

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 22

Sayı: 1

2020



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2020



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 22

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2020



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2020

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 22 Sayı: 1 Yıl: 2020

**Yayın No:** 09.1300.0000.000/BY.020.078.1040

**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 (Mayıs-Kasım) 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. Yusuf KARAKOÇ (İzmir) Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (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** : 22.05.2020

**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: 22 Sayı: 1 Yıl: 2020****İÇİNDEKİLER****Dr. Öğr. Üyesi Hakan BİLGEÇ**

Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri (Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Hükümlerinin Gemi Rehni Bakımından Karşılaştırılması).....1-55

**Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK**

İnsan Hakları Bakımından Kırılgan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AIHM Kararlarındaki Görünürlüğü.....57-77

**Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK**

Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru.....79-121

**Dr. Öğr. Üyesi Serdar NART**

Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi .....123-170

**Arş. Gör. Dr. Nilgün DİNÇER ARAZ**

Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (*Diligentia*)”.....171-218

**Arş. Gör. Dr. Barış DEMİRSATAN**

Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları .....219-253



**Arş. Gör. Dr. Doğuş Taylan TÜRKEK**

Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme  
(TTK m. 876).....255-320

**Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN**

Prof. Dr. Necmeddin Berkin'in Medenî Usûl Hukukunda  
Geniş Anlamda Yetki Kuralları ve Bu Bağlamda  
Görev Kurallarına İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi .....321-356

**Arş. Gör. Sercan ECEMİŞ**

MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları .....357-395

**Arş. Gör. Ezgi PALAS DAĞLI**

Özelleştirme ve Kamu Özel İşbirliği İlişkisinin Kavramsal Açıdan  
Değerlendirilmesi.....397-430

**Arş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ**

Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopylar Üzerine  
Bir Değerlendirme .....431-467

# DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

## Faculty of Law Review

**Volume: 22 Number: 1 Year: 2020**

### CONTENTS

**Assist. Prof. Dr. Hakan BİLGEÇ**

Types of Pledge Based on the Contract to be Established on Ships in Commercial Enterprises Inventory (Comparison of Turkish Civil Code, Turkish Commercial Code and Movable Pledge in Commercial Actions Code in terms of Ship Pledge).....1-55

**Assist. Prof. Dr. Elif ÇELİK**

An Introduction to the Concept of Vulnerability through Human Rights and the Visibility of the Concept in European Court of Human Rights Case Law.....57-77

**Assist. Prof. Dr. Emre KIYAK**

Step by Step to Intelligent UYAP (National Judicial Network Project) Ecosystem with Big Data and Artificial Intelligent Technologies.....79-121

**Assist. Prof. Dr. Serdar NART**

The Eviction of Pets from Residences .....123-170

**Research Assist. Dr. Nilgün DİNÇER ARAZ**

“Duty of Diligence (*Diligentia*)” As a Contractual Responsibility Criteria in The Roman Law .....171-218

**Research Assist. Dr. Barış DEMİRSATAN**

Material Conditions for the Vendor’s Liability for Eviction (Warranty of Title).....219-253

**Research Assist. Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL**

A Review on the Utmost Care of the Road Carrier  
(TCC art. 876).....255-320

**Research Assist. Ali Çetin ASLAN**

Review of Prof. Dr. Necmeddin Berkin’s Opinions Regarding  
Jurisdiction Order and in This Context Rules of Subject Matter  
Jurisdiction in Civil Procedure Law .....321-356

**Research Assist. Sercan ECEMİŞ**

Recognition and Enforcement Rules Other than Those Found in the  
International Private and Civil Procedure Law.....357-395

**Research Assist. Ezgi PALAS DAĞLI**

Conceptual Evaluation of the Relationship between Privatization  
and Public Private Partnership.....397-430

**Research Assist. Havva Begüm TOKGÖZ**

The Purpose of Punishment and an Assessment on Utopias in  
This Context.....431-467

**TİCARİ İŞLETME ENVANTERİNDE BULUNAN  
GEMİLER ÜZERİNDE KURULABİLECEK  
SÖZLEŞMEYE DAYALI REHİN TÜRLERİ**  
(Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve  
Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Hükümlerinin  
Gemi Rehni Bakımından Karşılaştırılması)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.716122>

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan BİLGEÇ\***

**Öz**

*Ticari işletme envanterinde gemi bulunması durumunda bu gemilerin nasıl rehnedilecekleri tescilli olup olmadıklarına göre belirlenir. Türk Ticaret Kanunu uyarınca tescilli gemilerin sözleşmeye dayalı rehni sadece gemi ipoteği ile sağlanır. Tescilli olmayan gemiler ise Türk Medeni Kanunu'nun teslimine bağlı taşınır rehni hükümlerine göre zilyetliklerinin devri yoluyla rehnedilebilirler.*

*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, tescilli ve tescilsiz gemilerin rehnedilmesine ilişkin bu keskin ayrıma istisna getirmektedir. Ticari işletmenin envanterinde gemi bulunması halinde bu gemiler ticari işletme rehninin konusunu oluşturabilecektir. İşletme envanterinde bulunan tescilsiz gemiler ise hem münferit olarak hem de işletmenin bütünü üzerinde kurulacak ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında rehnedilebilirler. Tescilli gemiler üzerinde münferiden ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması mümkün değildir. Buna karşın, ticari işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehni, kurulduğu anda işletme envanterinde bulunan tescilli gemileri de kapsar.*

**Anahtar Kelimeler**

*Gemi, Ticari işletme, Rehni, İpotek, Taşınır rehni*

\* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: hakan.bilgec@emu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7951-0756> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.01.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.01.2020/ Makale Kabul Tarihi: 06.04.2020)

**TYPES OF PLEDGE BASED ON THE CONTRACT  
TO BE ESTABLISHED ON SHIPS IN COMMERCIAL  
ENTERPRISES INVENTORY**

**(Comparison of Turkish Civil Code, Turkish Commercial Code and  
Movable Pledge in Commercial Actions Code in terms of Ship Pledge)**

**Abstract**

*If there are ships in the commercial enterprise inventory, how these ships are pledged is determined by whether they are registered or not. The contractual pledge of registered ships pursuant to the Turkish Commercial Code is provided only with the hypothec of the ship. Unregistered ships can be pledged by the transfer of their possession according to the provisions of the Turkish Civil Code.*

*Movable Pledge in Commercial Actions Code exempts this sharp distinction concerning the pledge of registered and unregistered ships. If there are ships in the commercial enterprise inventory, the ships may also constitute the subject of the commercial operation pledge. Unregistered ships included in the commercial enterprise inventory may be pledged as movable pledges in commercial actions both individually and pledge to be established on the whole of the commercial enterprise. It is not possible to establish movable pledge in commercial actions on registered ships in individually. For all that, the pledge to be established on the whole of the commercial enterprise shall include the registered ships which are in the commercial enterprise inventory at the time of establishment.*

**Keywords**

*Ship, Commercial Enterprise, Pledge, Hypothec, Movable Pledge*

## GİRİŞ

Teminat hukukunun önemli bir kolunu oluşturan rehin, aynı bir hak sağlaması nedeniyle alacağın güvence altına alınmasında etkili bir yoldur. Bu özelliği nedeniyle rehin uygulamada sıklıkla tercih edilmektedir. Rehın, güvence altına aldığı asıl alacağa bağılı (fer'i) bir hak sağlar. Taşınır ve taşınmaz eşya üzerinde kurulacak rehinler farklı hüküm ve sonuçlara tabidir. Taşınır rehinde aleniyet kural olarak zilyetliğin devri ile sağlanırken, taşınmazlar üzerinde kurulacak rehinde tercih edilen model sicil rehndir. Hukukumuzda rehne ilişkin temel düzenlemeler Türk Medeni Kanunu'nda yer alır. Öte yandan, bazı özel kanunlarda da rehne ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bir ticari işletmenin envanterinde bulunan gemiler, genellikle sahip oldukları yüksek ekonomik değer nedeniyle tacirin malvarlığının aktifinde önemli bir kalemdir. Dolayısıyla tacir borçlarına güvence olarak gemi/gemileri üzerinde rehin kurabilir. Hukuken taşınır eşya niteliğinde olan gemilerin zilyetliğin devri yoluyla rehnedilmesi hem rehin alacaklısı hem de rehin veren bakımından işlevsel değildir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nda gemi rehni özel olarak düzenlenmiş ve tescilli gemilerin yalnız gemi ipoteği yoluyla rehnedilebileceği hükme bağlanmıştır. Gemi ipoteği, geminin zilyetliğinin rehin alacaklısına devredilmesine gerek olmadan aleniyetin sicil yoluyla sağlandığı özel bir rehin türüdür. Gemilerin rehni konusunda Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde olduğundan öncelikle uygulama alanı bulur. Sicile tescilli olmayan gemiler üzerinde ise gemi ipoteği kurulması mümkün değildir. Bu gemilerin Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen teslimli taşınır rehni hükümlerine göre rehnedilmesi gerekir.

Öte yandan hukukumuzda ticari işletmelerin rehni özel olarak düzenlenmiştir. Geminin ticari amaçlarla kullanılması halinde genellikle ticari işletmenin koşulları sağlanmış olacağından bu rehin türü gemiler bakımından önem taşımaktadır. 1972-2017 yılları arasında uygulanan 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu<sup>1</sup> tescilli gemileri kanun kapsamı dışında bırakmaktaydı (TİRK m. 3/III). 2017 yılında yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu<sup>2</sup> ise rehnedilmesi ancak özel bir sicile tescil ile olanaklı olan işletme envanterinde bulunan taşınırıları kural olarak

<sup>1</sup> RG., 21.07.1971, S. 13909. Bu Kanun 21.01.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TİRK m. 22).

<sup>2</sup> RG., 20.10.2016, S. 29871. Bu Kanun 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TİTRK m. 20).

kapsam dışında bırakmıştır (TİTRK m. 8/III). Bu sebeptendir ki, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca tescilli gemiler üzerinde münferiden ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması mümkün değildir. Ancak, işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin, rehni kuruluşu anında işletmenin faaliyetine özgülenen her türlü değeri kapsayacağından tescilli gemiler de işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin kapsamına girerler<sup>3</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında işletmenin bütünü üzerinde kurulan rehin, rehni kuruluşu anında işletmenin faaliyetine özgülenen her türlü değeri kapsayacak şekilde düzenlendiğinden hukukumuzda tescilli gemilerin yalnızca gemi ipoteği yoluyla rehedilebileceği kuralına önemli bir istisna getirmiştir. Esasında her iki rehin türü de geminin zilyetliğinin devrine gerek olmaksızın sicil üzerinden kurulabilen rehinler olsa da, aralarında gerek kuruluş gerekse, uygulanacak hükümler bakımından bir takım farklılıklar mevcuttur.

Sicile tescilli olmayan gemiler üzerinde ise hem münferit olarak hem de işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin kapsamında ticari işletme rehni kurulması olanaklıdır. Nitekim mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de sicile tescilli olmayan gemiler aynı şekilde ticari işletme rehni kapsamında yer alabilmekteydi. Ayrıca bu gemiler üzerinde teslim bağli taşınır rehni kurulmasının önünde de herhangi bir engel yoktur. Tescilsiz gemi üzerinde kurulabilecek bir sicil rehni niteliğinde olan ticari işlemlerde taşınır rehni ile teslim bağli taşınır rehni tamamen farklı rehin türleridir.

Bu çalışmada ticari işletme envanterinde bulunan gemiler üzerinde kurulacak sözleşmeye dayalı rehin türleri incelenmiş ve aynı gemi üzerinde kurulabilecek farklı rehin türleri değerlendirilmiştir. Karşılaştırma tescilsiz gemiler bakımından teslim bağli taşınır rehni ve ticari işlemlerde taşınır rehni; tescilli gemiler bakımından ise gemi ipoteği ve ticari işlemlerde taşınır rehni arasında yapılmıştır. Gemiler üzerinde kanunen kurulan ipotekler ise çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

## I. TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE GEMİ REHNİ

*Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkanı bulunmasa da bu Kanun bakımından gemi sayılır* (TTK m. 931/I)

<sup>3</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-B-2 başlığı.

şeklinde tanımlanan gemiler, hukuki nitelikleri itibariyle birer taşınır eşya konumundadır (TTK m. 936). Taşınırın rehni<sup>4</sup>, Türk Medeni Kanunu'nun 939 ila 953. maddeleri arasında düzenlenmiş ve kanunların öngördüğü ayrık durumlar dışında taşınırın zilyetliğinin rehin alacaklısına devriyle rehne-dileceği (teslime bağlı taşınır rehni) belirtilmiştir (TMK m. 936/I). Hukukumuzda, taşınır rehni konusunda kanunların öngördüğü istisnalara örnek olarak gemi ipoteği ve ticari işlemlerde taşınır rehni gösterilebilir<sup>5</sup>. Türk Ticaret Kanunu uyarınca tescilli gemilerin rehni yalnızca gemi ipoteği yoluyla mümkündür (TTK m. 1014/I). Tescilli olmayanlar gemiler bakımından ise böyle bir zorunluluk yoktur. Bizatihi gemi ipoteği sicile dayalı bir rehin türü olduğundan tescilli olmayan gemiler bakımından gemi ipoteği kurulabilmesi olanaklı da değildir. Yabancı gemi siciline tescilli Türk gemileri üzerinde de gemi ipoteği kurulamaz. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen gemi ipoteğine ilişkin düzenlemeler Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni hükümlerinin gemiler hakkında uygulanma olanağını tamamen ortadan kaldırmamış, ancak önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni hükümleri sadece tescilsiz gemiler<sup>6</sup> ve yabancı gemi siciline tescilli Türk gemileri hakkında uygulama alanı bulur<sup>7</sup>.

Gemilerin nitelikleri ve kullanım amaçları göz önünde bulundurulduğunda teslime bağlı rehnin işlevsel olmadığı anlaşılır. Geminin saklanması ve bakımı güç ve masraflı olduğundan geminin zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi alacaklı bakımından genellikle tercih edilmez. Öte yandan, geminin ticari faaliyetlerde kullanılıyor olması halinde, geminin zilyetliğini devreden rehin veren malik bu gemi ile kazanç sağlayamaz ve rehinle güvence altına alınan borcun ödenmesinde zorluk yaşar.

<sup>4</sup> Kavram hakkında bkz. **Acar**, Faruk: *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015, s. 59; **Akıntürk**, Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 832 vd; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 1011-1012 vd; **Sirmen**, A. Lâle: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 643 vd.

<sup>5</sup> Diğer istisnalar ise, hava araçları ipoteği, maden cevheri rehni, kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu borçları için bu yerlerdeki eşya üzerinde rehin, tarım kredi kooperatifleri ortaklarının ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili makine ve araçları üzerinde rehindir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1011-1012; **Sirmen**, Eşya, s. 643-645.

<sup>6</sup> Bkz. **Makaracı Başak**, Aslı: *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul 2014, s. 34-35; **Kender**, Rayegan/**Çetingil**, Ergon/**Yazıcıoğlu**, Emine: *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler*, C. I, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 78.

<sup>7</sup> Bkz. **Kalpsüz**, Turgut: *Gemi Rehni*, 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 5.



## A. Kuruluşu

Teslime bağlı taşınır rehninden söz edebilmek için öncelikle taraflar arasında geçerli bir rehin sözleşmesi yapılmalıdır<sup>8</sup>. Bu sözleşme rehin hakkı bakımından borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Rehin sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir<sup>9</sup>.

Rehinin aynı sonuçlarını doğurabilmesi için geminin zilyetliğinin alacaklıya veya güvenilir bir üçüncü kişiye<sup>10</sup> bırakılması şarttır<sup>11</sup>. Başka bir ifade ile geminin zilyetliğinin devri, rehin bakımından kurucu niteliktedir<sup>12</sup>.

Taşınır rehninde rehin veren ve rehin alacaklısı kişiler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir<sup>13</sup>. Belirtelim ki, rehin verenin teslime bağlı taşınır rehni ile güvence altına alınan alacağın maliki olması da şart değildir<sup>14</sup>. Başkasının borcu için teslime bağlı taşınır rehni de kurulabilir<sup>15</sup>.

## B. Kapsamı

Teslime bağlı taşınır rehni, taşınırı eklentileriyle birlikte kapsar (TMK m. 947/I). Dolayısıyla gemi üzerinde teslime bağlı taşınır rehni kurulduğunda geminin eklentileri de doğrudan rehin kapsamında yer alır<sup>16</sup>. Rehin kurulduktan sonra eklenti haline gelen varlıkların da rehin kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> Rehin sözleşmesi, taşınır rehninin hukuki sebebi niteliğindedir. Bkz. **Ergüne**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 102. Taşınır rehni sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Makaracı Başak**, s. 12 vd.

<sup>9</sup> Rehin sözleşmesinin ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olması halinde, sözleşmenin ölüme bağlı tasarruf için öngörülen şekilde yapılması gerekir. Bkz. **Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 178-181; **Makaracı Başak**, s. 150; **Sirmen**, Eşya, s. 651.

<sup>10</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1012-1016; **Sirmen**, Eşya, s. 651 ve 653; **Acar**, Rehin, s. 86.

<sup>11</sup> Taşınır rehninin kazanılması için tasarruf işlemi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Acar**, Rehin, s. 187-194.

<sup>12</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Cansel**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, C.I, (Teslim Şartlı Menkul Rehni), Ankara 1967, s. 89; **Ergüne**, Rehin Kuruluşu, s. 127; **Acar**, Rehin, s. 187.

<sup>13</sup> Taşınır rehni sözleşmesinin tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Makaracı Başak**, s. 14 vd.

<sup>14</sup> Bkz. **Acar**, Rehin, s. 180.

<sup>15</sup> Bkz. **Akıntürk**, s. 843; **Acar**, Rehin, s. 180.

<sup>16</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Acar**, Rehin, s. 121.

<sup>17</sup> Bkz. **Acar**, Rehin, s. 121.

Eklentiler rehin kapsamında sayıldığına göre taşınırın bütünüyle parçaları da evleviyetle rehin kapsamında yer almalıdır<sup>18</sup>. Öte yandan, bütünüyle parçanın yerel adetlere göre asıl şeyin unsuru olması ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe asıl şeyden ayrılmasına olanak bulunmaması da bu yorumu desteklemektedir.

### C. Rehin Alacaklısının Hakları

Gemi üzerinde teslimine bağlı taşınır rehni kurulduğunda, rehin hakkı devam ettiği sürece geminin zilyetliği rehin alacaklısında kalacağından<sup>19</sup> rehinle güvence altına alınan alacak muaccel olmadan önce rehin hakkı sahibine inceleme ve denetleme hakları tanınmamıştır<sup>20</sup>. Geminin zilyetliğinin rehin alanda kaldığı süre boyunca rehin alan zilyetlik davalarından yararlanma<sup>21</sup> ve rehin konusu geminin korunması ile bakımı için yaptığı masrafları talep etme hakkına sahiptir<sup>22</sup>.

Rehin alacaklısı, geminin korunması ve bakımı için yapılan masraflar için gemi üzerinde ödeme anına kadar hapis hakkını kullanabilir<sup>23</sup>. Hapis hakkının kullanılabilmesi için, geminin borçluya ait olup, onun rızasıyla zilyetliğinin rehin alacaklısında bulunması ve rehin konusu geminin alacak ile bağlantılı olması şarttır (TMK m. 950/I). Türk Medeni Kanunu'na göre kurulacak gemi rehni sözleşmeye dayalı bir rehin olduğundan rehin alacaklısının geminin zilyetliğini borçlunun rızasıyla elinde bulundurması koşulu doğrudan gerçekleşmektedir. Bu noktada gemi ve alacak hakkındaki bağlantının tespiti önemlidir. Rehnin ticari bir ilişki nedeniyle doğmuş olması ve tarafların tacir olması halinde ise bu bağlantı var kabul edilir (TMK m. 950/II).

Ticari ilişki, ticaret hukukunda kullanılan bir ifade olmadığından bu fıkra kapsamında "ticari ilişki"den ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Madde gerekçesinde "*ticari ilişkilerden tacirler arasında doğan alacaklarda*

<sup>18</sup> Bkz. **Acar**, Rehin, s. 117-119, 188.

<sup>19</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Acar**, Rehin, s. 85-86.

<sup>20</sup> Gemi ipoteği ve ticari işlemlerde taşınır rehninin sicil rehni niteliğinde olmaları nedeniyle rehin alacaklısı, rehinle güvence altına alınan alacağın muaccel olmasından önce de bir takım haklara sahiptir. Bu haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. II-E-1 ve III-F-1 başlıkları.

<sup>21</sup> Bkz. **Sirmen**, Eşya, s. 655.

<sup>22</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1016-1018.

<sup>23</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1016-1018.

*bu irtibat karine olarak varsayılmıştır<sup>24</sup>*” cümlesine yer verilmiştir. Öğretide, ticari hayatta işlemlerin genellikle *bireysel olarak ele alınamaması ve birbirlerine girişik olmalarından ötürü* bağlantı karinesine yer verildiği ileri sürülmüştür<sup>25</sup>. Bağlantı varsayımına ilişkin bu düzenlemenin uygulanabilmesi için tanımı belirsiz olan ticari ilişki yerine, ilişkinin her iki tarafının tacir olması ve bu ilişkinin her iki taraf için de ayrı ayrı ticari iş niteliğinde olması aranmalıdır. Ticari iş, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlarla, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir (TTK m. 3). Her iki taraf tacir olmasına rağmen aradaki ilişkinin bir taraf için Türk Ticaret Kanunu’nun 19. maddesinin II. fıkrasına göre ticari iş sayıldığı durumlarda bağlantı karinesi uygulanamaz<sup>26</sup>.

Rehin alacaklısı, rehinle güvence altına alınan alacağı muaccel olmasına rağmen ödenmediği halde rehin konusu gemiyi paraya çevirerek elde edilen bedelden alacağını tahsil edebilir (TTK m. 946). Paraya çevirme işlemi kural olarak İcra ve İflâs Kanunu’nun 145 ila 147. maddeleri uyarınca yapılır. Öğretide, rehinle güvence altına alınan alacak muaccel olmadan önce tarafların anlaşarak rehin alacaklısının rehinli gemiyi kendisinin satarak alacağını tahsil etme konusunda da yetkilendirilebileceği kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Rehinle güvence altına alınan alacak henüz muaccel olmadan, ödenmemesi halinde rehin konusu geminin mülkiyetinin rehin alacaklısına geçeceği hakkında yapılan anlaşmalar *lex commissoria* yasağı<sup>28</sup> kapsamında geçersizdir (TMK m. 949). Bu anlaşmanın, rehinle güvence altına alınan alacak muaccel olduktan sonra yapılmasının ise önünde bir engel yoktur<sup>29</sup>.

#### D. Rehin Alacaklısının Yükümlülükleri

Rehin süresince geminin zilyetliği rehin alacaklısında kalacağı için, rehin alacaklısının uyması gereken bir takım yükümlülükler söz konusudur. İlk olarak, rehin alacaklısı rehin süresince geminin saklanması ve korunması için bütün önlemleri almalıdır. Rehin alacaklısı, geminin yok olması veya değerinin azalması yüzünden meydana gelen zararlardan sorumludur. Rehin

<sup>24</sup> Bkz. TMK m. 950 Gerekeçe.

<sup>25</sup> Bkz. **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982, s. 522.

<sup>26</sup> Bağlantı karinesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Çetiner**, Bilgehan: Hapis Hakkı, İstanbul 2010, s. 91-94; **Dinar**, Cem: Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı, İstanbul 2016, s. 54-57.

<sup>27</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1020; **Sirmen**, Eşya, s. 655.

<sup>28</sup> Kavram hakkında bkz. **Acar**, Rehin, s. 81-85.

<sup>29</sup> Bu konuda bkz. II-E-2 başlığı.

alacaklısı söz konusu zararların gerçekleşmesinde kusurunun olmadığını ispat ederse sorumlu olmaz (TMK m. 945/I)<sup>30</sup>.

Rehin alacaklısı rehin süresi boyunca gemiyi kullanamaz ve gemi üzerinde tasarrufta bulunmaz<sup>31</sup>.

### E. Sıra

Gemiler genellikle yüksek değeri haiz varlıklar oldukları için üzerlerinde birden fazla taşınır rehni kurulabilir. Bu durumda rehinler arasındaki sıra ilişkisinin belirlenmesi rehin alacaklılarının hakları bakımından önem taşır<sup>32</sup>.

Taşınır rehlin geçerli olan *öncelik ilkesi* çerçevesince, bir taşınır üzerinde birden fazla rehlin varlığı halinde tarih bakımından daha önce kurulan rehin, daha sonra kurulanların önünde gelir (TMK m. 948/II). Dolayısıyla rehlin paraya çevrilmesi halinde ödeme öncelikle tarih sırasına göre daha eski olan rehlin alacaklısına yapılır (TMK 948/I). Öncelik ilkesi, taşınır üzerindeki aynı hak sahiplerinin anlaşması ile değiştirilebilir<sup>33</sup>.

### F. Rehlin Sona Ermesi

Rehin asıl alacağa bağlı fer'i bir hak olduğundan, asıl alacağın sona ermesi rehin hakkını da kendiliğinden sona erdirir<sup>34</sup>. Asıl alacağın zaman aşımına uğraması halinde borç sona ermeyip eksik borç haline geleceğinden, rehin hakkı sahibinin alacağını tahsil edememesi halinde geminin paraya çevrilmesini isteme hakkı devam eder<sup>35</sup>.

Bununla birlikte, rehin belirli bir süre için kurulmuşsa bu sürenin dolması ile<sup>36</sup> bozucu şarta bağlı olarak kurulması halinde bozucu şartın gerçekleşmesi de rehlin sona ermesine neden olur.

Rehin alacaklısının hakkından vazgeçmesi<sup>37</sup>, rehin konusu geminin yok olması<sup>38</sup> da rehni sona erdiren diğer nedenler arasında yer alır.

<sup>30</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1018-1020.

<sup>31</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1018-1020.

<sup>32</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1005; **Sirmen**, Eşya, s. 650.

<sup>33</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1005.

<sup>34</sup> Bkz. **Cansel**, s. 202; **Acar**, *Rehin*, s. 209.

<sup>35</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Cansel**, s. 202; **Acar**, *Rehin*, s. 211.

<sup>36</sup> Bkz. **Acar**, *Rehin*, s. 216.

<sup>37</sup> Bkz. **Cansel**, s. 202; **Acar**, *Rehin*, s. 214.

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, başka bir deyişle mülkiyet ve rehin hakkının aynı kişide birleşmesi de kural olarak rehni sona erdirir<sup>39</sup>. Ancak, rehinin temin ettiği alacağı kazanan kişinin kendi taşınır üzerindeki rehinin devamında haklı bir menfaati varsa rehinin devam edebileceği kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

Teslime bağlı taşınır rehni, geminin zilyetliğinin rehin alanda kalmasını öngördüğünden zilyetliğin kesin olarak kaybedilmesi de rehinin sona ermesine neden olur (TMK m. 943/I)<sup>41</sup>. Alacaklının rızasıyla, geminin zilyetliğinin rehin verenin hakimiyetinde bulunduğu sürece de rehin hakkı sona ermeyecek, ancak bu süre için askıda kalacaktır (TMK m. 943/II).

Rehinin alacağın son bulması, rehin alacaklısının hakkından vazgeçmesi, rehin için öngörülen sürenin dolması, bozucu şartın gerçekleşmesi nedenleriyle sona erdiği durumlarda geminin zilyetliğinin rehin verene iade edilmesi gerekir<sup>42</sup>.

### G. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Rehni

2009 yılında “Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>43</sup>”ye eklenen Ek 12. madde<sup>44</sup> ile kurulan bağlama kütüğüne ilişkin temel düzenlemeler “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği”nde<sup>45</sup> yer almaktadır<sup>46</sup>. Anılan yönetmelik uyarınca, on sekiz grostonilatonun altında ve boyu iki buçuk metre ve üzerindeki; Milli Gemi Siciline veya Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilmemiş ticari gemi,

<sup>38</sup> Bkz. **Acar**, Rehin, s. 214-15.

<sup>39</sup> Bkz. **Cansel**, 203; **Acar**, Rehin, s. 211-212.

<sup>40</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1020-1021; **Sirmen**, Eşya, s. 658.

<sup>41</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Cansel**, 206-207; **Acar**, Rehin, s. 215.

<sup>42</sup> Teslime bağlı taşınır rehni bakımından bu yönde olmak üzere bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1020-1022.

<sup>43</sup> Bkz. RG., 18.08.1993, S. 21673.

<sup>44</sup> Anılan madde 5897 sayılı “Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1. maddesi ile KHK’ya eklenmiştir. Bkz. RG., 16.05.2009, S. 27230.

<sup>45</sup> Bkz. RG., 25.09.2014, S. 29130.

<sup>46</sup> Bağlama Kütüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Kerim: “Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi”, BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 318 vd.; **Aksoy**, Sami: Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 63 vd.; **Demir**, İsmail: Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler, AÜHF 2015, C. LXIV, S. 1, s. 104 vd.

deniz ve iç su araçları ile boyu iki buçuk metre ve üzerindeki özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve iç su araçlarının bağlama kütüğüne kaydedilmesi gerekir (Yön. m. 6/I, m. 9/I). Bağlama kütüğünün oluşturulmasındaki temel amaç, kayıtsız deniz ve iç su araçlarının kayıt altına alınmasıdır<sup>47</sup>.

Bağlama Kütüğü, hukuken bir sicil niteliğinde değildir<sup>48</sup>. Bu nedenle bağlama kütüğüne kaydedilen gemiler üzerinde gemi ipoteği kurulması mümkün olmaz. Yönetmeliğin “Kaydedilecek Takyidatlar” başlıklı 10. maddesinde, rehlin de bağlama kütüğüne kaydedilecek hususlar arasında sayılmış olmasına rağmen, burada kastedilenin Türk Medeni Kanunu hükümlerine kurulan teslim bağli taşınır rehni olduğunun kabulü gerekir<sup>49</sup>. Yukarıda da belirtildiği şekilde taşınır rehni, zilyetliğin devri ile kurulmaktadır<sup>50</sup>. Dolayısıyla bağlama kütüğüne yapılacak kaydın rehlin kuruluşu bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Bağlama Kütüğü’ne kaydedilmesi gerektiği halde kaydedilmemiş deniz ve iç su araçları üzerinde de teslim bağli taşınır rehni kurulabilir<sup>52</sup>. Bununla birlikte Bağlama Kütüğü’ne kayıtlı bir geminin sonradan ihtiyari olarak Milli Gemi Sicili’ne tescili halinde bu gemi üzerinde gemi ipoteği kurulabilecektir<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Bkz. **Atamer**, Bağlama Kütüğü, s. 328-329; **Demir**, s. 110-111.

<sup>48</sup> Bu yönde bkz. **Atamer**, Bağlama Kütüğü, s. 343-344; **Demir**, s. 120; **Sözer**, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku – I, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 105-106. Krş. Bağlama Kütüğü’nün sicil niteliğinde olduğu konusunda bkz. **Algantürk Light**, Didem: “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2009, Y. VIII, S. 16, s. 51.

<sup>49</sup> Bkz. **Atamer**, Bağlama Kütüğü, s. 353; **Demir**, s. 153. *Aksoy ve Demir*, mevcut düzenlemeler karşısında bağlama kütüğüne kayıtlı araçlar üzerinde teslimsiz rehin kurulamayacağını belirtmekle birlikte bu araçlar üzerinde teslimsiz rehne olanak sağlanmasının isabetli olacağını da belirtmektedirler. Bkz. **Aksoy**, s. 103-104; **Demir**, s. 154; **Seven**, Vural: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na Göre Taşınır (Varlık) Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 65-66. Krş. Bağlama Kütüğü’ne kayıtlı araçlar üzerinde teslimsiz rehin kurulabileceği konusunda bkz. **Algantürk Light**, s. 52.

<sup>50</sup> Bkz. I-A başlığı.

<sup>51</sup> Bkz. **Atamer**, Bağlama Kütüğü, s. 344; **Sözer**, s. 106.

<sup>52</sup> Bkz. **Demir**, s. 154.

<sup>53</sup> Bkz. **Demir**, s. 154-155. *Yazar*, Bağlama Kütüğü’ne kayıtlı geminin Milli Gemi Sicili’ne tescil edilmesi halinde Bağlama Kütüğü’ndeki kaydın silinmesini öngören Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 20/I-d’nin 655 sayılı KHK’ya aykırı olduğunu ileri sürmekte ve söz konusu geminin Bağlama Kütüğü’ndeki kaydı silinse de silinmesede de üzerinde gemi ipoteği kurulabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Demir**, s. 155. Ayrıca bkz. **Antalya**, Gökhan/**Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 69; **Arvas**, Mehmet Mücahit: 6750 Sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınırlar, Ankara 2017, s. 68

Mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde, Türk Ticaret Kanunu uyarınca gemi niteliğini haiz olmayan araçlar üzerinde ticari işletme rehni kurulması yoluyla sicil rehninin mümkün olduğu; ancak bu araçların bağlama kütüğüne tescilinin zorunlu hale getirilmesiyle bu yolun da kapatıldığı ileri sürülmüştü<sup>54</sup>. Günümüzde yürürlükte olan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, işletme envanterinde bulunan ve rehni özel sicillerine kayda bağlı olan taşınır varlıkları kural olarak kapsam dışında bırakmıştır<sup>55</sup>. Rehin hakkında Bağlama Kütüğü'ne yapılacak kayıt, hak kazanımı bakımından etkili olmadığından, Bağlama Kütüğü'ne kayıtlı araçlar üzerinde münferiden ticari işlemlerde taşınır rehni kurulmasının önünde bir engel bulunmadığı düşüncesindeyiz<sup>56</sup>.

## II. TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE SÖZLEŞMEYE DAYALI GEMİ REHNİ – SÖZLEŞMEYE DAYALI GEMİ İPOTEĞİ

### A. Genel Olarak

Gemiler hukuki niteliği itibariyle taşınır eşya olmalarına rağmen, üzerlerindeki kurulacak aynı haklar bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda özel düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden bir tanesi de gemilerin rehni konusundadır. Türk Ticaret Kanunu uyarınca sicile tescilli gemiler üzerinde rehin hakkı yalnızca gemi ipoteği<sup>57</sup> yoluyla kurulabilir (TTK m. 1014/I, c. 3). Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemesi Türk Medeni Kanunu'nun 939 maddesinin ifadesi ile teslim bağli taşınır rehni bakımından *ayrık durum* olarak değerlendirilmelidir<sup>58</sup>.

Aksini öngören kanun düzenlemeleri saklı olmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ilişkin hükümlerinin temel uygulama alanı ticaret gemileridir (TTK m. 935/I). Ticaret gemisi, “*Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın ticaret gemisi sayılır*” şeklinde tanımlanmaktadır (TTK m. 931/

<sup>54</sup> Bkz. **Atamer**, Bağlama Kütüğü, s. 313-314 ve 354. Krş. **Demir**, s. 156-157. Kanımızca bu noktadaki tartışma TİTRK'in yürürlüğe girmesi ile birlikte sona ermiştir.

<sup>55</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-B-1 başlığı.

<sup>56</sup> Krş. **Seven**, s. 66.

<sup>57</sup> Gemi ipoteği kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Kerim: “Gemi İpoteği Hükümlerinin Yasama Tarihçesi”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 249-315.

<sup>58</sup> Bkz. Yargıtay HGK., 10.02.1999, E: 1999/43, K:1999/67 (lexpera.com.tr); 11. HD., 19.06.1995, E: 1995/3110, K: 1995/3688 (lexpera.com.tr).

II). Ancak gemi ipoteği sadece ticaret gemileri için öngörülmemiştir. Özel amaçlarla kullanılan gemiler, gezinti ve spor tekneleri, bilimsel amaçlarla kullanılan araştırma ve eğitim gemileri de tescil edilmiş olmak kaydıyla gemi ipoteğinin konusunu oluşturabilirler<sup>59</sup>.

On sekiz grostonilatodan büyük ticaret gemileri için tescil zorunludur (TTK. m. 957). Tescil, gemi siciline veya Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne yapılmış olabileceğinden<sup>60</sup> bu gemiler üzerinde gemi ipoteği kurulabilir. On sekiz grostonilatodan küçük bir ticaret gemisi üzerinde gemi ipoteği kurulabilmesi ise geminin sicile tescil ettirilmiş olmasına bağlıdır.

Münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilmiş gemiler ile donanmaya bağlı savaş gemileri üzerinde gemi ipoteği kurulamaz (TTK m. 935/II). Zira, bu gemilerin tescili söz konusu değildir (TTK m. 958).

Herhangi bir gemi siciline tescil edilmeyen gemiler Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümleri dairesinde zilyetliklerinin devredilmesi yoluyla rehnedilebilirler. Yabancı bir gemi siciline tabi gemiler üzerinde de gemi ipoteği kurulması mümkün değildir.

Gemi ipoteğinin yalnız tescilli gemiler üzerinde kurulabilmesinin istisnası, geminin Türk Bayrağı çekme hakkına sahip olan kişiler tarafından yabancı bir ülkede iktisap edilip henüz gemi siciline yahut Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne tescil edilmemiş olması halinde gündeme gelir. Bu gemiler üzerinde bayrak şahadetnamesine şerh verilerek gemi ipoteği kurulabilir. Gemi tescil edildiğinde bu şerh sicile resen aktarılır (TTK m. 1015/V).

Gemi ipoteği, geminin zilyetliğinin devrine gerek olmaksızın sicile tescil ettirilmek suretiyle gemi üzerinde rehin hakkı kurulmasına olanak sağlar<sup>61</sup>. Gemilerin gerek saklama ve bakımlarının zorluğu, gerekse deniz ticaretinde kullanılmak suretiyle malike önemli ekonomik menfaat sağlama özelliği göz önünde bulundurulduğunda bu rehin yöntemi taraflar açısından geminin zilyetliğinin devredilerek rehnedilmesinden daha işlevseldir<sup>62</sup>.

## B. Gemi İpoteğinin Kuruluşu

Gemi ipoteğinin kuruluşu, gemi maliki ve müstakbel ipotek alacaklısı arasında bir sözleşme yapılması ve bu sözleşmenin gemi siciline tescili edilmesi üzere iki aşamada gerçekleşir (TTK m. 1015/I).

<sup>59</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 88; **Sözer**, s. 149.

<sup>60</sup> Bkz. **Sözer**, s. 147.

<sup>61</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 40; **Sözer**, s. 137.

<sup>62</sup> Bkz. **İzveren**, Adil: Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1960; s. 65; **Okay**, Sami: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Gemi Adamları, 2. Baskı, İstanbul 1965, s. 1778-179; **Kalpsüz**, s. 40; **Sözer**, s. 138.



İpoteğin kurulması için gerçekleştirilmesi gereken ilk aşama olan<sup>63</sup> gemi maliki ile müstakbel ipotek alacaklısı arasında akdedilecek sözleşme borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Söz konusu sözleşme ile malik gemisi üzerinde müstakbel ipotek alacaklısı lehine Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre gemi ipoteği kurma taahhüdünde bulunur; müstakbel ipotek alacaklısı da bu konuda malike karşı kişisel bir talep hakkı kazanmış olur<sup>64</sup>. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki ipotek tesisini gerektiren bir alacağın geçerli ve mevcut veya en azından muhtemel olması gerekir<sup>65</sup>. Sözleşmenin şarta bağlı olarak yapılması mümkündür<sup>66</sup>. Şekil yönünden bu sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve imzaların noter tarafından onaylanmasına bağlanmıştır<sup>67</sup>. Bununla birlikte, sözleşmenin gemi sicili yetkilisi huzurunda imzalanması halinde noter onayına ihtiyaç duyulmaz (TTK m. 1015/II).

Hemen belirtelim ki, Türk Ticaret Kanunu gemi ipoteği kurulması için yapılacak bu sözleşmenin tarafları hakkında kişi bakımından bir sınırlandırma getirmemiştir<sup>68</sup>. Lakin, gemi ipoteğinden bahsedebilmek için taraflardan birinin gemi maliki olması eşyanın doğası gereğidir. Öğretide, gerçekte malik olmamakla birlikte sicilde malik olarak görülen kimse ile yapılacak sözleşmenin, alacaklı iyi niyetli ise sicile güven ilkesi gereği<sup>69</sup> gemi üzerinde ipotek hakkının kazanılmasına neden olur<sup>70</sup>. Öte yandan sicilde malik olarak gözükmeyen gerçek malik, sicildeki kaydı düzeltirmedikçe gemi ipoteği kuramaz<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 64.

<sup>64</sup> Bkz. **Sözer**, s.142.

<sup>65</sup> Bkz. **Okay**, s. 186; **Kalpsüz**, s. 65. *Yazarlar*, rehin sözleşmesinin geçerli olabilmesi için taraflar arasında mevcut veya muhtemel bir borç ilişkisinin varlığının gerektiğini belirtmektedirler. Ancak, rehin alacağına bağımlı olup onu temin etmektedir ve borç ilişkisi ile bağlantısı da bu nedendir. Dolayısıyla, rehin sözleşmesinin geçerli olabilmesi için “mevcut veya muhtemel bir borç ilişkisi” yerine “mevcut veya muhtemel bir alacağın” varlığının aranması daha isabetli olacaktır. Nitekim, ipoteğin güvence kapsamını düzenleyen TMK m. 851’de de borç ilişkisinden değil, alacaktan söz edilmektedir.

<sup>66</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 65.

<sup>67</sup> Mevzuatın Hukuku’nda bu anlaşmanın şekle tabi olmadığı ve öngörülen şeklin Türk Hukuku’na giriş süreci hakkında bilgi için bkz. **Kalpsüz**, s. 67 ve dn. 108.

<sup>68</sup> Ticari işlemlerde taşınır rehninde ise rehin sözleşmesi ancak TİTRK’in öngördüğü taraflar arasında kurulabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-C başlığı.

<sup>69</sup> Gemi sicili bakımından sicile güven ilkesi sınırlı olarak uygulama alanı bulur. İpotek hakkı, sicile güven ilkesinin uygulama alanı sınırları içerisinde yer alır (TTK m. 983/I).

<sup>70</sup> Bkz. **Okay**, s. 186; **Kalpsüz**, s. 66; **Sözer**, s. 144.

<sup>71</sup> Bkz. **Okay**, s. 186.

Taraflar arasında yapılacak bu sözleşme, gemi ipoteğinin kurulması bakımından yeterli değildir; ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi de gerekir. Söz konusu tescil kurucu etkiyi haizdir<sup>72</sup>. Gemi ipoteğinin tescilinde sicile geçirilecek hususlar Türk Ticaret Kanunu'nun 1016. maddesinde belirtilmiştir<sup>73</sup>.

Gemi ipoteğine konu olan gemi, ticari bir işletmenin envanterinde yer alıyorsa gemi ipoteğinin ticari işlemlerde taşınır rehni işlemleri için kurulmuş özel bir sicil olan Rehinli Taşınır Sicili'ne de bildirilmesi gereklidir (Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m. 13/4)<sup>74</sup>.

### C. Kapsamı

Gemi ipoteğinin kapsamı hem Türk Medeni Kanunu'na atıf yapılarak hem de Türk Ticaret Kanunu'nun 1020 ila 1029 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gemi ipoteğinin kapsamının belirlenmesinde Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin 862 ve 863. maddeleri de uygulama alanı bulur (TTK m. 1020/I). Bunun yanında Türk Ticaret Kanunu'nun 1020 ila 1029 maddeleri uyarınca da ipotek kapsamına gemi, gemi payı, geminin bütünleyici parçaları, eklentileri, gemi yerine geçen satış veya kamulaştırma bedelleri ile tazminat istemleri ve sigorta tazminatı dahildir.

#### 1. Gemi

Gemi ipoteğinin kapsamına girecek ilk husus tereddütsüz geminin kendisidir. Bu nedenle ipotek tesis edilirken üzerinde ipotek kurulan geminin açıkça belirtilmesi zorunludur<sup>75</sup>. Aşağıda görüleceği üzere, ipotek kapsamına giren diğer hususlar esasında gemiye bağlı olarak belirlenmiştir.

Gemi üzerinde birden fazla kişinin paylı mülkiyet esaslarına göre birlikte mülkiyeti söz konusu ise her paydaş kendi payı üzerinde de gemi ipoteği kurabilir. Bu durumda ipotek, geminin tamamını değil gemi payını kapsar<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Bkz. **İzveren**, s. 68; **Okay**, s. 186; **Kalpsüz**, s. 69; **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 80; **Sözer**, s. 143.

<sup>73</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kalpsüz**, s. 73 vd.

<sup>74</sup> Düzenlemede “gemi” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen bunun “tescilli gemi olarak” anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Haziroğlu**, Elif Cemre: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri, BATİDER, C. XXXIII, S. 2, 2017 s. 188.

<sup>75</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 87.

<sup>76</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 89-91.

Bütünleyici parçaların asıl şeyin hukuki kaderine bağlı olmalarının sonucu olarak geminin bütünleyici parçaları da ipoteğin kapsamındadır<sup>77</sup>. Sadece gemi ipoteği kurulurken gemide bulunanlar değil, sonradan gemiye eklenen bütünleyici parçalar da ipoteğin kapsamında yer alır<sup>78</sup>. Yalnız, bütünleyici parça alacaklı gemiye el koymadan önce gemiden sürekli olarak uzaklaştırılırsa ipotek kapsamından çıkar (TTK m. 1020/III). Esasında Türk Medeni Kanunu'nun bütünleyici parça tanımı uyarınca (TMK m. 684/II) ipotek tesis edildikten sonra, bütünleyici parçanın asıl eşyadan ayrılmasının mümkün olmaması gerekir. Bu nedenle *Sözer*, Türk Ticaret Kanunu'nun 1020. maddesinin III. fıkrasının gemi ile bütünleyici parçaları arasındaki ilişkinin Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen ilişki kadar sıkı olmadığını ortaya koyduğunu belirtmektedir<sup>79</sup>. Bütünleyici parçanın gemi ipoteği kapsamında çıkarılması için, uzaklaştırmanın sürekli olması gerekir. Bu kapsamda tamir amacıyla bütünleyici parçanın gemiden uzaklaştırılması halinde bütünleyici parça ipotek kapsamından çıkmayacaktır<sup>80</sup>. Ayrılan bütünleyici parça yerine yenisinin gemiye dahil edilmesi halinde ise gemi ipoteği bu yeni bütünleyici parçayı kapsar. Örneğin, eskiyen pervanenin gemiden ayrılıp yerine yenisinin takılması halinde eski pervane ipotek kapsamından çıkacak, yeni pervane ise ipotek kapsamına dahil olacaktır<sup>81</sup>. İpotekli geminin bütünleyici parçalarının haczedilmeleri, bunların bütünleyici parça niteliklerinin kaybına neden olmaz<sup>82</sup>.

Tıpkı bütünleyici parçalar gibi geminin eklentileri de gemi ipoteğinin kapsamı içinde yer alır. Sadece gemi ipoteği kurulurken gemide bulunanlar değil, sonradan gemiye eklenen eklentiler de ipoteğe dahildir. Gemi ipoteği kurulduğunda mevcut olan, ancak mülkiyeti malikten başka bir kişiye ait olan eklentiler, ipotek alacaklısının iyi niyetli olması halinde gemi ipoteği kapsamında yer alır. Öte yandan, sonradan eklenen eklentilerin mülkiyeti

<sup>77</sup> Bkz. *İzveren*, s. 69; *Okay*, s. 189; *Kalpsüz*, s. 91; *Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu*, s. 81; *Sözer*, s. 152.

<sup>78</sup> Bkz. *Okay*, s. 189; *Akıncı*, Sami: Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958, s. 85; *Sözer*, s. 154.

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. *Sözer*, s. 153. *Yazar*'a göre, TTK m. 1020/III'ün uygulanabilmesi için bütünleyici parçanın yalnız malikin veya kaptanın kişisel tercihi ile değil, teknik veya işletmesel nedenler dolayısıyla gemiden ayrılmış olması gerekir (*Sözer*, s. 153-154).

<sup>80</sup> Bkz. *Kalpsüz*, s. 92-93; *Sözer*, s. 154.

<sup>81</sup> Esasında TTK m. 1020/III hükmünün sadece bu ihtimalde uygulanması daha doğrudur. Zira, geminin bütünleyici parçasının gemiden ayrılıp yerini yenisinin almadığı durumda araç gemi özelliğini kaybeder. Krş. TTK m. 1020/III'ün uygulanma imkanının bulunmadığı konusunda bkz. *Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu*, s. 81.

<sup>82</sup> Bkz. 12. HD., 27.09.2012, E: 2012/10586, K: 2012/28149 (lexpera.com.tr).

geminin malikinden başka bir kişiye aitse, gemi üzerinde kurulan ipotek bu eklentileri kapsamayacaktır (TMK s. 862/III)<sup>83</sup>. Taraflar anlaşarak gemiye sonradan eklenen eklentileri ipotek kapsamı dışında bırakabilirler. Ayrıca, eklentiler, alacaklı lehine gemiye el konulmadan önce *normal bir işletmenin gereği olarak*<sup>84</sup> gemiden uzaklaştırılırsa gemi ipoteginin kapsamından çıkarlar (TTK m. 1020/II).

## 2. Kira Bedeli

Üzerinde ipotek kurulan geminin kiraya verilmiş olması halinde kira bedeli de ipotek kapsamındadır. Gemi kira sözleşmeleri Türk Ticaret Kanunu'nun 1119 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Malik ile diğer taraf kendi aralarındaki ilişkiyi "kira" olarak adlandırsalar dahi, bu ilişki Türk Ticaret Kanunu'nun 1119 ve devamı maddeleri kapsamına girmiyorsa hukuken gemi kirasından ve kira bedelinden söz edilemez (TBK m. 19)<sup>85</sup>. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nda gemi kira sözleşmeleri arasında

<sup>83</sup> Bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 81. İsviçre Federal Mahkemesi, Türk öğretisinde tartışmalara neden olması bakımından önem taşıyan 1934 tarihli kararında mülkiyeti saklı tutularak bir taşınmaz eklentisi haline gelen şeyin, taşınmazın ipotek edilmesi halinde ipotegün kapsamına girmeyeceğini kabul etmiştir (BGE 60 II 195, Karar hakkında bilgi için bkz. **Sözer**, s. 155). Yargıtay'da benzer bir uyuşmazlığa ilişkin kararında "ipotekli alacaklı üçüncü kişiye ait teferruat üzerinde rehin hakkı kazanamaz" ifadelerini kullanarak İsviçre Federal Mahkemesi ile benzer bir tutum sergilemiştir. Bkz. 19. HD., 01.06.2000, E: 2000/969, K: 2000/4282 (hukukturk.com). Öğretide bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz: **Reisoğlu**, Seza: İpotegün Kapsamı – Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979, s. 22; **Akıncı**, İpotek, s. 84-85; **İzveren**, s. 69; **Kalpsüz**, s. 94; **Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi-Donatan ve Kaptan, 15. Baskı, İstanbul 2009, s. 117-118; **Sözer**, s. 155-158; **Can**, Mertol: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, Ankara 2000, s. 126. TMK 862/III hükmünün uygulanabilmesi için eklentinin gemi maliki dışındaki malikinin iyi niyetli olmasının gerekip gerekmediği konusundaki tartışmalar için bkz. **Okay**, s. 189-191; **Kalpsüz**, s. 95-96; **Sözer**, s. 155-158.

<sup>84</sup> Malikin veya kaptanın kişisel tercihleri ile eklentinin gemiden ayrılması, ipotek kapsamından çıkması için yeterli olmaz. Eklentinin ipotek kapsamından çıkabilmesinin için mutlaka objektif nedenlerle gemiden ayrılmış olması gerekir. Bu koşul 6762 sayılı TTK döneminde bütünlüyci parçaların da gemi ipotegü kapsamından çıkarılması için aranmaktaydı. Kanun'un bu tercihi öğretide **Sözer** tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. **Sözer**, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku, Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi, İstanbul 2011, s. 284-285. TTK ise söz konusu koşulu sadece eklentilerin ipotek kapsamından çıkarılması için aramaktadır. Teknolojik gelişmeler nedeniyle artık o eklentiye ihtiyaç duyulmaması; teknolojiden bağımsız olarak eklentinin eskimesi nedeniyle gemide bulunmasının artık bir fayda sağlamaması gibi nedenler eklentinin gemiden ayrılması için objektif nedenlere örnek olarak gösterilebilir.

<sup>85</sup> Bu konuda bkz. **Sözer**, s. 158.

sayılmayan *zaman charteri* sözleşmesinin hukuki niteliği dikkate alınırsa bu sözleşme kapsamında tahsil edilecek bedelin de kira bedeli kapsamında kabul edilmesi doğru olur. İpotek kapsamına girecek kira bedeli, rehinin paraya çevrilmesi için takibe başlandığı veya borçlunun iflâsına karar verildiği tarihten, geminin paraya çevrilmesi anına kadar geçecek süre içerisinde muaccel olacak kiralar için söz konusudur (TMK m. 863/III)<sup>86</sup>.

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan navlunun da gemi ipoteği kapsamında yer alacağına<sup>87</sup> ilişkin hüküm, Türk Ticaret Kanunu'na alınmadığı için günümüzde navlun, gemi ipoteği kapsamında değildir<sup>88</sup>.

#### 4. Satış veya Kamulaştırma Bedelleri ile Tazminatlar

Üzerinde ipotek hakkı kurulan geminin satışı yahut kamulaştırılması halinde<sup>89</sup> malike ödenen bedeller de rehin hakkı kapsamında sayılmıştır. Ayrıca gemiye verilen zarar dolayısıyla malikin üçüncü kişilere karşı olan tazminat talepleri de gemi ipoteğinin kapsamına dahildir (TTK m. 1020/IV). Yalnız geminin sigortanmış olduğu durumlarda üçüncü kişi tarafından gemiye zarar verilmesi halinde, tazminat hakkında sigortacının halefiyeti göz önünde bulundurulmalı; zarar sigortacı tarafından tazmin edilmiş ise üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek tazminat hakkının kanunen sigortacıya geçeceği unutulmamalıdır (TTK m. 1472).

#### 5. Sigorta Tazminatı

Gemi ipoteğinin kapsamına giren hususlarla ilgili olarak gemi malikinin menfaatinin kendisi tarafından veya onun lehine başkası tarafından (başkası lehine sigorta) sigortalanmış olması halinde sigorta tazminatı gemi ipoteğinin kapsamında yer alır<sup>90</sup>. Bu konu Türk Ticaret Kanunu'nun 1022 ila 1029. maddelerinde oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Lakin bu düzenlemelerin önemli bir bölümü Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku kitabında yer alan 1456. maddesinde yer alan düzenlemenin tekrarı niteğindedir. 1456. maddede yer alan düzenlemeler gemi üzerinde yapılacak

<sup>86</sup> Bkz. **İzveren**, s. 70; **Sözer**, s. 158-159.

<sup>87</sup> 6762 sayılı TTK döneminde bu konu için bkz. **Okay**, s. 191-192; **Kalpsüz**, s. 96-98.

<sup>88</sup> Gemi ipoteği kapsamından çıkarılmasının gerekçesi olarak navlunun, geminin işletilmesinden değil, yük taşıma taahhüdünün ifası karşısında talep edilebilecek bir ücret olması gösterilmiştir. Bkz. TTK m. 1020 Gerekçe.

<sup>89</sup> Geminin kamulaştırılmasının pek rastlanan bir olay olmadığı konusunda bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 81.

<sup>90</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kalpsüz**, s. 98-123; **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 81-84; **Sözer**, s. 159-166.

sigortalar dahil tüm mal sigortaları bakımından uygulama alanı bulacağından, Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Ticareti Kitabında sadece gemi ipoteğine ilişkin 1456. maddeden farklılık taşıyan düzenlemelerin belirtilmesi kanun yapma tekniği bakımından daha doğru olurdu.

#### **D. Gemi İpoteği ile Güvence Altına Alınan Alacaklar**

Türk Ticaret Kanunu'nda gemi ipoteği ile güvence altına alınan alacaklar Türk Medeni Kanunu'nun 875. maddesinin I. fıkrası ile 876. maddelerine göre belirlenir (TTK m. 1018/I). Buna göre ipotek ile güvence altına alınan alacakların; asıl alacak, kararlaştırılmışsa anapara faizi, temerrüt faizi ve gemi ipoteği ile temin edilen asıl alacakla birlikte yan edimler (tali edalar) de öngörülmüşse bu yan edimler, sigortacıya yapılan ödemeler ile ihbar ve takip masrafları şeklinde sıralanması mümkündür.

Sigortacıya yapılan ödemelerden kasıt, gemi üzerinde yapılmış sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sigorta sözleşmesinin sona ermesini engellemek için ipotek alacaklısı tarafından yapılan ödemelerdir. Sigortacı, ipotek alacaklısının yapacağı bu ödemeleri kabul etmekle yükümlüdür (TTK m. 1029).

#### **E. İpotek Alacaklısının Hakları**

Alacaklı gemi ipoteği ile alacağını güvence altına almaktadır. İpotek hakkı aynı bir hak; alacaklıya ipotek konusu olan gemi üzerinde doğrudan doğruya, herkese karşı ileri sürülebilen mutlaklık sağlar. İpoteğin hükümleri esas olarak alacağın muaccel olması ile başlar. Ancak, gemi ipoteğinde geminin zilyetliğinin malikte kalmaya devam ediyor oluşu alacaklı bakımından bir risktir. Zira, gemi malik tarafından ticari faaliyetlerde kullanılmaya devam edilecektir. Bu faaliyetler sırasında çeşitli nedenlerle geminin değerinde azalmalar olabilir. Söz konusu riski güvence altına alabilmek için<sup>91</sup>, alacaklıya alacağı muaccel olmadan önce de bir takım haklar sağlanmıştır.

##### **1. Alacak Muaccel Olmadan Önce**

Alacak muaccel olmadan önce geminin değerinde azalma meydana gelmesi nedeniyle ipoteğin sağladığı teminatın tehlikeye düşmesi halinde alacaklı, zararın nedenine göre değişen haklara sahiptir. Bu kapsamda ipotek kapsamına giren eklentinin kötüleşmesi veya normal bir işletmenin gerek-

---

<sup>91</sup> Bkz. **Kalpsüz**, s. 137 vd; **Sözer**, s. 168-169.

lerine aykırı olarak gemiden uzaklaştırılması da geminin kötüleşmesi hükmündedir<sup>92</sup>.

Öncelikle, geminin değerindeki azalma malikin kusuru olmaksızın objektif nedenlerden kaynaklamışsa, alacaklı, tehlikenin giderilmesi için malike uygun bir süre verebilir. Bu süre içinde tehlike malik tarafından giderilmezse alacaklı, o andan itibaren ipoteği paraya çevirme hakkını elde eder (TTK m. 1030/I). Alacaklı tarafından malike verilecek sürenin tehlikenin çeşidine göre belirlenmesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine uygun şekilde kullanılması gerekir. Hemen belirtelim ki, malikin kusuru olmaksızın ortaya çıkan değer kayıplarında, ipotekli alacaklının yukarıdaki haklarını kullanabilmesi için zararı ipoteğin sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek nitelikte olması gerekmektedir.

Öte yandan, malikin gemiyi işletme tarzı nedeniyle<sup>93</sup> gemide veya tesisatında, ipoteğin sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek veya ipotekli alacaklının haklarının başkaca tehlikeye girmesinden kaygı duyulacak bir durum gerçekleşirse, alacaklı mahkemeye başvurarak geminin ihtiyaten haczine, gerekli görülürse geminin kaptandan başka bir yediemine bırakılmasına ve malikin ihtiyati haczin uygulanmaya başlamasından başlayarak bir aylık süre içerisinde gerekli önlemleri almasına karar verilmesini isteyebilir. İpotekli alacaklının bu hakkı, malikin gemiye üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahale ve tahribatlara karşı gerekli önlemleri almaması halinde de geçerlidir. Ayrıca üçüncü kişinin fiilleri nedeniyle geminin, ipoteğin sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek derecede kötüleşmesinden kaygı duyulursa, alacaklı, üçüncü kişi aleyhine bu fiilin önlenmesi davasını açabilir (TTK m. 1030/II).

## 2. Alacak Muaccel Olduktan Sonra

İpoteğin asıl işlevi güvence altına alınan alacağın muaccel olması ile ortaya çıkar. İpotekle güvence altına alınan alacak vadesi geldiğinde ödenildiğinde gemi ipoteği de kendiliğinden sona erer<sup>94</sup>. Buna karşın, alacağın muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde ipotekli

<sup>92</sup> Bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 87.

<sup>93</sup> “*Gemide kaçak eşya taşınarak müsadere tehlikesinin arttırılması, kuru yük gemisinin maden cevheri naklinde kullanılması, Akdeniz limanları arasında çalışan geminin, kış mevsiminde Kuzey Buz Denizine sefere gönderilmesi, teknenin kasko sigortasının yenilenmemesi vs. ise, gemiyi işletme tarzı neticesi olarak ipoteğin sağladığı teminatın azalmasına misal teşkil eder.*” **Kalpsüz**, s. 138.

<sup>94</sup> Bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 88.

alacaklı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yaparak alacağını tahsil etme imkanına sahiptir. Geminin paraya çevrilmesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazların paraya çevrilmesi hükümlerine göre gerçekleştirilir (TTK m. 1383).

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ipotekle güvence altına alacağın muaccel olmasından önce geminin mülkiyetinin ipotekli alacaklıya bırakılmasını öngören sözleşmeler lex commissoria yasağı kapsamında geçersiz sayılmıştı (6762 sayılı TTK m. 917/I, m. 919). Bu düzenleme yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'na alınmamakla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk Medeni Kanun ile olan ilişkisi (TTK m. 1) göz önünde tutularak lex commissoria yasağının devam ettiği söylenebilir (TMK m. 949)<sup>95</sup>. Alacağın muaccel olmasından sonra geminin mülkiyetinin ipotekli alacağına devredilmesine ilişkin anlaşmalar ise lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilemez<sup>96</sup>.

## F. Sıra

Gemi üzerinde birden fazla ipotek kurulması mümkündür<sup>97</sup>. Böyle bir durumda bu ipoteklerin sıralarının belirlenmeleri ipotek alacaklılarının hakları bakımından büyük önemlidir. Gemi üzerinde birden fazla ipoteğin varlığı halinde bunların sırası, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine göre belirlenir (TTK m. 1017). Söz konusu hükümler Türk Medeni Kanunu'nun 870 ila 872. maddeleridir. Bu maddeler ışığında gemi ipoteği bakımından sabit derece sisteminin benimsendiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>98</sup>.

## G. Sona Ermesi

Gemi ipoteğini sona erdiren nedenler Türk Ticaret Kanunu'nun 1044 ila 1053. maddeleri arasında sayılmıştır. Her şeyden önce ipoteğin fer'i bir hak sağlaması nedeniyle ipotekle güvence altına alınan alacağın sona ermesi halinde ipotek kendiliğinden sona erer. İpotek alacaklısı tek taraflı olarak

<sup>95</sup> Bu yönde bkz. **Sözer**, s. 170.

<sup>96</sup> Bkz. **Sirmen**, Eşya, s. 654-655. Ayrıca bu konuda bkz. III-F-2-a başlığı. Hemen belirtelim ki, aşağıda görüleceği üzere ticari işlemlerde taşınır rehminde alacağın muaccel olması halinde, alacaklının üzerinde rehin kurulan taşınırın mülkiyetini kendisine devredilmesini isteme hakkı kanundan doğmaktadır (ex lege). Gemi ipoteğinde ise bu talep tarafların anlaşmasına bağlıdır.

<sup>97</sup> Bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 84.

<sup>98</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kalpsüz**, s. 131-136; **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 84.



ipoteke hakkından vazgeçerek de ipoteği sona erdirebilir. Bunun yanında gemi mülkiyetinin ipotekli alacaklıya devredilmesi halinde de ipotek sona erecektir.

Geminin ipotekli alacaklının onayı alınarak, Türk Bayrağı çekme hakkını kaybetmesi nedeniyle sicilden terkin ettirilmesi<sup>99</sup>, tamir kabul etmez gemi haline gelmesi ve kurtarılamayacak şekilde batması nedeniyle sicilden terkin edilmesi; ipotek belirli bir süre için kurulmuşsa öngörülen sürenin dolması da ipoteği sona erdiren diğer nedenlerdendir. Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun 1052 ve 1053. maddeleri uyarınca mahkeme kararı ile de ipoteğin sona erdirilebilmesi olanaklıdır. Üzerinde ipotek kurulan geminin müsadere edilmesi veya icra takibi sonucunda satılması<sup>100</sup> da gemi ipoteğini sona erdirir. Gemi ipoteğinin sona ermesi halinde ipoteğin sicilden terkinini de zorunludur.

### III. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA GEMİLERİN REHNİ

#### A. Genel Olarak

Kredi, ticaret hayatının vazgeçilmez bir olgusudur. Tacirin borçlarına karşılık teminat olarak gösterebileceği en önemli varlıklarından birisi şüphesiz ticari işletmesidir. Ancak, ticari işletme bünyesinde bulunan taşınırların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre rehnedilmesi işlevsel değildir. Üretim aracı niteliğinde olan taşınırların zilyetliklerinin rehin alacaklısına devredilmesi durumunda, ticari işletmenin üretim faaliyetine devam etmesi, dolayısıyla tacirin borçlarını ödemesi güçleşir. Bu nedenle 1971 tarihli 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) ile ticari işletmenin taşınırları üzerinde de zilyetliğin devrine gerek olmaksızın, sicil aracılığıyla rehin hakkı kurulmasına olanak sağlayan özel bir rehin türü oluşturulmuştu. Lakin, Ticari İşletme Rehni Kanunu 2016 yılının sonuna kadar yürürlükte kalmasına rağmen bu dönemde sadece 4927 adet ticari işletme rehni kurulabilmişti<sup>101</sup>. Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun uygulama tarafından tercih edilmeme nedenleri dikkate alınarak, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni

<sup>99</sup> Gemi Türk Bayrağı çekme hakkını kaybettiği için sicilden terkin ettirilecekse ipotekli alacaklının onayı aranır. Bu onay alınmadığı takdirde geminin Türk Bayrağını çekme hakkını kaybettiği sicile kaydedilerek gemi terkin ettirilir. İpotek hakları ise devam eder. Bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 88-89.

<sup>100</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Kerim: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebrî İcra, İstanbul 2006, s. 352 vd.

<sup>101</sup> Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, E. 1/753, K. 8, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 418.

Kanunu<sup>102</sup> (TİTRK) hazırlanmış ve 01 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun da, Ticari İşletme Rehni Kanunu gibi taşınırlar üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın rehin kurulması olanağını sağlamaktadır<sup>103</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin hakkı, “Taşınır varlığın türünden, rehin verenin<sup>104</sup> veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı ayni hakkı ifade eder” (TİTRK m. 2/1-1)<sup>105</sup>. Kanun’da herhangi bir sınırlandırma olmadığı için tacirin/esnafın işletmesiyle ilgili olmayan borcuna teminat olarak da ticari işlemlerde taşınır rehni kurulabilir<sup>106</sup>.

## B. Gemilerin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamına Girip Girmediklerinin Tespiti

### 1. İşletmenin Malvarlığı Unsurlarının Münferiden Rehni

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun öngördüğü temel sistem, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının münferiden (ayrı ayrı) rehnedit-

<sup>102</sup> Kanun’un adı konusunda eleştiriler için bkz. **Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” *BATİDER*, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 11-12; **Aytaç**, Zühtü: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Taraflar”, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu*, Ankara 2018, s. 91-92; **Kara**, Burak: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi*, İstanbul 2018, s. 26-28; **Karakuş Erbaş**, Burcu: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması*, Ankara 2018, s. 39-40; **Arkan**, *Ticari İşletme*, s. 50; **Helvacı**, Mehmet (**Ülgen**, Hüseyin/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Fusun): *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 194-195.

<sup>103</sup> TİTRK’in rehneditilecek varlık olarak merkezine ticari işletmeyi değil, taşınır varlıkları alması nedeniyle TİTRK’in muadili olmadığı görüşü için bkz. **Kara**, s. 25.

<sup>104</sup> Ticari işlemlerde taşınır rehninin borçlu olmayan üçüncü bir kişi tarafından, bir başkasının borcu için kendi taşınır varlığı üzerinde de kurulabilmesinden hareketle, TİTRK’de “borçlu” yerine “rehin veren” ifadesinin kullanılmasının isabetli olduğu yönünde bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 195.

<sup>105</sup> Tanıma yönelik eleştiriler için bkz. **Şenocak**, Kemal/**Kahraman**, Zafer/**Tuncer Kazancı**, İdil/**Öcal Apaydın**, Bahar: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, Ankara 2019, s. 63-64.

<sup>106</sup> Bkz. **Arkan**, Sabih: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni”, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu*, Ankara 2018, s. 143; **Aytaç**, s. 92-93; TİTRK uygulamasında “ticari işlem” kavramına teknik bir anlam yüklenmemesi gerektiği yönünde bkz. **Kara**, s. 28-29 ve dn. 84.

mesidir. Bu yönüyle Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, mülga Ticari İşletme Kanunu'na göre önemli bir yenilik getirmiştir. Zira, Ticari İşletme Rehni Kanunu istisnalar dışında rehni, işletmenin bütünü üzerinde kurulmasını öngören bir sistem içermekteydi. Yeni Kanun'da kural ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının münferiden rehnedilmesi olmakla birlikte, işletmenin bütünü üzerinde rehin sözleşmesi kurulması da mümkündür<sup>107</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, işletmenin malvarlığı unsurlarının münferiden rehini suretiyle finansman sağlanmasını kolaylaştırmayı hedeflemekle birlikte, Kanun'un kapsamı işletmenin tüm malvarlığı unsurları üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehini kurulmasına olanak vermemektedir. Her şeyden önce, Kanun'un adında da anlaşılacağı üzere, kapsam taşınırlarla sınırlıdır; işletmenin malvarlığı unsurları arasında bulunan taşınmazlar Kanun kapsamına girmezler. Taşınmazlar üzerinde rehin Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehinne ilişkin hükümleri uyarınca kurulabilir<sup>108</sup>. Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar da Kanun'un kapsamı dışında tutulmuştur (TİTRK m. 1/V). Sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmeleri ile mevduat rehini de ticari işlemlerde taşınır rehni konusuna girmez (TİTRK m. 1/IV). Kanun'da tescilli gemilerin kapsam dışında tutulduğuna ilişkin ise açık bir düzenleme yoktur<sup>109</sup>.

Üzerlerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin hakkı kurulabilecek taşınırlar 5. maddenin I. fıkrasında sayılmıştır<sup>110</sup>. Bu

<sup>107</sup> Bkz. III-B-2 başlığı.

<sup>108</sup> TMK hükümleri uyarınca taşınmazlar üzerinde rehin hakkı tapu sicili üzerinden kurulmaktadır. Zilyetliğin devrini gerektirmeyen bir işlem olduğu için taşınmazların TİTRK kapsamı dışında bırakılmasının ticari işletmenin faaliyetleri üzerinde olumsuz bir etkisi söz konusu olmayacaktır.

<sup>109</sup> Krş. TİTRK m. 3/III.

<sup>110</sup> TİTRK m. 5/I: Rehin hakkı aşağıda belirtilen taşınır varlıklar üzerinde kurulabilir:

- a) Alacaklar
- b) Çok yıllık ürün veren ağaçlar
- c) Fikri ve sınai mülkiyete konu haklar
- ç) Hammadde
- d) Hayvan
- e) Her türlü kazanç ve iratlar
- f) Başka bir sicile kaydı öngörülmemen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar
- g) Kira gelirleri
- ğ) Kiracılık hakkı
- h) Makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı

hüküm kapsamında, makine ve teçhizat, *araç*, ekipman, alet, iş makinaları dahil her türlü menkul işletme tesisatı Kanun kapsamında sayılmaktadır (TİTRK m. 5/I-h). Menkul işletme tesisatının rehin kapsamında sayıldığı mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda, gemi ipoteğine ilişkin hükümler saklı tutularak tescilli gemiler ticari işletme rehni kapsamı dışında bırakılmışlardı (TİTRK m. 3/III)<sup>111</sup>. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda ise gemi ipoteğinin saklı tutulduğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mamafih, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 8. maddesinin III. fıkrasında ise “*Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde Bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez*” hükmü yer almaktadır<sup>112</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 8. maddesinin III. fıkrası göstermektedir ki, üzerinde rehin hakkı kurulması bakımından sicile tescilli zorunlu olan taşınır varlıklar üzerinde kural olarak ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamaz<sup>113</sup>. Bu hüküm ticari işletme bünyesinde bulunan tescilli gemiler

1) Sarf malzemesi

i) Stoklar

j) Tarımsal ürün

k) Ticaret unvanı ve/veya işletme adı

l) Ticari işletme veya esnaf işletmesi

m) Ticari plaka ve ticari hat

n) Ticari proje

o) Vagon

ö) Bu fıkra da sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları

p) Benzeri her türlü taşınır varlık ve hak

Kanun'un ilk halinde yapılan sayım sınırlı nitelikteyken; 7099 sayılı Kanun ile 5. maddeye eklenen “p) Benzeri her türlü taşınır varlık ve hak” ifadesi ile sınırlı sayı ilkesi terk edilmiştir. Bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 213; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 41 ve 65. TİTRK'in ilk halinde üzerinde rehin kurulabilecek varlıkların sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 26-27; **Oktay Özdemir**, Saibe: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki Varlıklar”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 58.

<sup>111</sup> Bu konuda bkz. **Kayhan**, Şaban: Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996, s. 32. Öte yandan, gemi ipoteği sadece tescilli gemilerin rehni için söz konusu olduğundan, tescilsiz gemiler Ticari İşletme Rehni Kanunu uyarınca rehnedilebilirlerdi.

<sup>112</sup> Bu düzenlemenin doğrudan Kanun'un kapsamına ilişkin olması nedeniyle “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddede yer alması daha doğru olurdu.

<sup>113</sup> Üzerlerinde rehmin kurulması bakımından bir sicile tescilin kurucu etkiyi haiz olmadığı malvarlığı unsurları üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulabileceği konusunda

üzerinde münferiden ticari işlemlerde taşınır rehni kurulmasını engeller. Zira, yukarıda belirtildiği üzere tescilli bir gemi üzerinde rehin kurulabilmesinin yegane yolu gemi ipoteğidir ve gemi ipoteği açısından sicile tescil kurucudur. Öte yandan, tescilli olmayan gemiler üzerinde ise ticari işlemlerde taşınır rehni hükümleri uyarınca rehin hakkı kurulmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>114</sup>.

Özetle ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının münferiden rehninde işletme envanterinde bulunan gemilerin rehin kapsamına girip girmeyeceği, geminin tescilli olup olmamasına göre belirlenecektir. Eğer gemi tescilli ise münferiden üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamayacak<sup>115</sup>; gemi tescilli değilse kurulabilecektir (TİTRK m. 5/I-h). Bu noktada, hukukumuzda on sekiz grostonilatodan büyük gemilerin tescilinin zorunlu olduğu unutulmamalıdır.

## 2. İşletmenin Bütünü Üzerinde Kurulacak Rehnin Kapsamı

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun öngördüğü temel sistem, malvarlığı unsurlarının münferiden rehni olmakla birlikte, bu Kanun uyarınca işletmenin tamamı üzerinde rehin sözleşmesi kurulmasının önu tamamen kapatılmamış, ancak bir ön koşula<sup>116</sup> bağlanmıştır. Bu koşul m. 5/I. fıkrasında sayılan varlıkların ayrı ayrı rehnedilmesinin teminat altına alınacak borç tutarını karşılayamamasıdır (TİTRK m. 5/II). Dolayısıyla işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulması, işletmenin bütünü, kendisini oluşturan malvarlığı unsurlarının münferit değerleri toplamından yüksek bir değere sahip olmasına bağlıdır<sup>117</sup>. Bu düzenlemenin varlık nedeni münferit unsurların ekonomik değerinden yüksek bir değeri haiz olan bir işletmenin, düşük tutarlı bir borç için rehnedilmesinin önlenmesidir<sup>118</sup>.

bkz. Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın, s. 25; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 218; Hazıroğlu, s. 196-197.

<sup>114</sup> Bkz. Antalya/Acar, s. 89-92; Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın, s. 29.

<sup>115</sup> Bkz. Arvas, s. 67-68.

<sup>116</sup> Kanunda öngörülen düzenlemenin bir ön koşul niteliğinde olduğu yönünde bkz. Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2018, s. 60; Arkan, Sempozyum, s. 144; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 231.

<sup>117</sup> Bkz. Şit İmamoğlu, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 32; Arkan, Sempozyum, s. 144; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 230.

<sup>118</sup> Bkz. Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 230; Arkan, Ticari İşletme, s. 51. İşletmenin bütünü üzerinde rehin kurulurken değer tespitinin zorunlu olmaması nedeniyle

“Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik<sup>119</sup>” ile ek bir koşul daha getirilmiş ve ticari işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulabilmesini alacağı belirli olması halinde, diğer taşınır varlıklardan biri ya da birden fazlasının alacak miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılıyorsa, işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulamayacağı düzenlenmiştir (Yön. m. 17/3). Normlar hiyerarşisi göz önüne alındığında, açıkça kanuna aykırı olan bu yönetmelik hükmünün geçersiz olduğu kabul edilmelidir<sup>120</sup>.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının değeri, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun 13. maddesinde öngörülen “Değer tespiti” hükümlerine göre belirlenmelidir<sup>121</sup>.

Rehin işletmenin tamamı üzerinde kurulması halinde rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü taşınır varlık rehnedilmiş sayılır. Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir (TİTRK m. 5/2, c. 2; Yön. m. 17/I-II)<sup>122</sup>. Ticari işlemlerde taşınır rehнинin kuruluşu bakımından Rehinli Taşınır Siciline tescil kurucu etkiyi haiz olduğundan<sup>123</sup>, işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde Rehinli Taşınır Siciline tescil anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlığın rehnedilmiş sayılacağı kabul edilmelidir<sup>124</sup>.

Ticari işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinlerde, nelerin rehin kapsamında sayılacağı tartışılmıştır. Öğretide bir görüş işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş varlıkların nasıl tespit edileceğinin belirsiz olduğunu ve bu belirsizliğin sorunlara neden olabileceğine dikkat çekmektedir<sup>125</sup>. Başka bir

---

düşük tutarlı bir borç için işletmenin bütünü üzerinde rehin sözleşmesi kurulabilmesi tehlikesinin devam ettiği yönünde bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 32.

<sup>119</sup> RG., 31.12.2016, S. 29935 (3. Mükerrer).

<sup>120</sup> Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 32-33; **Göle/Aydoğan**, s. 29; **Arkan**, Sempozyum, s. 144; **Kara**, s. 25.

<sup>121</sup> Bkz. **Arkan**, Sempozyum, s. 144; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 93.

<sup>122</sup> “Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik”in ilk halinde işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde taşınmazların da rehin kapsamına gireceği düzenlenmişti. Daha sonra yapılan değişikliklerle kanunun kapsamı ile uyumlu olarak “taşınmaz” ifadesi Yönetmelik kapsamından çıkarılmıştır. Bkz. RG., 22.05.2018, S. 30428.

<sup>123</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-D-2 başlığı.

<sup>124</sup> Bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 143; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 233-234.

<sup>125</sup> Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 30-31.

görüş ise, rehin kapsamına girecek olan malvarlığı unsurlarının rehlin kurulduğu sırada işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 5. maddesinin I. fıkrasında sayılanlar olduğunu belirtmektedir<sup>126</sup>. Bir diğer görüş ise “her türlü varlık” ifadesi nedeniyle rehin kapsamında girecek olan unsurların 5. maddenin I. fıkrasında sayılanlarla sınırlı olmayacağı yönündedir<sup>127</sup>. Rehin kapsamına girecek unsurların envanter defteri vasıtasıyla tespit edilebileceği ileri sürülmüş ise de<sup>128</sup>, envanter defterinin muhasebe odaklı olması nedeniyle bu yaklaşımın da sorunlar doğurabileceğine dikkat çekilmektedir<sup>129</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde “işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık” ifadesinin kapsamı bütünlük ilkesi gözetilerek belirlenmeli ve bu kapsamda duran malvarlığı, işletme değeri, varsa kiracılık hakkı, ticaret unvanı, diğer fikri mülkiyet hakları ile sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı değerlerinden oluştuğu kabul edilmelidir (TTK m. 11/III)<sup>130</sup>. Müstakbel taşınır varlıklar ise rehin kurulduğu anda henüz işletmenin faaliyetine tahsis edilmemiş olduklarından rehin kapsamına girmezler<sup>131</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5. maddesinin II. ve 8. maddesinin III. fıkraları arasındaki uyumsuzluğu ortaya koymaktadır. İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca varılmaktadır: İşletme kapsamında bulunan taşınırların münferiden rehn edilmesi ile borcun tamamının güvence altına alınabildiği durumlarda, tescilli gemiler üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamayacaktır. Borcun taşınırların münferiden rehn edilmesi ile güvence altına alınmadığı

<sup>126</sup> Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 33; **Haziroğlu**, s. 200; **Arkan**, Sempozyum, s. 149; **Karakuş Erbaş**, s. 144. *Helvacı*, işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehlin kapsamına TİTRK m. 5/I'de sayılan ya da sayılanlara benzer olanların girdiği görüşündedir. Bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 233.

<sup>127</sup> Bkz. **Öz**, Turgut: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”, <https://jurix.com.tr/article/9728#> (Erişim Tarihi: 30.11.2019).

<sup>128</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 96; **Arkan**, Sempozyum, s. 150; **Narbay**, Şafak/Yıldız, Enes M: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehlinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, *BATİDER*, C. XXXIV, S. 4, 2018, s. 76; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 94.

<sup>129</sup> Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 94; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 94.

<sup>130</sup> Bu yönde bkz. **Antalya/Acar**, s. 96; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 95; **Narbay/Yıldız**, s. 77.

<sup>131</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 87; **Arkan**, Sempozyum, s. 152; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 99.

hallerde ise, işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulabileceğidir. İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak olan rehlin kapsamı rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık olarak belirlendiğinden, işletme envanterinde bulunan tescilli gemiler de bu rehlin kapsamında yer alacaktır<sup>132</sup>. Esasında 5. maddenin II. fıkrasında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık ifadesinin kapsamına taşınmazların da gireceği düşünülebilirse de<sup>133</sup>, adında da vurgulandığı üzere Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun kapsamı taşınır varlıklarla sınırlı tutulduğundan (TİTRK m. 1)<sup>134</sup> taşınmazlar rehlin kapsamında yer almayacaktır<sup>135</sup>. Tescilli olmayan gemilerin işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin kapsamında yer alacağı ise tereddütsüzdür.

Hemen belirtelim ki, tescilli gemileri rehin kapsamı dışında bırakan mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun aksine, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca işletmenin bütünü üzerinde kurulacak olarak rehin, tescilli-tescilsiz ayrımı yapılmaksızın işletme envanterinde bulunan tüm gemileri de kapsayacağından rehlin kapsamı daha geniş olacaktır.

Gemi üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulmasında önem taşıyan bir nokta da kurulacak rehlin kapsamına nelerin dahil olacağını tespitidir. Geminin bütünleyici parçaları rehin kapsamına dahildir (TİTRK m. 6/I). Türk Ticaret Kanunu'nun gemi ipoteginde geminin bütünleyici parçalarının ipotek kapsamından çıkabileceğini öngören düzenleme (TTK m.

<sup>132</sup> Bkz. **Sirmen**, A. Lâle: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hakim Olan İlkeler", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 49; **Göle/Aydoğan**, s. 32; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 33-34; **Narbay/Yıldız**, s. 79-80; **Karakuş Erbaş**, s. 50-51; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 233. Krş. **Caner**, Oğuz/**Kandemir**, Süleyman: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamı Dışında Bırakılan Varlıklar" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2017, C. 2017/II, S. 32, s. 153; **Arkan**, Sempozyum, s. 151. **Arkan**, görüşünün özel sicillerine kaydı gereken varlıklar üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamayacağı olmakla birlikte, bu varlıklar üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulup kurulamayacağını açıklığa kavuşturulması gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. **Arkan**, Sempozyum, s. 151, dn. 24. Bu yönde bkz. **Hazroğlu**, s. 200-201. İşletme envanterinde bulunan aynı gemi üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni ve gemi ipotegi kurulması halinde rehinler arasındaki sıra ilişkisi için bkz. III-E başlığı.

<sup>133</sup> İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinde taşınmazların da rehin kapsamında olacağı yönünde bkz. **Seven**, s. 100-103.

<sup>134</sup> Bu yönde bkz. **Acar**, Faruk: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Rehin Alanın ve Rehin Veren Hak ve Yükümlülükleri", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 191.

<sup>135</sup> Bkz. III-B-1 başlığı.



1020/III)<sup>136</sup> gemi üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması halinde kural olarak geçerli olmayacaktır. Lakin, geminin bütünleyici parçasının değiştirilmesi halinde değiştirilen parçanın rehin kapsamından çıkıp, yerine eklenen yeni bütünleyici parçanın rehin kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehnedilen “şey”in eklentileri açıkça kararlaştırılmamışsa rehmin kapsamı dışında tutulmuştur (TİTRK m. 6/II). İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinlerde eklentilerin doğrudan rehin kapsamı içinde yer alıp almayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinlerde eklentilerin ancak sözleşmede kararlaştırılmaları koşuluyla rehin kapsamında yer alacağını ileri sürmektedir<sup>137</sup>. Buna karşılık bir diğer görüş ise, işletmenin tamamı üzerinde kurulacak rehinlerde “işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık” ifadesinin malvarlığı unsurlarının eklentilerini de kapsamaması nedeniyle, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi eklentilerin rehin kapsamında yer alması gerektiği yönündedir<sup>138</sup>. Bu görüşün kabulü halinde, işletmenin bütünü üzerinde rehin tesis edilirken geminin eklentileri<sup>139</sup> de rehin kapsamına dahil olur. İşletme envanterinde bulunan sicile tescilli olmayan gemilerin üzerinde ticari işletme rehni kurulması halinde ise geminin eklentilerinin rehin kapsamında sayılması, sözleşmede tarafların bu hususu kararlaştırmalarına bağlıdır.

Öte yandan, taşınır varlığın rehnedilmesi halinde faiz, sigorta gibi hukuki “getirileri”nin de taşınır varlıkla birlikte doğrudan rehin kapsamına gireceği belirtilmiştir (TİTRK m. 7/I). Bu hükümde sigorta ifadesinin yanlış kullanıldığına dikkat çekmek isteriz. Sigorta, sigorta ettiren ve sigortacı arasında kurulan bir sözleşmenin adıdır<sup>140</sup> ve getiri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Hükümde kastedilenin “sigorta tazminatı” olduğu düşünülürse yine isabetli bir sonuca varılamaz. Zira bir taşınır varlık üzerinde gerçekleştirilecek riskleri güvence altına almak için yapılan bir sigorta sözleş-

<sup>136</sup> Bu konuda bkz. II-C-1 başlığı.

<sup>137</sup> Bkz. **Arkan**, Sempozyum, s. 154.

<sup>138</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 99; **Karakuş Erbaş**, s. 175; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 53-56.

<sup>139</sup> Gemilerin eklentileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 36-37; **Sözer**, s. 41-43.

<sup>140</sup> Sigorta sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kender**, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2016, s. 163 vd; **Ayhan, Rıza/Çağlar**, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 125 vd; **Yazıcıoğlu**, Emine/Şeker Ögüz, Zehra: Sigorta Hukuku, İstanbul 2019 s. 49 vd.

mesinde, riskin gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği sigorta tazminatı zararın miktarı ile sınırlıdır. Zenginleşme yasağı olarak da adlandırılan bu ilke<sup>141</sup> doğrultusunda sigorta tazminatını “getiri” olarak nitelemek yanlıştır. Sigortalı gemi üzerinde rehin hakkı kurulmuşsa zarar gerçekleştiğinde sigorta tazminatı, sigortalı malın yerine geçeceğinden (ikame etkisi) ve sigortacı rehin alacaklısının iznini veya yazılı onayını almadan sigortalıya ödeme yapamayacağından (TTK m. 1456)<sup>142</sup> Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun 7. maddesinin I. fıkrasında yer alan “sigorta” kavramının hükümden çıkarılması yerinde bir tercih olacaktır.

Değerlendirmelerimiz göstermektedir ki, gemiler üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması konusunda üç farklı olasılık ortaya çıkabilir:

1. Tescilli olmayan gemiler münferiden rehnedilebilirler.
2. Tescilli gemiler münferiden rehnedilemezler.
3. İşletmenin tamamı üzerinde kurulacak rehin tescilli olup olmadığına bakılmaksızın işletme envanterindeki tüm gemileri kapsar.

### C. Taraflar

Ticari işletme rehni uygulama alanının genişletilmesi düşüncesine yönelik olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda rehin sözleşmesine taraf olabileceklerin kapsamı mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu’na nazaran genişletilmiştir<sup>143</sup>. Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde rehin alacaklıları, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler olarak sınırlandırılmıştı. Rehin veren ise, ticari işletme veya esnaf işletmesinin maliki olabiliyordu (TİRK m. 2).

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda ise rehin sözleşmesinin tarafı olabilecekler iki bent halinde sıralanmıştır. Yapılan bu sıralama sınırlı

<sup>141</sup> Zenginleşme yasağı hakkında bkz. **Kender**, s. 307; **Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2018, s. 39-40; **Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz**, s. 86.

<sup>142</sup> Bu yönde bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 41; **Arkan**, Sempozyum, s. 152; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 57. Rehinli Taşınır Sicili’nin TTK m. 1456/II hükmü uyarınca sigortacının iyi niyetini ortadan kaldırmayacağı, TTK m. 1456/II’nin uygulanabilmesi için rehni varlığının sigortacıya bildirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 41; **Erten, M. Ali**: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Teminatın Taşınır Varlık Yönünden Kapsamı”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 185.

<sup>143</sup> *Aytaç’a göre “genişletme o denli yapılmıştır ki, kapsamda hemen hemen akla gelebilecek tüm kesimler yer almaktadır.”* Bkz. **Aytaç**, s. 88. Rehin sözleşmesinin tarafları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Seven**, s. 114-121.

sayı<sup>144</sup> niteliğinde olup, sayılanlar arasında olmayanların ticari işlemlerde taşınır rehninin tarafı olabilmeleri mümkün değildir. Ticari işlemlerde taşınır rehni, kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler<sup>145</sup> ile (TİTRK m. 3/I-a) tacir ve/veya esnaf arasında akdedilebilecektir (TİTRK m. 3/II-b). İlk bentte sayılanlar arasında ticari işlemlerde taşınır rehni kurulabilmesi kredi kuruluşlarının rehin alan; tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişilerin ise rehin veren konumunda olmasına bağlıdır (Yön. m. 10)<sup>146</sup>. İkinci bent ise ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinde tacir veya esnafın hem rehin veren hem de rehin alan konumunda bulunmasına olanak sağlar. Görülüyor ki, iki tacir/esnaf arasındaki bir ödünç sözleşmesine ilişkin teminat olarak ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması olanaklı hale getirilmiştir<sup>147</sup>. Tacir sayılanlar, hukuken tacir ile aynı pozisyonda buldukları için ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin tarafı olabilecekken, tacir olmanın yükümlülüklerine tabi olup haklarından yararlanamayan tacir gibi sorumlu olanların rehin sözleşmesinin tarafı olması mümkün değildir<sup>148</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehnin münferit malvarlığı unsurları üzerinde kurulması ile işletmenin bütünü üzerinde kurulmasında taraf olabilecekler bakımından bir ayırım yapılmamıştır<sup>149</sup>. Envanterinde gemi bulunan bir ticari işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulabilmesi için tarafların yukarıda sayılan gruplardan birine dahil olması gerekmektedir. Oysa ki, Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan gemi ipoteğinde taraflar bakımından böyle bir sınırlama yoktur.

Benzer şekilde tescilsiz bir gemi üzerinde Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca kurulacak teslim bağı taşınır rehninde de taraf olabilecekler bakımından bir sınırlama söz konusu değildir.

<sup>144</sup> Bkz. **Aytaç**, s. 90; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 195.

<sup>145</sup> Söz konusu farklı ve çoklu kullanımın kanun yapma tekniğine uygun olmadığı ve kuralların uygulanması ile statülerin belirlenmesinde güçlük yarattığı konusunda bkz. **Aytaç**, s. 104.

<sup>146</sup> Yönetmeliğin bu düzenlemesi ile Kanun'da olmayan bir sınırlamaya gidildiği ve bu sınırlamanın göz önüne alınmaması hakkında bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 13.

<sup>147</sup> Ticari işletme rehninde tarafların bu şekilde genişletilmesinin sakıncaları konusunda bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 16-17.

<sup>148</sup> Bkz. **Arkan**, Sempozyum, s. 145.

<sup>149</sup> İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak olan rehinlerde tarafların sınırlandırılması gerektiği konusunda bkz. **Aytaç**, s. 89.

## D. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kuruluşu

### 1. Rehin Sözleşmesinin Hazırlanması

Ticari işlemlerde taşınır rehninin kurulması kanuna uygun bir rehin sözleşmesinin hazırlanması ve bu rehin sözleşmesinin ticari işlemlerde taşınır rehinleri için kurulmuş özel bir sicil niteliğindeki “Rehinli Taşınır Sicili”ne tescilli ile gerçekleşir (TİTRK m. 4/I). Ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından tescil kurucu etkiyi haiz olduğundan, sadece rehin sözleşmesinin hazırlanması rehni kurulduğu anlamına gelmez.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu’na göre hem rehin sözleşmesinin şekli, hem de tescili konusunda önemli yenilikler getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu uyarınca rehin sözleşmesinin geçerliliği noter tarafından<sup>150</sup> düzenlenmesine bağlanmıştı (TİTRK m. 4/I) Anılan düzenlemenin yerindeliği, Türk Ticaret Kanunu’nun ticari işletmenin noter onayına dahi gerek olmayan yazılı sözleşme ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescilli ile bir bütün olarak devredilmesine olanak sağlayan düzenlemesi (TTK m. 11/III) karşısında tartışmaya açık hale gelmişti<sup>151</sup>.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu sonraki tarihli özel bir kanun olarak söz konusu tartışmayı sonlandırmış<sup>152</sup> ve ticari işletmenin devrine ilişkin düzenleme ile uyumlu olarak<sup>153</sup> rehin sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesinin şekil açısından yeterli olacağını öngörmüştür (TİTRK m. 4/II). Öte yandan, rehin sözleşmesinin elektronik ortamda kurulmasının da önü açılmış, ancak elektronik ortamda kurulacak rehin sözleşmelerinin geçerliliği güvenli elektronik imza kullanılmasına bağlanmıştır (TİTRK m. 4/II-III). Rehin sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken hususlar ise Kanun ve Yönetmelik’te hükme bağlanmıştır (TİTRK m. 4/VI; Yön. m. 9)<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> İşletmenin kayıtlı olduğu sicil çevresi dışındaki bir noter tarafından düzenlenen rehin sözleşmesinin geçersiz olacağı hakkında bkz. **Erten**, M. Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 37; Krş. **Ertaş**, Şeref: “Ticari İşletme Rehni”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), C. VII, 2005, s. 40-41.

<sup>151</sup> Bu tartışma hakkında bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 231.

<sup>152</sup> Bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 231.

<sup>153</sup> Bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 74. Sözleşmenin şekli bakımından TTK m. 11 ve TİTRK m. 4 uyumlu olmakla birlikte, hazırlanan sözleşmelerin tescil edileceği siciller farklıdır.

<sup>154</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 19 vd.; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 123 vd.; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 208 vd.

## 2. Tescil

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile ticari işlemlerde taşınır rehnine ilişkin işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirileceği özel bir sicil (Rehinli Taşınır Sicili) kurularak (TİTRK m. 8)<sup>155</sup>, mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde geçerli olan rehin sözleşmelerinin ticaret siciline tescil edileceği kuralı terkedilmiştir.

Ticari işlemlerde taşınır rehninin kuruluşu, fiziki yahut güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda akdedilen yazılı sözleşmenin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescili ile tamamlanır. Ticari işlemlerde taşınır rehninin kuruluşu bakımından rehinli taşınır siciline yapılacak tescil kurucu etkiyi haizdir<sup>156</sup>. Fiziki ortamda hazırlanan yazılı sözleşmelerin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil edilebilmesi için imzaların noter tarafından onaylanması<sup>157</sup> veya sözleşmenin sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır (TİTRK m. 4/IV). Hemen belirtelim ki, fiziki ortamda hazırlanan sözleşmeler için öngörülen bu koşul rehin sözleşmesinin geçerliliğine değil, rehinin tesciline ilişkindir. İmzaya ilişkin bu koşulları taşımayan yazılı rehin sözleşmesi diğer koşulları sağlaması halinde geçerli olacak<sup>158</sup>, fakat tescili gerçekleştirilmeyeceği için ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamayacaktır. Ancak elektronik ortamda akdedilen rehin sözleşmelerinin tescil edilmesi için güvenli elektronik imzanın kullanılması yeterlidir<sup>159</sup>.

Tescilin yapılabilmesi için rehin alacaklısı ve rehin veren sıfatına sahip kişiler yahut bunların temsil ve ilzama yetkili temsilcilerinin Rehinli Taşınır Sicili'ne birlikte başvurmaları gerekmektedir<sup>160</sup> (RTSY m. 22). Buna karşılık

<sup>155</sup> TİTRK m. 8/IV uyarınca “Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği” hazırlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG., 31.12.2016, S. 29935 (3. Mükerrer).

<sup>156</sup> Bkz. **Antaya/Acar**, s. 54-55; **Seven**, s. 140; **Ergüne**, Mehmet Serkan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kuruluşu”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 122; **Poroy/Yasaman**, s. 63; **Karakuş**, s. 156; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 134; **Helvacı (Ülgen, Kaya, Nomer Ertan)**, s. 235.

<sup>157</sup> Onaylama işleminin herhangi bir noter tarafından yapılabileceği konusunda bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 208.

<sup>158</sup> Bu yönde bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 120-121. Krş. **Antalya/Acar**, s. 38 vd.

<sup>159</sup> Bu düzenleme ile elektronik ortamda hazırlanan rehin sözleşmeleri için noterler süreçten tamamen çıkarılmıştır. İşlem hızı ve maliyeti bakımından olumlu olan bu yaklaşım, özellikle işletmenin bütünü üzerinde rehin sözleşmesi kurulduğu durumlarda işlem güvenliği açısından eleştiriye açıktır. Bkz. **Göle/Aydoğan**, s 19.

<sup>160</sup> Bkz. **Şit İmamoglu**, s. 23; **Seven**, s. 138.

öğretide, tescil talebinin bir tasarruf işlemi niteliğinde olmasından<sup>161</sup> hareketle taraflardan herhangi birinin başvuruda bulunmasını yeterli kabul eden görüş mevcuttur<sup>162</sup>. Bir diğer görüş ise, tasarruf yetkisi sahibi rehin verenin tek başına başvuruda bulunmasını yeterli sayılacağı noktasındadır<sup>163</sup>.

Tescil talebinin hangi sürede yapılacağı konusunda ise herhangi bir düzenleme yoktur<sup>164</sup>. Tarafların ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin<sup>165</sup> korunabilmesi için rehin sözleşmesi akdedildikten sonra vakit geçirilmeden tescil talebinde bulunulması doğru olur<sup>166</sup>. Kanun'da ve Yönetmelik'te tescile ilişkin bir sürenin öngörülmemiş olması hukuki boşluk niteliğindedir ve ticari işlemlerde taşınır rehninin uygulama alanının genişliği ile bu rehin için kurulan özel bir sicilin varlığı göz önünde tutulduğunda söz boşluğun en kısa sürede kapatılması önemli ve gereklidir.

İşletmenin bütünü üzerinde rehin kurulması halinde rehin kapsamında, rehni diğer kanunlarca bir sicile bildirilmesi gereken taşınır varlığı halinde ilgili sicillere bildirim yapılır (TİTRK m. 5/II, c. 2). Öte yandan, ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde bu rehnin ticaret siciline de bildirilmesi gerekir (TİTRK m. 5/II, c. 4)<sup>167</sup>. Diğer sicillere ve ticaret

<sup>161</sup> Krş. Ticari işlemlerde taşınır rehinde tasarruf işleminin imzaları Kanun'un öngördüğü şekilde atılmış olan rehin sözleşmesi olduğu konusunda bkz. **Antalya/Acar**, s. 46; s. 122; **Ergüne**, Sempozyum, s. 122.

<sup>162</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 46; **Ergüne**, Sempozyum, s. 122.

<sup>163</sup> Bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 133.

<sup>164</sup> Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda rehin sözleşmesinin akdedildiği tarihten itibaren on gün içinde tescil edilmesi gerektiği öngörülmüştü (TİTRK m. 5/II). Kaldı ki, bu hüküm olmasaydı tescil merci ticaret sicili olarak belirlenmiş olduğundan, TTK'nın on beş günlük (TTK m. 30) tescil talebinde bulunma süresi uygulama alanı bulabilirdi. Ancak TİTRK, tescil merci olarak RTS'yi belirlediği için TTK m. 30'un burada uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu noktada Kanun'da süreye ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle yönetmelik veya diğer düzenleyici işlemlerle hak düşürücü getirilemeyeceği konusunda bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 20.

<sup>165</sup> TİTRK döneminde tescil için öngörülen on günlük sürenin üçüncü kişileri korumak ve ticari işletme sahibinin daha önceden rehin sözleşmesi düzenlettirerek, çıkarının gerektirdiği zaman yaptıracağı tescil ile rehin sözleşmesine taraf olmayan alacaklıların zararına neden olmasını önlemek için getirildiği konusunda bkz. **Kayıhan**, s. 41; **Ertan**, *Rehin*, s. 39.

<sup>166</sup> Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 19-20. Tarafların rehin sözleşmesi akdedtikten sonra diledikleri süre zarfında tescil için başvurabilecekleri konusunda bkz. **Helvacı (Ülgen, Kaya, Nomer Ertan)**, s. 237. Tescil talebi konusunda hakkaniyetli bir gecikmenin yaşanıp yaşanmadığının TMK m. 2 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 160.

<sup>167</sup> Söz konusu bildirimlerin rehin hukukuna hakim olan "aleniyet ilkesi"nin uzantısı olduğu yönünde bkz. **Seven**, s. 109.

siciline yapılacak olan bu bildirim ticari işlemlerde taşınır rehninin kuruluşu bakımından herhangi bir etkisi yoktur<sup>168</sup>. İşletme envanterinde tescilli geminin bulunması halinde bu geminin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehni, yalnızca işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmasına bağlı olduğundan söz konusu bildirim konumuz bakımından önem taşır. Bu bildirim doğrultusunda gemi siciline güvenen üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmak adına rehni gemi siciline işlenmesi doğru olacaktır. Anılan bildirim mümkün olan en kısa süre içerisinde yapılması uygun olur. İşletme envanterinde bulunan tescilli olmayan gemiler üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması halinde ise herhangi bir bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.

### E. Sıra

Ticari işletme envanterinde bulunan tescilsiz geminin yahut envanterinde tescilli gemi bulunan ticari işletmenin bütünü üzerinde birden fazla rehni söz konusu olması halinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu sıra bakımından taraflara alternatif sunmuştur. Bu rehni türünde kural ilerleme sistemi olmakla birlikte, taraflar anlaşarak sabit derece sistemini de tercih edebilirler (TİTRK m. 11/I; Yön. m. 24-26).

Taraflar öncelik sistemini benimsemişler veya sabit derece sistemini benimsemedikleri için öncelik sistemi kanunen uygulama alanı bulmuşsa, rehinler kuruluş tarihine göre sıralanır<sup>169</sup>. Sıralama yapılırken dikkate alınması gereken tarih, rehni tescil tarihidir (Yön. m. 25)<sup>170</sup>. İlerleme sisteminin geçerli olduğu durumlarda, üst sırada yer alan rehinlerin sona ermesi halinde alt sırada yer alan rehinler kendiliğinden üst sıraya yükselir. Sabit derece sisteminin geçerli olduğu durumlarda ise, üst sırada yer alan rehni boşalması halinde sözleşme ile<sup>171</sup> ilerleme hakkı sağlanmadıkça alttakiler doğrudan üst sıraya yükselmez ve malik boşalan üst derecede yeni bir rehni hakkı kurabilir<sup>172</sup>.

<sup>168</sup> Ticari işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehne ilişkin ticaret siciline tescil koşulunun TTK m. 11/III ile uyumlu düzenlenmemesine yönelik eleştiri için bkz. **Seven**, s. 110-111.

<sup>169</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 108; **Seven**, s. 38.

<sup>170</sup> Bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 138.

<sup>171</sup> Sabit derece sisteminde, boşalan dereceye ilerleme sözleşmesinin kendiliğinden ilerleme hakkı vermeyeceği, yalnızca boşalan dereceye ilerleyebilmek için talep hakkı verdiği konusunda bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 197; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 142.

<sup>172</sup> Bkz. **Seven**, s. 39.

Envanterinde tescilli gemi bulunan bir ticari işletmenin bütünü üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulduğunda, tescilli gemi üzerinde daha önceden kurulmuş gemi ipoteği mevcutsa ticari işlemlerde taşınır rehni gemi ipoteğinden sonraki sırada yer alır<sup>173</sup>.

Ticari işletmenin envanterinde tescilli olmayan gemi üzerinde zilyetliğinin devri yoluyla teslimine bağlı taşınır rehni kurulmuşsa, sonradan işletmenin bütünü üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması halinde, bu rehin zilyetliğinin devri yoluyla kurulan rehinden sonra gelir<sup>174</sup>. İşletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmasından sonra geminin zilyetliğinin devri suretiyle başka bir rehin kurulursa ticari işlemlerde taşınır rehni, zilyetliğinin devri suretiyle kurulan rehinden önce gelecektir<sup>175</sup>.

## F. Rehin Alacaklısının Hakları

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehin alacaklısına bir takım haklar tanınmıştır (TİTRK m. 12). Kanunda tanınan haklar yanında taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde yeni haklar da öngörebilirler (TİTRK m. 12/I)<sup>176</sup>. Tıpkı gemi ipoteğinde olduğu gibi, ticari işlemlerde taşınır rehni de zilyetliğinin devrini gerektirmeyen bir rehin türü olduğu için alacaklıya alacağın muaccel olmasından önce de bazı haklar sağlanmıştır. Bu nedenle rehin alacaklısının haklarını alacak muaccel olmadan önce ve sonra şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekir.

### 1. Alacak Muaccel Olmadan Önce

Envanterinde tescilli-tescilsiz ayrımı yapılmaksızın gemi bulunan bir ticari işletmenin bütünü üzerinde veya gemi tescilli değilse sadece o gemi üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması halinde rehin veren bir takım yükümlülüklerle tabidir: Rehin veren, gemiyi rehin alacaklısının menfaatlerini gözeterek kullanmak zorundadır<sup>177</sup>. Rehin veren, rehin kurulduktan sonra gemiyi devrederse geminin devrini Rehinli Taşınır Sicili'ne kaydetmekle yükümlüdür (TİTRK m. 12/VI)<sup>178</sup>. Hemen belirtelim ki, geminin mülkiyetinin devri konusunda, rehin alacaklısının onayına gerek yoktur<sup>179</sup>.

<sup>173</sup> Bkz. **Kırca**, Çiğdem: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Sıra", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 171.

<sup>174</sup> Bkz. **Kırca**, s. 172.

<sup>175</sup> Bkz. **Kırca**, s. 172.

<sup>176</sup> Bu konuda bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 192-193.

<sup>177</sup> Bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 194-195.

<sup>178</sup> Bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 196.

<sup>179</sup> Bu durum TİTRK'in getirdiği yeniliklerden birisidir. TİRK döneminde rehin konusunun devrinde rehin alacaklısının onayı aranmaktaydı (TİRK m. 10/II).



Ancak rehin hakkı aynı nitelikli olduğundan, devralan kişi gemiyi rehin yükü ile devralmış olur. Sicile tescil yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, adli para cezası yaptırımının uygulanması da öngörülmüştür (TİTRK m. 16/I-ç).

Rehin alacaklısı, rehin veren veya üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan gemiyi denetleme hakkına sahiptir (TİTRK m. 12/IV)<sup>180</sup>. Şüphesiz rehin alacaklısı bu hakkını iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanmalıdır<sup>181</sup>. Örneğin geminin yapacağı seferi aksatacak şekilde denetim hakkı kullanılmaz. Denetim hakkı kapsamında yapılan inceleme sonucu, zilyedin geminin değerini azaltan davranışlarda bulunduğu izlenimi söz konusu olursa rehin alacaklısı hakimden bu gibi davranışların yasaklanmasını isteyebilir. Alacaklıya bu durumda gerekli önlemleri alması konusunda hakim tarafından yetki verilebileceği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetki olmaksızın kendisi de müdahale edebilir (TİTRK m. 12/II). Bununla birlikte rehin sözleşmesine rehin alacaklısının, hakim tarafından yetkilendirilmeye gerek olmadan doğrudan müdahale etmesine imkan tanıyan hükümler konulabilir. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te rehinli geminin değerinde bir azalma meydana geldiğinde rehin alacaklısının alacağı için başka bir güvence gösterilmesini veya geminin eski hale getirilmesini isteme haklarının bulunduğu belirtilmiştir. Henüz geminin değerinde bir azalma olmamasına rağmen bu yönde bir tehlikenin mevcut olduğu durumlarda rehin alacaklısının mahkemeden güvence gösterilmesini talep hakkı da vardır. Yeterli güvence hakim tarafından belirlenen süre içinde gösterilmediği takdirde, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacağın muaccel olacağı öngörülmüştür (Yön. m. 27/II). Ayrıca, rehin veren, geminin değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları karşılamakla da yükümlüdür (TİTRK m. 12/V).

Geminin değerinin, zilyedin herhangi bir müdahalesi olmaksızın, örneğin denizdeki tehlikeler nedeniyle azalması halinde ise rehin alacaklısının başvurabileceği herhangi bir hak Kanun'da düzenlenmemiştir. Yönetmelikte ise, değer düşmesi zilyedin kusuru olmadan meydana gelmişse rehin alacaklısının, ancak zilyedin zarardan ötürü aldığı tazminat miktarını aşmayacak ölçüde borçludan güvence vermesini veya kısmî ödeme yapmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte rehin alacaklısı, değer düşmesinin

<sup>180</sup> Bkz. Bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 195-196. Denetim hakkının daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 39.

<sup>181</sup> Bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 198; **Göle/Aydoğan**, s. 43.

önlenmesi veya giderilmesi için gerekli önlemleri kendiliğinden de alabilir. Rehin alacaklısı, bu amaçla yaptığı harcama tutarı kadar rehinli taşınır varlık üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Malik, bu masraflardan kişisel olarak sorumlu değildir (Yön. m. 27/III).

Rehin veren hakkında, geminin değerinin korunabilmesi için geminin Kanun'daki düzenlemeler hilafına kullanılması ile rehin alacaklısına zarar verilme kastıyla tahrip ya da imha edilmesi hallerinde alacağını kısmen veya tamamen tahsil edemeyen rehinli alacaklıların şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir (TİTRK m. 16/I).

Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, Kanun ve Yönetmelik'te sayılanlardan farklı hak ve yükümlülükler de öngörebilirler. (TİTRK m. 12/I).

## 2. Alacak Muaccel Olduktan Sonra

Alacak muaccel olduğu halde ödenmediğinde, rehin alacaklısının başvurabileceği haklar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Temerrüt sonrası haklar" başlıklı 14. maddesinde ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 29-41. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler uyarınca alacak muaccel olduktan sonra rehin alacaklısı,

- Rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini isteyebilir.
- Alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir.
- Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir.
- Genel hükümler çerçevesinde takip yapabilir.

### *a. Rehinli Taşınırın Mülkiyetinin Kendisine Devrini İsteme*

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre, alacaklı birinci derece alacaklı ise, icra dairesinden<sup>182</sup> İcra ve İflas Kanununun 24. maddesi uya-

<sup>182</sup> Alacaklının mülkiyetin kendisine devir hakkının icra dairesi nezdinde kullanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Ejder: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 233-249.

rınca geminin mülkiyetinin devrini talep edebilir (TİTRK m. 14/I-a)<sup>183</sup>. Birinci derecede alacaklının mülkiyetin devri hakkını temerrüdün gerçekleşmesinden itibaren yedi gün içerisinde<sup>184</sup> kullanması gerekir (Yön m. 30/II). Yönetmelik uyarınca ise öncelik hakkına sahip alacaklının bir hafta<sup>185</sup> içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmaması halinde sonraki sırada bulunan rehin alacaklıları icra müdürlüğünden mülkiyetin devri talebinde bulunabileceklerdir (Yön. m. 40). Görüldüğü üzere Kanun bu hakkı sadece birinci derecede alacaklıya tanımış olsa da Yönetmelik bu hakkın kapsamını genişletmiştir<sup>186</sup>.

Alacaklıya tanınan bu hakkın, temeli Roma Hukuku'na kadar dayanan ve teminat değerinin alacak değerinden yüksek olduğu hallerde rehin vereni koruma amacını güden “lex commissoria yasağı”nın ihlal edip etmediği öğretide tartışılmış ve üç farklı görüş ortaya çıkmıştır:

Görüşlerden ilkinde göre, lex commissoria yasağına aykırı sözleşmelerin kesin geçersizlik yaptırımına tabi tutulması karşısında Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda böyle bir anlaşmanın geçerli olabileceğine ilişkin iradenin açık bir şekilde ortaya konulmaması Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil eder. Bu gerekçe ile, rehinli alacaklının taşınırın mülkiyetinin kendisine devredilmesini istemesi mümkün değildir<sup>187</sup>. Belirtmek gerekir ki

<sup>183</sup> Bu hakkın, alacaklıya tanınan seçimlik haklar arasında en önemlisi olduğu nitelemesi için bkz. **Seven**, s. 171. TİTRK'in ilk halinde ortaya çıkan, alacaklının diğer haklarını kullanabilmesi için rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini istemesinin bir ön koşul olup olmadığı yönündeki tereddüt, 7099 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle TİTRK m. 14/II'ye eklenen (ç) bendi ile giderilmiştir. Bu konuda bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 197. Bu talep hakkının kanun kaynaklı bir aynı talep hakkı olduğu konusunda bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper: “6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 204.

<sup>184</sup> Yedi günlük sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu konusunda bkz. **Yılmaz**, s. 239; **Gümüş**, s. 216. Yönetmelik ile düzenlenen bu sürenin Kanun'a ve medeni usul hukuku bakımından uygulanan “tasarruf ilkesi”ne aykırı olduğu hakkında bkz. **Hasırcı**, Hakan: “6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. XIII, S. 2, 2017, s. 231-232.

<sup>185</sup> Sürenin m. 30/II'da yedi günlük, m. 40'da ise bir hafta olarak belirlenmesinin nedenini anlamak güçtür. Her iki sürenin “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” uyarınca yeknesaklaştırılması gerektiği konusunda bkz. **Yılmaz**, s. 251.

<sup>186</sup> İcra hukukunda geçerli olan “kanunilik ilkesi” karşısında, alacaklının rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini isteme hakkına ilişkin olarak Yönetmelik ile TİTRK'den farklı koşulların getirilmesine yönelik eleştiriler için bkz. **Seven**, s. 187-188.

<sup>187</sup> Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 39-40, 43. “*Bu düzenleme ile mülkiyet hakkının ölçüsüz sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı Anayasa'ya aykırılık açısından dahi tartışma konusu yapılabılır*” (**Göle/Aydoğan**, s. 46). *Karakuş Erbaş*, TİTRK m. 14/I-a hükmünün lex

bu görüş, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik 9. maddesinin I. fıkrasının (1) bendi mülga edilmeden önceki döneme aittir<sup>188</sup>. Anılan bent, rehin sözleşmesi yapılırken (henüz rehinli alacak muaccek olmadan) sözleşmeye “*temerrüt durumunda mülkiyeti devralma kaydının kullanılacağı*” şeklinde bir düzenlemenin eklenebileceği yönünde idi. Ancak belirtmek gerekir ki, rehin sözleşmesinin zorunlu içeriğini düzenleyen Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun 4. maddesinin VI. fıkrasında, mülkiyetin devredilmesine ilişkin düzenleme sayılmamıştı. Dolayısıyla sözleşmeye hüküm konulmaması halinde de Kanun’a dayanarak rehinli taşınırın mülkiyetinin devrinin talep edilmesi mümkündür (TİTRK m. 14/I-a)<sup>189</sup>.

Diğer görüş ise, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda öngörülen bu düzenlemeyi *lex commissoria* yasağına aykırı bir düzenleme görünümünde kabul etmekle birlikte, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun özel bir kanun olması sebebiyle, *lex commissoria* yasağının kanuni bir istisnası olarak değerlendirmektedir<sup>190</sup>. Bu noktada Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun m. 14 maddesinin I. fıkrasının a bendi şeklen *lex commissoria* yasağına aykırı olsa da, amaç itibarıyla bir aykırılıktan söz edilemeyeceği de belirtilmektedir<sup>191</sup>.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, *lex commissoria* yasağı, alacak henüz muaccel olmadan önceki dönem için söz konusudur<sup>192</sup>. Alacak

---

*commissoria* yasağını açıkça “*deldiği*” ve bu hükmün rehin hukukunun ruhuna ve özellikle teminat ilkesine aykırı olduğu görüşünü ileri sürmüş ancak hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir değerlendirme yapmamıştır. Bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 213-215.

<sup>188</sup> Yönetmelik’in m. 9/I-1 bendinin mülga edilmesinden sonra TİTRK açısından *lex commissoria* yasağına aykırılıktan söz edilemeyeceği konusunda bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 67, dn. 1.

<sup>189</sup> Bu yönde bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 45.

<sup>190</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 225-226; **Yılmaz**, s. 235; **Narbay/Yıldız**, s. 44; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 182. Öte yandan, *lex commissoria* yasağının amacından hareketle alacaklının alacağını aşacak bir yarar elde etmesinin *lex commissoria* yasağının ihlali olarak algılanması halinde ise TİTRK m. 14/I-a’nın *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği, zira TİTRK’nın öngördüğü sistemde kural olarak alacaklının alacağından fazlasını tahsil edemeyeceği de belirtilmektedir. Bkz. **Antalya/Acar**, s. 225-226; **Gümüş**, s. 205; **Kara**, s. 87-88.

<sup>191</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 225-226.

<sup>192</sup> Bkz. **Antalya/Acar**, s. 149; **Yılmaz**, s. 234; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 170; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 245. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı, İlhan**: Türk Medeni Kanununa Göre *Lex Commissoria* (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s. 100 vd.

muaccel olduktan sonra yapılan *lex commissoria* anlaşmaları ise geçerlidir<sup>193</sup>. Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen mülkiyetin devrini talep hakkı ise madde başlığından da anlaşılacağı üzere temerrüdün gerçekleştiği durumlara ilişkindir ve *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil etmemektedir<sup>194</sup>. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in ilk halinde yer alan, 9. maddenin (1) bendinin *lex commissoria* yasağı kapsamına girdiğinde tereddüt yoktu. Nitekim öğretide, sözleşmeye konulacak bu kaydın geçersiz sayılması gerektiği de haklı olarak belirtilmişti<sup>195</sup>. Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen mülkiyetin devrini talep hakkı ise madde başlığından da anlaşılacağı üzere temerrüdün gerçekleştiği durumlara ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği gibi alacak muaccel olduktan sonra yapılan *lex commissoria* anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir<sup>196</sup>. Buradaki fark ise, hukuki işlemin nedeninin sözleşme değil kanun olmasıdır<sup>197</sup>. Öte yandan, öncelikle takip yoluna başvurulmaksızın doğrudan mülkiyetin rehin alacaklısına geçirilmesi ticari hayatın devamı bakımından bir tehdit olarak nitelendirilmektedir<sup>198</sup>.

Rehinli taşınırın değeri<sup>199</sup>, rehinli alacağın miktarından fazla ise rehin alacaklısı aradaki farkı icra dairesine ödeyerek mülkiyeti devralabilir (Yön. 38/II). Aradaki fark miktarından, diğer derecedeki alacaklılara karşı rehin alacaklısı ve rehin veren müteselsilen sorumludur (TİTRK m. 14/I-a son cümle). Bu düzenleme ile rehinli geminin değeri, rehinli alaktan fazla ise alacaklının mülkiyeti devralması yoluyla oluşacak haksızlık engellenmiştir<sup>200</sup>. Öte yandan, rehinli alacağın değeri, rehinli taşınırın değerinden fazla ise rehin alacaklısı rehinli taşınırın eksper raporunda belirtilen tutarının onda

<sup>193</sup> Bkz. **Helvacı**, s. 101; **Sirmen**, Eşya, s. 654-655.

<sup>194</sup> Bkz. **Seven**, s. 171-172; **Gürpınar**, Damla: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Teslime Bağlı Taşınır Rehininde Ayrılan Yönleri", DEÜHFD 2017, C. XIX, S. 1, s. 146; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 67, dn. 1; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 245. Krş. **Kayar**, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 83.

<sup>195</sup> Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 45.

<sup>196</sup> TİTRK m. 14/I-a hükmü ile rehinli taşınırın mülkiyetinin rehinli alacaklıya devredilmesine ticari işlemlerde taşınır rehni kurulmadan önce imkan tanınması, hakkın kaynağının kanun olmasının doğal sonucudur. Bu noktada TİTRK m. 14/I-a hükmünün, alacak muaccel olmadan önce yapılan *lex commissoria* sözleşmelerinden ayrılması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi bir yorum ise haklı olarak TİTRK m. 14/I-a hükmünün *lex commissoria* yasağının istisnası olarak değerlendirilmesine neden olur.

<sup>197</sup> Bkz. **Seven**, s. 172.

<sup>198</sup> Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 46.

<sup>199</sup> Rehin sözleşmesi kapsamında geminin değeri taraflarca veya ekspertiz marifetiyle tespit edilebilir (TİTRK m. 13).

<sup>200</sup> Bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 196-197.

dokuzunu alacağına mahsup ederek varlığın mülkiyetinin kendisine devrini talep edebilecek<sup>201</sup> ve bu durumda mülkiyeti devralan rehinli alacaklının ve varsa diğer rehinli alacaklıların alacağı ile öncelik hakkı da belirtilerek rehin açığı belgesi düzenlenecektir (Yön m. 38/I)<sup>202</sup>.

Rehin alacaklısından mülkiyetin kendisine devrinin talebi gelmesi halinde, icra dairesi devri Rehlinli Taşınır Siciline bildirilir. Mülkiyetinin devri talep edilen taşınır tescilli bir gemi ise, Rehlinli Taşınır Sicili, Gemi Sicili'ne bildirimde bulunmalı ve geminin zilyetliğini rehin alacaklısına geçirilmelidir. Zilyetliğin rehin alacaklısına geçirilmesi, mülkiyetin devri bakımından kurucu etkiyi haizdir (TTK m. 1001/I).

### **b. Alacağın Varlık Yönetim Şirketlerine Devri**

Rehin alacaklısına alacak muaccel olduktan sonra tanınan bir diğer hak, rehin ile güvence altına alınmış olan alacağı 5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>203</sup> uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devretme hakkıdır<sup>204</sup>. Alacağın devri ile birlikte gemi üzerindeki rehin hakkı da aynı sırada kalmak koşuluyla varlık yönetim şirketine geçer (TİTRK m. 14/I-b). Ticari İşlemlerde Rehlin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik ile ise rehinli alacaklının alacağını yalnız varlık yönetim şirketlerine değil üçüncü kişilere de devredileceği öngörülmüştür (m. 41). Yönetmelik ile alacağın devredileceği kişilerin kanunda öngörülmeyen bir şekilde genişletilmesi öğretide eleştirilmiştir<sup>205</sup>. Lakin genel hükümler çerçevesinde rehin alacaklısının, rehinle güvence altına alınan alacağını herhangi bir kişiye devredilme olanağının bulunması karşısında, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesinin I. fıkrasının (b) bendinin rehin alacaklısının alacağını devir yetkisini sınırlandıran bir hüküm olarak değerlendirmek isabetli olmayacaktır. Bu düzenlemenin amacı alacağın varlık yönetim şirketlerine de devredileceğini teyit etmek olup, alacağın varlık yönetim şirketi dışında kalan kişilere devredilebileceği de kabul edilmelidir<sup>206</sup>.

<sup>201</sup> Bu olasılığa ilişkin bir örnek için bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 185.

<sup>202</sup> Bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 185.

<sup>203</sup> RG., 19.10.2005, S. 25983 (Mükerrer).

<sup>204</sup> Bu konuda bkz. **Kara**, s. 90-92. Bu hakkı, her alacaklının mı yoksa taşınırın mülkiyetinin devri talebinde olduğu gibi yalnızca ilk sırada bulunan alacaklının mı kullanabileceği konusunda tereddüt bulunduğuna ilişkin bkz. **Antalya/Acar**, s. 91.

<sup>205</sup> Bkz. **Yılmaz**, s. 250-251; **Arkan**, Ticari İşletme, s. 67, dn. 3.

<sup>206</sup> Bu yönde bkz. **Seven**, s. 196-197; **Gümüş**, s. 222; **Kara**, s. 91; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 246.

Rehinle güvence altına alınan alacağın devri, Türk Borçlar Kanunu m. 183 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen alacağın devri hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmelidir<sup>207</sup>.

### *c. Zilyetliğin Devrine Konu Olmayan Varlıklarda Kiralama ve Lisans Hakkının Kullanılması*

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda alacak muaccel olduktan sonra alacaklıya tanınan bir başka hak ise rehinli varlık üzerinde kiralama ve lisans hakkının kullanılmasıdır (TİTRK m. 14/I-c). Fakat bu hakkın sadece zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklar üzerinde kullanılabilceği öngörüldüğünden tescilli ve tescilsiz gemiler üzerinde alacaklının kiralama hakkını kullanması mümkün olmaz<sup>208</sup>. Zira, envanterinde gemi bulunan işletmenin bütünü üzerinde kurulan rehinde de kiralama hakkının kullanılabilmesi için geminin zilyetliğinin rehin alacaklısına devredilmesi gerekecektir.

Üzerinde kiralama ve lisans hakkı kullanılabilcek varlıklara örnek olarak, kiracılık hakkı, fikri mülkiyet hukuku kaynaklı haklar, ticaret unvanı veya işletme adı verilebilir<sup>209</sup>.

### *d. Genel Hükümlere Göre Takip Başlatma Hakkı*

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda alacak muaccel olduktan sonra rehin alacaklısına tanınan son hak ise alacaklının genel hükümlere göre takip yapabilmesidir (TİTRK m. 14/I-ç). Bu düzenleme ile alacaklıya tanınan diğer seçimlik hakların, genel hükümler uyarınca takip yapılmasına engel olmayacağı<sup>210</sup> teyit edilmiştir (Yön. m. 41/III)<sup>211</sup>.

## **G. Rehin Hakkının Sona Ermesi**

Ticari işlemlerde taşınır rehni de diğer rehin türlerinde olduğu gibi alacaklıya fer'i bir hak sağladığından rehinle güvence altına alınan alacağın

<sup>207</sup> Bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 218.

<sup>208</sup> Bkz. **Kara**, s. 92.

<sup>209</sup> Bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 220.

<sup>210</sup> TİTRK m. 14'ün ilk halinde alacaklının genel hükümlere göre takip talep etme hakkı, ilk üç bentte sayılan seçimlik hakların kullanılması yoluyla alacağın tahsil edilememesi koşuluna bağlanmıştı. Bu koşul, 7099 sayılı "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değiştirilmiş ve günümüzde yürürlükte olan halini almıştır. Yapılan değişikliğin anlam ve amacı için bkz. **Yılmaz**, s. 252-253.

<sup>211</sup> Yapılacak olan takip hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s. 252 vd; **Kara**, s. 93 vd; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 151 vd.

sona ermesiyle rehin de son bulur<sup>212</sup>. Rehin alacaklısı alacağın son bulunduğu tarihten itibaren on beş gün içinde rehinin terkinin için Rehinli Taşınır Sicili'ne başvurmalıdır<sup>213</sup>. Alacaklı, yabancı hukuka tabi ise bu süre otuz gündür. Terkin yükümlülüğünü yerine getirmeyen rehin alacaklısına rehin veren veya borçlunun talebi üzerine güvence alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası uygulanır. Ayrıca bu durumda borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçluya da rehinin terkinin isteyebilme hakkı tanınmıştır (TİTRK m. 15)<sup>214</sup>.

Ticari işlemlerde taşınır rehininin belirli bir süre için kurulması da mümkün olduğundan, rehin sözleşmesinde belirtilen sürenin dolması da rehin hakkını sona erdirir (Yön. m.21)<sup>215</sup>. Sürenin taraflarca uzatılması halinde ise tabiatıyla rehin hakkı devam edecektir<sup>216</sup>.

Üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulan geminin tamamen yok olması rehni sona erdiren bir diğer neden olarak sayılmıştır (Yön m.22)<sup>217</sup>. Ancak yok olan geminin yerine sigorta tazminatı gibi ikame bir değer geçiyorsa rehin hakkı ikame değer üzerinden devam eder.

Nihayet rehin alacaklısı, her zaman Rehinli Taşınır Sicili'nden rehni terkin ettirme hakkını da haizdir. Rehin alacaklısının bu hakkını kullanması da rehni sona erdirir (Yön. m. 22)<sup>218</sup>.

#### IV. TESPİTLER

Ticari işletme envanterinde bulunan gemiler üzerinde yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde teslimine bağlı taşınır rehni, gemi ipoteği ya da ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması mümkündür. Teslime bağlı taşınır rehni ile gemi ipoteğinin konusunu oluşturacak gemiler birbirinden açık bir şekilde ayrılmıştır. Buna karşın ticari işlemlerde taşınır rehni hem teslimine bağlı taşınır rehni ile hem de gemi ipoteği ile rehnedilebilecek gemiler üzerinde kurulabilir. Bir gemi üzerinde birden fazla kanun uyarınca rehin kurulmasının mümkün olduğu durumda, rehinler arasındaki farklılıkların ortaya konması taraflara hangi rehin türünü tercih edecekleri konusunda yol göster-

<sup>212</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kara**, s. 40-59; **Baydak**, Ecrin: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2018, s. 211-213.

<sup>213</sup> Bu konuda bkz. **Acar**, Sempozyum, s. 198; **Kara**, s. 119.

<sup>214</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Seven**, s. 217-218; **Kara**, s. 121-124.

<sup>215</sup> Bkz. **Kara**, s. 74-76.

<sup>216</sup> Bkz. **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 249-249.

<sup>217</sup> Bkz. **Baydak**, s. 215.

<sup>218</sup> Bkz. **Kara**, s. 64-66; **Baydak**, s. 216.



ricidir. Bu saikle aşağıda aynı gemi üzerinde ticari işletme rehni ile teslim bağı taşıdır rehni veya gemi ipoteği kurulması halinde ortaya çıkan farklılıklar belirtilmiştir.

### **A. Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Sicile Kayıtlı Olmayan Geminin Rehni**

Bir ticari işletmenin envanterinde bulunan gemi tescil edilmemiş veya yabancı bir gemi siciline tescilli ise bu gemi üzerinde gemi ipoteği kurulması mümkün değildir. Söz konusu gemi teslimli taşıdır rehni kurallarına göre rehnedilebilir. Ayrıca, sicile kayıtlı olmayan gemi Ticari İşlemlerde Taşındır Kanunu hükümleri uyarınca gerek münferiden gerekse de işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin kapsamında rehnedilebilir.

Sicile kayıtlı olmayan geminin teslim bağı taşıdır rehni ve ticari işlemlerde taşıdır rehnine konu olması bakımından ortaya çıkan farklılıklar şöyledir:

1. Ticari işlemlerde taşıdır rehni yalnızca Kanun'da belirtilen taraflar arasında kurulabilir, teslim bağı taşıdır rehnnin kurulması bakımından ise bu şekilde bir sınırlandırma söz konusu değildir.

2. Teslime bağı taşıdır rehni geminin zilyetliğinin rehin alacaklısına devri ile kurulurken, ticari işlemlerde taşıdır rehnde geminin zilyetliğinin devrine gerek yoktur. Rehin, Rehinli Taşındır Sicili'ne yapılacak bir tescil ile kurulacak ve geminin zilyetliği malikte kalmaya devam edecektir. Esasında gemilerin zilyetliğin devriyle rehnedilmesi rehnnin tarafları bakımından işlevsel olmaz. Zira bu durumda rehin alacaklısı rehin süresi boyunca gemiyi saklama yükümlülüğüne katlanacak, rehin veren ise işletmesinde gemiyi kullanamayacaktır. Rehin alacaklısının denizcilik sektöründe faaliyet gösteren bir kişi olması halinde dahi, rehin süresi boyunca gemiyi kullanması mümkün olmayacağından zilyetliğin devri rehin alacaklısına herhangi bir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle ticari işlemlerde taşıdır rehnnin kurulmasına ilişkin koşulların varlığı halinde teslim bağı taşıdır rehni yerine bu rehin türünün seçilmesi taraflara büyük kolaylık sağlar.

3. Teslime bağı taşıdır rehnnin kurulması konusunda tarafların şekle tabi olmayan bir anlaşma yapmaları ve geminin zilyetliğini rehin alacaklısına devredilmesi yeterli iken, ticari işlemlerde taşıdır rehni sözleşmesi Ticari İşlemlerde Taşındır Rehni Kanunu'nda öngörülen şekle uyularak yapılmalı ve Rehinli Taşındır Sicili'ne tescil edilmelidir.

4. Teslime bağı taşıdır rehnde geminin zilyetliğinin rehin alacaklısına devredilmesi, rehnnin kuruluşundan itibaren rehin alacaklısının bazı

yükümlülüklerle katlanmasına neden olur. Ticari işlemlerde taşınır rehninde ise zilyetlik rehin verende kaldığı için, rehin veren bir takım yükümlülüklerle tabi tutulmuştur.

5. Gemi üzerinde kurulan teslimle bağlı taşınır rehni geminin eklentilerini de kapsar. Buna rağmen gemi üzerinde kurulan ticari işlemlerde taşınır rehninin geminin eklentilerini kapsamaması tarafların anlaşmasına bağlıdır.

6. Gemi üzerinde birden fazla teslimle bağlı taşınır rehni kurulması halinde sıra öncelik ilkesine göre belirlenir. Bir gemi üzerinde birden fazla ticari işlemlerde taşınır rehninin varlığında da kural sıranın öncelik ilkesine göre belirlenmesi olmakla birlikte taraflar anlaşarak sabit derece sistemini de tercih edebilirler.

7. Rehinle güvence altında alınan alacak muaccel olduğu halde ödenmemişse, teslimle bağlı taşınır rehni alacaklısının geminin mülkiyetinin kendisine devredilmesi talebi taraflar arasında bir anlaşmanın varlığına bağlıdır. Ticari işlemlerde taşınır rehninde ise bu hak kanundan doğmaktadır.

8. Teslimle bağlı taşınır rehni, rehnin paraya çevrilmesi dışında bir nedenle sona erdiğinde kural olarak rehin alacaklısının geminin zilyetliğini malike iade etmesi gerekir. Ticari işlemlerde taşınır rehninin son bulmasında ise rehin alacaklısı rehni Rehinli Taşınır Sicili'nden terkin ettirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde idari para cezası uygulanır. Ayrıca ticari işlemlerde taşınır rehninde borcunu ödeyen rehin verenin, rehni bizzat terkin ettirme hakkı da bulunmaktadır.

9. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümleri ticari işletme rehni bakımından uygulama alanı bulur. Dolayısıyla Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde teslimle bağlı taşınır rehni kuralları uygulanamaz.

## **B. Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Sicile Kayıtlı Olan Bir Geminin Rehni**

Hukukumuzda ticari işletmenin envanterinde bulunan sicile kayıtlı bir geminin rehni kural olarak gemi ipoteği ile sağlanır. Ancak ticari işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin işletme envanterinde bulunan tescilli gemileri de kapsar. Hemen belirtelim ki, ticari işletme envanterinde bulunan sicile kayıtlı bir gemi üzerinde münferit olarak ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamaz.

Sicile kayıtlı bir gemi üzerinde tesis edilecek gemi ipoteği ve ticari işlemlerde taşınır rehni arasındaki farklar ise şu şekildedir:

1. Ticari işlemlerde taşınır rehni yalnızca Kanun'da belirtilen taraflar arasında kurulabilir, teslimine bağlı taşınır rehnnin kurulması bakımından ise böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir.

2. Gemi ipoteği de ticari işlemlerde taşınır rehni de birer sicil rehnidir. Dolayısıyla her iki rehin türünde de geminin zilyetliğinin alacaklıya devrine gerek yoktur. İki rehlin kuruluşu arasındaki fark rehin sözleşmesinin şekli konusundadır. Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılması mümkün iken, bu olanak gemi ipoteği bakımından tanınmamıştır. Gemi ipoteğine ilişkin sözleşme yazılı olarak yapılmalı ve imzalar noterce onaylanmalıdır Sözleşmenin gemi sicil müdürlüğünde yapılması halinde ise noter onayına ihtiyaç kalmayacaktır.

3. Ticari işletme envanterinde bulunan gemi üzerinde gemi ipoteği kurulması halinde ipoteğin Rehinli Taşınır Sicili'ne, ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması halinde rehnnin geminin tescilli olduğu gemi siciline bildirilmesi gerekir.

4. Gemi ipoteği geminin eklentilerini de kapsar. Buna karşın işletmenin bütünü üzerinde kurulan ticari işlemlerde taşınır rehnnin tescilli geminin eklentilerini kapsayıp kapsamayacağı tartışmalıdır.

5. Gemi üzerinde birden fazla gemi ipoteği kurulması halinde aralarındaki sıra sabit derece sistemine göre belirlenir. İşletmenin bütünü üzerinde birden fazla ticari işlemlerde taşınır rehnnin varlığında ise kural sıranın öncelik ilkesine göre belirlenmesidir. Öte yandan, taraflar anlaşarak sabit derece sistemini de tercih edebilirler.

6. Gemi ipoteğinde, ipotekle güvence altına alınan alacak muaccel olmadan önce ipoteğin sağladığı teminat tehlikeye düşerse ipotek alacaklısı doğrudan malike müdahale edip, tehlikenin giderilmesi için uygun bir süre verebilir. Ticari işlemlerde taşınır rehnde ise rehin alacaklısı alacak muaccel olmadan önceki haklarını gecikmesinde sakınca bulunan haller hariç olmak üzere hakim tarafından verilecek yetki ile kullanılabilir. Rehin sözleşmesinde doğrudan müdahaleye olanak sağlayan hükümler konulması halinde ise hakim tarafından yetkilendirmeye gerek kalmaz.

7. Gemi ipoteğinde, ipotekle güvence altına alınan alacak muaccel olduğu halde ödenmemişse, ipotek alacaklısının geminin mülkiyetinin kendisine devredilmesi talebi taraflar arasında bir anlaşmanın varlığına bağlıdır. Ticari işlemlerde taşınır rehnde ise bu hak kanundan doğar.

8. Gemi ipoteğinin sona ermesi halinde rehnnin sicilden terkin edilmesi gerekir. Aynı yükümlülük ticari işlemlerde taşınır rehnnin son bulmasında

da geçerli olmakla birlikte, ticari işlemlerde taşınır rehni alacaklısının bu yükümlülüğe uymaması halinde rehinle güvence altına alınan alacak tutarının onda biri oranının idari para cezasına çarptırılacağı da düzenlenmiştir. Ayrıca ticari işlemlerde taşınır rehni borcunu ödeyen rehin verenin, rehni bizzat terkin ettirme hakkı da bulunmaktadır.

9. Gemi ipoteği Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için mutlak ticari iş niteliğindedir. Aynı gerekçeyle gemi ipoteğinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava konusunu oluşturur. Ticari işlemlerde taşınır rehni ise taraflardan birinin tacir olmaması yahut tacir olduğu halde rehni ticari işletmesini ilgilendirmemesi halinde, rehin bir sözleşme ilişkisine dayandığı için Türk Ticaret Kanunu'nun 3 ve 19. maddelerine göre her iki taraf için de ticari iş sayılacak ancak, rehne ilişkin uyuşmazlıklar ticari davaya vücut vermeyecektir.

## SONUÇ

Hukukumuzda 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu ile ticari işletmelerin rehniye ilişkin özel bir rehin sisteminin benimsenmesinin temel nedeni, başta üretim araçları olmak üzere ticari işletmenin envanterinde bulunan taşınırların zilyetliğinin devredilerek rehnedilmelerine alternatif yaratılmasıdır. Zira, işletme envanterindeki taşınırların zilyetliklerinin devri halinde, işletmenin faaliyetine devam etmesi ya imkansız hale gelecek ya da önemli ölçüde zorlaşacaktır. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu, gemi ipoteğine ilişkin hükümleri saklı tutarak, işletme envanterinde bulunan tescilli gemiler üzerine ticari işletme rehni kurulmasını engellemiştir. Esasında bu yaklaşım, ticari işletme rehni varoluş amacına uygundur. Gemi ipoteğinde de geminin zilyetliğinin rehin alacaklısına devredilmesine gerek olmadığından, işletme envanterindeki tescilli gemi rehnedildiğinde ticari işletmenin faaliyetlerinde kullanılmayaya devam edilebiliyordu.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, ticari işlemlerde taşınır rehni uygulamasını genişletmek amacıyla işletmenin bütünü yerine, işletme envanterinde bulunan varlıkların münferiden rehniye olanak sağlayan bir sistem getirmiş ve sadece özel sicillerine tescil yoluyla üzerinde rehin kurulabilen varlıkları kural olarak Kanun'un kapsamı dışında bırakmıştır. Bu çerçevede 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu dönemi ile uyumlu olarak tescilli gemiler üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulması kural olarak söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan, güvence altına alınan alacak tutarının işletme envanterinde bulunan varlıkların münferiden rehni ile güvence altına alınmadığı hallerde,

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmasına da imkan tanınmıştır. İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin, kuruluşu anında işletmenin faaliyetine özgülenmiş tüm değerleri kapsayacağından tescilli gemiler de işletme kapsamında rehnedilmiş sayılacaktır.

Gemi ipoteği ve ticari işlemlerde taşınır rehni özlerinde birer sicil rehni olsalar da, her iki rehin türü arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Tescilli bir geminin genellikle bir ticari işletme bünyesinde faaliyet göstereceği gözetildiğinde günümüzde bu gemilerin rehni konusunda ikili bir sistem ortaya çıkmıştır. Fakat, ticari işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmadığı durumlarda gemi ipoteği tescilli gemilerin rehnine ilişkin tek yöntem olma özelliğini de korumaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun bu tercihinin nedenini anlamak zordur ve bu tercih Kanun'un maddeleri arasındaki uyumsuzluğun göstergesidir. Kanımızca gerek münferiden gerekse işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinler için gemi ipoteğinin saklı tutulması daha uygun bir tercih olurdu.

Tescilsiz gemiler üzerinde gemi ipoteği kurulması mümkün olmadığından, bu gemilerin ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilmesi ise işletmenin faaliyetinin devamı bakımından olumlu bir düzenleme olma özelliğini korumaktadır.

## KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Rehin Alanın ve Rehin Verenin Hak ve Yükümlülükleri”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 191-198 (Anılış: Sempozyum).
- Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015 (Anılış: Rehin).
- Akıncı**, Sami: Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara 1958.
- Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aksoy**, Sami: Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 63-141.
- Algantürk Light**, Didem: “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2009, Y. VIII, S. 16, s. 49-64.
- Antalya**, Gökhan/**Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2018 (Anılış: Ticari İşletme).
- Arkan**, Sabih: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 141-157 (Anılış: Sempozyum).
- Arvas**, Mehmet Mücahit: 6750 Sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınırlar, Ankara 2017.
- Atamer**, Kerim: “Gemi İpoteği Hükümlerinin Yasama Tarihçesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 249-315 (Anılış: Gemi İpoteği).
- Atamer**, Kerim: “Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi”, BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 297-368 (Anılış: Bağlama Kütüğü).
- Atamer**, Kerim: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2006 (Anılış: Cebri İcra).
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aytaç**, Zühtü: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Taraflar”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 85-116.
- Baydak**, Ecrin: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2018.
- Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2018.

- Can**, Mertol: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, Ankara 2000.
- Caner**, Oğuz/**Kandemir**, Süleyman: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamı Dışında Bırakılan Varlıklar” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2017, C. 2017/II, S. 32, s. 137-160.
- Cansel**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, (TeslimŞartlı Menkul Rehni), Ankara 1967.
- Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi-Donatan ve Kaptan, 15. Baskı, İstanbul 2009.
- Çetiner**, Bilgehan: Hapis Hakkı, İstanbul 2010.
- Demir**, İsmail: Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler, AÜHFHD 2015, C. LXIV, S. 1, s. 103-169.
- Dinar**, Cem: Türk Medeni Kanunu Kapsamında Hapis Hakkı, İstanbul 2016.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kuruluşu,” Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 117-124 (Anılış: Sempozyum).
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002 (Anılış: Rehnin Kuruluşu).
- Ertas**, Şeref: “Ticari İşletme Rehni”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFHD), C. VII, 2005, s. 39-50.
- Erten**, M. Ali: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Teminatın Taşınır Varlık Yönünden Kapsamı”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 181-189 (Anılış: Sempozyum).
- Erten**, M. Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001 (Anılış: Rehin).
- Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” BATİDER, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 5-51.
- Gümüş**, Mustafa Alper: “6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 199-225.
- Gürpınar**, Damla: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Ayrılan Yönleri”, DEÜHFHD 2017, C. XIX, S. 1, s. 111-159.

- Hasırcı, Hakan:** “6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. XIII, S. 2, 2017, s. 207-269.
- Hazıroğlu, Elif Cemre:** “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri, BATİDER, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 177-204.
- Helvacı, İlhan:** Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997.
- İzveren, Adil:** Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1960.
- Kalpsüz, Turgut:** Gemi Rehni, 5. Baskı, İstanbul 2004.
- Kara, Burak:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi, İstanbul 2018.
- Karakuş Erbaş, Burcu:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara 2018.
- Kayar, İsmail:** Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018.
- Kayhan, Şaban:** Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996.
- Kender, Rayegan:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2016.
- Kender, Rayegan/Çetingil, Ergon/Yazıcıoğlu, Emine:** Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, C. I, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Kırca, Çiğdem:** “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Sıra”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 159-179.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 1982.
- Makaracı Başak, Aslı:** Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- Narbay, Şafak/Yıldız, Enes M.:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, BATİDER, C. XXXIV, S. 4, 2018, s. 37-90.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktaç Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- Okay, Sami:** Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Gemi Adamları, 2. Baskı, İstanbul 1965.
- Oktaç Özdemir, Saibe:** “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticari İşletmeler Dışındaki



- Varlıklar”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 53-83.
- Öz**, Turgut: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu” (<https://jurix.com.tr/article/9728#>).
- Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2018.
- Reisoğlu**, Seza: İpoteğin Kapsamı – Hükümleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1979.
- Seven**, Vural: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na Göre Taşınır (Varlık) Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Sirmen**, A. Lâle: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hakim Olan İlkeler”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 21-52 (Anılış: Sempozyum).
- Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016 (Anılış: Eşya).
- Sözer**, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku – I, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2019 (Anılış: C. I).
- Sözer**, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku, Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku’nda Sorumluluk Rejimi, İstanbul 2011 (Anılış: 2011).
- Şenocak**, Kemal/**Kahraman**, Zafer/**Tuncer Kazancı**, İdil/**Öcal Apaydın**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.
- Şit İmamoğlu**, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019.
- Yazıcıoğlu**, Emine/**Şeker Ögüz**, Zehra: Sigorta Hukuku, İstanbul 2019.
- Yılmaz**, Ejder: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 227-258.

### KISALTMALAR

<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>m.</b>	: Madde
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TİRK</b>	: Ticari İşletme Rehni Kanunu
<b>TİTRK</b>	: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Yön.</b>	: Yönetmelik



## İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN KIRILGAN KAVRAMINA BİR GİRİŞ VE KAVRAMIN AİHM KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜRLÜĞÜ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704840>

*Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK<sup>\*,\*\*</sup>*

### Öz

*Son yılların etik ve politik tartışmaları dahilinde ön plana çıkan kavramlarından biri de kırılğanlıktır. Kavramı hukuk ve insan hakları hukuku özelinde değerlendirmek ise oldukça yeni bir teşebbüstür. Bu çalışma, kavramın hukuk ve insan hakları hukuku ile ilişkisini ele almayı amaçlamaktadır. Bunu yaparken, kavram etrafında dönen mevcut tartışmalar esas alınarak, öncelikle kavramın evrensel- ontolojik ve grup bazlı yaklaşımları tartışma konusu edinilecektir. Bu ayrımın yarattığı farkı da dikkate alan genel bir bakışın ardından, kavramın insan hakları hukuku literatüründe nasıl karşılık bulduğu konu edinilecektir. Son olarak kavramın yargılamalar bakımından oynadığı rol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden örneklerle somutlaştırılacak ve bu kullanımın etkinliğine dair bir değerlendirme yapılacaktır.*

### Anahtar Kelimeler

*Kırılğanlık, Kırılğan Gruplar, İnsan Hakları, Hukuki Özne, AİHM*

## AN INTRODUCTION TO THE CONCEPT OF VULNERABILITY THROUGH HUMAN RIGHTS AND THE VISIBILITY OF THE CONCEPT IN EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

### Abstract

*A prominent concept in the recent ethical and political discussions is vulnerability. Evaluation of the concept in relation to law and human rights*

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [elif.celik@inonu.edu.tr](mailto:elif.celik@inonu.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4380-1767> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.12.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 11.12.2019/Makale Kabul Tarihi: 14.02.2020)

\*\* Bu çalışma yazarın yayımlanmamış Doktora tezinin bir bölümünde tartışma edinilmiş konunun gözden geçirilip, geliştirilmesiyle oluşmuştur.

*however is a quite recent attempt. This study, aims to tackle the subject through law and human rights. In doing this, in light of the current arguments surrounding the concept, the universal-ontological and group based approaches will be referred. Following the overall view by taking into account the distinction made, how the concept finds place in the human rights law literature will be discussed. Finally, the role of the concept in jurisdictions will be demonstrated by referring to the case law of the European Court of Human Rights and a brief assessment concerning the effectiveness of such appliance will be presented.*

**Keywords**

*Vulnerability, Vulnerable Groups, Human Rights, Legal Subject, ECHR*

## GİRİŞ

Kırılğanlık kavramının son yılların gündelik dilinde giderek iştilir olmasının yanı sıra, sosyo-politik ve hukuki diskurda da hayli öne çıkan bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmaz. Burada kırılğanlık olarak kullanımı tercih edilmiş olan kavramın, Türkçeye Latince kökeni olan *vulnus* ve İngilizce karşılığı olan *vulnerability* sözcüğüne paralel olarak “yaralanabilirlik” adı altında yerleştiğini de gözlemlenebilir<sup>1</sup>. Kavramın imlediği alan ve kişileri ifade etmek üzere benzer biçimde “örselenebilirlik” ya da “savunmasızlık” sözcüklerinin tercih edildiğine de rastlanmaktadır<sup>2</sup>.

Kavramın, sosyal ve beşeri bilimler alanında; insanların, durumların, canlıların, kurumların, piyasanın ya da tabiatın tehlikelere açık olma, yaralanabilme, zarar görebilme potansiyeline yönelik bir kullanımı söz konusu olsa da; etik, sosyo-politik ve hukuki kullanımları bakımından insan ve insani olan durumla ilişkili oluşu ön plandadır. Bu bakımdan kavramı 1980’li ve 1990’lı yıllarda ele almış olan düşünürler kırılğanlığı, olası tehlike ve kötülüklerden zarar görmeye yatkınlık olarak formüle etmişlerdir<sup>3</sup>. Kavramın çeperi ya da bir kırılğanlık tanımında belirli olacak olan unsurlar konusunda bir kesinlik olmamakla birlikte, genel kullanımıyla “savunmasızlık”, “mağduriyet”, “dezavantajlılık” gibi durumları imlediği görülmektedir. Sözü edilen yıllarda kavramı ele almış olan isimlerden biri olan MacIntyre, kavramı acı çekebilme ve bu anlamda başkalarına bağımlı olmak bakımından ele almışken<sup>4</sup> Neal, kavramın insanların acı çekme kapasitesine ilişkin bir evrensel gerçeğin karşılığı olduğunu düşünmektedir<sup>5</sup>. Günümüze gelindiğindeyse, kavrama artan ilginin nedeni olarak Coyle, bu yönelimi siyasetin duygusal yönüne bir dönüş olarak ele almaktadır<sup>6</sup>. Öte yandan kavram, şu günlerde kimi eleştirilerde de belirgin olmaya başladığı biçimde, popüler

<sup>1</sup> Bu kullanıma ülkemizde Cogito dergisinin 87. Sayısının başlığında ve metinlerinde “yaralanabilirlik” olarak karşımıza çıkmaktadır (Cogito, Yapı Kredi Yayınları, 87, 2017).

<sup>2</sup> Bu çalışmada, kavramın bedensellik ile ilişkisini göz ardı etmeyen, ancak salt biyolojik bir çağrışımın ötesine geçebilmesinde görece daha uygun bulunan: kırılğanlık sözcüğünü tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> **Goodin**, Robert: *Protecting the Vulnerable*, University of Chicago Press, 1985, s. 110.

<sup>4</sup> **MacIntyre**, Alasdair: *Rational Dependent Animals*, Open Court Publishing, 1999, s. 1.

<sup>5</sup> **Neal**, Mary: “Not Gods but Animals: Human Dignity and the Vulnerable Subjecthood”, *Liverpool Law Review* 23(3), 2012, s. 187.

<sup>6</sup> **Coyle**, Alison: “All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique”, *Critical Horizons Journal*, 17(2), 2016, s. 261.

olan tüm kavramlarda olduğu gibi içi boşaltılmış olma tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu konuda bir eleştiri, kavramın serbest piyasa dünyasındaki tezahürüne ilişkin dile getirilmiştir. Girişimcilik ve kırılğanlık arasında kurduğu ilgiyle girişimcilik pazarında ‘çok satanlar’ ve ‘çok izlenenler’ arasında yerini almayı başarmış olan bir örnekten yola çıkan Coyle, duruma bakılırsa kırılğanlık kavramının tam da Kapitalizmin ruhu haline geldiğini belirtmektedir<sup>7</sup>. Benzer biçimde kavramın muğlaklığının, esnekliğinin ve çoklu kullanımlarının literatürde eleştiri konusu olmaya başladığı da gözlemlenmektedir<sup>8</sup>.

Ne şekilde olursa olsun, kavram, akademik çalışmalarda özneyi ve toplumsal sorunları dile getirmek bakımından anahtar bir kavram halini almışa benzemektedir. Diğer yandan kavramın sınırlı teorik irdelemesi yakın zamanlıymış gibi görünse de, bilhassa siyaset felsefesi bakımından düşünülecek olduğunda bize hatırlatacağı isimlerden biri Hobbes olur. Bu bakımdan, düşünürün tam da kırılğanlık kavramına dayanarak ele aldığı bir insan doğasından hareketle, devlete atfettiği önemi akla getirir. Sadece bu örnek bile kavram ve paternalizm arasında kurula gelen ilişkiyi açık etmek bakımından kayda değerdir<sup>9</sup>. Bununla beraber, kavramı 20. Yüzyıl’da felsefi açıdan ele almış bir düşünürün Levinas olduğunu ve düşünürün, kavramı, bireysel düzeyde, ötekiyle ilişkisellik bağlamında ve ötekine yöneltilmesi gereken insani bir sorumluluk bilinciyle ele aldığını da not etmek gerekir<sup>10</sup>. Bu izlekte, etik tartışmalar dahilinde ve bilhassa Ötekine yönelik sorumluluklarımız bağlamında, feminist literatür teorisyenlerinin de kavrama yöneldiği ve özellikle kavram ve bedensellik arasındaki ilişkiyi vurguladığı göz-

<sup>7</sup> Coyle, s. 264.

<sup>8</sup> Bunlara bir örnek, özellikle Biyoetik alanında kullanımı bakımından kavramın daha önce farkında olunmayan yeni bir duruma işaret etmediği ve böylelikle esasen “zarar vermeme” gerekliliği ya da “onay” gibi mevcut biyoetik prensiplerin zaten kırılğanlıktan doğabilecek etik sorumlulukları karşıladığı yönündeki bir eleştiridir. Bknz. **Wrigley**, Anthony: “An Eliminativist Approach to Vulnerability” *Bioethics*, 29(7), 2015.

<sup>9</sup> Bu bakımdan Hobbes düşüncesinde kırılğanlığın yarattığı bağımsızlığın hemen her zaman bir iktidar ilişkisini de beraberinde getirdiği dile getirilmiştir. Bknz. **Whitney**, Shiloh: “Dependency Relations: Corporeal Vulnerability and Norms of Personhood in Hobbes and Kittay”, *Hypatia*, 26(3), 2011, s. 557. Aynı zamanda bazı Feminist teorisyenlerin, kavramın yaygın kullanımının yarattığı çağrışımlardan dolayı kavrama mesafeli durmasının ardında çoğu kez paternalizm, şiddet ve iktidar ilişkisi argümanları bulunmaktadır.

<sup>10</sup> **Levinas**, Emmanuel: *Humanism of the Other*, Chicago, University of Illinois Press, 2003, s. 62-69.

lemelenmektedir<sup>11</sup>. O hâlde, belki de yeni bir sözcükle yeniden dile girmiş olan kavramı, son yılların bir keşfi olarak değerlendirmektense, insan olma durumuna ve bunun etik ve siyaset teorisindeki rolüne bir geri dönüş ya da yeniden hatırlama olarak ele almak daha gerçekçi olacaktır. Bu noktada soru; insanın yaralanabilir ve kırılğan bir varlık olmasının unutulmuş oluşu ve bugün yeniden keşfedilir olmasının ardında yatan olgunun ne olduğudur. Bu soru esasen pek çok disiplin bakımından mevcut sosyo-politik paradigmanın ve rasyonel öznenin eleştirisi konusuna paralel yürüyecektir. Şüphesiz ege-men sosyo-politik düzenin ve uzantısı olan hukukun rolü de bu unutkanlıkta; bir başka ifadeyle öznenin sanki kırılğan bir varlık değilmişçesine şekillenmiş olmasında belirgindir.

Etik ve politik tartışmalar dahilinde kavramdan yola çıkarak konu edinilebilecek farklı tartışmalar ve başvurulabilecek farklı isimler olsa da bu çalışmanın konusu ve sınırları bakımından esas olan kavram ve hukuk arasında kurulacak olan ilişki ve kavramın insan hakları hukukundaki anlam ve görevi olacaktır. Bu bakımdan buraya kadar değinilen noktalara, kavrama bir giriş ve okuyucuya aşinalık yaratmak adına değinilmiştir. Çalışma özelinde daha spesifik olarak gözetilen konu, kavramın gerek ontolojik gerekse partiküler kullanımlarının insan hakları hukuku bakımından ne ifade ettiği ve insan hakları yargılamalarında ne şekilde belirip iş gördüğü konusudur. Henüz oldukça sınırlı bir literatüre dayanmakla birlikte, kırılğanlık kavramı ve kategorisinin tanımı, sınırları, kapsadığı kişi, grup ve konular ve kullanımını, insan hakları hukuku özelinde ele alınarak kimi örnek kararlarla açık edilmeye çalışılacaktır.

## 1. KIRILGANLIK KAVRAMININ İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİ

Belirtildiği üzere kırılğanlık kavramına dokunarak işaret edilebilecek alanlar bir haylidir ve her bir alanda da kullanımının etkinliği sorgulanmaya müsaittir. Kavram hukuk ve daha özelinde insan hakları hukukuyla ele alınacak olduğundaysa kavrama ilişkin bir ayırmadan yola çıkmak yerinde olacaktır. Bunlardan ilki, kavramı yakın zamanlarda ele alarak hakların öznesine uyarlamayı hedef alan ve kavramı insan durumuna içkin, ontolojik ve evrensel bir özellik olarak ele alan yaklaşımdır. Bu yaklaşımın hedefinde kırılğanlık kavramının çağrıştırdığı negatif yankıları gidermek, kimi grupları kırılğan olarak addetmektense hukukun öznesi olan insana odaklanarak, bu her tek öznenin bedenselliğinden doğan evrensel kırılğanlığına vurgu

---

<sup>11</sup> Örneğe **Butler**, Judith: *Giving an Account of Oneself*, Fordam University Press, 2005.



yapmak amacı vardır<sup>12</sup>. İkinci yaklaşım ise, kavrama başvurarak belirli özellikler nedeniyle kategorize edilebilecek kimi grupları ele alan ve söz konusu grupların dezavantajlılığına hukuk yoluyla bir çözüm arayan partiküler bir yaklaşım olacaktır. Partiküler yaklaşım, belirtildiği üzere kırılğanlığı kimi başlıklar altında bir kategori olarak ele almakta, söz konusu gruplara dahil olan kişileri; örnekse çocukları, mültecileri, insan ticaretine maruz kalan kişileri vb. “kırılğan gruplar” başlığıyla değerlendirmektedir. Bugün uluslararası insan hakları hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kullanım bulan kırılğanlık yaklaşımının bu türden bir grup yaklaşımına dayandığını söylemek mümkündür. Her iki yaklaşımın ayrıntılarını ayrı başlıklar halinde ele almak, konu edindikleri alanları açık etmek bakımından yerinde olabilir.

### 1.1. Ontolojik ve Evrensel Bir Kırılğanlık

Ahlâk felsefesinin insanın aynı zamanda bedenli bir varlık olduğunu görmezden gelişi yakın dönem düşünürlerince eleştiri konusu olmuştur. Örneğin MacIntyre, kırılğanlığı ele alırken Aristoteles düşüncesinde var olan ancak unutulmuş bir yön olan insan bedeninin hayvani bir bedensellik olduğunu hatırlamamız gerekliliği ile başlar<sup>13</sup>. Benzer biçimde Nussbaum, Kant’ın insan onuru anlayışını eleştirirken bunun rasyonellik ve hayvani bedenselliğimiz arasında yaptığı ayrımı konu edinir ve insan için konu edindiğimiz bir onurun onun kırılğan bedenliliğinden azade olamayacağını dile getirir<sup>14</sup>. Öte yandan, rasyonellik ve bedensellik ayrımı varsayımına dayanan liberal adalet teorisi ve hukuk sistemi, hukukun kişisini; serbest bir iradeye sahip ve bu nedenle sözleşmelere girip çıkabilme ehliyetinde olan, otonom ve bağımsız, çoğu durumda eril ve salt rasyonel bir özne olarak ele almaktadır<sup>15</sup>.

Kırılğanlık kavramına temelde insanın bedenselliği hakikatinden yola çıkarak yaklaşan ontolojik yaklaşımsa, her tek insana içkin bedensel kırılğanlığı özne olmanın temeli olarak görmektedir. Bu bakımdan her insanın yaşamı gerek bedensel gerekse maddi ihtiyaçları üzerine şekillenir. Bu gerçeklik bizi yaşamımız boyunca hastalıklar, sakatlıklar, ölüm gibi gerçeklik-

<sup>12</sup> Bu yaklaşım altında MacIntyre, Ricoeur, Nussbaum, Butler, Turner, Kittay, Fineman, Mackenzie gibi isimler sıralanabilir.

<sup>13</sup> **MacIntyre**, s. 6.

<sup>14</sup> **Nussbaum**, Martha: *Frontiers of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, s. 132.

<sup>15</sup> Burada akla ilk gelen örnek Rawls ve Adalet Teorisi olmaktadır.

lerle yüz yüze bırakırken; birbirimize bağımlı ve birbirimizle ilişkide olmak bu durumun içkin bir parçasıdır. Sözü edilen türden bir kırılganlığın kökeni bedenli varlıklar oluşumuzdan ileri gelse de, bu bizi aynı zamanda sosyopolitik baskıların, zulmün, dışlanma ve ayrımcılığın da öznesi haline getirir<sup>16</sup>. O hâlde, bu türden bir yaklaşımın temelinde salt rasyonel bir özne değil de bedensel bir insan olması kırılganlığın ardında yatan sosyal, ekonomik ya da tikel koşulları göz ardı etmeyerek bizzat bu durumların yaratabileceği kırılganlıkları da gözetmek zorundadır<sup>17</sup>.

Bu gerçeklik doğrultusunda ontolojik kırılganlık yaklaşımının hukuken ya da insan hakları açısından ne arz ettiği sorusu akla gelir. Buna ilişkin cevabı da yine ikiye ayırarak vermek mümkün olacaktır. İlk olarak insan hakları bakımından oynadığı role cevap aranacak olduğunda, etrafında çokça tartışmalar dönen insan haklarının öznesi sorununu ele alışını bakımından bir fark yarattığı söylenebilir<sup>18</sup>. İnsan haklarının öznesi sorununa ve insan haklarındaki insan sorusuna yeniden dönmeyi gerekli kılan ve bu özneyi yeniden ele almayı gerektiren bir kırılganlık yaklaşımı, evvela insan haklarının evrenselliğine yöneltilen eleştirileri, evrensel ancak bu kez bedensellik üzerinden bir evrenselliğe dayanan bir tanımla bertaraf etmeyi hedefler. O hâlde ‘insan hakları neden var’ sorusunun cevabı her insanın sürekli ve kaçınılmaz olarak bedensel bir kırılgan varlık oluşu üzerinden cevaplanacak ve bu nokta da bizi insan hakları dilinin kapsamakta yetersiz kaldığı alanlara götürecektir. Bilhassa sosyal ve ekonomik haklara önem veren bir insan hakları sosyolojisine olan ihtiyacı ele alan çalışmada Turner, insanın sosyal birlikteliğinde rol oynayan en önemli etken olarak gördüğü kırılganlığı, yine insanın toplumsal olarak bir diğerine bağımlı bir varlık olduğu ve toplumsal kurumları tam da bu nedenle oluşturduğu argümanı destekler<sup>19</sup>. Ontolojik kırılganlık bu bakımdan onun görüşünde en temel insan haklarının, örneğin yaşam hakkının dayanağı olacak ancak bununla da sınırlı kalmayacaktır.

<sup>16</sup> **Mackenzie/Rogers/Dodds:** *Vulnerability: New Essays in Feminist Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2014, s. 1.

<sup>17</sup> **Goodin**, s. 191.

<sup>18</sup> İnsan haklarının tanımı ve sınırına ilişkin bir bilgi vermek ya da bu düşünceye yöneltilen eleştirileri konu edinmek bu çalışmanın sınırları dışındadır. Burada belirtilebilecek bir nokta ‘özne’ sorusunun insan hakları tartışmalarında da kendine yer bulduğu ve kırılganlık argümanının bu tartışmaları bertaraf etmek bakımından bir alternatif olduğu olabilir. Okuyucunun fikir edinebilmesi bakımından insan hakları fikri eleştirileri için başvurulabilecek çok sayıda kaynaktan bir kaç: **Arslan**, Zühtü: “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *SBF Dergisi* 56(1), 2001; **Ranciere**, Jacques: “Who is the Subject of the Rights of Man”, *The South Atlantic Quarterly* 103(Spring/Summer), 2004.

<sup>19</sup> **Turner**, Bryan: *Vulnerability*, Pennsylvania State University Press, 2006, s. 25.

Dolayısıyla Turner'a göre insanın acı çekme kapasitesini ifade eden kırılma, insan haklarına temel teşkil edecek farklı kültürel argümanlar karşısında birleştirici bir rol oynayabilecektir. Düşünürü göre kırılma, yalnızca insanlar açısından değil aynı zamanda insan kırılmasına cevaben oluşturulan kurumlar açısından da bir rol oynar. İnsan haklarına cevaben oluşturulan kurumlarının bizzat kendi güvencesizliklerinden yola çıkan Turner, bizi kırılma bir özne karşısında bu kurumları tekrar düşünmeye davet eder<sup>20</sup>. Kırılma kavramını bizzat insan hakları teorisiyle ele alan bir diğer isim Grear ise, insan haklarına konu edilen liberal öznenin tanımına karşı çıkarak başlar ve bugün hâlen insan haklarının en büyük açmazının bu özne tasviri üzerinde düğümlendiğine işaret eder<sup>21</sup>. Hemen her seferinde karşımıza rasyonel ve eril olarak çıkan bu soyutlama, düşünürü göre insanın bedensel kırılmasını yansıtmaktan uzak bir mitsel figürdür ve insanın kırılmadan kaynaklanan çok yönlü ihtiyaçlarını ele alabilmek bakımından oldukça yetersizdir. O hâlde, bir evrensellik iddiası; insanın tikelliği, bedenselliği ve dolayısıyla kırılmadan üzerine inşa edilmelidir<sup>22</sup>. İnsan hakları ve insan kırılmadan arasında kurulacak ilişkinin önem arz ettiği bir başka nokta da, insan haklarının tüzel hukuki kişiliğe sahip şirketler tarafından giderek artan biçimde kendi menfaatlerini gözetmek bakımından kullanımının önünü kapatmak bakımındandır<sup>23</sup>. Bu açıdan insan haklarının öznesinin bizzat bedensel insanlar olduğunu vurgulamak için, akıl ya da menfaat sahipliğine dayalı bir hukuki soyutlamadan, insani olan bir gerçekliğe ve dolayısıyla bedensel kırılmadan dönmek gerekecektir<sup>24</sup>.

Ontolojik bir insan kırılmadan yaklaşımını bizzat insan hakları dilinde olmasa da hukuk dilinde kullanmayı destekleyen ve bu anlamda hukukun öznesinin kırılma bir özne olduğunu ele alan bir diğer isim Fineman ise, liberal hukukun öznesini saf dışı bırakmak gerektiği düşüncesindedir<sup>25</sup>. Fineman da liberal hukukun mevcut öznesinin kendi kararlarından sorumlu, bireysel, otonom ve bağımsız bir özne olduğuna işaret etmektedir. İşte kırılmadan teorisi, böylesi bir özneye meydan okumayı amaçlar. Düşünür, bilhassa konu edildiği Birleşik Devletler özelinde, formel bir eşitlik anlayışının

<sup>20</sup> Turner, s. 26.

<sup>21</sup> Grear, Anna: Redirecting Human Rights, Palgrave Macmillan, 2010, s. 116.

<sup>22</sup> Grear, 2010. s.166.

<sup>23</sup> Grear, Anna: "Challenging Corporate 'Humanity': Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights", Human Rights Law Review, 7(3) , 2007, s. 543.

<sup>24</sup> Grear, 2007, s. 516.

<sup>25</sup> Fineman, Martha: "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality Vulnerability and the Human Condition", Yale Journal of Law and Feminism 20(1), 2008, s. 2.

ve kıtada egemen olan negatif insan hakları düşüncesinin yarattığı tatmin-sizlikten yola çıkarak; teorisinde, insanın doğumdan ölüme kadar bedensel, fiziksel ve sosyal tehlikelere açık ve bir diğerine bağımlı bir varlık olduğunu merkeze koyar. Buradan hareketle sorumlu bir devletin gereklerine ve kırıl-gan öznelerinin hukuk eliyle direnç kazanmasının gerekliliğine vurgu ya-par<sup>26</sup>. Burada önem arz eden bir diğer konu, kırıl-ganlık kavramının kimi kullanımlarının ve popülasyonlara atfedilen kırıl-ganlığın yarattığı sıkıntılar bakımındandır. Bedenselliğe dayalı, evrensel ve ontolojik kırıl-ganlığın her tek insan için geçerli olduğu savında ısrar eden düşünür, bu bakımdan hukuka konu olan kırıl-gan gruplar kategorisine sıcak bakmaz, ve bu kate-gorizasyonları, hemen her zaman birilerini dışarda bırakabileceği için problemlili görür. Dahası bu sınıflandırmalar kırıl-ganlık kavramına yapışmış olan mağduriyet, marjinalite, patoloji gibi algıları da pekiştirebilmektedir<sup>27</sup>.

Ontolojik bir kırıl-ganlık tezine dayanan tüm düşünürlerin ortak noktası, son yıllarda literatüre giren ve yüklendiği; ‘mağduriyet’, ‘zayıflık’, ‘bağımlılık’, ‘kurbanlık’ gibi olumsuz çağrışımlar nedeniyle eleştiri konusu olabilen bir kavram olan kırıl-ganlığın esasen her tek insanın bedenselliğinden ve sosyalliğinden kaynaklanan bir kavram olduğu gerçeğine dayanmak ve bu evrensel gerçekliğe sahip çıkmaktır. Belirtildiği üzere bu, kimi düşünürler için mevcut insan hakları paradigmasını eleştirirken onu yeniden temize çıkarabilmek için bir araç, kimileri için de hukukun genelini konu edinirken bir başlangıç noktası olması gerekliliğindedir.

## 1.2. Partiküler ve Grup Odaklı Bir Kırıl-ganlık

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere bugün kırıl-ganlık kavramı yaygın biçimde, ontolojik yaklaşım teorisyenlerinin savunduğu biçimin aksine, genellikle bir dezavantajlılık ya da partikülerlik durumunu imler ve bu bakımdan belirli grupları ve bu gruplara mensup kişileri ifade etmek için kullanım bulur. Gerek sosyal bilimler alanında gerekse hukukun kırıl-ganlık kavramını konu edindiği durumlarda karşılaştığımız durum budur<sup>28</sup>. İnsan

<sup>26</sup> **Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, 60(2), 2010, 36.

<sup>27</sup> **Fineman**, 2008, s. 8.

<sup>28</sup> Öte yandan bu türden bir yaklaşımın, bilhassa saha araştırmaları söz konusu olduğunda yarattığı sıkıntı kimi araştırmacılar tarafından dile getirilmektedir. Bir eleştiriye göre yapılan araştırmalarda kendisinin kırıl-gan bir gruba mensup olduğu ait olduğu düşün-cesiyle kendisine yaklaşılacak katılımcılar bu çalışmaların konusu olmak bakımından haklı bir çekimserlik gösterebilmektedirler. Bu özellikle ekonomik bir kırıl-ganlık söz konusu olduğunda gözlemlenebilmektedir. Bir diğer engel, bizzat kırıl-gan bir gruba mensup

hakları hukuku açısından da durumun farklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Halihazırda kırılğanlık, liberal öznenin kendisini, dayandığı kabul-leri sorgulamaya maruz bırakan bir kavram olarak değil de, bu tanımım dışında kalabilen kişileri ve bu kişilerden oluşan grupları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bakımdan kırılğan addedilen kişi veya gruplar esasen liberal öznenin tanımı ölçütüne uyamayan, liberal öznenin ötekisi biçimine indirgenmektedir.

Kırılğan gruplar altında tanımlanacak kişilerin dayandığı kırılğanlık, salt bedensel ve içsel ya da sosyo-ekonomik faktörlere bağlı bir kırılğanlık olabilir. İlkine örnek olarak zihinsel engelliler ya da çocuklar; diğerine ise sığınmacılar, mülteciler ya da Romanlar örnek gösterilebilir. Sosyal gereklilikler açısından kırılğan gruplar sınıflandırmasına tabi tutulmak kimi yazarlar tarafından gerekli önlemlerin alınması ve dezavantajların giderilmesi adına faydalı, kimileri bakımındansa hemen her zaman bir mağdurlaştırma ve kurbanlaştırmayı içerdiği ve paternalizmin önünü açtığı için faydasız bulunmaktadır. Kırılğanlığa ve kırılğan gruplar sınıflandırmasına, kavramın gerekliliğine ya da gereksizliğine, kimlik politikalarındaki yerine, şiddetle olan ilişkisine, Feminist kuram bakımından oynadığı role vb. ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte bunlar, bu çalışmanın sınırları bakımından burada konu edinil(e)meyecektir. Bu çalışma bakımından bir kabul ise kavramın bir süredir insan hakları hukuku literatüründe kendine yer bulduğudur. Bu doğrultuda burada bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından kırılğan gruplar kavramı ve kavramın ilintili olduğu gruplar ele alınacaktır.

## 2. AİHM KARARLARINDA KIRILGANLIK KAVRAMI

Bölgesel bir yargısal koruma mekanizması olan AİHM'e geçmeden evvel, ilk olarak kavramın Birleşmiş Milletler düzeyindeki insan hakları koruma sistemi düzeyinde ne ifade ettiğine kısaca değinilebilir. Birleşmiş Milletler düzeyinde kırılğan popülasyonlara ilişkin ilk kullanımın Dünya Gıda Örgütü (FAO) dokümanlarında ortaya çıktığı görülür<sup>29</sup>. Ancak kavramın kullanımı 1990'lı yıllar ve sonrasında yaygınlık kazanmaya başlayacaktır. Dönemin uluslararası sözleşmelerinin dilinde nadiren de olsa kırılğan

olduğu gerekçesiyle, araştırmalarda sesini duyurmak isteyen kimi katılımcıların, tam da kırılğan bir gruba girdikleri gerekçesiyle katılım dışı bırakılabilmeleridir. Bu da daha çok engellilik ve akıl sağlığı gibi koşullar nedeniyle temsil edilememek biçiminde olmaktadır. Fisher, Pamela: "Ethics in Qualitative Research: 'Vulnerability', Citizenship and Human Rights", *Ethics and Social Welfare* 6(1), 2012, s. 4.

<sup>29</sup> Yearbook of the United Nations (1946/1947: 687).

gruplar kavramına başvurulmaya başlandığı da gözlemlenebilir<sup>30</sup>. Bu bakımdan kimi kaynaklar, çeşitli gruplara yönelik düzenlenmiş insan hakları sözleşmelerini de kırılğanlığa bir cevap olarak görebilmekte ya da kırılğan gruplar başlığı altında ele alabilmektedirler<sup>31</sup>. Öte yandan bu genel yaklaşım dahilinde kırılğan gruplar genel nüfusa oranla daha dikkatli ve özenli yaklaşılması gereken bir popülasyonu ifade etmektedir. Belirtilmesi gereken bir nokta hiç bir uluslararası hukuk metninin özel olarak kırılğanlığı tanımlamadığı ve kırılğan grupları sıralamadığıdır. O hâlde kırılğan gruplar kavramı literatüre daha ziyade insan hakları hukuku pratiği aracılığıyla dahil olmuştur denebilir. Yaş, cinsiyet, etnisite ve azınlık olma hali, sağlık durumu ve özgürlüğünden mahrum olma hali gibi durumlar uluslararası insan hakları hukuku bakımından kırılğanlıkla ilişkilendirilebilen durumlar olarak sıralanmıştır<sup>32</sup>. Örneğin Çocuk Hakları Komitesi bir Genel Yorumunda bilhassa kırılğan olarak addettiği çocukları; sokak çocukları, çatışma alanında yaşayan çocuklar, HIV ve AIDS ile yaşayan çocuklar, sığınmacı ve mülteci çocuklar, engelli çocuklar, cinsel istismara uğramış çocuklar, yoksul çocuklar vb. olarak ele almıştır<sup>33</sup>. Benzer biçimde kırılğanlık kavramı ve sosyal ekonomik ve kültürel haklar arasındaki sıkı ilişkiden yola çıkarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, raporlarında ve genel yorumlarında kırılğanlık kavramına başvurabilmektedir<sup>34</sup>. Diğer yandan bu konuda bir tespit, söz konusu yorumlarda kırılğanlık kavramını kavramsallaştırabilmek adına tutarlı bir rasyonelinin olmadığı ve de kırılğan grupları kimi haklar bakımından özellikle gözetmek söz konusu olduğunda bu önlemlerin neler olacağına açık edilmediğine ilişkindir<sup>35</sup>.

BM bünyesindeki genel yorumlarda ya da raporlarda kimi zaman da ‘şiddetli kırılğanlık’ ya da ‘özellikle kırılğan’ olmak kavramına başvurduğu görülür<sup>36</sup>. Bu, halihazırda kırılğanlık kategorisine giren bir bireyin sahip

<sup>30</sup> Bunlar: Göçmen İşçiler ve Aileleri Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi Protokolleridir.

<sup>31</sup> **Morawa**, Alexander H. E.: “Vulnerability as a concept of International Human Rights Law” *Journal of International Relations and Development*, 6(2), 2003, s. 140.

<sup>32</sup> **Morawa**, s. 140.

<sup>33</sup> Çocuk Hakları Komitesi CRC/GC/2002/2 paragraf 41.

<sup>34</sup> Bu yöndeki ilk kullanımlar için: E/1995/22; E/1996/22

<sup>35</sup> **Chapman**, Audrey, **Carbonetti**, Benjamin: “Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 33(3), 2011, s. 691, 697.

<sup>36</sup> Örnekte Çocuk Hakları Komitesinin engelli çocuklar ve şiddete uğrayan çocuklarla ilgili Genel Yorumlarında bu ifadeler gözlemlenebilir. CRC/C/GC/9; CRC/C/GC/13

olduğu içsel ya da koşullara bağlı ikinci bir dezavantaja sahip olduğu durumlarda göze çarpar: hamile bir sığınmacı, engelli bir çocuk, psiko-sosyal engelli bir mahkum vb. örneklerinde olduğu gibi. Bugün bilhassa sözleşmelere bağlı komitelerin faaliyetlerinde, insan hakları öncelik konularında ve raporlarında kırılma kavramına başvurulduğu gözlemlenmekteyse de belirtildiği üzere kavrama ilişkin bir tanım ya da sınır bulunmamaktadır.

Yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kırılma kavramına yöneldiği gözlemlenmektedir. Kimi çalışmalar bu yönelimi “sessiz bir devrim” olarak tanımlayabilmektedir<sup>37</sup>. Aşağıda açıklanabileceği gibi 1981 yılındaki ilk kullanımından bu yana ve bilhassa 2000’li yılların sonlarına yaklaşıldığında mahkemenin kavrama giderek artan bir biçimde yer vermeye başladığı görülmektedir. Bunda kırılma kavramının akademik diskurda fazlaca popüler olmasının payı olabileceği de akla gelmektedir. Öte yandan altı çizilmesi gereken nokta, Mahkemenin kavramı çoğunlukla kırılma gruplar ve partiküler bir kırılma yaklaşımı doğrultusunda ele aldığı ve Fineman ve diğerleri tarafından ileri sürülen evrensel kırılma öznenin kabulüne dayalı bir ontolojik yaklaşımın Mahkeme nezdinde karşılık bulmadığıdır. İleri sürülen yaklaşımın hukukun öznesine yönelik bir paradigma değişikliği gerektirdiği ve bu yöndeki tartışmaların daha felsefi bir boyutta olduğu düşünülecek olduğunda bunun şaşırtıcı bir tespit olmadığı da akla gelecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni ve Mahkemesi içtihatları, kırılma ya da kırılma gruplara ilişkin bir tanıma sahip değildir. Kavram, mahkeme kararlarında kişilere atfedilebilse de çoğunlukla bir grup kategorisine mensup olmak bakımından atfedilir görünmektedir. Mahkeme kararları doğrultusunda, bir grubun kırılmasının belirleyicisi olarak farklı değişkenlerin söz konusu olabileceği çıkarımında bulunulabilir. Bu bakımdan mahkeme, kimi kararlarında, Roman gruba mensup kişileri ya da zihinsel engellileri, sırf mensup oldukları grup bu kritere sahip olduğu için kırılma addetmiştir<sup>38</sup>. Burada sözü edilen iki grubun da tarihsel olarak ciddi bir ayrımcılık ve stigmatın hedefinde oluşu önem taşır. Benzer biçimde HIV taşıyıcısı bir başvuruçunun söz konusu olduğu bir davada, mahkeme, HIV ve AIDS hastalarına yönelen stigma ve dışlanmayı gözeterek bu grubu kırılma

<sup>37</sup> **Timmer**, Alexandra: “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, içinde Vulnerability, **Fineman**, Martha ve **Grear**, Anna (Eds.), (Routledge, e-pub), 2016.

<sup>38</sup> **Chapman v. UK.**, 27238/95 [2001] **Alajos Kiss v Hungary** 38832/06 [2010]

bir grup olarak addetmiştir<sup>39</sup>. Devletin kadına karşı şiddetle mücadelesizliğini konu edinen *Opuz/ Türkiye* davasındaysa, mahkemenin aile içi şiddet gören kadınları kırılğan gruplar dahilinde ele aldığı görülmüştür<sup>40</sup>. Günümüzde mahkeme istatistiklerine bakarak hali hazırda kırılğan gruplar olarak ele alınmış grupları; çocuklar, zihinsel engelliler, mülteci ve sığınmacılar, HIV ve AIDS hastaları, romanlar, hamile ve aile içi şiddete uğrayan kadınlar, kimi azınlık gruplar ve gözaltında olan kişiler olarak sıralamak mümkündür. Bu sonuçlara bakarak, kırılğanlığın, liberal hukukun öznesi olarak varsayılan faillerin tanımıyla örtüşmeyen, bu tanımın kapsamakta yetersiz kaldığı kişileri ortak bir paydaya alan bir kavram olduğu görülebilir. Mahkeme kararlarında ortaya çıkan bir başka ifadeyse çoklu kırılğanlıkları ele alabilmek için kullanılan “aşırı kırılğanlık” kavramıdır. Örneğin *MS / Birleşik Krallık* davasında hem zihinsel engelli hem de tutuklu olan başvuru için bu ifadeye başvurduğu görülmektedir<sup>41</sup>.

‘Kırılğan grup’ kavramının mahkeme kararlarında gün yüzüne çıktığı ilk karar *Chapman / Birleşik Krallık* davası olmuştur. Başvuranın göçebe yaşam tarzı gereği, karavanını park ettiği alanların şehir planlaması ile uymaması ve bu nedenle başvuru tahliyesi konulu davada, gerek özel hayata ilişkin 8. maddenin gerekse ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini öne süren başvuru, her ne kadar lehine bir sonuç alamamış olsa da bu karar aracılığıyla kırılğan grup kavramı mahkeme nezdinde kullanım bulmuştur. Romanların neden kırılğan bir azınlık grup olduğu sorusunun yanıtı ise tarih boyunca göçebe olarak yaşamış olmaları ve bu nedenle toplumun genelinden farklı ihtiyaçlara sahip olmalarıyla açıklanmıştır<sup>42</sup>. Kırılğan bir azınlık grup olmakla ilgili mahkemenin dayandığı bir diğer ölçüt ise söz konusu gruba ilişkin tarihsel olarak süregelen bir dışlanma ayrımcılık ve stigmanın bulunmasıdır. Benzer biçimde roman azınlığı ilgilendiren *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti* Davasında Büyük Daire, Romanları, çalkantılı tarihsel geçmişleri ve yerinden edilmişlikleri nedeniyle özel olarak dezavantajlı ve kırılğan bir grup olarak addetmiştir<sup>43</sup>. İnsan hakları ve kırılğanlık arasındaki ilişki bakımından bu kararda vurgulanan nokta kırılğanlık kavramını salt bedensel bir kırılğanlıkla eş görmemek ve böylelikle kavramın oluşumunda rol oynayan tarihsel ve sosyo-politik gerçekleri ve kavramın çoğu zaman ayrımcılıkla olan ilişkisini ele almak bakımından önemlidir.

<sup>39</sup> Kiyutin v. Russia, 2700/10 [2011]

<sup>40</sup> Opuz v. Turkey 33401/02 [2009]

<sup>41</sup> MS. v. UK 24527/08 [2012]

<sup>42</sup> Chapman v. UK., 27238/95 [2001]

<sup>43</sup> D.H. and others v. the Czech Republic 57325/00 [2007]



Mahkeme istatistikleri kavramın en çok tutuklu ve gözaltında olan kişilere istinaden kullanıldığını da ortaya koymaktadır. Gözaltında bulunan kişilerin kırılğan bir grup olduğuna dair ilk karar *T.W / Malta* kararında belirmiştir<sup>44</sup>. Mahkeme bu ilk kullanımda kırılğanlığı sadece gözaltında olan ve belirli özelliklere sahip insanlarla eş tutmuşsa da sonraları tüm tutuklu kişilerin kırılğan bir pozisyonda olduğuna dair bir görüş de beyan etmiştir<sup>45</sup>. Söz konusu davalarda öne çıkan konunun genellikle işkence ve kötü muamele yasağının ihlali olduğu düşünülecek olduğunda, esasen kırılğanlık ve bedensellik arasında kurulan yakın ilişki de doğrulanmış olur. Yaşam hakkı söz konusu olduğunda kırılğanlık argümanının nasıl bir rol oynadığı yine bilhassa gözaltında olan kişiler bakımından önem taşımaktadır. *Keenan / Birleşik Krallık* davasında AİHM, devletin gözaltında olan kişilerin yaşamını koruma sorumluluğu bağlamında bu kişileri kırılğan olarak tanımlamıştır. Mahkumun gözaltında intiharı ile ilgili davada mahkeme, aynı zamanda mahkumun psiko-sosyal durumunu da gözeterek ‘akıl hastası’ bir mahkum olma durumunu dikkate almıştır<sup>46</sup>. Benzer biçimde psiko-sosyal bir engeli olan mahkumun gözaltındaki intiharına ilişkin *Renolde / Fransa* davasında dikkat çeken nokta, mahkumun hem gözaltında bulunduğu ve özgürlüğünden mahkum olduğu için kırılğan olma hali hem de psiko- sosyal engeli olmuştur. Nitekim, kararda devletin söz konusu kırılğanlıklar kar-şısında özel tedbirler alınması gerekliliği yinelenmiş ve devletin yaşam hakkını korumak yönündeki pozitif sorumluluklarına vurgu yapılmıştır<sup>47</sup>.

Kırılğanlık kavramını sığınmacı ve mültecilerin durumu ile ilişkili kullanan ilk karar *M.S.S / Belçika ve Yunanistan* kararıdır. Söz konusu davada başvuru, Belçika tarafından, Dublin anlaşması gereği Avrupa’ya ilk giriş yaptığı nokta olan Yunanistan’a gönderilmiş ve burada son derece kötü koşullarla karşılaşmıştır. Mahkeme bu kez sığınmacılık ve kırılğanlık arasındaki bağı kurarken, “başvuranın sığınmacı durumuna içkin olan kırılğanlık” ifadesine başvurmuştur<sup>48</sup>. Öte yandan kırılğanlık tanımına başvurulmuş olduğu hâlde devletin sorumluluğu olduğuna hükmedilmeyen ya da kırılğanlık tanımına başvurulmadığı hâlde devlet sorumluluğunun doğduğu davalar vardır. Bu doğrultuda Mahkemenin kırılğan gruplar tanımının, bu gruba mensup kişilerin içsel özelliklerinden ya da sabit bir özlerinden ziyade

<sup>44</sup> T.W. v. Malta 25644/94 [1999]

<sup>45</sup> Salman v. Turkey 21986/93 [2000]

<sup>46</sup> Keenan v. UK 27229/95 [2001]

<sup>47</sup> Renolde v. France 560805 [2008]

<sup>48</sup> MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] paragraf 233.

sosyal koşullarla etkileşiminden doğduğu argümanı da önem kazanır. Bu konuda Mahkemenin geçmiş dönem yargıçlarından, Yargıç Sajo'nun konu hakkındaki görüşleri dikkate değerdir. Yargıç, kırılğanlık kavramına başvurulması konusunda ihtiyatlı davranılması gerektiğini düşünmektedir. Nitekim kimi davalarda ifade ettiği kişisel görüşleri de bunu destekler niteliktedir. Örneğin sığınmacıların kategorik olarak içkin bir kırılğanlığa sahip oldukları görüşünün belirttiği davada sığınmacıların bir homojenliğe sahip olmadığından hareketle, kırılğan bir grup olarak sayılamayacağını, zira bu grubun her tek katılımcısının içsel bir kırılğanlığa sahip olduğunu söylemenin mümkün olmadığını dile getirmiştir. Dolayısıyla, Yargıca göre önceki örnekte Roman azınlık söz konusu olduğunda mevcut olan tarihsel bir önyargı sığınmacılar için söz konusu değildir<sup>49</sup>. Buradan hareketle Mahkemenin bir kişiyi salt engelli ya da azınlık bir gruba mensup olduğu için kırılğan olarak göremeyeceği ancak söz konusu özelliklere sahip kişiler o toplumda sistemli olarak bir ayrımcılığa, dezavantaja ve dışlanmaya maruz kalıyorsa, o zaman kırılğan grup adlandırması doğacağı fikri de belirmektedir.

Mahkeme kararları doğrultusunda cinsiyet bakımından otomatik olarak kırılğan bir gruba mensup olunacağı yönünde bir çıkarım yapmak olanaksızdır. Öte yandan, *Opuz / Türkiye* davasında Mahkemenin, kadınlar ve kırılğanlık arasındaki ilişkiyi iki türlü ele aldığı görülür. Birincisi, kırılğan bir gruba mensup olan bir kadın olmak bakımındandır; örnekse, mülteci bir grup içinde kadın olmak. Bu kararda konu olansa aile içi şiddete uğrayan kadınların ayrıca kırılğan bir grup oluşturduklarıdır<sup>50</sup>. Söz konusu dava özelinde kırılğanlık, özellikle devletin pozitif yükümlülükleri bakımından bir sorumluluk doğurmuş ve aile içi şiddete uğrayan kadınlar, devlet tarafından korunması gereken kırılğan kişiler tanımına dâhil edilmiştir. Benzer biçimde *Bevacqua ve S / Bulgaristan* kararında mahkeme, aile içi şiddete maruz kalan kadınları kırılğan bir grup olarak ele almıştır<sup>51</sup>. Ancak belirtilmesi gereken önemli bir nokta mahkeme nezdinde sırf kadın olmanın salt dezavantajlı bir grup olmak anlamına gelmeyeceğidir. Bu hususun açık edilmesi gerek cinsiyet gerekse kırılğanlıkla eşleştirilegelen kimi önyargıları ve indirgemeleri saf dışı etmek bakımından da yerindedir. O hâlde kadınları kırılğan bir grup kategorisine dahil etmek yerine kadınların kendilerini kırılğan bir pozisyonda bulmalarını sağlayan toplumsal düzenlemelerin ve yasal eksikliklerin açık edilmesi bakımından bu fark önemlidir.

<sup>49</sup> MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] Yargıç Sajo'nun kısmen mutabık ve kısmen karşı görüşü 102.

<sup>50</sup> Opuz v. Turkey 33401/02 [2009] paragraf 160, 171.

<sup>51</sup> Bevacqua and S. v. Bulgaria 71127/01 [2008] paragraf: 65

Kırılğanlığın konu edinildiği davalarda Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin nasıl bir rol oynadığı ve ayrımcılık yasağı ve kırılğanlık arasında Mahkeme bakımından nasıl bir ilişki olduğu konusunda yapılan bir yorum kırılğanlığın mahkemenin dezavantajlılık durumuna daha derin bir biçimde bakabilmesini olanaklı kıldığı yönündedir<sup>52</sup>. Ancak aynı gözlem esasen kırılğan gruplar kavramına dayanarak alınan kimi sonuçların mahkemenin klasik yaklaşımlarının çok dışında olmadığına yani kavramın kullanılmadığı durumlarda da benzer sonuçlara ulaşılabilecek olduğuna işaret etmektedir. O hâlde bir ‘anahtar kelime’ olmanın ötesinde kavramın ayrımcılık konusunda yaptığı katkı, kararların gerekçelendirilmesi bakımındandır<sup>53</sup>. Öte yandan kavramın bilhassa ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde ile ilişkili kullanımı söz konusu olduğunda Mahkemenin Büyük Dairesinin kavrama başvurmak konusunda oldukça titiz ve temkinli olduğuna da işaret edilmektedir<sup>54</sup>. Kırılğanlık ya da kırılğan gruplar yaklaşımının ayrımcılık yasağıyla birlikte ele alınması konusunda esasen gözden kaçmaması gereken bir nokta vardır. Örneğin *Kiss / Macaristan* davasında Mahkeme, vesayet altındaki kişilerin oy vermesine ilişkin engelin, oy hakkının bir ihlali olduğuna karar vermiştir. Buna göre bir yasanın zihinsel ya da psiko-sosyal engellileri tek bir sınıfmışçasına ele alarak sadece vesayet altında olmaları nedeniyle oy hakkından mahrum bırakması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Bu olayda Mahkeme, zihinsel ya da psiko-sosyal engeli bulunan bireyleri kırılğan bir grup olarak addederken bu kişilerin tarih boyunca karşılaştıkları ayrımcılıklara vurgu yapmıştır<sup>55</sup>. Öte yandan burada dikkate değer olan husus, mahkemenin sözü edilen grubu kırılğan bir grup addetmesi ancak bu sınıflandırmanın amacının bir stigmatı pekiştirmektense ayrımcılık karşısında şekillenmiş bir kırılğanlığın önüne geçmesidir. O hâlde, kırılğan gruplar adlandırmasına eleştirel yaklaşan görüşlerin de üstünde durduğu üzere, adlandırma ve faillik arasında bir gerilim hemen her zaman vardır ancak Mahkeme söz konusu kararıyla kırılğan bir grubun haklardan yoksun kalmasına değil, bizzat failliğinin desteklenmesine katkıda bulunmuştur. Bu anlamda denilebilir ki: Mahkeme kırılğan gruplar kavramına başvurarak mevcut bir yargıyı pekiştirse de aynı kavram aracılığıyla mevcut yargının sahibi olan grubu özgürleştirebilmek potansiyeline de sahiptir.

<sup>52</sup> **Arnardottir**, Oddny Mjöll: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review* 4(3), 2017, s. 170.

<sup>53</sup> **Arnardottir**, s. 171.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Alajos Kiss v Hungary* 38832/06 [2010]

Mahkemenin kırılğan gruplar yaklaşımının, yargılamaların seyrini nasıl değiştirdiği sorusu sorulabilir. Morowa, kırılğanlığın insan hakları bakımından kullanımını sadece belirli grupları açık etmekle sınırlı olmadığı; aynı zamanda kavramın yargılamanın sonucunda da rol oynayan bir kavram olduğu kanısındadır<sup>56</sup>. Benzer biçimde Peroni ve Timmer bu kullanımın bir retoriği aştığını ve eşitsizlik konularını daha iyi açık ettiğini savunmaktadırlar ve bunu pozitif bir gelişme olarak ele almaktadırlar<sup>57</sup>. Bunun dışında bu kullanımın başvuru sürecinde benzer hak talepleri arasında bir öncelik sırası belirlemede rol oynadığı ve bilhassa devletin pozitif edimlerini açık etmek bakımından iş gördüğü belirtilmiştir<sup>58</sup>. Kırılğanlık kullanımının iş gördüğü düşünülen bir diğer nokta da kavramın formel eşitliğin ötesine geçebilmesi ve maddi eşitliliği sağlamakta daha başarılı olmasıdır<sup>59</sup>.

Mahkemenin kırılğan gruplar olarak addettiği grupların genişliğine değinen kimi isimler, Mahkemenin böyle bir yetkisi olduğu konusunda şüphelidirler. Bu görüşe göre, söz konusu kırılğan grupların sayısının fazlalığı, neredeyse, toplumda bu grupların dışında kalan kesimin kırılğan olarak ele alınmasını gerektirecek derecedir. Bu doğrultuda yöneltilen bir eleştiri, Mahkemenin sözleşmeyi uygulamak ve yorumlamakla sınırlı kalması ve devletlerin hangi gruplara karşı daha fazla pozitif yükümlülük altında olduğu konusunda bir dayatma yapmaktan kaçınması gerektiği yönündedir<sup>60</sup>.

## SONUÇ

Çalışmanın başında ortaya konulan türden bir ontolojik kırılğanlık tezinin insan hakları bakımından henüz her tek özneye ilişkin ve bir kategorizasyon olmaksızın kullanım bulduğunu söylemek mevcut yargılamalar bakımından mümkün değildir. Görünen o ki, kavram bu haliyle hali hazırda ancak liberal hukukun ve bu hukukun öznesinin eleştirisi ve gerekli sosyopolitik düzenlemelerin hayata geçirilebilmesi bakımından iş görür düzeydedir. Mahkeme, hali hazırda kavramın kullanımını büyük ölçüde dışlanmış, marjinalize olmuş ve dezavantajlı konumda olan başvuruçular söz konusu

<sup>56</sup> **Morawa**, s. 150.

<sup>57</sup> **Peroni**, Lourdes, **Timmer**, Alexandra: “Vulnerable Groups: The promise of an Emerging Concept in ECHR Law”, *International Journal of Constitutional Law* 11(4), 2013, s. 1057.

<sup>58</sup> **Timmer**, S. 2014.

<sup>59</sup> **Peroni ve Timmer**, s. 1057.

<sup>60</sup> **Bossuyt**, Marc: “Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being”, *The George Washington International Law Review* 48(4), 2016, s. 742.

olduğunda ele almaktadır. Belirtildiği üzere özellikle Fineman'ın kırılğan gruplar kategorizasyonuna yönelik yaptığı itiraz, bu sınıflandırmanın mevcut önyargıları pekiştirdiği ve dahası bu kategorileri giremeyen kişilerin kırılğanlıklarını göz ardı ettiği yönündedir. Bu görüşü destekler nitelikte bir yorum, grup kavramının kullanımına başvurulmasını özcülük, damgalama ya da paternalizm gibi sonuçlara yol açabileceği şeklinde formüle edebilir. Bu, mevcut ayrımcı pratiklerin hedefinde olan grupların bu durumunu pekiştirmeye yönelik bir eylem gibi algılanabilse de Mahkemenin kimi davalarda söz konusu gruplara mensup kişilerin kendilerini bu pozisyonda bulmalarında rol oynayan toplumsal ve politik etkenlere yaptığı vurgu dikkate değerdir. Bu bakımdan kırılğanlığın telaffuz edildiği davalarda kırılğanlığın öznesine haklar yoluyla bir direnç kazandırılması idealinin göz ardı edilme-  
mesi gerekliliğine dikkat edilmelidir. Bunun haricinde sabit bir kırılğan grup anlayışına yaslanmak aynı zamanda yaşamın ve insan ihtiyaçlarının değişken dinamiği ile de bağdaşmayabilir. Zira ontolojik bir kırılğanlık sabit ve sürekliyen kırılğan grup kavramı daha dinamik bir kavram niteliğine sahiptir. Nitekim AİHM bu güne kadar kırılğan gruplar olarak ele aldığı grupları bir araya getiren unsur konusunda bir beyanda bulunmamış olsa da bu belirlemede güncel insan hakları raporlarının rol oynadığı gözlemlenebilir.

Ontolojik bir kırılğanlık yaklaşımının hukukun öznesini yeniden ele almak bakımından önemli olduğu yadsınamayacak olsa da Yargıç Sajo'nun da belirttiği üzere<sup>61</sup> kabul edilmesi gerekir ki mevcut şartlar dahilinde hepimiz kırılğan olsak da bazılarımız daha kırılğan olmaya devam edecektir. Yalnızca bazı kişileri ve grupları kırılğan olarak addedecek mevcut kullanımsa eşitlik idealini daha somut bir biçimde sağlamaya hizmet etmesi ve devletin pozitif yükümlülüklerini açık etmesi gerekçesiyle desteklenebilir<sup>62</sup>. Bu durumlarda kırılğanlık argümanının kişilerin hak sahibi olmaları gerektiği gerçeğinin önüne geçmemesi gerekir. Şüphesiz başvuruçuların kırılğanlığa dayalı bir vurgudansa 'haklara sahip olma hakkına' ve bir faİL konumuna sahip olarak elde edecekleri bir sonuç onlar adına daha tatmin edici olacaktır.

Diğer yandan güncel şartlar altında Fineman'ın hukukun öznesine farklı bir yaklaşım benimsemeyi gerektiren önerisinin, pratikte mevcut bir ihlalin üstesinden gelmeyi amaç edinmiş olan Mahkeme tarafından bir başlangıç noktası olamaması normaldir. Zira liberal özneyi yeniden ele almakla ilgili

<sup>61</sup> MSS. v. Belgium and Greece 30636/09 [2011] Yargıç Sajo'nun kısmen mutabık ve kısmen karşı görüşü 104.

<sup>62</sup> Peroni ve Timmer, s. 1075, 1078.

bu öneri yargılamalarda rol oynamanın da öncesinde mevcut yasaların ve ilgili kurumların gözden geçirilmesi ile ilgili olacaktır. Öte yandan kavramın salt Mahkeme kaynaklarındaki kullanımının ve telaffuzunun peşine düşecek obsesif bir yaklaşımın da kavramın hukukla olan ilişkisini irdelemek bakımından yeterli olmayacaktır. Şüphesiz, kavramı zikretmediği hâlde insan kırılğanlığını gözetmiş ve ileride de gözetecek olan yargılamalar ya da bunun tam tersi bir durum vardır ve olmaya devam edecektir.

Buradan hareketle belirebilecek bir başka soru, kişinin içkin bir kırılğanlığı dışında kalan durumlarda mahkemenin tutumunun ne olduğudur. Kavramsal tartışmalarda da belirttiği gibi, kırılğanlığın bedensellikten kaynaklanan bir yönü olduğu kadar, aynı zamanda insanın toplumsal bir varlık olması ve otoriteyle olan ilişkisinden kaynaklanan senaryoların yarattığı kırılğanlıklar da söz konusudur. Kırılğanlık ve insan hakları arasındaki ilişkide her iki durumun da rol oynadığı unutulmamalıdır. Kimi durumlarda mevcut bir kırılğanlığın kendisi bir insan hakkı ihlaline sebebiyet verirken kimi durumlarda bir insan hakkının ihlali kişiyi kırılğan bir duruma sokmaktadır. Bu durum kendini Mahkeme kararlarında da ortaya koymaktadır. Söz gelimi haddinden fazla uzun süren bir yargılamanın kişiyi hukuki bir arafta bıraktığı ve bir kırılğanlık yarattığı yönündeki kararı<sup>63</sup> kırılğanlığın yalnızca bedenselliğe dayalı ontolojik yönünü değil aynı zamanda sosyopolitik ve dış kaynaklı yönünü kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Benzer biçimde aile içi şiddete uğrayan ve devlet korumasından yoksun olan kadınlar da bu yolla kırılğan bir özne haline gelmektedirler.

Son olarak söylenebilecek olan bir nokