönde bir ihtiyacı olmazsa ve diğer tüm şartlarla birlikte değerlendirildiğinde aracı zaten bu zaman diliminde, araç sağlam olsaydı bile kullanamayacak veya kullanmayacak idiyse artık sırf kullanım imkânının ortadan kaldırılması (kullanım imkânının araç sahibinin elinden alınması) zararın tazmini için yeterli olmayacaktır¹⁰³. Çünkü ortada hissedilebilir (*fühlbar*) bir eksiklik (yoksun kalma hâli) ve zarar söz konusu değildir.

Kullanım imkânından yoksunluk sadece taşıtlar bakımından değerlendirilmemelidir. Her türlü taşınır veya taşınmaz eşyanın kullanılmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararda, zarar veren kişi yahut kişilerin sorumluluğuna hükmedilebilmelidir. Örneğin bir otel odasının veya bir havuzun belirli bir süre kullanılmaması da zararın doğumuna yol açabilecektir¹⁰⁴. Burada önemli olan husus, söz konusu zarara uğrayan eşyanın kullanılabilir ve karşılığında bir değer elde edilebilir eşya olmasının gerekli ve yeterli olmasıdır. Bu bağlamda olmak üzere fikrî mülkiyete konu olabilecek hususlar hakkında da söz konusu teori uygulanmaktadır¹⁰⁵.

IV. KULLANIM İMKÂNINDAN YOKSUN KALINMASININ TAZMİNAT DAVASINDA UYGULANMASI SORUNU

Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle mal varlığı değerini bir süre kullanmayan malikin, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen taraftan tazminat isteyip isteyemeyeceği değerlendirilirken, zarar kavramına ve zararı açıklamaya çalışan görüşlerden normatif zarar teorisine bilhassa değinmekte fayda vardır. Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmini konusunda normatif zarar teorisinin ortaya koyduğu uygulama alanlarından “kullanma imkânından yoksunluk” özel öneme sahiptir. Zira ihtiyatî tedbir kararı haklı da olsa malın kullanımını bir süre engellenebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 391’e göre mahkeme, ihtiyatî tedbire konu olan mal veya hakkın korunması için muhafaza altına alınmasına yahut bir yediemine tevdiine karar verebilir. Muhafaza veya tevdiin amacı, mal veya hak üzerinde devam eden sakıncanın ortadan kaldırılması veya malda meydana gelebilecek zararın engellenmesidir. Bu amaçla sadece muhafaza veya yediemine tevdi değil amaca hizmet edebilecek her türlü tedbire mahkemece karar verilebilir. Fakat uygulamada sıkça hak üzerindeki sakıncayı ortadan kaldıracak muhafaza ve yediemine tevdi söz konusu olmaktadır.

¹⁰³ Detlefsen, s. 2; Brinker, s. 47-50; Zeuner, s. 391-392; Burcuoğlu, s. 165.

¹⁰⁴ Detlefsen, s. 2-3; Brinker, s. 49-50.

¹⁰⁵ Brinker, s. 39; Nörr, s. 8; Zeuner, s. 392.

Açıklamalarımıza örnekler üzerinden devam edersek, mülkiyeti çekişme konusu olan, site içerisindeki bir yazlığın üzerinde alacaklı olduğunu iddia eden tarafın talebi ile ihtiyatî tedbir kararı konduğunu, taşınmazın tapu siciline devir yasağı işlendiğini, borçlunun yazlığa girip zarar vermesini engellemek adına kapı kilidinin değiştirildiğini ve site bekçisine durumun bildirilerek hiç kimsenin kullanımına izin verilmemesinin sağlandığını var sayalım.

İhtiyatî tedbir kararı kural olarak tüm yargılama boyunca devam edeceğinden bu süre boyunca borçlu taraf söz konusu yazlığı kullanamayacaktır. İşte bu noktada borçlunun sadece yazlığı kullanamamak nedeniyle zararının doğup doğmadığının tespiti çok güçtür. Zira, zararın tespiti konusunda Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen fark teorisine göre, taşınmazın mülkiyeti halen borçlunun üzerinde olduğu için toplam mal varlığında herhangi bir eksilme olmamıştır. Hatta yazlığı kullanmadığı için eskimemiş, yapması gereken bakım masraflarını yapmamış ve mal varlığında bu kalemlere harcama yapılmadığı için fazlalık bile oluşmuştur. Fakat borçlu, her yıl tatil yapan, yaz tatiline önem veren, dinlenmek ve rahatlamak için yazlığı kullanan birisi ise yazlığını kullanamasa da tatile çıkabilecektir. Örneğin başka bir yazlığı kiralayacak ve masraf yapabilecektir. Yapılan bu masraflar ise haksız olarak ihtiyatî tedbir kararı aldırıp uygulatan alacaklıdan istenebilmelidir.

Yeni bir yazlık kiralamayan veya başka bir şekilde masraf yaparak tatile çıkmayan borçlu açısından ise mal varlığının aktiflerinde bir eksilme olmayacağı için zarar da söz konusu olmamakla birlikte bu durum, kişinin manevî yönden kendisini kötü hissetmesine sebep olursa manevî zararının doğduğunu kabul ile manevî tazminat davası açılabilir. Çünkü manevî tazminat, kişinin *özveri ve gönül rahatlığı mahrumiyetini* telafi edebilmektedir.

Başka bir örnekle devam edersek, borçlunun sadece yaz aylarında kullandığı teknesi kış ayları içinde ihtiyatî tedbir kararı ile limana bağlanır ve kullanımına izin verilmezse salt kullanım imkânından yoksunluk, borçlu lehine bir tazminata hükmedilmesine neden olmamalıdır. Zira ortada mal varlığı değerlerinde bir eksilme olmadığı gibi normatif zarar kabul edilse bile kullanım ihtiyacı doğmadığı için zarar da doğmayacaktır. Fakat ihtiyatî tedbir kararı yaz aylarında borçlunun kullanımını engellerse borçlunun bu yönde yapacağı ikame masrafları maddî zarar kapsamında değerlendirilerek tazmin edilebilecektir.

Bir diğer örnekte, sergilenmekte olan yağlı boya resimler üzerinde uygulanan ihtiyatî tedbir kararı nedeniyle sergi yarıda kalır ve kapatılırsa,

söz konusu resimlerin kullanım imkânından yoksun kalınması maddî zarara sebep olacağından maddî tazminat davası ile tazmin edilebilecektir.

Verilen tüm örneklerden de anlaşılabilceği üzere, kullanım imkânından yoksun kalınması, Alman hukukunda manevî zararın tazmini ile ilgili kısıtlamanın hukuk sistemimizde olmaması da dikkate alındığında, tek başına bir zarar kalemi olarak alınmamalıdır. Eğer kullanım imkânından yoksun kalma başkaca zararlı sonuçlara sebebiyet veriyorsa ancak bu halde zararın tazmini istenebilmelidir. Normatif zararın kabulü halinde her haksız ihtiyatî tedbir kararında borçlu somut olarak zarar görmese bile soyut kullanım hakkının elinden alındığını ileri sürerek tazminat davası açacak, bu durum ise uygulamada dava sayılarının artmasına neden olabilecektir. Ayrıca, manevî zarar olarak değerlendirilebilecek bazı hususlar normatif zarar olarak görülür ve maddî zarar kategorisine dahil edilirse maddî zarar-manevî zarar ayrımı ortadan kalkabilecektir¹⁰⁶. Bu nedenle, zaten maddî veya manevî tazminat davası ile tazmini istenebilecek talepleri normatif zarar teorisi ile değerlendirmek kanımızca doğru olmayacaktır¹⁰⁷. Yani, normatif zarar teorisine başvurularak zarar kalemleri yaratmak haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası bakımından gerekli değildir.

Bunların yanında, bir malın kullanım imkânı, kullanım hakkının aksine, tek başına devredilebilen veya haczedilebilen bir mal varlığı değildir. Bir malı bir süre içinde kullanabilme imkânı soyut bir kavram olup asıl haktan bağımsız olarak devri veya paraya çevrilmesi mümkün değildir. Alman hukukunda kabul edilenin¹⁰⁸ aksine, kullanım imkânının eşya değerinden bağımsız bir değeri yoktur. Ticarileştirme teorisi (*die Kommerzialisierungstheorie*) bağlamında ele alınan soyut kullanım imkânı (*abstrakte Benutzungsmöglichkeit*), parasal bir değere sahip görülmektedir. Yani bu teoriye göre soyut kullanım imkânı parasal bir değer karşılığı piyasada alınıp satılabilir ve eşya değeri yanında maddî değere sahip (*einen selbstständigen Vermögenswert neben dem Sachwert*) görülmekle birlikte

¹⁰⁶ Nomer, s. 23-24.

¹⁰⁷ Benzer şekilde bkz.: Eren, Borçlar Genel, s. 523-524; Zevkliler, s. 814-815; Burcuoğlu, s. 173; Nomer, s. 22-25; İsviçre hukukunda haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan zararlarda (bilhassa kullanım imkânının yoksunluğu hallerinde) normatif zarar teorisinin toptan reddedilmesinin çok da doğru olmayacağı yönünde görüş için bkz.: Gutmann, s. 149; ayrıca bkz. Roberto, § 25, Rn. 25.07.

¹⁰⁸ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019; BGH III ZR 62/64 am 13.12.1965, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1965-12-13/iii-zr-62_64/, E.T.: 09.05.2019; Detlefsen, s. 16; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 945, Rn. 14c.

sadece bu hakkın (soyut kullanım hakkının) ihlali (*Beeinträchtigung einer abstrakten Benutzungsmöglichkeit*) bile tazminat için yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁹. Fakat biz bu görüşe, üzerine ihtiyatî tedbir kararı konulan mal varlığı açısından katılamamaktayız. Eğer soyut kullanım imkânı, bir malı kullanma hakkı gibi parasal bir değer olarak görülürse sadece soyut kullanım imkânının örneğin haczi ve satışı mümkün olacak, [özellikle ihtiyatî haciz açısından] üzerine geçici hukukî koruma kararı konulan mal varlığı değeri, esas eşya değerinden bağımsız bir değerın satışı ile borca garanti sağlayabilecekti. Soyut kullanım hakkı mal varlığı değerlerinin yazıldığı bilançoda da yer alan bir değer olarak görülemediği için bağımsız ve ihlal edilebilecek bir unsur olarak görülmemelidir¹¹⁰.

Alman hukukunda kabul edildiği üzere, yoksun kaldığı kullanma imkânına konu mal varlığı değerinin birden fazlasına sahip olan borçlu, yine de normatif olarak zarar gördüğünü dile getirerek tazmin talebinde bulunabilecektir. İki adet sürat teknesi olup birinin üzerine haksız ihtiyatî tedbir kararı konup uygulanan borçlu, sırf bu görüşün kabulü nedeniyle alacaklıdan tazminat talebinde bulunabilecektir ki, bu durum tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılamaması yasağına (*Bereicherungsverbot*) aykırılık teşkil edecektir.

Sadece manevî hazzı için satın aldığı, baktıkça mutlu olduğunu söylediği tablosuna ihtiyatî tedbir kararı ile el konulan borçlunun, tedbirin haksız çıkması halinde tablonun soyut kullanım hakkından yoksun kalması nedeniyle normatif zarar bağlamında tazminat davası açamaması gerekecektir. Fakat bu ihtimalde manevî olarak zarar görmüşse borçlu, manevî tazminatın diğer şartlarının da bulunması koşuluyla manevî tazminat davası açabilecektir. Bu örnekte de görüleceği üzere, normatif zarar teorisinin maddî zarar addettiği ve tazminini emrettiği zarar grupları (özellikle de manevî zarar) Türk-İsviçre hukukunda zaten diğer tazmin yolları ile karşılanabildiği için normatif zarar teorisine gidilmesine gerek kalmamaktadır.

Normatif zarar teorisinin kabul edilmesi ayrıca çok ve gereksiz dava açılmasına da sebebiyet verebilecektir. Hak arama yolundan beklediğini elde edemeyen, bir hakkından yoksun kalan veya günlük yaşamda herhangi bir olumsuzlukla karşılan taraf, bu teori bağlamında gereksiz davalar açabilecektir. Aynı şekilde, nelerin normatif zarar sayılıp tazmininin gerektiği

¹⁰⁹ BGH III ZR 137/62 am 30.09.1963, https://www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_137-62, E.T.: 09.05.2019.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz.: **Köndgen**, s. 18-19.

konusundaki sınır koyma faaliyeti de çok kolay olmayacağından bu teorinin uygulanmaması doğru olacaktır¹¹¹.

SONUÇ

Talepte bulunan tarafın haklarını koruma amacıyla mahkemece karar verilen ve şartları Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 ve devamı hükümlerinde düzenlenen ihtiyatî tedbir, bünyesindeki aciliyet gereği çok teferruatlı incelemeye tâbi olmamaktadır. Kanun koyucu da yaklaşık ispat ve karşı tarafın dinlenmemesine müsaade ettiği için hukuka uygun bir mahkeme kararına dayanan ihtiyatî tedbir kararları her zaman “haklı” olmayabilir. İhtiyatî tedbir kararının tarafları arasındaki menfaat dengesini yeniden sağlamak isteyen kanun koyucu (uygulaması başkaca hükümlere dayanılarak yapılsa da) ilk kez Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 399 hükmü ile haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasını öngörmüştür.

Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davasında, haksız ihtiyatî tedbire maruz kalan taraf (inceleme konusu davanın davacısı) malın kullanım hakkından bir süre mahrum kaldığı için zarara uğradığı iddiasında olabilir. Bir malın kullanım hakkının bir süreliğine de olsa sahibinin elinden alınması Alman hukukunda normatif zarar teorisi bağlamında ele alınmakta ve mal varlığı unsurunun esas değerinden bağımsız bir değer olduğu kabul edilmektedir. Yani Alman hukukunda belli şartların varlığı ile, sadece malın soyut kullanım hakkından yoksunluk (mahrumiyet) bile tek başına zarar sayılıp tazmini istenebilmektedir. Bu ve buna benzer hususların normatif zarar teorisi içerisinde ele alınıp tazminin istenmesinin ortaya çıkışı, BGB § 253'teki sınırlama nedeniyle aslında manevî değer sayılabilecek hususların maddî değer içerisinde görülmesi ve zarara uğrayanın bu manevî husus için tazminat isteyebilmesinin önünü açmaktır. Yani manevî değer aslında ticarileştirilmekte ve para ile tazmini sağlanmaktadır.

Türk hukuku bakımından ise söz konusu uygulamaya başvurulmasına gerek yoktur. Bir malın kullanım hakkından mahrum kalarak zarar gören kişi, (diğer şartlarında varlığı halinde) ortaya çıkan zararın türüne göre maddî veya manevî tazminat davasını zaten açabilmektedir. Türk hukukunda bu yönde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Aksinin kabulü maddî-manevî zarar ayrımının yok olmasına ve her türlü yoksunluk için normatif zararın oluştuğu, dolayısıyla dava açılabilceği anlamına gelecektir. Bu durum aynı zamanda çok ve gereksiz dava açılmasına da sebebiyet verebilecektir.

¹¹¹ Benzer yönde bkz.: **Nomer**, s. 23-24.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013/3, Ankara 2013, ss. 171-194.
- Arslan**, Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Y. Ocak 2013, ss. 7-27.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medenî Usul)
- Baur**, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.
- Brehm**, Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (Heraus.: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013.
- Brinker**, Jürgen, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982.
- Burcuoğlu**, Halûk, "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", DÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 1984, ss. 163-173.
- Büyüksağış**, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- Deren Yıldırım**, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Detlefsen**, Peter: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, Karlsruhe 1969.
- Deutsch**, Erwin/**Ahrens**, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 5., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2009.
- Deutsch**, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2., völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1996.
- Ehrenzweig**, Albert A.: Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Wien 1936.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014. (Eren, Borçlar Genel).
- Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Eren, Uygun İlliyet)

- Erişir**, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Gauch**, Peter: Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaieres/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf, E. T.: 25.12.2017.
- Grunsky**, Wolfgang: “Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”, NJW 1975, H. 14, S. 609, ss. 609-612.
- Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018.
- Gutmann**, Christoph: Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Basel-Genf-München 2006.
- Honsell**, Heinrich: “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, FS für fünfzigjährigen Bestehen, Zürich-Basel-Genf 2010, (Heraus.: Stephan Fuhrer), ss. 255-272.
- Huber**, Christian: Fragen der Schadensberechnung, Wien 1993.
- Huber**, Ulrich: “Schadensersatz statt der Leistung”, AcP 210, Y. 2010, ss. 319-353.
- İmre**, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- Kapancı**, Kadir Berk: Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 f. 2), İstanbul 2016.
- Karakaş**, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004. (Karakaş, Normatif Zarar)
- Karakaş**, Fatma Tülay: “Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi”, AÜHFD, C. 55, S. 2, Y. 2006, ss. 143-156. (Karakaş, Çalışma Gücünün Kaybı)
- Kaufmann**, Karl: Die Schadenersatzpflicht bei Arrest und einstweiligen Verfügungen nach Art 945 ZPO, Breslau 1921.
- Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.
- Keskin**, A. Dilşad: Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat, Ankara 2016.
- Köndgen**, Johannes: “Ökonomische Aspekte des Schadensproblems Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs”, AcP 177, Y. 1977, H. 1, ss. 1-34.

- König**, Bernhard, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren, Wien 1994.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016. (Kuru, İstinaflı İcra İflâs)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017. (Kuru, İcra Ders Kitabı)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016. (Kuru, İstinaflı Medenî Usul)
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017. (Kuru, Usul Ders Kitabı)
- Lange**, Hermann/**Schiemann**, Gottfried: Schadensersatz, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003.
- Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München und Berlin, 1953.
- Löwe**, Walter: “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?”, NJW 1964, H. 16, ss. 701-705.
- Magnus**, Ulrich, Schaden und Ersatz, Tübingen 1987.
- Martens**, Sebastian: “Schadensersatz für entgangene Theaterfreuden?”, AcP 209, Y. 2009, ss. 445-465.
- Meier**, Isaak: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983.
- Meier**, Isaak/**Sogo**, Miguel: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010.
- Neuner**, Robert: “Interesse und Vermögensschaden”, AcP 133, Y. 1931, ss. 277-314.
- Nomer**, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Nörr**, Dieter: “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, AcP 158, H. 1, Y. 1959/1960, ss. 1-15.
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013.
- Oral**, Tuğçe: Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini, İstanbul 2018.
- Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (Özekes, İhtiyati Haciz)
- Özekes**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul 2017. (Özekes, Pekcanitez Usûl)

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2018.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018.
- Pekdiñer, R. Tamer:** “Haksız Rekabet Davalarında Davacı Sıfatının Belirlenmesi Açısından “Zarar” Kavramının Değerlendirilmesi (Y. 11. HD.sinin 23.01.2012 Tarih ve 2010/8615 E. 2012/611 K. sayılı kararı çerçevesinde)”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. II, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Ankara 2016, ss. 451-466.
- Roberto, Vito:** Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Bern 2018.
- Selb, Walter:** Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963.
- Serozan, Rona:** “Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, ss. 67-101.
- Sprau, Hartwid:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München 2018
- Sprecher, Thomas:** Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Heraus.: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik), 3. Auflage, Zürich 2017.
- Stoll, Hans:** Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973.
- Türkel, Doğuş Taylan:** Gemilerin İhtiyatî Haczinde Borçlunun Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
- Ulusan, İlhan:** Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981.
- Vrba, Karl/Lampelmayer, Manfred/Gegen-Baur, Wulf:** Schadenersatz in der Praxis, Wien 1990.
- Yılmaz, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001.
- Zeuner, Albrecht,** “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, AcP 163, Y. 1963, ss. 380-400.
- Zevkliler, Aydın:** “Paket Tur Sözleşmeleri ve Normatif Zarar”, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, C. III, İstanbul 2016, ss. 799-819.
- Zöllner, Richard/Vollkommer, Max:** Zöllner Zivilprozessordnung, 31. neubearbeitete Auflage, Köln 2016.

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für civilistische Praxis
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Bundesgerichts-Entscheidungen (Schriftensammlung über Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Bundesgerichtshof Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DM	: Deutsche Mark
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Einf.	: Einführung
FS	: Festschrift
H.	: Heft
HD	: Hukuk Dairesi
Heraus.	: Herausgeber
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	: Nummer
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayıları (Aralığı)
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZR	: Zivilrecht
ZS	: Zivilsenat

KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİ HUSUSUNDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUĞU

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644970>

*Arş. Gör. Fatih DÜĞMECİ**

*Arş. Gör. Esin GÜRSEL***

Öz

Kadına yönelik aile içi şiddet toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin özel bir görünüm şeklidir. Fiziksel, psikolojik, cinsel ya da ekonomik şiddet olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumun en küçük birimi olan aile birliğinde şiddete rıza gösterilebileceği varsayımı hem kamu düzenini hem hukuk devleti ilkesini derinden sarsar. Bu sebeple devlet, aile içinde şiddet gördüğünü ilgili makamlara bildiren, bildirmeyen ya da yaptığı bildirimini geri alan kadının “yaşama hakkını” teminat altına almalıdır.

Devlet yaşama hakkını gerek uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini gerekse ulusal mevzuattan doğan yükümlülüklerini yerine getirerek koruma altına almaktadır. Bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde devletin meydana gelen zararlardan sorumlu olması gerekir.

Çalışmamızda kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesi ile ilgili korunmak istenen hukuki değerlere ve aile içi şiddetin önlenmesi hususunda devletin yükümlülüklerine yer verilmiştir. İstanbul Sözleşmesi ve kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin emsal niteliğindeki Opuz v. Türkiye kararı incelenmiştir. Bu çalışmayla aile içi şiddetin önlenmemesi durumunda meydana gelen zararlardan devletin sorumluluğunun dayandığı esasların belirlenmesi amaçlanmıştır.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: fatih.dugmeci@asbu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5732-7248> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 19.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 31.10.2019)

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: esin.gursel@asbu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1773-3476> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 19.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 31.10.2019)

Anahtar Kelimeler

Kadın, Aile İçi Şiddet, Devletin Yükümlülükleri, Devletin Sorumluluğu, Mağdurun Rızası

**THE OBLIGATIONS AND RESPONSIBILITY OF THE STATE
FOR THE PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE
AGAINST WOMEN****Abstract**

Domestic violence against women is a particular form of gender inequality. There are several types of domestic violence against women such as physical, psychological, sexual, or economic violence. The assumption that violence can be tolerated in the family unit, the smallest unit of society, shakes both public order and the rule of law. For this reason, the state should ensure the right to life of woman who reports to the relevant authorities that she has been subjected to violence in the family, who does not report it or who withdraws her notification.

The State protects its right to life by fulfilling both its obligations under international law and its obligations under national legislation. If these obligations are not fulfilled properly, the state should be liable for damages.

In our study, the legal values to be protected in relation to the prevention of domestic violence against women and the obligations of the state to prevent domestic violence are included. Istanbul Convention and the European Court of Human Rights Opuz - Turkey decision is examined. The aim of this study is to determine the principles on which the state is responsible for the damages that occur in case domestic violence is not prevented.

Keywords

Women, Domestic Violence, Obligation of the State, Responsibility of the State, Consent of Victim

I. KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİ İLE KORUNMAK İSTENEN TEMEL HUKUKİ DEĞERLER

Anayasa m. 41 uyarınca devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almalı ve gerekli teşkilatı kurmalıdır. Bu düzenleme gereği aile içi şiddete yönelik gerekli tedbirleri almak devletin anayasal yükümlülüğüdür¹. Kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesi ile korunmak istenen hukuki değerlerin başında; yaşama hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılığa uğramama hakkı ve işkence görmeme hakkı gelmektedir.

A. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı öncelikle insanın fiziksel ve biyolojik olarak sağlıklı bir şekilde doğmasını; varlığını moral ve kültürel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürülebilmesini; fiziksel, biyolojik, psikolojik, moral ve kültürel bütünlük içinde hukuki anlamda bir kişi olarak toplum yararına dahi doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesini ifade etmektedir². Bu hak ayrıca kamusal makamlar tarafından kişinin yaşamına yönelen tehlike ve risklere karşı korunmayı isteme hakkını da <<kamusal koruma>> içermektedir³.

Kamusal koruma, hem yaşama hakkına saygı duymak gibi negatif bir yükümlülük olarak hem de şiddetin önlenmesine ilişkin gerekli tedbirlerin alınması gibi pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. Devlet, bir hakkın kullanılmasını sağlama hususunda gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altındadır. Hakkın varlığını kabul eden bir düzenlemenin yanında hakkın korunmasına ilişkin hukuki bir mekanizmanın ya da başvuru yollarının varlığı bu özenin gösterildiği anlamına gelmemektedir. Hakkın korunması ve kullanılmasına ilişkin mekanizmanın etkin ve sonuç alınabilir olması gerekmektedir⁵. Etkin ve sonuç alınabilir bir mekanizmanın oluşturulmadığı

¹ 20.02.2015 Tarih ve 19120602-010-06-02-0482-2014-406 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanmasına Yönelik Genelge, <http://www.cigm.adalet.gov.tr/images/154nolu.pdf>, E.T. 06.02.2018

² **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Saygılar**, Yasemin/**Alan**, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 140.

³ **Kızılyel**, Serkan: “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2014, s. 270.

⁴ **Kızılyel**, s. 280.

⁵ **Doğan**, Recep: “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2016, s. 102; Inter-American

hallerde devlet dışı sùjelerin vermiş olduğu zararlardan devlet sorumlu olacaktır⁶.

B. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığa Uğramama Hakkı

Eşitlik ilkesi, “aynı durumda bulunan hak öznelere; haklı nedenler olmadıkça özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler yaş, engel, cinsel yönelim vb. nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke”dir⁷. Ayrımcılık ise “hukuk alanında yasaklanmış bazı temellere dayalı olarak aleyhe sonuç doğuran ve haklı kılınamayan fark gözetme” olarak tanımlanmaktadır⁸.

Ayrımcılığa uğramama hakkı ile eşitlik ilkesi bir madalyonun biri olumlu biri olumsuz iki yüzü gibidir⁹. Kadına yönelik şiddetin temelinde toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yatmaktadır. Bu sebeple cinsiyet temelli ayrımcılığın bir örneği olarak kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesiyle birlikte eşitlik ilkesi kendiliğinden gerçekleşecektir. Kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında aile içi şiddetin önlenmesi mekanizmasının etkinliği önem arz etmektedir. Bu sebeple devletlerin cinsiyet temelli eşitsizliği ortadan kaldırmak üzere ulusal ve uluslararası mevzuattan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir.

C. İşkence Görmeme Hakkı

İşkence, kötü muamele ve gayri insani davranış yarım yüzyıla yakın süredir insancıl hukuk ve insan haklarını konu alan hukuki metinler tarafından tutarlı ve mutlak olarak yasaklanmış eylemlerdir¹⁰. Ancak her türlü

Commission on Human Rights, Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil. Res. No. 54/01, Case No. 12051, 04.04.2001.

⁶ Inter-American Commission on Human Rights, Velasquez Rodriguez v. Honduras, Res. No. 22/86, Case No. 7920, 18.04.1986.

⁷ **Gülmez**, Mesut: İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, AB ve Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2009, s. 43-44.

⁸ **Düğmeci**, Fatih: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 305.

⁹ **Gülmez**, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 11, 2006, s. 219.

¹⁰ **Üçpınar**, Hülya/**Altıparmak**, Kerem: İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl Seçmeli Protokol ve Türkiye’de Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi Ek: Ulusal Önleme Mekanizmalarının Kurulması ve Yetkilendirilmesi, TİHV, Ankara, 2008, s. 3.

kaba ve sert davranış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da görüldüğü üzere işkence görmeme hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Herhangi bir kaba veya sert davranışın işkence görmeme hakkı kapsamına girebilmesi için belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir¹¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “işkence yasağı” başlıklı 3. maddesi kapsamında yasaklanan üç ayrı hareket tipi mevcuttur. Bunlardan ilki işkencedir. İşkence, yasak kapsamındaki hareketlerden en ağırıdır. İşkence bir kamu görevlisi yahut kamu görevlisinin gözetimi ve denetimi altında diğer kişiler tarafından bir itiraf elde etmek veya ceza uygulamak amacıyla mağdura karşı şiddetli ruhsal veya fiziksel acı ve ağrı verilmesidir¹². Yoğunluk ve amaç unsuru bakımından işkenceden ayrılmakla beraber uluslararası sözleşmelerce yasaklanan diğer eylemler “insanlık dışı muamele” ve “küçük düşürücü muamele”dir. İnsanlık dışı muamele, “*uygulan-
dığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve işkence düzeyine ulaşmayan kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muamele*”yi ifade etmektedir¹³. Küçük düşürücü muamele ise AİHS m. 3. kapsamında değerlendirilebilecek hareketlerin en hafifi olarak nitelendirilmekte ve “*mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu yaratan ve mağdurları küçük düşüren ya da alçaltan muamele*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Kadına yönelik aile içi şiddet eylemlerinin belli bir ağırlığa ulaştığı durumlarda AİHS m. 3 kapsamında en azından kötü muamele olarak değerlendirilmesi mümkündür.

II. KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİNDE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Kadına yönelik aile içi şiddet hem ulusal hem de uluslararası metinlerle korunan hukuki ve kamusal niteliğe sahip bir meseledir. Birçok uluslararası antlaşmada, uluslararası mahkeme ve komite kararlarında devletler kadına yönelik aile içi şiddet vakılarından sorumlu tutulmaktadır. Kadına yönelik

¹¹ Çor, Yaşar: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, 2008, s. 68.

¹² APT/IHRR, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmenin Seçmeli Protokolü İşkenceyi Önleme Kılavuzu, Çev. Elif Şimşek, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara, 2007, s. 21.

¹³ Aisling, Reidy: İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 16, 17.

¹⁴ Aisling, s. 16, 17.

aile içi şiddete ilişkin uluslararası mahkemeler ve komiteler içtihatlar vasıtasıyla bu sorumluluğun sınırları belirlemektedir.

Devletlerin insan hakları ihlallerine ilişkin olarak öncelikle kamusal korumanın ilk ayağı olan negatif yükümlülüklerini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Negatif yükümlülükler kapsamında devletlerin ilgili uluslararası antlaşmalara taraf olması, ulusal mevzuatını buna uygun olarak düzenlemesi ve yasaların izin verdiği ölçütler dışında hakka müdahale etmemesi gerekmektedir. Türkiye 1985 yılında Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW) taraf olmuştur. 1995 yılında Dördüncü Dünya Kadın Konferansı sonucunda kabul edilen Pekin Deklarasyonunu ve Eylem Planını çekincesiz olarak kabul etmiştir. 14 Ocak 1998 tarihinde 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. 11 Mayıs 2011 tarihinde ise kadına yönelik aile içi şiddete ilişkin devletlere birçok pozitif yükümlülük getiren Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme (İstanbul Sözleşmesi) İstanbul'da Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılmıştır. Türkiye bu sözleşmeyi ilk imzalayan devlet olmuştur. Türkiye tarafından 14 Mart 2012 tarihinde onaylanan İstanbul Sözleşmesi 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasının ardından 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Böylece Türkiye hem ulusal hem de uluslararası hukuki metinler vasıtasıyla kadına karşı aile içi şiddete ilişkin kamusal korumanın ilk ayağı olan negatif yükümlülüklerini yerine getirmiştir.

Kamusal korumanın ikinci ayağını ise kadına karşı şiddetin önlenmesi hususunda gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik devletlerin pozitif yükümlülükleri oluşturmaktadır. Devletlerin pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirme süreci ise negatif yükümlülüklerin aksine karmaşık ve kapsamlıdır.

2003 yılında kadına yönelik aile içi şiddete ilişkin mevcut durum ve devletin alabileceği önlemler ile ilgili çalışma yapmak üzere Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü'ne Yakın Ertürk atanmıştır. Yakın Ertürk'ün "Kadına Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçlarına İlişkin Türkiye Raporu"nda yer alan öneriler, devletin şiddet öncesi ve sonrası yükümlülüklerine ışık tutar niteliktedir. Raporda genel olarak kadına yönelik şiddetin her türüne karşı en ufak toleransın gösterilmemesi, kadınların gelişmesinin desteklenmesi, kadınların korunmasına yönelik yasal ve kurumsal bir çerçevenin oluşturulması ve güçlendirilmesi önerilerine yer verilmiştir. Ayrıca raporda bu önerilerin gerçekleştirilebilmesi için idarelerin kadın

örgütleri, STK'lar, barolar ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla iş birliği içerisinde olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁵.

İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik aile içi şiddete ilişkin hükümler ihtiva eden Avrupa ülkelerini bağlayıcı ilk uluslararası metindir¹⁶. Sözleşme, içerisinde yer alan tanımlar, devletlerin kadına yönelik aile içi şiddeti önlemeye ilişkin yükümlülükleriyle bazı telafi edici ve koruyucu yükümlülüklerini (koruma, kovuşturma, mağdur destek mekanizmaları gibi) düzenlemesi sebepleriyle önem arz etmektedir¹⁷.

Sözleşmenin 3/b maddesinde aile içi şiddet; “*aile içerisinde, ev içinde veya daha önceki veya şu anki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, failin aynı evi şuan veya daha önce şiddet mağduruyla paylaşmış paylaşılmadığına bakılmaksızın, fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddetin tüm türleri*” olarak tanımlanmıştır¹⁸. Devletin şiddet öncesi yükümlülükleri ise “önleme” başlığı altında m. 12’den itibaren düzenlenmiştir. Bu maddede, taraf devletler ayrımcılıkları önleme hususunda yükümlü kılınmış; töre, namus, din, gelenek gibi sebeplerin şiddet gerekçesi olarak kullanılmaması yönünde gerekli tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹. Bireylerin ise bu hususta aktif rol alması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca şiddete ilişkin toplumsal farkındalığın artırılması, eğitim müfredatına bu hususla ilgili derslerin koyulması gerektiğine yer verilmiştir. Nihayetinde şiddet öğrenilen bir davranıştır ve ortadan kaldırılması için toplumun, ailenin, bireyin bilgilendirilmesi gerekmektedir; aksi halde kadına yönelik şiddet eylemleri son bulmayacaktır²⁰. Kadına, şiddetin bir eğitim aracı veya şiddetin kabullenilmesi gereken tabii bir davranış olmadığı anlatılması gerekmektedir. Bu

¹⁵ **Ertürk**, Yakın: Kadına Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, 2007, s. 28, 29.

¹⁶ **Bakırcı**, Kadriye: “İstanbul Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2015, s.134.

¹⁷ **Moroğlu**, Nazan: “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2014, s. 367.

¹⁸ 6284 sayılı kanun m. 2/b’de ise ev içi şiddet: “Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” olarak tanımlanmıştır. İstanbul Sözleşmesi ile 6284 sayılı kanundaki tanımlar karşılaştırıldığında 6284 sayılı kanunun koruma alanının daha dar olduğu görülmektedir. 6284 sayılı kanun ayrımcılık yasağının tanımına yer vermemiş, toplumsal cinsiyeti tanımlamamış ve başarılı olmayan devlet makamlarına karşı hukuki başvuru yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.

¹⁹ **Bakırcı**, (2015), s. 155.

²⁰ **Centel**, Nur: “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korur mu?”, Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 1.

hususta kadın bilinçlendirilmeli ve cesaretlendirilmelidir. Bilgilendirme hem başvuru üzerine hem de daha geniş kitlelere ulaşmak amacıyla kitle iletişim araçları, sosyal medya gibi vasıtalarla da yapılabilecektir. Bunun yanında STK'lar ile yapılan işbirliği şiddet mağdurlarına yönelik yasal danışmanlık, kalacak yer sağlanması gibi hususları kolaylaştıracaktır.

İstanbul Sözleşmesi'nde devletin şiddet sonrası yükümlülükleri "Koruma ve Destek" başlığı altında m. 18'den itibaren düzenlenmiştir. İstanbul Sözleşmesi m. 18-1 hükmü ile devletler şiddet mağduru kadınların korunması ve şiddet sonrasında gerekli önlemlerin alınması hususlarında yükümlü kılınmıştır. Sözleşmede şiddet sonrası yükümlülükler "genel destek hizmetleri" ve "uzman destek hizmetleri" olmak üzere iki kısımda düzenlenmiştir. Genel destek hizmetleri kapsamında; devletlerin mağdurlara şiddet olayının etkilerinin ortadan kaldırılmasına ve azaltılmasına yardımcı olacak hizmetleri sağlaması ve bu hizmetleri sağlamak için gerekli tüm yasal ve idari önlemleri alması gerektiği vurgulanmıştır. Mağduriyetlerin ortadan kaldırılmasına yönelik olan bu hizmetlerin kolay erişilebilir hale getirilmesi gerekmektedir. Bu hizmetler ancak mağdurlara yakın ve ulaşılabilir olduğunda kendinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Aksi durumda sözleşme gereğince kadına yönelik şiddet vakalarında başarılı olmayan devlet makamlarına karşı hukuki başvuru yoluna gidilebilecektir²¹.

B. Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesine Yönelik Sunulan Hizmetler

İstanbul Sözleşmesi gereğince kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesine yönelik devletin yükümlülükleri kapsamında sunması gereken hizmetlerden bir kısmı 6284 sayılı kanunda düzenlenmiştir.

1. Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM)

Kadına yönelik şiddet bir suçtur. Bu suçun önlenmesi, şiddet görme riski altında bulunan kadının da şiddet gören kadın gibi korunması merkezi bir kamu politikası meselesidir. Hukuki ve kurumsal bir koruma olmaksızın kadının tek ya da toplu olarak girişeceği karşı koyuş hayati neticelerle sonuçlanma olasılığı bulunduğu devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bu suçun önlenmesi ve kadının korunması için etkin ve sonuç alınabilir bir mekanizmanın varlığı gerekmektedir. İstanbul Sözleşmesi m.

²¹ **Çelik**, Deniz: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Konusunda Sağlanan Gelişmelerde Hukukun Rolü, <http://www.umut.org.tr/userfiles/files/PDFler/Deniz%20C%CC%A7ELI%CC%87K.pdf>, E.T. 15.02.2018, s. 6.

10'da yer alan koordinasyon birimi ülkemizde 6284 sayılı kanun ile Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) adı altında kurulmuştur. Bu merkezler, 6284 sayılı kanun kapsamında verilecek tedbir kararlarının takibini yapmak ve etkin bir şekilde uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilmiştir. ŞÖNİM'ler kadına yönelik aile içi şiddete ilişkin verileri toplamakta, mağdurlara sağlanacak şiddet öncesi ve sonrası hizmetleri sunmakta ve bu hizmetlerin koordinasyonunu sağlamaktadır. Ayrıca bünyesinde çalışan personeller vasıtasıyla mağdur kadınların mağduriyetlerinin giderilmesi konusunda çeşitli kurum ve kuruluşlarla iletişime geçmektedir. ŞÖNİM'ler vasıtasıyla sunulacak destek hizmetleri arasında mağdur kadınlara barınma imkânı sağlama, geçici maddi yardım temin etme, sağlık hizmeti sunma, ilgili mercilere yönlendirme, adli yardım hizmetleri sağlama, tedbir kararı alınması için başvuru yapma yer almaktadır²².

2. Psikolojik, Hukuki ve Mesleki Destek Hizmeti

İstanbul Sözleşmesi'nde mağdur kadınlara yönelik psikolojik ve hukuki destek hizmeti sağlanması yükümlüğüne uygun olarak 6284 sayılı kanunda da mağdur kadınlara yönelik psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin verilmesi düzenlenmiştir²³. 6284 sayılı kanun ile destek hizmetlerinde koordinasyonun sağlanması görevi ŞÖNİM'lere verilmiştir²⁴. Destek hizmetleriyle mağdur kadınların sosyo-ekonomik ve psikolojik durumu değerlendirilmekte, mağdur kadınlar ihtiyaçları ve nitelikleri göz önünde bulundurularak mesleki eğitime yönlendirilmekte ve bu kadınlara iş bulma hususunda rehberlik desteği sunulmaktadır. Böylece mağdur kadınlar şiddet sonrası oluşan travmayı daha kolay atlattmaktadır. ŞÖNİM'ler tarafından sunulan hukuki yardım desteğiylese mağdur kadınlar başvurabileceği bölgesel ve uluslararası şikâyet mekanizmalarının neler olduğunu öğrenmekte ve bu mekanizmalara nasıl başvurulacağı konusunda bilgi sahibi olmaktadır.

²² <https://kadininstatusu.aile.gov.tr/uygulamalar/siddet-onleme-ve-izleme-merkezi>, E.T. 11.02. 2018.

²³ 6284 sayılı kanun kapsamında şiddet mağduru kadına yönelik psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesine ilişkin karar mülki amir tarafından verilmektedir.

²⁴ **Ceylan**, Ebru: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a Göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 1, 2017, s. 35.

3. Ekonomik Destek

Kadınların ekonomik yönden erkeğe bağlı olması şiddet mağduru kadınların şiddet eylemlerine rıza göstermesinin sebepleri arasında yer almaktadır²⁵. İş Dünyası Aile İçi Şiddete Karşı (BADV) Projesi kapsamında 1715 çalışan kadın üzerinde gerçekleştirilen anket çalışmasının sonuçlarının özetlendiği “Yakın İlişkide Şiddetin Beyaz Yakalı Kadın Çalışanlara ve İşletmeye Etkisi Araştırma Raporu”na göre şiddet gören kadınların %16’sı sırf ekonomik nedenler ile ilişkisini bitirememektedir²⁶. Mağdurun şiddete rıza göstermesinin önüne geçebilmek için ilk adım mağdura ekonomik desteğin sağlanması olacaktır. Devletin kadının şiddete razı olmasını önleyici, kadınların onurlu bir yaşam sürdürmesi gayesiyle ekonomik özgürlüğü sağlayıcı tedbirleri alması gerekmektedir²⁷. Bu kapsamda 6284 sayılı kanunda mülki amirin, mağdur kadına geçici maddi yardım sağlanmasına ilişkin tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir.

Ekonomik destek kapsamında ele alınacak diğer bir husus da kadına iş imkânının sağlanmasıdır. Devletin kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesinde üzerine düşen yükümlülüğünü tam olarak yerine getirdiğini söyleyebilmek için kadınlara yeterli iş imkânı sağlayıp sağlamadığının irdelenmesi gerekmektedir. Şiddet mağduru kadının çocuklarının olması durumunda ise kadın hali hazırda çalışmıyorsa kadının ekonomik hayata katılımını teşvik etmek amacıyla dört aylık; kadın hali hazırda çalışıyor ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, masrafları bakanlıkça karşılanmak üzere kreş imkânının sağlanması gerekmektedir²⁸. Yeterli iş imkânı sağlanamaması durumunda ise devlet en azından kadının ekonomik olarak bağımsız olmasını temin edebilecek kadar finansal destek sağlamalıdır.

4. Destek Hattı

İstanbul Sözleşmesi şiddet fiilinin en kısa yoldan ilgili mercilere bildirilmesi amacıyla devletleri, 7/24 çalışacak telefon yardım hatlarının kurul-

²⁵ Sever, Didem Çiğdem: “Kadına Karşı Ev İçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararı”, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2012, s. 21.

²⁶ Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Türkiye, İş Dünyası Aile İçi Şiddete Karşı (Business Against Domestic Violence-BADV) Projesi, <http://badv.sabanciuniv.edu/tr/proje>, E.T. 12.02.2018; TÜSİAD, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İle İlgili İşyeri Politikaları Geliştirme ve Uygulama Rehberi, TÜSİAD, İstanbul, 2015, s. 9.

²⁷ Öztürk, Necla: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 10.

²⁸ Ceylan, s. 36.

ması ile yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüğe uygun olarak ülkemizde 11 Eylül 2012 tarihinden itibaren Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) bünyesinde kurulan “Aile, Kadın, Çocuk ve Özürlü Sosyal Hizmet Danışma Hattı” Alo 183 hizmet vermeye başlamıştır. Söz konusu hat sayesinde 7/24 şiddet eylemlerine ilişkin bildiri ve ihbar yapılabilen, mağdurlara verilen hizmetler hakkında bilgi alınabilmektedir²⁹.

İstanbul Sözleşmesi m. 19 uyarınca taraf devletler destek hizmetleri ve yasal tedbirler konusunda mağdurların anlayabildikleri bir dilde yeterli ve zamanında bilgi almalarını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uygun olarak Alo 183, Türkçe'nin yanı sıra Kürtçe ve Arapça dillerinde de hizmet vermektedir. Türkiye'nin demografik yapısı düşünüldüğünde hizmet sunulan bu diller sayesinde kadınların büyük çoğunluğu yetkililerle daha rahat iletişime geçme imkânına sahip olmuştur.

5. Kadın Konuk Evleri

Şiddet, kadının fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü bozmakta, sosyal hayata katılımını olumsuz yönde etkilemektedir³⁰. Şiddetin etkilerinin ortadan kaldırılması ve insan onuruna yakışır koşulların sağlanabilmesi için devlet pozitif yükümlülüğü kapsamında hukuki, psikolojik, ekonomik, sosyal güvenliğin sağlandığı mekânlar yanında kadının fiziki güvenliğinin de sağlandığı mekânlar üretmelidir. Bu bakımdan kadının fiziki anlamda güvenliği için yeterli sayıda kadın konuk evlerinin açılması gerekmektedir. Ülkemizde ilk kadın konuk evi SHÇEK'e bağlı olarak 1990 yılında hizmete açılmıştır. 90'lı yıllardan itibaren birçok vakıf, dernek ve belediye kadın konuk evi açmıştır³¹. 5393 sayılı Belediyeler Yasası ile nüfusu 100.000 kişiden fazla olan yerlerde şiddet mağduru kadınlar için kadın konuk evi kurulma zorunluluğu getirilerek normatif bir adım atılmıştır³². Ancak Türkiye'de şiddet mağduru

²⁹ **Turgut**, Faruk: “Türk Siyasetinde Son Dönem Aile Politikaları”, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S. 35, 2016, s. 421, 422.

³⁰ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012 - 2015, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2012, s. 9.

³¹ **Karataş**, Sultan/**Şener**, Ülker/**Otaran**, Nur: Kadın Sığınma Evleri Kılavuzu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008, s. 53.

³² KADEM, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesinde İstanbul Sözleşmesi Çalıştay Raporu, İstanbul, 2014, s. 18.

kadınlar için mevcut kadın konuk evlerinin sayısı yetersizdir³³. Merkezi bütçe hazırlanırken kadın konuk evlerinin sayısının arttırılması için birtakım ekonomik adımların atılması gerekmektedir. Ayrıca bu evlerin konumu ve içerisinde barınan kişilerin kimliğinin gizli tutulması hususunda gerekli tedbirler alınmalıdır.

Kadın konuk evlerinin yetersiz olması halinde şiddet mağdurlarının barınma ihtiyaçlarının nasıl giderileceği Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinde ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. İlgili madde gereğince korunan kişiler, barınma yerlerinin yetersizliği halinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde güvenli nakil sağlanıncaya kadar geçici olarak barındırılacaktır³⁴. Barınma ve iâşe giderleri, ŞÖNİM tarafından karşılanmaktadır. Korunan kişiye kadın konuk evi sağlanması hususundaki usul ise şu şekildedir: Öncelikle korunan kişinin nerede barındığı bilgisi ŞÖNİM'e bildirilmektedir. ŞÖNİM kişinin talebini de dikkate alarak uygun ilk kabul birimi veya kadın konukevi hizmeti verilecek yeri belirleyip korunan kişinin buraya yerleştirilmesini sağlamaktadır. Yetkili makam kararıyla kamu kurum ve kuruluşlarına ait barınma yerlerine gönderilen mağdur, başka herhangi bir karar veya onay aranmaksızın barınma yerine "derhal" kabul edilmektedir³⁵.

6. Geçici Koruma Tedbiri

6284 sayılı kanun ile getirilen şiddet sonrası koruyucu önlemlerden bir diğeri geçici koruma tedbirine karar verilmesidir. Mağdurun hayati tehlikesinin bulunması durumunda talep üzerine veya re'sen mülki amirin kararıyla mağdur koruma altına alınmaktadır. Korumanın usul ve esasları Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesinde düzenlenmiştir.

7. Mağdurun İşyeri Adresinin Değiştirilmesi

6284 sayılı kanun, mağdur kadının şiddet uygulayan ile aynı işyerinde çalışmak zorunda kalmasının önüne geçmek istemiş ve mağdurun işyeri adresinin değiştirilmesi tedbiriyle kadını olası bir şiddet eyleminden koru-

³³ **Bakar**, Nehir: "Sığınma Evleri Çözüm mü, Araç mı ?", Hukuk Gündemi Dergisi, S. 1, 2012, s. 92.

³⁴ **Akçaal**, Mehmet: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2013, s. 8.

³⁵ **Öztürk**, s. 9.

mayı amaçlamıştır³⁶. 6284 sayılı kanuna göre; şiddet uygulayan ile şiddet mağduru kadın eğer aynı işyerinde çalışıyorsa mağdurun onayıyla yahut mağdurun talebi üzerine hâkim mağdur kadının il içinde veya il dışında başka bir işyerinde çalışmasına karar verebilecektir³⁷.

8. Mağdurun İkametgâh Adresinin Değiştirilmesi

Mağdur ile şiddet uygulayanın aynı çatı altında yaşamaya devam etmesi şiddetin mağdur üzerinde oluşturduğu etkilerin ortadan kaldırılmasını yavaşlatacaktır. Ayrıca bu durum yeni bir şiddet eyleminin doğmasına ortam hazırlayacaktır³⁸. Bu sebeple 6284 sayılı kanun kapsamında şiddet uygulayana ortak ikametgâhtan uzaklaştırma kararı verilebileceği gibi tedbiren mağdurun da başka bir ikametgâh adresine taşınmasına karar verilebilecektir. Mağdur ile şiddeti uygulayan kişinin aynı konutta ikamet etmesi durumunda mağdurun talebi üzerine yeni bir ikametgâh adresi belirlenebilecektir³⁹.

9. Mağdurun Kimlik Bilgilerinin Değiştirilmesi

Yukarıda sayılan önlemlerin alınması halinde dahi kadının olası bir şiddet eyleminden korunmasına yönelik yeterli önlemin alınmadığı düşünülüyorsa mağdurun aydınlatılmış onamı ile 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu kapsamında kişinin kimlik ve diğer bilgilerinin değiştirilmesine karar verilebilecektir⁴⁰.

10. Etkin Hukuki Yollar

Devletin şiddet sonrası yükümlülükleri kapsamında alması gereken önlemlerden biri de şiddet eylemlerine ilişkin etkili bir soruşturma sisteminin kurulmasıdır⁴¹. İstanbul Sözleşmesi m. 29 gereğince taraf devletlerin işkence vakıalarına ilişkin olarak mağdurun yeterli ve etkili hukuki yollara başvurabilmesini garanti altına alması gerekmektedir. Soruşturmanın etkin olabilmesi, fiilin aydınlatılmasına yönelik gerekli her türlü hukuki tedbirin alın-

³⁶ **Bakırcı**, Kadriye: “Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçları İle Müdahale Edilebilir mi?”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 2, 2009, s. 113, 114.

³⁷ **Günay**, Mehmet: “6284 Sayılı Kanun’a Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 3, S. 10, 2012, s. 657.

³⁸ **Günay**, s. 657.

³⁹ **Akçaal**, s. 6; **Günay**, s.657.

⁴⁰ **Ceylan**, s. 22.

⁴¹ **Doğan**, s. 99.

ması ile mümkündür⁴². Etkin soruşturma yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları esas olarak AİHM'nin içtihatları⁴³ ile belirlenmiştir. Etkin bir soruşturmanın varlığından söz edebilmek için:

- Resmi bir soruşturmanın yapılması,
- Soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından yürütülmesi,
- Soruşturmanın kamuoyu tarafından izlenmesine yeterli derecede imkân sağlanması,
- Soruşturmanın ihlali gerçekleştirenleri belirleyebilecek nitelikte olması, (soruşturmanın maddi deliller ve sorumluluğu tespit edebilecek nitelikte olması)
- Soruşmanın ivedilikle ve özenle gerçekleştirilmesi şartlarının bir arada sağlanması gereklidir⁴⁴.

Taraf devletler AİHM tarafından içtihatlar ile belirlenen şartları göz önünde bulundurarak kadına yönelik aile içi şiddet vakıalarının ciddi ve ayrıntılı olarak soruşturulduğu ve faile caydırıcı cezaların verildiği bir sistem kurmalıdır⁴⁵. Bu kapsamda 6284 sayılı kanunun 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 20. maddelerinde ise şiddet konusunda adli mercilere başvuru ve etkin bir ceza soruşturması yürütülmesi hakkında düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁶.

Ülkemizde aile içi şiddet vakıaları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bir suç tipine vücut vermişse TCK kapsamında soruşturulmaktadır⁴⁷. Ayrıca mağdur kadının şiddet uygulayan kişiye karşı 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u uyarınca boşanma davası açması, maddi manevi tazminat ve nafaka talep etmesi mümkündür⁴⁸.

⁴² **Tanrıkulu**, Sezgin: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 177.

⁴³ AİHM kadına yönelik şiddete ilişkin önüne gelen; Durmaz v Türkiye ve Opuz v Türkiye davalarına ilişkin verdiği kararlarda devletin etkili soruşturma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Bu kararların sonucunda Türkiye'nin etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmediğine hükmetmiştir.

⁴⁴ **Bilge**, Burak: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 373.

⁴⁵ **Doğan**, s. 100.

⁴⁶ KADEM, s. 20.

⁴⁷ **Akbulut**, Berrin: "6284 Sayılı Kanun'da Şiddet ve İstanbul Sözleşmesi'nin TCK Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, S.16, s. 141-177.

⁴⁸ **Baydur**, Emel/**Ertem**, Burcu: "Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 65, 2006, s. 104-115.

İstanbul Sözleşmesi m. 18 gereği, devletler tarafından şiddetin önlenmesine ilişkin alınacak önlemler yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Devlet, şiddet görme riski altında bulunan kadınların şiddet görmesinin önüne geçecek her türlü tedbiri; şiddet gören kadınların ise uğradığı şiddetin etkilerini azaltacak, şiddet eylemlerinin tekrarından koruyacak her türlü tedbiri günün sosyal, ekonomik ve teknolojik durumunu gözетerek almakla yükümlüdür.

III. KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİNDE EMSAL NİTELİĞİNDE BİR KARAR: OPUZ v. TÜRKİYE KARARI⁴⁹

Başvuran Nahide Opuz kendisinin ve annesinin resmi makamlar tarafından aile içi şiddete karşı korunmadığını, bu sebeple annesinin öldüğünü, kendisinin ise kötü muameleye maruz kaldığını iddia etmiştir. AİHM, dava neticesinde AİHS'nin 2., 3. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiş ve Türkiye başvurana tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

A. Karara Konu Olay

Başvuran Nahide Opuz, Türk vatandaşıdır ve Diyarbakır'da yaşamaktadır. Nahide Opuz ve H.O. Kasım 1995'te evlenmiştir. Üç çocuğu olan çift evliliğinin en başından bu yana süren ciddi boyuttaki tartışmalar sebebiyle boşanmışlardır. Nisan 1995, Nisan 1996, Şubat 1998 ve Mart 1998 tarihlerinde H.O.'nun, Nahide Opuz'a yönelik gerçekleştirdiği şiddet eylemlerine ilişkin polis kayıtları bulunmaktadır. Üçüncü saldırının ardından Nahide Opuz, annesinin yanına taşınmış ve boşanma davası açmıştır. Ancak saldırının baskıları ve tehditleri neticesinde boşanma davasını geri almıştır. Bir sonraki saldırı ise Nahide Opuz'un evine geri dönmesi için gerçekleştirilmiştir. Saldırı neticesinde Nahide Opuz evine dönmüş ancak şiddet fiilleri son bulmadığından tekrar annesinin yanına sığınmak zorunda kalmıştır.

Mart 1998 tarihinde yaşanan olaya ilişkin kayıtlardan H.O.'nun bıçakla saldırının yanı sıra Nahide Opuz ve annesinin üzerine arabasını sürdüğü anlaşılmaktadır. Bu olayı takiben iki kadına yapılan muayene neticesinde kadınların bedenlerinde yaşamlarını tıbben tehlikeye düşüren yaraların bulunduğu saptanmış ve kadınlara darp raporu verilmiştir. Yaptığı ölüm tehditleri, güncel, ciddi ve acı veren bedensel zarar ve öldürme girişimleri nedeniyle H.O. hakkında cezai tatbikatlar başlatılmıştır. Cezai tatbikatlar

⁴⁹ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>, E.T. 05.06.2018.

neticesinde H.O. iki defa tutuklanmış ancak serbest kalmıştır. Nahide Opuz'un annesinin yaralarının ciddiyeti sebebiyle yargılama sürmüş ve H.O. üç ay hapis ile cezalandırılmıştır. Sonrasında bu ceza para cezasına çevrilmiştir.

Nahide Opuz olayında başvuran ve annesinin H.O. tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerine ilişkin şikâyetlerini birçok kez geri alması neticesinde ya da delil yetersizliği sebebiyle kovuşturmaların sona erdiği dikkat çekmektedir.

Ekim 2001'de ise Nahide Opuz, H.O. tarafından yedi kez bıçaklanmış ve hastaneye götürülmüştür. Bu olayın neticesinde 8 taksitle ödenmek üzere H.O.'ya 839.957.040 TL para cezası verilmiştir⁵⁰. Nahide Opuz'un annesi olay sonrasında H.O.'nun ölüm tehditi ve yaptığı baskılar sebebiyle tutuklanmasını istemiştir.

Nisan 1998 ile Kasım 2001 tarihlerinde Nahide Opuz ve annesi, H.O.'nun tehdit ve giriştiği şiddet eylemlerine ilişkin adli makamlara şikâyetlerde bulunmuşlar ve hayatlarının tehlikede olduğunu söyleyerek H.O.'nun tutuklanmasını ve hakkında dava açılmasını istemişlerdir. H.O. sorgulanmış, ifadesi alınmış ancak serbest bırakılmıştır.

11 Mart 2002 tarihinde Nahide Opuz ve annesinin İzmir'e taşınmak için seyahat ettiği sırada H.O. ateş ederek Nahide Opuz'un annesini öldürmüştür. Mart 2008'de H.O. cinayet sebebiyle yargılanmış ve H.O. temyiz yargılaması boyunca serbest kalmıştır. Bu aşamada Nahide Opuz'un annesinin evliliği üzerinde olumsuz etkileri olduğunu ve Nahide Opuz'u ahlâksız yaşama sürüklediğini iddia etmiştir. Davada müteveffanın sanığı kıskırtması sonucunda cinayetin işlenmesi ve duruşmalardaki iyi hali sebebiyle cezada indirimle gidilmiş ve H.O. cinayet sebebiyle 15 yıl 10 ay hapis ve 180 TL para cezasına mahkûm edilmiştir.

Nisan 2008 tarihinde Nahide Opuz H.O. hakkında yeni bir şikâyetle bulunmuş ve önlem alınmasını istemiştir⁵¹. Mayıs ve Kasım 2008'de Nahide Opuz'un temsilcisi AİHM'ye gerekli tedbirlerin alınmadığını iletmış ve mahkeme ilgili makamlardan açıklama istemiştir. Makamlar ise eski eşin fotoğraf ve parmak izini tutuklama emriyle birlikte polis karakollarına dağıttıklarını ifade etmişlerdir⁵².

⁵⁰ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 44.

⁵¹ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 59.

⁵² ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 69.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

15 Haziran 2002 tarihinde AİHM'ye yapılan başvuru neticesinde oybirliği ile varılan AİHM'nin tespitleri şu şekildedir:

- Her ne kadar ulusal makamlar H.O'yu giriştiği hukuka aykırı davranışları sebebiyle uyarsa da başvuranın annesi H.O. tarafından öldürüldüğünden AİHS'nin 2. maddesi (yaşama hakkı) ihlal edilmiştir⁵³.

AİHS m. 2/1 gereğince devlet kasten ve yasadışı cinayetleri engelleme, tabiiyetindeki kişilerin yaşama hakkını korumak için gerekli her türlü tedbiri alma yükümlülüğü altındadır. AİHM bu bağlamda devletin negatif yükümlülüklerini ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirerek yaşama hakkını güvence altına alması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHS m. 2/1 devletlere, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde devlet dışı süjelerin suç teşkil eden fiilleri nedeniyle hayati risk altında bulunan kişileri korumak için önleyici tedbirleri almak yönünde pozitif yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülük kapsamında gerekli tedbirlerin alınmaması AİHS'nin ihlali anlamına gelmektedir. AİHM somut olaya ilişkin kararında ardı sıra gelen şiddet eylemleri neticesinde hayati tehlike yaratabilecek bir saldırının resmi makamlar tarafından öngörebilir olmasına rağmen önlenmediği kanaatine varmıştır. Kararda devletin sorumluluğunun doğmasının nedeni makul önlemlerin alınmaması olarak gösterilmiş, farklı davranılması halinde dahi cinayetin gerçekleşmeyeceği hususunda bir kesinliğe varılamayacağına ve mağdurun tutumunun devletin yeterli özeni gösterme yükümlülüğü üzerinde bir etkisi bulunmadığına yer verilmiştir.

- Ulusal makamların H.O'nun hukuka aykırı ve sömürücü davranışına karşı başvurunu korumaması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesi (işkence yasağı) ihlal edilmiştir⁵⁴.

Kötü muamelenin AİHS m. 3 kapsamında değerlendirilebilmesi için belli bir ölçüde olması gerekmektedir. AİHS m. 1 uyarınca devletler, tabiiyetindeki herkese AİHS'de yer alan tüm hak ve özgürlükleri temin etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda devletler kişilerin işkence, insanlık dışı küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmaması yönünde tüm tedbirleri almalıdır. AİHM somut olaya ilişkin kararında başvuran ve annesinin sosyo-kültürel durumunu da göz önünde bulundurarak gerçekleştirilen şiddet eylemlerini kötü muamele olarak nitelendirmiş, bu eylemlerin makul ölçüyü çoktan aşmış olduğu kanaatine varmıştır. AİHM resmi makamlar tarafından

⁵³ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 153.

⁵⁴ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 176.

yapılan şiddeti önleyici tedbirleri yetersiz bulmuş, 4320 sayılı kanunun savcı tarafından re'sen uygulanması gerektiğini ancak uygulanmadığı ve bu sebeplerle AİHS m. 3'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

- Başvuran ve annesi toplumsal cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kalmıştır. Bu sebeple AİHS'nin 14. maddesi (ayrımcılığın yasaklanması) 2. ve 3. maddelerle birlikte okunduğunda ihlal edilmiştir⁵⁵.

AİHM somut olaya ilişkin kararında; kamu ajanlarının kadına karşı şiddet vakıalarına olan ilgisizliği ve görevlerini gereği gibi yapmadıklarını vurgulamış, başvuran ve annesine karşı yapılan şiddet eylemlerinin temel sebebi olarak toplumsal cinsiyet ayrımcılığını göstermiştir.

- Sözleşmenin 41. maddesine (salt giderim) göre, mahkeme başvurana maddi ve manevi zararı nedeniyle 30.000 avro ve giderler için 6.500 avro ödenmesine karar vermiştir.

C. Kararın Değerlendirilmesi

Kadına yönelik şiddet, kişilerin özel sorunu olmaktan öte kamu düzeni ve güvenliğini ilgilendiren bir sorundur⁵⁶. Şiddet vakıalarına devletin müdahale edip edemeyeceğinin ve şiddete rızanın mümkün olup olmadığının belirlenmesi bakımından kamu düzeni kavramı ve bu kavramı oluşturan bileşenler önem arz etmektedir. Klasik anlayış kamu düzeni kavramını maddi bir düzen olarak algılamakta ve bu kavramı “kamu güvenliği”, “kamu huzuru”, “kamu sağlığı” üçlüsü ile açıklamaktadır⁵⁷. Modern kamu düzeni anlayışı ise klasik anlayışın kamu düzenini açıklamak için kullandığı bu üç kavrama “genel ahlak”, “kamusal estetik”, “insan onuru”, “bireylerin kendilerine karşı korunması” unsurlarını eklemektedir⁵⁸. Bu bileşenlerden “bireylerin kendilerine karşı korunması”, mağdurun şiddete rızasına rağmen şiddet vakıalarına devletin müdahale etmesini haklı kılmaktadır.

Feminist doktrinin bir kısmı, kadına yönelik şiddet vakıalarına devlet müdahalesinin ancak kadının müdahaleye ilişkin rızasının olması durumunda mümkün olacağını savunmaktadır. Bu görüşte olanların temel argümanları; bireysel özerklik ve karar verebilme gücüne saygı duyulması gerekliliği ile devlet müdahalesinin şiddet vakıalarının önlenmesinde etkili olamayaca-

⁵⁵ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, par. 202.

⁵⁶ Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin Kadına Karşı Aile İçi Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Görüşü, Brüksel, 2012, s. 1.

⁵⁷ **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, C. 2, Bursa, 2019, s. 478.

⁵⁸ **Gözler**, s. 480-482.

ğıdır. Ancak yine bu görüşün savunucuları kadının şiddete rıza gösterebileceğine ihtimal vermemektedirler⁵⁹. Feminist doktrinindeki diğer bir görüşe göre ise devlet müdahalesi özel hayata fazla müdahale riski taşımaktadır ve şiddete rağmen partneriyle ilişkisini devam ettirmek isteyen bireyleri olumsuz yönde etkilemektedir⁶⁰.

Kanaatimizce bahsettiğimiz feminist görüşler, kadının ifade hürriyeti ve bireysel özgürlüğünü yaşama hakkına üstün tutmakta ve gerçeğe uygun olmayan varsayımlardan hareket etmektedir. Oysa en temel insan hakkı olan yaşama hakkının ve kamu düzeninin korunması için bireylerin rızası olmasa dahi devletin müdahalesi bir zorunluluktur. Opuz kararı bu bakımdan emsal teşkil etmektedir. AİHM'nin kararında yer verdiği ölçütler ise devletin bu tür vakıalara müdahale alanının sınırlarını göstermektedir. AİHM'ne göre şikâ-yete tabi olsun ya da olmasın kadına yönelik şiddet olaylarına devletin müdahale etme noktasında göz önünde bulundurması gereken ölçütler; suçun ciddiyeti, mağdurun fiziksel ya da psikolojik yaralarının olup olması, davalının silah kullanıp kullanmadığı, davalının saldırıdan itibaren tehditlerini sürdürüp sürdürmediği, davalının saldırıyı bir plan çerçevesinde yapıp yapmadığı, hanede bulunan çocuklar üzerinde olayın etkisi ve saldırının tekrerrür etme ihtimali, mağdur ve olaya dahil olan ya da olma olasılığı olan kişilerin sağlığı ve güvenliğine ilişkin süregelen bir tehdidin varlığı, mağdur ve davalı arasındaki mevcut ilişkinin ve kovuşturmaya mağdurun rızasının olmamasının bu ilişki üzerindeki etkisi ve mağdur ve davalı arasındaki ilişkinin evveli ve bu süreçte şiddet eylemlerine başvurulup başvurulmadığıdır.

IV. KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İdare Hukuku doktrininde, devletin varlığı ve idare hukuku kamu hizmeti kavramı ekseninde açıklanmaktadır⁶¹. Temel niteliğine rağmen kamu hizmeti kavramının net bir tanımı ne yasal düzenlemeler de ne de yargı kararlarında yer almamıştır. Günday kamu hizmetini, “*siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyet*” olarak tanımlamaktadır⁶². Akyılmaz, Sezginer ve Kaya ise

⁵⁹ **Coker**, Dona: “Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A Critical Review”, Buffalo Criminal Law Review, V. 4, N. 2, 2001, s. 806.

⁶⁰ **Sever**, s. 35, 36.

⁶¹ **Örücü**, Esin: “Sosyal Kamu Hizmeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 213.

⁶² **Günday**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 330.

kamu hizmetini “*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyetler*” olarak ifade etmektedir⁶³. Bahsi geçen kamu hizmeti tanımlarından hareketle bir hizmetin kamu hizmeti olması için ilk şart yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmesidir. Kanunlarda bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini haiz olup olmadığı açık ya da örtülü olarak düzenlenebilir. Faaliyetin kamu hizmeti olduğunun açıkça düzenlenmediği durumlarda kanun koyucunun iradesine bakılmalıdır⁶⁴. Bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde aranacak diğer şartlar ise hizmetin kamu kurum tarafından yahut onların gözetimi ve denetimi altında özel kişiler tarafından yerine getirilmesi ve bu hizmetlerin toplumsal ihtiyaçları gidermeye yönelik olmasıdır⁶⁵.

Kamu hizmetleri konularına göre idari kamu hizmetleri, iktisadi kamu hizmetleri, bilimsel - teknik - kültürel kamu hizmetleri ve sosyal kamu hizmetleri olarak sınıflandırılmaktadır⁶⁶. Konumuz açısından sosyal kamu hizmetleri önem arz etmektedir. Sosyal kamu hizmetleri, “*toplumda yaşayan bireyleri yaşamlarını insan onuruna yakışır bir biçimde sürdürebilesini sağlayan toplumsal adaletsizliklerden zarar görenleri ve doğal olarak yardıma muhtaç olan kişilerin desteklenmesi amacıyla girişilen maddi yardım, burs, korunaklı yerlerin sağlanması gibi hizmetler*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁷. Kanaatimizce kadınların aile içi şiddet neticesinde mağdur olmalarını önlemek yahut mağduriyetlerini gidermek gayesiyle gerek kamu kurumları gerekse idarenin denetimi altında özel kuruluşlarca sunulan kadını korumaya yönelik hizmetlerin bir kısmı niteliği itibariyle birer sosyal kamu hizmetidir. Örneğin; aile içi şiddet mağduru kadına verilen ekonomik ve psikolojik destek, kadın konuk evlerinde kalacak yer imkanının sağlanması, mesleki yönlendirme, rehberlik hizmetleri ve kreş imkânının sağlanması, şiddet vakıalarına özel ihbar ve şikayet hattının oluşturulması⁶⁸ birer sosyal kamu hizmetidir.

⁶³ **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 526.

⁶⁴ **Günday**, s. 333.

⁶⁵ **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Okay Tekinsoy**, Özge: İdare Hukuku, 6. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 485.

⁶⁶ **Günday**, ss. 337-340.

⁶⁷ **Yaşar**, Hasan Nuri: İdare Hukuku, Der Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 174.

⁶⁸ ALO 183 hattına 2012 yılında gelen 52 bin 610 çağrıdan 4 bin 418’inin şiddete uğrayan kadınlardan geldiği öğrenilmiştir, <http://www.milliyet.com.tr/-alo-183-e-1-yilda-4-bin-ihbar-geldi-gundem-1632814/>, E.T. 18.02.2018; <http://www.trthaber.com/haber/turkiye/binlerce-siddet-magduru-alo-183u-aradi-181943.html>, E. T. 10.02.2018.

Kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin faaliyetlerin bir bölümü ise idari kolluk faaliyeti niteliğindedir. İdari kolluk, kamu düzenini sağlamayı amaçlayan bir faaliyettir⁶⁹. Kadına yönelik aile içi şiddet kamu düzenini bozucu nitelikte olup kolluk faaliyetinin konusu kapsamına girmektedir. Nitekim 6284 sayılı kanun kolluk kuvvetlerine kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesi bakımından çeşitli kolluk görevleri vermektedir. Örneğin; 6284 sayılı kanun gereğince kolluk görevlileri şiddet uygulayana yönelik önleyici tedbirler ile şiddete maruz kalana yönelik koruyucu tedbirler almaktadır.

V. DEVLETİN KADINA YÖNELİK AİLE İÇİ ŞİDDET VAKIALARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

İdare hukuku bakımından kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki tür idari sorumluluk türü bulunmaktadır. Kusurlu sorumluluk, “hizmet kusuru” kavramından yola çıkılarak açıklanmaktadır. Hizmetin “hiç işlememesi”, “geç işlemesi” ya da “kötü işlemesi” hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır⁷⁰.

Hizmetin hiç işlememesi, idarenin yapmakla yükümlü olduğu faaliyetleri yapmaması yahut hareketsiz kalması hallerinde söz konusu olmaktadır. Hizmetin hiç işlememesinden dolayı idarenin sorumluluğu ancak idarenin o hizmet bakımından yetkili olması halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin; kadın konuk evlerinin kurulmaması, şiddet vakıalarının şikâyet ya da ihbar edilebileceği bir telefon hattının olmaması, psikolojik, hukuki, mesleki destek ya da rehberlik hizmetlerinin verilmemesi hizmetin hiç işlememesi halidir.

Hizmetin geç işlemesi, kamu hizmetinin gereklerine göre yavaş işlemesi ve bu sebeple bir zararın doğması durumunda söz konusu olmaktadır⁷¹. Hizmetin hangi süre içinde görüleceği ilgili mevzuatta belirlenmişse o hizmetin geç işleyip işlemediğini tespit etmek kolaydır. Ancak mevzuatta hizmetin görüleceği süre belirtilmemişse hizmetin gereklerine göre idarenin makul bir sürede harekete geçmesi beklenmektedir. Örneğin; Alo 183 hattına gelen bir ihbara üç gün sonra kolluk kuvvetlerinin yönlendirilmesi hizmetin makul bir süre içerisinde işlemediğini göstermektedir.

⁶⁹ **Gözler**, s. 499

⁷⁰ **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 777.

⁷¹ **Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 699.

Hizmetin kötü işlemesi ise hizmetin gerektirdiği titizlik, özen ve kalitede sunulmamasını ifade etmektedir⁷². Hizmetin kötü işleyip işlemediği yargı organları tarafından her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir⁷³. Örneğin; kadın konuk evinde kalan N.K'nın ailesiyle görüştüğü Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü çıkışında eşi E.K tarafından öldürülmesi durumunda “hizmetin kötü işlemesi”nin söz konusu olduğunu düşünmekteyiz⁷⁴. Çünkü kadın konuk evlerinde kalan mağdurlara sadece kalacak yer sağlanması hizmetin gerektiği gibi sunulduğu anlamına gelmemektedir. Kadın konuk evi sağlama hizmeti kadının güvelliğini sağlamayı da zorunlu kılmaktadır.

Kolluk kuvvetlerinin kadına yönelik şiddet konusundaki tutumları, şiddet görme riski altında ya da şiddet gören kadının kolluk kuvvetlerine başvurduğunda kolluk personelinin yapacağı güvenli ve etkili yardım önem arz etmektedir. Kolluk kuvvetleri, mağdurlara yeterli ve acil koruma sunmak ve gerektiğinde olaya müdahale etmek zorundadır⁷⁵. Ancak yeterli ve acil koruma şöyle dursun aile içi şiddet vakıaları gerektiği gibi polis kayıtlarına dahi girmemektedir. Oysa aile içi şiddete maruz kalan kadının polis merkezlerine ve jandarma karakollarına yapılan başvurular neticesinde tutulan

⁷² Danıştay 10. Dairesi, E. 1999/3568, K. 1999/4782, K.T. 12.10.1999; “İdarenin ajanı olan polis memuru hakkında ağır ceza mahkemesinde açılan davanın sonuçlanmamış olması kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kusurlu işletilip işletilmediğinin tespiti engel teşkil etmemektedir. Olayın oluş biçimi ve ölüm sebebi göz önünde bulundurulduğunda yukarıda aktarılan Yasa hükümleri ve hukuki ilkeler birlikte değerlendirildiğinde; halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde tecelli eden kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan hizmet personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış olması hizmetin kötü işlemesi biçiminde ortaya çıkarak idarenin bu kamu hizmetinin yürütülmesindeki kusurunu otaya koymaktadır. Bu suretle meydana gelen zararın, hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerektiği de açıktır”; Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/2603, K. 2011/3886, K.T. 20.09.2011; “İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemin yargı yerleri tarafından hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi durumunda, idarenin işleyişindeki aksaklık kamu hizmetinin kötü işlemesi olarak değerlendirilecek ve idarenin hizmet kusurunun olduğu kabul edilecektir.”

⁷³ **Atay**, s. 695-697; **Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 688.

⁷⁴ <http://www.ensonhaber.com/siginma-evinde-yasayan-esini-oldurdu.html>, E.T. 18.02.2018.

⁷⁵ **Molu**, Benan: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadelede Hukukun Rolü, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_08_BenanMolu_Kad%C4%B1na%20Y%C3%B6nelik%20%C5%9Eiddet%20ve%20Ev%20C4%B0%C3%A7i%20%C5%9Eiddetin%20%C3%96nlenmesi%20ve%20Bunlarla%20M%C3%BCcadelede%20Hukukun%20Rol%C3%BC.pdf, E.T. 08.02.2018, s. 2, 3.

fezleke ve vukuat raporları bu vakıaların analizi bakımından önem arz etmektedir⁷⁶. Kolluk kuvvetleri bu vakıaları kayıt altına almak konusunda “karı-koca arasına girilmez” anlayışıyla isteksiz olabilmekte, partnerleri sözlü olarak barıştırmaya çabasına girişmektedir. Ayrıca suç istatistiklerinin düşük olması amacıyla da kayıt altına almama eğilimi gösterebilmektedir⁷⁷. İstanbul Sözleşmesi m. 48 gereği koruyucu veya önleyici tedbir kararlarının alınması ve yerine getirilmesi aşamasında şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasında hiçbir şekilde uzlaşma ya da arabuluculuk önerilemez. Kolluk personelinin partnerleri barıştırmaya yönelik tutumunu terk etmesi ve gerekli koruma desteğini vermesi gerekmektedir⁷⁸. Özellikle bir suçun işlendiğini öğrenen kamu görevlisi, gecikmeksizin yetkili makamlara bildirimde bulunmalıdır⁷⁹. Aksi takdirde idare hizmet kusuru sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.

İdarenin yükümlülüklerini Anayasa m. 65’te yer alan “*devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*” hükmüne sığınarak yerine getirmekten kaçınma ihtimali her daim bulunmaktadır. Kanaatimizce, idare özellikle hayati önem taşıyan ve yaşama hakkıyla doğrudan ilgili kamu hizmetlerini “*malî kaynakların yeterli olmayışını*” ileri sürerek yerine getirme yükümlülüğünden kaçınmaz. Devletin aile içi şiddet gibi yaşama hakkını yakından ilgilendiren olaylara her daim hazırlıklı olması gerekmektedir⁸⁰.

28 Şubat 2018 tarih ve 30346 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 19/12/2017 tarih ve 2014/546 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı çalışma konumuz açısından emsal teşkil etmektedir⁸¹.

⁷⁶ **Çalı**, Hasan Hüseyin: “Aile İçi Şiddet: Bir Kamu Politikası Analizi”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 16, S. 2, 2012, s. 8.

⁷⁷ **Sarfraz**, Hussain: “A Critical Note on The Validity of Official Crime Statistics”, Pakistan Journal Social Sciences, V. 3, N. 9, 2005, s. 1124.

⁷⁸ **Kandemirci**, Duygu/**Kağmıcı**, Dilek Yelda: “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Baş Etme: Çok Boyutlu Bir İnceleme”, Türk Psikoloji Yazıları Dergisi, C.17, S. 33, 2014, s. 6.

⁷⁹ Görevini yapan adli kolluk görevlisinin suçu bildirim yükümlülüğü 5237 sayılı TCK m. 279’da ve sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğü ise m. 280’de düzenlenmiştir.

⁸⁰ **Dinler**, Veysel: “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 1, 2008, s. 14.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Bireysel Başvuru No. 2014/546, 28.02.2018 tarih ve 30346 sayılı Resmi Gazete.

Söz konusu Karar'da başvurucu kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici maddi yardım yapılmasına ilişkin tedbirlerin uygulanmasında ortaya çıkan aksaklık ve gecikmeler nedeniyle maddi ve manevi varlığının tehlikeye düştüğünü ileri sürmüştür. Bahsi geçen bireysel başvuruya konu olaylar şu şekilde özetlenebilecektir:

Başvurucu A.Z.Ö. eşinden şiddet gördüğü için Bursa'dan İstanbul'a kız kardeşine gitmiştir. Ancak bir süre sonra kız kardeşinin yanında daha fazla kalamayacağını ve eşinden şiddet gördüğünü ifade ederek ilgili birimlere başvurmuştur. Başvuru üzerine kirası ve taşınma masrafları İstanbul Valiliği Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından karşılanarak kiralık bir eve taşınmıştır.

Başvurucu 17/09/2010 tarihinde işinden evine dönerken eşinin kendisini darp ve tehdit etmesi neticesinde şikayette bulunmuştur. Başvuru neticesinde A.Z.Ö. 4320 sayılı kanun gereğince altı ay süre ile geçici koruma altına alınmıştır.

2012 yılında A.Z.Ö.'nün mevcut ikametgâh adresinin eşi tarafından erişilebilir hale gelmesi üzerine A.Z.Ö. ikametgâh adresini tekrar değiştirmiştir. Bu tarihten sonra, A.Z.Ö. eşinin yeni adresini de öğrendiğini belirterek yeniden adres değişikliği talep etmiştir. Ancak başvurucunun bu talebi kabul edilmemiştir.

A.Z.Ö adres değişikliği talebinin reddi üzerine yaşadığı korku nedeniyle işten ayrıldığını, çocuklarıyla birlikte eve kapandığını, çalışmadığı için maddi sıkıntı çektiğini ve şiddet korkusuyla kendisinin de çocuklarının da psikolojik olarak zarar gördüğünü beyan etmiştir.

Başvurucunun talebi üzerine Bakırköy 4. Aile Mahkemesi 18/12/2012 tarihli kararıyla başvurucu ve oğlu için 6284 sayılı kanununun 17. maddesi kapsamında maddi yardım yapılmasına karar vermiş ve karar uygulanması için Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü' ne gönderilmiştir. Ancak maddi yardım, mahkeme kararında süresinin belirtilmemesi sebebiyle ancak 04/09/2013 tarihinde başvurucuya ödenmiştir.

Başvurucu 06/07/2012 tarihinde 6284 sayılı kanunun 4/1-ç maddesi uyarınca kendisinin ve çocuğu H.K.'nın kimlik bilgilerinin değiştirilmesini talep etmiştir. Bakırköy 3. Aile Mahkemesi söz konusu bu başvuruyu diğer önleyici tedbir kararlarının yeterli olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucu karara itiraz etmiştir. Bakırköy 4. Aile Mahkemesi itirazı kabul etmiş ve başvurucu ile çocuğu H.K. hakkında kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbirlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

Tedbir kararı, gereği yapılmak üzere 24/09/2012 tarihinde Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'ne gönderilmiştir. 18/01/2013 tarihli ve 28532 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesi üzerine, tedbir kararı 13/02/2013 tarihinde İçişleri Bakanlığı'na gönderilmiştir. İçişleri Bakanlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na hitaben 28/03/2013 tarihinde yazılan yazıda ilk tedbir kararının en çok altı aylığına verilebileceği belirtilmiş ve devamında kimlik bilgilerinin değiştirilmesi tedbirinin geçerlilik süresinin 05/03/2013 tarihinde dolduğu, bu sebeple tekrar tedbir kararı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Bakırköy 3. Aile Mahkemesi 19/06/2013 tarihli ek kararıyla, anılan tedbir kararının mahiyeti gereği süreye tabi olmadığını belirterek kararı, gereğinin yapılması ve infazı için İçişleri Bakanlığı'na tekrar göndermiştir. Nihayetinde başvurucuya yeni kimlik belgeleri 25/07/2013 tarihinde teslim edilebilmiştir.

AYM bireysel başvuru kararında; kimlik değiştirilmesi yönünde verilen kararın uygulamasındaki aksaklığın idari makamlar arasındaki koordinasyon ve organizasyon eksikliğinden kaynaklandığını vurgulamıştır.

Geçici maddi yardımın karar tarihinden itibaren dokuz ay gibi uzun bir süre sonra ödenmesinin sebebi olarak ise mahkeme kararında eksikliklerin yer alması ve ödenek beklenmesi gösterilmiştir. 6284 sayılı kanunun 1/2-b maddesi gereğince, destek ve hizmetlerin sunumunda olabildiğince hızlı bir usul izlenmeli, yetkili mercilerce alınan kararlar makul sürede yerine getirilmelidir. Somut olayda ise yetkili mercilerce alınan tedbir kararlarının yerine getirilmesinde on ay ve dokuz ay gibi adli ve idari süreçlerdeki aksaklıklardan kaynaklı ciddi gecikmeler mevcuttur.

AYM kararında gecikmelerin makul olmadığına, bu gecikmelerin “kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı (Anayasa m. 17)” kapsamında devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği anlamına geldiğine karar vermiştir. Ayrıca AYM Anayasa m. 17'nin ihlali neticesinde doğan mağduriyetleri göz önünde bulundurarak mağdura 15.000 TL manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

SONUÇ

Birçok ulusal ve uluslararası hukuki metinde kadına yönelik aile içi şiddet eylemlerinin devlet tarafından önlenmesi gerekliliği vurgulanmış ve bu eylemlerin önlenmesi ile etkilerinin ortadan kaldırılması hususunda devletler yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda ülkemiz 2011 yılında İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olmuş; 2012 yılında 6284 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir.

İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı kanunda devletin şiddet mağduru kadına sunması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Söz konusu koruyucu ve önleyici tedbirler İdare Hukuku bakımından kimi zaman bir sosyal kamu hizmeti kimi zaman ise kolluk hizmeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; aile içi şiddet mağduru kadına ekonomik ve psikolojik destek sağlanması, kadın konuk evlerinde kalacak yer imkanının sağlanması, mesleki yönlendirme hizmetinin verilmesi, rehberlik hizmetleri ve kreş imkânının sağlanması, şiddet vakıalarına özel ihbar ve şikayet hattının oluşturulması gibi hizmetler niteliği itibariyle birer sosyal kamu hizmetidir. 6284 sayılı kanun gereğince alınan geçici koruma tedbiri kararı ise kolluk hizmeti olarak nitelendirilebilir.

İdarenin şiddet mağduru kadına sunması gereken söz konusu koruyucu ve önleyici tedbirlere yalnızca hukuki metinlerde yer verilmesiyle devletin bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirdiği söylenemez. Önemli olan kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin mekanizmanın bu amaca uygun ve etkin olarak yürütülmesidir. İdare aile içi şiddet mağduru kadınlara sunduğu sosyal kamu hizmetleri ile kolluk faaliyetlerinin doğru zamanda, tam ve eksiksiz şekilde yerine getirilmesini sağlamalıdır. Kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin hizmetlerin hiç işlememesi, kötü işlemesi yahut geç işlemesi halinde hizmet kusuru ortaya çıkacak ve idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu doğacaktır. Hizmet kusuru sebebiyle şiddet mağduru kadın veya kadının yakınları idareye karşı tam yargı davası açabilecektir⁸². İç hukuk yollarını tüketmiş yine de zararını tazmin edememiş mağdur ve yakınlarının AİHM'ne başvurması neticesinde ise üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen devletin sorumluluğu doğacaktır.

Çalışmamızda yer verdiğimiz ve görüşümüzü destekleyen 28 Şubat 2018 tarih ve 30346 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 19/12/2017 tarih ve 2014/546 başvuru numaralı bireysel başvuru kararına karşın idari yargı yerleri tarafından bu yönde verilmiş herhangi bir karara rastlamış değiliz.

⁸² **Kırbaş Caniklioğlu**, Sevim: "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s. 369.

KAYNAKÇA

Kitaplar - Makaleler

- Aisling**, Reidy: *İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.
- Akbulut**, Berrin: “6284 Sayılı Kanun’da Şiddet ve İstanbul Sözleşmesi’nin TCK Açısından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, S. 16.
- Akçaal**, Mehmet: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2013.
- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Atay**, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Bakar**, Nehir: “Sığınma Evleri Çözüm Mü, Araç Mı?”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, S. 1, 2012
- Bakırcı**, Kadriye: “Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçları ile Müdahale Edilebilir Mi?”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 2, 2009.
- Bakırcı**, Kadriye: “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2015.
- Baydur**, Emel/**Ertem**, Burcu: “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, 2006.
- Bilge**, Burak: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2014.
- Centel**, Nur: “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korur Mu?”, *Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu*, İstanbul, 2012.
- Ceylan**, Ebru: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’a Göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 1, 2017.

- Coker**, Dona: “Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A Critical Review”, Buffalo Criminal Law Review, V. 4, N. 2, 2001.
- Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Çalı**, Hasan Hüseyin: “Aile İçi Şiddet: Bir Kamu Politikası Analizi”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 16, S. 2, 2012.
- Çelik**, Deniz: Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Konusunda Sağlanan Gelişmelerde Hukukun Rolü, Hukukun Gençleri Sempozyumu,
<http://www.umut.org.tr/userfiles/files/pdfler/deniz%20c%cc%a7elı%cc%87k.pdf>, E.T. 15.02.2018.
- Çor**, Yaşar: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, 2008.
- Dinler**, Veysel: “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 1, 2008.
- Doğan**, Recep: “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2016.
- Düğmeci**, Fatih: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ertürk**, Yakın: Kadına Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, 2007.
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Gülmez**, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 11, 2006.
- Gülmez**, Mesut: İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku’nda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, AB ve Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2009.
- Günay**, Mehmet: “6284 Sayılı Kanun’a Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 3, S. 10, 2012.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

- Kandemirci**, Duygu/**Kağmıcı**, Dilek Yelda: “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Baş Etme: Çok Boyutlu Bir İnceleme”, *Türk Psikoloji Yazıları Dergisi*, C.17, S. 33, 2014.
- Karataş**, Sultan/**Şener**, Ülker/**Otaran**, Nur: *Kadın Sığınma Evleri Kılavuzu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü*, Ankara, 2008.
- Kırbaş Caniklioğlu**, Sevim: “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2015.
- Kızılyel**, Serkan: “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2014.
- Molu**, Benan: “Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadelede Hukukun Rolü”, http://www.umut.org.tr/userfiles/files/document/document_08_benanmolu_kad%4%b1na%20y%3%b6nelik%20%5%9eiddet%20ve%20ev%20%4%b0%3%a7i%20%5%9eiddetin%20%3%96nlenmesi%20ve%20bunlarla%20m%3%bccadelede%20hukukun%20rol%3%bc.pdf, E.T. 08.02.2018.
- Moroğlu**, Nazan: “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 Sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2014.
- Örücü**, Esin: “Sosyal Kamu Hizmeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, 1970.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Saygılar**, Yasemin/**Alan**, Esra: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Öztürk**, Necla: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017.
- Sarfraz**, Hussain: “A Critical Note on The Validity of Official Crime Statistics”, *Pakistan Journal Social Sciences*, V. 3, N. 9, 2005.
- Sever**, Didem Çiğdem: “Kadına Karşı Ev İçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararı”, *Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, S. 2, 2012.
- Tanrikulu**, Sezgin: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Turgut**, Faruk: “Türk Siyasetinde Son Dönem Aile Politikaları”, *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, S. 35, 2016.

Üçpınar, Hülya/**Altıparmak**, Kerem: İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl Seçmeli Protokol ve Türkiye’de Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi Ek: Ulusal Önleme Mekanizmalarının Kurulması ve Yetkilendirilmesi, TİHV, Ankara, 2008.

Yaşar, Hasan Nuri: İdare Hukuku, Der Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Yıldırım, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Okay Tekinsoy**, Özge: İdare Hukuku, 6. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Bireysel Başvuru No. 2014/546, 28.02.2018 Tarih ve 30346 Sayılı Resmi Gazete.

Danıştay 10. Dairesi, E. 1999/3568, K. 1999/4782, K.T. 12.10.1999.

ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>, E.T. 05.06.2018.

Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/2603, K. 2011/3886, K.T. 20.09.2011.

Inter-American Commission On Human Rights, Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil. Res.No. 54/01, Case No. 12051, 04.04.2001.

Inter-American Commission On Human Rights, Velasquez Rodriguez v. Honduras, Res. No. 22/86, Case No. 7920, 18.04.1986.

İnternet Kaynakları

<http://www.ensonhaber.com/siginma-evinde-yasayan-esini-oldurdu.html>, E.T. 18.02.2018.

<http://www.milliyet.com.tr/-alo-183-e-1-yilda-4-bin-ihbar-geldi-gundem-1632814/>, E.T. 18.02.2018.

<http://www.trthaber.com/haber/turkiye/binlerce-siddet-magduru-alo-183u-aradi-181943.html>, E.T. 10.02.2018.

<https://kadininstatusu.aile.gov.tr/uygulamalar/siddet-onleme-ve-izleme-merkezi>, E.T. 11.02.2018.

Diğer Kaynaklar

20.02.2015 Tarih ve 19120602-010-06-02-0482-2014-406 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Uygulanmasına Yönelik Genelge, <http://www.cigm.adalet.gov.tr/images/154nolu.pdf>, E.T. 06.02.2018.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü: Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012 - 2015, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2012.

APT/IHRR: Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmenin Seçmeli Protokolü İşkenceyi Önleme Kılavuzu, Çev. Elif Şimşek, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara, 2007.

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi: Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin Kadına Karşı Aile İçi Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Görüşü, Brüksel, 2012.

KADEM, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesinde İstanbul Sözleşmesi Çalıştay Raporu, İstanbul, 2014.

Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Türkiye: İş Dünyası Aile İçi Şiddete Karşı (Business Against Domestic Violence-Badv) Projesi, <http://badv.sabanciuniv.edu/tr/proje>, E.T. 12.02.2018.

TÜSİAD, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İle İlgili İşyeri Politikaları Geliştirme ve Uygulama Rehberi, TÜSİAD, İstanbul, 2015.

HUKUK TEORİLERİNDE YARGI VE HUKUK UYGULAYICISI FETİŞİZMİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644280>

*Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ**

Öz

Yargı organı ve hukuku uygulamakla görevli olan organlara hukuk teorisinde özel bir önem atfedilmiştir. Özeldede yargı, geneldeyse bütün hukuk uygulayıcıları kuralların asıl muhatabı veya en nihayetinde hukuk sistemini tesis eden organlar olarak görülmüştür. Hukuk teorilerinin birincil amacı hukuk sistemlerini ve işleyişini açıklamak, hukukun muhataplarının üzerindeki normatif gücünü temellendirebilmektir. Kanımızca özeldede yargı organı ve hukuk uygulayıcılarının önemli rolüne ısrarla yapılan atıf, atıfta bulunan hukuk teorilerinin hukuk sisteminin işleyişine ilişkin açıklayıcı gücünü zayıflatmaktadır. Fetişist olarak adlandırdığımız bu teoriler, özel kişilerin, yani vatandaşların davranış ve tutumlarını önemsizleştirmekte, onları sistemin aslı parçaları olmaktan çıkarıp, sisteme tâbi unsurlar hâline getirmektedir. Kanımızca bu tutum teorik açıdan savunulabilir değildir. Bunu göstermek için makale Hans Kelsen, H.L.A. Hart ve Alf Ross'un hukuk teorilerini inceleyecektir. Bu teorilerin yargı organı ve hukuk uygulayıcılarına bakışındaki fetişist unsurlar ortaya konacak, sonuç bölümündeysede bu unsurların sakıncaları sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yargı organı, hukuk uygulayıcıları, hukukî pozitivism, İskandinav realizmi, Tanıma Kuralı

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: ybulgec@uludag.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2577-5799> (Makalenin Geliş Tarihi: 21.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 15.10.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.10.2019)

FETISHISM OF JUDICIARY AND OFFICIALS IN LEGAL THEORIES

Abstract

The judiciary and the law-applying organs have been attributed a special importance in legal theory. The judiciary in particular and all law-applying organs in general have been viewed as the real addressees of the rules or the organs ultimately constituting the legal systems. The primary purpose of legal theories is to explain the legal systems and their functioning and to ground the normative force of law on its addressees. We believe that this persistent reference to the crucial role of the judiciary and law-applying organs weakens the explanatory power of these legal theories. These fetishist theories, as we name them, trivialize the actions and attitudes of private persons, i.e. citizens, and renders them components subject to the system rather than being essential factors for the system. We believe that this position is theoretically indefensible. In order to demonstrate this, the article will examine legal theories of Hans Kelsen, H. L. A. Hart and Alf Ross. These theories' fetishist elements concerning the judiciary and other law-applying organs will be exposed and inconveniencies of such elements will be presented.

Keywords

Judiciary, law-applying organs, legal positivism, Scandinavian realism, Rule of Recognition

GİRİŞ

Yargı organı¹ 20. yüzyılda geliştirilen hukuk teorileri açısından büyük önem arz eder. Bu yüzyılda geliştirilen hukuk teorilerini incelediğimizde bunların yargı fonksiyonuna merkezî bir rol biçtiğini görürüz. Austin sonrası Kelsen'in ve Hart'ın teorileri tarafından örneklendirilen hukukî pozitivist yaklaşımdan Dworkin'in düşüncesine, oradan bir bütün olarak realistler ve özellikle de İskandinav realistlerine kadar geniş bir teorik yelpaze yargı organına hukuk sistemindeki diğer aktörlerden daha farklı roller biçmişlerdir. Bu çalışmanın bir amacı bu rolün belli yanlışlara dayandığını ortaya koymaktır. Bununla birlikte, peşinen belirtelim ki maksadımız hiçbir şekilde yargı organının değeri, önemi veya gereğini sorgulamak değil, bazı hukuk teorilerinde bu organa biçilen rolün eleştiriye açık olduğunu göstermektir. Elbette, bu dönemde geliştirilen bütün teorilerde söz konusu yanlışlığa rastlayamayız. Örneğin, Scott Shapiro'nun plan temelli hukuk teorisinde veya Joseph Raz'ın hukuk kurallarını davranış sebebi olarak algılayan teorisinde bu türden yanlışlara rastlanmaz. Bunun nedeni de anılan bu son iki teorinin hukuk sisteminin işleyişinden normların davranışı yönlendirme kapasitesi ve hukukun normativitesiyle ilgilenmesidir. Şurası gerçek ki hukuk teorisi açısından duayen kabul edilen isimler, eğer teorilerinin önceliği de hukuk sistemini açıklamaksa, yargının işlevine odaklanmayı tercih etmektedir.

Bazı hukuk teorilerinde yargı organı ve onun işlevine ilişkin bir yanlış bulunduğundan bahsettik. İşte, bu yanlış dolayısıyla atfedilen önemi fetişizm² olarak ifade ediyoruz. Doğal olarak bir teorinin bu anlamda ne derece fetişist olduğu yanlışlığın ve yargı organına biçilen rolün önemine göre değişecektir. Biz bu farklı dereceleri olabildiğince ortaya koymaya çalışacağız. Ayrıca, bu fetişizmin ardında siyasî, toplumsal, ekonomik, ahlâkî ve benzeri sebepler rol oynamış olabilir. Ancak, bizim öncelikli amacımız teorilerin barındırdığı fetişist yanlışların hukuk sistemini açıklama ve anlamlandırmada niçin başarısız olabileceğini göstermekten ibarettir. Hukukî

¹ Zaman zaman yargı organı yerine hâkimler ifadesini kullanacağız. Elbette, esasen yargı organı ve hâkim farklı kavramlardır. Ancak, makalemiz açısından özellikle bir erk olarak yargı organından bahsedilmediği yerlerde “hâkim” veya “hâkimler” ifadesini kullanmakta bir sakınca görmedik.

² Fetişizmin farklı anlamları bulunmaktadır. Bu anlamlardan hangisini tercih ettiğimizi belirtmeden önce, kullandığımız hâliyle terimin Marksist fetişizm düşüncesine herhangi bir atıfta bulunmadığını belirtelim. Biz Louise Kaplan'ın tanımını benimseyerek fetişizm ifadesini “*maddî bir nesne, fikir veya uygulamaya karşı aşırı, irrasyonel bağlılıklar*” olarak anlıyoruz (bkz. **Kaplan**, Louise J.: *Cultures of Fetishism*, Pallgrave Macmillan, New York, 2006, s. 1).

olmayan açıklamalara çok nadiren ve yalnızca bazı olumsuzluklara işaret etmek için yer vereceğiz.

Yargı fetişizmini üzerinden değerlendireceğimiz teoriler sırasıyla Hans Kelsen, H. L. A. Hart ve Alf Ross'un teorileridir. İddiamız bu üç teorinin de yargı fetişizminden mustarip olduğu değildir. Bu teorilerden bir veya birkaçı yargı fetişisti olmayabilir. Ancak, gösterilecektir ki, bu sefer de özeldeki yargı fetişizmi "hukuk uygulayıcıları"na genişlemektedir. Bu durumda ise hukukun, hukuk uygulayıcısı olarak görülmeyen özel kişilerin davranışlarını yönlendirme fonksiyonu açıklanamamaktadır. Dolayısıyla iddiamız bu üç teoriden en az birinin yargı fetişisti, diğerlerinin ise en azından "hukuk uygulayıcısı" fetişisti olduğudur.

İncelememiz neticesinde Kelsen'in saf hukuk kuramının hukuk uygulayıcısı fetişisti olduğu sonucuna ulaşacağız. Tanıma Kuralı'nın nasıl yorumlanacağına bağlı olarak yargı fetişisti veya hukuk uygulayıcısı fetişisti olarak nitelendirilebilir. Alf Ross'un realist teorisi ise incelenen üç teori açısından tartışmasız biçimde yargı fetişisti olarak adlandırılacak tek teoridir.

I. HUKUKU UYGULAMAK

Bu kısımda³ makalenin geri kalanında önem arz edecek bir soru soraçağımız: Hukuk uygulayıcısı kimdir? Bu sorunun cevabı için öncelikle kısaca hukukun uygulanmasından ne kastettiğimizi belirlememiz gerekir. Bunu yapmak için klasik olarak hukuk uygulayıcısı olarak görülen yargı organı ve yürütmenin hukuku uygularken ne yaptığına bakmayı önereceğiz.

Yürütmeyi idareyi de kapsayabilecek bir anlamda kullanıyoruz. Öyleyse, yürütmenin hukuku uyguladığını söylediğimizde tam olarak neyi kastederiz? İdarenin hukuku uygulamasıyla kastedilen genellikle yürütmenin genel normlara dayanarak birel bir norm tesis etmesidir. Kısacası, yürütmenin hukuku uygulamasının aracı birel işlemlerdir. Hâkimlerin hukuku uygulamasının da aynı şekilde gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Her şeyden önce mahkeme kararları da birer birel normdur⁴. Mahkeme de, tıpkı yürütme gibi

³ Bu kısımdaki tartışmaların temelini "*Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*" başlıklı kitabımızda atmıştık (Gülgeç, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha, İstanbul, 2018). Burada ilgili olduğu sürece hukukun uygulanması kavramına ilişkin görüşümüzü özetleyip makale konusuyla bağlantısını kuracağız.

⁴ **Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, 3. Baskı, Harvard University Printing Press, Cambridge, 1949, s. 144; **Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, s. 268. Birel nitelikli mahkeme kararlarının

olaya ilişkin genel normlardan yola çıkarak somut ve birel bir olması gerekene karar verir. Bu noktada genel nitelikli işlemlerin geçerliliğini sona erdiren mahkeme kararlarının birel işlem olarak görülemeyeceği itirazı yöneltilebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptali veya idarî yargıda bir düzenleyici işlemin iptali durumunda, bu işlemin sonuçları genel nitelikli olmakta, bir başka deyişle, muhatabı önceden belirlenemeyecek normatif bir değişiklik ortaya çıkmaktadır. Ancak, kanımızca bir normun birel/genel niteliği farklı, bu niteliğin yol açtığı sonuçlar farklıdır. Neticede genel nitelikli normu iptal eden mahkeme kararının içeriği düşünüldüğünde, bu normun belirli ve somut bir içeriğinin olduğu görülecektir. Bu kararlar belirli bir normu geçersiz kılan, yürürlükten kaldıran birel işlemlerdir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hukukun uygulanmasının yalnızca yürütme ve mahkemelerin yetkisinde olduğu düşünülebilir. Biz aksini iddia ediyoruz. Özel kişiler de pekâlâ hukuku uygulayabilirler. Bunun iki sebebi vardır. İlk sebep, özel kişilerin de genel nitelikteki normları somutlaştıran işlemler yapabilmeleridir. Sözleşmeler bu durumu örneklendirir. Özel kişiler kendi aralarındaki belirli bir ilişkiye dair genel normlardan aldıkları yetkiyle bir sözleşme akdedebilirler. Bu sözleşmenin muhatapları sözleşmenin taraflarıdır; yani, muhatap önceden belirlenebilir niteliktedir. Elbette sözleşme akdedilmesiyle idarî ve yargısal organların işlem ve kararları arasında bazı farklar mevcuttur. Mühim olan bu farkların niçin ilki gruptaki işlemleri hukukun uygulaması kılıp, sözleşmeleri hukukun uygulaması olarak görülmekten alıkoymadığının gösterilmesidir. Örneğin, ilk gruptaki işlemlerin kamu gücü kullanılarak yapıldığı, oysa sözleşmelerde kamu gücünün söz konusu olmadığı düşünülebilir. Ancak, kamu gücü kriterinin hukukun uygulanmasıyla ne gibi bir bağı vardır? Hukukun uygulanmasının ancak kamu gücüyle olabileceği düşüncesi hangi normdan veya teorik postulatattan kaynaklanmaktadır? Biz böyle bir norm veya teorik kaynak bulamadık. Keza, ilk gruptaki işlemlerin bir nevi bağıli yetki olduğu; başka bir deyişle, ilk gruptaki işlemlerin gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu, ancak kişilerin sözleşme akdedip akdetmeme konusunda serbest olduğu da ileri

norm olmadığına dair görüşler de mevcuttur (Örn. Bkz. **Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, 10. Baskı, Ekin, Bursa, 2013, s. 191). Bu görüş genel olarak normların genel nitelik arz etmesi gerektiği inancına dayanır ve ancak *stare decisis* ilkesi doğrultusunda genel bağlayıcılığa sahip olan hukukî işlemleri norm olarak kabul eder. Biz bu görüşe niçin katılmadığımızı ve birel nitelikli mahkeme kararlarının norm olarak kabul edilmesi gerektiğini daha önce açıklamıştık. Bkz. **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 108-112.

sürülebilir. Bu durumda hukukun uygulanması ancak hukukun uygulanmayı talep ettiği, bu uygulanmayı zorunlu kıldığı durumlarla sınırlandırılmış olur. Böyle bir sınırlandırmanın geçerliliği teorik açıdan şüphelidir. Nitekim bu durumda, yürütmenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda yaptığı işlemler hukukun uygulanması olarak görülemeyecektir.

Özel kişilerin hukuk uygulayıcısı olduğuna dair ikinci ve daha radikal düşüncemiz “hukuka uyma” ve “hukuku uygulama” sırasında hukuk uygulayıcısı makamlarla hukuka uyan özel kişilerin zihinsel faaliyetlerinin karşılaştırılmasını önermektedir⁵. Buna göre, idarî makamlar ve mahkemelerin hukuku uygularken gerçekleştirdiği alelade faaliyet genel nitelikli normlardan yola çıkarak somut duruma ilişkin bir çıkarımda bulunmak ve ona göre davranmaktır⁶. Bir cinayet davasında ceza hâkiminin akıl yürütmesi şu şekilde özetlenebilir:

Öncül 1: Kanun kasten adam öldürenin müebbet hapisle cezalandırılmasını öngörmüştür (Genel norm).

Öncül 2: A B kişisini kasten öldürmüştür (Somut duruma ilişkin tespit).

Çıkarım: A müebbet hapis ile cezalandırılmalıdır.

Şimdi hukuka uyan kişinin durumuna bakalım. Hukuka uymak, normun muhatabının somut durumdaki davranışını belirlemek için normu esas alması

⁵ Buradaki argümanları temel olarak şu kitabımızda dile getirdik: **Gülgeç**, *Lex Superior İlkesi*, *op. cit.*, ss. 17-33. Burada farklı ifadelerle bu argümanları özetlemekle yetinmiyoruz.

⁶ Bu ifadeyle belirtmek istediğimiz mahkemelerin ve idarî makamların hukuku uygularken tek yapabileceğinin bu olduğu değil, “belli bir normun” uygulanmasının bu zihinsel faaliyeti gerektirdiğidir. Örneğin, kolay davalarda mahkemenin genel nitelikli normdan yola çıkarak somut duruma ilişkin bir çıkarımda bulunmak dışında yapması gereken bir şey yoktur. Zor davalarda bu durum değişebilir. Burada bu görüşe karşı çıkmıyoruz. Ancak, zor davalarda durumun değişmesi belli bir normun uygulanmasının nasıl gerçekleştirildiğiyle değil, davaya uygulanacak olan tek şeyin o norm olup olmamasıyla, uygulanacak normun ne olduğuyula veya farklı normların uygulanmasından hangi hukukî sonucun çıkarılacağıyla ilgilidir. Bir başka deyişle, zor dava doktrini bir hukuk kuralının uygulanmasının ne anlama geldiğinden ziyade, davalarda olması gerekenin, verilmesi gereken kararın ne olduğuna karar verirken nelerin gözetileceğine, hâkimin neye göre karar vereceğine dairdir. Dworkin de yerleşik hukuk kurallarının belli bir yönde karar vermeyi zorunlu kılmadığı zor davalarda siyasa (*policy*) veya ilkelere dayanarak karar verilmesinin mümkün olduğunu vurgulayarak zor davalarda kararın dayanağına ilişkin bir zorluk arz ettiğini vurgulamıştır. Bkz. **Dworkin**, Ronald: “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, s. 1060. Bir başka deyişle, zor davalarda karar, hukuk kuralı ve olay öncüllerinden dedüktif olarak çıkarılamaz ve yaratıcı yorum yöntemlerine başvurulur. Kararın dayandığı öncüller kümesi genişler. Bkz. **Uzun**, Ertuğrul: *Akıl Tutkunu Hukuk*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s.185.

ve normdan çıkarsadığı davranışı yerine getirmesi olarak tanımlanabilir. Hemen belirtelim ki İngilizcede “*comply with*” ve “*conform to*” ifadeleri arasında bir fark bulunmaktadır. Bu fark, bunlardan ilkinde kişinin davranışının temeline normu alması ve bilinçli bir şekilde, o normun sunduğu sebep doğrultusunda hareket ederek gereken davranışı sergilemesi, ikincisinde ise nihaî davranışın gereken davranış veya yasaklanmayan davranış olmasının yeterli olmasıdır⁷. Türkçede bu ifadeleri karşılayacak farklı kelimeler bulamadık⁸. Bizim burada kastettiğimiz “hukuka uymak” “*comply with*” anlamındaki uymadır. Öyleyse kasten adam öldürmeyi yasaklayan ceza kanununa uyacak olan muhatabın akıl yürütmesi şu şekilde gösterilebilir:

Öncül 1: Kanun Ratonya Cumhuriyeti vatandaşları için kasten adam öldürmeyi yasaklamıştır (Genel norma ilişkin tespit).

Öncül 2: Ben Ratonya Cumhuriyeti vatandaşayım (somut duruma ilişkin tespit).

Çıkarım: Öyleyse kasten adam öldürmemeliyim.

Dolayısıyla, hâkimin karar verirken izlediği zihinsel süreçle özel kişinin hukuka uyarken geçirdiği zihinsel süreç mantıksal olarak aynıdır. Bu mantıksal şablonu idarî makamın işlem tesis ederken de izlediğini gösterebiliriz, ama buna gerek görmüyoruz. Sanıyoruz aynı sürecin niçin idarî makam açısından da geçerli olduğu açıktır. Bu noktada, hâkimin, idarî makamın ve özel kişinin yaptığı, somut duruma uygulanabilir normu tespit ettikten sonra, o durumda yapması gerekeni çıkarsamak ve ona göre davranmaktan (karar vermek, işlem yapmak veya normun gerektirdiği bir başka davranışı yerine getirmekten) ibaretse, niçin bir grubun davranışını hukuku uygulamak, özel kişinin davranışını ise hukuka uymak olarak nitelendirdiğimiz sorgulanmalıdır. Acaba hukuka uymak hukuku uygulamak olabilir mi?

Burada şu itiraz öne sürülebilir: “Hâkimin ve idarî makamın hukuku uygulamasından sonra ortaya bir norm çıkmaktadır. Özel kişinin hukuka uyması ise bir norm ortaya çıkarmaz. Dolayısıyla, sözleşme örneğindeki durumla buradaki durum farklıdır”. Peki ama uygulamak normun rehberliğindeki bir davranıştan başka nedir? Niçin uygulamanın neticesinde bir norm ortaya çıkması gereksin? Davranışı yerine getirirken izlenen zihinsel süreç aynı mantıksal izleğe sahipse, bu davranışların neticesinde norm ortaya

⁷ Bu fark Joseph Raz tarafından vurgulanmaktadır. Bkz. **Raz**, Joseph: Practical Reason and Norms, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 179-182.

⁸ Belki “uymak” ve “uygun davranmak” ifadeleri sırasıyla “*comply with*” ve “*conform to*” ifadelerini karşılamak için kullanılabilirdi. Ancak, biz “uymak” ile “uygun davranmak” arasındaki bu anlam farklılığının sunî olacağını düşündük.

çıkıp çıkmaması durumuna göre bunları uygulama olarak nitelendirmek ne derece tutarlı bir düşüncedir? Bu düşüncenin doğru olmadığı bir örnek de gösterilebilir. Hukukun uygulandığını düşündüğümüz her yerde uygulamanın neticesinde bir norm ortaya çıkmaz. Hâkimin kararı gereğince kasten adam öldürmeden hüküm giyen mahkûmu cezaevine götüren kolluk kuvveti, hukuku uygulamaktadır. Bu ise bir işlem değil, eylemdir. Yani, bu davranışın neticesinde bir norm ortaya çıkmaz. Hukukun uygulanmasının neticesi olarak ortaya mutlaka bir norm çıkacağını düşünmek bizi, tereddütsüz biçimde hukukun uygulandığını söyleyebileceğimiz durumlarda aslında uygulananın hukuk olmadığını kabul etmeye zorlar.

Dolayısıyla, kanımızca özel kişilerin hukuka uyma davranışı da hukuku uygulamak olarak algılanabilir ve algılanmalıdır. Ancak, bu görüşümüz kabul edilmese dahi özel kişilerin sözleşme akdetmek suretiyle hukuku uygulayabildiği yönündeki iddiamız bu retten etkilenmez. Bu nedenle, hâkim ve idarî makamların yanında özel kişilerin de hukuk uygulayıcısı olabileceğini düşünmek gerekir.

Şimdiki soru hâkimlerin uygulamasıyla diğerlerinin uygulaması arasında niteliksel bir farklılık olup olmadığıdır. Yargı fetişizmine bir nebze de olsa meyleden bir düşünce şunu öne sürecektir: “Varsayalım ki özel kişiler de hukuk uygulayıcısı. Hâkimlerin uygulamasını diğerlerinden ayıran husus, hâkimin hukuku nihaî olarak uygulamasıdır. Nitekim yazarın da belirttiği gibi, yargı hukukî uyuşmazlıkları hukuken aksi iddia edilemeyecek şekilde çözme faaliyetidir”. Bu itirazda hukukun nihaî uygulayıcısı olarak hâkim kavramına ulaşıyoruz. Bu kavram, hâkimler dışında idarî makamların da (ve belki özel kişilerin de) hukuku uyguladığını kabul etse de, bunların hukuku uygulaması konusundaki nihaî kararı mahkemenin vereceği, yani somut durumda hukukun nasıl uygulanması gerektiğine yargının hükmedeceğini ileri sürmektedir. Bunun sebebi de idarî makamların ve kişilerin hukuk uygulamalarının yargının denetimine tâbi olmasıdır.

Hukukun nihaî uygulayıcısı olarak hâkim anlayışının bazı pürüzleri vardır. Her şeyden önce, bu anlayış hâkimin kararının da bir norm olduğunu ve dolayısıyla, bu normun da uygulanması gerekeceğini unuttur gibidir. Yukarıda verdiğimiz örneği hatırlayacak olursak, kasten adam öldürme suçundan mahkûm olan birinin cezaevine götürülmesi hâkimin kararının uygulanmasıdır. Bu durumda ise, hâkim ve genel olarak yargı hukukun nihaî uygulayıcısı konumunu kaybetmektedir. Bir başka deyişle, hâkimin kararı da en nihayetinde normlar âleminde değişiklik yaratır; olgusal âlemde değil. Dolayısıyla, normun gereğini olgusal âlemde yerine getirecek bir uygulama davranışına gerek olur. Bu uygulayan davranış kimi zaman davanın tarafının

rızasıyla yerine getirdiği hukuka uyma davranışdır, kimi zamansa bir idarî merci tarafından kararın gereğinin yerine getirilmesini sağlayacak işlem ve eylemlerde bulunulmasıdır (borçlunun mallarının haczedilmesi, mahkûmun cezaevine götürülmesi vb.).

Buna rağmen yargının hukukun uygulanması konusundaki önemi korunabilir. İddia şudur: Hâkim hukukun uygulanması konusundaki nihaî merci olmasa dahi, idarî makamların işlemleri ve özel kişilerin hukuka uyma eylemleri yargı denetimine açık olduğu sürece, neticede yine bunlar tarafından uygulanacak olan birel normun ne olduğunu, yani konuya ilişkin genel hükümlerden nihaî olarak hangi birel hükmün çıkarılacağını belirleme kudreti yargıya aittir. Hukukta yorum, yani hukukî metni anlamlandırma sorunu, çoğunlukla genel normların somut olaya uygulanması noktasında ortaya çıkar. Çünkü genel normun kapsamına neyin gireceğinin belirlenmesi zaten bireleştirilmiş normun kapsamında neyin olduğunun belirlenmesinden daha zordur. Eğer bu konuda yargı diğerleri üzerinde bir otoriteye, bir başka deyişle otantik yorum yetkisine, sahipse, hukukta yorumun en sorunlu olduğu alanda yargı, yürütme ve özel kişilerden daha önemli bir role sahiptir.

Bir yönüyle bu tespite katılmamak güçtür. Neticede, genel normları anlamlandırmak, birel normları anlamlandırmaktan çok daha zordur. Dolayısıyla, yargının yürütme ve özel kişiler üzerinde genel normları anlamlandırmak konusunda sahip olduğu üstünlük, hukukun nihaî olarak uygulanması anlamına gelmesede, önemlidir. Ancak, bu konuda bir uyarıda bulunmak zorundayız. Mahkemeler hukukun uygulanması konusundaki yorum yetkisini, ancak söz konusu normun uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık veya dava söz konusu olduğunda kullanabilir. Dolayısıyla, dava konusu olmadığı sürece bir norm diğer uygulayıcıların (yürütme veya özel kişi) yorumladığı şekliyle uygulanmaya devam etmektedir. Üstelik Kara Avrupası hukuk sistemlerinde *stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı düşünüldüğünde, mahkemelerin yorum yetkisinin somut olaylarla sınırlı kaldığını kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle, davaya konu olan bir olayda mahkemenin yorumu diğer hukuk uygulayıcılarının yorumuna üstün gelirken, aynı normun uygulanabileceği başka olaylar dava konusu olmadığı için yargısal yorumun üstünlüğü söz konusu olmayabilir. Buna karşın, *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde mahkemelerin yorum yetkisinin önemi de artacaktır.

Sonuç olarak şuna karar vermiş bulunuyoruz: Yargı yetkisini kullanan hâkim, yürütme ve özel kişiler hukuk uygulayıcısı konumunda olabilirler. Bunlar arasında metnin belirsizliğine bir çare, genel hukuk normunu ifade etme anlamında hâkimin diğer hukuk uygulayıcılarından daha önemli

olduğu, hukuk sistemlerinin bu şekilde tasarlandığı doğrudur. Ancak, mahkemelerin her türlü normun yorumu konusunda diğer hukuk uygulayıcılarından üstün bir konumunun bulunmadığı, bu üstünlüğün uyuşmazlığa konu somut duruma ilişkin belli norm veya normların yorumu ve uygulanmasına ilişkin olduğu unutulmamalıdır. Aşağıda yargı veya “hukuk uygulayıcısı” fetişisti hukuk teorilerinde hâkimin ve yargının rolü değerlendirirken burada vurguladığımız önem ve sınır unutulmamalıdır.

II. YARGI FETİŞİSTİ HUKUK TEORİLERİNDE HÂKİMİN ROLÜ

Bu kısımda yargı veya “hukuk uygulayıcısı” fetişizminin söz konusu olduğu hukuk teorilerinde hâkime ve diğer “hukuk uygulayıcılarına”⁹ biçilen rolleri ele alacak ve inceleyeceğiz. Üç farklı hukuk teorisinde “hukuk uygulayıcılarına” üç farklı fetişist rol biçildiğinden bahsedebiliriz: 1) Bütün normların muhatabı olarak “hukuk uygulayıcıları”, 2) Sistemi tesis eden olarak “hukuk uygulayıcıları” (veya hâkim¹⁰), 3) Bütün normların belirleyicisi olarak hâkim. Bu rolleri sırasıyla ve ilk kısımda yaptığımız açıklamalara olabildiğince bağlı kalarak ele alalım.

A. Bütün Normların Muhatabı Olarak “Hukuk Uygulayıcıları”

Bu kısımda öncelikle Hans Kelsen’in saf hukuk teorisinde “hukuk uygulayıcılarına” biçtiği rolü ele alacak, sonrasında ise bu rolü eleştireceğiz. Kelsen hukuk normlarının muhatabının özel kişiler değil, hukuk sisteminde yaptırım uygulamakla görevli organlar olduğunu düşünür. Ona göre, hukuk kurallarının doğrudan davranışını düzenlemeye yöneldiği kişiler, yaptırım aracılığıyla belli bir şekilde davranmaya sevk edilen özel kişiler değil, yaptırımı uygulayacak olan makam ve organlardır. Özel kişiler hukuk kuralının ancak ikincil muhatabı olabilir¹¹. Hart, hukuk normlarının muhatabının hâkimler olduğu yönündeki düşüncüyü “Kelsenci dogma” olarak nitelendirmiştir. Hart’a göre Alf Ross’un bütün normların hâkimlere yönelik olduğu ve özel kişilerin hukuka uyma yükümlülüğünün ancak hâkimin kararına uyma olarak anlaşılabilceği yönündeki düşüncesi bu dogmadan kaynaklan-

⁹ “Hukuk uygulayıcıları” ifadesinin etrafındaki tırnak işareti, bu kavramın kapsamına özel kişilerin dâhil edilmediğini ifade etmektedir. Bizim anlayışımıza göre hukuk uygulayıcılarının özel kişileri de kapsadığını hatırlatmak isteriz.

¹⁰ Aşağıda görüleceği gibi, Shapiro’nun Tanıma Kuralı yorumuna göre Hart’ın teorisinin hukuk uygulayıcısı fetişisti değil, yargı fetişisti olduğu iddia edilebilecektir.

¹¹ Bkz. **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 52.

maktadır¹². Öyleyse, ilk olarak Hart'ın ifadesiyle bu “dogma”yı incelemek gerekir.

Kelsen'in konuya ilişkin düşüncelerini doğrudan aktarıyoruz:

“Eğer ‘geçerlilik’ ile hukuken ‘olması gereken’ kastediliyorsa, hukuk, yani birincil norm, sadece yaptırımı uygulaması gereken organ için doğrudan ‘geçerli’dir. Yalnızca hukukun sunumunda ikinci normlar kavramı kullanılırsa süjenin ihlalden kaçınması ve hukukî görevi yerine getirmesi gerekir ve böylece, dolaylı bir şekilde, hukuk süje için de geçerli olur”¹³

İlk olarak Kelsen'in birincil norm ve ikincil norm kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Kelsen'e göre, hukukî gerekliliğin tek bir gerçek anlamı vardır. Buna göre hukukî gereklilik, mutlaka belli bir organın yaptırım uygulama yükümlülüğünü ifade eder¹⁴. Ahlâkta olanın aksine hukukî olması gerekenler, yaptırımı bağlanan davranışın yapılması gerektiğini ifade etmezler¹⁵. “Kasten adam öldürmek yasaktır. Kasten adam öldüren mahkemeler tarafından müebbet hapisle cezalandırılır” normunu düşünelim. Kelsen'e göre bu normun ifade ettiği olması gereken mahkemelerin kasten adam öldürünlere müebbet hapis cezası vermesidir. Bir başka deyişle, bu hukuk normu kişilerin kasten adam öldürmemesi gerektiğini ifade etmez. Ancak, genellikle hukuku sunma tarzımız burada iki tür norm olduğunu söyler: İlki özel kişilerin davranışa ilişkin kasten adam öldürmekten kaçınma yönünde bir yükümlülükken, ikincisi mahkemelerin öngörülen yaptırımı uygulama yükümlülüğüdür¹⁶. Daha önce buradaki gerçek yükümlülüğün ikincisi olduğunu söylemiş olan Kelsen, ilk yükümlülüğün mevcudiyetinden bahsetmenin ancak onun ikinci yükümlülüğe bağlı olduğu kabul edilirse mümkün olduğunu belirtir¹⁷. Bunun temel nedeni hukukun genel olarak yaptırımlara yer veren cebri bir düzen olmasıdır. Süjelerin norma aykırı davranışı normla çelişmez, yalnızca yaptırımın uygulanmasının ön şartını oluşturur¹⁸.

Kelsen'in açıklamalarında belirlenmesi gereken ilk husus “yaptırımı uygulayacak organ” ile kastedilenin yalnızca yargı organı olup olmadığıdır. Bu soru önemlidir, çünkü eğer kastedilen yalnızca yargı organı değil de

¹² Bkz. **Hart**, Herbert Lionel Adolphus: “Scandinavian Realism”, The Cambridge Law Journal, Cilt: 17, Sayı: 2, 1959, s. 236.

¹³ **Kelsen**, General Theory of Law and State, *op. cit.*, s. 61. Çeviri bize aittir.

¹⁴ *Ibid.*, ss. 59-60.

¹⁵ *Ibid.*, s. 60.

¹⁶ *Ibid.*, s. 61.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

yaptırım uygulayabilecek olan bütün organlarsa, Kelsenci yargı fetişizmi “hukuk uygulayıcısı” fetişizmine dönüşecektir. Kanımızca Kelsen’in fetişizmi (dogması) ilk aşamada yargı organına değil, yaptırım kavramına ilişkindir. Yaptırım kavramının saf hukuk teorisi açısından öneminden dolayı yargı organı da dâhil olmak üzere yaptırım uygulayan organlar açısından fetişizm söz konusu olur. Yaptırım ise yargı organı yanında yürütme tarafından da uygulanabilir. Zaten Kelsen “*Hâkim - veya daha genel bir ifade kullanmak gerekirse, hukuku uygulayan organ - hukuken yaptırımı uygulamakla yükümlendirilebilir...*”¹⁹ demek suretiyle hukuk normunun muhatabının hâkimlerin yanı sıra yaptırımı uygulayacak olan diğer organlar olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla, Kelsen’in fetişizmi yargı organını kapsayan, ancak onunla kalmayan bir fetişizmdir. Bunun hem olumlu hem de olumsuz sonuçları olabilir. Bir yandan, hukukun muhatabı kümesindeki genişleme yürütmenin de hukuk ve yaptırım uygulamasına rağmen yalnızca yargı organının hukuk uygulayıcısı olarak görülmesine yönelik olası bir eleştiriyi bertaraf etmektedir. Diğer yandan, olası fetişizmin alanı genişlediğinden, yanılmanın yıkıcı sonuçları da hukuk teorisinin geneline sirayet etmektedir.

Kelsen’in fetişizmini şöyle ifade edebiliriz: “Hukuk normu özel kişilerin değil, yaptırımı uygulayacak mercilerin davranışları üzerinde olması gereken teşkil eder”. Bu fetişizmin eleştirisine hukukun cebrî bir düzen olması ve yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olması düşüncelerinden başlayabiliriz. Bu konuya daha önce başka çalışmalarımız kapsamında değinmiş ve Kelsen’in yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu yönündeki düşüncesini eleştirmiştik²⁰. Burada aynı tartışmayı tekrarlamamızın bir anlamı olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla, yalnızca görüş ve eleştirimizin bir özetini sunacak ve fırsat buldukça görüşlerimizi farklı pencere-lerden ifade edeceğiz.

Kelsen’e göre hukuk sistemi toplumsal bir düzendir. Bu toplumsal düzeni ahlâk ve din gibi diğer yapılardan ayıran ise cebrî bir düzen olmasıdır²¹. Cebrîlik niteliği nedeniyle yaptırım hukukî olanın önemli ve ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir²². Bir başka deyişle, yaptırım yalnızca hukuk sisteminin cebrîliğini sağlamanın aracı değil, hukuk normu açısından

¹⁹ *Ibid.*, s. 59.

²⁰ Örn.bkz. **Gülgeç**, *Lex Superior İlkesi*, *op. cit.*, ss. 13-15; **Gülgeç**, Yahya Berkol: “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 711-721.

²¹ **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 50.

²² *Ibid.*

vazgeçilmez bir unsurdur. Kelsen, yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu düşüncesine ilişkin iki temel itiraz ileri sürülebileceğini tahmin etmektedir. Bunlardan ilki hukuk sistemlerinde yükümlendirici normların yanında yetki veren normların da bulunması, ikincisi ise yaptırım öngören normun kendisinin yaptırıma bağlanmamış olmasıdır²³. Kelsen ikinci itirazın geçersiz olduğunu düşünmektedir. Bunun sebebi, uygulanmaması bir başka yaptırıma bağlanmamış olan yaptırım normunun, yaptırım uygulanmasını zorunlu tutmayan ama bu yönde yetki veren bir norm olduğunun düşünülmesidir²⁴. İlk itiraz ise “bağımlı normlar” kavramıyla çürütülebilir. Bağımlı normlar kendileri bir yaptırım öngörmese dahi, mutlaka yaptırım öngören bir normla ilişkilidir. Bu ilişki, ya yaptırım öngören normdaki cebriliğin görünüşte yaptırımsız olan norma bir tepki olması veya görünüşte yaptırımsız olan normun bir yaptırımın uygulama kapsamını daraltan, yetki verici bir norm olması şeklindedir²⁵. Örneklendirmek gerekirse, ilk ilişki, bir norma aykırılığının yaptırımın aynı madde veya aynı kanun tarafından değil, bir başka kanun tarafından öngörülmesi durumunda söz konusu olabilir. İkinci ilişki ise yetki veren ve yaptırım içermeyen bir normun, yaptırım içermeyen norm olmasaydı uygulanabilecek olan bir yaptırımın uygulanmasını önlediği yerlerde ortaya çıkar. Yani, yetki veren yaptırımsız norm, yetkiyi kullanan organ, kişi veya makama herhangi bir yaptırım uygulanmasını önler.

Bizim Kelsen’in bu konularda yaptığı açıklamalara bir itirazımız yok. Ancak, Kelsen bu iki kategoriye dâhil olmayan, gerçekten de ne bir yaptırım öngören ne de bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla alakalı olan normlar olabileceğini belirtir. Bu normların sübjektif anlamı objektif anlamı olarak algılanamayacağı için, bu normların hukuken ilgisiz (*legally irrelevant*) olduğunu ileri sürer²⁶. Normun sübjektif anlamı onun içeriğinin yorumlanmasıyla elde edilebilecek gereklilik bildiren ifade iken, objektif anlamı söz konusu içeriğin hukuken bir gereklilik ifade edebilmesidir. Kelsen bu konuda usulsüz vasiyetname örneğini vermektedir²⁷. “Ölünce kitaplarım kadreşime kalsın” ifadesinin sübjektif anlamı bunun bir vasiyetname olduğunu söyler. Ancak, objektif anlama göre söz konusu işlem belli usullere uyulmadan tesis edilirse bir vasiyetname teşkil etmez. Bu anlamda normun geçerli

²³ *Ibid.*, s. 51.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, s. 52.

²⁷ *Ibid.*, s. 3.

bir hukuk normu olabilmesi için onun sübjektif anlamı değil, objektif anlamı önemlidir. Gereklilik bildiren her ifadenin norm teşkil etmemesinin nedeni, hukuk normu olmak için ifadenin sübjektif anlamının objektif anlamı olarak yorumlanabilmesinin gerekmesidir.

Bu açıklamalar dikkate alındığında Kelsen gerçek anlamda yaptırım öngörmeyen ve bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olmayan normlar için ne söylemektedir? Bu normların, daha doğrusu bu ifadelerin, sübjektif anlamının objektif anlamları olarak anlaşılamayacağını söylemek, esasen bunların birer norm olmadığını söylemektir. Dolayısıyla, bunların geçersiz olduğunu, birer hukuk normu olmadığını düşünmek gerekir. Kelsen'in kullandığı "hukuken ilgisiz" ifadesi ise kafa karıştırmaktadır. Kelsen niçin geçersiz demek yerine "hukuken ilgisiz" demektedir? Bu ifade tercihinin gelişigüzel olduğunu düşünmüyoruz. Burada Kelsen'in normun geçerliliğine ilişkin söyledikleriyle yaptırımla ilişkili olma gerekliliğine dair düşünceleri arasında bir gerilim bulunmaktadır.

Kelsen'e göre bir normun geçerli olmasının iki şartı vardır. Bunlardan ilki normun, üst norma uygun şekilde, üst normun öngördüğü ihdas usulü ve içeriğe uygun olarak ihdas edilmesinin gerekmesidir²⁸. İkincisi ise söz konusu normun kalıcı olarak etkisiz olmaması, en azından belli bir etkililiğe sahip olmasıdır²⁹. Normun yaptırım öngörmemesi veya herhangi bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilişkili olmaması genel bir geçerlilik şartı olarak öngörülmemiştir. Zaten sübjektif anlamı objektif anlamı olarak yorumlanamayan ve dolayısıyla geçersiz olan vasiyetname örneğine baktığımızda, belli bir usule, yani üst normun öngördüğü usule uyulmadan yapılan irade açıklamasının hukuken geçerli bir vasiyetname yaratamayacağını söylenildiğini görürüz. Dolayısıyla, bir irade açıklamasının sübjektif anlamının objektif anlamı olarak yorumlanamamasının sebebi ya üst normun öngördüğü usul ve içeriğe aykırılıktan dolayıdır ya da normun sürekli etkisizliğinden kaynaklanır. Bu noktada, gerçek anlamıyla yaptırımsız olan bir normun

²⁸ **Kelsen**, General Theory of Law and State, *op. cit.*, s. 124.

²⁹ **Kelsen**, Pure Theory of Law, *op. cit.*, s. 11. Biz Kelsen'in tekil bir normun etkililiği ile geçerliliği arasında kurduğu ilişkiye de karşıyız. Ancak bu çalışmada bunu iddia etmemize gerek yok. Ayrıca, burada belirtilen şartlara *necessitum nulla est obligatio* ve *impossibilium nulla est obligatio* şartlarını da eklemek gerekir. Bu şartlardan ilki, doğal zorunluluk teşkil eden içeriklerin norm değeri kazanamayacağını ifade eder. Normun içeriğine ilişkin bu ilk şartı "ihlâl edilebilirlik" şartı olarak da ifade edebiliriz. Bu anlamda, ancak bir insan davranışıyla ihlâl edilebilecek olan içerikler normun içeriği olabilir. *Impossibilium nulla est obligatio* ise tam tersini, uyulamayacak bir içeriğin norm teşkil etmediğini ifade eder.

etkisiz olacağı için geçersiz olacağı, dolayısıyla Kelsen'in düşüncesinde bir çelişki veya bizim bahsettiğimiz anlamda bir gerilim olmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşünce doğru olmaz. Çünkü bir norma aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olması ya da bağlanan yaptırımın uygulanmaması, normun etkisiz olduğu sonucu için yetersizdir. Bu düşünce insanların kendi rızalarıyla norma uyabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Nasıl yaptırıma bağlanmış, ancak kimsenin fiiliyatta ihlal etmediği bir norm etkisiz olmayacaksa, yaptırımı bulunmayan veya bulunmakla birlikte uygulanmayan bir norm da, eğer vatandaşlar o norma uymaya devam ediyorsa, etkili olmaya devam edecektir. İnsanlar bir hukuk normuna pek çok sebepten uymayı tercih edebilirler. Öyle hukuk normları olabilir ki insanlar bu normun içeriğiyle örtüşen hukuk dışı normlara zaten uzun zamandır uymakta olabilirler. Bu durumda süljeler tarafından gözetilen ve uyulan bir normun etkisiz olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, gerçek anlamda yaptırımdan yoksun, başka bir yaptırımla ilişkisiz olan normları geçersiz ilan etmekte güçlük yaşayacağını bilen Kelsen, daha muğlak ve sonuçları kestirilemeyen "hukuken ilgisizlik" kavramına başvurmuştur.

Kısacası, Kelsen'in hatası hukuk sisteminin cebrîlik özelliğinden her hukuk normunun cebrî olması, yani yaptırım içermesi sonucunu çıkarmaktır. Oysa bütüne ait olan bir niteliğin mutlaka bütünün her parçasına da ait olması gerekmez. Öyleyse, hukuk sisteminin cebrî olması, ne yaptırımsız ne de yaptırımın uygulayıcısını muhatap alan hukuk normlarını gerektirir³⁰. Kanımızca, hukuk sistemindeki normların bütününün ya bir yaptırım içermesi ya da bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olması gerektiği yönündeki Kelsenci iddia hatalıdır ve reddedilmelidir. Şimdi bu reddin Kelsen'in "hukuk uygulayıcısı" fetişizmine etkisini ele alalım.

Kelsen, yargı veya hukuk uygulayıcısı fetişistinden önce bir yaptırım fetişistidir. Bu fetişin saf hukuk kuramının üzerinde yükseldiği temele aykırı olduğunu ve bu nedenle de gerçek Kelsen'in teorisinde yer almaması gerektiğini elimizden geldiğince göstermeye çalıştık. Her normun yaptırım içermesi veya bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olması gerekmediğine göre, üst norma uygun usul ve içeriğe sahip, gerçek anlamda yaptırımsız normlar bulunabilir. Kelsen'in hukuk normunun esasen hukuk uygulayıcılarına hitap ettiği ve onların davranışları açısından bir "olması gereken" teşkil ettiği yönündeki iddiası her normun bir yaptırım içerdiği durumlar açısından geçerli olabilir. Her normun bir yaptırımı olması gerekmediğine

³⁰ Ayrıca bkz. **Raz**, Joseph: *The Concept of A Legal System*, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1997, ss. 81-82.

göre yaptırımsız normlar kime hitap etmektedir? Bu normların doğrudan davranışlarını düzenlemeye yöneldiği kişilere hitap ettiğini söylemekten başka bir seçeneğimiz var mıdır? Eğer normların mutlaka yaptırım uygulamakla görevli organlara hitap etmesi gerekmiyorsa, yaptırım içeren normların yalnızca yaptırımı uygulayan organlara hitap ettiğini savunmak için sebebimiz kalır mı?

Kelsen'in teorisinde normların özel kişilerin davranışlarına dair belirttiği gereklilikler gerçek anlamda birer yükümlülük değildir. Bunlar yalnızca normun gerçekten hitap ettiği yetkililerin yaptırım uygulamasının ön koşuludur. Ancak, yaptırım bir normun zorunlu unsuru olmaktan çıkarıldığında, davranışa ilişkin gerekliliğin, davranışını düzenlemeye yöneldiği kişiyi muhatap alan ayrı bir norm olarak kabul edilmemesi için bir sebep kalmaz. Buna göre, kişilerin davranışına ilişkin "olması gereken" ifadeleri ve bu gerekliliğin ihlali durumunda hukuk sistemindeki bazı yetkililere belli bir yaptırım uygulama yetkisi veren ifadeler pekâlâ birbirinden bağımsız iki norm olarak algılanabilir. Muhatap ve içeriği farklı olan iki ifadenin aynı normun parçası olarak yorumlanmasında teorik veya pratik bir fayda yoktur. Böyle bir tabloda kişinin davranışına ilişkin norm ve yaptırım arasındaki ilişki, ikincinin kişi yükümlülüğünü ihlal ettiğinde ona çektirilecek bir "kötülük"³¹ olarak tanımlanabilmesinden ibarettir.

Sonuç olarak, Kelsen'in bütün normların muhatabı olarak hâkim ve diğer yaptırım uygulayan organ ve mercileri görmesi temelden yoksundur. Ancak, şunu da kabul etmemiz gerekir: Kelsen'in fetişizmi doğrudan yargı ve onun fonksiyonundan değil, yaptırımı normun zorunlu unsuru olarak gören görüşten, belki de normativiteye ilişkin bir "güç fetişizmi"nden kaynaklanır. Sanıyoruz eğer Kelsen yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olmadığı konusunda ikna olsaydı, bütün normların yaptırım uygulayan organlara hitap ettiği düşüncesinden vazgeçmekte zorlanmazdı. Nitekim bu kabul saf hukuk kuramının özüne tesir eden bir düşünce değildir.

³¹ Austin, John: Lectures on Jurisprudence, Henry Holt and Company, New York, 1875, s. 217.

B. Hukuk Sistemini Tesis Eden Organ Olarak Yargı Organı³²

Hart'ın hukuk teorisi Kara Avrupalı çağdaşı Kelsen'in teorisinde mevcut olmayan bir esneklik sergiler. Saf hukuk kuramı Kant'ın birleştirici ve hakikatçi aklını yansıtırken, Hart'ta Anglo-Sakson geleneğinin pragmatizmini görürüz. Hart, Kelsen kadar birleştirici olmadığından, onun kadar dışlayıcı da değildir. Hukuk sisteminin nihai geçerliliği Hart'ın yazınında ancak resmî hukuk uygulayıcıları veya bir yoruma göre hâkimler tarafından tesis edilebilecek bir hakikattir. Hart'ın fetişizminin yargı fetişizmi olup olmaması bahsi geçen bu yorumun kabul edilip edilmemesine bağlıdır. Eğer bu yorum kabul edilirse, Hart, Kelsen'in aksine yargı fetişisti olacak, aksi hâlde her iki düşünürün teorisi de "hukuk uygulayıcısı" fetişizmi seviyesinde kalacaktır.

Bir olgu olarak hukuk sisteminin geçerliliği Tanıma Kuralı'na dayanır. Buradaki amacımız Tanıma Kuralı'na ilişkin detaylı bir tartışma gerçekleştirmek değildir. Bununla birlikte, Tanıma Kuralı'na ilişkin bazı tartışmalar Hart'ın yargı fetişizmine de temas ettiğinden, bunlara değinmek zorundayız.

1. Genel Olarak Tanıma Kuralı

Biz Hart'ın tanımladığı şekliyle birden fazla tanıma kuralı olabileceğini, ancak yalnızca bir tane Tanıma Kuralı bulunduğunu düşünüyoruz³³. Büyük harfle başlayan Tanıma Kuralı'nın farkı, hukuk sistemi içinde ihdas edilen bir kural değil, toplumsal bir kural olmasıdır³⁴. Toplumsal bir kural olduğu için Tanıma Kuralı'nın geçerliliği değil, varlığı söz konusu olur³⁵. Hart'ın burada ifade ettiği husus, bir kuralın hukuken niçin geçerli

³² Bu kısmı yazarken şu makalemizden faydalandık: **Gülgeç**, Yahya Berkol: "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, 2017, ss. 81-148. Bununla birlikte, hem buradaki amacımız aynı derecede detaylı bir incelemeyi gerektirmediği için pek çok tartışmaya yer vermedik, hem de bazı tartışmaları yargı fetişizmi iddiasını destekleyecek şekilde tekrar düzenledik. Bunun yanında elimizden geldiğinde yargı fetişizmine işaret eden ek argümanlar üretmeye çalıştık.

³³ Hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı bulunduğu Marmor işaret etmektedir. Bkz. **Marmor**, Andrei: *Philosophy of Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2011, s. 50.

³⁴ Bkz. **Spaak**, Torben: "Kelsen and Hart on the Normativity of Law", *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2005, s. 408; **Raz**, Joseph: "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, s. 851.

³⁵ **Hart**, Herbert Lionel Adolphus: *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 110.

olduğunun değil, ancak belli bir topluluk tarafından benimsenmiş olduğunun gösterile-bileceğidir. Bir başka deyişle, Tanıma Kuralı bir olgudur, normlar âleminde yer alan bir norm değil. Bununla birlikte, işlevi normatiftir: Bir hukuk siste-mindeki normların nihaî geçerliliğini belirlemek³⁶. Diğer tanıma kuralları ise hukuk sistemi içinde ihdas edilmiş olup, aynı Tanıma Kuralı gibi bazı norm-ların geçerliliğine ilişkin kriterler içerirler. Tanıma Kuralı çok sayıda tanıma kuralı arasında hiyerarşik olarak en üstün olandır³⁷.

Tanıma Kuralı bir ikincil kuraldır. Hart'a göre ikincil kurallar bir hukuk sistemini ilkel bir toplumun kurallar bütününden ayıran unsurdur³⁸. Toplam üç tür ikincil kural bulunmaktadır: Tanıma kuralları, değişiklik kuralları ve yargılama kuralları. İkincil kurallar genel itibariyle birincil kurallar hakkındaki kurallardır³⁹. Birincil kurallar ise doğrudan sisteme tâbi olanların davranışını düzenlemeye yönelmiş, vatandaşların yükümlülüklerini düzenleyen kurallardır. Tanıma kuralları bir normun hukuk uygulayıcıları tarafından geçerli bir norm olarak tanınmasını sağlayan kriterleri içerir⁴⁰. Bir hukuk kuralı ancak tanıma kuralında belirtilen kriterlere uygunsa geçerlidir⁴¹. Bu bağlamda Hart Tanıma Kuralı'nın iki fonksiyonu olduğundan bahseder. Bunlarda ilki hukuk sistemindeki normları belirlemek, diğeri ise hukuk sisteminin geçerliliğini sağlamaktır⁴². Bunlardan ilkine Tanıma Kuralı'nın epistemolojik, ikincisine ise ontolojik fonksiyonu denmektedir⁴³.

³⁶ Coleman, Jules L.: "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Cilt: 11, Sayı: 1, 1982, s. 141.

³⁷ Gülgeç, "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralı", *op. cit.*, s. 124, 130; Barber, Nicholas: "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes", Oxford Journal of Legal Studies, Cilt: 20, Sayı: 1, 2000, s. 135. Ayrıca bkz. Raz, Joseph: The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, Oxford, 1979, ss. 95-96.

³⁸ Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 94.

³⁹ *Ibid.* Bir başka yerde ikincil kuralları birincil kurallar veya diğer ikincil kurallar hakkındaki kurallar" olarak tanımlamıştık (Bkz. GÜLGEÇ, "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralı", s. 104). Bunun nedeni birincil kurallara ilişkin ikincil kuralların da nasıl değiştirileceğine, nasıl geçerlilik kazanacağına vs. ilişkin kuralların da olabileceğidir. Eğer üçüncül kurallar diye farklı bir kategori yoksa, bunların da ikincil kurallar kategorisine dâhil edilmesi uygun olur. Bu anlamda ikincil kurallar diğer kurallar hakkındaki kurallar olarak tanımlanabilir. Bu çalışmada bu açıklamaya ihtiyacımız yok. O nedenle Hart'ın tanımını esas alarak devam ediyoruz.

⁴⁰ Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 100.

⁴¹ Barber, *op. cit.*, s. 135.

⁴² Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 105.

⁴³ Coleman, *op. cit.*, s. 141.

Tanıma Kuralı ancak hukuk uygulayıcıları tarafından belirlenebilir⁴⁴. Hart'ın hukuk uygulayıcıları ifadesi ile kimi kastettiği net değildir. Bununla birlikte, kimi kastetmediği bellidir. Buna göre, Tanıma Kuralı içsel bakış açısıyla sistemdeki hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenecektir⁴⁵. Vatandaşların Tanıma Kuralı'na ilişkin içsel bir bağlılık hissetmesi gerekli değildir. Özel kişilerin birincil kurallara genel olarak uyması, yani sistemin birincil kurallarının belli bir etkililik seviyesine sahip olması yeterlidir⁴⁶. Hart'ın yargı fetişizminin saklı olabileceği yer de burasıdır. Hukuk sistemini hukuk sistemi yapan Tanıma Kuralı'nı benimseyecek olan hukuk uygulayıcıları kimdir?

2. Hukuk Uygulayıcıları Kavramı

Hart'ın hukuk uygulayıcıları ile kimi kastettiğinin belli olmadığını belirtmiştik. Hart Tanıma Kuralı söz konusu olduğunda bu kavramı kimi zaman bir hukuk sistemindeki bütün yetkililer, kimi zamansa yalnızca mahkemeleri ifade etmek için kullanmaktadır⁴⁷. Bunlardan ilki yürütme ve hatta yasama organını bile hukuk uygulayıcısı kavramına dahil ederken, ikincisi spesifik olarak yargı organını içermektedir. Shapiro'ya göre, Tanıma Kuralı'nın yalnızca mahkemelere, değişiklik ve yargılama kurallarınınsa norm koyan ve uyumsuzluk çözen organ ve makamlara ilişkin olması, başka sorunlara yol açacak olsa da, Hart'ın terminolojik tutarsızlığını giderebilir⁴⁸. Bu yorum kabul edilirse, Hart'ın teorisinin yargı fetişisti olduğu iddia edilebilecektir. Bunun nedenini açıklamadan önce aksinin kabulünün, yani Tanıma Kuralı'nın yalnızca hâkimlere değil de hukuk sisteminin bütün yetkililerine hitap etmesinin niçin teorik açıdan fetişizm anlamına gelmeyeceğini veya gelse bile bu fetişizmin oldukça düşük seviyede, göz ardı edilebilir bir fetişizm olacağını açıklamak isteriz.

Kelsen'in aksine Hart, bir hukuk sistemindeki bütün normların yaptırım uygulayan makam ve organlara yönelik olduğunu düşünmemektedir. Hukuk sistemindeki normlar muhataplarına (ve aynı zamanda yerine getirdikleri fonksiyona) göre birincil ve ikincil kurallar olarak ayrılırlar. Vatandaşların

⁴⁴ **Adler**, Matthew D.: "Constitutional Fidelity, The Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism", *Fordham Law Review*, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, s. 1671.

⁴⁵ **Shapiro**, Scott: "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 239.

⁴⁶ **Hart**, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 116.

⁴⁷ **Shapiro**, *op. cit.*, s. 239.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 241.

yükümlülükleri birincil kurallar tarafından düzenlenir ve bu kuralların muhatabı özel kişilerdir. İkincil kurallar ise hukuk uygulayıcılarını muhatap alırlar. Bunlar belli bir normun hangi kritere göre geçerli olacağını, nasıl değiştirilebileceğini ve uyuşmazlıkların nasıl çözülüp, yaptırımların nasıl uygulanacağını belirler. Hâliyle, ikincil normların muhatabının özel kişiler olması doğaldır. Bir başka deyişle, hukuk sisteminde bazı normların muhatabının farklı olması fetişizm olarak değerlendirilemez. Gerçekten de vatandaşlara değil, yürütmeye, yargı organına veya hukuk sisteminin başkaca bir “yetkilisine” hitap eden normlar mevcuttur. Bu durumda, eğer ikincil normların yalnızca hâkimlere değil, yürütmeye ve yasama organına da hitap ettiği kabul edilirse, sistemin nihaî geçerliliğini kuran Tanıma Kuralı’nı içsel bakış açısıyla benimseyecek olan da bütün bu muhataplar olacaktır. Yani, hâkimin sistem içindeki rolü diğer hukuk uygulayıcılarından farklı olmayacaktır.

Yukarıda hukuk kuralına uyan özel kişilerin de aslında hukuku uyguladığı ve bu nedenle de hukuk uygulayıcısı olduğunu vurgulamıştık. Eğer Hart’ın ikincil kurallarının yalnızca hâkimlere değil de bir bütün olarak hukuk sistemindeki “yetkililere” hitap ettiğini varsayarsak, hukuka uyan “vatandaşlar” hukuk sisteminin geçerliliğini tesis etme konusunda dışlanmış olmaktadır. Bu düşünce de eleştirilebilir. Hart hukuk sisteminin geçerliliği için iki şart aramaktadır. Bunlardan ilki hukuk uygulayıcıları tarafından ikincil kuralların içsel bakış açısıyla benimsenmesi, diğeri ise vatandaşların birincil kurallara uymasıdır⁴⁹. Buradaki uymanın yüzde yüz olması gerekmez. Birincil kuralların Kelsen’in hukuk sistemi açısından öngördüğü gibi, genel olarak etkili olması yeterlidir. Dolayısıyla, Tanıma Kuralı bir hukuk sisteminin nihaî geçerliliğini belirleyen olgusal kural olsa da, vatandaşların “uymama” ve ihlal fiillerinin de bir hukuk sisteminin geçerliliğini etkileyebileceğini görüyoruz. Vatandaşların ihlallerinin ardında pek çok neden yatabilir. Belki de sistemin temelinde yatan ve hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenen Tanıma Kuralı’nı benimsemedikleri, doğru bulmadıkları için sistemdeki birincil kurallara uymuyorlardır. Bir başka anlatımla, vatandaşların ikincil kurallara ilişkin içsel tutumu, bu kuralların yer aldığı hukuk sisteminin geçerliliğinde etkili olabiliyorken, vatandaşların ikincil kuralların benimsenmesinde tamamen devre dışı bırakılması eleştirilebilir. Ancak, burada “hukuk uygulayıcısı fetişizmi”nden bahsedilebilecek olsa bile ortada bir yargı fetişizmi bulunmamaktadır.

Yargı fetişizmi olarak açıklanabilecek durum daha ziyade Hart’ın hukuk uygulayıcıları kavramına ilişkin Shapiro’nun önerisi kabul edilirse

⁴⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 116.

ortaya çıkmaktadır. Hatırlanacağı üzere, Shapiro değişiklik kurallarının yasama organına, yargılama kurallarının uyuşmazlık çözen organlara ve tanıma kurallarının ise yargı organına hitap ettiği kabul edilirse hukuk uygulayıcıları kavramına ilişkin belirsizliğin giderilebileceğini düşünmekteydi. Ancak, bu durum Shapiro'nun da öngördüğü gibi bambaşka sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunları elimizden geldiğince ifade edip, bu yorumun niçin bir tür yargı fetişizmine yol açacağını tartışacağız.

Değişiklik kuralları hukuk sistemindeki birincil kuralların (ve bizim anlayışımıza göre bazı diğer ikincil kuralların) nasıl değiştirileceğini belirleyen kurallardır. Bu durumda, değişiklik kurallarının yasama organına hitap ettiğinin düşünülmesi, genel norm koyan ve bunları koyan organın genellikle yasama organı olmasıdır. Bu özgülemeyle ilgili birkaç sorun vardır. Her şeyden önce, hukuk sisteminde yasama organı dışında kural koyan ve bu kuralları değiştiren başka organlar da bulunmaktadır. İdare de düzenleyici nitelikte işlem yapabilir ve bu işlemleri değiştirebilir. Keza, mahkemelerin de düzenleyici nitelikte içtüzükleri bulunmaktadır. Bunların değiştirilmesine ilişkin kuralların yürütmeye ve mahkemeye hitap ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Bir başka deyişle, değişiklik kurallarını sistemdeki bir tanıma kuralı tarafından düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiş olan bütün organ ve makamlara hitap edebilecek şekilde anlamak ve kurgulamak gerekir.

Gelelim tanıma kurallarının mahkemelere hitap etmesi konusuna. Tanıma kurallarını ikiye ayırmıştık. Bu ayrımı hukuk sisteminin pozitif metinlerinde yerini alan tanıma kuralları ve olgusal, en üstün Tanıma Kuralı olarak özetleyebiliriz. Tanıma kuralları genel olarak bir hukuk sisteminde neyin kaynak olduğunu belirlerler. Yasama organının işlemlerinin kanun ve parlamento kararı olması, yürütmeye verilen düzenleyici işlem yapma yetkisi ve hatta yürütmenin bireysel idarî işlem yapma yetkisi tanıma kurallarıyla belirlenir. Organlar hangi işlemler aracılığıyla işleyeceklerini tanıma kurallarına bakarak belirlerler. İhdas edilmiş tanıma kurallarına bakılarak belirlenemeyen kaynaklar ya geçersizdir ya da Tanıma Kuralı tarafından geçerli kılınmıştır. Türk hukuk sistemini örnek alacaksak, sistemdeki kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi vb. normların tanıma kuralları pozitif niteliktedir. Ancak, Anayasa'nın kendisi pozitif bir tanıma kuralına sahip değildir, ancak olgusal bir Tanıma Kuralı'na dayanabilir.

Hukuk yalnızca yargı organı değil, yasama ve yürütme organları tarafından da - hatta kanımızca özel kişilerce bile - uygulanır. Bu durumda Tanıma Kuralı'nın yalnızca hâkimleri muhatap aldığı iddiası neye dayandırılabilir? Bir olasılık olarak yargının hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin yetkileri akla gelmektedir. Buna göre, bir hukuk normunun bir hukuk siste-

mine ait olup olmadığı, yani söz konusu normun geçerliliği hakkında karar verme yetkisi yargı organına aittir. Bu nedenle de bir hukuk sistemindeki normların nihaî geçerlilik kriteri olan Tanıma Kuralı'nın içeriği hâkimler tarafından tespit edilecektir. Bu tespite karşı hukuk kurallarının geçerliliğine veya hukuka uygunluğuna ilişkin siyasî denetim mekanizmaları da öngörülebilir. Bir başka deyişle, bazı normlarının yargısal denetimi mümkün olmayabilir⁵⁰. Kaldı ki, bir hukuk sistemindeki bütün normların yargısal denetimi mümkün olsa dahi, bu normlardan bir kısmı hiçbir zaman geçersizlik iddiasıyla bu mahkemelerin önüne gitmeyebilir. Ancak, buna rağmen bu kurallar geçerli kurallar olarak hukuk sistemindeki diğer uygulayıcılar tarafından uygulanmaya devam etmektedir. Bu durumda mahkemelerin normların geçersizliğine karar verebilme yetkisine dayanarak Tanıma Kuralı'nın bu mahkemelere ilişkin olduğu iddiasında nasıl bulunabilir? Bu cevaba karşılık, yargı organlarının bir normun geçerliliği hakkındaki kararı yalnızca iptal davası vb. yargısal denetim süreçleri sırasında değil, normları uygularken verdiği ileri sürülecektir. Bir başka deyişle, bir anayasa mahkemesi anayasal normları geçersiz kılma yetkisine sahip olmasa bile, bu normları uygulama yetkisine sahip olduğu sürece, söz konusu normları niçin uyguladığı, bu normların hukuk sistemine niçin ait olduğuna dair bir yargıya sahip olmak zorundadır. Bu gerekçelerin de her zaman mahkeme kararında yansıtılması gerekmez. Zaten aksi doğru olsaydı, anayasal normların geçerlilik kriterlerini içeren Tanıma Kuralı'nın ihdas edilmemiş bir kural olma özelliği ihlal edilmiş, nitekim bu kuralın varlığı için bir şekli ihdas şartı (mahkeme kararlarında zikredilmiş olmak) getirilmiş olurdu. Dikkat edilecek olursa bu kez vurgulanan yargının norm denetimi fonksiyonu değil, hukuku uygulama fonksiyonudur. Ancak, bir kez yargının norm denetimi fonksiyonuna değil de hukuku uygulama fonksiyonuna vurgu yapıldığında, aynı hukuku uygulayan ve en azından bazı işlemleri açısından yargı-

⁵⁰ Örneğin Türk hukukunda olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından mümkün olan tek hukukî denetimi Parlamento tarafından gerçekleştirilebilecek olan denetimdir. Parlamento, eğer olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa, söz konusu kararnamenin kendisine sunulmasından sonra bu normu yürürlükten kaldırabilir. Ancak, Anayasa'nın 148/1 maddesi uyarınca söz konusu normun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin olarak bu durum tartışmalıydı. Aynı tartışmanın olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından da söz konusu olması muhtemeldir. Bu konudaki görüş ve açıklamalarımız için bkz. **Gülgeç**, Yahya Berkol: "Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance", *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 392-397; **Gülgeç**, Normlar Hiyerarşisi, *op. cit.*, ss. 204-209).

sal denetim kapsamının dışında tutulmuş olan yasama ve yürütme organlarının niçin Tanıma Kuralı'nın kapsamından dışlandığı açıklanamayacaktır.

Sonuç olarak biz, Tanıma Kuralı'nın yalnızca mahkemelere ilişkin olduğuna, hem yargı organını muhatap alıp hem de bu organ mensuplarınca benimseneceğine dair ikna edici bir argüman geliştirilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu durumda Tanıma Kuralı'nın hukuku uygulayan bütün aktörlere hitap ettiğini ve bu aktörlerce içsel bakış açısıyla benimseneceğini kabul etmek gerekir. Bu kabul Hart'ın yargı fetişizminin önüne geçecek, söz konusu fetişizmi hukukun uygulanması konusunda yasama, yürütme ve yargı organları dışında kalan özel kişileri dışlayan bir fetişizm seviyesine indirgeyecektir.

C. Bütün Normların Belirleyicisi Olarak Hâkim

Yargı fetişizminin en bariz biçimiyle ortaya çıktığı teori İskandinav realistlerini temsil eden Alf Ross'un teorisidir. Ross'un realizmiyle birlikte bir şekilde norma bağlı olan hâkim kendini sınırlandırabilecek bütün normatif bağlardan arınır. Yalnızca normun muhatabı, norm tarafından yükümlendirilen değildir artık. Belirleyici etkisi yalnızca hukuk sisteminin nihaî geçerliliğini tesis etmekle de yetinmez. Hâkim bütün normların (kuralların) sınırlanmamış belirleyicisi hâline gelmiştir.

Ross'un teorisinin temel amacı hukuku tamamen ampirik bilimlerin yöntemiyle açıklayabilmektir. Bunu da olan-olması gereken ayrımını ortadan kaldırıp, hukukun yalnızca olanla açıklamak suretiyle yapmaya çalışır. Bu kısımda bizi ilgilendiren yalnızca Ross'u yargı fetişizmine sokan yolda karşımıza çıkan kavram ve analizlerdir. Dolayısıyla, aşağıdaki tartışmayı bu sınır çerçevesinde yürütmeyi planlıyoruz.

Ross hukukun satranç alegorisiyle açıklanabileceğini düşünür. Bu alegorinin sonuçları Ross'un hukuk düşüncesini kavramak açısından çok önemlidir. Dolayısıyla, öncelikle satranç ve hukuk arasındaki benzerliğin nasıl kurulduğuna kendi sözcüklerimizle yer vermek isteriz.

İki kişinin satranç oynadığını ve üçüncü bir kişinin oyuncuları izlediğini düşünelim. Ross ilk olarak izleyicinin oyunu anlamlandırabilmesi için satranç hakkında bir şeyler bilmesi gerektiğini söyler⁵¹. Satranç hakkında hiçbir şey bilmeyen birinin oyuncuların hamlelerini, taşları ve stratejileri anlamlandırması mümkün değildir. Öte yandan, satranç hakkında temel

⁵¹ **Ross**, Alf: *On Law and Justice*, 3. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007, ss. 11-12.

bilgisi olan bir izleyici taşların niçin belli şekilde hareket ettiğini, tahtadan kaldırılan taşlara ne olduğunu bilebilir. Öte yandan, Ross, özellikle oyunlar acemi değilse, bütün stratejileri ve kararları anlamlandırmanın yalnızca satranç oyunlarının kurallarının değil oyunun teorisine ilişkin de belli bir bilgi ve tecrübe sahibi olmayı gerektirdiğini vurgular⁵².

Satranç ve kurallarına ilişkin Ross'un yaptığı ikinci önemli vurgu *fellowship* üzerinedir. Ross'a göre bir oyuncunun satranç oynama davranışı ancak karşısındaki rakip de oyun içindeki kendine ait rolü benimserse mümkündür⁵³. Bu *fellowship* aynı zamanda satranç kurallarına aynı anlamın verilmesi, bu kuralların aynı şekilde yorumlanması gerekliliğinde de kendini gösterir. Aksi hâlde ortada bir oyun olduğundan bahsedilemez⁵⁴. Bu şekilde tasvir edilen satranç oyununun toplumsal bir fenomene benzediğini belirten Ross⁵⁵ sonrasında bir satranç kuralının ne olduğuna ilişkin daha detaylı bir inceleme yürütür.

Ross'a göre satranç kurallarının ilk önemli özelliği bunların bir direktif olması, başka bir saik taşımaksızın oyunculara oyunun nasıl oynanacağını, hangi taşın ne şekilde hareket edebileceğini ifade etmesidir⁵⁶. Ayrıca, Ross satranç kurallarının sosyal bir bağlayıcılığı olduğunu vurgular. Bununla kastettiği, satranç kurallarına aykırı davranacak olan oyuncunun bunun diğer oyuncu tarafından tepkiyle karşılanacağını bilmesidir⁵⁷. Peki, ama satrancın kuralları nasıl tespit edilecektir? Bu konuda Ross'un reddettiği iki yöntem vardır. Öncelikle onlara değinelim.

İlk yöntem oyunları dışarıdan gözlemleyerek, davranış kalıplarından yola çıkarak kurallara ulaşmaktır. Kuşkusuz belli kurallar bu şekilde isabetle tespit edilebilir. Örneğin, atın her zaman "L" çizerek ilerlediği, piyonların ilk hareketlerini tek veya iki kare ilerleyerek yapabilecekleri, filin yalnızca diyagonal ilerleyebildiği vb. kuralları salt gözlem yoluyla tespit etmek mümkündür. Ross'un itirazı bu şekilde gerçek kurallarla örfün ayrılamayacağı yönündedir. Bu şekilde bir yöntem belirlenmesi durumunda, gözlemci kaç tane satranç maçı izlemiş olursa olsun, ilk hamle olarak kalenin önündeki piyonun oynanamayacağını düşünebilir⁵⁸. Bunun nedeni ilk hamle olarak

⁵² *Ibid.*, s. 12.

⁵³ *Ibid.*, s. 13.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, ss. 13-14.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 14.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, s. 15.

kalenin önündeki piyonun oynanmasının alışılmadık, satranç teorisi açısından tercih edilmeyen bir hamle olmasıdır. Gözlem yoluyla satrancın kurallarına ulaştığına kani olan kişi, bu hamle daha önce hiç yapılmadığı için hamlenin yasak olduğunu düşünebilir. Ross'un itirazı şu şekilde anlaşılabilirse yerindedir: "Gözlem yoluyla satrancın bütün kurallarına erişemeyebiliriz". Öte yandan erişebiliriz de. Ross'un burada iddia ettiği dışsal gözlemin başarı olasılığı düşük, etkin olmayan bir yöntem olduğu mu? Nitekim satrancın temel kuralları da dâhil olmak üzere pek çok kuralına gözlem yoluyla ve hatasız bir şekilde ulaşmak mümkündür. Burada yetki veren kurallar - mümkün hamleler - ve yükümlendiren kurallar arasında bir ayırım yapmak gerekir⁵⁹. Dışsal gözlem yoluyla yükümlendiren kurallara ulaşmak, yetki veren kurallara ulaşmaktan çok daha kolaydır ve bu alanda dışsal gözlem daha kesin bir yöntemdir. Bununla birlikte, yetki veren kurallar pratikte uygulanmak zorunda olmadığı için - kalenin önündeki piyonu açılış hamlesi olarak ileri sürmek gibi - mümkün hamleler kümesinin önceden gözlem yoluyla tespiti daha güçtür. Yine de burada söz konusu olan bir imkânsızlık değil, zorluktur. Hem de kuralların yalnızca bir bölümüne ilişkin bir zorluk. Birazdan göreceğimiz gibi Alf Ross dışsal gözlemi satranç kurallarına ulaşmanın yöntemi olarak tamamen reddetmektedir. Bunun sebebinin irdelenmesi gerekir. Olasılıkla, Ross daha iyi bir yöntem bulmuştur ya da bulunduğu daha iyi bir yöntem olduğunu düşünmektedir.

Ross'un değerlendirdiği ikinci yöntem satranç için kabul edilmiş bir otoritenin karar ve yayınlarına bakmaktır. Bu yöntemin eksikliği olarak Ross, farklı satranç oyunlarında kuralların değişebildiğini belirtmektedir (örneğin "geçerken alma" kuralına her zaman uyulmamaktadır)⁶⁰. Yani, bu yöntem de bize önümüzde oynanmakta olan oyunun kurallarına ilişkin bir bilgi verebilir. Ancak, kusursuz bir yöntem değildir. Ross'a göre satrancın kuralından bahsederken önemli olan iki kişi arasında oynanmakta olan belirli bir oyunun kurallarıdır⁶¹. Bu tespite dair sıkıntılara işaret etmeden önce Ross'un tercih ettiği - mecburen kabul ettiği - yönteme değinmek ve bu son iki yöntemi birlikte değerlendirmek isteriz.

⁵⁹ Hatta yükümlendirmekle birlikte seçenekli olarak yükümlendiren, seçmeli davranışlardan hangisinin yapılacağını oyuncuya bırakan - yani aslında bir anlamda yetki veren - kuralları da ayırmak gerekir. Bunlarda da, eğer bu kuralların "satrançta" var olduğundan bahsedilebilirse, gözlem yoluyla kurala ulaşmak noktasında belli bir güçlük olabilir. Bunun sebebi de yine fiiliyatta oyuncuların seçeneklerinden belli birini uygulamayı seçip, belli seçenekleri tercih etmemesi, yani satranç stratejisinin satranç kurallarının uygulamasına etkisi olacaktır.

⁶⁰ **Ross**, *op. cit.*, s. 15.

⁶¹ *Ibid.*

Ross'a göre kabul etmek zorunda olduğunuz yöntem içebakışçı (*introspective*) bir yöntemdir. Bir başka deyişle mühim olan belli bir oyunda oyuncuların kendilerini bağlı hissettikleri kuralları keşfetmektir. İlk kriter, kuralların oyunda gerçekten de etkili olmasıdır. Ancak, bunların takip edilen örfi kurallar veya nezaket kuralları vb. olmadığından emin olmak için oyunculara hangi kurallara bağlı hissettiklerini sormak zorundayız⁶².

Ross şu ihtimali reddetmemektedir: Satranç oyuncularına hangi kurallara göre oynadıkları sorulduğunda pekâlâ belli bir satranç otoritesinin yayınlamış olduğu kural kitapçığına işaret etmeleri mümkündür. Benzer şekilde, dışarıdan gözlemlenen satranç oyunları neticesinde de oyunun pek çok kuralı isabetle belirlenebilir. Ancak, Ross'a göre bunlardan hiçbiri oyunculara hangi kurallara göre oynadıklarını sormak kadar hızlı ve doğru sonuç vermez. Oyuncular, standart olarak kabul edilen kurallara hangi istisnaları getirdiklerini, hangi ek kurallara göre oynadıklarını ilk ağızdan iletebilirler. Burada şuna dikkat etmek gerekmektedir: Oyuncuların bağlı hissettiği kurallar nasıl belirlenmektedir? Pekâlâ, bu kuralların oyuncular arasındaki bir sözleşmeyle belirlendiğini söyleyebiliriz. Ross'un da vurguladığı gibi, ancak karşı taraf da oyunun ona biçtiği rolü kabul eder ve bu role bağlı kalarak oynarsa ortada bir oyun vardır. Ancak, Ross'un taraflar arasında bir mutabakattan bahsettiğini görmeyiz. Hangi kurallara bağlı hissettiklerini oyunculara ayrı ayrı mı soracağız? Daha sonra döneceğimiz bu konudaki fikrimizi şu şekilde özetleyelim: Ross, tarafların karşılıklı anlaşmasını, oyun kurallarına ilişkin bir sözleşme fikrini gizlemektedir. Bu sakınmanın Ross'un yargı fetişizminde bir rolü olabilir.

Sözü daha fazla uzatmadan satranç ve hukuk arasındaki bağlantıya değinelim. Ross, satranç kurallarına ilişkin söylediği her şeyin hukuk kurallarının tespitinde de geçerli olduğunu vurgulamaktadır⁶³. Buna göre, ulusal bir hukuk sistemi de "içsel bir anlam tutarlılığı" ile tanımlanır. Bu içsel anlam, hâkimlerin verdiği anlam olacaktır. Nitekim Kelsen gibi Alf Ross da bütün hukuk kurallarının hâkimlere, yani yargı organına hitap ettiğini düşünmektedir. Ross bu düşüncesini hukukun uygulamasının, yani yaptırım uygulayacak olan kişinin hâkimler olmasıyla açıklar⁶⁴. Yine Kelsen gibi Ross da hukuk kurallarının özel kişilere ilişkin yönünün dolaylı olarak kurala aykırı davranış sergileyenlerin hâkimler eliyle yaptırma tâbi tutulacak olmasında saklı olduğunu düşünür⁶⁵. Hart bütün hukuk normlarının hâkimlere hitap

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, s. 29.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 33.

⁶⁵ *Ibid.*

ettiği düşüncesini Kelsenci bir dogma olarak nitelendirir ve bu dogmanın Ross tarafından gereğince tartışılmadan kabul edildiğini vurgular⁶⁶.

Bu noktadan sonra kısaca Ross'un geçerlilik kavramına bakışından bahsetmek istiyoruz. Bu anlayışın eleştirisini daha sonra sunacağız⁶⁷. Ross'un geçerlilik anlayışına etkililik olarak geçerlilik veya olasılık olarak geçerlilik ismini verebiliriz. Ross en nihayetinde geçerliliği etkililiğe indirgemektedir. Etkililik ise, derecelendirilebilir bir kavram olduğu için, olasılık olarak geçerlilik kavramına yol açmaktadır. Alf Ross geçerliliğin üç farklı anlamda kullanıldığını tespit eder. İlkine göre geçerlilik hukukî işlemin arzu edilen hukukî etkiyi yaratması, ikincisine göre bir normun veya normatif sistemin var olduğu ve üçüncüsü de normun bağlayıcı olduğu anlamına gelir⁶⁸. Ross geçerliliği normun veya normatif sistemin varlığı anlamında kullandığını ifade eder⁶⁹. Bunun ardından Ross, normun varlığı anlamındaki geçerliliğin normun etkililiğiyle aynı şey olduğunu ifade eder⁷⁰. Geçerliliğin "var veya yok" şeklindeki klasik anlamında değil de etkililikle özdeşleştirilerek anlaşılması derecelendirilebilir, siyah-beyaz olmayan bir geçerlilik anlayışına yol açar. Yani, bir normun geçerliliğine ilişkin değerlendirme, o normun gelecekteki bir olayda hâkim tarafından uygulanma olasılığına ilişkindir⁷¹. Bu durumdaysa bir normun varlığı etkililik derecesine göre az veya çok olabilecektir. Hâkimler tarafından sıklıkla dikkate alınan bir normun varlığı fazla, çoğunlukla göz ardı edilen bir normun varlığıysa az olacaktır. Benzer biçimde, hiç uygulanmayan bir norm Kelsen'deki minimum etkililik şartında olduğu gibi geçerliliğini ve varlığını yitirecektir.

Ross'un yargı fetişizminin kalbi de bu noktada atmaktadır. Dolayısıyla, bu düşüncelerin hakkı verilerek değerlendirilmesi önemlidir. İlk önce Hart'ın Tanıma Kuralı'na ilişkin "içsel bakış açısı" şartıyla Ross'un "kendini bağlı hissetme" kriteri arasındaki benzerlik ve farklılığı dile getirelim. Bu iki durum arasındaki benzerlik her ikisinin de belli bir kural veya kuralların bağlayıcılık gücünü belli kimseler tarafından bağlayıcı olduğuna dair duyulan

⁶⁶ **Hart**, "Scandinavian Realism", *op. cit.*, s. 236.

⁶⁷ Burada detaylı tartışmalardan kaçınıp, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik anlayışını yalnızca yargı fetişizmine katkıda bulunduğu kadarıyla inceleyeceğiz.

⁶⁸ **Ross**, Alf: "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, ss. 158-159.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 161.

⁷⁰ *Ibid.*, s. 159.

⁷¹ **Elias**, Katarzyna ve **Zaluski**, Wojciech: "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *PRINCIPIA*, XXI-LXII, 2015, s. 248.

inanç, kanı veya histen almasıdır. Farklılık ise bu içselciliğin (*internalism*) neyin kriteri olarak görüldüğüdür. Hart'ta yalnızca hukuk sisteminin bütünün geçerliliğini tespit edilmesi noktasında hukuk uygulayıcıları açısından önem arz eden içselcilik, Ross'ta yargıçlar özelinde, kuralların bütününe ilişkindir. Bu nedenle de Ross'taki fetişizm, hukukî realizm akımının şanına uygun olarak, sistemin bütününe yayılır.

İlk olarak şunu sormamız gerekir: Hukuk oyununa katılanlar hâkimlerden mi ibarettir? Ross'un hukukun oyuncularını olarak hâkimleri görmesinin sebebi hukukun hâkimler tarafından uygulandığını düşünmesidir. Biz yukarıda hukuk uygulayıcılarının kimler olduğunu gördük. Orada vardığımız sonuçlardan yola çıkarak Ross'a bazı eleştiriler yöneltmemiz mümkündür.

Her şeyden önce, hâkimlerin hukuk sistemindeki nihaî hukuk uygulayıcısı olmadığını söyleyebiliriz. Hâkimin verdiği bir karar da uygulanmaya ihtiyaç duyar. Bu uygulamayı yapacak olan kararın muhatabı olabileceği gibi icra memuru ya da kolluk kuvveti de olabilir. Bu durumdaysa hâkimlerin yanında muhatapların ve hâkimlerin kararlarını uygulayacak olan diğer memurların da hangi kurallara bağlı hissettiği sorulmalıdır. Bu iddiamıza karşılık, neticede mahkeme kararını uygulayan memurun işlemi veya davranışının da yargı organının denetimine tabi olduğu söylenemez. Çünkü bu düşünce, en nihayetinde söz konusu yargı kararının da uygulayıcı bir işlem veya eyleme ihtiyaç duyduğunu unutmaktadır.

Bunun yanında, yürütmenin bazı uygulamaları yargı denetimine tâbi değildir. Bunun hukuk devleti ilkesi açısından yaratacağı sıkıntılar söz konusu teorik tartışmayla ilgili değildir. Bu tür işlemler hukuk sistemlerinde var olabilmektedir. Bu da demek oluyor ki sınırlı da olsa belli alanlarda hukukun ne olduğunu söylemek için yargının değil yürütmenin hangi kurallarla bağlı hissettiğine bakmak gerekecektir. Örneğin, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin Anayasa'nın metninde öngörölmüş olan sınırların (olağanüstü hâl süresince çıkarılma, olağanüstü hâl ile ilgili olma vb.) geçerli olup olmadığını anlamak için Cumhurbaşkanı'nın hangi kurallarla bağlı hissettiğine bakmak gerekecektir. Öte yandan, eğer bu normun siyasî denetime, yani Parlamento'nun onayına tâbi olduğu düşünülürse, en iyi ihtimalle, hukukîlik değerlendirmesi neticesinde bir olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırabilecek olan Parlamento'nun bu anayasal kriterlerle bağlı hissedip hissetmediğini irdelemek gerekir.

Benzer şekilde, en azından teorik olarak, bazı kurallar, yargısal denetimi tâbi olmalarına rağmen, hiçbir zaman yargısal uyuşmazlığa konu olma-

yabilir. Bunun nedeni olasılıkla kuralın yeterince açık bir kural olması ve kimsenin kuralı ihlal etmek için bir sebep görememesidir. Bu durumda bu kuralların hâkimler tarafından uygulanmadığı için var olmadığını mı söyleyeceğiz? Aksine, muhatapları tarafından kusursuz bir biçimde uygulandığı için bunların var olduğundan bahsetmek gerekmez mi? Öyleyse en azından bazı durumlarda kuralların varlığını muhatabı olan özel kişilerin davranışlarına ve neyle bağlı hissettiklerine göre açıklamalıyız.

Nasıl satrançtaki oyuncular belirledikleri satranç kurallarını uygulayan kimselerse, yukarıda bahsettiğimiz yürütme, yargı ve özel kişilerin de hukuk kurallarını uygulayan kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, hukuk oyuncuları hâkimlerden daha geniş bir küme oluşturur. Bu kümeye yalnızca hâkimlerin dâhil edilmesi belli durumlarda etkili normların olmadığına hükmetmemize sebep olabilir. Bunun yanında, Ross'un satranç alegorisi hukuk sisteminin durumuyla bağdaşmayan pek çok yön bulunmaktadır. Bunlara da kısaca değinmek isteriz.

Satrancın kuralları yalnızca oyuncuları tarafından belirlendiğine göre, Ross'un satranç tanımı "satranç oynadığını iddia eden kimselerin oynadığı oyun", satranç kuralları tanımı ise "satranç oynadığını iddia eden kimselerin benimsediği kurallar"dan öteye gitmez. Çünkü Ross'un satranç anlayışında dışsal bir otorite veya gözlemcinin hiçbir rolü yoktur. Tam olarak hangi kurallar değiştirildiğinde, hangi kurallar dâhil edildiğinde satrancın artık satranç değil de dama olacağına Ross'un bakış açısıyla cevap verilemez. Bununla birlikte Ross, içerik olarak hangi kuralların satranç kuralı olduğuna karar vermemizin ancak satranç ve dama kuralları gibi farklı oyun kurallarını "oyun kuralları" başlığı altında birlikte ele aldığımız zaman sorun yaratacağını düşünür. Bir başka deyişle, yalnızca belli bir satranç oyununun kurallarından bahsederken bu tanımcı olmayan bakış açısı sorun yaratmaz⁷². Benzer şekilde, Ross'un hukuk sisteminin de ne zaman bir hukuk sistemi olmaktan çıkacağı belirlenemez. Bu anlamda Ross'ta olan ve olması gereken eşitlenmektedir. Bununla birlikte hukukun ne olduğunu tanımlamaya çalışan bir teoriyi reddederek, belli bir hukuk sisteminin tanımlanamayabileceğini, ancak bu sisteme işaret edilebileceğini belirten⁷³ Ross için bu bir eksiklik değildir.

Bu görüşün diğer normatif sistemlerle hukuk sistemini ayrıştırmayı imkânsız hâle getireceği düşünülebilir. Örneğin, böylelikle hâkimin uyguladığı bir kuralın ahlâk kuralı mı yoksa hukuk kuralı mı olduğu söyleneme-

⁷² **Ross**, *On Justice and Law*, *op. cit.*, ss. 29-30.

⁷³ *Ibid.*, s. 30.

yecektir. Çünkü hukukun nelîğini ahlâkın nelîğinden ayıran bir kriter öne sürülmemektedir. Ross için bu düşünce bir yanlış anlamadan kaynaklanmaktadır. “Hukuk kuralı” diye genel bir kategori yoktur. “Hukuk sisteminin kuralları” vardır. Hukuk sisteminin kuralları ise anlamlı bir bütün teşkil eder. Bu anlamlı bütün içinde hâkim tarafından uygulanan bir kuralın “hukuk kuralı” değil de “ahlâk kuralı” olduğunu söylemek mümkün değildir⁷⁴. Hukuku genel olarak tanımlama gereği görmeyen Ross’un bu düşüncesinin ciddi bir sorun yaratacağını düşünemeyiz. Neticede, yerindeliği tartışılabilir olsa bile, Ross’un teorisinde hukuk kuralı ve ahlâk kuralını ayırmak, daha doğrusu bir kuralın hukuk kuralı mı ahlâk kuralı mı olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce, olasılık olarak geçerlilik anlayışına göre, mahkemeler tarafından uygulanma ihtimali olan her kural bir hukuk kuralıdır. Etkililiği sıfır olan bir kuralınsa hukuk kuralı olması mümkün değildir. Bu anlayış doğrultusunda, ahlâk kuralının ne olduğunu, hukuk kuralının ne ifade ettiğini ayrıca tanımlamanın bir anlamı yoktur.

Daha önce Ross’un satranç oyuncuları arasındaki mutabakatı gizlemeye çalıştığını, bunun yerine oyuncuların hangi kurallara bağlı hissettiğini ön plana çıkarmaya uğraştığını ileri sürmüştük. Şimdi bu konuda birkaç şey daha söylemenin vakti geldi. Satranç oyununda bir oyuncu diğerini eleştirebilir, yaptığı hamlenin “olması gereken”e aykırı olduğunu iddia edebilir mi? Cevap evettir. Bunu da aralarındaki önceki mutabakata dayanarak yapar. Ross’un hukuk teorisinde bir hâkimin kararının eleştirilmesi nasıl mümkündür? Bu eleştiri kim yapabilir? Bir hâkimin diğer hâkimlerle arasında bir mutabakat bulunmakta mıdır? Ross bu mutabakattan bahsetmemektedir. Hukuk hâkimlerin kendini bağlı hissettiği kurallardan müteşekkilsen, bir hâkimin kendini bir kuralla bağlı hissetmesi, diğerinse hissetmemesi olasıdır. Burada belli bir yönde hissedilen bir hâkimin diğerini eleştirme şansı yoktur. Bunun sebebi, kuralların olasılık olarak tanımlanmasının her hâkimin hukuka dair belli bir görüşe sahip olmasını gerektirmiyor olmasıdır. Daha açık olmak gerekirse, bir kuralın geçerliliği gelecekte bir hâkim tarafından uygulanma olasılığı ile ifade ediliyorsa ve geçerli hukukun tek kriteri hâkimi kendini bazı kurallarla bağlı hissetmesiyle, belli bir somut duruma ilişkin geçerliliği % 80 olan bir kuralın hâkim tarafından uygulanmaması hukuken mümkündür. Çünkü bu kural zaten % 20 ihtimalle uygulanmayacaktır. Sonuç olarak, satranç örneğinde gizlenen mutabakat, hukuk örneğinde dik-kate bile alınmamaktadır. Bu da satranç alegorisinin hukuk sistemi için uygun olmadığının bir başka göstergesidir.

⁷⁴ *Ibid.*

Satranç örneğinin ardındaki gizli norm “oyuncular üzerinde mutabakata vardıkları kurallara uymalıdır” şeklinde ifade edilebilir. Bu gizli norm, oyuncuları oyunun kural koyucusu olarak tayin etmekte ve yine aynı kişilerin koydukları kurala uymasını salık vermektedir. Peki, ama hukuk sistemi örneğinde böyle bir “temel norm” mevcut mudur? Ross’un bu türden bir norma yer vermemesine şaşmamak gerekir. Hukuku olması gerekene atıfta bulunmadan açıklamaya çalışan realist bir teori bu türden temel ve açıklamaya tenezzül etmeyeceği normatif bir içeriğe yer veremez. Bu durumda Ross’un betimlediği hukuk sistemi ve satranç oyunu arasında gerçek bir benzerlik olmadığını söyleyebiliriz. Betimlenen hukuk sisteminde bir hâkim belli bir kuralla bağlı hissetmediği için kınanamaz. Bunun nedeni de, hâkimin realist bakış açısında, kendini bağlı hissetmedikçe uymakla yükümlü olduğu bir üst normun bulunmamasıdır. Oysa satranç örneğinde oyuncular arası mutabakat oyuncuların ihlal etmemesi gereken bir üst norm konumundadır.

Son olarak, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramının yargı fetişizmiyle bağlantısını kuralım. Daha önce belirttiğimiz gibi, Ross’un Amerikan realistlerine yönelttiği eleştiri geçerlilik kavramının açıklanmasına tenezzül edilmemesiydi. Bu nedenle Amerikan realizmi hukukun varlığını açıklayamaz. Ross ise bunu tamamen olgulara bağlı kalarak yapmak istemektedir. Öyleyse, hukuk olgudur. Normatif bir terim olan geçerlilik de etkililikle özdeşleştirilmelidir. Hukuk normları hâkimlere hitap ettiği için, yani normları uygulayacak olan hâkimler olduğu için bunların etkililiğini belirleyen de hâkimlerdir. Onlar tarafından uygulanmayan bir norm geçerli olamaz. Dolayısıyla, hâkimler tarafından uygulanmayan bir norm geçersizdir. Biz daha önce hukuk uygulayıcıları ve hukuk normlarının muhatabı olarak hâkimlerin kabul edilmesine dair eleştirilerimizi sunduk. Burada özellikle olasılık olarak geçerlilik kavramına karşı yöneltilebilecek bazı temel eleştirilerden bahsetmek istiyoruz.

Kanımızca bir şeyin varlığının olasılık olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Bize öyle geliyor ki varlık her zaman siyah-beyaz ve bir-sıfır olarak ifade edilebilecek bir kavram. Olasılıklı olabilecek olan bir şeyin varlığına dair sahip olduğumuz bilginin doğru olma olasılığıdır, şeyin kendisinin var olma olasılığı değil. Niceliksel hesaplamalarda bir şeyin belli bir yüzdesinin var olması mümkündür. Örneğin ekmeğin yarısı kalmış, suyun dörtte biri mevcut olabilir. Ancak normların niceliksel varlığı yoktur. Bu nedenle normların varlığının dereceli olarak ifade edilemeyeceğini düşünüyoruz.

Etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramına yönelik benzer bir eleştiri Ross’un olasılık olarak geçerlilik anlayışının siyah-beyaz, “var ya da

yok” şeklinde bir geçerlilik anlayışını varsayması gerektiğini öne sürmektedir. Aksi takdirde hangi normun gelecekte uygulanıp uygulanmayacağı bilinemez⁷⁵. Bir başka deyişle, bir normun gelecekteki uygulanma olasılığının tespiti için öncesinde neyin bir norm olduğunun belirlenebilmesi gerekir. Kısacası diyebiliriz ki, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramı Ross’un yargı fetişizmini hayata geçirebilmek için kullandığı bir kurgudur; teorik olarak tutarsız ve anlamsız bir kurgu.

Netice itibarıyla, Ross’un teorisinde yargı fetişizminin doruğa ulaştığını söyleyebiliriz. Hukuk uygulayıcılarının hâkimlerden ibaret görülmesi ve hukuku olgulara dayandırma ısrarı sebebiyle hukuku uygulayan hâkimlerin hukukun yegâne yaratıcısı hâline gelmesi bu fetişizmin ana sebepleridir. Şu ana kadar yargı fetişizminin ele alınan teoriler açıdan olanaksızlığına işaret ettik. Makalenin sonuç kısmını farklı bir tartışmaya, yargı fetişizminden niçin kurtulmak gerektiğine ayıracağız.

SONUÇ YERİNE: YARGI FETİŞİZMİNİ NİÇİN TERK ETMELİ?

Alexander M. Bickel yargı organını “organların en az tehlikeli olanı” (*the least dangerous branch*) olarak nitelendirdiğinde⁷⁶ yargı organının tehlikesiz olmadığı bilincindeydi. Bu tehlike temel olarak yargı organının, yetkileri uygun şekilde sınırlanmazsa demokratik meşruiyete sahip olan yasa ve yürütme organlarının yetki alanına müdahale edebilecek olmasıdır. Bu müdahalede bulunan bir organın yalnızca yargı organı olduğunu söylemek zordur. İncelenen hukuk teorilerindeki yargı fetişizmi belli oranlarda bu tehlikeleri körüklemektedir. Ancak, bu konuda fetişizmin boyutu arttıkça tehlike de artmakta, yargı organı yavaş yavaş organların en tehlikelisi hâline gelmektedir.

Kelsen’in yargı fetişizminin bizzat yargısal faaliyetin kutsanması ve yüceltilmesinden değil, yaptırım temelli hukuk anlayışı ve dolayısıyla bir nevi “zor fetişizmi”nden kaynaklandığını söylemiştik. Kaldı ki, hukuk uygulayıcısı rolü Kelsen’in yazınında yalnızca hâkimlere atfedilen bir rol değildir. İdare de bu rolün kapsamında değerlendirilebilir. Bu husus da Kelsen’in yargı fetişizmini hafifletmektedir. Şöyle diyebiliriz: Kelsen’in teorisine göre işleyen bir hukuk sistemiyle, hukuk uygulayıcılarının bizim

⁷⁵ **Eliasz** ve **Zaluski**, *op. cit.*, ss. 249-250. Benzer ve varlık olarak geçerlilik anlayışını da kapsayan bir eleştiri için bkz. **Munzer**, Stephen: *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1972, s. 8 vd.

⁷⁶ Bkz. **Bickel**, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Baskı, Yale University Press, New Haven, 1986.

savunduğumuz gibi özel kişilere de genişletildiği bir sistem arasında uygulamada çok büyük farklılık olmayacaktır. Bunun en büyük sebebi Kelsen'in teorisindeki hâkimlerin daha önceden başka organlarca konmuş hukuk kurallarıyla sınırlı, bu kurallara göre işlemesi gereken kişiler olmasıdır. Bu nedenle de Kelsen'in yargı fetişizminin yaratacağı sakınca minimumdur. Sorun daha çok yaptırım odaklı hukuk normu anlayışı ve hukuk uygulayıcısı sıfatının yalnızca yürütme ve yargıya atfedilmesinin yerindeliğiyle ilgilidir.

Hart da hukuk uygulayıcıları kavramına yer vermektedir. Hukuk sistemi için önemli olan, daha doğru bir ifadeyle hukuk sistemini tesis eden ikincil kuralların hukuk uygulayıcılarına yöneldiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, hukuk uygulayıcılarının kimler olduğu konusunda Hart pek açık değildir. Gerçeğe en yakın yorum hukuku uygulamakla yetkili olan her organın, yani yürütmenin (idarenin), yargının ve hatta hukuk uygulayıcı işlemleri açısından parlamentoların "hukuk uygulayıcısı" kavramına dâhil olduğudur. Bu durumda da Hart'ın kusuru en fazla Kelsen'inki kadardır. Bu kusur özel kişileri hukuk uygulayıcısı kabul etmemek noktasında ortaya çıkar. "Hukuk uygulayıcısı" fetişizmi olarak adlandırabileceğimiz bu durum da eleştiriye açıktır. Bunun sebebi, yukarıda da kısaca açıkladığımız gibi, özel kişilerin hukuk sistemindeki birincil kurallara uymamak, bu kuralları etkisiz kılmak suretiyle hukuk sistemini geçersiz kılabilecek olmasına rağmen, hukuk sisteminin nihâi geçerlilik kaynağı olan Tanıma Kuralı'nın benimsenmesi noktasında bu gruba hiçbir rol tanınmamasıdır.

Geldik yargı fetişizminin gerçek sakıncalarıyla korkunç yüzünü gösterdiği noktaya. Ross'un yargı fetişizmi o denli ağırdır ki, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi hâkimleri hukuk oyununun yegâne oyuncuları olarak görür. Bunu yapmak için pek geçerli bir sebebi de yoktur. Ross'un teorisinde hâkimler yalnızca hukukun yegâne uygulayıcıları değil, aynı zamanda ancak uygulanan norm var olduğu için, hukuk kurallarının yapıcısıdır. Öyle ki bir olaya ilişkin olarak hangi kuralın uygulanacağına, hangi kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin ancak hâkimlerin söz konusu kurallara ilişkin "bağlılık hisleri" temelinde bir tahminde bulunabiliriz. Bu durumda hukuku önceden bilmek mümkün değildir. Burada hukukun her zaman belli bir belirsizlik içerdiği öne sürülebilir. Bu tespit doğru da olacaktır. En azından kâğıda yazılı metnin yorumunu gerektiren hukuk hep bir nebze belirsizlik içerecektir. Mühim olan bu belirsizliğin belli sınırlar içinde tutulabilmesi, aşağı yukarı bir hukukî öngörülebilirliğin sağlanabilmesidir. Netice itibarıyla, hukukî öngörülebilirliğin maksimum olabilmesi için hukuk sistemindeki normların etkililiğinin tam veya sıfır olması gerekir. Hukuk teorisine göreyse etkililiği sıfır olan normlar yoktur. Benzer şekilde etkililiği tam olan normlar da yoktur. Bunlar artık doğa kuralı hâline gelmiştir. Sonsuz bir zaman süre-

cinde asla ihlal edilmeyen normlar davranışa ilişkin normlar olamazlar. Nitekim normativite belli bir miktar ihlal edilebilirlik gerektirir. Nitekim *necessitum nulla est obligatio*⁷⁷. Ross'un teorisi açısından sorun hukukî belirliliğin sağlanmasında önceden ilan edilmiş metinlere dahi dayanılamayacak olmasıdır. Böyle bir atmosferde hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkesinden de vazgeçilmiş olur. Hukuk sistemi yargı organının insafında bir oyuncak hâline gelir.

Söz konusu durumun demokrasi ilkesi açısından da sakıncalı olduğu unutulmamalıdır. En azından hâkimlerin seçimle işbaşına gelmediği sistemlerde - ki hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda hâkimler atanır - hukuku tesis etme ve uygulama yetkisi aynı anda yargı organına verilmiş olur. Kişiler doğrudan seçmediği kişilerin koyduğu kurallara göre, yine seçmediği kişiler tarafından yargılanır hâle gelirler. Yargı organı hem yasama hem de yürütme organı hâline gelir. Bu durum yalnızca demokrasi ilkesine değil, kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırıdır.

Hukuk teorisinin amacı belli bir hukuk sistemiyle bağlı kalmaksızın, genel olarak hukuk mefhumunun işleyişini, hukuk sistemini ve bu sistemdeki normların birbiriyle ilişkisini olabildiğince açıklamaktır. Bize öyle geliyor ki, hâkimlerin hukuk sistemlerinde genellikle üstlendiği denetleme, temel hak ve özgürlükleri koruma gibi fonksiyonlar, bu fonksiyonların arkasındaki liberal ideolojinin de desteğiyle, hukuk teorisyenlerini yanıltmaktadır. İncelediğimiz üç önemli teorisyen de en azından "hukuk uygulayıcısı" fetişizmi hatasına düşmekte, yani özel kişilerin hukuk ve hukuk sistemi açısından oynadığı önemli rolü açıklık, basitlik ve anlaşılabilirlik uğruna göz ardı etmektedir⁷⁸.

Alf Ross'un teorisi ise daha ağır bir hataya imza atarak hukuku hâkimin uygulamasından ibaret olarak görmektedir. Kanımızca Ross'un ne diğer hukuk uygulayıcılarının ne de özel kişilerin tutum ve davranışlarını dışlaması haklı bir gerekçeye dayanır. Hukuku ve hukuk sistemini "olduğu gibi" algılama ve teorileştirme çabası çok mühim ve elzemdir. Yine de bu amaca ancak teorilerdeki fetişist unsurlar ayıklandıktan sonra ulaşılabilir.

⁷⁷ Bu konuda bkz. **Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Springer, Berlin, 2013, s. 302.

⁷⁸ Bu açıdan bakıldığında bizim düşüncemizin daha liberal bir anlayış olduğu, yalnızca resmi kurumların davranış ve işlemlerini değil, özel kişilerin davranış ve bakış açısını da dikkate aldığı düşünülebilir. Belki de bu doğrudur. Sanıyoruz ki, eğer bu makalede ileri sürdüğümüz düşüncenin anti-liberal bir çehresi varsa, bu çehre yargı organının hukukun yegâne uygulayıcısı veya otantik yorumcusu olmadığı, diğer organların da en az yargı organı kadar hukukun uygulanması ve yorumlanması sürecinde önem arz ettiği noktasında kendini gösterecektir.

BİBLİOGRAFYA

- Alder**, Matthew D.: “Constitutional Fidelity, The Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism”, *Fordham Law Review*, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, ss. 1671-1695.
- Austin**, John: *Lectures on Jurisprudence*, Henry Holt and Company, New York, 1875.
- Barber**, Nicholas: “Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 20, Sayı: 1, 2000, ss. 131-154.
- Bickel**, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Baskı, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Coleman**, Jules L.: “Negative and Positive Positivism”, *The Journal of Legal Studies*, Cilt: 11, Sayı: 1, 1982, ss. 139-164.
- Dworkin**, Ronald: “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, ss. 1057-1109.
- Eliasz**, Katarzyna ve **Zaluski**, Wojciech : “Critical Remarks on Alf Ross’s Probabilistic Concept of Validity”, *PRINCIPIA*, KXI-LXII, 2015, ss. 245-257.
- Gözler**, Kemal: *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa, 2013.
- Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Springer, Berlin, 2013.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 677-730.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance”, *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 369-415.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2017, ss. 81-148.

- Hart**, Herbert Lionel Adolphus: “Scandinavian Realism”, The Cambridge Law Journal, Cilt: 17, Sayı: 2, 1959, ss. 233-240.
- Hart**, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Kaplan**, Louise J.: Cultures of Fetishism, Pallgrave Macmillan, New York, 2006.
- Kelsen**, Hans: General Theory of Law and State, 3. Baskı, Harvard University Printing Press, Cambridge, 1949.
- Kelsen**, Hans: General Theory of Norms, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Kelsen**, Hans: Pure Theory of Law, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.
- Marmor**, Andrei: Philosophy of Law, Princeton University Press, New Jersey, 2011.
- Munzer**, Stephen: Legal Validity, Martinus Nijhoff, Lahey, 1972.
- Raz**, Joseph: “Legal Principles and the Limits of Law”, Yale Law Journal, 81 (5), 1972, ss. 823-854.
- Raz**, Joseph: Practical Reason and Norms, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Raz**, Joseph: The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- Raz**, Joseph: The Concept of A Legal System, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Ross**, Alf: On Law and Justice, 3. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007.
- Ross**, Alf: “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Clarendon Press, Oxford, 1998, ss. 147-163.
- Shapiro**, Scott: “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)”, The Rule of Recognition and the U.S. Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Spaak**, Torben: “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2005, ss. 397-414.
- Uzun**, Ertuğrul: Akıl Tutkunu Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2010.

GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ IŞIĞINDA KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE RIZA AÇIKLAMASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.646330>

Arş. Gör. Ozan SELEK*

Öz

Avrupa Birliğinde kişisel verilerin korunmasına yönelik hazırlanan 95/46 sayılı Direktifin uygulanmasına 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren son verilmiştir. Bu tarihten itibaren Genel Veri Koruma Tüzüğü uygulanacaktır. Genel Veri Koruma Tüzüğü, veriler üzerinde sahibinin kontrol gücü prensibini benimsemiştir. Veri işleme faaliyetine rıza gösterilmesi, bahsi geçen prensip ışığında ele alınmaktadır. Rızanın geçerli olabilmesi için çeşitli şartların aranması, veri akışının engellenmesini değil, veri öznesinin korunmasını amaçlamaktadır. Gelişen noktada kişilerin özel hayatına ilişkin bilgiler, yetkisiz üçüncü kişiler arasında elden ele dolaşmaktadır. Bütün bu sürece, çoğu zaman bireyin müdahale etmesi mümkün değildir. Bu sebeple, kişisel verilerin işlenmesinde özgür iradeden kaynaklanan, konuya özel, bilgilendirilmeye dayanan, kesinlik içeren geçerli bir rıza açıklamasının önemi katlanarak artmaktadır. Kişisel veriler üzerindeki kontrol gücünün, asıl sahibine geri verilmesi gerekmektedir.

Amaçlanan veri trafiğini tamamen durdurmak değil, belirli kurullarla çevrelemektir. Kimlerin hangi yükümlülüklere sahip olduğunun açıkça belirlenmesi, veri ihlallerinden sorumlu olanların da tespit edilmesini kolaylaştıracaktır. Çalışmada veri sorumlusunun yükümlülüklerini kesin çizgilerle belirleyen ve geçerli bir rıza açıklamasının şartlarını makul şekilde saptayan Genel Veri Koruma Tüzüğü incelenmiş, bu şekilde uygulamaya katkı sağlamak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel veri, Kişisel verilerin işlenmesi, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Veri öznesi, Rıza açıklaması

*

Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: ozan_selek12@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4049-9339> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 09.09.2019/ Makale Kabul Tarihi: 30.09.2019)

CONSENT TO PERSONAL DATA PROCESSING IN THE LIGHT OF GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

Abstract

In EU, 95/46/EC Directive, which laid down with regard to protect personal data was put an end since 25 May 2018. As of this date, 2016/679/EC General Data Protection Regulation is started enforcement. General Data Protection Regulation adopts principle of control over personal data. Consent to personal data processing is dealt with in the light of mentioned principle. The purpose of conditions are being requested for valid consent is to protect data subject, rather than to prevent personal data flows. At this point, personal data with respect to private life of persons is passed from hand to hand amongst unauthorized third parties. Whole this process is not possible to be interfered by person most of the time. Therefore, the importance of freely and unambiguously given, specific, informed and valid consent is increased incrementally in the course of personal data processing. Control over this data should be returned to the original owner.

Original purpose is to enclose specific rules of data traffic, rather than completely stop it. Setting whose liabilities are what clearly, will make it easier to identify the responsible parties for violations of personal data. General Data Protection Regulation which designates the data controller's responsibilities with specific lines and reasonably determines the stipulations of valid consent is studied to make a contribution to practice is aimed in this essay.

Keywords

Personal data, Personal data processing, General Data Protection Regulation, Data subject, Consent

GİRİŞ

Avrupa Birliğinde kişisel verilerin korunmasına yönelik hazırlanan 95/46 sayılı Direktifin¹ uygulanmasına 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren son verilmiştir. Çalışmada bu tarihten itibaren uygulanacak olan 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün² rıza konusuna yaklaşımı ele alınacaktır. Direktif ile Tüzükte farklılık arz eden konulardan yeri geldiğinde söz edilecektir. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³ ile Direktifin rızayı ilgilendiren hükümlerinden ise genel olarak bahsedilecektir.

Kişisel veri, Tüzükte “*belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmıştır (m.4/1). Kişisel veriler, hassas olmayan kişisel veriler ve hassas kişisel veriler olarak ikiye ayrılabilir. Hassas kişisel veriler, taşıdıkları özellikler sebebiyle daha özel bir korumaya tabidir. Bu verilerin, belirli kurallar dışında işlenmesi, kişiler arasında haksız ayrımcılık yaratılmasına sebep olabilir⁴. Tüzükte “*ırksal veya etnik köken, siyasi görüş, dini veya felsefi inançlar, ticaret birliklerine üyeliği gösteren kişisel veriler ile genetik, biyometrik veriler, cinsel hayata veya cinsel tercihe ilişkin bilgiler*” hassas kişisel veri⁵ olarak sayılmıştır (m.9/1). Tüzüğe göre, kişisel verilerin işlenmesini⁶ hukuka uygun hâle getiren sebeplerden biri de veri öznesinin⁷ rızasıdır (m.6/1-a). Tüzükte hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesinde “rıza” yeterli kabul edilirken; hassas kişisel veriler için “açık rıza” aranmaktadır. Çalışmada rıza ve açık rıza kavramlarının karşılaştırılmasına yer verilecektir.

Çalışmada öncelikle, rızanın tanımına, hukuki niteliğine ve felsefi temellerine değinilecektir. Rıza, genel olarak bireyin bilgilerinin geleceğini

¹ Uzun adı, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Serbest Veri Akışının Sağlanmasına İlişkin Direktif” olan bu metinden çalışmada “95/46 sayılı Direktif” veya yeri geldiğinde “Direktif” olarak söz edilecektir.

² Bundan böyle “Tüzük” olarak anılacaktır.

³ Bundan böyle “Kanun” olarak anılacaktır.

⁴ **Küzeci**, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 254 vd.

⁵ Tüzükte “özel nitelikli kişisel veriler” kavramına yer verilse de bu çalışmada “hassas veri” kavramı kullanılacaktır.

⁶ “*Otomatik veya otomatik olmayan vasıtalarla kişisel veriler üzerinde kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarılma, değiştirme, erişme, başvurma, kullanma, yayımlama, yayma, sıralama, ifşa etme, birleştirme, sınırlama, silme veya imha etme gibi faaliyetler*” kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmektedir (Tüzük m.4/2).

⁷ Veri öznesi, kişisel verileri işlenen gerçek kişi anlamına gelir. Çalışmada geçen “veri öznesi”, “veri ilgilisi”, “ilgili kişi”, “kullanıcı” gibi ifadeler benzer anlamları karşılayacak şekilde kullanılmıştır.

tain etme hakkı kapsamında ele alınmakta, bireyin kendisi için neyin iyi olduğuna karar verebileceği öne sürülmektedir⁸.

Çalışmada rıza açıklamasının geçerli kabul edilebilmesi için hangi şartları taşıması gerektiğinden söz edilecektir. Taraflar arasında güç dengesizliği mevcutsa, veri sorumlusu⁹ tarafından rızaya dayanılmasına şüpheyle yaklaşılmaktadır. Bahsi geçen konu, “Veri İşlemenin Rızaya Dayanmasının Uygun Olmadığı Durumlar” başlığı altında ele alınacaktır.

Tüzüğe göre, veri öznesi, rızasını dilediğini zaman geri alma hakkına sahiptir (m.7/3). Geri alma hakkının nasıl kullanılacağı da çalışmada ayrıca incelenecektir. Direktifin aksine Tüzükte çocukların kişisel verilerinin işlenmesi özel olarak düzenlenmiştir. Bu özel düzenlemeye “Rıza Gösterme Ehliyeti” başlıklı bölümde değinilecektir. Tüzüğe yöneltilen eleştiriler, bu husustaki değerlendirmelerimize de yer vermek suretiyle ele alınacaktır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun hazırlanmasının bir sebebi de Avrupa Birliği üyelik sürecindeki müzakere fasıllarının doğrudan kişisel verilerle ilgili olması ve AB’nin Türkiye ile ilgili ilerleme raporlarında kanun boşluğunu vurgulamasıdır¹⁰. Zaten Kanun, 95/46 sayılı Direktif esas alınarak hazırlanmıştır. Direktifi yürürlükten kaldıran Tüzük, kişisel verilerle ilgili hakları korumak noktasında daha yüksek standartlar öngörmektedir. Bu itibarla, Kanunun Tüzük esas alınarak değiştirilmesi ve geliştirilmesi önümüzdeki yıllarda gündeme gelecektir. Konu, Tüzükte daha geniş bir perspektiften ele alınsa da, temel olarak Direktifin ve Tüzüğün rıza konusuna yaklaşımları benzerdir. Bu bağlamda, Tüzüğün rızayla ilgili hükümlerine yönelik değerlendirmeler, Direktif esas alınarak hazırlanan Kanun için de büyük oranda geçerli olacaktır.

I. RIZANIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, FELSEFİ TEMELLERİ

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Tüzükte rıza; *“kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini, bir beyan veya açık onaylayıcı eylemle ortaya koyan, ilgili kişinin isteklerinin özgürce verilmiş, konuya özel, bilgilendirilmiş ve kesin bir göstergesi”* şeklinde tanımlanmıştır (m. 4/11). 95/46 sayılı Direktifte ise veri öz-

⁸ Bkz. **Küzeci**, s. 238.

⁹ Veri sorumlusu, *“kişisel verilerin işlenmesinin amaçlarını ve vasıtalarını tek başına veya başkalarıyla birlikte belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, kurumu veya diğer bir kamu kuruluşu”* şeklinde tanımlanabilir (Tüzük m.4/7).

¹⁰ Bkz. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Genel Gereğe, Prg. 8.

nesinin rızası; “kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini ortaya koyan, ilgili kişinin isteklerinin özgürce verilmiş, konuya özel ve bilgilendirilmiş bir göstergesi” olarak açıklanmıştı (m.2-h). Direktifin 7’nci maddesi ise veri işleme faaliyetini hukuka uygun kılması için rızanın “kesin olarak” verilmesini aramaktaydı. Her ne kadar rıza tanımları benzer olsa da, Tüzükte geçen “bir beyan veya onaylayıcı eylem” ibareleri, Direktifte yoktur.

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda ise “açık rıza” ibaresine yer verilmiştir. Kanun, hassas olmayan ve hassas kişisel verilerin işlenmesinde benzer şekilde açık rızanın varlığını aramaktadır. Açık rıza Kanunda; “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1-a).

Rıza, tek taraflı hukuki işlem mahiyetindedir¹¹. Birey tarafından bir hukuki sonucun doğması istenip de bu istenç, bir irade beyanıyla açığa vurulduğunda, hukuk düzeninde belirli bir hukuki sonucun doğacağı öngörül-müşse ortada bir hukuki işlem var demektir¹². “Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek, devretmek, ortadan kaldırmak gibi hukuki sonuçların doğabilmesi için, tek bir irade açıklamasına gerek gösteren işlemler” ise tek taraflı hukuki işlem olarak adlandırılır¹³. Veri işleme faaliyetinden önce verilen rıza, işlemeye zemin hazırlayacak, hukuk düzeninde birtakım sonuçlar doğuracaktır.

Türk hukukunda rıza, failin davranışının hukuka aykırı kabul edilmesini engelleyen bir sebep olarak kabul edilmektedir¹⁴. Kişisel verilerin işlenmesine verilen rıza da veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olmasını engellemekte, başka bir anlatımla, faaliyeti hukuka uygun kılmaktadır¹⁵.

B. Felsefi Temelleri

Birey, kendisini ilgilendiren veri işleme süreçlerine dâhil olma ve bu sürecin nasıl ilerleyeceği konusunda aktif şekilde söz alma haklarına sahip-

¹¹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 603.

¹² Serozan, Rona: Medeni Hukuku Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 315.

¹³ Eren, s. 165.

¹⁴ Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Bası, İstanbul 2017, s. 22; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II - Kişiler Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2018, s. 151.

¹⁵ Çekin, Mesut Serdar: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İstanbul 2018, s. 57; Başalp, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 39.

tir. Bizce bu husus, “veriler üzerinde sahibinin kontrol gücü prensibi” veya kısaca “kontrol prensibi” şeklinde ifade edilebilir. İşte bu prensibin veri öznesi bakımından önemi, rıza açıklamasıyla ortaya çıkmaktadır¹⁶.

Günümüz veri koruma sisteminde kişisel verinin nasıl yönetileceği konusunda bireyin karar almasına olanak tanıyan bir dizi hak öngörülmüştür. Veri öznesine tanınan, kişisel verilerin kim tarafından tutulduğunu bilme, verilere erişme ve yanlış olan verilerin düzeltilmesini isteme gibi haklarla kontrol prensibinin bağlantısı bulunmaktadır¹⁷. Keza veri işleme süreci hakkında veri öznesinin bilgilendirilmesi de bu bağlamda ele alınmaktadır. Zira eksik veya yanlış bilgilendirilen bir kişi, verileri üzerinde hâkimiyet kuramaz¹⁸.

Birey, kendisi için neyin iyi olduğuna karar verebilir; bu sayede hangi türde ve miktarda kişisel veriyi başkalarıyla paylaşacağı hususunda bir değerlendirme yapabilir. Bu itibarla, bireyin kendisini başkaları için erişilir kılmak veya kılmamak noktasında seçim şansına sahip olması, kontrol prensibi çerçevesinde değerlendirilir¹⁹. Temelde amaç, bireye kişisel veri üzerindeki tasarrufların yararını/zararını tartabilmesi için imkân tanınmaktadır²⁰. Veri kullanımı konusunda akılcı kararların alınması, ancak kullanımın yol açacağı fayda ve zararların birey tarafından analiz edilmesiyle mümkün olabilir²¹.

Belirli bir veri işleme faaliyetinin yararına olduğunu düşünen birey, bu faaliyete rıza göstererek esasen bilgilerinin geleceğini tayin eder²². Kişisel

¹⁶ **Lazaro, Christophe/Le Metayer, Daniel**: “Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale”, SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society, Vol. 12, I.1, 2015, s. 4. Ayrıca verinin silinmesini veya düzeltilmesini talep etme gibi aktif olarak kullanılan hakların yanı sıra veri minimizasyonu gibi daha çok veri sorumlusunun uyması gereken yükümlülükler de kontrol prensibi çerçevesinde değerlendirilir. Bilgi için bkz. **Lazaro/Le Metayer**, s. 23 vd.

¹⁷ **Lazaro/Le Metayer**, s. 8.

¹⁸ **Jarovsky, Luiza**: “Improving Consent in Information Privacy Through Autonomy-Preserving Protective Measures (APPMs)”, European Data Protection Law Review, Vol.4, I.4, 2018, s. 450.

¹⁹ **Lazaro/Le Metayer**, s. 8.

²⁰ **Solove, Daniel J.**: “Privacy Self-Management And The Consent Dilemma”, Harvard Law Review, Symposium: Privacy And Technology, Vol.126, I.7, 2013, s. 1880.

²¹ **Solove**, s. 1891. *Solove*, bu yaklaşımı “mahremiyetin öz-yönetimi” olarak adlandırmaktadır (**Solove**, s. 1880).

²² Bkz. **Bergkamp, Lucas/Dhont, Jan**: “Data Protection in Europe And The Internet: An Analysis of The European Community’s Privacy Legislation in The Context of The World Wide Web”, The EDI Law Review, Vol.7, 2000, s. 78; **Küzeci**, s. 238. Alman

verilerin işlenmesine rıza gösterme ile bireysel özerklik düşüncesi arasında derin bir ilişki bulunmaktadır²³. Kişisel verilerin işlenmesinde bireysel özerkliği koruyucu bir yaklaşımın benimsendiğinden söz edilebilmesi için şu kriterler belirleyici olacaktır²⁴: Veri öznesi, (a) Kendisinden talep edileni ve bunun risklerini anlamış mı? (b) Kendisi için neyin en iyi olduğuna karar verebilecek durumda mı? (c) Fikirlerini açık ve kesin şekilde ifade etme olanağına sahip mi? (ç) Değişiklikler yapma ve gerektiğinde rızasını geri alma imkânlarına sahip mi?

II. DİREKTİFİN, KANUNUN VE TÜZÜĞÜN RIZAYLA İLGİLİ HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. 95/46 Sayılı Direktif

Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Serbest Veri Akışının Sağlanmasına İlişkin Direktif, 1995 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi bünyesinde hazırlanmıştır²⁵. Direktif, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin veri koruma düzenlemeleri arasındaki farklılıkların giderilmesini, asgari veri koruma ölçütlerinin belirlenmesini, bu suretle birlik içerisinde serbest veri akışının sağlanmasını hedeflemiştir²⁶. Kişisel verilerin serbest akışı esnasında başta mahremiyet olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması da Direktifin temel amaçları arasındadır (Gerekçe, Prg. 2).

Direktifte ilgilinin veri işleme faaliyetine kesin olarak rıza göstermesi, hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getiren sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir (m.7-a)²⁷. Rızanın “kesin” olmasından,

Hukukunda kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermek, “bilgilerin geleceğini tayin etme” hakkıyla ilişkilendirilmektedir. Konuyla ilgili bkz. **Staben**, Julian: “Consent Under Pressure And The Right to Informational Self-Determination”, *Internet Policy Review*, Vol.1, I.4, 2012, s. 1 vd.

²³ **Jarovsky**, s. 451.

²⁴ **Jarovsky**, s. 448.

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046> (Erişim Tarihi: 17.8.2019).

²⁶ **Küzeci**, s. 166-168.

²⁷ Hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan diğer sebeplerse Direktifin 7'nci maddesinde sayılmıştır. Buna göre; “(b) ilgili kişinin tarafı olduğu bir sözleşmenin ifası için veri işlemenin gerekli olması, (c) veri sorumlusu tarafından yerine getirilmesi gereken hukuki bir yükümlülüğün mevcut olması, (d) ilgilinin hayati menfaatlerini korumak için veri işlemenin yapılması, (e) veri işlemenin kamunun menfaatine olan veya kamu gücünün icrasında gerçekleşen bir görev için gerekli olması” durumunda hassas kişisel veriler rıza aranmaksızın işlenebilir. Ayrıca bilgi için bkz. **Küzeci**, s. 258 vd.

“şüpheye yer bırakmayacak” nitelikte olması anlaşılmalıdır²⁸. Objektif olarak değerlendirilen beyanın, içerik olarak şüpheye yer bırakmayacak ölçüde bir kesinliğe ulaşması aranmaktadır.

Direktifte kişisel veriler ve özel nitelikli (hassas) kişisel veriler ayrımı yapılmış; kişinin, “*ırksal veya etnik kökeni, siyasi görüşü, dini veya felsefi inancı, sendika üyeliği, sağlık veya cinsel yaşamına*” ilişkin bilgiler, hassas kişisel veri olarak kabul edilmiştir (m.8/1). Hassas kişisel verilere yönelik işleme faaliyetinin hangi durumlarda hukuka uygun kabul edileceği ise m.8/2’de sayılmıştır. “*İlgili kişinin açık rızası*”, hassas kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan sebeplerden biridir (m.8/2-a)²⁹.

Direktifin 29’uncu maddesi ile “*Kişisel Verilerin İşlenmesine Dair Bireylerin Korunması Hakkında Çalışma Grubu*” kurulmuştur. Bahsi geçen grubun danışma statüsüne sahip olduğu ve bağımsız şekilde görev yapacağı belirtilmiştir. Çalışmada “*29. Madde Veri Çalışma Grubu*” veya “*Article 29 Working Party*” olarak zikredilen bu grup, Direktifin ve Tüzüğün nasıl uygulanacağına ışık tutan raporlar hazırlamıştır. Direktifteki rıza tanımını esas almak suretiyle 13 Temmuz 2011’de yayımlanan rapor³⁰ ile Tüzükteki rıza kavramına ilişkin esasları açıklamak üzere, 10 Nisan 2018’de yayımlanan rapordan³¹ bu çalışmada sık sık yararlanılmıştır. Keza grubun işçilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin raporları ile sağlık kayıtlarının tutulmasına ilişkin raporu da vardır. Direktifin uygulanmasına 25 Mayıs 2018’den itibaren son verilmesiyle birlikte 29. Madde Veri Çalışma Grubu, yerini Avrupa Veri Koruma Otoritesine bırakmıştır (Tüzük m.94/2).

²⁸ **Küzeci**, s. 239.

²⁹ Hassas kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getiren açık rıza dışındaki sebepler Direktifin 8/2’nci ve 8/3’üncü maddelerinde sayılmıştır. Direktifin 8/2’nci maddesine göre; “(b) veri işleme, veri sorumlusunun iş hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yerine getirilmesi için zorunluysa, (c) veri öznesinin veya diğer bir kişinin hayati menfaatlerinin korunması için gerekliyse, (d) kar amacı gütmeyen bir kurum tarafından kanuni etkinliklerin yerine getirilebilmesi için veri işleme gerekliyse, (e) ilgili kişi tarafından kamuya açıklanan verilere ilişkin veya hakların kurulması, kullanılması ve korunması için veri işlemenin gerekli olması” durumunda açık rıza aranmaksızın veriler işlenebilir. Ayrıca Direktifin 8/3’üncü maddesine göre; “veri işlemenin önleyici hekimlik, tıbbi teşhis, tıbbi yardım veya bakım ya da sağlık hizmetlerinin idari açıdan yürütülmesi adına gerekli olması ve bu verilerin ya sağlık personeli ya da sağlık personeline benzer şekilde sır saklama yükümlülüğüne tabi kişilerce işlenmesi” hâllerinde de açık rızanın varlığına ihtiyaç yoktur.

³⁰ Bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, 13/7/2011.

³¹ Bkz. Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, 10/4/2018.

B. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Dünyada 1960'lı yıllardan itibaren tartışılan kişisel verilerin nasıl korunacağı meselesi, Türkiye'de ilk olarak 1989 yılında yapılan çalışmalarla gündeme gelmiş, 2000'li yıllarda ise bu konuda çeşitli kanun tasarıları hazırlanmıştır³². Nihayetinde hazırlanan tasarı, TBMM'de kabul edilerek 24 Mart 2016 tarihinde kanunlaşmıştır. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesi ise 7 Nisan 2016 tarihinde gerçekleşmiştir. Kanunun hazırlanmasında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları belirleme hedefi etkili olmuştur.

Kanun, kişisel verilerin işlenmesinde ilgili kişinin açık rızasını arar (m.5/1). Kanunun 5/2'nci maddesinde ise açık rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği hâller sayılmıştır³³.

Kanunda hassas kişisel veriler; *“kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”* olarak belirlenmiştir (m.6/1). Hassas kişisel verilerin işlenmesinde ilgilinin açık rızası aranmaktadır (m.6/2). Kanunun 6/3'üncü maddesinde ise açık rıza gerekmeksizin hassas kişisel verilerin işlenebileceği hâller açıklanmıştır. Burada verinin türüne göre ikili bir ayırım yapılmıştır: Sağlık ve cinsel hayat dışındaki hassas kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde açık rıza gerekmeksizin işlenebilir (m.6/3'üncü maddenin 1'inci cümlesi). Buna karşılık, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler; *“ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuru-*

³² **Korkmaz**, İbrahim: Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 318.

³³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Madde 5 - *“(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”*

luşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın” işlenebilir (m.6/3’üncü maddenin 2’nci cümlesi).

Kanunun hassas kişisel verilere yaklaşımı eleştiriye açıktır. Bilhassa sağlığa ve cinsel hayata ilişkin verilerin açık rıza aranmaksızın “*sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi*” gibi amaçlarla işlenmesinin öngörülmesi yerinde olmamıştır. Zira bu tip faaliyetlerin kişinin kimliğini açığa vurmada yani anonim kayıtlarla da yürütülmesi mümkündür. Verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebileceği durumların Kanunda bu kadar geniş tutulması, kontrol prensibinin yeteri kadar dikkate alınmadığını göstermektedir.

C. Genel Veri Koruma Tüzüğü

Düzenleme, “direktif” değil, “tüzük” niteliğindedir. Avrupa Birliğinde direktifler, ancak üye devletin iç hukukuna aktarılsa uygulanabilir; buna karşılık tüzükler, her üye devlette doğrudan uygulama alanı bulmaktadır³⁴. Nitekim 95/46 sayılı Direktifin hukuk sistemlerine aktarılması, her bir üye devlet açısından farklı olmuş, üye devletlerin mevzuatı arasında yeknesaklık sağlanamamıştır³⁵. Ayrıca bilgi iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmeler, kişisel verilerin korunması alanında daha belirli hükümlerin ihdas edilmesini gerektirmiş, nihayetinde Tüzük hazırlanmıştır³⁶.

Rızayı ilgilendiren hükümler, genellikle Tüzüğün 4 ila 9’uncu maddelerinde yer alır³⁷.

Tüzüğün 5/1-f maddesinde veri güvenliği ilkesi düzenlenmiştir. Veri güvenliği, internet sitelerine, veri tabanlarına, bilgisayarlara yetkisiz olarak erişilmesini engellemek için alınması gereken koruyucu tedbirleri ifade

³⁴ **Develioğlu**, Murat: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2017, s. 12.

³⁵ **Noujaim**, Arlette: “The Stimulus For Data Protection Laws Around The World: The Development And Anticipated Effect on The European Union’s New Data Rules”, Intellectual Property Law Bulletin, Vol.20, I.2, 2016, s. 102, 103. s. 103.

³⁶ **Avrupa Komisyonu**, Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The Economic And Social Committee And The Committee of The Religions, A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in The European Union, s. 3, 4. Bkz. <http://www.beuc.eu/publications/2011-00062-01-e.pdf> (E.T. 21.05.2018).

³⁷ Konu hakkında bilgi için bkz. **Dülger**, Murat Volkan: “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2019, s. 111 vd.

eder³⁸. İşlemenin rızaya dayandığı hâllerde, geçerli bir rızanın elde edilmesi tek başına yeterli değildir; veri sorumlusu, veri güvenliği ilkesi gereğince, koruyucu ve önleyici nitelikteki tedbirleri almakla yükümlüdür.

Tüzüğün 5/2'nci maddesinde yer verilen sorumluluk prensibine göre; veri sorumlusu, Tüzükte belirtilen ilkelere uygun hareket etmek ve gerektiğinde uygun hareket ettiğini ispatlamak zorundadır. Keza Tüzüğün 7/1'inci maddesine göre; veri işlemenin rızaya dayandığı durumlarda, veri öznesi tarafından rıza gösterildiğini kanıtlamak veri sorumlusuna düşmektedir. Bu hüküm, sorumluluk prensibinin bir yansımasıdır.

“İlgili kişinin bir veya daha fazla belirli amaç için verilerin işlenmesine rıza göstermesi”, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan sebeplerden biri olarak açıklanmıştır (m.6/1-a). Hassas kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan sebepler ise; Tüzüğün 9/2'nci maddesinde belirtilmiştir. Hassas kişisel verilerin *“bir veya daha fazla belirli amaç için işlenmesine açık rıza verilmesi”* bu sebepler arasında sayılmıştır (m.9/2-a). Tüzükte *“rıza”* ve *“açık rıza”* ayrımı yapılmış, hassas kişisel verilerin işlenmesinde *“açık rıza”* aranmıştır. Açık rıza ifadesi, kişisel verilerin işlenmesinde daha yüksek bir korumaya işaret etmektedir. Rıza ve açık rıza ayrımının Tüzük bakımından önemine ileride değinilecektir.

Rızanın geçerlilik şartlarına ilişkin bir diğer hüküm, Tüzüğün 7'nci maddesidir. Tüzüğün 7/2'nci maddesine göre, *“ilgili kişinin rızası, başka konuları da kapsayan yazılı bir beyan hâlinde verilecekse, rıza talebi, diğer konulardan açıkça ayırt edilebilecek şekilde sunulmalı, anlaşılır ve kolaylıkla erişilebilir olmalı, talepte açık ve basit bir dil kullanılmalıdır.”*

Tüzüğün 7/3'üncü maddesi, rızanın geri alınmasına ilişkindir. Buna göre; *“ilgili kişi, her zaman rızasını geri alma hakkına sahiptir. Rızanın geri alınması, o ana kadar gerçekleştirilen işleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu etkilemez. İlgili kişi rıza vermeden önce bu konuda bilgilendirilmiştir. Rızanın geri alınması, rızanın verilmesi kadar kolay olmalıdır.”*

Tüzüğün 7/4'üncü maddesine göre; sözleşmenin ifası veya bir hizmetin sunulması için gerekli olmayan bir veri işleme faaliyetine rıza gösterilmesi sözleşmenin ifa edilmesi veya hizmetin sunulması için şart koşuluyorsa, bu husus, rızanın serbestçe verilip verilmediğinin değerlendirilmesinde bir ölçüttür. Taraflar arasında hiyerarşi ve güç dengesizliği bulunan durumlarda bahsi geçen hüküm devreye girmektedir³⁹.

³⁸ **Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2016, s. 175.

³⁹ Bkz. **Çekin**, s. 61.

Tüzük, çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde özel bir düzenlemeye yer vermiştir (m.8). Tüzüğün 8/1'inci maddesine göre, bir çocuğa doğrudan bilgi toplumu hizmetlerinin⁴⁰ sağlanması söz konusu olduğunda, kişisel verilerin işlenebilmesi için çocuğun en az 16 yaşında olması gerekmektedir. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde ise, işleme faaliyeti, sadece çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan yasal temsilcinin rıza göstermesi veya çocuğun rızasını onaylaması durumunda mümkündür. Aksi takdirde, işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır. Yine sorumluluk prensibi gereğince, velayet sorumlusunun yetki veya izin verdiğini ispat etmek, veri sorumlusuna düşmektedir (m.8/2). Tüzükteki bu hüküm, rıza gösterme ehliyetinin tespiti bakımından önemlidir.

III. GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ BAĞLAMINDA RIZA AÇIKLAMASI

A. Geçerli Bir Rıza Açıklamasının Şartları

Tüzüğün 4/11'inci maddesinde rıza; *“kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini, bir beyanla veya açık onaylayıcı eylemle ortaya koyan, ilgili kişinin isteklerinin özgürce verilmiş, konuya özel, bilgilendirilmiş ve kesin bir göstergesi”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan yararlanarak geçerli bir rıza açıklamasının şartlarını saptamak mümkündür. Buna göre rıza; (a) özgür iradeye dayanmalı, (b) konuya özel olmalı, (c) bilgilendirilmiş olmalı ve (ç) veri öznesinin isteklerinin kesin bir göstergesi olmalıdır. Çalışmanın bu bölümünde bahsi geçen şartlar inceleme konusu yapılacaktır.

1. Özgür İradeye Dayanmalı

Veri öznesine gerçek bir seçim şansının tanındığı durumlarda ancak, özgür iradenin varlığından söz edilebilir (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 42). Rıza göstermeyen veri öznesi, olumsuz sonuçlara katlanmak zorunda kalacaksa veyahut gösterilen rıza baskının bir sonucuysa “gerçek bir seçim” imkânı tanınmamıştır⁴¹. Rızaya ilişkin şartlar tartışmaya açık olmayan özellikler taşıyorsa, özgür iradeyle verilen bir rıza mevcut değildir. Sadece veri özne-

⁴⁰ Bilgi toplumu hizmetleri ile elektronik araçlarla belirli bir mesafeden sunulan, bireysel bir taleple ve genellikle bir bedel karşılığında verilen hizmetler kastedilmektedir. Tanım için bkz. EU Directive 2015/1535 of The European Parliament And of The Council of 9 September Lations And of Rules on Information Society Services, m. 1/1-b.

⁴¹ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, 10/4/2018, s. 5.

sinin herhangi bir etki altında kalmadan aldığı kararların özgür iradeye dayandığı söylenebilir⁴².

Bir zarara uğramadan rıza göstermeyi reddetmek veya rızayı geri almak mümkün değilse, baştan itibaren geçerli bir beyandan söz edilemez (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 42). Gözdağı verme, zorlama, yıldırma, aldatma gibi bireyin iradesini dışarıdan etkileyen durumlarda⁴³ veya rıza göstermeyen bireye doğrudan bir yaptırımın uygulanacağı hâllerde⁴⁴, özgür irade mevcut değildir.

Bir şirket, doğa sporlarında göz için kullanılan aksesuarları, müşterilerin ihtiyaçlarını dikkate alarak üretmektedir. Uzağı görme konusunda sıkıntı yaşayan müşterilere özellikli kar gözlüğü hazırlanması için sağlık bilgilerine ihtiyaç duyulmakta, müşteriden elektronik reçetenin paylaşılması talep edilmektedir. Bu bilgiler olmadan, özellikli kar gözlüklerinin üretilmesi de olanaklı değildir. Şirket, ek olarak, sağlık bilgilerini paylaşmak istemeyen müşteriler için standart kar gözlüğü göndermeyi teklif etmektedir. Örnekte rıza açıklaması, özgür iradeye dayanmaktadır⁴⁵.

Bir yerel belediye yol bakım çalışması yapmayı planlar. Bu esnada bir süre trafikte aksamalar yaşanması muhtemeldir. Beklenen aksamalardan ve çalışma saatlerinden haberdar olabilmeleri için o bölgede yaşayan insanlar, bir e-posta listesine abone olmaya davet edilir. Ayrıca belediye, e-postaların sadece bu amaç için kullanılacağını ve listeye abone olma gibi bir zorunluluğun bulunmadığını açıklar. Bu örnekte, rıza göstermeyen bir vatandaş, belediyenin sağladığı herhangi bir hizmetten mahrum kalacak değildir. Zira yol çalışmalarıyla ilgili bilgiler, halihazırda belediyenin internet sitesinde de yer almaktadır. Örnekte, özgür iradeye dayanan bir beyan bulunmaktadır. Bir devlet okulu, magazin dergisinde yayımlamak üzere öğrencilere fotoğrafları konusunda rıza verip vermeyeceklerini sormaktadır. Bir zarara uğramadan rıza vermeyi reddetmek mümkünse, gerçek bir seçim şansı mevcuttur, alınan beyan geçerlidir⁴⁶.

⁴² Korkmaz, s. 149.

⁴³ Misek, Jakub: "Consent to Personal Data Processing- The Panacea or The Dead End", Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol.8, I.1, 2014, s. 72; Benzer Staben, s. 3; Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 10.

⁴⁴ Bergkamp/Dohnt, s. 77, 78.

⁴⁵ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 19, 20.

⁴⁶ Her iki örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 6, 7.

Sahip olduğu arazi üzerinde bir kişi, hem belediyeden hem de hükümetten ruhsat izni talep eder. Her iki kurum da izin konusunu değerlendirebilmek için benzer bilgiler talep eder, kurumlar birbirlerinin veri tabanlarına erişim yetkisini haiz değildir. Kişi, her iki kuruma da bilgilerini gönderir. Belediye ve hükümet yetkilileri, yazışmaların tekrar etmesinden kaçınmak için her iki kurumdaki dosyaların birleştirilmesi konusunda kişiden rıza talebinde bulunurlar. Rıza gösterilmesinin isteğe bağlı olduğunu belirterek kişinin seçiminin, ruhsat izni hakkında verilecek kararı etkilemeyeceğini garanti ederler. Dosyaların birleştirilmesine gösterilen rıza, özgür iradeye dayanmaktadır⁴⁷.

Doktrinde rızanın gösterilmemesi hâlinde uygulanacak yaptırımın çok hafif olduğu durumlarda rızanın özgür iradeye dayandığı savunulmaktadır⁴⁸. Bu görüşe göre, ücretsiz olarak sunulan e-posta hizmetinin çerezler olmadan kullanılmasının mümkün olmadığı durumlarda, kullanıcı eşdeğer ve ücretsiz şekilde başka bir yerden hizmeti temin etmekle hafif bir külfet altına girdiği için elde edilen rıza geçerlidir⁴⁹. Bizce veri öznesi, ya bir zarara uğramıştır ya da uğramamıştır. Veri öznesinin baştan rıza göstermediği veya sonradan rızasını geri aldığı durumlarda hafif bir yaptırıma dahi maruz bırakılması, rızanın özgür iradeye dayanmadığını göstermektedir.

2. Bilgilendirilmiş Olmalı

Geçerli bir rıza beyanının varlığı, hiç şüphesiz, veri öznesinin doğru olarak bilgilendirilmesiyle yakından ilişkilidir. Bireyin geleceği öngörebilmesi ve veri işleme sürecini bütün olarak kavrayabilmesi için veri sorumlusu tarafından bilgilendirme yükümlülüğü eksiksiz yerine getirilmelidir⁵⁰. Öncelikle birey, verilerin nasıl işleneceği hakkında bilgilendirilir, ardından veri işlemeyi kabul edip etmemek konusunda bir seçim imkânıyla donatılır⁵¹.

Veri işleme süreci ne kadar karmaşıkça veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğü aynı oranda ciddileşir⁵². Değerlendirme, objektif olarak değil, sübjektif olarak; yani, veri öznesinin şahsına göre yapılmalıdır. Veri

⁴⁷ Örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 6.

⁴⁸ Görüşler için bkz. **Küzeci**, s. 241; **Korkmaz**, s. 149; **Bergkamp/Dohnt**, s. 78.

⁴⁹ Örnek için bkz. **Bergkamp/Dohnt**, s. 77, 78.

⁵⁰ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 21.

⁵¹ Doktrinde bu husus, “fark et ve seç” şeklinde adlandırılmaktadır (Bkz. **Solove**, s. 1883).

⁵² Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, 13/7/2011, s. 20.

öznesi, neye rıza göstereceğini tam olarak kavrayabilmelidir. Bu kavrayışın kazanılması, veri öznesinin şahsına özgü bir bilgilendirme süreci yürütülmesine bağlıdır. Veri sorumlusu tarafından verilecek bilgi, kişiliğinden kaynaklı olarak farklı özellikler arz eden veri öznesi için anlaşılabilir olmalıdır.

Neye rıza gösterildiği, kişisel verilerin nasıl kullanılacağı, hangi amaçlarla verilerin işlendiği veya verilere erişim yetkisini kimlerin haiz olduğu gibi hususlarda veri öznesi bilgilendirilmelidir⁵³. Keza, veri öznesi, rıza göstermenin sonuçlarını değerlendirme olanağına da sahip olmalıdır⁵⁴. Veri öznesi, rızasını dilediği zaman geri alabileceği noktada da aydınlatılmalıdır. Zira sırf rızasını geri alma hakkı olmadığı zannıyla veri işleme sürecine müdahale etmeyen veri öznesinden⁵⁵ geçerli bir rıza alındığını söylemek pek mümkün değildir.

Bilgilendirme yükümlülüğünün ifa edildiğinden söz edilebilmesi için şu şartların yerine getirilmesi gerekir: (a) Hazırlanan metinde, normal bir insanın kolaylıkla anlayabileceği ölçüde açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılmalı, (b) Metin kolayca ulaşılabilir olmalı, hangi konuda rıza talebinde bulunduğu diğer konulardan ayırt edilebilir şekilde anlatılmalı, (c) Gizlilik politikasına⁵⁶ ilişkin metinler uzun olmamalı, metinlerde tamamen belirli bir bölgeye özgü jargon kullanılmamalıdır⁵⁷.

⁵³ **Misek**, s. 73.

⁵⁴ **Custers, Bart/van der Hof, Simone/Schermer, Bart/Appleby-Arnold, Sandra/Brockdorff**, Noellie: “Informed Consent in Social Media Use- The Gap Between User Expectations And EU Personal Data Protection Law”, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society*, Vol. 10, I.3, 2013, s. 437.

⁵⁵ Veri öznesinin aydınlatıldığından söz edilebilmesi için şu hususlar ölçüt alınabilir: (a) Veri öznesi, neye rıza göstereceğini anlama noktasında yetkinliğe sahip bir yetişkin mi, değilse yasal temsilcisi mevcut mu? (b) Rıza, yazılı olarak alınmış mı? (c) Rıza, akla uygun ve inandırıcı mı? (ç) Rıza, bağımsız bir karar verme sürecinin ürünü mü? (d) Rıza, güncel mi? (e) Hangi verilerin toplanacağı, kullanılacağı ve paylaşılacağı açıkça belirtilmiş mi? (f) Veriler belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere toplanmış mı? g) Verileri korumaya yönelik hangi önlemlerin alınacağı açıkça belirtilmiş mi? (h) Verileri işleyen ve verilerin işlenmesinden sorumlu olan kişiler belirli mi? (ı) Veri öznesine tanınan hakların nasıl kullanılacağı belirli mi? (i) Veri öznesine konuya özel ve detaylı bilgi verilmiş mi? (j) Veri öznesine sağlanan bilgi, anlaşılabilir, erişilebilir ve doğru mu? (**Custers/van der Hof/Schermer/Appleby-Arnold/Brockdorff**, s. 438).

⁵⁶ Gizlilik politikaları, kişisel verilerin nasıl ve niçin toplanacağı, depolanacağı, kullanılacağı ve ifşa edileceği gibi konularda kullanıcıyı aydınlatan metinlerdir. Bu metinler, veri güvenliği çerçevesinde alınan önlemler ve veri öznesinin hakları gibi konularda bilgiler içermektedir. Temelde amaç, verilerin kullanılmasının yararlarını ve zararlarını tartılabilmek için veri öznesine tanımadır (**Monteleone**, Shara: “Adressing The ‘Failure’ of Informed Consent in Online Data Protection: Learning The Lessons From Behaviour-

Tüzük, bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin olarak ikili bir ayırım yaparak kişisel verilerin “ilgili kişiden elde edildiği” ve “ilgili kişiden elde edilmediği” hâlleri birbirinden farklı düzenlemiştir⁵⁸.

Veri öznesinin bilgilendirilmesinden sonra rıza talebinde bulunulur. Yeni bir veri işleme amacı ortaya çıkarsa, rıza talebinde bulunmadan önce tekrardan bilgilendirme yükümlülüğü ifa edilmelidir⁵⁹.

İnternet ortamında sunulan hizmetler bakımından kullanıcının hizmetten yararlanmasını önemli ölçüde güçleştirecek şekilde rıza talebinde bulunulamaz (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 32). Kullanıcının hizmetlerden faydalandığı esnada aniden ekranda beliren, tüm sayfayı kaplayan, kullanıcıda rahatsızlık uyandıran, hizmetin kalitesini ve verimini düşüren gizlilik politikaları bu konuda olumsuz bir örnektir. Gereğinden fazla uzun ve karmaşık olan bu metinler⁶⁰, kullanıcının kavramasını zorlaştıracak bir formatta sunulmaktadır⁶¹. Bu yönüyle süreçle ilgili olarak veri öznesine farkındalık kazandırmaktan da oldukça uzaktırlar⁶².

Gizlilik politikalarının uzun ve karmaşık yapısı, veri koruma alanında olumsuz sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Bu metinlerin içeriği, servisi ilk olarak kullanmaya başlayan kullanıcı tarafından ya hiç anlaşılammakta ya da güçlükle anlaşılabilir. Verilerin ne tür amaçlarla kullanılacağını anlayanların sayısı ise gerçekte çok azdır⁶³. Bir diğer sorun, bu

Aware Regulation”, Syracuse Journal of International Law And Commerce, Vol. 43, I.1, 2015, s. 79).

⁵⁷ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 14.

⁵⁸ Tüzüğün 13’üncü maddesinde kişisel verilerin ilgili kişiden elde edildiği hâllerde sağlanacak bilgiler, 14’üncü maddesinde ise ilgili kişiden elde edilmediği hâllerde sağlanacak bilgiler gösterilmiştir.

⁵⁹ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 17, 18.

⁶⁰ **Monteleone**, s. 80; **Solove**, s. 1885. Bir araştırmaya göre, bir akıllı telefondaki 33 tane uygulamanın toplamda 250 bin kelimededen oluşan gizlilik politikasının bir kullanıcı tarafından okunabilmesi, 24 saati aşan bir süreyi gerektirmektedir. Açık ki, bu tarz metinler, kullanıcıların temel haklarını ve mahremiyetlerini korumaktan oldukça uzaktır (**Lopez**, Santiago Ramirez: “Informing Consent Giving Control Back to The Data Subject From a Behavioral Economics Perspective”, Journal of Intellectual Property, Vol.9, I.1, 2018, s. 39).

⁶¹ **Jarovsky**, s. 448.

⁶² **Kuner**, Christopher: European Data Protection Law Corporate Compliance And Regulation, Second Edition, New York 2007, s. 68.

⁶³ **Staben**, s. 2.

metinlerde gelecekte verilerin nasıl kullanılacağına ilişkin bilgilere yer verilmemesidir⁶⁴.

Veri koruma alanındaki belirsiz düzenlemelerin ve karmaşık metinlerin doğurduğu⁶⁵ sonuçlar şunlardır: Kullanıcılar, internette edindikleri kulaktan dolma bilgilerle, karanlıkta yol almaya çalışırlar. Keza, hangi kişisel verinin ne tür amaçla kullanıldığı, kullanıcılar için genellikle karanlıkta kalan bir husustur⁶⁶. Veri koruma hukukundaki spesifik düzenlemeler, bu alandaki terminolojiye hâkim olmayan yeni nesil kullanıcılar tarafından anlaşılabilir⁶⁷.

Tüzüğün 7/2'nci maddesine göre; “*ilgili kişinin rızası başka hususları da kapsayan yazılı bir beyan şeklinde alınacaksa, rıza talebi diğer hususlardan açıkça ayırt edilebilecek şekilde sunulmalı, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir şekilde olmalı, açık ve basit bir dil kullanılmalıdır.*” Tarafların yükümlülüklerine yer veren bir metinde, rıza talebi de yer alıyorsa, bu talebin ilişkili olduğu bölümün diğer bölümlerden açıkça ayırt edilebilecek şekilde sunulması gerekmektedir.

3. Konuya Özel Olmalı

Verilerin birden fazla amaçla işlendiği durumlarda bu ölçüt önem kazanmaktadır. Konuya özel bir rızadan söz edilebilmesi için amaçların her biri için veri öznesinden rıza alınması gerekmektedir. Keza gösterilen rıza, veri işleme faaliyetlerini ve amaçlarını tamamen kapsamalı, amaçların her birine nüfuz etmelidir. Farklı faaliyetler ve amaçlar ayrı ayrı değerlendirilmeli, veri öznesi bunlardan bir kısmına rıza gösterip, diğerlerine rıza göstermekten kaçınabilmelidir⁶⁸. Rıza gösterilmesi talep edilen husus, somut bir şekilde tanımlanmış olmalıdır. Kişisel verilerin tamamının işlenmesine sınırsız olarak rıza gösterilmesi geçersizdir⁶⁹.

Bir şirket, film izleme alışkanlıklarına dayalı olarak yeni film önerileri sunmak için abonelerinin kişisel verilerini, rızaları dâhilinde toplamaktadır.

⁶⁴ Solove, s. 1885.

⁶⁵ Gizlilik politikasına ilişkin metinlerin sadeleştirilmesi tavsiye edilmektedir. Ancak Solove'a göre, bu tavsiyeler, temel bir çelişkiyi gözden kaçırmaktadır. Önemli olan, süreç hakkında veri öznesinin derin bir anlayışa ulaşmasını sağlamaktır, oysa metinleri sadeleştirmek bu amacın gerçekleştirilmesini zorlaştıracaktır (Solove, s. 1885, 1886).

⁶⁶ Staben, s. 2.

⁶⁷ Staben, s. 2, 3. Yine, kullanım şartlarına ilişkin metinleri okumak konusundaki tembellik de buna eklenince bireyin bilgilerinin geleceğini belirlemesi mümkün olmamaktadır (Staben, s. 2, 3).

⁶⁸ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 10.

⁶⁹ Misek, s. 73; Küzeci, s. 241.

Daha sonra şirket, reklamcılık faaliyetlerinde kullanılması için üçüncü kişilere bu film tercihlerini göndermek ister. Yeni amaç dikkate alındığında, yeni bir rıza talep edilmesi zorunludur⁷⁰. Verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması sonradan gündeme geldiğinde, veri öznesinden ayrı ve ek bir rıza talep edilmesi gerekmektedir⁷¹.

Rızanın konuya özel olması ile özgür iradeye dayanması, bir zincirin halkalarını oluşturmaktadır. Bazı durumlarda veri sorumlusu, birden fazla faaliyet ve süreç için veri öznesini toptan bir rıza açıklamasına zorlayabilir⁷². Tüzüğe göre, farklı veri işleme faaliyetlerine ayrı ayrı rıza gösterme imkânı tanınmamışsa, rızanın özgür iradeye dayanmadığı söylenebilir (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 43). Bu tip durumlarda, rıza açıklamasının konuya özel olduğundan da söz edilemez. Örneğin, kişisel verileri, ticari ortaklarıyla paylaşmak isteyen veri sorumlusunun toptan bir rıza talebinde bulunması, Tüzük hükümlerine uygun değildir. Her bir ticari ortağın kimliğine ilişkin bilgiler, veriler toplanmadan önce müşteri ile paylaşılmalı, veriler her bir ortağa benzer amaçlarla aktarılmalıdır⁷³.

Kişisel veriler, belirli amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlara uygun olmayacak şekillerde işlenmemelidir (Tüzük m.5/1-b). Konuya özel olma şartı da bu çerçevede ele alınmalıdır. Bedava akaryakıt kampanyası için e-posta bilgilerini toplayan bir akaryakıt şirketi, bu bilgileri kampanya konusuyla sınırlı olarak kullanabilir. Üçüncü kişilerle bu bilgileri paylaşmak arzusunda olan şirket, müşterilerden ayrıca bir rıza talep etmelidir. Zira müşteriler, bilgilerini kampanya amacıyla sınırlı olarak vermişlerdir. Hemen belirtelim ki, verilerin işlenmesini “konu” yönünden sınırlamak, işleme faaliyetinin süresini de belirleyecektir. Yukarıdaki örnek özelinde, veri işleme faaliyeti, kampanyanın bitimiyle beraber sona erecektir. Taraflar arasında belirlenmemiş olsa dahi, kişisel verilerin işlenmesinde belirli sürelerin bulunması kaçınılmazdır.

Kaç kilometre koştuğunu veya kaç kalori yaktığını öğrenmek isteyen kullanıcılara hitap eden çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Bunlar, genellikle Quantified-self (QS) olarak adlandırılmaktadır⁷⁴. QS uygulamaları,

⁷⁰ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 12.

⁷¹ Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, s. 18.

⁷² **Çekin**, s. 60.

⁷³ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 10.

⁷⁴ Quantified Self, özetle “*sayılar vasıtasıyla kendini tanıma*” olarak tanımlanabilir. QS uygulamaları, bireylerin sağlığına, ruhsal durumuna ve kişisel amaçlarına hitap eden çeşitli yöntemler kullanmaktadır. (Reijneveld, Minke D.: “Quantified Self, Freedom,

kullanıcıların birbirlerini kıyaslamalarına imkân veren bir yapıya sahiptir; bu yönüyle söz gelimi, bir kullanıcının kaç kilometre koştuğu bilgisi, diğer kullanıcılarla paylaşılmaktadır. Bu husus da “konuya özel olma” şartı bakımından sakıncalar doğurmaktadır. QS uygulamasını kullanan kişi, sırf bu sebeple, verilerinin kıyaslama veya reklamcılık gibi amaçlarla işlenmesine rıza göstermiş değildir⁷⁵. Uygulamanın verilerin hangi amaçlarla işleneceği hususunda kullanıcıyı bilgilendirmesi, ardından her bir amaca ilişkin olarak ayrı bir rıza talebinde bulunması gerekmektedir.

4. Veri Öznesinin İsteklerinin Kesin Bir Göstergesi Olmalı

Veri öznesinin kesin olarak rıza gösterdiğinden söz edilebilmesi için öncelikle beyanın nasıl açığa vurulduğu incelenmelidir. Tüzük, bu noktada “beyan” ve “açık onaylayıcı eylem” şeklinde ikili bir ayrım yapmıştır: Beyanın niteliğine ilişkin Tüzükte bir hüküm olmadığından, “sözlü” beyan da geçerli kabul edilebilir. Önemli olan, rıza açıklamasının veri öznesinin isteklerini, belirsizlik içermeyecek biçimde açığa vurmasıdır. Otel görevlisi, promosyonlarla ilgili bilgi vermek için müşteriden e-posta adresini talep eder. Görevli tarafından yeterince bilgilendirildikten sonra e-posta adresini paylaşan müşteri, sözlü olarak geçerli bir rıza açıklamasında bulunmuştur⁷⁶. Ancak veri sorumlusu, rıza verildiğini kanıtlamakla yükümlüdür (m.7). Bu sebeple kanıtlamanın daha kolay olacağı mekanizmaları seçebilir.

Bilinçli şekilde gerçekleştirdiği davranışlar sonucunda, belirli bir veri işleme faaliyetine rıza gösterdiği anlaşılan veri öznesi, “onaylayıcı eylem” ile iradesini göstermiş demektir. Onaylayıcı eylemin, sözlü veya yazılı beyan niteliği taşımayan davranışlar olarak anlaşılması gerekmektedir. Kullanıcının açık ve aktif bir hareketi, rızanın kesin olarak gösterildiğini ortaya koymalıdır. Bilgisayara bir yazılım yüklendiğinde, uygulama, çökme raporlarını (crash reports), yazılımı geliştirmek amacıyla kullanmak ister. Veri öznesi, kendisine sunulan kutucuktaki “rıza gösteriyorum” ifadesini işaretlediği zaman, onaylayıcı eylemle rıza göstermiştir⁷⁷.

Belirli bir hareketin yapılmasının onaylayıcı eylem olarak kabul edileceği veri sorumlusu tarafından pekâlâ belirlenebilir. Ancak bu hareketlerin,

And The GDPR”, SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society, Vol. 14, I.2, 2017, s. 291 vd).

⁷⁵ Reijneveld, s. 302.

⁷⁶ Örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, s. 22.

⁷⁷ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 16.

karişıklığa yer vermeyecek özellikler içermesi, Tüzük hükümleri gereğince şarttır. Söz gelimi, kullanıcının sadece ekran üzerinde parmağını hareket ettirmesi, her durumda rıza anlamına gelmeyebilir. Zira akıllı telefon kullanıcısının bu hareketi, başka bir amaçla yapması da imkân dâhilindedir. Bu tarz eylemler, yanlış anlaşılmaya müsait yapıları sebebiyle “belirsizliğe mahal vermeme” şartı bakımından sakıncalar doğurabilir. Veri öznesi için “anlaşılabilir ve açık olma”, onaylayıcı eylem belirlemek noktasında veri sorumlusuna tanınan serbestliğin sınırını çizmektedir⁷⁸.

Sadece bir internet sitesinin kullanılması, bir sitede uzun süre kalınması ya da salt bir servis üzerinde işlem yapılması, belirli bir veri işleme faaliyetine rıza gösterildiği şeklinde yorumlanamaz⁷⁹. Örneğin, canlı olarak oynanan bir oyuna giriş yapan kullanıcılardan, ad, yaş, adres gibi bilgilerini paylaşması talep edilir. İnternet sitesi bir bağlantı vasıtasıyla erişilebilen bir bildiri yayımlar. Bildiride siteyi kullanan kişilerin üçüncü kişilere ve oyunun servis sağlayıcılarına pazarlama amacıyla kişisel veri gönderilmesine rıza göstermiş sayılacakları açıklanır. Bir oyuna katılmak, bunun dışındaki amaçlar için rıza gösterildiği anlamına gelmez. Örnekte, şüpheye yer vermeyecek kesinlikte bir rıza alınmış değildir⁸⁰.

Uygulamada opt-in ve opt-out yöntemleri kullanılarak kullanıcıdan rıza talep edildiği görülmektedir. Bu yöntemlere pek çok şirketten pazarlama faaliyetleri kapsamında gönderilen e-postalar örnek verilebilir. E-postada “*bu iletileri istemiyorsanız aşağıdaki kutuyu işaretleyiniz*” şeklindeki bir ibare varsa, bu “opt-out” yöntemine örnek oluşturabilir. Şirketler günümüzde veri alışveriş yaparak çeşitli menfaatler elde etmeyi amaçlamaktadır. Bir şirket; “*sizin tercihlerinize uygun fırsat ve seçenekler sunması için bilgilerinizi X şirketi ile paylaşmamıza izin veriyorsanız aşağıdaki kutucuğu işaretleyiniz*” şeklinde bir e-posta gönderiyorsa “opt-in” yöntemi uygulamıştır⁸¹.

İşleme faaliyetine rıza göstermek istemeyen kullanıcının halihazırda işaretli olan kutucuktaki işareti kaldırması bekleniyorsa, bu da opt-out yöntemi uygulandığının göstergesidir⁸². Rıza göstermeyen kullanıcıyı aktif bir

⁷⁸ Benzer Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 17.

⁷⁹ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 16, 17.

⁸⁰ Örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, s. 23.

⁸¹ Örnek için bkz. **Küzeci**, s. 243.

⁸² **Çekin**, s.55-56, dn. 133; Benzer **Korkmaz**, s. 151, 152.

harekete zorlayan opt-out yöntemi, kişisel verilerin korunmasını zayıflatan bir niteliğe sahiptir⁸³. Zira opt-out yönteminde sessiz kalan kullanıcı, verilerin işlenmesine rıza göstermiş demektir.

Tüzükte internet ortamında da rıza verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiş, bu bağlamda, kutucukların tıklanması yeterli kabul edilmiş, ancak önceden tıklanmış kutucuktaki işareti kaldırmayarak hareketsiz kalmanın rıza anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir (Giriş Kısmı, Prg. 32). Başka bir deyişle, Tüzük, opt-out yöntemine kapıları kapatmıştır. Keza, opt-out yöntemi, onaylayıcı eylem kabul ederek veri öznesinin rıza gösterdiği sonucuna ulaşmak da mümkün değildir⁸⁴. Opt-out yönteminde veri öznesi, rıza gösteriyorsa değil, rıza göstermiyorsa bilinçli, aktif bir harekette bulunmalıdır. Esasen rıza göstermek istemeyen, belki de rıza göstermek gibi bir düşüncesi hiç olmayan veri öznesine aktif bir hareket adeta dayatılmaktadır.

Doktrinde *Solove*'a göre, opt-in yöntemi, uzun vadede başarısız olacaktır. Opt-in yönteminde daha fazla "tıklama" faaliyeti ve form doldurma işlemi gerçekleştirilecek, ancak verilerin daha makul şekilde korunması mümkün olmayacaktır. Yazara göre, opt-in yöntemi ve onaylayıcı eylemle rıza talebinde bulunulması oldukça maliyetli olduğundan, uzun vadede şirketleri veri işleme faaliyetlerinden uzak durmaya yöneltecektir. Opt-in ve onaylayıcı eylem vb. faaliyetlerin şekilci yaklaşımı, yararlı/zararlı veri kullanımlarını birbirinden ayırt etmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Yazar, daha az veri toplamayı ve kullanmayı her durumda başarı olarak görenleri, veri kullanımının faydalı olduğu durumlarda ortada bir başarı bulunmadığını savunarak eleştirmektedir. Keza, yazara göre, opt-in yönteminin masraflı olduğunu gözetken veri sorumluları, verilerin gelecekte nasıl kullanılacağına ilişkin belirsiz ve açık uçlu bilgiler vererek tekrar tekrar rıza istemekten sakınmayı da tercih edebilir⁸⁵.

Öte yandan, *Solove*, opt-out yönteminin de seçenekler konusundaki farkındalığı azalttığına işaret etmektedir. Yazara göre, opt-out, meşru olmayan bir yöntem olmamakla birlikte belirsizliğe mahal veren bir yapıya sahiptir. Nihayetinde yazar, opt-in yönteminin verilerin nasıl kullanılacağı ve ifşa edileceği gibi konularda veri öznesini daha farkında olmaya sevk ettiğini, opt-out yönteminin ise böyle bir etkiye sahip olmadığını kabul etmektedir⁸⁶.

⁸³ **Küzeci**, s. 243, 244.

⁸⁴ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 16.

⁸⁵ **Solove**, s. 1898, 1899.

⁸⁶ **Solove**, s. 1899.

Rızanın geçerli kabul edilebilmesi için aranan şartlar, Direktife nazaran, Tüzükte daha katı bir perspektifle ele alınmıştır. Rızanın tanımlandığı 2'nci madde göz önüne alındığında; Direktifin genel olarak opt-in mi yoksa opt-out mu yönteminin benimsenmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermediği anlaşılmaktadır⁸⁷. Ancak Direktifin 14'üncü maddesi bu konuda istisnadır. Buna göre, doğrudan pazarlamaya ilişkin konularda “opt-out” yöntemi standart olarak benimsenmiştir. Bütün bu düzenlemeler, Direktifin genel hususlarda, opt-in yöntemini bir gereklilik olarak görmediğini ortaya koymaktadır⁸⁸.

Veri öznesi, rıza gösterme iradesini aktif şekilde ifade etmedikçe, geçerli bir rıza beyanından söz edilemez. Örneğin, iş hayatında işçinin elektronik cihazlarında varsayılan ayarların bulunması veya işçi tarafından bir yazılımın yüklenmesi, tek başına rızanın varlığını göstermez⁸⁹.

Susma, kural olarak talebin reddi anlamına gelse de, mevzuat tarafından ilgili kişinin susmasının kabul olarak değerlendirildiği durumlar bulunmaktadır. Ancak salt susmanın kabul olarak yorumlanması, kişisel veri hukukuna yabancıdır⁹⁰. Sosyal medyada kullanıcının müdahalesi olmaksızın belirlenen varsayılan gizlilik ayarlarında “arkadaşların arkadaşları” kutucuğu işaretliyse, kişisel veriler, bu kişiler tarafından görülebilir. Bu seçenekten memnun olmayan veri öznesinin kutucuğu değiştirmek suretiyle ayarlara müdahale etmesi mümkündür. Ancak kendisinin katılımı olmaksızın belirlenen ayarlara müdahale etmeyen kullanıcının rıza gösterdiği varsayılmaktadır. Aktif bir davranış söz konusu olmadığı için bu husus, Tüzük hükümlerine aykırıdır⁹¹.

B. Açık Rıza İle Rıza Kavramlarının Karşılaştırılması

Direktifte ve Tüzükte açık rıza ve rıza kavramlarının kullanılması, yerine göre farklı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Direktifte hassas olmayan kişisel veriler için rıza yeterli kabul edilirken; hassas kişisel veriler için açık rıza aranmaktadır (m.8/2). Direktif kapsamında ele alındığında; “açık rıza” ile “rıza” arasındaki birtakım farklar bulunmaktadır. Söz gelimi,

⁸⁷ Kuner, s. 68.

⁸⁸ Kuner, s. 68.

⁸⁹ Bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 2/2017 on Data Processing at Work**, 8/6/2017, s. 7.

⁹⁰ Kuner, s. 69.

⁹¹ Örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, s. 24.

kullanıcının hareketsiz kalmasına bir sonuç bağlayan opt-out yöntemi, Direktifte rızanın arandığı durumlar bakımından geçerli kabul edilirken; açık rızanın arandığı hassas kişisel verilerin işlenmesinde ise opt-out yönteminin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁹². Buna karşılık, Tüzük, hassas olmayan kişisel veri/hassas kişisel veri ayrımı yapmadan, opt-out yöntemini reddetmektedir (Giriş Kısmı, Prg. 32).

Çalışmada belirtildiği üzere, veri öznesinin susması, belirli bir veri işleme faaliyetine rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaz. Ancak susmayı destekleyen birtakım emarelerin bulunması durumunda geçerli bir rıza açıklamasının bulunduğu söylenebilir mi? Bu konuda rızanın veya açık rızanın arandığı durumlar için Direktif kapsamında bir ayırım yapılması mümkündür.

Doktrinde Direktifi değerlendiren yazarlar, tek başına susma veya hareketsizliğin rıza olarak yorumlanamayacağını, ancak susmayı destekleyen birtakım emarelerin var olması durumunda geçerli bir rızanın mevcut olabileceğini ifade etmişlerdir. Bu görüşe göre, halihazırda sessiz kalan veri öznesi, önceden bazı aktif hareketler gerçekleştirerek rıza gösterdiğini ortaya koymuşsa, geçerli bir rızadan söz edilebilir⁹³. Bir görüş ise, açık rıza aranan hassas kişisel verilerin işlenmesinde rızanın açık bir şekilde ortaya koyulması gerektiğini, örtülü şekilde ifade edilen rızanın geçerli kabul edilemeyeceğini savunmaktadır⁹⁴.

Kanaatimizce, Direktif bakımından bu görüşler geçerli kabul edilebilirse de Tüzük bakımından aynısını söylemek güçtür. Direktif ile benzer şekilde Tüzük, hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesinde rızayı yeterli kabul ederken (m. 6/1-a), hassas kişisel verilerin işlenmesinde ise açık rızanın varlığını aramaktadır (m.9/2- a). Buna karşılık Direktiften farklı olarak Tüzükte rızanın “*beyan veya açık onaylayıcı eylemle*” açıklanabileceği ifade edilmiştir. Açık onaylayıcı eylem, sözlü veya yazılı beyan dışında kalan, aktif hareketler şeklinde anlaşılmalıdır. Her ne kadar, beyanın açık olması gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmese de, onaylayıcı eylemin “açık” olması aranmaktadır. Onaylayıcı eylem için geçerli olan bu hususun beyan için geçerli olmadığını söylemek mümkün değildir.

Tüzük, veri öznesinin aktif şekilde rıza açıklamasında bulunmasını aramaktadır. Direktiften farklı olarak Tüzükte opt-out yöntemine kapıların kapatılması, bu hususu doğrulamaktadır. Halihazırda sessiz kalan veri özne-

⁹² Article 29 Working Party, **Working Document on The Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records**, 15/2/2007, s. 9.

⁹³ **Kuner**, s. 69.

⁹⁴ Bkz. **Başalp**, s. 40.

sinin önceden birtakım aktif hareketler gerçekleştirdiğinden bahisle rıza gösterdiğini söylemek de güçtür. Bu konuda şu örnek verilebilir: Telefon numarasının işlenmesine başta rıza gösteren kullanıcıya iki ay sonra aynı talep iletilir, ancak kullanıcı sessiz kalır. Tüzük esas alındığında; bu noktada susmayı destekleyen birtakım emareler bulunduğundan bahisle rıza gösterildiği sonucuna ulaşılamaz.

Direktifte açık rızanın arandığı durumlarda açık bir irade beyanının var olması gerektiği ve opt-out yönteminin uygulanamayacağı belirtilmişti. Rızanın arandığı durumlarda ise böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. Tüzük ise her durumda opt-out yöntemini reddetmekte, veri öznesinin aktif ve açık şekilde rıza açıklamasını beklemektedir. Özetle, Tüzükte ve Direktifte açık rıza ve rıza kavramlarına yüklenen anlam ve bu ayrımın doğurduğu sonuçlar birbirinden farklıdır.

Kanaatimizce, Tüzük koyucu, açık rıza kavramını kişisel verilerin işlenmesinde daha yüksek bir korumaya işaret etmek için kullanmıştır. Açık rızanın arandığı durumlarda Tüzük, verileri işleyen veya veri ihlallerini değerlendiren makamları dikkatli olmaya sevk etmekte, bu makamların titiz davranmasını beklemektedir.

C. Rıza İle Diğer Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki İlişki

Kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan tek sebep, rıza değildir. Rıza dışındaki sebeplerin uygulama alanı varsa, ayrıca rızaya dayanılması gerekmez. Ancak rıza dışında pek çok sebebin bulunması, bunların geniş olarak uygulanmaya imkân veren yapısı rızanın uygulama alanını oldukça sınırlandırmaktadır⁹⁵. Diğer hukuka uygunluk sebeplerinin geniş olarak yorumlanması, rızaya dayanmadan verilerin işlenmesini mümkün kılarak kontrol prensibinin göz ardı edilmesine sebep olmaktadır. Keza veri sorumlusu, rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerini tercih etmeye eğilimlidir.

Veri işlemek, bir sözleşmenin ifası için gerekliyse, veri sorumlusu Tüzük m.6/1-b'ye dayanabilir, ayrıca rıza talebinde bulunması şart değildir. Örneğin, sınır aşan para transferinde bankalara verilen havale emrinin yerine getirilmesi için kişisel verilerin işlenmesi zorunluluk arz eder⁹⁶. Banka hesap numarası, ad ve soyad gibi kişisel verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmasını istemeyen bir kişi, bankadan para gönderemeyecektir.

⁹⁵ Küzeci, s. 238.

⁹⁶ Başalp, s. 39.

Sözleşmenin ifası için veri işlemek gerekliyse, veri sorumlusunun ayrıca rıza talebinde bulunmasının gereksiz olduğu savunulmaktadır. Keza bu görüşe göre, olayda başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan, veri öznesi, rızasını geri alabileceğini düşünüp yanılabilir⁹⁷. Bizce, taraflar arasında güç dengesizliği yoksa, başkaca hukuka uygunluk sebepleri bulunsa dahi, rızaya dayanılmasında olağandışı bir durum yoktur. Rızaya dayanılmasının gerekli olması ile zorunlu olması birbirinden farklı konulardır. Söz gelimi iki tane hukuka uygunluk sebebi varsa, veri sorumlusu tercihen bunlardan birine dayanabilir. Ancak, veri sorumlusu, hangi hukuka uygunluk sebebine dayanmışsa, bunun şartlarının oluştuğunu gözetmeli ve yeri geldiğinde hukuka uygun bir işleme faaliyeti bulunduğunu kanıtlamalıdır (Tüzük m.7). Örneğin, sözleşmenin ifası için gerekli olan bir işleme faaliyeti bulunsa dahi, veri sorumlusu, işleme faaliyetini sağlam bir zemine oturtmak ve zamanı geldiğinde hesap verebilmek için veri öznesinden rıza talep edebilir. Hemen belirtelim ki, hukuka uygunluk sebeplerinin var olup olmadığı sırayla değerlendirilmelidir. Rızaya dayanan veri sorumlusu, konuya özel, aydınlatılmış, özgür iradeye dayanan bir rıza elde etmelidir. Rıza gösterildikten sonra rızanın geri alınmasına da engel bir durum yoktur. Her nasılsa, veri öznesi, başta verdiği rızayı geri alırsa, veri sorumlusu, uygulama alanı bulunan diğer sebepleri gözetip verileri işleyebilir. Özetle, veri öznesi rızasını geri alabileceği gibi veri sorumlusu da diğer hukuka uygunluk sebeplerine dayanabilir. Rızasını geri alan veri öznesi, bazen veri sorumlusunu, işlemenin hukuka uygunluğu konusunda düşünmeye sevk eder, veri sorumlusunun özdenetim gerçekleştirilmesini sağlayabilir.

Hassas kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan tek sebep de açık rıza değildir. Örneğin, komada olduğu için sağlık bilgilerinin başka bir yere gönderilmesine rıza gösteremeyen kişinin hayatı menfaatlerini korumak için işleme gerekliyse, rızaya dayanılması şart değildir (Tüzük m.9/2-c).

Veri öznesi tarafından açıkça aleni hâle getirilen kişisel veriler⁹⁸, açık rıza gerekmeksizin işlenebilir (Tüzük m.9/2-e). Bizce bu hukuka uygunluk sebebi, rızadan ayrı olarak düşünülemez. Esasen bilgilerini bizzat aleni hâle

⁹⁷ Görüşler hakkında bilgi için bkz. **Çekin**, s. 64.

⁹⁸ Hassas olmayan kişisel verilerin veri sahibi tarafından alenileştirilmesi, Kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir (m.5/2-d). Söz gelimi, sosyal medya profilinde kullanılan herkese açık bir fotoğrafın başkaları tarafından görülmesinde bir sakınca yoktur. Bununla birlikte, alenileşen bilginin farklı şekillerde kullanılması, bazı durumlarda, kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. Yukarıdaki örnekte, fotoğraf üzerinde birtakım değişiklikler yapılması veri öznesinin kişilik haklarını ihlal edebilir. Bkz. **Develioğlu**, s.59.

getiren kişinin belirli işleme faaliyetlerine rıza gösterdiği varsayılmakta, bu husus da ayrı bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilmektedir. Söz gelimi, kişinin cinsel eğilimlerini yansıtan bilgiler, hassas kişisel veri teşkil eder (Tüzük m.9/1). Cinsel eğilime ilişkin bir bilgiyi, sosyal medyada herkese açık profilden edinen üçüncü bir kişinin, bunu bir başkasına aktarmasında Tüzük m.9/2-e'ye göre bir hukuka aykırılık yoktur. Ancak aleni hâle getirilen bir bilginin her türlü amaçla kullanılması hukuka uygun olmayabilir. Rıza gösterildiği varsayılan işleme faaliyetlerinin sınırı iyi çizilmelidir. Bizce bizzat sahibi tarafından alenileştirilen cinsel eğilime ilişkin bilgilerin, devlet arşivlerinde veya şirket kayıtlarında tutulması, kamuya ilişkin bir menfaatle bağdaşmaz, veri öznesinin kişilik hakkını da ihlal edebilir.

D. Veri İşlemenin Rızaya Dayanmasının Uygun Olmadığı Durumlar

Tüzüğün 7/4'üncü maddesine göre; sözleşmenin ifası veya bir hizmetin sunulması için gerekli olmayan bir veri işleme faaliyetine rıza gösterilmesi, sözleşmenin ifa edilmesi veya hizmetin sunulması için şart koşuluyorsa, rızanın serbestçe verilip verilmediği değerlendirilirken bu konu da dikkate alınmalıdır. Tüzük, veri ihlallerini değerlendiren makamın bu hususta “*azami dikkat*” göstermesini bekler (m.7/4). Sağlık hizmetlerinin sunulması için gerekli olmamasına rağmen, cinsel bilgilerin işlenmesi için hastadan rıza talep edilirse, rızanın özgür iradeye dayandığı tespit edilirken bu konu özellikle araştırılmalıdır. Zira hekim-hasta arasında bir nevi, bağımlılık ilişkisi vardır; rıza göstermeyen hasta, sağlık hizmetlerinden gereği gibi yararlanamayacağından endişe edebilir.

Taraflar arasında hiyerarşinin ve güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda, (söz gelimi veri sorumlusu kamu kurumuyorsa) rızanın özgür iradeye dayandığını söylemek pek mümkün değildir (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 43)⁹⁹. Bu tip durumlarda, veri sorumlusu, genellikle şartları varsa, rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerine dayanmalıdır.

Veri öznesi ile veri sorumlusu arasındaki güç dengesizliğine, işçi-işveren ilişkileri örnek verilebilir. İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, rıza beyanına şüpheyle yaklaşılmasına sebep olabilir¹⁰⁰. İşçi, rıza göstermeyi reddettiğinde bu hususun aleyhine kullanılacağından endişe edebilir¹⁰¹. İşverenin işçiye karşı tutumunun değerlendirilmesine ilişkin bir form, işçi

⁹⁹ Ayrıca bkz. **Develioğlu**, s. 54; **Çekin**, s. 61.

¹⁰⁰ **Kuner**, s. 68.

¹⁰¹ **Bergkamp/Dohnt**, s. 77.

tarafından genellikle baskıya maruz kalmadan, korkusuz bir şekilde doldurulamaz. Keza işyerinde gözetleme sistemlerinin kurulmasına rıza gösteren bir işçinin özgür iradesiyle hareket ettiğini söylemek çoğu zaman mümkün olmayacaktır¹⁰².

Belirttiğimiz sebeplerle, işçi-işveren ilişkilerinin çoğunda işverenin rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerine dayanması tavsiye edilmektedir¹⁰³. İşveren, şartlarının oluşması durumunda, sözleşmenin ifası için gerekli olma (Tüzük m.7-b), işveren tarafından uygulanması gereken yasal zorunlulukların veri işlemeyi gerektirmesi (Tüzük m.7-c) ve işverenin meşru menfaatlerinin varlığı (Tüzük m.7-f) hukuka uygunluk sebeplerine dayanabilir¹⁰⁴. Söz gelimi işçinin maaşının ödenmesi için banka hesap bilgilerinin işlenmesi, sözleşmenin ifası için gereklidir, ayrıca işçiden rıza alınması gerekmez¹⁰⁵.

İşveren, mevzuat tarafından işe giriş-çıkış bildirgeleri hazırlamak ve özlük dosyası tutmakla yükümlü tutulmuş olabilir. Özlük dosyasında genel olarak, işçinin işyerinde çalışması için gerekli olan belgeler ile¹⁰⁶ işçinin işe yatkınlığı ve verimiyle ilgili bilgiler yer alır. Veri sorumlusunun tabi olduğu hukuki bir yükümlülüğe uyulması veyahut sözleşmenin ifa edilmesi için¹⁰⁷ gerekliyse rıza aranmaksızın veriler işlenebilir. İşçinin ikametgâh belgesi, askerlik durum belgesi, sürücü belgesi, personel evliyse eş ve çocuklarına ilişkin nüfus cüzdanı örneği, vergi numarası gibi belgelerin özlük dosyasında yer alması gerekmektedir¹⁰⁸. İşveren tarafından bu bilgi ve belgelere dosyada yer verilmesi, veri sorumlusunun tabi olduğu bir yükümlülüğe uyulmasıyla yakından ilişkilidir.

İşverenin kendi dünya görüşüne uygun olmayanları işten çıkarmak amacıyla, siyasi görüşlere veya cinsel eğilimlere ilişkin bilgileri toplaması

¹⁰² Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 7.

¹⁰³ Küzeci, s. 240; Article 29 Working Party, **Opinion 2/2017 on Data Processing at Work**, s. 6, 7.

¹⁰⁴ Bilgi için bkz. Article 29 Working Party, **Opinion 2/2017 on Data Processing at Work**, s. 6 vd.

¹⁰⁵ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 8. Sözleşmenin ifası ile verilerin işlenmesi arasında doğrudan ve objektif bir bağlantı bulunmalıdır (Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 8).

¹⁰⁶ Aydın, **Ufuk: "İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü"**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 494.

¹⁰⁷ Tüzükte "sözleşmenin ifası için veri işlemenin gerekli olması", hassas kişisel verilerin işlenmesinde bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bkz. Tüzük m.9.

¹⁰⁸ Aydın, s. 493.

ise hukuka uygun değildir. “İşleme faaliyeti, veri sorumlusunun, iş ve sosyal sigorta ve güvenlik hukuku alanlarındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve belirli haklarının kullanılması için gerekliyse” bahsi geçen verilerin işlenebileceğini öngören¹⁰⁹ hukuka uygunluk sebebinin şartları bu örnekte oluşmamıştır. İşte, işleme faaliyetini hukuka uygun kılan sebeplerin gerçekleşmediğini fark eden işveren, hiyerarşisini kötüye kullanarak işçinin rıza göstermesini sağlayabilir. Bu örnek özelinde de rızadan kaynaklı olarak verilerin işlenmesi, işçinin aleyhinedir.

İş ilişkilerinde, ancak işçinin gerçek bir seçim şansına sahip olduğu ve herhangi bir zarara uğramadan rızasını geri alabileceği durumlarda rızaya dayanılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰. Rızanın geçerliliği irdelenirken, bir zarara maruz kalıp kalmama ölçütünün özellikle göz önünde tutulması gerekmektedir. Zayıf konumda olan tarafa zarara uğramayacağı konusunda birtakım ek güvenceler verilmesi, rızanın geçerliliği için şart olabilir¹¹¹. İşini kaybetmeyeceği veya çalışma koşulları daha ağır bir bölüme gönderilmeyeceği konularında işçiye garanti verilebilir.

Film çekiminde çalışan personelin ekranın arka planında görünmesi muhtemel olduğu için, işveren çekime katılanlardan bu hususta rıza talep eder. Rıza göstermeyenler, herhangi bir şekilde cezalandırılmaz; film çekimi sürerken eşdeğer başka bir bölümde çalıştırılır. Örnekte geçerli bir rıza beyanı bulunmaktadır¹¹².

Kamuya ilişkin menfaatlerin ağır bastığı hâller, bir diğer örnektir. Söz gelimi yetkilerle donatılmış kamusal otoritelerin işlemede rızaya dayanması, kural olarak meşru kabul edilmez¹¹³. Örneğin, şüphelilerin vücudundan hangi hâllerde örnek alınabileceği mevzuatta gösterilmiştir. Hemen belirtelim ki, adli makamın bu noktada dayanması gereken hukuka uygunluk sebebi rıza değildir. Tüzüğün “Cezai Hükümler ve Suçlarla İlgili Kişisel Verilerin İşlenmesi” başlıklı 10’uncu maddesinde bu konuda özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, üye devlet, ilgili kişinin hak ve özgürlük-

¹⁰⁹ Siyasi görüşlere ve cinsel eğilimlere ilişkin bilgiler, Tüzükte hassas kişisel veri kategorisinde sayılmıştır. Bu verilerin hangi şartlarda işlenebileceğini tespit etmek için Tüzüğün 9-b maddesine gidilmelidir.

¹¹⁰ Article 29 Working Party, **Opinion on The Processing of Personal Data in The Employment Context**, 13/9/2001, s. 23.

¹¹¹ **Bergkamp/Dohnt**, s. 77 vd.

¹¹² Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 7. Türk hukukunda işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesi, esaslı değişiklik kabul ediliyorsa, ayrıca 4857 Sayılı İş Kanununun 22’nci maddesi de dikkate alınmalıdır.

¹¹³ Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, s. 15, 16.

lerinin korunmasına yönelik uygun güvenceler getiren birtakım düzenlemeler ile resmi makamlara cezai hükümler veya suçlarla ilgili verileri işleme yetkisi verebilecektir. Dolayısıyla vücuttan örnek alınması, üye devletin mevzuatında öngörülen şartlar gerçekleştiğinde mümkün olabilir, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinden biri değildir. Bu örnek bakımından rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek veri öznesinin aleyhinedir. Mevzuatta öngörülen şartlar gerçekleşmediği hâlde, rızaya dayanarak verilerin işlenmesi, emredici kuralların dolanılması demektir. Geniş yetkilerle donatılmış kamusal makamın, baskı uygulamak suretiyle rıza elde etmesi de kuvvetle muhtemeldir.

Önemli ölçüde bağımlılık içeren hasta-hekim ilişkileri bakımından da rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı hususu bilhassa incelenmelidir¹¹⁴. Sağlık konusunda yeterince bilgi sahibi olmayan birey, çözümü hastanelerde arar. Öncelikli olarak sorunun çözümüne odaklandığı için hekim veya görevli diğer kişiler tarafından yapılan bir işleme itiraz ettiğinde sağlık hizmetlerinin aksayacağını düşünebilir. Bu açıdan taraflar arasında güç dengesizliği ve bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Özetle, hasta-hekim ilişkilerinde de rızaya ancak sınırlı durumlarda dayanılması gerektiği ifade edilmektedir. Rızaya dayanılması, hastanın gerçek bir seçim şansına sahip olduğu ve herhangi bir zarara uğramadan rızasını geri alabileceği durumlarla sınırlandırılmalıdır¹¹⁵. Söz gelimi, rıza göstermemesi hâlinde sırf bu sebeple sağlık hizmetlerinin aksamayacağı konusunda hastaya garanti verilmesi durumunda rıza geçerlidir¹¹⁶.

İşçi-işveren, resmi makam-vatandaş veya hekim-hasta örneklerinde rızaya dayanılmaması, veri sorumlusunun da lehinedir. Zira özgür iradeye dayanan, bilgilendirilmiş ve konuya özel bir rıza verildiğini ispat yükü, veri sorumlusunun omuzlarına yüklenmiştir (Tüzük m.7/1). Taraflar arasındaki hiyerarşinin kötüye kullanılması suretiyle sözleşmenin ifası için gerekli olmayan veriler işlendiğinde, veri koruma hukukunun temel ilkeleri ihlal edilmiştir. “Belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanma (Tüzük m.5/1-b)” ve “yeterli, alakalı ve işlendikleri amaçlarla bağlantılı olarak sınırlı olarak işlenme (Tüzük m.5/1-c)” ilkeleri ihlal edildiğinden işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır. Nihayet veri sorumlusu, ihlal iddialarına karşı sorumluluk prensibi gereğince hesap vermekte zorlanacaktır.

¹¹⁴ Korkmaz, s. 149.

¹¹⁵ Article 29 Working Party, **Working Document on The Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records**, s. 8.

¹¹⁶ Bergkamp/Dohnt, s. 77.

Örneklerde belirtildiği üzere, rızaya rağmen belirli durumlarda verilerin işlenmesini engellemek, esasen veri öznesini korumayı amaçlamaktadır. Bu itibarla, Tüzüğün kontrol prensibini göz ardı ettiği yönündeki eleştirilere katılmıyoruz¹¹⁷.

E. Rızanın Geri Alınması

Belirli bir veri işleme faaliyetine rıza göstermek ve rızayı geri almak birbirinden ayrı olarak düşünülemez. Tüzüğün 7/3'üncü maddesine göre; *“ilgili kişi, her zaman rızasını geri alma hakkına sahiptir. Rızanın geri alınması, o ana kadar gerçekleştirilen işleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu etkilemez. İlgili kişi rıza vermeden önce bu konuda bilgilendirilmelidir. Rızanın geri alınması, rızanın verilmesi kadar kolay olmalıdır”*.

Tüzüğe göre, rıza geri alınırken, rıza verilmesinde uygulanandan daha zor bir sürecin izlenmesi mümkün değildir (m.7/3). Klavyede bir tuşa basılması ya da ekrana dokunulması gibi şekillerde rıza alınmışsa, rızanın geri alınması da aynı ölçüde kolay olmalıdır.

Pazarlama faaliyetleri için iletişim bilgilerini toplamayı amaçlayan bir bilet şirketi, internette “Evet” veya “Hayır” kutucuğunun işaretlenmesini isteyerek rıza talep eder. İşgünlerinde ve mesai saatlerinde çağrı merkezini aramak suretiyle rızanın ücretsiz olarak geri alınabileceği konusunda müşteriler bilgilendirilir. Tek bir tıklama faaliyetiyle rıza elde eden veri sorumlusunun rızanın geri alınmasında müşteriler için daha külfetli bir yöntem uygulaması, Tüzüğün 7/3'üncü maddesine aykırıdır¹¹⁸. Yine bu hükme göre, çevrimiçi ortamda kolaylıkla rıza verilmesine imkân tanınmışsa, rızanın geri alınması için yazılı bir bildirim talep edilemez¹¹⁹.

Rızanın geri alınması, veri öznesini bir zarara uğratmamalıdır; rızasını geri alan kullanıcı, hizmet seviyesinde bir düşüş yaşamamalı veyahut rızasını geri alırken ek ücret ödemek zorunda kalmamalıdır¹²⁰.

Kullanıcı, indirimde olan bir moda dergisine abone olur. Moda dergisi, kullanıcıların alışveriş alışkanlıklarını tespit etmek ve tekliflerini kullanıcıların tercihlerine uygun hâle getirmek üzere, doldurulması gönüllülük esasına bağlı olan bir anketle bazı kişisel veriler toplamaktadır. Sonradan rızasını geri alan kullanıcı, tercihlerine göre kişiselleştirilmemiş dergiyi, aynı indirim oranıyla almaya devam eder. Bu örnekte, rızasını geri alan veri

¹¹⁷ Karşı görüş için bkz. Solove, s. 1897.

¹¹⁸ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 22.

¹¹⁹ Çekin, s. 62.

¹²⁰ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 21.

öznesi, bir zarara maruz kalmış değildir. Akıllı telefon uygulaması, telefonun ivmeölçerine (accelerometer) erişmek için kullanıcıdan izin talep eder. Bir süre sonra, rızasını geri alan kullanıcı, uygulamayı artık sınırlı olarak kullanabildiğini fark eder. Rızasını geri alan veri öznesi bir zarara uğratıldığından, bu örnek özelinde geçerli bir rıza talebi yoktur¹²¹.

Rızanın geri alınmasının ardından veri sorumlusu, saklamasını gerektiren başkaca yasal zorunluluklar bulunmadığı takdirde, elde ettiği verileri silmek zorundadır¹²². Verilerin silinmesi talep edilmese dahi, veri sorumlusu kendiliğinden bu konuyu değerlendirmelidir. Buna karşılık, mevzuatta verilerin belirli bir süre daha saklanması öngörülmüş olabilir. Söz gelimi kullanıcının internet sitesindeki üyeliği sona erse dahi, çevrimiçi gezinme işlem bilgisi, IP adresi, aktarılan veri miktarı gibi kişisel veriler, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun gereğince belirli bir süre daha saklanmalıdır (m.5/3).

F. Rıza Gösterme Ehliyeti

Fiziksel ve psikolojik olarak yeterli olgunluğa sahip olmayan çocuklar, yetişkinlere kıyasla daha çok korunmalıdır. Aynı koruma, çocukların kişisel verileri bakımından da sağlanmalıdır. Konunun uluslararası sözleşmelerde sıklıkla adı geçen “çocuğun üstün yararı” ilkesiyle¹²³ de bağlantısı bulunmaktadır. Türkiye’nin de taraf olduğu, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesine göre; kamu kurum ve kuruluşları, özel kuruluşlar, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organı tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı ilkesi gözetilmelidir.

Çocukların sosyal medya paylaşımları da bu ilke ışığında ele alınmalıdır. Küçük yaşta yapılan bir paylaşım, yeri geldiğinde kişiyi hayatı boyunca

¹²¹ Her iki örnek için bkz. Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 11.

¹²² Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 22.

¹²³ Çocuğun üstün yararı ilkesi ile çocuğun mahremiyet hakkı bazı durumlarda yarış içinde olabilir. Örneğin, çocuk ile velinin menfaatleri çatışırsa kişisel verilerin işlenmesine veli tarafından gösterilen rıza geçersiz kabul edilebilir. Keza bir öğretmen, çocuğun fail/mağdur olduğu bir suçtan ötürü fiziksel ve psikolojik olarak korunabilmesi için sosyal hizmet görevlisine çocuğun bazı kişisel verilerini açıklayabilir. Çocuğun üstün yararı ilkesi bunu gerektirir. Ek olarak, çocuğun istismara veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığını tespit edebilmek için sağlık mensubu görevlilerine bazı bilgilerin açıklanmasında da aynı durum söz konusudur (Article 29 Working Party, **Opinion 2/2009 on The Protection of Children’s Personal Data**, 11/2/2009, s. 5, 6).

takip ederek onun gelişimi üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilir¹²⁴. Çocukların özellikle sosyal medya paylaşımlarında “bilinçli” bir bireyin izlerini görmek her zaman mümkün değildir¹²⁵. Çocuklar adına yasal temsilcilerin rıza göstermesi, kişisel veri hukukunda da gündeme gelebilecektir.

Çocuk, haklarını kullanabilmek için yasal olarak temsil edilmek isteyebilir. Yasal temsilcinin çocuk üzerinde mutlak ve koşulsuz bir egemenliği bulunmadığı gibi bazı durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi, yasal temsilcinin isteklerinin göz ardı edilmesini gerektirebilir¹²⁶.

Belirli bir yaştan sonra çocuk, yasal temsilcisine danışmadan kararlar alabilir. Çocuğa ilişkin bir kişisel veri, başlangıçta yasal temsilcinin rızasıyla işlenmişse, daha sonra ehil olan birey, bu rızayı geri alabilir. Çocukla ilgili bir ameliyata başta yasal temsilci açık rıza göstermiş, ancak çocuk sonradan ehil olmuşsa, veri sorumlusu ehil olan bireyin rıza göstermeyi sürdürdüğünden emin olmalıdır, zira bu örnekte, hassas kişisel veri teşkil eden bilgiler işlenmektedir¹²⁷. Her durumda korunan yasal temsilcinin değil, çocuğun menfaattir; kişisel verilerin korunması hakkı, bizatihi çocuğun kendisine aittir¹²⁸.

Veri sorumlusu, sunduğu hizmetin kimlere hitap ettiğine, veri öznesinin yaşına ve kim olduğuna dikkat etmelidir. Söz gelimi, rıza ehliyetine sahip olmayan kimselerin de kişisel verileri işleniyorsa, veri sorumlusu bu kişilere özgü bir bilgilendirme süreci yürütmek zorundadır¹²⁹.

Verilerin işlenmesinde ne zaman rıza ehliyetinin mevcut olduğu tartışmalı bir husustur. Ancak mevzuatta açıkça belirli bir yaşın üstü ehliyetli

¹²⁴ Çekin, s. 63.

¹²⁵ Keza yetişkinlerin de sosyal medya paylaşımları için aynı yorum pekâlâ yapılabilir. Yetişkin veya çocuk olsun, bugün itibariyle geline nokta da bireylerin kişisel veriler konusunda yeterince hassas olmadığı ortadadır. Teknolojik gelişmeler ve bilginin serbest dolaşımı, kişisel verilerin korunması noktasında vurdumduymaz bir sosyal algı doğmasına sebep olmaktadır (Lopez, s. 38). Gizlilik politikasını düzenli olarak okuyan bireylerin dahi çoğu zaman, veri kullanımının ve ifşasının sonuçlarını sağlıklı bir şekilde değerlendiremedikleri gözlenmektedir. Bu bireyler, genelde çok küçük yararlar karşılıklı kişisel verilerini devredebilmektedir. Araştırmalara göre, yetişkinler ve küçükler, verilerin işlenmesi konusunda benzer şekilde duyarsız davranmaktadır (Solove, s. 1886).

¹²⁶ Article 29 Working Party, **Opinion 2/2009 on The Protection of Children’s Personal Data**, s. 5.

¹²⁷ Article 29 Working Party, **Opinion 2/2009 on The Protection of Children’s Personal Data**, s. 5.

¹²⁸ Benzer Küzeci, s. 245.

¹²⁹ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 14.

olarak belirlenmişse, bu hususun tespiti kolaylaşır¹³⁰. Direktiften ve Kanundan farklı olarak, Tüzükte çocukların kişisel verilerine yönelik açık bir düzenleme mevcuttur. Tüzüğe göre, bir çocuğa doğrudan bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması söz konusu olduğunda, kişisel verilerin işlenebilmesi için çocuğun en az 16 yaşında olması gerekmektedir. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde ise, işleme faaliyeti, sadece çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan yasal temsilci rıza gösterir veya çocuğun rızasını onaylarsa, mümkündür. Sayılan koşullar yoksa, işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır (Tüzük m.8/1). Tüzüğe göre, üye devlet, 13 yaşından az olmamak üzere mevzuatında başka bir yaş sınırı belirleyebilir (m.8/1). Tüzük, bireyin ergin olmasını değil, ayırt etme gücünün varlığını ölçüt olarak kabul etmiştir¹³¹. Önleyici veya bilgilendirici hizmetlerin sunulmasında velayet sorumlusunun rızası gerekmez. Buna karşılık pazarlama veya profileme amaçlarıyla veriler işleniyorsa, veli ya da vasiye rıza gösterip göstermeyeceği sorulmalıdır (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg. 38).

Bilgi toplumu hizmetleri ile elektronik araçlarla belirli bir mesafeden sunulan, bireysel bir taleple ve genellikle bir bedel karşılığında verilen hizmetler kastedilmektedir¹³². “*Genellikle bir bedel karşılığı*” ibaresi, bilgi toplumu hizmetlerinin kapsamını sınırlamış görünse de bu kavramın oldukça geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira, çocukların sıklıkla kullandığı canlı oyunlar, eğlence siteleri, e-posta ve sosyal medya bedelsiz olarak hizmet vermektedir¹³³. Tanımda “*genellikle*” ifadesi kullanıldığı için bedelsiz olarak hizmet veren bu platformlar da hükmün kapsamına girer. Kaldı ki, “*bir bedel karşılığı*” şartının sağlanması için bedelin hizmet sağlayana ödenmesinin zorunlu olduğu, ancak mutlaka hizmeti alan tarafından ödenmesinin gerekmediği, bedelin üçüncü bir kişi, söz gelimi reklamcılar tarafından ödenmesinin de yeterli olduğu kabul edilmektedir¹³⁴.

Ülkeler arasındaki tarihi, kültürel ve sosyal farklılıklar, çocukların karar alma becerilerini etkiler¹³⁵. Bu farklılık dikkate alınarak üye devletlerin yaş

¹³⁰ Korkmaz, s. 152.

¹³¹ Çekin, s. 63.

¹³² Tanım için bkz. EU Directive 2015/1535 of The European Parliament And of The Council of 9 September Lations And of Rules on Information Society Services, m.1/1-b.

¹³³ Macenaite, Milda/Kosta, Eleni: “Consent For Processing Children’s Personal Data in The EU: Following in US Footsteps?”, Information & Communications Technology Law, Vol.26, I.2, 2017, s. 170.

¹³⁴ Macenaite/Kosta, s. 170, 171.

¹³⁵ Macenaite/Kosta, s. 151.

sınırını aşığıya çekmesine imkân tanınmıştır. Doktrinde bu husus eleştirilmiş, üye devletlere verilen bu yetki sebebiyle birlik içinde ortak bir yaş sınırı belirlemenin zorlaşacağı ifade edilmiştir¹³⁶.

Tüzüğe göre, çocuk adına hareket eden velayet yetkisine sahip kişinin rıza gösterdiğini kanıtlama yükümlülüğü, veri sorumlusunun omuzlarındadır (m.8/2). Şüpheleri ortadan kaldırmak ve ispat kolaylığı sağlamak için velayet sorumlusundan yazılı rıza alınması tavsiye edilmektedir¹³⁷.

Çocuğun rıza açıklamasının sonuçlarını değerlendirebilme yeteneğine sahip olup olmadığı incelenmelidir¹³⁸. Zira görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuk, kendisini ilgilendiren bütün hususlarda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahiptir (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, m.12). Belirli bir olgunluğa sahip çocuklar, kendilerini doğrudan ilgilendiren veri işleme sürecinde aktif olarak yer alma hakkına sahiptirler. Çocuğun görüntülerinin kullanılması, coğrafi olarak konumunun belirlenmesi gibi konularda çocuğun kararlara katılımı önem kazanmaktadır¹³⁹.

G. Tüzüğün Rızayla İlgili Hükümlerine Yöneltilen Eleştiriler ve Değerlendirmelerimiz

Tüzüğe yöneltilen eleştiriler; “Tüzük hükümlerinin¹⁴⁰ rızaya dayanan işleme faaliyetlerini bile kısıtlayarak verilerin serbest akışını engellediği, bu şekilde bireyin karar alma serbestisini sınırladığı, Tüzüğün paternalist¹⁴¹ bir yaklaşımla hareket ettiği” noktalarında toplanmaktadır.

Solove, hukuk sisteminin yeri geldiğinde tehlikeli faaliyetlere verilen rızayı dahi geçerli kabul ettiğini, hukukun genellikle bir işlemin rızaya aykırı olarak gerçekleştirildiğini kabul etmeden önce, önemli ölçüde manipülasyonu, hatta baskıyı hoş gördüğünü belirtmektedir. Yazara göre, birey, ken-

¹³⁶ Görüş için bkz. **van der Hof**, Simone: “I Agree, or Do I: A Rights-Based Analysis of The Law on Children’s Consent in Digital World”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol.34, 2016, s. 425.

¹³⁷ Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, s. 18.

¹³⁸ **Çekin**, s. 63.

¹³⁹ Article 29 Working Party, **Opinion 2/2009 on The Protection of Children’s Personal Data**, s. 6.

¹⁴⁰ Teknolojinin yükselişi karşısında Tüzüğün kişisel verileri koruma konusunda yetersiz kaldığına ilişkin görüşler için bkz. **Lopez**, s. 36.

¹⁴¹ Paternalizm, devlet idaresinde görev yapan kişilerin tecrübelerini ve bilgilerini kullanarak yeri geldiğinde toplumdaki bireylerin rızasına aykırı şekilde kararlar alabilmelerini öngören sistem olarak tanımlanabilir Bilgi için bkz. <https://www.bilgiustam.com/paternalizm-nedir/> (Erişim Tarihi: 19.08.2019).

disinin yüksek menfaatine uygun olmayan kararları, dilediği zaman alabilir, haklarından vazgeçebilir, riskler alabilir ve hukuk sistemi bireylere müdahale etmez. Buradan hareketle yazara göre, Tüzük, rızaya dayanan işleme faaliyetlerini dahi kısıtlamak suretiyle kontrol prensibini göz ardı etmektedir¹⁴². Yazar, bireysel özerkliği geliştirme vizyonuyla hareket eden Tüzüğün¹⁴³ paternalist bir yaklaşımla bireyin karar alma özgürlüğünü sınırlamasını çelişkili bulmaktadır¹⁴⁴.

Solove, kişisel verinin kullanılma şekliyle ilgili bireyin maliyet-fayda analizi yaparak anlamlı kararlar alabilmesini mümkün kılan bir sistemin Tüzükte var olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, Tüzükteki kısıtlayıcı prensipler, bir zararın doğmasını aramadan verilerin işlenmesini engellemekte, yeri geldiğinde faydalı bilgi akışları dahi Tüzük hükümlerinin engeline takılmaktadır¹⁴⁵.

Schwartz, ABD ile Avrupa'daki veri koruma kurallarını karşılaştırdığı eserinde; ABD'de önlemler alınmasını gerektiren güçlü kanıtlar bulunmadığı sürece, mevzuatın veri akışına müdahale etmekten imtina ettiğini, buna karşılık Avrupa'da veri akışını sınırlayan, katı bir sistemin mevcut olduğunu ifade etmektedir. Söz gelimi, ABD'de verilerin işlenmesi için bir veri koruma otoritesinin varlığına ihtiyaç duyulmazken, Avrupa'daki veri koruma sisteminde bu kurumun varlığı zorunludur. Yazar, veri işlemenin ABD'de mevzuat tarafından "yasaklanmadığı sürece" serbest olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁶.

Kanaatimizce, Tüzüğe yöneltilen bu eleştiriler haksızdır. Tüzük, mahremiyet ihlallerinin artmasının yarattığı farkındalıkla hareket ederek kişisel verilerin korunmasında yüksek standartlar öngörmektedir. Veri sorumlusunu disiplinize etmek için öngörülen yükümlülüklerin paternalist bir yaklaşım olarak tarif edilmesi yerinde olmamıştır. Zira gelinen noktada, son derece kırılğan hâle gelen veri işleme faaliyetlerinin belirli kurullarla çevrelenmesi, belirli bir zemine oturtulması kaçınılmaz hâle gelmiştir.

¹⁴² Bkz. *Solove*, s. 1897.

¹⁴³ Tüzükte kontrol prensibi benimsenmiştir (Tüzük, Giriş Kısmı, Prg.7).

¹⁴⁴ *Solove*, s. 1894. Yazar, problem olarak gördüğü bu hususu, "Rıza İkilemi" olarak adlandırmaktadır (*Solove*, s. 1894). Yazara göre, böyle bir problem mevcut olmasına rağmen, mahremiyetin öz-yönetimi yaklaşımının terk edilmesi yerinde olmaz. Ancak, paternalist bir yaklaşım da benimsenmemelidir (*Solove*, s. 1903).

¹⁴⁵ Görüş için bkz. *Solove*, s. 1897.

¹⁴⁶ *Schwartz*, Paul M.: "The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions And Procedures", Harvard Law Review, Vol. 126, I.7, 2013, s. 1976.

Veri sorumlusunun denetlenmesi, kişisel veri hukukunda ayrı bir önem taşımaktadır. Hakkı olarak Tüzük, rızaya dayanan veri işleme faaliyetlerinde dahi, veri sorumlusunun bazı ek yükümlülüklerine uymasını aramaktadır. Söz gelimi, veri güvenliği ilkesi gereğince, veri sorumlusu, yetkisiz kişilerin veriye erişimini engellemeye yönelik teknolojik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Keza şeffaflık, anlaşılabilirlik, erişilebilirlik gibi temel veri koruma prensiplerine Tüzükte yer verilmesi aynı amaçlara hizmet eder.

İşlemenin rızaya dayandığı durumlarda, veri sorumlusu, rızanın geçerliliği için aranan şartlara ve diğer yükümlülüklerine aynen riayet etmelidir. Salt rızanın sağlanması, her durumda yeterli kabul edilirse, rıza beyanı, prensiplere aykırı veri işleme faaliyetleri için bir kalkan olarak kullanılır. Bu durumda, veri sorumlusunun kaliteli bir veri işleme faaliyeti yürüttüğünden söz edilemez. Verilerin belirli kurallara göre işlenmesi, modern toplumda sadece veri öznesini değil, bütün bireyleri ilgilendirir. Veriler düzenli ve belirli kurallara göre işlenirse, toplumsal faaliyetler de sağlıklı yürütülecektir. Özetle, veri işleme faaliyeti, başlı başına sosyal faydayı da ilgilendiren bir konudur.

SONUÇ

Veri işlemenin devasa boyutlara ulaştığı günümüzde Tüzüğe aykırı olan veri işleme faaliyetlerine sıklıkla rastlanmaktadır. Veri işleme vasıtalarının çeşitliliği, süreci, veri öznesi için belirsiz hâle getirmiştir. Tüzüğün amacı, bu süreci, veri öznesi için anlaşılabilir ve algılanabilir kılmaktır. Tüzüğün paternalist olduğu yönündeki eleştirilere katılmak mümkün değildir. Verilerin belirli kurallara ve esaslara göre işlenmesi, işin doğasından kaynaklanır. Keza rızanın geçerliliği için belirli şartların öngörülmesi, veri sorumlusuna çeşitli yükümlülükler yükleyerek veri öznesinin korunmasını amaçlamaktadır.

Verilerin işlenmesi sadece bireysel çıkarları değil, aynı zamanda sosyal faydayı da ilgilendiren bir konudur. Verilerin işlenmesinde belirli kuralların öngörülmesi, düzenli veri akışının sağlanmasını ve işlemlerin sağlıklı yürütülmesini amaçlar. İşlemlerin sağlıklı yürütülmesi de bütün bireyleri ilgilendirir. İşte, sosyal faydanın gözetilmesi, bazı veri işleme faaliyetlerinde daha titiz davranılmasını gerektirir. Zayıf tarafı korumak ihtiyacı doğabilir. Bilhassa taraflar arasında güç dengesizliğinin bulunduğu hâllerde veri işlemenin rızaya dayanması çoğu zaman uygun değildir. Zira güçlü taraf, üstünlüğünü kötüye kullanarak ve zayıf üzerinde baskı kurmak suretiyle rıza elde edebilir. Bu tip durumlarda zayıf tarafın karar alma serbestisi, taraflar arasındaki ilişkinin doğası gereği sınırlıdır. Söz gelimi, 2559 Sayılı Polis Vazife ve

Salahiyet Kanunu, polisin “gönüllü” olarak tabir edilen kimselerden parmak izi almasına imkân tanımaktadır (m.5). Bahsettiğimiz üzere, taraflar arasında açık bir güç dengesizliğinin var olduğu bu gibi durumlarda birey, kendisini baskı altında hissedip rıza gösterebilir, bu yönüyle rızanın özgür iradeye dayandığı hususu şüpheli hâle gelir.

Rıza, veri işlemeyi hukuka uygun kılan tek sebep değildir. Diğer hukuka uygunluk sebeplerinin koşulları oluşmuşsa, ayrıca veri öznesinden rıza alınması gerekmez. Ancak rıza dışında pek çok sebebin varlığı ve bunların geniş olarak uygulanmaya imkân veren yapısı, rızanın uygulama alanını oldukça sınırlar. Aslolan veri işleme faaliyetlerinin rızaya dayalı olarak yapılmasıdır. Diğer hukuka uygunluk sebepleri, ancak istisnai durumlarda uygulanmalıdır. Ancak gelinen noktada, istisna aslolanın yerini almıştır.

Rızanın geri alınmasının ardından saklanmasını gerektiren başka yasal zorunluluklar yoksa, toplanan veriler silinmelidir. Verilerin her şartta belirli bir süre saklanması mevzuatta öngörülmüş olabilir. Esasen rızasını geri alan veri öznesi, verileriyle ilgili gelecekteki işlemleri engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla açıkça verilerin silinmesi talep edilmese dahi, veri sorumlusu bu konuda bir değerlendirme yapmalıdır. Veri öznesine rağmen verilerin saklanmaya devam edilmesi ve bu sürece veri öznesi tarafından müdahale edilememesi kontrol prensibinin yeteri kadar dikkate alınmadığını gösterir. Hemen belirtelim ki, asıl olan veri işleme faaliyetlerinin kontrol prensibi ışığında ele alınmasıdır. Bu kurala bir istisna öngörülmesi, ancak çok sınırlı durumlarda mümkün olmalıdır. Söz gelimi, kullanıcı, internet sitesindeki üyeliğini sona erdirse dahi, çevrimiçi gezinme işlem bilgisi, IP adresi, aktarılan veri miktarı gibi kişisel veriler, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun gereğince belirli bir süre daha saklanmalıdır (m.5/3). Her koşulda verilerin saklanmasını öngören bu hükmün, kontrol prensibi ışığında tekrardan ele alınması gerekmektedir.

Yasal temsilci, kişisel verilerin işlenmesi konusunda çocuk adına birtakım kararlar alma yetkisine sahip olsa da esasen kişisel verilerin korunması hakkı bizatihi çocuğun kendisine aittir. Bu sebeple konuyla ilgili kararlara çocuğun katılımı önem kazanmaktadır. Veriler üzerindeki tasarrufların sonuçlarını anlama yetkinliğine sahip olan çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etmesine olanak tanınmalıdır. Bazı durumlarda çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğa rağmen kararlar alınmasını gerektirir. Buna karşılık, bazen yasal temsilci tarafından çocuğa rağmen kararlar alınması, bahsi geçen ilkeyle bağdaşmaz. Aksi takdirde çocuk açısından kontrol prensibi göz ardı edilmiş

olur. Zira veriler üzerinde hâkimiyet kurması gereken, hakkın gerçek sahibi olan çocuktur.

Kanunda çocukların kişisel verilerinin korunmasına ve rızanın geri alınmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi eksikliklerdir. Kanunun Tüzükteki hükümler esas alınarak değiştirilmesi gerekmektedir. Keza Kanunda opt-out yöntemine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Buna karşılık Kanunda her türlü kişisel verinin ancak “açık rıza” ile işlenebileceği ifade edilmiştir. Tüzük ve Direktif için yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında; opt-out yönteminin Kanun bakımından da geçerli kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılır.

KAYNAKÇA

Basılı Kaynaklar

- Aydın**, Ufuk: “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 491-505.
- Başalp**, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004.
- Bergkamp**, Lucas/**Dhont**, Jan: “Data Protection in Europe And The Internet: An Analysis of The European Community’s Privacy Legislation in The Context of The World Wide Web”, The EDI Law Review, Vol.7, 2000, s. 71-114.
- Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru: Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2016.
- Custers**, Bart/**van der Hof**, Simone/**Schermer**, Bart/**Appleby-Arnold**, Sandra/**Brockdorff**, Noellie: “Informed Consent in Social Media Use-The Gap Between User Expectations And EU Personal Data Protection Law”, SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society, Vol. 10, I.3, 2013, s. 435-457.
- Çekin**, Mesut Serdar: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İstanbul 2018.
- Develioğlu**, Murat: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2017.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II - Kişiler Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2018.
- Dülger**, Murat Volkan: “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, Temmuz 2019, s. 71-175.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- Jarovsky**, Luiza: “Improving Consent in Information Privacy Through Autonomy-Preserving Protective Measures (APPMs)”, European Data Protection Law Review, Vol.4, I.4, 2018, s. 447-458.
- Korkmaz**, İbrahim: Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Kuner**, Christopher: European Data Protection Law Corporate Compliance And Regulation, Second Edition, New York 2007.

- Küzeci**, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Lazaro**, Christophe/**Le Metayer**, Daniel: “*Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale*”, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society*, Vol. 12, I. 1, 2015, s. 3-34.
- Lopez**, Santiago Ramirez: “*Informing Consent Giving Control Back to The Data Subject From a Behavioral Economics Perspective*”, *Journal of Intellectual Property*, Vol.9, I.1, 2018, s. 35-50.
- Macenaite**, Milda/**Kosta**, Eleni: “*Consent For Processing Children’s Personal Data in The EU: Following in US Footsteps?*”, *Information & Communications Technology Law*, Vol.26, I.2, 2017, s.146-197.
- Misek**, Jakub: “*Consent to Personal Data Proccessing- The Panacea or The Dead End*”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol.8, I.1, 2014, s. 69-84.
- Monteleone**, Shara: “*Adressing The ‘Failure’ of Informed Consent in Online Data Protection: Learning The Lessons From Behaviour-Aware Regulation*”, *Syracuse Journal of International Law And Commerce*, Vol. 43, I.1, 2015, s. 69-120.
- Noujaim**, Arlette: “*The Stimulus For Data Protection Laws Around The World: The Development And Anticipated Effect on The European Union’s New Data Rules*”, *Intellectual Property Law Bulletin*, Vol.20, I.2, 2016, s. 99-118.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 13. Bası, İstanbul 2017.
- Reijneveld**, Minke D.: “*Quantified Self, Freedom, And The GDPR*”, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology And Society*, Vol. 14, I.2, 2017, s. 285-325.
- Schwartz**, Paul M.: “*The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions And Procedures*”, *Harvard Law Review*, Vol.126, I.7, 2013, s. 1966-2009.
- Serozan**, Rona: *Medeni Hukuku Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2015.
- Solove**, Daniel J.: “*Privacy Self-Management And The Consent Dilemma*”, *Harvard Law Review*, Symposium: Privacy And Technology, Vol.126, I.7, 2013, s. 1880-1903.
- Staben**, Julian: “*Consent Under Pressure And The Right to Informational Self-Determination*”, *Internet Policy Review*, Vol.1, I.4, 2012, s. 1-6.

van der Hof, Simone: “*I Agree, or Do I: A Rights-Based Analysis of The Law on Children’s Consent in Digital World*”, Wisconsin International Law Journal, Vol.34, 2016, s. 409-445.

Raporlar

Article 29 Working Party, **Opinion on The Processing of Personal Data in The Employment Context**, 13/9/2001.

Article 29 Working Party, **Working Document on The Processing of Personal Data Relating to Health in Electronic Health Records**, 15/2/2007.

Article 29 Working Party, **Opinion 2/2009 on The Protection of Children’s Personal Data**, 11/2/2009.

Article 29 Working Party, **Opinion 15/2011 on The Definition of Consent**, 13/7/2011.

Article 29 Working Party, **Opinion 2/2017 on Data Processing at Work**, 8/6/2017.

Article 29 Working Party, **Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679**, 10/4/2018.

İnternet Kaynakları

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>
(E.T. 17.8.2019).

<http://www.beuc.eu/publications/2011-00062-01-e.pdf> (E.T.21.5.2018).

<https://www.bilgiustam.com/paternalizm-nedir/> (E.T. 19.08.2019).

tında iyi idare ilkesinin uygulaması, bu ilkenin en önemli unsurlarından biri olan makul sürede cevap verme yükümlülüğü açısından incelenmektedir. İtalyan kanun koyucu, idarenin hareketsizliğine karşı farklı aşamalar için çeşitli hukuki yollar -örneğin çoğunlukla zımni kabul müessesesi- öngörmesine rağmen, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemler bakımından bu mekanizmanın iyi idare ilkesiyle bağdaşmadığı görülmektedir. (Bu kurum) daha ziyade idari faaliyetten etkilenen ilgililere belirlenen sürede sarıh bir idari işlem tesisini sağlamaktadır. Yazılı ve sarıh bir idari işlem, hiç kuşkusuz başvurusunun idari işlemin varlığına ilişkin şüphelerini ortadan kaldıran en iyi yol olmaya devam edecektir.

Anahtar Kelimeler

İyi idare hakkı, makul sürede cevap alma hakkı, idarenin hareketsizliği ve niteliği, İtalya'da idarenin sükûtu, zımni kabul

THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION AND THE ADMINISTRATIVE INACTION: A TROUBLED RELATIONSHIP

Abstract

Right to good administration in European law represent an umbrella principle that involves many rights for individuals dealing with public institutions and bodies. Article 41 of the Charter of fundamental rights of the European Union includes in its non-exhaustive enumeration the duty to take a decision in a reasonable time limit. As it is well known, "good" decision is a prompt and certain decision and a good administration is an institution that timely respond to the applications of its citizens. Leaving a person in the ignorance on the dossier outcome is a typical device of supremacy of one subject over the other. To this end, this paper aims to analyse the implementation of the right to good administration in Italian legislation with regards to one of its most significant elements: the right to have a timely decision from public administration. Despite the various remedies provided in different stages by Italian legislator against administrative inaction, mostly through the i.e. tacit consent institute, nonetheless when discretionary measures are involved this mechanism seems not in line with the fundamental right to good administration that instead requires for persons affected by the administration's activities to have an express act in due time. A written, explicit measure definitively rests the best way to vanish doubts about the existence of a decision and uncertainties around its motivations.

Keywords

The right to good administration, the duty to take a decision in a reasonable time limit, administrative inaction and its meanings, administrative silence in Italy, tacit consent

GİRİŞ

Nitelikli idare-birey ilişkisinin kalitesi toplumsal yaşamımız ve demokrasinin temel unsurlarından biridir. İdare ile birey ilişkisi ne kadar etkin ve bireyi tatmin edici ise, o derece (idare) vatandaşın haklarına saygılı ve (haklar da) güvence altına alınmıştır. Bu varsayım son derece açık olmasına rağmen, bugün dahi kamu yönetimlerinin başvurduğu araçlarla birlikte birçok hukuki düzenleme, idarenin bireyle olan ilişkilerinde bahsedilen değerleri ihlal etmektedir. Kamu otoriteleri sıklıkla otoriter bir yaklaşım göstermektedir ve bir yandan “les administres” (yönetilenlerin) çıkarlarına ve haklarına saygılı, bir yandan kamu yararını etkin ve etkili bir şekilde gözeten çok yönlü bir kavram (olan), halihazırda iyi idare olarak nitelendirilen hususu ihmal ediyor gibi görünmektedir.

İyi idare ilkesinin ve genel olarak idare hukukunun en önemli hedeflerinden biri, talep halinde bireyler hakkında hızlı bir şekilde idari işlem temin edilebilmesidir. Lakin günümüzde kamu otoriteleri ile hakkında işlem tesis edilen birey arasındaki gözle görünmeyen sorun, idarenin hareketsizliğidir; bir diğer ifade ile idarenin bireyin talebine cevap vermemesi, yani hukuk literatüründe önemli bir konu olarak bilinen “idarenin sükûtu”dur. İdari otoriteler, ne zamanki vatandaşların taleplerine cevap vermez veya belirlenen sürede cevap vermekte başarısız olursa, bilhassa ekonomik kaynakların yatırımının yapıldığı durumlarda, belirsizlik hali ile ilişkili olarak başvurucuda ciddi ölçüde rahatsızlığa yol açmaktadır. Bu bakımdan bireyi başvurusunun sonucundan habersiz bırakmak, bir tarafın bir diğeri üzerinde tipik bir üstünlük kurma aracı oluşturmaktadır¹. İyi bir idari karar, sarih ve kesindir ve iyi yönetim, bireyin başvurularına süresinde cevap veren bir teşekküldür. Bu maksatla bu çalışma, İtalyan mevzuatında iyi idare hakkının uygulamasını, bu ilkenin en önemli unsurlarından biri olan kamu yönetiminde süresinde cevap alma hakkı yönünden incelemektedir.

¹ M. Fenster, The Opacity of Transparency, Iowa Law Review, 91, 2006, s. 885; M. Aini, (a cura di), Informazione potere libertà, Torino, 2005; G. Rossolillo, Popolo europeo, potere costituente e costruzione dello Stato federale europeo, in Il Federalista, 2007, 196; W. Lipmann, L'opinione pubblica (1921), Milano, 1963; J. Habermas, The Structural Transformation of the Public Sphere: an Enquiry into the Category of the Burgeois Society (1962), Cambridge, 1989, (trad. It. Storia e critica dell'opinione pubblica, Roma- Bari, 1971); L.V. Malocchi, Opinione Pubblica, in Nov.Mo Dig. It., Vol. XI, Torino, 1965, S. 1034; N. Matteucci, Opinione pubblica, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), Dizionario di politica, Torino, 1983, s. 733; M. Castells, Comunicazione e potere, Milano, Università Bocconi editore, 2009.

1. İyi İdare Hakkı

İyi idare hakkı, İtalyan hukukunda henüz açıkça düzenlenmemiş ise de bugün yalnızca Avrupa düzleminde normatif düzeyde tanınmaktadır. Bu düzenlemeye göre idare, temel olarak her bireyin meselesini tarafsız, adil ve makul sürede ele aldığı anda ‘iyi’ (*bonne*, düzgün) niteliğini kazanmaktadır. Daha açık bir ifade ile, idari işlemler hukuka uygun olduğunda ve olumsuz idari işlemde etkilenen bireye işlem tesis edilmeden önce dinlenilme hakkı verildiğinde iyi bir işlemde bahsedilebilecektir². İyi idare hakkı, Avrupa Adalet Divanı ve (Avrupa Toplulukları) İlk Derece Mahkemesinde Avrupa Hukukunun temel ilkelerinden biri olarak³ ilan edilmiş ve 2007 yılında

² Madde 41-İyi idare hakkı: “1. Herkes, işlerinin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. 2. Bu hak, şunları içermektedir: (a) herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı; (b) herkesin, kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesi; (c) idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü. 3. Herkes, Topluluğun kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Topluluğa tazmin ettirme hakkına sahiptir. 4. Herkes, Birliğin kuruluşlarına, Antlaşmaların lisanlarından birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanla cevap verilmesi zorunludur.” Avrupa Hukukunda iyi idare hakkı konusunda bkz. J. Wakefield (Ed.), *The Right to Good Administration*, Kluwer Law International, 2007; Lord Millett, *The Right To Good Administration In European Law*, Public Law, 2002, s. 309; J. Mendes, *Good Administration in EU Law And The European Code Of Good Administrative Behaviour*, Op. Cit., 4; İtalyan Literatüründe Yer Alan Bu İlke İçin Bkz. F. Trimarchi Banfi, *Il Diritto Ad Una Buona Amministrazione*, in M. P. Chiti/G. Greco (A Cura Di), *Trattato Di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, I, S. 49; E. Chiti, *Il Principio Di Buona Amministrazione*, in E. Chiti, C. Franchini, M. Gnes, M. Savino, M. Veronelli, *Diritto amministrativo europeo - Casi e materiali*, Milano, 2005, s. 39; R. Bifulco, *Diritto Ad Una Buona Amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia/A. Celotto (Eds.), *L’europa Dei Diritti. Commento Alla Carta Dei Diritti Fondamentali Dell’unione Europea*, Bologna, 2001, 290; S. Ricci, *La Buona Amministrazione: Ordinamento Comunitario E Ordinamento Nazionale*, Torino, 2005; D. Sorace, *La Buona Amministrazione E La Qualità Della Vita Nel 60 Anniversario Della Costituzione* in www.costituzionalismo.it, 2008; L. Pegoraro, *Esiste Un “Diritto” Ad Una Buona Amministrazione? (Osservazioni Critiche Preliminari Sull’(Ab)Uso Della Parola “Diritto”)*, in *Istituzioni Del Federalismo*, 2010, S. 543; M.T. P. Caputi Jambrenghi, *Buona Amministrazione Tra Garanzie Interne E Prospettive Comunitarie (A Proposito Di “Class Action All’italiana”)*, in www.giustamm.it, 2010.

³ Diğerleri arasından bkz. Adalet Divanı, 31 Mart 1992, in Case C-255/90 P *Burban* [1992] ECR I-2253, and Court of First Instance judgments of 18 September 1995 in Case T-167/94 *Nölle* [1995] ECR II-2589, and 9 July 1999 in Case T-231/97 *New Europe Consulting and others* [1999] ECR II-2403.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (“Şart”)⁴ açıkça düzenlenmiş ise de aslen Avrupa içtihat hukuku sahasında geçerliliği kabul edilmiştir. Son olarak Lizbon Antlaşması, Antlaşmalarla aynı hukuki değerde⁵ (olan) Şart'ta düzenlenen temel ilkeleri, özgürlükleri ve hakları tanımıştır.

Buna karşın 2000 yılından itibaren Avrupa Ombudsmanı, Şart'a bu hakkın dahil edilmesinin “21. yüzyılın iyi idare yüzyılı olarak anılmasına yardım ederek mevcut ve gelecekte yer alacak üye devletlerde çok daha geniş ölçekte” uygulanması temennisiyle defaatle bu ilkenin geçerliliğini vurgulamaktadır⁶.

Bilindiği üzere, yalnızca bir referans olan Şart'ın 41. maddesi, iyi idare hakkını oluşturan yükümlülükleri tüketici olmayacak bir surette tek tek saymaktadır. Avrupa hukuk sistemlerinde, iyi yönetim hem hukukilik denetimini hem de yerindelik denetimini kapsamına alarak birçok anlamı ihtiva edecek şekilde kullanılmakta ve anlaşılmaktadır. Avrupa'ya ait bu bakış açısı, iyi yönetimin gerçekleştirilmesi amacıyla hukuki ve hukuki nitelikte bulunmayan kuralların kombinasyonunu öngörmektedir⁷. Bu kurallar, öncelikli olarak hükümsüz işlemlerin tamamen iptaline veya oluşan zararların tazminine imkân veren usuli garantileri içerdiği gibi; ikinci olarak, idarenin takdir yetkisinin her uyuşmazlıkta kamu yararına uygun kullanılmasını düzenleyen hukuk kurallarını içermektedir. Son olarak, kamuya sunulan idari faaliyetlerin düzenli işleyişini güvence altına alan davranış standardı öngören hukuki nitelikte olmayan kurallar da dahildir⁸. Diğer kurallar çoğunlukla Ombudsman'ın müdahaleleriyle, “‘hukukiliği aşan bir durum’ söz konusudur ve kötü yönetim bu sebeple her zaman hukuka aykırılığı ifade etmeyebilir”⁹ şeklinde birçok fırsatta dile getirdiği kaide esas alınarak ortaya

⁴ Avrupa Birliği Resmî Gazetesi, C. 303/17- 14.12.2007

⁵ Lizbon Antlaşması, 6.mad/1.f. göre, “(b)irlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da kabul edilen ve Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip, 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda belirtilen hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır.” Avrupa Hukuk Sisteminde yer alan idare hukuku ilkeleri ve değerlendirmeleri için Bkz. R. **Caranta**, Les Exigences Systémiques Dans Le Droit Administratif De L'union Européenne, in *Annuaire De Droit De L'union Européenne*, 2012, S. 21.

⁶ J. **Soderman**, Public Hearing On The Draft Charter Of Fundamental Rights Of The European Union, Preliminary Remarks, Speech Of The European Ombudsman, 02 February 2000, in <http://Www.Ombudsman.Europa.Eu/Activities/Speech.Faces/En/355/Html.Bookmark>. See Also Xxx

⁷ Tetkik Hâkimi Slynn'nın davada iddia ettiği bilgi için, Case 64/82, Tradax V. Commission [1984], Ecr 1385.

⁸ **Mendes**, s. 5.

⁹ *Avrupa Ombudsmanının Tavsiyeleri Işığında İyi İdare İlkesi*, Avrupa Ombudsmanı Professor P. Nikiforos Diamandouros'un ifadesi için bkz. The Eunomia, “Project

konulmaktadır. Diğer taraftan iyi idare ilkesi, yalnızca yasal zorunlulukları icbar etmemekte, aynı zamanda hizmet odaklı ve toplum üyelerinin tam anlamıyla haklara sahip olduğunu ve (bu hakların) düzenli bir şekilde sağlandığını garanti altına almaktadır¹⁰.

Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasının yürürlüğe girmesi ile birlikte, iyi idare ilkesinin uygulamada ne anlama gelmesi gerektiği daha detaylı bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. Yalnızca Avrupa Birliği Kurumları ve üye devletlerin vatandaşları açısından doğrudan uygulanabilir nitelikte olan bu yasa, idare hukuku genel ilkeleri ile etik davranış normlarının yanı sıra usule ilişkin haklar ve yükümlülükler ile esasa ilişkin hakları ihtiva etmektedir. Ancak Avrupa Komisyonuna göre¹¹ (bu yasa) Avrupa Hukukunda iyi idare ilkesinin anlamının açıklığa kavuşturulmasında yalnızca değerli bir kaynak niteliğindedir.

Genel bakış açısıyla, Avrupa Hukukunda yer alan tanım ve bağlayıcı olmayan kurallar henüz tamamlanmış görünmemektedir. Zira Lizbon Antlaşmasında halihazırda yer alan hükümler ve bazı “şemsiye haklar” dışında bırakıldığında, kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilişkili bireylerin münferit beklentilerinin yalnızca bazıları dahil edilmiştir¹². Burada tek müşterek payda, bu hakların temel mahiyetinin kamusal subjektif haklar olarak düzenlenmesi yönündeki eğilimdir¹³.

Bununla birlikte, Avrupa düzleminde kanunlaşan iyi idare hakkı hiç kuşkusuz Avrupa Birliğinin birçok üye devletinde idari kararlardan etkilenen bireye tanınan usuli hakların güçlendirilmesini olumlu yönde etkilemiştir. Bu anlamda son on beş-yirmi yıl içerisinde birtakım ulusal İdari Usul Yasaları yürürlüğe girmiş veya revize edilmiştir. Bu yasalarda, eskisine göre daha

Capacity-Building Seminar on ‘Ombudsman’s Intervention: Between the Principles of Legality and Good Administration’, Sofia, Bulgaria, 17 September 2007.

¹⁰ *Yasallık ve İyi İdare: Bir Farklılık söz konusu mu?* Avrupa Ombudsmanı P. Nikiforos Diamandouros’ın ifadeleri için bkz. the Sixth Seminar of National Ombudsmen of EU Member States and Candidate Countries on ‘Rethinking Good Administration in the European Union’, Strasbourg, France, 15 October 2007, in <http://www.ombudsman.europa.eu/speeches/en/2007-10-15.htm>.

¹¹ Esasında bu Kanunun uygulanmasına ilişkin henüz ortada bir niyet (de) bulunmamaktadır. Bkz. Mr. Piebalgs’in konuşması, in the plenary debate on 23 October 2008 in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+CRE+20081023+ITEM-004+DOC+XML+V0//EN&language=E>

¹² Mendes, s. 4.

¹³ L. Azoulai, *Le Principe de Bonne Administration*, in *Droit Administratif Européen*, J. Dutheil De La Rochère Et J.- B. Auby (Dir.), Bruxelles, 2007, s. 493.

fazla sayıda idari usul düzenlenmelerine ve bu düzenlemelerin etik çerçevesine yer verilmektedir¹⁴.

İyi idare ilkesi günümüzde idare-birey ilişkisinin temel prensiplerinden biri olarak uygulamada yaygın bir şekilde kabul ediliyor olmasına rağmen, bu ilkenin anlamı Avrupa’da ve ulusal düzeyde, içtihat hukukunda, literatürde, kurumlar tarafından farklı şekilde yorumlanmaktadır¹⁵.

Daha önce bahsedildiği üzere, İtalyan hukuk düzeninde genel bir ilke olarak iyi idare ilkesini açıkça tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasında 241/1990 sayılı Kanun (*idari usule ilişkin ilkeler*) ile İtalyan vatandaşlarına tanınan etkili haklar ve idari yargı kararlarına baktığımızda, daha geniş bir iyi idare hakkı, İtalyan vatandaşlarına ayrıca tanınmıştır¹⁶. Meşru çıkarlar dahil zararların tazminine hükmedilen İtalyan Yargıtayı’nın en önemli 500/1999 sayılı Kararı ile 241/1990 sayılı Kanunda yapılan (özellikle 2005 yılı revizeleri) idari işlemde etkilenen bireye tanınan güvencelere ilişkin reformlardan itibaren iyi idare ilkesi, İtalyan vatandaşlarına tanınan sıradan bir hak halini almıştır¹⁷. Özellikle İtalyan Anayasasının kamu kurumlarının oluşumuna ilişkin 97. maddesinde yer alan kamu yönetiminin etkinliği ve tarafsızlığı ilkeleri, idari faaliyet rejiminde giderek artan bir şekilde başvurular hale gelmiştir¹⁸. Bu süreç, bireylere iyi idare ruhunu çok daha fazla yansıtan güvenceleri içeren yeni kanun tasarılarına yol açmıştır: sorun şu ki söz konusu reformlar bireyden ziyade idare perspektifinden düşünülerek yapılmıştır¹⁹. Bunun bir sonucu olarak da İtalyan hukuk siste-

¹⁴ Avrupa birliği üye devletlerde iyi idare ilkesine ilişkin mevcut düzenlemeler hakkında genel bilgi için bkz. The results of the survey commissioned from the swedish government to the swedish agency for public management: «principles of good administration in the member states of the european union» in <http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2000-2005-english/200504.pdf>

¹⁵ Avrupa Birliği üye devletlerde iyi idare ilkesinin farklı uygulamalarına ilişkin genel bilgi için bkz. C. Harlow/R. **Rawlings**, National administrative procedures in a European perspective: pathways to a slow convergence, in *www.ijpl*, 2, 2010.

¹⁶ Bkz. **Sorace**, s. 3.

¹⁷ Belirtmek gerekir ki, İtalyan idare hukukunda iyi idare ilkesiyle ilişkilendirilebilecek “haklar” mevcut haklar olmayıp, çoğunlukla meşru beklentilere ilişkindir. Bu beklentiler, somut olaya göre bireye esasa ilişkin hak tanımakta ise hukuken korunabilmektedir. Bu yorum ise, İdari Dava Daireleri Kurulu, bilhassa Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlardan edinilmektedir. Bkz. İtalyan Danıştay’ı, 15 Eylül 2005, n. 7, www.giustizia-amministrativa.it adresinden ulaşılabilir.

¹⁸ İtalyan Anayasasının 97. maddesi şöyledir: “*idare, yönetimin iyi işlenmesini ve tarafsızlığını güvence altında bulunduracak şekilde kanun hükümleriyle oluşturulur.*”

¹⁹ A. **Sandulli**, The Italian Administrative Procedure Act: Back to the Future, in *Italian J. Pub. L.* 370, 373 (2010).

minde bu ilkenin elle tutulur sonuçlarını görmek için içtihat hukukundan faydalanılmalıdır. Bu bağlamda ekonomik kamu yararı ve rekabetçi bakış açısının kamu yönetiminin demokratikleştirilmesini marjinalleştirdiği idari usule ilişkin kararlardan ziyade, bilhassa kanunilik, ölçülülük ve gerekçeli olma ilkelerine başvurulmuş aşırı güç (“ultra vires”²⁰) kullanımına ilişkin kararlara bakılmalıdır.

2. Makul sürede karar alma ödevi

İyi idare ilkesinin içerdiği yükümlülüklerden bir diğeri de makul bir süre içinde karar alma ödevidir. Genellikle idarenin bireylere “usulüne uygun” cevap vermesi, herhangi bir makul sebep yoksa ilgili mevzuatta belirlenen süre sınırına uygun olarak cevap vermesi anlamına geldiği kabul edilmektedir. İlişkinin taraflarından biri idare olduğunda, karşı tarafın idare karşısında çok daha fazla dezavantajlı bir konumda olduğu açıktır.

İdarenin belirlenen zaman diliminde cevap vermesinin bugün genel olarak iki amaca hizmet ettiği görülmektedir: bireyleri idarenin istismarından korumak ve kamu yönetimindeki verimsizliği önlemek.

Karşılaştırmalı bir perspektiften bakıldığında bazı hukuk düzenlerinde anayasal bir güvenceye kavuşturulduğu; bazılarında ise anayasal olmamakla birlikte kanunlarda, sıklıkla (da) idari usul kanunlarında makul sürede cevap verme ödevinin öngörüldüğü görülmektedir²¹.

Avrupa düzleminden başlanıldığında, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41. maddesinin birinci fıkrasına göre, “(h)erkes, işlerinin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” Dahası, Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasının “Kararların Makul Süre İçerisinde Verilmesi” başlıklı 17. maddesine göre, “(y)etkili, kuruma yapılan her bir talep ya da şikâyet ile ilgili kararın, makul bir süre içerisinde, gecikmeden ve her halükârda talebin ya da şikâyetin kuruma ulaştığı tarihten itibaren en geç iki ay içerisinde verilmesini sağlayacaktır.” Avrupa Ombudsmanının Şubat 2013’te yayınladığı “İyi Kamu Yönetiminde Ombudsman Kılavuzu: Doğru Yapılması için Altı Kural”ın birinci maddesinde açıkça “özellikle birey

²⁰ 241/1990 sayılı Kanun’un 21. bölümüne göre, idari işlemin geçersizliğine ilişkin üç husus bulunmalıdır: hukuka aykırı idari işlemler, yetki aşımı dolayısıyla hükümsüz olan işlemler ve yetki alanı dışında tesis edildiği için hükümsüz olan işlemlerdir.

²¹ Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine ilişkin genel açıklama için bkz. V. Parisio (ed.), Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze, Milano, Giuffrè, 2006.

açısından hukuki belirsizlik dolayısıyla uygulamada zorluklar çıkartacak hallerde kamu otoritelerinin gecikmeksizin işlem tesis etmesi gerektiği” belirtilmektedir²².

Buna karşın Avrupa kurumları bakımından idari karar almak için öngörülen süre sınırlamalarına riayet, Avrupa Mahkemeleri ve Ombudsman tarafından da ayrıca kesin olarak denetlenen zorunlu bir davranışı temsil etmektedir²³.

İtalyan hukuk sisteminde yalnızca 241/1990 sayılı Kanunda, idari karar alma yükümlülüğü ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Bugün dahi idarenin hareketsizliğinin kanuni niteliğine ilişkin düzenleme, genellikle idari usulün yazılı bir talep ile belirli sürede sona erdirilmesi yükümlülüğü olarak bilindiği gibi, umumiyetle İtalyan Hukukunda önemli bir başarıyı temsil etmektedir²⁴. Özellikle 241/1990 sayılı Kanunun ikinci bölümünde, ilgili mevzuatta başkaca bir düzenleme öngörülmemiş ise kamu otoritelerinin otuz gün içerisinde açık bir idari işlem tesis etme yükümlülüğü belirtilmiştir. Bu düzenleme sonrasında, genel bir ilke olarak idarenin hareketsizliği hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir²⁵.

Aynı kanunun ikinci bölümü uyarınca, farklı idari kurumlar kamu hizmetinin gereklerine göre farklı süre sınırlamaları öngörebilir. Ancak söz konusu süreler her halde doksan günü aşamaz ve yalnızca olağanüstü durumlarda bu süre yüz seksen güne kadar uzatılabilir²⁶. En son değişiklikleriyle birlikte kanunun ikinci bölümü, idarenin açık bir surette karar vermesi gerekliliğini ısrarla vurgulamaktadır²⁷. Ancak bu durum, idarenin belirlenen süreyi aşması halinde idari işlem tesis edemeyeceği anlamına gel-

²² Six Rules for Getting it Right - The Ombudsman’s Guide to Good Public Administration, published February 2013, in www.ombudsman.gov.ie/en/publications/guidelines-for-public-bodies/six-rules-for-getting-it-right/.

²³ Court of Justice judgment of 15 October 1987 in Case 222/86 Heylens [1987] ECR 4097; Court of First Instance judgments of 6 December 1994 in Case T-450/93 Lisrestal [1994] ECR II-1177, 18 September 1995 in Case T- 167/94 Nölle [1995] ECR II-2589.

²⁴ 241/1990 sayılı Kanun, par. 2.

²⁵ Bu konuda bkz. F. **Scoca**, *Il termine come garanzia del procedimento*, in www.giustamm.it, n. 9, 2005.

²⁶ 241/1990 sayılı Kanun İkinci bölüm uyarınca, göçmenlikle ilgili olarak İtalyan vatandaşlığının kazanımına ilişkin idari işlemlerde, öngörülen süre sınırlamalarının aşılabileceğine imkân verilmektedir.

²⁷ İdarenin makul sürede cevap verme ödevi hakkında bkz. A. **Figorilli/M. Renna**, “Commento all’art. 2”, in A. **Bartolini**, S. **Fantini**, G. **Ferrari**, *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel diritto, Roma, 2009, s. 105; A. **Police**, s. 237; A. **Colavecchio**, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013.

memektedir; buna karşın gecikme dolayısıyla kamu personelinin kusurundan dolayı sorumlu olacağı vurgulanmaktadır. Sonuç olarak İtalyan kanun koyucu açık bir idari işlem tesis edilmemesini, idarenin belirlenen sürede cevap verme yükümlülüğüne dolaylı olarak aykırılık dolayısıyla kanuna aykırı (“silenzio-inadempimento”) olarak değerlendirmektedir²⁸. Bu ihmalin kanunda karşılığı, ikinci bölümün sekizinci paragrafında düzenlenmiştir. (Buna göre,) kamu yönetiminin ihmaline ilişkin uyuşmazlıklarda kamu otoritelerinin hareketsizliği, yargıcın resen tahkik yetkisini kullandığı İdari Yargılama Usulü Kanununun (C.P.A) 13. ve 117. maddelerinde düzenlenmiştir²⁹.

İtalyan hukuk sisteminde idarenin karar alma yükümlülüğü ilkesi ve (bu ilkenin) ihlali halinde sonuçlarının ilk kez genel olarak ve açık bir şekilde kanunlaştığı içindir ki, bu bölüm büyük öneme sahip olmaya başlamıştır. Özellikle, 241/1990 sayılı Kanun uyarınca idari karar alma yükümlülüğü gelenekçi bir yaklaşımla kamu yararının daha iyi gerçekleştirilmesinin bir yolu olarak değil; idareden karar almayı bekleyen ilgililerin makul sürede cevap alabilmesinin yolu olarak yeni bir yorumla düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, “hızlı idari işlem hakkı” hukuken talep edilebilir bir hak, örneğin makul sürede idareden cevap alma hakkı olarak düzenlenmiştir ve ihlali halinde davacının lehine hukuki etkileri istikrarlı olarak ulaşılabilir kılınmıştır.

İtalyan kanun koyucunun son yıllarda idarenin sükûtu aleyhinde daha fazla çözüm yolu öngördüğü değinilmesi gereken bir diğer konulardan biridir.

Öncelikle 241/1990 sayılı Kanunun ikinci bölümünün mükerrer kısmı, idari otoritelerin gecikmesi dolayısıyla uğranılan zararların tazminini düzenlemektedir. İlgili düzenleme, kamu otoritelerinin kasten veya ihmali surette belirlenen sürede cevap vermemesi halinde idarenin oluşan zararlardan sorumlu olacağını belirtmektedir³⁰. Zararların tazmini için bir önlem öngören

²⁸ Bkz. V. **Parisio**, *The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities' Silence*, op. cit., 10.

²⁹ Legge 15 Şubat 2010, 140 sayılı İdari Usul Kanununun 31 ve 117 maddeleri, kamu otoritelerinin sükûtuna ilişkin özel bir yargılama usulü öngörmektedir. **Parisio**, s. 12. İdarenin hareketsizliğine karşı açılan davalar için bkz. M. **Occhiena**, *Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in R. **Garofoli**/G. **Ferrari** (Eds.), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, II ed.

³⁰ Mükerrer İkinci Bölüm (İdarenin İdari İşlemi Geciktirmesinin Sonuçları): 1. Kamu idareleri ve Bölüm 1’de belirlenen taraflar, idari işlemin tesisi için belirlenen sürelerle kasıtlı veya ihmalen riayet etmemesi halinde oluşan hak kaybını veya zararı tazmin eder. 2. Bu konudaki uyuşmazlıklar, idare mahkemesinin münhasır yargı yetkisi alanındadır. Kayıp veya zarara ilişkin tazminat talep hakkı beş yıllık zamanaşımına tabidir.

kanun koyucu, ekonomik değerin önemini açıkça vurgulayarak idarenin gecikmesiyle ilişkili olarak rahatsızlık duyan başvurucaya gecikme dolayısıyla oluşan zararını telafi etme imkânı getirmiştir. Zararların tazminine ilişkin bütün davalarda olduğu gibi bu davalar da idari mahkemesinin alanına girmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 30. bölümünün 4. paragrafında, bireyler lehine özel bir düzenleme öngörülmüştür. (Bu ise) zarar gecikmeye atfedilmesi ve idari süreci sonuçlandırmak için gecikme ile zarar arasında illiyet bağının ispatlanmasıdır³¹. Zarara yol açan fiile karşı, birey fiilin tamamlanmasını takip eden bir yıldan sonraki yüz-yirmi gün içerisinde dava açabilir. (Ancak) söz konusu yargı yolu, başvuruca açısından gerek yargılama masrafları gerek hukuka aykırı davranan idarenin hareketsizliğinin ispatının kanıtlanması bakımından gerçek anlamda etkin bir hukuki koruma garanti etmemektedir. Dahası zararların tazmini yükümlülüğü, yalnızca itiraz edenin etkili bir şekilde lehe bir idari işlem elde etme imkanının olduğu davalar bakımından söz konusudur. Bu konuya ilişkin kararlar, açıkça idarenin idari işlem tesisinde gecikme yaşamasının, zararların tazmin hakkını garanti etmek için (tek başına) yeterli olmadığını kesin olarak doğrulamaktadır. Davacı, ancak zararın kesin olarak kamu yönetiminin hareketsizliğinin bir sonucu olduğunu ispatlamalıdır³².

Gecikme halinde oluşan zararlara ek olarak, 21.06.2013 tarih ve 69 sayılı KHK ile (9.08.2013 tarih ve 98 sayılı Kanun) bu gibi gecikmelerden mağdur olan bireyler lehine doğrudan “gecikme tazminatı” imkânı getirilmiştir. Söz konusu gecikme tazminatı, idarenin kasıt veya ihmali davranışının ispatını aramaksızın doğrudan yasa gereği verilmektedir. İkinci Bölümün 1. paragrafına göre, idare her geciken gün için ceza ödemekle yükümlüdür³³. Bu tazminat, bireyin rahatsız durumu dolayısıyla teselli ihtiyacı ile

³¹ İdari Yargılama Usulü Kanununun 30. Bölümü, mevcut içtihat hukukunda da birçok uyuşmazlıkta doğrulanmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25 Mart 2010, 7160, in Urb e app. (2010), Spezzati değerlendirmesi ile, A. **Spezzati**, Giurisdizione in Materia Di Risarcimento Per Danno Da Ritardo Della P.A., E. Sticchi **Damiani**, “Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa”, in Foro Amm. Tar (2007), s. 1145.

³² Bu açıdan, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurul Kararı, 15 Eylül 2005, n. 7 in Resp. civ. prev. (2006), 1397, bkz. R. **Caranta**/G. **Vecci**, “Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione”, Danıştay, IV. Daire Kararı, 7.3.2013 n. 1406, in Foro amm. CdS (2013), s. 3078, yorumlarıyla birlikte N. **Spadaro**, Ancora dubbi interpretativi sul danno da inerzia.

³³ Bkz. R. **Caranta**, “L’inerzia e il ritardo della pubblica amministrazione tra indennizzo e risarcimento, in Studi in onore di Giovanni Iudica”, Milano, 2014, s. 295. F. Di **Lascio**, “Le semplificazioni amministrative e l’indennizzo da ritardo”, in Giorn. Dir. Amm. 2013, s. 1168.

idarenin ihmali davranışının (idarenin sorumluluğundan bağımsız olarak) yaptırma bağlanması zorunluluğunu dengelemek amacıyla eşitlik değerlendirmesi şeklinde idarenin niyeti olarak anlaşılmalıdır³⁴.

İdarenin hareketsizliği halinde bireye tanınan daha başka bir hukuki yol, yerine geçerek işlem yapma yetkisinin etkinleştirilmesidir. 241/1990 sayılı Kanun'un İkinci Bölüm 9. paragrafında, yetkili kamu görevlisinin hareketsizliği halinde yerine geçerek işlem yapmakla yetkili yeni bir figür öngörülmüştür. Belirlenen sürenin sona ermesi halinde ilgililer kamu görevlisine ilgili mevzuat tarafından öngörülen sürenin yarısı kadar süre içerisinde idari işlemin tesis edilmesini veya alternatif olarak kararı almak üzere *commissario ad acta* atanmasını talep edebilirler.

Bu halde bireylere hiç şüphesiz somut ve acil bir koruma ve yargısal usulün uzunluğuyla karşılaştırıldığında daha az masraflı ve çok daha etkin bir koruma sağlanmış olmaktadır. Temel olarak bu yol başvuru açısından belirsizlikten ziyade müspet veya menfi sarih bir cevap alınması bakımından çok daha fazla tatminkârdır. İdareyi karar almaya 'zorlayan' söz konusu hukuki yol, şüphesiz başvuru bakımından sarih bir kararı garanti eden tek avantajlı yoldur.

3. İdarenin Sükûtu ve Niteliği*

Hukuk sistemlerinin çoğu, idarenin sükûtu rejimiyle ilişkili olarak sarih idari işlemlerin tesisi için farklı kanuni yollara başvurarak kamu yönetiminin hareketsizliğiyle mücadele etmektedir.

İdarenin sükûtu, idarenin eylemsizliğinden ayırt edilmesi gereken hukuki bir müessesedir. Bireylerin hukuki statüsünde etkiler doğuran idari faaliyetlerin kamu yönetimi tarafından gerçekleştirilmemesi hali olarak kastedilen idari eylem, yargısal makama başvurudan önce ilgili taraflara her zaman zorunlu itiraz hakkını garanti eden yasal bir düzeni karşılamaktadır³⁵. Bu halde, idarenin belirli zaman diliminde hareketsiz kalmasının hiçbir hukuki sonucu bulunmamaktadır; ancak itiraz edene sadece mahkemeye

³⁴ Bakanlar Kurulunun uygulama kurallarında altını çizdiği gibi, «tarafaların talebi üzerine işlemlerin sonuçlanmasındaki gecikme nedeniyle tazminat», Direttiva 9 gennaio 2014 of, in GU n.59 del 12-3-2014.

* Makalenin İngilizce metninde “meaning” ifadesi, çeviride “nitelik” tercih edilmiştir. Zira yazar bu başlık altında sükûtuun zımnî red veya zımnî kabul hukuki niteliklerini açıklamaktadır. (Ç.n.)

³⁵ Bkz. E. Çani, “Administrative Silence: omission of public administration to react as an administrative decision-making”, in Studime Juridike (Juridical studies), Juridical Scientific Journal, School of Magistrate, Tirana, no. 4, 2014, s. 151.

başvuru imkânı getirilerek, mahkeme idareyi işlem tesis etmeye zorlamaktadır. (Ancak) çoğu hukuk sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca mahkemelerin idarenin takdir yetkisini kullandığı hallerde idareyi belirli yönde işlem tesis etmeye zorlaması kabul edilmemektedir.

Buna karşın idarenin sükûtu kurumu, idarenin belirli zaman diliminde hareketsiz kalmasının başvuruda bulunan üzerinde hukuki etkiler doğurduğu bir müessese olup, idare hukukunun bir icadıdır. Kamu yönetimi, bireyin başvurusuna cevap vermediğinde, -ki yasal düzenleme bu sükûta *de facto* müspet veya menfî bir anlam atfederek ilgili taraflar tarafından talep edilenin kabulü veya reddi sonucu doğmaktadır³⁶.

İdarenin sükûtu hususunda hukuk sistemleri, kamu yararına veya bireyin menfaatine öncelik vermeye bağlı olarak iki farklı yaklaşım benimsemiştir. “İdare merkezli” yaklaşım idareye idari faaliyetler üzerinde öncelikli güvenceler getirmekte ve sükûtun niteliğini zımni red olarak kabul etmekte iken; “birey merkezli” yaklaşım, idareden makul sürede cevap verilme hakkına odaklanarak, başvuruların makul olmayan sürelerde cevap verilmemesi veya kesin bir cevabın verilmemesi halinde (bu durumu) zımni kabul olarak değerlendirmektedir³⁷.

Kamu yararına ağırlık veren hukuk sistemlerinin temel amacı, idari faaliyetler üzerinde idarenin asli denetim (yetkisini) teminat altına almak ve faaliyetlerin idarenin hareketsizliğinden etkilenmesinin önüne geçmektir: bu açıdan sükûtun esas niteliği, zımni reddir³⁸.

Kamu yararına odaklanan bu yaklaşım, demokratik hukuk düzeniyle çatışan idarenin keyfi ve hakkaniyete aykırı üstünlüğüne karşı bireylerin menfaatlerini korumaya öncelik veren Avrupa mevzuatı ve içtihat hukukuna nazaran zorluklara yol açabilir.

‘Birey odaklı’ yaklaşım ise vatandaşların menfaatinin her zaman hâkim olması (şeklinde) fikre değil; kamu yararının bireylerin etkili ve keyfi olmayan kamu yönetimine güvenebildiğinde kamu yararının daha iyi desteklenmediği fikrine dayanır. Bu açıdan idarenin hareketsizliğinin doğal sonucu,

³⁶ ID, 155.

³⁷ Söz konusu ayırım için bkz. G. **Anthony**, “Administrative silence and UK public law”, in *The Juridical Current*, 2008, Vol. 34-35, s. 39.

³⁸ Almanya’da durum böyledir. Alman ve Avusturya hukuk sistemleride idarenin sükûtu için bkz. C. **Fraenkel - Haerberle**, *Il silenzio dell’amministrazione: echi d’oltralpe*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1046 ss.; L. **Ferrara**, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Saumnisbeschwerde austriaca*, in G. **Falcon** (Ed.), *La tutela dell’interesse al provvedimento*, Trento, 2001, s. 73.

idarenin sarıh işlem tesis etme ödeviyle birlikte değerlendirilerek zımni kabuldür³⁹. Esasında Avrupa Birliği üye ülkelerin çoğunda, idarenin sükûtu açıkça ikinci şekilde yorumlanmaktadır. Bilhassa, Almanya⁴⁰, Portekiz, Romanya, Slovakya ve İspanya gibi Avrupa ülkelerinde, yatay mevzuat uyarınca* (örneğin, idari usule ilişkin genel hükümlerde) zımni kabul müessesesi düzenlenmişken; diğer üye devletlerde (İsveç, Estonya, Finlandiya, İrlanda ve Litvanya) idarenin sükûtunun zımni kabul niteliği yalnızca sektör bazlı özel düzenlemelerde öngörülmüştür⁴¹. Diğer üye devletlerde ise (Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya), sektör bazlı özel düzenlemeler aracılığıyla uygulanacağı belirtilerek yatay idari düzenlemelerde yalnızca değinilmiştir; buna karşın Lüksemburg yatay idari düzenlemelere zımni kabul ilkesinin uygulanmayacağı sektörleri, atık yönetimi, çevre kirliliğiyle mücadele gibi liste halinde eklemiştir⁴².

Avrupa Birliğinin normatif düzenlemeleri uyarınca ‘sükût kabuldür’, önemli bir ilkedir. 2006/123 sayılı Kamu Hizmeti Direktifinin⁴³ yürürlüğe girmesi ile Avrupa Birliğinde kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı ile ekonomik kamu hizmetinin belirli süre ile istikrarlı olarak sağlanmasını kolaylaştırmak amacıyla zımni kabul ilkesi açıkça öngörülmüştür. Buna karşın, Direktifte belirtilen alanlar sayılı olmasına, ancak bütün idari karar alma süreçlerinin tüketici (surette) dahil edilmemesine rağmen; Avrupa hukuku, Avrupa Birliği üye devletlerin ulusal mevzuatlarında, hizmet sağlayıcılar için pratik zorluklar, süre ve maliyeti azaltmak ve idari usulün kolaylaştı-

³⁹ Anthony, s. 41.

⁴⁰ Alman İdari Usul Yasasının 42. maddesi, idarenin daha sarıh karar almasını temin etmek amacıyla “farazi kabul” (genehmigungsfiktion) müessesesi getirmektedir. Buna göre, idari otoritelerin başvuruyu cevaplandırması gereken süreyi geçirmesi halinde, ilgili mevzuat aksini öngörmedikçe idari işlem ortaya çıkmaktadır.

* Yatay mevzuat (“horizontal legislation” veya “horizontal effect in law”), birey haklarını etkileyen durumlarda yalnızca idareye uygulanan hukuki yükümlülükleri ifade etmektedir. (Ç. n)

⁴¹ Avrupa Birliği üye devletlerde zımni kabul başvuruları için bkz. 2012 yılı Avrupa Komisyonu’n, Commission Staff Working Document, Detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal Market, http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/servicesdir/implementation/report/SW_D_2012_148_en.pdf.

⁴² Bkz. Çani, s. 155.

⁴³ “Bolkestein Directive” 2006/123, 2006 O.J. (L 376) 36 (EC), available at www.eur-lex.europa.eu. See J. B. Auby, La transposition de la directive services, Droit Administratif, 3, 2010.

rılmak amacıyla (başvurulan) araçlardan biri olarak zımni kabulün bir müessese olarak yer almasını iktiza etmesi anlamlıdır⁴⁴.

4. İtalya’da İdarenin Sükûtu

Gelişmiş hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi İtalya hem idare merkezli ve hem de birey merkezli yaklaşımlarının unsurlarını bünyesinde barındırmakta; bu durum idarenin hareketsizliğine ilişkin çok farklı düzenlemelere yol açmıştır.

Daha önce belirtildiği gibi, 1990ların başından itibaren İtalyan kanun koyucu, idari usul için özel süre sınırlamaları getirmekte ve idari otoritelerin gecikmesiyle mücadele amacıyla bireysel başvurulara karşı farklı hukuki araçlar öngörmekteydi. 241/1990 sayılı Kanunun yasalaşmasından önce, kanun koyucu süre unsuru konusuna dikkatle eğilmemişti. Önceleri, bireyin başvurusunun dayanağı, yalnızca idari işlemde yapılan hukuka aykırılıklardı. İdari işlemin tesis edilmesi sırasında yaşanan bir gecikme (ise) hukuki sonuçları haiz değildi. Bu tarihten (kanunun yasalaşmasından) itibaren, sürenin ekonomik bir değer olarak öneminin bilincine varıldı ve kanunun öngördüğü süre zarfında karar alma hakkına saygı gösterme “görevi”⁴⁵ tanındı.

İtalyan kanun koyucu idari otoritelerin süre sınırlamalarına riayet etmesi ve bireylerin başvurularına makul sürede cevap vermesini teşvik etmek amacıyla farklı aşamalarda yeni çözüm yolları belirledi.

Bu konuda yirmi-beş yılı aşkın bir süredir yapılan kanuni düzenlemelerin sayısı, kanun koyucunun girişimlerinin sorunu çözme konusundaki yetersizliğini görünür bir şekilde ortaya koymaktadır: sonuç ise açıkça idare hukukunun bir müessesesi olarak tanınan ve İdare Hukuku ders kitaplarında işlenen “idarenin sükûtu” müessesesi için çeşitli çözüm yolları öngören düzenlemelerin karmaşık yığılıdır.

Buna göre idarenin hareketsizliğine ilişkin hukuki düzenlemeler, iki farklı kısımda değerlendirilebilir: bu ikilem ‘sükûtun niteliği ve ‘sükûtun hukuki sonuç doğurmaması’ olarak tespit edilebilir.

İlkinde, bireyin başvurusuna idarenin cevap vermemesi, hukuk sisteminde özel bir hukuki anlam ihtiva etmektedir. Bu halde, idari otorite özel kişinin talebine karşı tepki göstermediğinde veya belirlenen sürede cevap

⁴⁴ Bkz. Çani, s. 158.

⁴⁵ Niteliğine ilişkin olarak bkz. V. Parisio, The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities’ Silence, Hamline Law Review, Vol. 36, 1.

vermekten imtina ettiğinde, ‘sükûtun niteliği’ ile idarenin hareketsizliğine hukuki sonuç atfedilmektedir.

‘Sükûtun niteliği’, idarenin hareketsizliğini veya eylemsizliğini takip eden müspet veya menfi sonucuna bağlı olarak ayrıca iki farklı kategoriye ayrılabilir.

Müspet anlamına göre, sadeleştirilmiş kısmının yer aldığı 241/1990 sayılı Kanunun yirminci bölümünde genel kural açıklanmaktadır: birey her zaman müspet bir cevap almak amacıyla idareye başvurabilir, cevap verilme sürecinde makul olmayan bir gecikme yaşanması halinde otuz günün sonunda bireyin başvurusu kabul edilmiş sayılır⁴⁶. İdarenin hareketsizliği, bireyin başvurusunun kabul edilmesiyle aynı hukuki sonucu doğurur ve (bu hal) hukuk düzenince zımni kabul işlemi olarak değerlendirilmektedir. İdarenin basit bir ihmali davranışıyla bağlantılı söz konusu sonucun kanuni bir fiksiyona dayandığı açık ise de kanun koyucu, sükût halini idari ve yargısal yollar bakımından hukuki sonuçlarını doğuran, açıkça tesis edilen bir idari işlem gibi değerlendirmektedir. Altını çizmek gerekir ki zımni kabul müessesesinin tanınmasıyla birlikte idari işlem süreci idarenin adeta talep üzerine işlem tesis edilmişçesine devam etmekte ve birey de kendi işine koyulabilmektedir.

Zımni kabul müessesesinin mantığı, birey odaklı yaklaşımla tutarlı olarak birey ile idare arasında diyalogu kolaylaştırmak ve (bu durumun) idarenin takdir yetkisini kullanmadığı alanlarda yönetimin verimsizliğine yol açmasını engellemektir⁴⁷. Bu aynı zamanda kamu yönetiminin kararı, kanun ile daha önce düzenlenmeyen (takdir yetkisi dahilinde) kamu yararı ve birey menfaati arasında bir seçime ilişkin ise (bu yola) başvurulmaması anlamına da gelmektedir.

⁴⁶ Yirminci Bölüm (Sükût kabuldür [Silenzio assenso]) 1. 19.Bölümün uygulanmasından bağımsız olarak, idari işlem tesis edilmesini isteyen ilgililer tarafından yapılan başvuruya karşı idarenin sükûtu, başkaca herhangi bir işleme veya resmi bir uyarıya gerek kalmaksızın idari işlemle aynı mahiyettedir. Aynı makam, ikinci bölümün alt (2) ve (3) bölümlerinde belirlenen süre içerisinde ilgili taraf hakkında başvurunun reddini içeren bir işlem tesis edemez veya aşağıda yer alan (2) alt bölüm uyarınca işlemine devam edemez.

⁴⁷ Takdir yetkisinin bulunduğu hallerde idare, ilgili mevzuat tarafından öngörülen amaç unsurunu, kamu yararı ve birey menfaatini belirlemek, karşılaştırmak ve değerlendirmek suretiyle gözetmektedir. İdari işlemlerde idarenin takdir yetkisi hakkında bkz. G. Della **Cananea**, A. **Sandulli** (Eds.), “The Italian Administrative Procedure Act”, in The Italian Journal of Public Law - Special Issue, 2010, passim.; G. **Corso**, “Administrative procedures: twenty years on”, in www.ijpl, 2010.

Bu perspektiften bakıldığında, yirminci bölüm, hassas menfaatler söz konusu olduğunda zımni kabul müessesesinin değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. İtalyan kanun koyucu, çevre, sağlık, güvenlik veya kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde usule uygun bir idari işlem tesisini aramaktadır⁴⁸.

Sükûtin niteliğinin çok daha az karşımıza çıkan bir diğer görünümü ise, zımni reddir. Bu ise istisnai bir hipotez olup, yalnızca kanunun açıkça idarenin hareketsizliğinin başvurunun reddi olarak değerlendirdiği hallerde oluşacaktır. Bu halde, idarenin hareketsizliği işlemin reddi ile aynı mahiyettedir ve başvuru, yalnızca idari veya yargısal yollar aracılığıyla söz konusu işleme itiraz edebilir⁴⁹.

İster zımni red ister zımni kabul olsun idarenin sükûtu durumunda ilgili birey, zımnin tesis edilen işleme karşı altmış gün içerisinde idari yargıda dava açabilir. Üçüncü kişiler zımni kabul ile oluşan işlemin hukuka aykırı oluştuğunu değerlendirmekte ise, işlemin tesis edilmiş olması gereken süre sınırını ve başvurunun tarihini belirtmek suretiyle sarih bir idari işlemmişçesine idari yargıdan önce iptalini talep ederek itiraz edebilirler.

Söz konusu usul, idari davaların klasik tipi olan ve aynı zamanda İdari Yargılama Usulü Kanununda (C.P.A) belirtilen iptal davası usulüdür. Aynı şekilde idarenin sükûtu ile somut bir idari işlemin aynı hukuki sonucu doğurması dolayısıyla idare, işlemini geri alabilir veya resen kaldırabilir. İtalyan idari usul hukukuna göre hâkim, idare tarafından tesis edilen işlemin hukuka uygun olup olmadığını ve takdir yetkisinin yasanın ruhuna uygun kullanılıp kullanılmadığı inceleyebilir; ancak idare mahkemeleri esasında

⁴⁸ 241/1990 sayılı Kanunun ikinci bölümünün 4.paragrafında: “4. Bu bölüm hükümleri, İçişleri Bakanının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan kararname veya kararnamelerde belirlenen işlemlere, yasa tarafından idarenin sükûtunun başvurunun reddi olarak nitelendirdiği uyumsuzluklara, Topluluk Hukukunun usulüne uygun idari işlemi iktiza ettiği hallere, kültür veya peyzaj mirası, çevre, milli savunma, kamu güvenliği, göç, iltica ve vatandaşlık, sağlık veya kamu güvenliği ile ilgili işlemlere uygulanmaz.

⁴⁹ Fransız hukuk sisteminde, kural olarak sükût hali, başvurunun zımni reddi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu zımni red hukuk devleti ilkesine dayanmakta ve idarenin ilgili bireyin başvurusunu takip eden iki aylık bir zaman diliminde hareketsiz kalması halinde oluşmaktadır. Bu farazi işlem, idari işlemin esas ve usul bakımından iptal edilmesinden önce alınması gereken “ön şart” olarak değerlendirilmektedir. Bkz. C. **Broyelle**, “Le silence de l’administration en droit administratif français”, in Parisio (ed.); Benzer şekilde Almanya’da başvurunun cevapsız bırakılmasının niteliği, işlemin reddi kabul edilip, zımnin redde karşı ilgilinin dava açma hakkı bulunmaktadır. **Fraenkel-Haerberle**, s. 1054.

(yalnızca) dava konusu işlemi iptal etme yetkisini haizdir ve idare yerine geçerek işlem tesis edemez. Bu açıdan iddia edenin hedefleyebileceği tek sonuç, idareden kendi menfaatlerine daha uygun yeni bir sarih karardır. Yalnızca yargılama sonrasında yeni bir idari işlem tesis ederken idari organının takdir yetkisi söz konusu ise, (karar) söz konusu olmaz veya diğer türlü neredeyse hiç ve daha fazla denetime ihtiyaç duyulmaz. Hâkim, idarenin (iptal edilen işlemin yerine geçmek üzere) kesin bir işlem tesis etmesi amacıyla yargısal emir verinceye kadar denetim gerçekleştirebilir⁵⁰.

İtalyan hukukunda idarenin sükûtuna veya hareketsizliğine ilişkin öngörülen farklı hukuki mekanizmaların hızlıca (yapılan) genel değerlendirilmesi ortaya koymaktadır ki, bütün çabalara rağmen kamu yönetiminden sarih cevap alma hakkının uygulaması layıkıyla güvence altına alınmamıştır.

Halihazırda bugün başvuruçunun ulaşabileceği netice, üçüncü kişi durumunda bulunmayan idarenin mutlak kontrolündedir. Zararların tazmininin mahkemeden talep edilmesi hala çok zor olup, hâkimin idarenin hareketsiz kaldığı durumlarda resen tahkik yetkisi idari işlemi yürürlüğe koyabilir ancak bağlı yetki halleri dışında idari işlemin içeriğini belirleyemez. Kuvvetler ayrılığına dayanan İtalyan sisteminde hâkim, idarenin yerine geçerek işlem tesis edemez, zira bu durum idarenin takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlandırdığı gerekçesiyle hukuka aykırıdır.

Dahası 241/1990 sayılı Kanunun ikinci bölümünün mükerrer dokuzuncu paragrafında belirtilen yerine geçerek işlem yapma yetkisi, oldukça spesifik ve gerçek anlamda bir koruma sağlaması olası görünmemektedir. Bu yetki, aynı yerde çalışan bireyler arasında (örneğin, iş arkadaşları) veya aynı idari kurum içerisinde başvurulduğundan idarenin hakimiyet alanında bir müessese olarak kalmaya devam etmektedir.

Benzer şekilde zımni red veya zımni kabul sonucunu doğuran sükûtun niteliği ile ilgili olarak, en iyi sonucu temsil eden başvuruçular hakkında verilmek üzere dahi alınmamaktadır⁵¹. Şüphesiz (bu yol) sarih ve kesin bir

⁵⁰ İtalyan idari yargı sistemi hakkında İngilizce eserler için bkz. R. **Perna**, "Italian experience in the administrative proceedings", in Round table "The development of administrative justice system in Russia: lessons to be learned from the practices in OECD member countries", Moscow 25 October 2013, in https://www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/otiz/~edis_p/nsiga_3780763.Docm. **Comba** - R. **Caranta**, Administrative Appeals in Italian Law: on the Brink of Extinctions or Might They Be Saved (and Are They Worth Saving)?, in D.C. **Dragos**-B. **Neamtu** (eds.), Alternative Disputes Resolution in European Administrative Law, Berlin-Heidelberg, 2014, s. 85.

⁵¹ Bkz. **Parisio**, s. 13.

idari işlem temini için başvurulmuş bir araç olmasına rağmen, bu yol idari karar alınırken gerekçe gösterme yükümlülüğünü ihmal etmektedir. Dahası, başvuru sahibinin idari işleme ilişkin şüphe ve belirsizliklerini gidermek amacıyla en iyi yol olan sarıh bir idari işlemle mahrum bırakılmaktadır.

İdarenin sükûtu halinde ortaya çıkan zımni red veya zımni kabul müesseselerinin idarenin takdir yetkisi söz konusu olduğunda iyi idare temel hakkıyla bağdaşmadığı görülmektedir, bunun yerine idari faaliyetten etkilenen bireylerin sürenin sonunda yazılı bir idari işlemi haiz olmasını ve idarenin kolaylıkla harekete geçiren sebeplerinin ortaya çıkmasını zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ainis, M.:** **Informazione Potere Libertà**, Torino, 2005.
- Anthony, G.:** “Administrative Silence And Uk Public Law”, İn **The Juridical Current**, 2008, Vol. 34-35.
- Anthony, G.:** **Administrative Silence And Uk Public Law**, 41.
- Auby, J. B.:** “La Transposition De La Directive Services”, **Droit Administratif**, 3, 2010.
- Azoulai, L.:** **Le Principe De Bonne Administration, İn Droit Administratif Européen**, J. Dutheil De La Rochère Et J. - B. Auby (Dir.), Bruxelles, 2007.
- Banfi, F. Trimarchi:** “Il Diritto Ad Una Buona Amministrazione”, in M. P. Chiti - G. Greco (A Cura Di), **Trattato Di Diritto Amministrativo Europeo**, Milano, Giuffrè, 2007.
- Bifulco, R.:** “Diritto Ad Una Buona Amministrazione”, İn R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (Eds.), **L’europa Dei Diritti. Commento Alla Carta Dei Diritti Fondamentali Dell’unione Europea**, Bologna, 2001.
- Broyelle, C.:** “Le Silence De L’administration En Droit Administratif Français”, İn V. Parisio (Ed.), **Silenzio E Procedimento Amministrativo İn Europa**, Op. Cit.
- Cananea, G. Della/Sandulli, A.:** “The Italian Administrative Procedure Act”, İn **The Italian Journal Of Public Law - Special Issue**, 2010, Passim.; G. Corso, “Administrative Procedures: Twenty Years On”, in www.ijpl.com, 2010.
- Çani, E.:** “Administrative Silence: Omission Of Public Administration To React As An Administrative Decision-Making”, İn **Studime Juridike (Juridical Studies), Juridical Scientific Journal**, School Of Magistrate, Tirana, No. 4, 2014.
- Caranta, R.:** “L’inerzia E İl Ritardo Della Pubblica Amministrazione Tra İndennizzo E Risarcimento, in Studi in Onore Di Giovanni Iudica”, Milano, 2014.
- Caranta, R.:** “Les Exigences Systémiques Dans Le Droit Administratif De L’union Européenne”, in **Annuaire De Droit De L’union Européenne**, 2012.

- Caranta, R.:** Vecci, G.: “Inerzia, Silenzio, Ritardo: Quale Responsabilità Per La Pubblica Amministrazione”, **Danıştay IV.Daire Kararı**, 7 Mart 2013 N. 1406, *İn Foro Amm. Cds* (2013).
- Castells, M.:** **Comunicazione E Potere**, Milano, Università Bocconi Editore, 2009.
- Chiti, E.:** “Il Principio Di Buona Amministrazione”, in E. Chiti, C. Franchini, M. Gnes, M. Savino, **M. Veronelli, Diritto Amministrativo Europeo - Casi E Materiali**, Milano, 2005.
- Colavecchio, A.:** **L’obbligo Di Provvedere Tempestivamente**, Torino, Giappichelli, 2013.
- Comba, M./Caranta, R.:** “Administrative Appeals In Italian Law: On The Brink Of Extinctions Or Might They Be Saved (And Are They Worth Saving)?” *İn D.C. Dragos - B. Neamtu (Eds.), Alternative Disputes Resolution İn European Administrative Law*, Berlin, Heidelberg, 2014.
- Damiani, E. Sticchi:** “Danno Da Ritardo E Pregiudiziale Amministrativa”, *İn Foro Amm.Tar* (2007).
- Eunomia:** “Project Capacity-Building Seminar On ‘Ombudsman’s Intervention: Between The Principles Of L Equality And Good Administration”, Sofia, Bulgaria, 17 September 2007.
- Fenster, M.:** “The Opacity of Transparency”, **Iowa Law Review**, 91, 2006.
- Ferrara, L.:** “Prime Riflessioni Sulla Disciplina Del Silenzio-İnadempimento Con Attenzione Alla Saumnisbeschwerde Austriaca”, *İn G. Falcon (Ed.), La Tutela Dell’interesse Al Provvedimento*, Trento, 2001.
- Figorilli, A./Renna, M.:** Commento All’art. 2, in A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, **Codice Dell’azione Amministrativa E Delle Responsabilità, Nel Diritto**, Roma, 2009.
- Fraenkel, C.:** Haeberle: “Il Silenzio Dell’amministrazione: Echi D’oltralpe”, in **Dir. Proc. Amm.**, 2010.
- Habermas, J.:** **The Structural Transformation Of The Public Sphere: An Enquiry Into The Category Of The Bourgeois Society**, Cambridge, 1989.
- Haeberle, C. Fraenkel:** **Il Silenzio Dell’amministrazione**, Op. Cit., 1054.

- Harlow, C./Rawlings, R.:** “National Administrative Procedures in A European Perspective: Pathways To A Slow Convergence”, in *www.ijpl*, 2, 2010.
- Jambrenghi, M. T./Caputi P.:** “Buona Amministrazione Tra Garanzie Interne E Prospettive Comunitarie” (A Proposito Di “Class Action All’italiana”), in *Www.Giustamm.It*, 2010.
- Lascio, F. Di:** “Le Semplificazioni Amministrative E L’indennizzo Da Ritardo”, in **Giorn. Dir. Amm.** 2013.
- Lipmann, W.:** **L’opinione Pubblica**, Milano, 1963.
- Malocchi, L.V.:** “Opinione Pubblica”, in **Nov.Mo Dig. It.**, Vol. XI, Torino, 1965.
- Matteucci, N.:** “Opinione Pubblica”, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (A Cura Di), **Dizionario Di Politica**, Torino, 1983.
- Mendes, J.:** **Good Administration In Eu Law And The European Code Of Good Administrative Behaviour.**
- Millett, Lord:** “The Right To Good Administration In European Law”, **Public Law**, 2002.
- Occhiena, M.:** “Azione Avverso Il Silenzio E Declaratoria Di Nullità”, In R. Garofoli- G.Ferrari (Eds.), **Codice Del Processo Amministrativo**, Roma, 2012.
- Pariso V., (Ed.):** **Silenzio E Procedimento Amministrativo In Europa: Una Comparazione Tra Diverse Esperienze**, Milano, Giuffrè, 2006.
- Pariso, V.:** “The Italian Administrative Procedure Act And Public Authorities’ Silence”, in **Hamline Law Review**, Vol. 36, 1.
- Pegoraro, L.:** “Esiste Un “Diritto” Ad Una Buona Amministrazione? (Osservazioni Critiche Preliminari Sull’(Ab)Uso Della Parola “Diritto”)”, in **Istituzioni Del Federalismo**, 2010.
- Perna, R.:** “Italian Experience In The Administrative Proceedings”, in **Round Table “The Development Of Administrative Justice System In Russia: Lessons To Be Learned From The Practices In Oecd Member Countries”**, Moscow 25 October 2013, in https://www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/wcm/Idc/Groups/Public/Documents/Document/Mdax/Otiz/~Edisp/Nsiga_3780763.Doc;
- Police, A.:** **Il Dovere Di Concludere Il Procedimento E Il Silenzio Inadempimento**, Op. Cit..

- Ricci, S.:** **La “Buona Amministrazione”:** **Ordinamento Comunitario E Ordinamento Nazionale**, Torino, 2005. D. Sorace, “La Buona Amministrazione E La Qualità Della Vita Nel 60 Anniversario Della Costituzione”, in www.costituzionalismo.it, 2008.
- Rossillo, G.:** “Popolo Europeo, Potere Costituente E Costruzione Dello Stato Federale Europeo”, in **Il Federalista**, 2007.
- Sandulli, A.:** “The Italian Administrative Procedure Act: Back To The Future”, in **Italian J. Pub. L.**, 370, 373 (2010).
- Soderman, J.:** **Public Hearing On The Draft Charter Of Fundamental Rights Of The European Union**, Preliminary Remarks, Speech Of The European Ombudsman, 02 February 2000, In [Http://Www.Ombudsman.Europa.Eu/Activities/Speech.Faces/En/355/Html.Bookmark](http://Www.Ombudsman.Europa.Eu/Activities/Speech.Faces/En/355/Html.Bookmark).
- Wakefield J. (Ed.):** “The Right To Good Administration”, **Kluwer Law International**, 2007.

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN RIZASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644278>

*Ersin ŞARE**

Öz

Kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen ve suç niteliğinde olan fiile razi olması, kanundaki şartları taşımak şartıyla, işlenen fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder. Bu yönüyle TCK'nın 26/2 maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası hükmü genel bir hukuka uygunluk nedenidir. Cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı suçları yönünden ilgili kişinin cinsel davranışa karşı gösterdiği rıza ise suçun tipikliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu yönüyle cinsel davranışa karşı gösterilen rıza ile bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası birbirinden farklılık göstermektedir. Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlarda genellikle tanık bulunmaz ve ispat faaliyetinde sorun yaşanmaktadır. Faillerin genellikle yapmış oldukları savunma, mağdurunda bu fiile razi olduğu yönündedir. Bu nedenle ilgilinin rızası konusu Cinsel Özgürlüğe karşı suçlarda büyük önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

İlgilinin Rızası, Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Hata

CONSENT OF VICTIM IN THE CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM

Abstract

The person's consent to the offensive act made (committed) against shall eliminates the illegality of the act committed, provided that the conditions in the

*

Adana Hakimi (2. Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi) (e-posta: ersinshare@hotmail.com)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1441-5146> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.04.2019)
(Makale Gönderilme Tarihi: 09.04.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.10.2019)

law are met. In this respect, provision for the victim's consent regulated in article 26/2 of the Turkish Penal Code is a common (Justification) cause of compliance with the law. In terms of sexual assault, victim's consent for the sexual behavior eliminates the existence of crime (actus reus) elements in aspect of the crimes related to child's sexual abuse. In this respect, the consent given to sexual behavior and the consent of a victim as justification are differed from each other. Crimes against Sexual Freedom are witnessed rarely and there is a problem of proof. Defense made by the perpetrators is generally indicating that the victim had consent for such action. Therefore, the issue of victim's consent is essential for crimes against Sexual Freedom.

Keywords

Consent of Victim, Sexual Assault, Sexual Abuse, Sexual Harassment, Mistake

GİRİŞ

“Rıza” ya da konumuz ile alakalı ifade ediliş şekliye “rıza gösterme”; bir kimsenin, kendisine yönelen bir davranışa razı olması, müsaade etmesi, uygun bulması ya da onaylaması anlamlarına gelmektedir¹. Hukuki anlamda ilgili kişinin rızası ise, bir kimsenin, başka kişiye ait hak ya da menfaati zarara uğratma ya da tehlikeye koyma şeklindeki suç teşkil edebilecek fiilinin, (kanundaki şartları taşımak şartıyla) gösterilen rıza nedeniyle hukuka uygun kabul edilmesi ve bu nedenle cezalandırılmamasıdır².

Türk Ceza Kanunu’nun 26/2. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan “ilgilinin rızası” hükmüne yer verilmiştir. TCK’nın 26/2 maddesine göre; *kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*³. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara/2011, s. 1979. “Rıza” ifadesi, hoşnutluk, memnurluk, istek, kendi isteği anlamlarına da gelmektedir. Bkz. **Develioğlu**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 26. Baskı, Ankara 2010, s. 1042.

² Suç kurbanının rızasının, kural olarak ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı şeklindeki görüş için bkz. **Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul 1953, s. 431. 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme yoktu. Böyle bir düzenlemeye yer verilmemesine rağmen “ilgilinin rızası” kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenleri arasında kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK’nın yürürlükte olmadığı dönemde yazdığı eserinde Taner, suç kurbanının rızasının ceza mesuliyetini kaldırmayacağı görüşündedir. Çünkü işlenen suç her şeyden önce toplumun huzur ve sükununu bozmuştur. Takibi şikayete bağlı suçlar yönünden kişi isterse, şikayette bulunmayarak kendisine karşı suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin ceza almamasını sağlayabilir. Takibi şikayete bağlı olmayan hırsızlık ve cinsel saldırı gibi suçlar yönünden ise suç kurbanının rızası, ceza mesuliyetini kaldıran bir sebep olmaktan ziyade suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsurdur. Bkz. **Taner**, s. 431-435.

³ Alman Ceza Kanunu’nda bizim kanunumuzda olduğu gibi “ilgilinin rızası” şeklinde genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğretide “ilgilinin rızası”, örf ve adet hukuku tarafından kabul gören bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Heinrich**, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara 2014, s. 292; İtalyan Ceza Kanunu’nun 50. maddesinde genel bir düzenleme olarak “ilgilinin rızası” hükmüne yer verilmiştir. İTCK’nın 50. maddesine göre; *“bir hakkı, geçerli bir şekilde kullanabilecek kimsenin muvafakatı ile o hakka zarar veren veya tehlikeye koyan kimse cezalandırılmaz.”* Bkz. **Pisapia**, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çeviren: Atif Akgüç, Padova 1965, s. 131.

“ilgilinin rızası”⁴ ifadesine kullanmak daha doğrudur. Zira hukukun çizdiği sınırlar içerisinde gösterilen geçerli rıza hallerinde suç oluşmayacağından mağdur bir kişiden de söz edilemeyecektir⁵.

Anayasa’nın 20. maddesine göre; *herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.* Bu hükümde yer alan hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girmesi Anayasa hükmü uyarınca mümkün değildir. Kişinin cinsel hayatı bu gizli alan içerisinde ve hiçbir şekilde dışarıdan müdahale edilmesi mümkün değildir⁶. Bu gizli alanda yalnızca birey ve karşısındaki kişi bulunmaktadır. Çoğunlukla cinsel suçlar, bu gizli alanda işlenmektedir. Gerçekleştirildiği iddia edilen cinsel suçlar yönünden ekseriyetle tanık bulunmaz ve yapılan savunma genellikle “kişinin bu fiile rızası var” savına dayanır. Bu yüzdendir ki cinsel suçlar yönünden, ilgilinin geçerli bir rızasının varlığının ya da yokluğunun tespiti büyük önem taşımaktadır.

Cinsel suçların mağdurlarının çoğunlukla kadınlar olduğu bir gerçektir⁷. Ancak cinsel suçlar erkeklere karşı da gerçekleştirilebilen suçlardandır. Nitekim Türk Ceza Kanunu’ndaki “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden herhangi bir cinsiyet belirlemesi yer almamaktadır. Yine 765 sayılı TCK’da yer verilen ve mahiyeti gereği yalnızca bir kadına karşı gerçekleştirilebilen suçlara yeni ceza kanununda yer verilmemiştir⁸.

Hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” ile suçun tipik oluşunu engelleyen ve suçu negatif bir maddi unsuru olan “rıza” arasındaki farkı daha belirgin hale getirmek için bu çalışmada öncelikle bir hukuka uygunluk nedeni olan ve TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen “ilgilinin rızası”

⁴ Öğretide bazı yazarlarca bu ifadenin yanı sıra “Mağdurun rızası” ifadesi de kullanılmaktadır.

⁵ “Kişi tarafından gösterilen rıza, fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlenmesi sırasında açıklandığında etkili olacak ve bu durumda artık mağduriyet söz konusu olmayacağı için mağdur yerine ilgili terimi tercih edilmiştir.” Bkz. **Bayraktar**, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2006, s. 20.

⁶ **Öztürk**, Bahri: “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 577-578.

⁷ **Centel**, Nur: “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 59.

⁸ “Evlence maksadıyla kandırıp kızlık bozma suçu” (765 sayılı eTCK m. 423) yalnızca kadınlara karşı gerçekleştirilebilen bir suçtu ve yeni Türk Ceza Kanunu’nda bu suça yer verilmemiştir.

konusuna değinilecek ve sonrasında “cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar” yönünden kişinin göstermiş olduğu “rıza”nın hukuki niteliği, değeri ve geçerliliği konusunda açıklamalarda bulunulacaktır.

I. TÜRK CEZA KANUNU’NDA DÜZENLENEN “İLGİLİNİN RIZASI”NIN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedenidir⁹. Hukuka uygunluk nedeni olması nedeniyle gerçekleştirilen fiil tüm hukuk dalları¹⁰ yönünden hukuka uygun hale gelir¹¹. Ancak belirtmek gerekir ki ilgilinin göstermiş olduğu rıza her koşulda fiili hukuka uygun hale getirmez. Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak üzerinde, kanunun cevaz verdiği sınırlar içerisinde ve irade fesadı olmadan verdiği rıza fiili hukuka uygun hale getirir. Aşağıda daha ayrıntılı şekilde değinileceği üzere, ceza hukuku sistemimize göre bir kişiyi, rızası dahilinde olsa bile öldürmek, fiili hukuka uygun hale getirmez ve kişi kasten adam öldürme suçundan sorumlu olur¹².

⁹ Bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, On İkinci Bası, İstanbul 1999, s. 68, “rıza’yı hukuka uygunluk sebebi saymayıp da, failin saiki dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldırıcı bir sebep addeden pozitivistler bile, rıza ile öldürme halinde failin cezalandırılmasını kabul etmektedirler. Şu halde suç kurbanının rızasını, suçun diğer unsurları yönünden değil, fakat hukuka aykırılık unsuru bakımından incelemek zorunluluğu vardır.” İlgilin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden diğer yazarlar: **Hakeri** (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 355 vd; **Öztürk/Erdem**, s. 236 vd; **İçel**, s. 380 vd; **Zafer**, s. 312 vd.

¹⁰ Kanunun belirlediği sınırlar içerisinde gösterilen rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, özel hukuk yönünden bir zarara nedeni olmuş ise bu zararın tazmini istenemeyecektir. Bkz. **Şare**, Ersin: “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, Yıl 83, Ocak/2018, s. 17. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilgilinin rızası hallerinde dahi tazminat sorumluluğunun devam edebileceğini işaret eden bir hüküm yer almaktadır. TBK’nın 52. maddesine göre; “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” İlgilinin rızası hallerinde tazminat sorumluluğunun kaldırılması hakimnin takdirine bırakıldığından aksi bir yorumla bu gibi hallerde mahkemece tazminata da hükmedilebileceği söylenebilir.

¹¹ **Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 21-24.

¹² “Ötanazi” hukuk düzenimizce yasaklanmıştır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Bayraktar**, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 62-64. Failin icrai bir hareketle isteğe bağlı olarak mağdurun yaşamına son verdiği “aktif ötanazi” hallerinde kasten öldürme suçunun oluşacağı ve hatta failin şartları gerçekleşmiş ise kasten öldürmenin nitelikli hali olan tasarlamadan (TCK m. 82/1-a) sorumlu olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Hakeri**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 51.

Tipikliğin oluşmasına engel olan “rıza” ile bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” aynı şeyler değildirler ve farklı sonuçlar doğurmaktadırlar.

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN “İLGİLİNİN RIZASI”NIN VARLIĞINA İLİŞKİN ŞARTLAR

Hukuka uygunluk nedeni olan ‘ilgilinin rızası’nın varlığı için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları, “rıza açıklama ehliyetinin bulunması”, “rızanın üzerinde mutlak tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması” ve “hukuken geçerli bir rıza açıklamasının bulunması” şeklinde sıralayabiliriz. Aşağıda kısaca bu şartlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Rıza Açıklama Ehliyetinin Bulunması

Rıza beyanında bulunan ilgilinin, temyiz kudretine sahip olması ve rızasını açıkladığı sırada rıza açıklama ehliyetini kaldıran başkaca bir etmenin bulunmaması gerekir¹³. Hak ya da menfaat sahibinin, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü¹⁴, sağır ve dilsizlikten veya arızı bir sebepten kaynaklı olarak temyiz kudreti bulunmuyorsa açıklamış olduğu rıza geçerli olmayacaktır¹⁵.

Rıza gösterecek kişi, rıza gösterdiği fiilin, ne gibi sonuçlar doğurabileceğini anlayabilecek durumda olmalıdır. Bunu algıladıktan sonra sübjektif değerlendirme süreci başlar ve bunu da irade etme ve isteme süreçleri izler. Kısaca kişi, algılama, algıladığını değerlendirebilme ve irade etme yeteneğine sahip ise geçerli bir rıza açıklamasından söz edilebilecektir¹⁶.

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için ayrıca kişinin rıza iradesini dış dünyaya ortaya koyabilecek, kendisini ifade edebilecek yetenekte olması gerekir. Bu nedenle bilinci kapalı kişilerin rıza açıklamaları mümkün olmadığından rıza ehliyetlerinin varlığından söz edilemez¹⁷. Yine kanuni temsilcilerin, küçük ya da kısıtlı adına gösterdikleri rıza beyanlarını ayrı tutarsak rıza da temsil mümkün değildir. Kendine karşı suç niteliğindeki fiilin işlen-

¹³ İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 383.

¹⁴ Türk Ceza Kanunu’nun 6/b. maddesine göre, çocuk deyiminden on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır. Ceza hukuku sistemimizde kişinin çocuk olması, göstermiş olduğu rızanın her koşulda mutlak olarak geçersiz olduğu anlamına gelmeyecektir. Nitekim cinsel suçlar yönünden, on beş yaşını doldurmuş olan kişinin rızası kural olarak geçerli kabul edilmektedir.

¹⁵ Dönmezer/Erman, s. 71.

¹⁶ Şahin, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 151-158.

¹⁷ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 309.

mesine razı olma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir menfaat ya da hak olduğundan, bu hakkın ya da menfaatin zarara uğratılması veya tehlikeye konulmasına razı olma kararının bir başkasına devredilmesi halinde geçerli bir rızadan söz edilemez¹⁸. Ancak 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılınması ve Nakli Hakkında Kanun ile bu kriterlere istisnai bir hüküm getirilmiştir. İlgili kanununun 14. maddesine göre; *bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir*¹⁹.

İrade fesadı olmadan alınan rızanın, başkalarına göre objektif olarak mantıklı ve makul olmaması peşinen kişinin rıza ehliyetinin olmadığını göstermez²⁰.

Rıza açıklama ehliyetinin varlığının tespitinde somut olayın özelliklerine bakmak gerekmektedir. Bu nedenle rıza açıklanmasının, her koşulda kesin olarak geçerli olduğunu kabul edebileceğimiz belirli bir medeni durumdan ya da yaş aralığından söz etmek mümkün değildir²¹. Hiç şüphesiz rıza açıklama yaşı konusunda ceza ya da başka kanunlarda bir belirleme yapıldıysa, ceza ya da ilgili kanunlarda getirilen kıstas esas alınacaktır²². Nitekim aşağıda daha ayrıntılı değinileceği üzere cinsel özgürlüğe karşı suçlar yönünden TCK'da, rıza açıklama ehliyetinin geçerli kabul edildiği iki farklı yaş grubu öngörülmüştür. TCK'daki düzenlemeye göre; on beş ile on

¹⁸ **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 359, “*kanuni temsilcinin açıkladığı rızada küçüğün ya da kısıtlının menfaati bulunmalıdır.*” **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 320.

¹⁹ Her ne kadar organı bir başkasına nakledilecek kişi tıbben ölü kabul edilse de, öldükten sonra vücudu üzerinde ne gibi tasarrufta bulunulabileceği kararı sağken yine o kişiye aittir. Bu kanun sayesinde sağken böyle bir iradesi ve rızası bulunmamasına rağmen, yakınlarının kararıyla, öldükten sonra kişinin organları bir başkasına bağışlanabilmektedir.

²⁰ **Şahin**, s. 154.

²¹ **Heinrich**, s. 300-301, “*Rıza ehliyetine sahip olması için kişinin ruhen ve ahlaken olgunluğa sahip olması, hukuki menfaate yapılacak müdahalenin kapsam ve anlamını bilmesi, korunan hukuki menfaatten vazgeçtiği ve müdahale ile sonuçta nasıl bir olgu ile karşılaşacağı durum hakkında değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Bu durum her somut olayda ele alınmalıdır.*”

²² **Çakmut**, Özlem Yenerer: Tıbbi Müdahaleye Rıza'nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 207.

sekiz yaşındaki çocukların, temyiz kudretine sahip olmak şartıyla cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti bulunmaktadır. Ancak şikayet olması halinde fail, cezası daha az olan reşit olmayan ile cinsel ilişki suçundan cezalandırılabilir. On sekiz yaşından büyük olan kişilerin ise, diğer şartları taşımak kaydıyla kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti bulunmaktadır.

Ceza hukuku alanında esas alınan rıza ehliyeti ile Medeni Kanun'da sınırları çizilen fiil ehliyeti²³ aynı şeyler değildir. Bu nedenle ceza hukuku alanında rıza ehliyetinin belirlenmesinde, Medeni Kanun'da sınırları çizilen fiil ehliyetinin esas alınması mümkün değildir²⁴. Bununla birlikte ceza kanununda rıza gösterme ehliyeti konusunda herhangi bir belirleme yapılmadıysa, Medeni Kanun'da fiil ehliyetinin sınırlarını çizen hükümlerden faydalanılabilir. Kişi medeni kanuna göre fiil ehliyetine sahipse, özellikle mal varlığına ilişkin tasarruflarda rıza gösterme ehliyetine sahip olduğu karine olarak söylenebilir. Ancak bu gibi durumlarda da ceza kanununda aksine bir düzenleme varsa ve somut olayın özellikleri geçerli bir rıza açıklama ehliyetinin var olduğunu göstermiyorsa, kişi fiil ehliyetine sahip olsa bile gösterilen rıza geçerli olmayacaktır²⁵.

On sekiz yaşının altında, ayırt etme gücüne sahip ve anne ile babasının her ikisinin birlikte rıza göstermesi²⁶ koşuluyla yargıç kararı sonucu ergin olan²⁷ bir kişi, rızası dahilinde bir başkası ile cinsel ilişkiye girdikten sonra

²³ Medeni Kanun anlamında fiil ehliyeti, kendi fiili ile hak kazanabilme ya da yükümlülük altına girebilmedir. Fiil ehliyeti, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuki sonucunu kendisine isnat edebilmesini ifade etmektedir. bkz. **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir**, Saibe Oktay: *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 49. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde fiil ehliyeti için gerekli olan şartlar sıralanmıştır. Bu maddeye göre, fiil ehliyetinin varlığı için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekir. Bkz. **Serozan**, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 428.

²⁴ **Şahin**, s. 140. "*Türk Ceza Hukuku öğretisi ve uygulamasında da rıza ehliyetinin belirlenmesinde, hukuki işlem ehliyetinin esas alınamayacağı görüşü hakimdir.*"

²⁵ Bunun yanında Medeni Kanun uyarınca fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişinin, ceza hukuka alanında rıza gösterme ehliyetinin var olduğu hallerin varlığından söz edilebilecektir. Yaşlılık nedeniyle kısıtlama altına alınan ve tam fiil ehliyetine sahip olmayan birinin göstermiş olduğu rıza, somut olayın özelliklerine göre ceza hukuku alanında geçerli kabul edilebilecektir.

²⁶ **Serozan**, s. 431.

²⁷ Kural olarak kişi on sekiz yaşını tamamlamasıyla ergin olur. (TMK m. 11/1). Bunun yanı sıra on sekiz yaşını tamamlamadan da erginlik kazanılabilir. Kanunda belirtilen şartları taşımak şartıyla kişi evlenince ergin olur. (TMK m. 11/2) ya da on beş yaşını bitirmiş çocuk anne ve babasının birlikte gösterdiği rıza ile yargıç kararıyla ergin kılınabilir. (TMK m. 431)

bu kişiden şikayetçi olursa reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun oluştuğunun kabulü gerekecektir²⁸. Mağdurun bu gibi bir olayda fiil ehliyetine sahip olması, suçun oluşumunu engellemez. Zira öncelikle Ceza Kanunu'nda belirlenen rızaya ilişkin yaş sınırlamasının esas alınması gerekmektedir.

B. Rızanın Üzerinde Mutlak Tasarruf Edilebilir Bir Hukuki Hak ya da Menfaate İlişkin Olması

Geçerli bir rızanın varlığı için, kişinin ihlal edilmesine rıza gösterdiği menfaat ya da hakkın, “mutlak surette tasarruf edilebilen menfaat ya da haklar”dan olması gerekmektedir²⁹. Devletin yalnızca bireyin serbestçe yararlanmasını garanti altına almak amacıyla tanıdığı haklar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklardır³⁰.

Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar yönünden kişinin, ihlal edilen hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi olduğu söylenebilir. Bu gibi durumlarda yalnızca, suça maruz kalan kişinin bu fiile rıza gösterme ehliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır³¹.

Yaşam hakkı, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir. Kamu düzeni gereği herkesin doğal yolla ölmesi esas alınmıştır. Kurtulma ümidi kalmamış olan ya da tedavisinin bulunmadığı bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimse, acılarından bir an evvel kurtulmak için bir başkası tarafından öldürülmeye razı olsa ve hatta bu hususta ısrar etse bile, onun ölümü için icrai ya da ihmali³² fiillerde bulunan kimse kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Kişinin kendi isteği ile bir başkası tarafından hayatına son verilmesi olarak tanımlanan “ötanazi” hukuk düzenince yasak-

²⁸ On sekiz yaşının altında olup evlenme yoluyla ergin olan kişilerin durumu aşağıda değerlendirilmiştir.

²⁹ “Kanunda yer alan “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak” ifadesi yerine “üzerinde hukuken geçerli şekilde tasarruf edebileceği bir varlık (veya menfaat)” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı, zira cezaen korunan menfaatlerin her zaman gerçek anlamda hak aşamasına ulaşmadığı, dolayısıyla tasarruf edilebilir olabilmeleri için hak niteliğini kazanmış olmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Bkz. **Toroslu**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 47.

³⁰ **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara 2012, s. 177.

³¹ **Bakıcı**, Sedat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İkinci Baskı, Ankara 2008, s. 581.

³² Ölmek isteyen bir kimsenin kendisine tedavi uygulanmasını, yardım edilmesini veya ameliyat yapılmasını istemediği durumlarda, bilinci açık bu kişilerin talebine uyan kimselerin, garantör olsun (kanunen tıbbi müdahalede bulunmak zorunda olan doktorlar) veya olmasınlar, meydana gelecek neticeden sorumlu tutulmaması gerektiği, bu itibarla, pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu savunulmuştur. Bkz. **Hakeri**, (Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83), s. 51.

lanmıştır³³. Faildeki saik, bir başkasının acısını dindirmek de olsa yürürlükteki mevzuata göre fail, kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır³⁴. Bununla birlikte bu gibi hadiselerde TCK'da “takdiri indirim nedenleri” başlığı altında düzenlenen ve genel bir hafifletici neden niteliğinde olan 62. maddenin uygulanabileceği ifade edilmiştir³⁵.

Tıbbi müdahalelerde rıza, eksik ve yanıltıcı bilgiye dayalı olarak alınmış ise geçersizdir³⁶. Yine kasten yaralama niteliğinde olan cerrahi müdahaleler yönünden, kanunun belirlediği şekil ve kapsamda kişinin rızasının alınmış olması gerekir.

Kişi, tedavi için üzerinde deney yapılmasını kabul edebilir³⁷. Ancak bunun da sınırları bulunmaktadır. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişideki mevcut hastalığın iyileşmesinde, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması ve kişinin rızası

³³ **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Dördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 433.

³⁴ Mağdurun rızası ve onayı üzerine onu öldüren kişinin filinin, kasten öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Vidal, Georges/Magnol, Joseph:** Ceza Hukuku, Çeviren: Şinasi Devrin, Ankara 1946, s. 277. Alman Ceza Kanunu'nda mağdurun isteğe bağlı öldürülmesi durumuna ilişkin olarak kasten adam öldürme suçuna göre cezası daha az olan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. (StGB m. 216) Bu maddeye göre; *öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* Kanun maddesinin tercümesi için bkz. **Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried:** Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s. 287.

³⁵ **Erem, Faruk:** “Adam Öldürme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1953, s. 37.

³⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 04.07.2018 tarih ve 2016/25663 Esas 2018/7615 Karar. “*Avrupa Biyotıp Sözleşmesi 09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Biyotıp sözleşmesinin 5. Maddesinde ‘Rıza’ konusu düzenlenmiş ve ‘Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.’ düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Alınan rızanın, Hekimlik Mesleği Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlıklı 26. Maddesinde belirttiği usulde alınmış olan aydınlatılmış rıza olması gerekir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.*” Benzer karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18.09.2018 tarih ve 2016/26894 Esas 2018/8072 Karar.

³⁷ İnsan üzerinde bilimsel deney yapılabilir. Ancak bu gibi durumlarda bilimsel deney için verilecek rızanın geçerli olması sıkı şartlara bağlanmıştır. Bkz. TCK m. 90/2, a, b, c, d, e, f, g bendleri. Çocuklar için ilave şartlar öngörülmüştür. Bkz. TCK m. 90/3, a, b bendleri.

alınmadan önce deneyi icra edecek doktorun bütün olasılıkları eksiksiz bir biçimde hastaya aktarması gerekir³⁸. Bununla birlikte ilgili kanun hükmü gereği, rızası olsa bile hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz. (Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu’nu m. 78/3)³⁹.

Boks ve karate gibi doğası gereği, şiddet içeren ve yaralanmalara yol açan spor faaliyetleri yönünden gösterilen rıza, müsabakayı yapan tarafların oyunu düzenleyen kurallara uymaları şartıyla, fiili hukuka uygun hale getirir⁴⁰.

Aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceği üzere kişinin cinsel özgürlüğüne ve seyahat hürriyetine ilişkin hakları, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardandır⁴¹. Ancak bu hakların kullanımı yönünde de ilgili kişi tarafından verilen rıza sınırsız değildir ve belli kısıtlamalara tabidir.

Kişi, şeref ve namusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Ancak bu durumda bile kişi, şeref ve onur değerlerinden tamamen vazgeçemez⁴². Bu nedenle kişinin, rızasıyla da olsa anlına “ibne” ya da “enayi” yazan bir dövme yapılması hukuka aykırıdır ve suç teşkil eder. Yine askeri düzen içerisinde üstün, astının kendisine karşı hürmetsiz davranmasına ve kendisine hakaret etmesine rıza gösteremeyeceği ve askeri düzenin, askerlik şeref ve haysiyetinin bu türden askeri suç niteliğindeki fiillerin işlenmesine rıza göstermeye cevaz vermediği ifade edilmiştir⁴³.

Kişinin hangi hakkına yönelik olursa olsun kanuna, genel ahlaka ve adaba⁴⁴ aykırı ya da kamu düzenini ihlal eder nitelikte olan rıza açıklamaları

³⁸ TCK’nın 90/4. maddesinde tedavi amaçlı insan üzerinde deney yapmanın sınırları belirlenmiştir. Bu maddeye göre; “*bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlerle uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.*”

³⁹ İnsan ticareti suçu yönünden de açıklanan rızaya sınırlama getirilmiştir. TCK’nın 80/2. maddesine göre; insan ticareti suçunun tanımlandığı birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

⁴⁰ **Pisapia**, s. 135.

⁴¹ **Şen**, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 86.

⁴² Zira bu yönde verilen rıza ahlaka ve adaba aykırıdır ve geçerli bir rıza açıklaması olarak değerlendirilemeyecektir; bkz. **Şahin**, s. 359-360.

⁴³ **Erman**, Sahir: Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Dördüncü Bası, İstanbul 1967, s. 144.

⁴⁴ Özellikle adap ve ahlak kavramları kanunda tanımlanmış değildir. Bu gibi aykırılıklar tespit edilirken zorunlu olarak “örf ve adet hukuku”ndan yararlanılması gerekebilir.

geçerli değildir⁴⁵. Bu itibarla şiddete meyilli bir kimsenin cinsel duygularını tatmin etmesi için, kişinin kendisinin yaralanmasına rıza göstermesi durumunda, ahlaka ve adaba aykırı bir rıza açıklaması bulunduğundan kasten yaralama suçunun oluştuğunun kabulü gerekir⁴⁶. Yine kişinin sebepsiz yere kolunun kırılmasına⁴⁷ rıza göstermesi geçerli bir rıza açıklaması olarak kabul edilemez⁴⁸.

Varlığının korunmasında doğrudan devletin ve kamu düzeninin de bir menfaatinin bulunduğu durumlarda, ilgilinin rıza göstermesi, toplum yönünden ortaya çıkacak zararı ve dolayısıyla fiilin antisosyal karakterini bertaraf etmez ve bu yönüyle rızanın etkisi sınırsız değildir⁴⁹. Bu sebeptendir ki Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen Uluslararası Suçlar (m. 76 ila 80), Topluma Karşı Suçlar (m. 170 ila 246), Millete ve Devlete Karşı Suçlar (m. 247 ila 343) yönünden bireyin gösterdiği rıza, kural olarak fiili hukuka uygun hale getirmez. Yalan tanıklık (TCK m. 272) ya da iftira (TCK m. 267) suçlarında, aleyhine tanıklık yapılan ya da suç isnat edilen kişilerin menfaatinden öte, yargılama faaliyetinin doğru ve düzgün işlemesi koruma altına alındığından, aleyhine yalan tanıklık yapılan ya da suç isnat edilen kişilerin rızası olsa bile gerçekleştirilen fiil hukuka aykırıdır⁵⁰.

Savaş ve çatışma ortamlarında kişilerin rıza gösterme iradeleri, içinde buldukları ortamın zorlayıcı şartları nedeniyle serbestçe oluşmaz. Bu nedenle bazı uluslararası nitelikteki suçlar ve bu suçlar kapsamında işlenen münferit suçlar yönünden mağdurun göstermiş olduğu rıza geçerli olarak

Ceza Hukuku'nun esas kaynağı ise kanunlardır. Ancak kanunun işaret ettiği biçimde kanun maddesinin içi doldurulurken ya da yorumlanırken “örf ve adet hukuku”ndan faydalanılabilir. Böylesi bir durumda ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olarak açıklanan rızanın varlığı ya da yokluğunun tespitinde kanun dışında yer alan örf ve adet hukukundan faydalanılması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilme sorununun doğabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Cassani**, Carlotta: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, Çevirenler: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Yıl 2008, s. 244.

⁴⁵ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alaşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, On birinci baskı, Ankara 2017, s. 481.

⁴⁶ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 183. Farklı görüş için bkz. **Şahin**, s. 220. “*yetişkinler arasında önemli bir ağırlığa ulaşmayan sadomazoşist fiiller genel ahlak ve adaba aykırı olmayacaktır.*”

⁴⁷ Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 228. maddesinde özel bir “rıza” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre; “*yaralama fiili, yaralanan kişinin rızasının bulunmasına rağmen, ahlaka aykırı ise, hukuka aykırıdır.*” Bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 301.

⁴⁸ **Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006, s. 74.

⁴⁹ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 176.

⁵⁰ **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 369, 370.

kabul edilmez. Soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçları gibi uluslararası nitelikte olan ve bu suçlar kapsamında insanın yaşamına, vücut bütünlüğüne, onuruna karşı işlenen münferit suçlar yönünden çoğu durumda ilgilinin rıza göstermiş olması yapılan fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Başka bir ifade ile bu tür suçlar kapsamında işlenen fiiller yönünde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Jus Cogens niteliğinde olan bu kurala ne devletlerin ceza kanunlarıyla ne de bireylerin kendi aralarında almış oldukları bir karar ile uygulanamaz hale getirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte uluslararası nitelikte olan bu suçlar kapsamında işlenen her suç yönünden ilgilinin göstermiş olduğu rızanın geçerli olmadığını ifade etmek de doğru değildir. Nitekim savaş suçu kapsamında işlenen malvarlığına el koyma suçu yönünden “sahibinin rızasının yokluğu” ilgili suçun oluşumu yönünden suçun negatif bir maddi unsuru olarak kabul edilmiştir. (bkz. ICC, Suçların Unsuruları, madde 8 (2) (b) (xvi), 3. Fıkra). Uluslararası nitelikte olan suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçu yönünden de ilgilinin rıza göstermesinin fiili hukuka uygun hale getirebileceği ifade edilmiştir. Ancak bu durumda da gösterilmiş olan rızanın geçerli olması sıkı şartlara bağlanmıştır. (bkz. ICC, Yargılama Usulü Kuralları ve Delil, madde 70/a-b-c-d.)⁵¹.

C. Rızanın Açıklanması

Rıza, fiil gerçekleştirilmeden önce ya da fiille eş zamanlı olarak gösterilmelidir⁵² ve fiilin gerçekleştiği süre içerisinde devam ediyor olması gerekmektedir. Fiilin gerçekleştirilmesinden sonra gösterilen rıza, kişinin fiilini hukuka uygun hale getirmez⁵³. Rızası olmadan, fayda sağlamak amacıyla fail tarafından malı alınan bir kimse, sonradan bu fiile rıza gösterse ve şikayetçi olmasa bile hırsızlık suçu oluşur ve kanundaki düzenleniş şekliyle hırsızlık suçunun şekli şikayete bağlı değilse ve uzlaştırma kapsamını da girmiyorsa fail hırsızlık suçundan cezalandırılır⁵⁴. Fiil gerçekleştirilmeden

⁵¹ **Cassese**, Antonio/**Gaeta**, Paola/**Baig**, Laurel/**Fan**, Mary/**Gosnell**, Christopher/**Whiting**, Alex: International Criminal Law, Third Edition, 2013, s. 210.

⁵² **Williams**, Glanville: Criminal Law The General Part, Second Edition, 1998, s. 770. “mağdur tarafından gösterilen ve fiili takip eden hoş görme ve onaylama, suçlu kişiliği ortadan kaldırmaz.”

⁵³ Farklı görüş için bkz. **Donay**, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul/2007, s. 42. “Elbette eylemin işlenmesinden sonra da rızanın gösterilmesi, rıza eğer mutlak surette tasarruf edeceği haklar üzerinde yapılmışsa geçerlidir. Örneğin bir hakaretin yapımından sonra rıza gösterme eylemi hukuka uygun hale getirir.”

⁵⁴ **Hafizoğulları**, Zeki /**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Baskı, Ankara 2012, 252.

önce rıza geri alınabilir ve buna rağmen fiilin gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemeyecektir. Rızanın geri alınması geri almadan itibaren etki doğuracağından, geri almaya kadar gerçekleştirilen fiiller hukuka uygun, geri almadan sonra gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı olarak kabul edilecektir⁵⁵. Rıza, koşula da bağlanabilir⁵⁶.

Rıza'nın sözlü ya da yazılı olabileceği gibi açık ya da örtülü de olabileceği, hal ve duruma göre maruz kalınan fiile mukavemet etmemenin, itiraz etmemenin ya da ses çıkarmamanın zımni (örtülü) rıza olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷.

Kanunda ilgili suç tipi yönünden rızanın açıklanması belirli bir şekle ve usule bağlanmış ise, bu şekle ve usule uygun olmayan rıza açıklaması geçersiz kabul edilecektir⁵⁸. Kanun hükmü gereği kişi üzerinde tedavi amaçlı yapılacak deney yönünden alınan rızanın yazılı olması gerekir⁵⁹. Bu gibi durumlarda sözlü rıza açıklamaları geçerli değildir.

Rıza göstermeye ilişkin karar verme hakkı devredilemez ancak ilgili hakkın ya da menfaatin bir başkası tarafından ihlal edilmesine razı olunduktan sonra bunun bir başkası aracılığıyla iletilmesi ve açıklanması mümkündür⁶⁰.

Rıza, işlenmesine izin verilen fiille sınırlıdır. Bu iznin dışında ya da iznin sınırlarını aşarak işlenen fiiller yönünden geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir⁶¹.

Rızanın mefruz (varsayımsal) olabileceği, hal ve şartlara göre, işlenen fiile ilişkin olarak ilgili kişinin rıza göstereceği kabule elverişli ise, mefruz rızaya göre hareket eden kişinin fiilinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶². Bir yangını söndürmek için başkasının evine giren kimsenin bu fiilinin konut dokunulmazlığını ihlal etme suçunu⁶³, yine

⁵⁵ **İçel**, s. 388.

⁵⁶ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 183.

⁵⁷ **Dönmezer/Erman**, s. 72; **Bakıcı**, s. 581.

⁵⁸ **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 320.

⁵⁹ Bkz. TCK m. 90/4.

⁶⁰ **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 320. Hakkın ve menfaatin niteliği vasıta yoluyla açıklamaya uygunsuz ya da kanunda aksine bir düzenleme yoksa bu durum geçerlidir.

⁶¹ **Bakıcı**, s. 581.

⁶² **Dönmezer/Erman**, s. 72.

⁶³ **Parlar**, Ali /**Hatipoğlu**, Muzaffer: 5237 sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 88.

misafirliğe gidilen evde masanın üzerinde bulunan çikolatadan yemenin mefruz rızanın varlığı nedeniyle hırsızlık suçunu teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴.

Açıklanan rıza yönünden irade sakatı durumu varsa, başka bir ifade ile gösterilen rıza hile, cebir, tehdit ya da kişinin hatasından faydalanılarak elde edilmiş ise yine geçerli bir rızadan söz edilemeyecektir⁶⁵.

Hukuksal yarardan önceden ve peşin olarak vazgeçme sonucunu doğuracak biçimde açıklanan rıza geçerli değildir. Bu gibi durumlarda fiil hukuka aykırı olmaya devam eder⁶⁶. Herkes bana hakaret edebilir⁶⁷ ya da herkes benimle cinsel ilişkiye girebilir şeklindeki bir rıza açıklaması geçerli değildir.

Kural olarak bağlayıcı rızadan söz edilemez. Bu nedenle rıza her zaman geri alınabilir⁶⁸.

III. SUÇUN MADDİ UNSURU OLAN VE TİPİKLİĞİ ORTADAN KALDIRAN “RIZA” İLE GENEL BİR HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN “İLGİLİNİN RIZASI” ARASINDAKİ AYRIM

Kanunda düzenlenen suç tanımında “rızası olmadan”, “rızası hilafına” veya bunlara benzer bir ifade kullanılmışsa, ilgilinin göstermiş olduğu rıza hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir. Zira böyle bir suç tipi yönünde ilgilinin göstermiş olduğu rıza, suçun tipikliğini gerçekleşmesini engelleyen negatif bir unsurdur⁶⁹ ve rıza dahilinde hareket eden kişi hakkında suçun maddi unsurları oluşmadığından beraat kararı verilecektir⁷⁰.

⁶⁴ Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır, s. 481.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, s. 72-73.

⁶⁶ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 240-241.

⁶⁷ Soyaslan (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 358.

⁶⁸ Hakeri (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 362. Hakeri’ye göre, “bazı durumlarda rızanın geri alınması mümkün olmayabilir. Tren ya da Uçak hareket halindeyken, bir yolcunun inmek istemesi ve buna rağmen bu isteğinin gerçekleştirilmemesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Bu nedenle icrasına rıza ile başlanan bir fiilin, icra hareketlerinde artık geri dönülemeyecek bir noktaya gelmişse veya artık fiili eski hale getirmek mümkün değilse, rızanın geri alınması, geri almadan itibaren gerçekleştirilen fiilleri hukuka aykırı hale getirmez.”

⁶⁹ İlgili kişinin rızası olunca, ilgili suçun bir unsuru olan “rıza bulunmama” hali var olacaktır ve rıza halinde suçun bu unsuru bulunmadığından suçta oluşmayacaktır. Bkz. Yüce, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1995, s. 45.

⁷⁰ “Rıza’nın suçun bir unsuru olarak düzenlendiği suçlar bakımından özel olarak aranmakta olan hukuka aykırılığa, tüm suçlar açısından unsur niteliğinde olan hukuka

Yine suç tipinde cebir, tehdit veya şiddet bir unsur olarak belirtilmişse ya da ilgili suçlar ancak bu sayılan vasıtalarla işlenebiliyorsa, ilgilinin rızası suçun mahiyeti gereği maddi bir unsurdur ve yine somut olayda mevcudiyeti suçun tipik olmasını engeller⁷¹.

Vücuda herhangi bir temas olmadan işlenebilen “Cinsel Taciz” suçunu ayrı tutarsak⁷² “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden “ilgilinin rızası”, suçun bir maddi unsurudur ve kanunun belirlediği sınırlar içerisinde geçerli bir rıza var ise suç oluşmaz. Zira bu suçlar, mağdura ancak cebir, tehdit veya şiddet kullanılarak işlenebilir⁷³. Gerçi basit cinsel saldırı (TCK m. 102/1) ve çocuğun basit cinsel istismarı (TCK m. 103/1) suçlarının mahiyetleri gereği cebir kullanılmadan da işlenebileceği düşünülebilir. Ancak mağdurun direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde, bedensel temas ile aniden yapılan hareketlerde dahi cebrin varlığı Yüksek Mahkeme kararlarında kabul edilmektedir⁷⁴. Bu nedenle 5237 sayılı TCK’da düzenlenen “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” a bir bütün olarak bakıldığında ilgilinin rızasının suçun oluşumunu engelleyen

aykırılıktan ayırt edilebilmesi için hukuka özel aykırılık denildiği ifade edilmiştir.” Bkz. Çakmut (Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi), s. 202.

⁷¹ Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul 1992. s. 210.

⁷² Cinsel Taciz suçu yönünden “ilgilinin rızasını” aşağıda da değinileceği üzere TCK’nın 26/2 maddesi kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekteyiz.

⁷³ Kanunda düzenlenen maddede “rızası olmadan” ya da “rızası hilafına” gibi bir ifade kullanılmamış ise de yine aynı sonuca ulaşılır ve bu türden suçlarda ilgilinin rızası, suçun maddi unsurunun oluşumunu engeller.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.10.2012 tarih ve 2011/6921 Esas 2012/10417 Karar, “15-18 yaş grubunda olan mağdureye karşı işlenen, sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak haberi ve rızası olmaksızın aniden eteğini kaldırıp kalçasını ellemesi şeklinde gerçekleşen maddi olayda, her ne kadar maddi cebir veya tehdit ya da hile unsuru gerçekleşmemiş ise de, iradeyi etkileyen başkaca neden kanun koyucu tarafından açıklanmadığından, karar merciin somut olayın özelliklerine göre çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden iradeyi etkileyen halin varlığını saptamak durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında iradeyi etkileyen neden hiç irdelenmemiştir. Öte yandan mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temasla aniden yapılan davranışların da suçun cebir unsurunu oluşturacağı hususundaki istikrar kazanmış yargı kararları bir yana, mağdurenin iradesini kullanmasına fırsat tanımaması itibarıyla da bu nitelikteki eylemin iradeyi etkileyen başkaca neden olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşıldığından, somut olayda sanığın eyleminin TCK 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, isabetsiz bir yorumla ve mağdurun çocuk olduğu bilinerek aynı kanunun 102/1. maddesinden uygulama yapılması”

negatif bir maddi unsur olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz⁷⁵. Kaldı ki cinsel suçlarda ilgilinin göstermiş olduğu “rıza” bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek, zina yapmak⁷⁶ ya da homoseksüel ilişkide bulunmak⁷⁷ suç teşkil edebilecektir. Zira burada, cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu rıza, ahlaka ve adaba aykırı olduğundan hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli bir rızadan söz edilemeyecektir⁷⁸.

On beş yaşını tamamlamamış bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar niteliğindeki fiil, çocuk bu fiile rıza gösterse de suç olarak kabul edilmiştir. Böyle bir durumda TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenine dayanılamayacaktır. Yani on beş yaşını tamamlamamış bir çocuğa rızası dahilinde istismarda bulunan kişi, hukuka uygun hareket ettiği yönünde bir savunmada bulunamayacaktır. On sekiz yaşını doldurmuş iki kişinin, iradeyi sakatlayıcı bir neden bulunmadan, rızaları dahilinde birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeleri suç oluşturmaz. Burada suçun oluşmamasının nedeni yukarıda da belirtildiği gibi bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızanın” bulunması değil, suçun tipikliğini engelleyen ve negatif bir maddi unsur olan “rıza”nın bulunmasından kaynaklanmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 173, “rıza tipikliği ortadan kaldırmaktadır. Zira burada cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf etmeye ehil olan kişinin rızası, fiilin tipe uygun olmasını engellemektedir.”

⁷⁶ 765 sayılı TCK’da zina yapmak suç olarak düzenlenmişti. Bu suçun düzenlendiği kanun maddesinin yürürlükte olduğu dönemde evli kadın ya da evli kocanın bir başkası ile cinsel ilişkiye girmesinde, tarafların göstermiş oldukları rıza fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki: Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s. 182, 242. 5237 sayılı TCK ile zina etmek suç olmaktan çıkarılmıştır. Bunun yanında Türk Medeni Kanunu’nun 161. maddesinde zina yapmak, boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.

⁷⁷ Homoseksüel ilişkinin ahlaki olup olmadığının toplumdan topluma göre değişiklik gösterdiğini belirtmek isteriz.

⁷⁸ Hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” ile suçun bir unsuru olan “rıza” arasında fark vardır ve farklı sonuçlar doğurmaktadır. “Buna göre; hukuka özel aykırılık teşkil eden ve varlığı halinde fiili suç olmaktan çıkartan rıza-muvafakatte, bu yönde ne açık ne de zımnî bir açıklamaya ihtiyaç vardır. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza da, hareket ahlaka aykırı olmamalıdır. Aksi halde rızaya rağmen, fiil hukuka aykırılığını koruyacak ve fail sorumlu olacaktır. Ancak suçu ortadan kaldıran rıza-muvafakat açısından bu durum geçerli değildir. Ahlaka aykırı bir amaçla bile olsa harekete rıza gösterilmiş ise, fiil suç oluşturmaz.” Bkz. **Çakmut** (Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi), s. 203-204.

⁷⁹ **Önder**, s. 210.

IV. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN RIZASI

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar⁸⁰, ispat yönünden en zorlu suçlar arasında yer almaktadır. Zira suçun işlenip işlenmediği konusunda vicdani kanı oluşurken elde her zaman yeterli delil bulunmayabilir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar genellikle tanığı olmayan suçlardır. Sanık ile mağdur arasında yaşananlar tarafların beyanlarına göre aydınlatılmaya çalışılır. Cinsel suç sanıklarının çoğunluğu, mağdurun da bu fiile rıza gösterdiği şeklinde savunmada bulunur. Bu nedenle mağdurun (ya da ilgili kişinin) rızası, suçun oluşup oluşmadığının tespitinde büyük önem taşır.

Aşağıda sırasıyla TCK'da "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden ilgili kişinin göstermiş olduğu rızanın etkileri üzerinde açıklamada bulunulacaktır.

A. Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102) Yönünden Rıza

Cinsel saldırı suçu TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. TCK'nın 102/1. maddesine göre; *cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, cezalandırılmaktadır*⁸¹. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde fail daha hafif şekilde cezalandırılmaktadır⁸². Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK'nın 102/2. maddesine göre; *fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde fail hakkında daha ağır cezaya hükmedilecektir*⁸³.

Cinsel saldırı ve aşağıda da değinileceği üzere çocuğun cinsel istismarı suçlarının maddi unsuru, cinsel davranışla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir⁸⁴. Bu suçun manevi unsuru ise cinsel saik ve amaç ile kasten hareket edilmesidir. Yani suçun varlığı için özel kast aranmaktadır. Bu nedenle fiilin, faildeki saiki de ortaya koyacak nitelikte olması

⁸⁰ Her ne kadar kanunda, ilgili hükümler "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiş ise de bu suçların, kişinin cinsel özgürlüğüne karşı yapılan saldırı niteliğindeki davranışları kapsamaması nedeniyle ilgili suçların bütününe "cinsel özgürlüğe karşı suçlar" demeyi daha uygun buluyoruz. Bkz. **Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 3. Bası, Ankara 2018, s. 12.

⁸¹ Bu suç tipinde mağdurun şikayeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir.

⁸² Bu suç tipinde fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

⁸³ Bu suç tipinde fail, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

⁸⁴ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s. 321.

gerekir⁸⁵. Cinsel amaç taşımayan yalnızca sevgi gösterisinin bir tezahürü olarak bir kimsenin başını ya da yanağını okşamak cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Cinsel özgürlüğe ilişkin haklar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklardır ve bu davranışlar yönünden gösterilen rıza geçerlidir. Bununla birlikte cinsel davranışlara karşı gösterilen rıza sınırsız değildir.

Cinsel davranışa maruz kalan kişi buna rızası olduğunu açıkça beyan edebilir. Fiil başlamadan önce ya da icra edilirken ortaya konan bu tek taraflı rıza beyanı fiili suç olmaktan çıkarır. Yeter ki açıklanan rıza iradesi, aşağıda çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında ayrıntıları ile irdeleneceği üzere başka bir sebepten dolayı sakatlanmamış olsun.

Cinsel suçlar yönünden gösterilen rıza zımnen olabilir. Cinsel davranış sergilenen kişinin, bu fiile razı olduğu hal ve durumdan anlaşılıyorsa, cinsel nitelikte fiilin işlenmesine engel olmuyorsa, direnmiyorsa veya ses çıkarmıyorsa, kişinin maruz kaldığı cinsel davranışa karşı rızasının bulunduğu şeklinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki üstü kapalı olarak gösterilen bu rızanın da, irade fesadının olmadığı, serbest bir ortamda oluşması gerekir. Fiil icra edilirken içinde bulunan durum, fail ile mağdur arasındaki güç farklılıkları, olayın geçtiği zaman ile yer ve çevresel etkiler mağdurun direnç göstermemesine yol açmış olabilir⁸⁷. Nitekim savaş, çatışma ya da bunun benzeri korkutucu bir ortamda, maruz kalınan cinsel davranışa mukavemet etmemenin, direnç göstermemenin, rıza var şeklinde yorumlamayacağı kabul edilmiştir⁸⁸. Yine mağdurun gerçek irade-

⁸⁵ **Kartal**, Pınar Memiş: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul 2013, s. s. 97-106. İlgili yazar suçun nitelikli halinde cinsel saikin aranmaması nedeniyle uygulamada sorun yaşanacağını belirtmekte ve ayrıca cinsel duyguların giderilmesine matuf olmayan vücuda sair bir cisim sokulmasının kasten yaralamadan bir farkının olmadığını ifade etmektedir. Bkz. s. 105,106.

⁸⁶ **Erem**, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’ ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-1990, s. 13; **Bakıcı**, s. 581.

⁸⁷ **Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 93. “*evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının, bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttiikten sonra, çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille bir fiziki mücadeleye girmediği için, eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda mağdur kadından ayrıca bedensel bir direnç göstermesi beklenmez.*” Mağdurun sessiz kalmasının ve fiile direnmemesinin tek başına rızanın var olduğu anlamına gelmemesi gerektiği yönünde görüş için ayrıca bkz. **Kantarci**, Nurullah: Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016, s. 157.

⁸⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargılama Usulünü belirleyen kuralların 70. maddesine göre, uluslararası suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçları yönünden,

sini yansıtır bir şekilde “hayır” demesinin, rızasının olmadığını göstermesi bakımından yeterli görülmesi gerektiği, hayır dedikten sonra fiile direnç göstermemesinin “evet” anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Evlenen kişilerin medeni kanun uyarınca cinsel yönden birbirlerine sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak resmi olarak evlenmekle kişilerin, peşinen cinsel ilişkiye girmeye razı oldukları şeklinde bir irade beyanında bulunmuş sayılacaklarının kabulü mümkün değildir⁹⁰. Yani evli kişilerin birbirleri ile cinsel ilişkiye girmelerini gerektiren bağlayıcı rızadan söz edilemez. Bu gibi bir durumda yine TCK’nın 26/1. maddesinde düzenlenen “hakkın kullanılması” şeklindeki hukuka uygunluk nedenine dayanmak da mümkün değildir⁹¹. Nitekim 5237 sayılı TCK evlilik içi tecavüzün de mümkün olduğunu kabul ederek yaptırım altına almıştır. (TCK m. 102/2-son cümle)

“cebir ve tehdit kullanılması nedeniyle gösterilen rıza”, “mağdurun gerçek ve gönüllü rıza verme kabiliyetinin sınırlandığı bir durumda bir kelime ve davranış nedeniyle gösterilen rıza”, “zorlayıcı bir ortamdan faydalanılarak alınan rıza” hallerinde geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. (bkz. madde 70/a). Susmanın ve yapılan fiile direnmemenin de rıza olarak değerlendirilemeyeceği (bkz. madde 70/c), suçun mağdurunun ya da tanığının karakterinin, yatkınlığının, fiilden önceki ve sonraki cinsel doğasını gösteren davranışlarının, suçun oluştuğunun tespitinden ölçü olarak alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. (bkz. madde 70/d). Bu hükümden yola çıkılarak denilebilir ki uluslararası suçlar kapsamında işlenen bir cinsel saldırı suçunda, suçun mağdurunun hayat kadını olması deliller değerlendirilirken bir ölçü olarak kabul edilmeyecek ve mağdur aleyhine yorumlanamayacaktır. Uluslararası suçlar kapsamında getirilen kriterlerin ulusal hukuk kapsamında uygulanmasında ve özellikle mahkeme tarafından delillerin değerlendirilmesinde bir ölçü olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁸⁹ **Sevük**, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Yıl 2005, s. 250; **Kantarıcı** s. 158.

⁹⁰ **Centel** (Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması), s. 63, “*Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletlerinde evlilik içi ırza geçme suçtur, bazılarında ise eşler ayrı yaşıyorlarsa suç sayılmaktadır. İsrail hukukunda, kocanın karısıyla zorla cinsel ilişki hakkının bulunmadığı, bunun kadının onurunu yaralayacağı kabul edilmektedir. İskoç, İngiliz, İrlanda, Yeni Zelanda, Avustralya, Kanada hukuk sistemlerinde de ırza geçme suçları açısından kocanın evlilikten doğan bir muafiyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir.*”

⁹¹ Aksi yönde görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 106; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 571. İlgili yazarlar kocanın, evlenme ile birlikte cinsel ilişkide bulunmayı kabul eden karısının üzerinde, halin haklı gösterdiği ölçüde cebir hareketlerinde bulunabileceği ve bu davranışın cebren cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağı, ancak kocanın zührevi bir hastalığının olması, eşin cinsel ilişkiyi reddetmek hususunda geçerli ve hatta duygusal bir sebebinin bulunması hallerinde koca, cebir ve şiddet hareketlerine başvurursa, bu durumun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını ifade etmişlerdir.

Rıza'nın varlığı ya da yokluğu suçun maddi unsuruna ilişkin bir değerlendirmedir. Maddi sorunun çözümüne ilişkin bir şüphe bulunması halinde, bu durum sanık lehine sonuç doğuracaktır. Buna “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” (in dubio pro reo) denilmektedir⁹². Somut olayda, cinsel davranışın, mağdurun rızası ile gerçekleşmediğine ilişkin şüphe yenilememişse, bundan sanık yararlanacak ve fiilin rıza ile gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir⁹³.

1. Tam ya da Kısmi Akıl Hastalarının Cinsel Davranışa Karşı Göstermiş Olduğu Rızanın Geçerliliği

Rıza gösterme iradesini sakatlayan durumlar aşağıda çocuğun cinsel istismarı suçu başlığı altında ayrı ayrı ele alınacaktır. Ama onun öncesinde tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranışa karşı rıza göstermesinin geçerli kabul edilip edilemeyeceği konusunu irdelemekte fayda bulunmaktadır.

Tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranış yönünden kesin olarak rıza ehliyetlerinin bulunmadığı, kendi cinselliğine ilişkin irade açıklayamayacakları şeklinde bir genelleme yapmak doğru değildir⁹⁴. Önemli olan akıl hastalığının niteliği, derecesi ve ağırlığıdır. Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında, geçersiz bir rıza beyanından söz edebilmek için öncelikle akıl hastası mağdurun, maruz kaldığı cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁵. Ancak

⁹² Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 195.

⁹³ İlgili karardaki tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere para karşılığı başkaları ile cinsel ilişkiye giren mağdurenin, sanık tarafından kendisine tecavüz edildiği iddiası karşısında yüksek mahkeme, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak sanığın “rıza ile cinsel ilişkiye girdik” savunması esas almış ve mağdurenin iddialarına itibar etmemiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.03.2014 tarih ve 2013/14-644 Esas 2014/125 Karar, “mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini savunan sanığın bu savunmasının aksini gösteren cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığından atılı cinsel saldırı suçunu işlediği şüphe boyutunda kalmakta ve sübuta ermemektedir.”

⁹⁴ **Taner** (Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar), s. 175.

⁹⁵ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 25.04.2017 tarih ve 2017/261 Esas 2017/2237 Karar. “mağdurede olay tarihi itibarıyla herhangi bir akıl hastalığı ya da zayıflığı bulunmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, akıl hastalığı veya zayıflığının hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınması gerekirken” Ayrıca bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.11.2014 tarih ve 2013/2365 Esas 2014/12730

bu kararlarının yanı sıra on sekiz yaşından büyük olan ve akıl hastalığı bulunan kişilerin rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığına ve bu gibi durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır⁹⁶.

Medeni Kanuna göre; ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemezler. (bkz. TMK m. 125/1). Yine akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler. (bkz. TMK m. 133) Bu durumda on sekiz yaşını tamamlayan, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olmayan, akıl hastası olmakla birlikte evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı için bir başkası ile evlenebilen kişilerin, rızaları dahilinde cinsel münasebette bulunmasının mümkün olduğu ve bu türden akıl hastalığı bulunan kişilerin rızasının, böyle hallerde geçerli olduğu sonucuna varmak gerekecektir⁹⁷.

B. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) Yönünden Rıza

Kanun koyucu çocuklara karşı işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yönünden “istismar” ifadesini kullanmıştır. Cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK’nın 103/1 maddesine göre; çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmaktadır⁹⁸. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş

Karar, “*mağdurda bipolar bozukluğu olduğu, hastalığın alevlendiği dönemlerde üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilceği ve bu hastalık döneminde cinsel ilişkiye girme konusunda rıza açıklama ehliyetinin azalabileceğinin belirtilmesi*” Yargıtay 14. Ceza Dairesi 19.12.2016 tarih ve 2016/8909 Esas 2016/8590 Karar, “*mağdurede hafif düzeyde mental retardasyon olduğu, kendisini bedenen savunabileceği, ruhen savunamayacağı, beyanlarına kısmen itibar edilebileceği yönünden görüş bildirilmesinin ardından*”

⁹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.12.2011 tarih ve 2011/5-230 Esas 2011/273 Karar; bu kararında yüksek mahkeme ayrıca cinsel saldırı suçu yönünden gösterilen rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmiştir. Benzer doğrultuda karar için ayrıca bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2011/1772 Esas 2011/4847 Karar, “*...beyanına itibar edilip edilmeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınmasına ilişkin ve akıl hastası olması sebebiyle rıza açıklamaya ehil olmayan mağdurünün...*”

⁹⁷ “*Eşlerden birinin evlenemeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması hallerinde evlenme mutlak butlan ile batıldır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır.*” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.11.2018 tarih ve 2017/2-2672 Esas 2018/1717 Karar, Yüksek Mahkeme aynı kararında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalarına evlenme yasağının getirilmesinin, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.

⁹⁸ TCK madde 103/1’e göre çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması

yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar⁹⁹ anlaşılır.

Kanundaki belirlemeye göre; on beş yaş ile on sekiz yaş arasındaki çocuklara¹⁰⁰ yönelik rızalarıyla gerçekleşmeyen cinsel davranışlar, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen ve cezası daha az olan cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilecektir¹⁰¹. Bu durum ise kanun koyucunun amaçladığı ceza adaleti sistemine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kanun koyucu çocukları korumak için ayrı bir hüküm ihdas etmiş ve çocuklara karşı işlenen bu suçun cezasını, yetişkinlere göre daha ağır öngörmüştür. Ceza kanununa ve uluslararası antlaşmalara göre on sekiz yaşının altında kalan kişiler çocuk olarak kabul ediliyorsa, on sekiz yaşın altında kalan çocuklara karşı yapılan fiiller istisnasız olarak cinsel istismar suçu kapsamında kabul edilmelidir.

Basit cinsel saldırı niteliğindeki suçların dahi ancak “cebir” kullanılarak işlenebileceği kabul ettiğimizden kanundaki bu yaş belirlemesi uygulamada anlamsız hale gelecektir¹⁰². Nitekim yüksek mahkeme “cebir” kavramını geniş yorumlamaktadır. Vermiş olduğu bir kararında; on beş-on sekiz yaş

halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır. 103/2. maddeye göre; cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

⁹⁹ “Cinsel davranış” ifadesini geniş yorumlayarak çocuklara karşı işlenen ve mağdur ile bedensel teması gerektirmeyen “cinsel taciz” niteliğindeki fiillerinde “çocuğun cinsel istismar suçu” kapsamına girdiğini savunan yazarlar bulunmaktaydı. Bkz. **Tezcan, Durmuş/Erдем, Mustafa Ruhan/Önok, Murat**: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018, s. 424, aynı yazarlar 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Yargıtay tarafından ortaya konulan bedensel temas arama kriterinin yasal bir dayanak kazandığını ifade etmişlerdir. Bkz. s. 425.

¹⁰⁰ TCK'nın 6/1-b maddesinde, “çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır” hükmüne yer verilmiştir.

¹⁰¹ Bu durumda da mağdurun kendisine karşı sergilenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması, fiilin cebir, tehdit, hile kullanılarak veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle dayanılarak işlenmemiş olması gerekir. Bu sayılan durumlar mevcut ise çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK'nın 103. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir.

¹⁰² On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğa karşı gerçekleştirilen fiil, “cebir” kullanılarak işlenmiş ise TCK 103 maddesine göre çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

grubunda olan mağdureye sanığın arkasından yaklaştığı, haberi ve rızası olmadan eteğini kaldırıp kalçasını ellediği olayda, mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temas ile aniden yapılan davranışların suçun cebir unsurunu oluşturacağına, bu nedenle eylemin TCK'nın 102/1 maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu değil, TCK'nın 103/1 maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamına girdiğine hükmetmiştir¹⁰³.

TCK'nın 103. maddede mağdur olan çocuğun göstermiş olduğu rızanın geçerli kabul edilmediği haller sayılmıştır. Buna göre; I) On beş yaşını tamamlamamış çocuğun rızası kesin olarak geçersizdir. II) On beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını doldurmamış olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğun rızası da geçersizdir. III) Cebir, IV) tehdit, V) hile veya VI) iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak alınan rıza da geçersizdir. Cebir, tehdit, hile ve hata gibi irade sakatının bulunduğu haller yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden değil, cinsel saldırı suçu yönünden de cinsel davranışa maruz kalanın rızasını geçersiz kılmakta, bertaraf etmektedir. Aşağıdaki çocuğun cinsel istismarı suçu mağdurlarının cinsel davranışa karşı göstermiş olduğu rızanın geçersiz olduğu haller sırasıyla irdelenecektir. Rızanın bertaraf edildiği ve geçersiz kabul edildiği bu haller, mahiyetleri uygun düştükçe cinsel saldırı suçu yönünden de geçerlidir.

1. Yaş Küçüklüğü Nedeniyle Kesin Olarak Geçersiz Kabul Edilen Rıza

Yasa koyucu tarafından TCK 103. maddesindeki gibi bir yaş belirlenmesi yapılarak, on beş yaşın altındaki çocukların (cinsiyeti fark etmeksizin), yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa erişmemeleri nedeniyle kendilerine yönelen cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı peşinen kabul edilmiş ve on beş yaşını tamamlamamış çocukların, kendilerine yönelen cinsel davranışlara karşı gösterdiği rızanın kesin olarak geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰⁴.

Bu kuralın istisnası mümkün değildir. Yani on beş yaşın altındaki çocuğun, kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olsa bile göstermiş olduğu rıza geçersiz sayılır.

¹⁰³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.10.2012 tarih ve 2011/6921 Esas 2012/10417 Karar.

¹⁰⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarih ve 2015/43 Esas 2015/101 Karar, R.G. 11.12.2015-29559 sayılı kararın gerekçesi, s. 6.

maktadır¹⁰⁵. Yine on beş yaşın altındaki çocuğun yaşıtlarından büyük göstermesi, yaşadığı çevrenin etkisiyle yaşıtlarına göre belli bir olgunluğa erişmiş olması dahi bu anlamda rızayı geçerli kılmaz. Yalnızca bu gibi durumlarda aşağıda ayrıntılı şekilde değinileceği üzere “hata” hükmünün uygulanması gündeme gelebilir.

2. Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuğun Göstermiş Olduğu Rıza

On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranış fiilinin, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğun göstermiş olduğu rıza geçersizdir ve cinsel istismar suçu oluşur. Şüphesiz cinsel davranışta bulunan kişinin, karşısındaki çocuğun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu biliyor olması gerekir. Eğer bilmiyorsa aşağıda ayrıntılarıyla değinileceği üzere TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen “hata” hükmünden faydalanabilir ve gerçekleştirilen fiil reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu kapsamına girebilir¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. TCK m. 103/2-son cümle.

¹⁰⁶ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 02.03.2015 tarih ve 2013/6245 Esas 2015/2305 Karar “suç tarihinde çalıştığı iş yerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru ‘peçeten var mı’ biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayak üstü sohbet etmeye başladığı, akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet ettiği, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve geldikleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığı ile porno videolar gönderdiği, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağduru kucagina oturttuğu, sanığın cinsel organının mağdurun poposuna girdiği ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek evden ayrıldığı olayda, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan raporda; mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığının saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin belirtildiği, dolaylı fail durumunda olan sanığın on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği, zira adli tıp kurumu raporunda belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştükları, öncesinde birbirlerini tanıdıklarını gösteren bir iddia ve delilin bulunmadığı, bu haliyle eylemin TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismar suçunu oluşturmayıp TCK'nın 104. Maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden”

Akıl hastalarının veya herhangi bir nedenle gelişme düzeyini tamamlayamamış, zeka, bilgi, görgü olarak geride kalmış kişilerin, sağır ve dilsizlerin bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Ancak belirtmek gerekir ki fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olmak ile akıl hastalığı aynı şeyler değildir. Çoğu akıl hastasında fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmaz¹⁰⁸. Ancak akıl hastası olmayan çocukların bazılarında da fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olabilir. Her şekilde bu durum sağlık raporu ile tespit edilecektir. Nitekim uygulamada cinsel istismar suçu mağduru çocuklar, adli tıp kurumunun ilgili ihtisas dairesine sevk edilmekte ve kendisine karşı sergilenen cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediği tespit edilmektedir.

Cebir, tehdit ve hile olmaksızın işlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu soruşturması veya kovuşturmasında, bu suç mağdurları yönünden, şüphe bulunmasa dahi her halükarda cinsel nitelikteki fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin uzman sağlık kuruluşundan rapor alınması gerektiği düşüncesindeyiz¹⁰⁹.

3. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Cebir”

Cebir, bir kimsenin karşı konulamaz bir fiziki gücün etkisiyle iradesinin oluşmasının veya kendi otonom isteği doğrultusunda iradesini kullanmasının engellenmesi halidir¹¹⁰. Fiziki güç kullanılarak kendisine karşı cinsel davranış sergilenen kişinin, cinsel davranışa maruz kalma ya da ilişkiye girme iradesi bulunmamaktadır. Ancak cebir kullanılarak böyle davranmaya zorlanmaktadır. Bu yüzden cebir hallerinde geçerli bir rıza bulunmamaktadır.

Vücuda temas edilerek işlenebilen cinsel özgürlüğe karşı suç fiillerinin çoğunluğu cebir kullanılarak icra edilmektedir. Çocuğun cinsel istismarı

¹⁰⁷ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 242.

¹⁰⁸ Akıl hastalığı bulunanlar yönünden kesin olarak cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığının kabul edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Tezcan/Erden/Önok, s. 421.

¹⁰⁹ On beş yaşını tamamlamış fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocukların rızaları ile cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, sonradan çocuğun velisi olan anne ve baba şikayette bulunabilmektedirler. Çoğu şikayetin altında yatan saik, anne ve babanın velayetinde olan çocuğunun böyle bir cinsel deneyim yaşamasına, yaşı ve olgunluğu dikkate alındığında henüz hazır olmadığı düşüncesidir. Bu yüzden bu suça ilişkin soruşturmalarda mağdur çocuğun kendisine karşı sergilenen cinsel nitelikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin sağlık kurulu raporu ile muhakkak tespit edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁰ Gülşen, Recep: Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007, s. 133.

suçunda cebir kullanılması ayrıca ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. (bkz. TCK m. 103/4, yalnızca ilgili maddenin a bendinde yer alan çocuklara karşı işlenmesi durumunda) Yine cinsel saldırı suçu yönünden, failin başvurduğu cebir ve şiddet, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmuş ise ayrıca kasten yaralama suçundan cezaya hükmolunabilecektir. (bkz. TCK m. 102/4)

Kendi fiilinden ya da başka bir sebep nedeniyle mukavemet edecek durumda olamayanlar ve anlama ile isteme iradesi bulunmayanlara karşı işlenen fiiller yönünden cebirden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir¹¹¹. Bununla birlikte yüksek mahkeme mağdurun iradesine ya da iradesine bağlı olmayan nedenlerle kendisine yönelen cinsel davranışa “karşı koyamama”, ya da başka bir ifade ile kendisine yönelen cinsel davranışa “mukavemet edememe” hallerinde mefruz cebirin varlığını kabul etmektedir. Uyku hali, bayılma, uyuşturucu madde alınması ve sarhoşluk bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim yüksek mahkeme bir kararında, iradesi ile votka içip kendinden geçen ve mukavemet gücü bulunmayan mağdureye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış yönünden mefruz cebir hali nedeniyle geçerli bir rızanın bulunmadığına hükmetmiştir¹¹².

4. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Tehdit”

Cinsel davranışa maruz kalan kişinin iradesi zorlanarak bu fiillere itiraz etmemesi, katlanması için tehdit, araç olarak kullanılabilir. Bir sözleşme ya da davranışla kendisine ya da bir yakınına saldırı yapılabileceğini düşünen bir kimse, henüz gerçekleşmemiş ancak ileride meydana gelebilecek bir zarardan kurtulmak için¹¹³ bir başkasının cinsel davranışına rıza göstermek zorunda kalmış olabilir.

Kişinin rıza gösterme iradesini fesada uğratan tehdidin, iradeyi tamamen ortadan kaldıracak derecede ağır ve muhakkak olması gerekmez¹¹⁴.

¹¹¹ Erem, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, Yargıtay Dergisi, Yıl 16, Sayı 1-2, Ocak-Nisan/1990, s. 94-96.

¹¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.04.1999 tarih ve 1999/5-59 Esas 1999/64 Karar, karar için bkz. **Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel**: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001, s. 471-473.

¹¹³ **Gülşen**, s. 155.

¹¹⁴ Böylesi tehdit hallerinde, *failin yapacağını söylediği kötülüğün, cinsel fiilin kötülüğünden daha ağır bir kötülük olması gerektiği ve böylece mağdurun, maruz kalmak ile korkutulduğu fiil yerine cinsel istismara uğramayı yeğ tutması ve mağdurun bu tercihinin haklı ve mazur görülmesi gerektiği* ifade edilmiştir. Bkz. **Aydm**, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 44.

Ancak basit tehditlerin de bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Objektif olarak tehdit niteliğinde bir söz ya da davranışın rıza gösterme iradesini fesada uğratarak uğratmadığı somut olay çerçevesinde değerlendirilmez. Bu değerlendirme yapılırken de tehdit konusunun objektif önemliliği değil, tehdidin mağdur üzerinde yarattığı etki dikkate alınmalıdır¹¹⁵. Tehdit hayat ve vücut dokunulmazlığına yöneleceği gibi şeref ve saygınlığı da yönetebilir. Tehdidin üçüncü kişi tarafından yapılması mümkündür ve bu durumda da geçerli bir rızadan söz edilemez. Yine tehdidin özel bir görünümü olan şantaj fiili gerçekleştirilerek de rıza gösterme iradesi sakatlanabilir¹¹⁶.

Sanık ile mağdurenin aynı köyden olduğu, okul yolunda karşılaştıkları, sanığın mağdure ile konuştuğu ve mağdureyi dolmuşuna bindirdiği, bir yere götürerek burada mağdure ile ters ilişkiye girdiği, daha sonra mağdureyi aldığı yere geri bıraktığı, telefonda mağdureden bu olayı kimseye anlatmamasını, zira dolmuşta kamera olduğunu ve cinsel ilişki görüntülerini kaydettiğini, başkasına anlattığı takdirde görüntüleri internete vereceğini ifade ettiği, daha sonraki günlerde sanığın mağdureyi arayarak diğer bir sanıkla buluşmasını istediği, mağdurenin buna karşı çıkması üzerine “görüntüleri babana göndereyim mi” ifadesini kullandığı, bunun üzerine mağdurenin diğer sanıkla buluşmayı kabul ettiği, diğer sanığında mağdureyi alarak bir yere götürdüğü ve burada ters ilişkiye girdiği, aynı yolla bir başka sanığın da mağdure ile ilişkiye girdiği olayda yüksek mahkeme, sanıkların yapmış olduğu şantajı, tehdit olarak kabul ederek suçun bir unsuru olduğuna ve cinsel istismar suçunun oluştuğuna hükmetmiştir¹¹⁷.

5. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Hile”

Hileli davranışla bir kimsenin rızası alınarak cinsel davranışta bulunulmuşsa gösterilen rıza geçersizdir. “Hile” kavramı birçok anlama gelebil-

Yazarın bu düşüncesine katılmıyoruz zira tehdide ilişkin bu denge unsuru, TCK'nın 28. maddesinde düzenlenen ve failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir neden olan “tehdit” kapsamında kriter olarak esas alınabilir.

¹¹⁵ Ünver, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, İstanbul 2013, s. 33. “*Tehdit konusunun objektif önemliliği değil, maruz kalan üzerinde yarattığı etki önemlidir. Bu da mağdurun vazgeçemeyeceği, önemseyeceği, tehditle karşılaştığında feda etmekten çekineceği bir husustur.*”

¹¹⁶ İradeyi etki eden sebep olarak tehdit ile şantajın bir arada düzenlenmediği, bu nedenle şantajın varlığı halinde gerçek içtima hükümlerince hem çocuğun cinsel istismarı suçundan hem de şantaj suçundan cezaya hükmolunması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kartal, Pınar Memiş: Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s. 171.

¹¹⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 14.06.2016 tarih ve 2016/1632 Esas 2016/6124 Karar.

mektedir ve bu yüzden müphemdir. Dolandırıcılık suçu yönünden yapılan hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması yeterli görülmektedir. Bu suç yönünden bariz hile hallerinde bile, mağdur aldatılmış ise hileli davranışın var olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Bariz hile hallerinin, cinsel özgürlüğe karşı suçlar yönünden rızayı bertaraf edip etmeyeceği tartışmalı bir konudur. Aşağıda yüksek mahkemece verilen, dini değerler kullanılarak rızanın alındığı, benzer olaylara ilişkin iki karara yer verilmiştir. Bunun yanında belirtmek gerekir ki karşıdaki kişiyi baştan çıkarmaya yönelik bir takım söz ve davranışlarda bulunmak hile kapsamında değerlendirilmemelidir¹¹⁹.

Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, dergah olduğunu iddia ettiği yere gelen kimseleri, mertebelerini yükseltme bahanesi ile sır odası denilen bir mekana aldığı, burada kapıyı kilitledikten sonra mağdurlerle vajinal, erkek olan mağdurla anal yoldan ilişkiye girdiği, bu durumu badelenme olarak karşısındaki kişilere ifade ettiği, bir kısım mağdurların nişanlılarını ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldandıkları olayda yüksek mahkeme, sanığın, mağdurların iradelerini fesada uğratarak hile kullanmak suretiyle rızalarını elde ettiğine ve bu yüzden sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğine hükmederek ilk derece mahkemesince verilen beraat kararını bozmuştur¹²⁰.

Başka bir kararında yüksek mahkeme; sanığın biri resmi nikahlı, diğerleri dini nikahlı olmak üzere toplam yedi eşiyile aynı ikametgahta kaldığı, ikametine gelen insanlara izinsiz olarak din eğitimleri verip barınma sağladığı, güven duyulmasını sağlamak için kendini dini sıfatlarla başkalarına tanıttığı, mağdurlardan kesin bir inanç ve teslimiyet sağladığı, cinsel isteklerinin karşılanmasını istediği ve eylemlerini de dini inancın bir gereği gibi gösterdiği, manevi mertebelerinin yükselmesi için bunun gerekli olduğunu ifade ettiği, cinsel davranışlarda bulunduğu kimselere, günah işlemenin normal, asıl olanın tövbe etmek olduğunu telkin ederek cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişkiye girdiği kadınlar arasında evli olanların da olduğu ve bu kadın-

¹¹⁸ **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 181-184. “Özel Hukuk yönünden hile ile ceza hukuku yönünden hile ayrımı yapıldığında, yalnızca yalan söyleyerek mağdurun aldatılması özel hukuk yönünden hilenin kabulü için yeterli görülüyordu. Ceza Hukuku yönünden hileden bahsedebilmek için ise kurnazlık gösterilerek mağdurun aldatılması gerekiyordu. Bu yönüyle bazı hileli davranışlar ile mağdur aldatılmış olsa bile suç teşkil etmiyordu. Günümüzde ise bu görüş değişikliğe uğramıştır.”

¹¹⁹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 111.

¹²⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 03.10.2012 tarih ve 2012/11328 Esas 2012/9412 Karar.

ların bir süre sonra eşlerinden ayrıldığı, cinsel ilişkiye girdiği kadınlardan olan çocuklarını da resmi nikahlı karısının üzerine kaydettirdiği olayda, sanıkla cinsel ilişkiye giren mağdurelerin rızalarının bulunması nedeniyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹²¹.

Rıza gösteren kişinin iradesini sakatlayan hilenin her durumda değil, ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olması halinde dikkate alınması gerektiği, rıza gösterilmesi halinde taahhüt edilen şeyler ya da menfaatlerin hukuksal değere ilişkin olmadığı ifade edilmiştir¹²². Nitekim yüksek mahkeme, cinsel ilişkiye girme yönünden, evlenme vaadiyle rızanın sağlandığı olaylarda, evlenme vaadinin¹²³ hile olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir¹²⁴. Bununla birlikte böyle bir durumda, fiil suç teşkil etmese de erkeğin davranışının haksız fiil niteliğinde olduğuna ve kadının içine düştüğü durum nedeniyle kadın lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin hukuk genel kurul kararı bulunmaktadır¹²⁵.

¹²¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 19.12.2016 tarih ve 2016/4887 Esas 2016/8588 Karar.

¹²² Şahin, s. 211.

¹²³ Evden uzaklaştırılıp fuhuş yaptırılan çocuğa yönelik evlenme vaadinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden rıza iradesini sakatladığına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 12.04.2011 tarih ve 2011/1242 Esas 2011/2978 Karar.

¹²⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.04.2015 tarih ve 2014/1552 Esas 2015/5994 Karar, “suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde on beş, on sekiz yaş grubu aralığında olan ve dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip file karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden,” aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 20.11.2014 tarih ve 2012/7531 Esas 2014/515 Karar.

¹²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01. 07.2009 tarih ve 2009/4-273 Esas 2009/314 Karar, “Toplumumuzun geleneksel yapısı ve tarafların yaşadıkları sosyal çevrede gözetildiğinde; davalının davranışları ve iknası sonucunda, evlenecekleri inancına kapılan davacının, taraflar arasında meydana gelen yakınlaşma sonucunda cinsel ilişkiye girerek kızlığının bozulması olgusunun toplumda açığa çıkması halinde, gelecekte onun yeni bir evliliğe adım atarken kendine olan güvenini sarsacağı, belki de evleneceği insan veya çevresindekiler tarafından böyle bir durumun varlığının aleyhine kullanılabilceği, kaçınılmaz bir gerçektir. Aynı sosyal çevreyi paylaşan davalının, davacının içine düşeceği bu durumu da gözeterek, daha hassas davranmasının, ondan beklenen ve olması gereken bir davranış modeli olduğu unutulmamalıdır. Tüm bu olgular birlikte ele alındığında ve tarafların bekar oldukları da gözetildiğinde, davacının, davalı tarafından evlenme vaadi ile kandırıldığı ve bunun etkisi altında gerek fiziksel gerek ruhsal anlamda zarara uğratıldığı ve bundan elem ve üzüntü duyduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan davacının annesi olan diğer davacının aynı olaydan etkilenip, utanç duyduğu ve kızının her an intihara kalkışma olasılığı ile yanından ayrılmadığı, kızının geleceği hakkında

6. İradeyi Etkileyen Başka Bir Nedene Dayalı Olarak Alınan ve Geçersiz Olarak Kabul Edilen Rıza

“İradeyi etkileyen başka bir neden dayalı olarak alınan rıza”da geçersizdir. “İradeyi etkileyen nedenlerin” ne olduğuna ilişkin kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu müphem kavram nedeniyle serbestçe rıza açıklanmasını ve gösterilmesini etkileyen birçok durumun bu kapsamda değerlendirilebileceği ve bunun da suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir¹²⁶.

Kişinin alkol ve uyuşturucu¹²⁷ madde etkisinde olması, baygın veya uyku halinde olması ya da iradeyi etkileyen başka bir “geçici neden” altında olmasından faydalanılarak alınan rıza geçerli olmayacaktır¹²⁸. Kişinin alkol veya uyuşturucu maddeyi iradi olarak alıp almamasının bir önemi yoktur ve bu durumda da suç oluşur¹²⁹. Yeter ki bu suçun mağduru, iradesini etkileyen nedenden kaynaklı olarak rıza gösterme ehliyetini geçici olarak yitirsin ve fail, mağdurda geçici irade kaybı olduğunu ve rıza gösterme ehliyetini yitirdiğini bilerek hareket etsin. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki madde gerekçesinde, iradeyi etkileyen bir nedenden söz edebilmek için mevcut nedenin (alkol ve uyuşturucu gibi) karar verme iradesini etkilemesinin yeterli olduğu, bununla ötesinde çocuğun direncini tamamen kırarak ve rıza iradesini ortadan kaldıracak nitelikte olmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir¹³⁰.

kaygıya kapıldığı, dosya kapsamında anlaşılma; bu davacının manevi zarara uğradığı da kabul edilmelidir.” Farklı bir olayda manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin başka yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 05.04.2016 tarih ve 2015/13890 Esas 2016/4530 Karar.

¹²⁶ **Kocaoğlu**, s. 280.

¹²⁷ Bu doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 01.06.2015 tarih ve 2013/10141 Esas 2015/6707 Karar, “*olay tarihinde sanığın bir arkadaşı ile birlikte nişanı bozan mağdureyi dershaneden çıkarken zorla aracına bindirdiği, ardından araç içerisinde uyuşturucu madde koklatarak baygın hale getirdiği, mağdurenin rızasını bu şekilde bertaraf ettikten sonra cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından*”, bu olayda kişinin bayıltılması cebir kapsamında da değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 23.05.2016 tarih ve 2014/5531 Esas 2016/4956 Karar.

¹²⁸ Yukarıda da bahsedildiği gibi yüksek mahkeme bu gibi durumlarda mefruz cebrin var olduğunu kabul etmektedir.

¹²⁹ **Kantarci**, s. 179, bu görüşten farklı karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 12.02.2018 tarih ve 2017/4730 Esas 2018/919 Karar, “*alkol ve uyuşturucu maddeleri isteği dışında alıp sanıklarla zorla ilişkiye girdiğine yönelik delil bulunmaması*”

¹³⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 422.

Yüksek mahkeme mağdureye yönelik cinsel davranış yönünden, mağdurenin sokaklarda, halkın verdiği yiyeceklerle yaşamak zorunda kalmasının ve çaresizlik içerisinde bulunmasının, iradeyi etkileyen bir neden olarak değerlendirilemeyeceğine ve bu nedenle mağdurenin göstermiş olduğu rızanın geçerli olduğuna, bu itibarla on sekiz yaşını tamamlamamış, ancak on beş yaşını tamamlamış, maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmiş mağdureye yönelik cinsel davranışın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m. 104/1) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³¹.

TCK'nın 103. maddesinde sayılmasa da rıza iradesini sakatlayan bir başka durum "hata" halidir. Mağdurun fiil üzerinde yapmış olduğu hata halinin "iradeyi etkileyen neden" kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz¹³².

Rıza gösterme iradesini sakatlayan "hata"dan söz edebilmek için, mağdurun hatasının hukuksal değere ilişkin olması gerektiği, hukuksal değere ilişkin olmayan saik hatalarının ve rıza gösterilmesi halinde elde edilmesi beklenen menfaatlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, nasıl olsa yakında evleneceklerini düşündüğü için nişanlısı ile cinsel ilişkiye giren, ayırt etme gücüne sahip ergin bir kadının bu hatasının, rıza iradesine sakatlayan "hata" hali kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹³³.

C. Reşit Olmayan İle Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Yönünden Rıza

Cebir, tehdit ve hile gibi herhangi bir irade sakatı olmadan ve rızayla on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine cezalandırılacaktır. (TCK m. 104/1) Yani on beş yaşını ikmal etmiş ancak on sekiz yaşını doldurmamış çocuk, rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra birlikte olduğu kişiden şikayetçi olursa TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca ilgili yaş aralığında olan çocukla birlikte olan kişinin cezai sorumluluğu doğacaktır.

Reşit olmayan ile cinsel ilişki ifadesinden çiftlerin organları ile tam birleşmeyi içeren hareketlerini anlamak gerekir. Başka bir ifade ile yalnızca cinsel güdü ve arzuların tatminine yönelik hareketler reşit olmayan ile cinsel

¹³¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 15.03.2016 tarih ve 2015/8952 Esas 2016/2503 Karar.

¹³² Burada mağdurun fiil üzerindeki hatasından bahsetmekteyiz. Failin, fiil üzerinde yapmış olduğu hata hali aşağıda değerlendirilecektir.

¹³³ Şahin, s. 200.

ilişki suçu kapsamında değildir. Bu gibi fiiller TCK'nın 102 ve 103 maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları kapsamında değerlendirilmelidir¹³⁴.

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu yönünden on beş yaşını tamamlamış çocuğun rızası, fiili suç olmaktan çıkarmaz ancak kişi, cezası daha az olan 104. madde kapsamında cezalandırılmaktadır. Ancak yukarıda çocuğun cinsel istismarı suçu bölümünde bahsedildiği üzere ortada rızayı bertaraf edecek cebir, tehdit ve hile gibi bir durum varsa geçerli bir rızadan söz edilemez ve bu gibi irade sakatının bulunduğu durumlarda kişi cezası daha fazla olan çocuğun cinsel istismarı suçundan sorumlu olacaktır¹³⁵.

Çoğu olayda reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun yanında on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk yönünden hürriyeti yoksun kılma suçunun oluşup oluşmayacağı, çocuğun rızasının, bu suç türü yönünden fiil hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu konunun da irdelenmesinin önemli olduğu düşüncesindeyiz.

On sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuğun bir başkası ile bir yere gitmek ve orada bulunmak şeklindeki rızasının geçerli olup olmadığı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme bu gibi durumlarda Ceza Kanunu'nun cinsel suçlarda belirlediği kriteri esas alarak ayırım yapmaktadır. Yüksek mahkemenin yerleşik kararlarına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru çocuk eğer on beş yaşını tamamlamışsa ve ayırt etme gücüne sahipse, göstermiş olduğu rıza TCK'26/2 kapsamında geçerli bir rızadır ve fiili hukuka uygun hale getirir. Bu gibi bir olayda reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu oluşabilecek ise de, hile, cebir ve tehdit yoksa ve ayırt etme gücüne sahipse, çocuğun göstermiş olduğu rıza kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden fiili hukuka uygun hale getirecek ve fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır¹³⁶.

¹³⁴ Karşı görüş için bkz. **Soyaslan** (Ceza Hukuku Özel Hükümler), s. 247.

¹³⁵ İlgili maddenin 2. ve 3. fıkrasında suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu fıkralara göre; *suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından ya da evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

¹³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.11.2007 tarih ve 142/240 Karar, karar için bkz. **Şirin, Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin**: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Ankara 2008, s. 338-343. Böyle olaylarda TCK'nın 234/3. maddesinin uygulanması söz konusu olabilir. TCK'nın 234/3. maddesine göre; *kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haber-*

D. Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) Yönünden Rıza

Cinsel taciz suçu, TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi cezalandırılmaktadır. Bu suçun maddi unsuru, herhangi bir vücut teması bulunmaksızın, cinsel amaçlı davranışlarla bir kimseyi rahatsız etmektir¹³⁷.

Cinsel taciz suçunun basit şekli şikayete bağlıdır ve bu yönüyle kanun hükmünün koruduğu menfaat üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir. Cinsel taciz suçunda vücuda temas bulunmadığından bu suç yönünden gösterilen rızanın, tipikliği değil fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığını¹³⁸ söylemek daha doğru olacaktır. Böyle bir durumda genel hüküm olan TCK'nın 26/2 maddesi uygulanacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme de aynı doğrultuda kararlar vermektedir¹³⁹.

Mağdurun telefonuna cinsel içerikli mesajlar göndererek cinsel taciz suçunu işlediği iddia edilen sanığın telefonlarında, mağdurun telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğu, HTS raporlarında da tespit edilen bu mesajların mağdur tarafından gönderildiğinin doğrulandığı, ayrıca sanık ile mağdur arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda karşılıklı mesajlaşmanın bulunduğu olayda Yüksek Mahkeme, sanığın söz konusu mesajları mağdurun bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiğine ve gönderilen mesajlara olumlu cevap aldığına, dolayısıyla eylemin TCK'nın 26/2. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlendiğine ve bu yüzden sanığın beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁰.

dar etmeksizin yanında tutan kişi, şikayet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹³⁷ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 72.

¹³⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 460. Bunun yanı sıra kanunda istisnai bir ifadeye yer verilmediğinden cinsel taciz suçunun nitelikli halleri yönünden de, mağdurun göstermiş olduğu rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı düşüncesindeyiz.

¹³⁹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.10.2014 tarih ve 2013/14.MD-352 Esas 2014/446 Karar, "*Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir. Rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.*"

¹⁴⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 27.10.2011 tarih ve 2011/7732 Esas 2011/1479 Karar.

V. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLAR YÖNÜNDEN “RIZA”DA SINIRIN AŞILMASI

İlgilinin rızası sınırlarının aşıldığı andan itibaren fiil hukuka aykırı olur. Basamak suç niteliğinde olan geçit suçun¹⁴¹ tipik hareketlerine ilişkin verilen rıza, daha ilerisi için mağdurun rızası yoksa ağır suç yönünden geçerli değildir. Vücuda organ sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçu yönünden basamak suç basit cinsel saldırı suçudur. Mağdurun rızası, yalnızca öpme, dokunma gibi bir takım cinsel davranışlara ilişkin olabilir. Daha da ötesinde cinsel ilişkiye girmeye rızası yoksa ve bu sınırlı rızasına aykırı olarak daha da ileriye gidilerek bir fiil gerçekleştirilmiş ise, fail nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu olabilecektir¹⁴².

Katılan sanıklar arasında bir süredir duygusal yakınlık olduğu, mek-tuplaştıkları, katılan sanıklardan erkek olanın kadından cinsel içerikli taleplerinin olduğu, kadının ise birlikte kaçmaları halinde bunları yapabileceğini söylediği, olay günü adamın herhangi bir zorlama olmadan kadının rızasıyla içeriye girdiği, kadın ile adamın evin kilerine geçtikleri, burada adamın kadının rızasına aykırı olarak cinsel davranışlarda bulunmaya başladığı, kadının ise rızasına aykırı olarak yapılan bu cinsel saldırıdan kurtulmak için direnç gösterdiği, bu sırada çuvalların arasına gizlediği tabancaya ulaşarak bitişik atış mesafesinden adamın boyun ve göğüs bölgesine bir el ateş ettiği olayda yüksek mahkeme, katılan sanık kadının, katılan sanık adamın eve gelmesine gösterdiği rızanın, cinsel saldırıyı da kapsamadığına, adamın cinsel davranışlarının haksız bir fiil teşkil ettiğine hükmetmiştir¹⁴³.

¹⁴¹ Bir suçun işlenmesi için bazı durumlarda daha hafif suçtan geçilmesi gerekmektedir. Daha ağır suçu işlemede basamak durumunda olan bu suçlara geçit suçları adı verilmektedir. Bkz. İçel, Kayıhan: Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 227.

¹⁴² **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 337-338. “rıza hem cinsel davranışa hem de cinsel davranışın yapılış şekline yönelik olarak verilmelidir. Örneğin sadece basit nitelikteki cinsel davranışlara yönelik olarak verilen rızanın ötesinde failin rıza dışında nitelikli şekilde (vücuda organ ya da cisim sokması suretiyle) cinsel davranışlarda bulunması halinde fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir.”

¹⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.02.2015 tarih ve 2014/1-572 Esas 2015/2 Karar, ilgili kararda kadının maruz kaldığı cinsel saldırı fiilinin, meşru savunma kapsamında, saldırı niteliğinde, haksız bir fiil olduğu kabul edilerek meşru savunma şartlarının oluştuğu kabul edilmiş ve böylece kadının, sanığı konutuna alma yönündeki rızasının, cinsel davranış yönünden de geçerli olduğunun peşinen kabul edilmesinin mümkün olmadığı işaret edilmiştir. Karar için bkz. Şare, (Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma), s. 25.

VI. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN GÖSTERMİŞ OLDUĞU RIZANIN GEÇERLİ OLDUĞUNA İLİŞKİN HATA HALİ

İlgilinin rızası koşullarının oluştuğuna ilişkin hata halini, fiil üzerinde hata ve hukuk normu üzerinde yapılan hata olmak üzere iki başlık altında toplamak mümkündür.

A. İlgilinin Rızasının Geçerli Olduğuna İlişkin Fiil Üzerinde Hata

Cinsel suçlarda ilgilin rızasını, fiilin tipik olmasını engelleyen suçun negatif bir maddi unsuru olarak kabul ettiğimizden, bu gibi hallerde TCK'nın 30/3. Maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeni üzerinde hata hükmünün değil, TCK'nın 30/1. maddesinde düzenlenen, suçun maddi unsuru üzerinde yapılan hata hükmünün uygulanacağı kanaatindeyiz¹⁴⁴.

Fiil üzerinde hata halinde, kişinin yapmış olduğu fiil, kanunda tanımlanan bir suç tipine girer. Ancak kişi fiilini gerçekleştirirken, kanunda suç için öngörülen maddi unsurları bilmediğinden ya da bu unsurlar yönünden yanlışlığa düştüğünden suç işlediğini düşünmez. Bu yüzden ki kişinin kanunda tanımlı suçun maddi unsurları yönünden fiil üzerindeki hatası kastını ortadan kaldırır¹⁴⁵.

Cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu direncin ciddi olmadığını zannedilmesi suçun maddi unsurları üzerinde yapılan “hata” hali kapsamında değerlendirilebilir ve bu durumda kast ortadan kalkabilir. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçların taksirle işlenebilen haline kanunda yer verilmediğinden, taksirle hareket eden fail, yapmış olduğu fiilden sorumlu olmayacaktır¹⁴⁶. Bununla birlikte bu suçlar, mahiyetleri uygun düştükçe olası kast ile de işlenebilir¹⁴⁷.

Fail, aynı zamanda suçun bir maddi unsuru olan, cinsel davranışını sergilediği ilgili kişinin rıza ehliyeti konusunda yanlış olabilir ve bu gibi bir durumda TCK'nın 30/1. maddesinde yer alan hata hükmünden faydalanabilir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ TCK'nın 30/1. Maddesine göre; *fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*

¹⁴⁵ **Güngör**, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007 s. 56-58.

¹⁴⁶ Bkz. **Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat/2016, s. 90-92.

¹⁴⁷ **Jescheck**, Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s. 100.

¹⁴⁸ **Zafer**, s. 320.

Rıza ehliyetine ilişkin fiil üzerinde hata genellikle iki şekilde ortaya çıkar. Karşısındaki kişiye rızası ile cinsel davranışta bulunan kimse, cinsel davranışını icra ettiği kişinin bu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını bilmez. İkinci durumda ise cinsel davranışta bulunduğu kişinin on beş yaşını tamamladığı noktasında bilgi noksanlığı vardır. Bu türden bilmeme durumları, fiil üzerinde hataya yol açabilir ve somut olaya göre kastı ortadan kaldırabilmektedir¹⁴⁹.

Mağdurun suç tarihinde, annesi ile birlikte yerleşik oldukları ilde düzenlenen mitinge gittiği, miting başlamadan önce cep telefonunun olmadığını fark edince babasının kızacağı endişesi ile annesinin yanından ayrıldığı, tek başına dolaştığı sırada bir iş yerinin önüne geldiği ve bu iş yerinde çalışan sanık ile karşılaştığı, sanığın kendisine araç ile gezmeyi teklif ettiği, mağdurunda araca bindiği ve birlikte şehir merkezinden uzaklaşarak ıssız bir yere gittikleri, burada aracın arkasında sanık ile mağdurun cinsel ilişkide buldukları, daha sonra sanığın mağduru şehir merkezine bıraktığı, mağdurun zihinsel engelli olması nedeniyle ailesinin sanıktan şikayetçi olduğu, sanığın mahkemedeki savunmasında mağdurun zihinsel engelli olduğunu bilmediğini ve mağdur ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdikleri şeklinde savunma yaptığı, mağdurun Adli Tıp Kurumu'na muayene edildiği, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 15.05.2017 tarihli raporunda; mağdurun Hafif-Orta derece sınırında zeka geriliğinin olduğunun ve kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin ancak kendisini yakından tanıyanlarca ve tekrarlayan görüşmelerce anlaşılabilirliğinin bildirildiği, ilk derece mahkemesince sanığın, çocuğun cinsel istismarı suçunun işlediği kabul edilerek mahkumiyet kararı verildiği ve mahkumiyet kararının temyiz edildiği olayda, yüksek mahkeme, sanığın mağdureyle olay tarihinde ilk kez görüşmesi, sanığın mağduredeki zeka geriliğini bildiğine ve cinsel ilişki eyleminin cebir, tehdit veya hileyle gerçekleştiğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmaması nedeniyle atılı suçtan sanığın beraat ettirilmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵⁰. Bu kararı ile yüksek mahkeme,

¹⁴⁹ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 68.

¹⁵⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 07.05.2018 tarih ve 2018/572 Esas 2018/3391 Karar, verilen bu karara ilgili dairenin iki üyesi muhalif olmuş ve karşı oy yazmışlardır. Karşı oyda; *"her ne kadar sanık, mağdurenin akıl zayıflığının farkında olmadığını savunmuş ise de, gerek yukarıda açıklanan raporlar, gerek talimat mahkemesince zapta yansıtılan, mahkemece ve dairemizce kayden izlenen gözlem sonucu akıl zayıflığının açıkça anlaşılabilir olması ve sanık tarafından kabul edildiği şekilde olay günü mağdurenin davranışlarının orta düzeyde sağlıklı bir bireyden beklenen davranışlar olmadığını açıkça anlaşılır olması karşısında, sanık savunmasının itibar edilecek yönünün bulunmadığı, sanı-*

mağdurun rıza gösterme ehliyetinin olup olmadığı konusunda yanılma halinin kastı ortadan kaldırılabileceğine işaret etmiştir. Yine başka bir kararında, sanığın, mağdurdaki zeka geriliğini bilip bilmediği konusunda gerekli araştırma yapılmadan verilen mahkumiyet kararının isabetli olmadığına hükmetmiştir¹⁵¹.

Cinsel suçlarda bir diğer fiil üzerinde hata hali mağdurun yaşı hususunda söz konusu olabilmektedir. On beş yaşını tamamlamamış mağdurların cinsel davranış yönünden göstermiş olduğu rızanın geçerli olmadığı hususu yukarıda ayrıntıları ile bahsedildi. Cinsel istismar suçunun oluşması için failin, karşısındaki çocuğun on beş yaşının ikmal etmediğini bilerek hareket etmesi gerekir. Bu konuda sanığın yapmış olduğu hata kastı ortadan kaldırılabilir.

Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında, suça sürüklenen çocuğun mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiğine ilişkin savunması, mağdurenin fiziksel görünümünün on beş yaşından büyük olduğuna ilişkin savcılık gözlemi ve tüm dosya kapsamına göre; Anayasa Mahkemesinin 25.03.2015 gün ve 2014/6419 başvuru numaralı kararı da dikkate alınarak suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının tartışılması gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵². Başka bir kararında

ğın mağdureyi bir şekilde iş yerinden çıkarmak ve uzaklaştırmak gerektiğinde polislerin onu aradığı bilgisinden de hareketle ilgili yerlere bildirimde bulunmak yerine, zayıflığından da faydalanmak suretiyle onu aracıyla gezmeye ikna ettiği, mağdurenin akıl zayıflığını ve maruz kaldığı eylemlerin neticelerini öngöremeyip kendisini savunamayacak durumda olmasını fırsat bilerek, kısmen ikna ile, kısmen de ayrılmasını engellemek suretiyle mağdureye karşı cinsel saldırı fiilini işlediği anlaşıldığından usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme hükmünün onanması düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına muhalifiz.” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2016 tarih ve 2016/14-755 Esas 2016/454 Karar, “Buna göre; öncelikle sanık ve mağdure ile aynı iş yerinde çalışan kişilerin tespit edilerek tanık sıfatı ile dinlenip, sanığın mağduredeki zeka geriliğini bilmediğine dair beyanlarının alınması, sanığı uyardıklarını söyleyen katılanlara, mağduredeki zeka geriliğini sanığa söyleyip söylemediklerinin açıklattırılması ve sanığın mağduredeki zeka geriliğini bilip bilmediği, biliyorsa bu durumun ne zaman farkına vardığı ve öğrendikten sonra mağdure ile cinsel ilişkiye girip girmediğinin sorulmasından sonra, mevcut deliller itibarıyla sanığın mağdurenin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği konusunda hataya düşüp düşmediği değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma ile sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi isabetsizdir.”

¹⁵² Yargıtay 14. Ceza Dairesi 31.01.2017 tarih 2014/8385 Esas 2017/388 Karar, Karara muhalif olan üye karşı oyunda; “somut olayda eldeki verilerle suça sürüklenen çocuğun mağdurenin yaşını bildiğini, duruşmadaki savunmasında mağdure ile rızasıyla ilişkiye

yüksek mahkeme, sanık ile mağdurenin aynı köyde ikamet ettikleri, bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, yaşı küçük olması sebebiyle mağdurenin ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ile sanığın rızaen kaçıp birlikte yaşamaya başladıkları, bu süre içerisinde rızaen birden çok cinsel ilişkiye girdikleri, mağdurenin polikliniğe müracaatında hamile olduğunun tespit edildiği, mağdurenin yaşının küçük olması nedeniyle görevlilerce suç ihbarında bulunulduğu, mağdurenin yaşının 1993 yılı olarak düzeltildiği ancak buna rağmen cinsel ilişkinin yaşandığı sırada on beş yaşının altında olduğunun anlaşıldığı olayda sanığın, mağdurenin yaşı konusunda TCK 30 maddesi kapsamında yanılığa düştüğüne, gerçekleştirilen fiilin TCK'nın 104/1 maddesi düzenlenen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuna vücut verdiği ve şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşürülmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵³.

Dünya üzerindeki birçok ülke, cinsel ilişkiye girme noktasında yaş sınırı getirmiştir. Bizdeki yaş sınırının, TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu dikkate alındığında on sekiz olduğu söylenebilir. Ancak bu suçun şikayete bağlı olması ve çoğu durumda şikayet bulunmaması nedeniyle fiili olarak cinsel ilişki konusunda rıza gösterme yaşının on beş olduğunu söylemek daha doğru olur. On beş yaşını tamamlamamış çocuğun göstermiş olduğu rıza, bedenen ve ruhen gelişmiş olsa bile geçerli değildir. Kırsal kesimde on beş yaşını tamamlamamış kız çocuklarının dini nikah ile evlendirilmeleri olaylarına sıklıkla rastlanmaktadır. On beş yaşını tamamlamamış çocuk hamile kalmakta, daha sonra hastaneye gittiğinde bu durum ilgili mercilere bildirilmekte ve çocukla birlikte olan şüpheli eş hakkında soruşturma başlatılmaktadır. Cinsel ilişki rıza ile gerçekleşse ve suçun mağduru çocuk ve ailesi şikayetçi olmasa bile çocukla ilişkiye giren kişi hakkında cinsel istismar suçundan mahkumiyet kararı verilmektedir. Bu gibi bir durumda fail olan eş cezaevine girdiğinden suçun mağduru olan “çocuk gelinin” ve dünyaya getirdiği çocuğun yardım alama-

girdiğini kabul ettikten sonra ‘mağdure ile bu şekilde ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmiyordum’ demek suretiyle yaş küçüklüğünü bildiğini ikrar ettiğini, kanunu bilmenin mazeret sayılamayacağını, bu nedenle sanığın mağdurenin yaşı konusunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğini” ifade etmiştir.

¹⁵³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.09.2018 tarih ve 2016/2390 Esas 2018/5241 Karar, Karara muhalif olan üye karşı oyunda; “*sanığın mağdureyi uzun süreden beri tanıdığını ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ve somut olayda TCK'nın 30. Maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut olmadığını*” ifade etmiştir.

maları, geçimlerini sağlayamamaları nedeniyle mağduriyetlerinin daha da arttığı ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Hiç şüphesiz kanun yapımı çalışmaları sırasında toplumsal gerçeklikler göz önünde bulundurulur. Bu durum ceza kanunu yapımı sırasında da geçerlidir. Ancak ceza kanunlarının bir işlevi de toplumu eğitmek, geliştirmek ve çağdaş anlamda dönüştürmektir¹⁵⁵. Bilimsel verilere göre 15 yaşını tamamlamamış çocuk bedensel ve ruhsal olarak tam olarak gelişmemiştir ve bir cinsel birliktelik yaşaması beden ve ruh sağlığı açısından uygun değildir. Bu nedenle kendisine karşı sergilenen bu türden cinsel davranışlara karşı göstermiş olduğu rıza geçerli değildir. “Kırsal kesimde sıklıkla yaşanıyor” savı ile hareket edilerek bu kurala istisna getirilmesi ve yargı kararları ile bu kuralın uygulanamaz hale getirilmesi doğru değildir. Bu yüzdendir ki TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükmünün mahkemelerce uygulanmasının on beş yaş kuralını ortadan kaldırır nitelikte olmaması gerekir¹⁵⁶. Özellikle on beş yaşının altında yapılan evliliklerde, “mağdurun yaşının on beşin altında olduğunu bilmiyordum” savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Zira çoğu durumda istismar eden ile suçun mağduru uzun süre birlikte olduklarından ve evlilik hayatı sürdürdüklerinden bu durumun istismar eden tarafından bilinmediği iddiası hayatın olağan akışına aykırıdır.

Bizimde katıldığımız görüşe göre; ilgilinin yaşı konusunda sanığın hataya düşüp düşmediği değerlendirilirken sıkı kriterler getirilmelidir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde 434. madde bu gibi durumlarda uygulanabilmekteydi. 765 sayılı TCK’nın 434. maddesine göre, sanık, ırzına geçilen kadın ile evlenirse davanın ve cezanın infazı ertelenebilmekteydi. Başka bir anlatımla mağdur on beş yaşından küçük olduğunda, sanık cinsel istismardan ceza almaktaydı ancak mağdur ile evlendiğinde verilen bu cezanın infazı beş yıl süre ile ertelenmekteydi. Bu beş yıllık süre içerisinde evlilik devam ettiğinde sürenin bitiminde düşme kararı verilmekteydi. Bu çağ dışı hükme yeni TCK’da yer verilmemiştir. Bu konuda bilgi için bkz. Şare, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 26, Sayı 111, Mart-Nisan/2014, s. 174.

¹⁵⁵ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 19.

¹⁵⁶ İtalyan Ceza Kanunu’nda, bu suçların mağdurlarının on dört yaşının altında olması durumunda, failin, mağdurun yaşını bilmediğini mazeret olarak ileri süremeyeceğinin hüküm altına alındığı ifade edilmiştir. Bkz. **Güngör** (Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata), s. 61, dipnot 80.

¹⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında, mağdurun yaşından daha büyük görünümünün hata savunması için yeterli olmadığına, somut olayda mağdurun davranışlarından ve uzun süre mağdur ile vakit geçirdiği dikkate alındığında yaşının küçük olduğunu bilmiyordum savunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğuna, bu itibarla TCK’nın 30. maddesinin uygulanması şartlarının oluşmadığına ve sanığın, çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunda cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

Örnek olarak sanığın yaş konusunda düştüğü şüphe, mağdurun yaşını bilmeyle eş değer sayılmalıdır¹⁵⁸.

B. İlgilinin Rızasının Geçerli Olduğuna İlişkin Hukuki Hata

İlgilinin rızasına ilişkin kural üzerinde hata, kişinin sorumluluğuna etki etmez. Hukuki hata halinde fiil hukuka aykırıdır ve fail işlediği suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Kişinin, “on beş yaşın altındaki kişiye rızasıyla da olsa cinsel davranış ya da cinsel münasebette bulunmanın suç olduğunu bilmiyordum” veya “on beş yaş-on sekiz yaş aralığında olan çocukla cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmiyordum” şeklindeki savunmalarına itibar edilmeyecektir.

TCK'nın 4. maddesinde de “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmüne yer verilerek kural üzerinde hatanın kişinin sorumluluğunu etkilemeyeceğine işaret edilmiştir. TCK'nın 30/4. maddesinde yer alan, “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmünün, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının sert bir şekilde uygulanmasının yol açabileceği mahzurları bertaraf edebileceği ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesine göre, olağan evlenme yaşı 17'dir. Ancak bu durumda da yasal temsilcinin rızası gereklidir. (bkz. TMK m. 126) Olağanüstü evlenme yaşı ise 16'dır. Ancak bu durumda hakim izni gereklidir. (bkz. 124/2) Türk Medeni Kanunu'ndaki ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında on altı yaşında evlenen ve rızayla cinsel ilişkiye giren kişi yönünden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalı hale gelmektedir. Kanunda herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden on beşini tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişi ile evlilik içerisinde olsa bile cinsel ilişkiye giren kişi, şikayet olması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılabilir¹⁶⁰. Evlenme ile kişinin ergin olması bu durumu değiştirmeyecektir. Ancak bu gibi durumlarda TCK'nın 30/4 maddesinde düzenlenen hata hükmü uygulanabilir. Zira kişi, evli olduğu ve on sekiz yaşını tamamlama-

Karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.12.2016 tarih ve 2016/14-941 Esas 2016/1236 Karar.

¹⁵⁸ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 68.

¹⁵⁹ **Güngör**, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Yıl 2007, s. 156.

¹⁶⁰ Doğru olan Ceza Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nu birbiriyle uyumlu hale getirmektir.

mayan eşiyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilme-yebilir. Bu gibi bir durumda gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır.

SONUÇ

Cinsel saldırı ve cinsel istismar gibi cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar yönünden ilgilinin rızası suçun tipikliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle somut olayda geçerli bir rıza varsa, genel bir hukuka uygunluk nedeni olan TCK'nın 26/2 maddesi dolayısıyla değil, suçun tipik olmaması nedeniyle kişi hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Yine kendisine karşı cinsel davranış gerçekleştirilen kişinin, ilgili fiile rıza gösterdiği konusunda bir yanılma varsa TCK'nın 30/3 maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hata hükmü değil, TCK'nın 30/1 maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurları üzerinde hata hükmü uygulanacaktır.

On beş yaşın altındaki çocuğun, kendisine karşı sergilenen cinsel davranış yönünden gösterdiği rıza geçerli değildir. Bu kuralı uygulanamaz hale getirmek için uygulamada çeşitli yollar denenmektedir. Bunların başında mağdurun yaşını büyütme gelmektedir. Bir şekilde bu suç yönünden soruşturma başladığında, mağdurun yaşını büyütme için mahkemeye başvuruda bulunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken yaş büyütme davalarının usulüne uygun olarak sonuçlandırılmasıdır. Hastane doğumlu olan mağdurların yaşının, kemik yaşı daha büyük denerek büyütülmesi hatalı olacaktır. Zira hastaneden alınan doğum belgesi aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir resmi belgedir. Hastane doğum belgesinin sahte olduğu düşünülüyorsa, buna ilişkin soruşturma yapılmalı ve sonucu beklenmelidir.

Genellikle çocuk yaşta kimselerin rızaları ile de olsa büyük yaşta kişilerle cinsel ilişkiye girmeleri infial yaratmaktadır. Ancak uygulamada her iki tarafın çocuk olduğu vakalar ile de karşılaşılmaktadır. Hastalıklı kişileri bir kenara bırakırsak medeni insan cinsel isteklerini sınırlayabilen ve toplum içindeki diğer kişilerin cinsel özgürlüğüne saygı duyan kişidir. Bu yüzden çocuklara doğru bir cinsel eğitimin verilmesi önemlidir.

Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda ilgili kişinin rızasının varlığının tespiti fiil öncesi ve fiil sonrası vakalara dayanılabilmektedir. Bir kişi rızası ile bir kimsenin evine girmiş ise bu rızasının cinsel davranışı da kapsadığı şeklinde yorumda bulunmak doğru değildir. Yine mağdurun cinsel davranıştan çok sonra failden şikayetçi olması, failin davranışına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Cinsel özgürlüğe karşı suçların genelinde ispat sorunu yaşanmaktadır. Cinsel saldırı ya da istismara maruz kalanların çoğu, toplumun kendisine bakış açısının değişebilecek olmasını göze alarak şikayette bulunmaktadırlar. Bu yüzden çoğunlukla mağdurların beyanlarına itibar edilmelidir. Ancak akıl hastalığı nedeniyle olmayan bir şeyi olmuş gibi yansıtarak insanlara iftira eden kişilerle de karşılaşmaktadır. Yine uygulamada rıza ile cinsel ilişkiye girmesine rağmen, karşı tarafın evlenmek istememesi üzerine cinsel saldırı suçuna maruz kaldığı ithamında bulunan kişilere de rastlanılmaktadır. Suçun oluşup oluşmadığının tespitinde, mağdur kadının namuslu olması ya da suç ithamında bulunan kişinin iyi bir aile babası olup kendisinden böyle bir fiilin beklenmeyecek olması şeklindeki kişilik kriterlerinden ziyade suç delillerine öncelik tanınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alaşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Birinci Baskı, Ankara 2017.
- Aydın**, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Bakıcı**, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2008.
- Bayraktar**, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 57-77.
- Bayraktar**, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2006, s. 15-23.
- Cassani**, Carlotta: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, Çevirenler: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Yıl 2008, s. 236-248.
- Cassese**, Antonio/**Gaeta**, Paola/**Baig**, Laurel/**Fan**, Mary/**Gosnell**, Christopher/**Whiting**, Alex: International Criminal Law, Third Edition, 2013.
- Centel**, Nur: “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 59-70.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Çakmut**, Özlem Yenerer: Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012.
- Develioğlu**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 26. Baskı, Ankara 2010.
- Donay**, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, On İkinci Bası, İstanbul 1999.
- Erem**, Faruk: “Adam Öldürme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1953, s. 33-91.
- Erem**, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, Yargıtay Dergisi, Yıl 16, Sayı 1-2, Ocak-Nisan/1990, s. 94-97.

- Erem**, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’ ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-1990, s. 5-17.
- Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Baskı, Ankara 1997.
- Erman**, Sahir: Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Dördüncü Bası, İstanbul 1967.
- Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Gülşen**, Recep: Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007.
- Güngör**, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- Güngör**, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Yıl 2007, s. 135-160.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Baskı, Ankara 2012.
- Hafizoğulları**, Zeki: Zina Cürümleri, İstanbul/1983.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016.
- Hakeri**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Heinrich**, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara 2014.
- İçel**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- İçel**, Kayıhan: Suçların İçtimaı, İstanbul 1972.
- Jescheck**, Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007.
- Kaban**, Mater/**Aşaner**, Halim/**Güven**, Özcan/**Yalvaç**, Gürsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001.
- Kantarıcı**, Nurullah: Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016.
- Kartal**, Pınar Memiş: Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Kartal**, Pınar Memiş: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul 2013, s. 85-110.

- Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.
- Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara 2016.
- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir**, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Öztürk**, Bahri: “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 573-590.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: 5237 sayılı TCK’da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Pisapia**, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çeviren: Atif Akgüç, Padova 1965.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Sevük**, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Yıl 2005, s. 243-282.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Şahin**, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat/2016, s. 88-113.
- Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 26, Sayı 111, Mart-Nisan/2014, s. 163-236.
- Şare**, Ersin: “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, Yıl 83, Ocak/2018, s. 13-58.

- Şen**, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s.73-122.
- Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006.
- Şirin**, Osman/**Aşaner**, Halim/**Güven**, Özcan/**Yalvaç**, Gürsel/**Özdemir**, Muzaffer/**Erel**, Kemalettin: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Ankara 2008.
- Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul 1953.
- Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım,18. Baskı, Ankara 2012.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Toroslu**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987.
- Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, İstanbul 2013, s. 23-58.
- Vidal**, Georges/**Magnol**, Josephe: Ceza Hukuku, Çeviren: Şinasi Devrin, Ankara 1946.
- Williams**, Glanville: Criminal Law The General Part, Second Edition, 1998.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığı Altında Cinsel Suçlar, 3. Bası, Ankara 2018.
- Yüce**, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1995.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 4. Bası, İstanbul 2015.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayiter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşurma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ

-
- | | | |
|------|--|----------------------------|
| 19 - | Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991) | Prof.Dr. Polat SOYER |
| 20- | Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 21- | Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991) | Doç.Dr. Melda SUR |
| 22- | Öldürme Suçu (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 23- | İşkence Suçu (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 24- | Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992) | Arş.Gör. Meltem KUTLU |
| 25- | Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Nevzat KOÇ |
| 26- | Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992) | Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM |
| 27- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 28- | Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992) | Arş.Gör. Ziya AKINCI |
| 29- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 30- | Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 31- | A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 32- | Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 33- | Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)
Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN | |
| 34- | Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 35- | Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993) | Yard.Doç. Ercüment ERDEM |
| 36- | Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 37- | D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 38- | Millet Meclisi İç Tüzüğü | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 39- | Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993) | Prof.Dr. Kudret AYITER |
| 40- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 41- | Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 42- | İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANKARA 1994) | Doç.Dr. Huriye KUBİLAY |
| 43- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 44 - | Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994) | Yard.Doç. Ziya AKINCI |

-
- | | | |
|-----|---|--|
| 45- | Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 46- | Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım)
(ANKARA-1994) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 47- | Yabancı Para Alacaklarının Tahsili
(ANKARA-1994) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 48- | Genel İktisat (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 49- | Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma
(ANKARA-1994) | Dr. Ahmet GÖKÇEN |
| 50- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım)
(ANKARA 1995) | Prof.Dr. Ergun AYBARS |
| 51- | Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994) | Doç.Dr. Huriye KUBİLAY |
| 52- | İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 53- | Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994) | Prof.Dr. M. Polat SOYER |
| 54- | Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası
(ANKARA-1995) | Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM |
| 55- | Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 56- | Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995 | Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-
Prof.Dr. A.N.İNAN |
| 57- | Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 58- | Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 59- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması
(İZMİR-1995) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 60- | Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz.
(İZMİR-1995) | Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU |
| 61- | Sosyal Maliye (İZMİR-1995) | Dr.Yusuf KARAKOÇ |
| 62- | Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri
(İZMİR-1995) | Dr. Meral SUNGURTEKİN |
| 63- | Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 64- | İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 65- | Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.
(İZMİR-1995) | Dr. Esra ATALAY |
| 66- | İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları
(İZMİR-1995) | Doç.Dr. Melda SUR |
| 67- | Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996) | Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY |
| 68- | Karşılaştırmalı Huk. Açısından
Damping ve Antidamping (İZMİR-1996) | Dr. Hanife DİRİKKAN |
| 69- | Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 70- | Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |

- | | | |
|------|--|--|
| 71- | Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 72 - | İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Ziya AKINCI |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997) | Dr. Meltem KUTLU |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997) | Prof.Dr. Bilge UMAR |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997) | |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997) | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998) | Arş.Gör. M. Beşir ACABEY |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU
Dr. Oğuz SANCAKDAR
Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998) | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU |

- 93- Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998) Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
- 94- İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999) Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK
- 95- 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir

-
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan-
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir

- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir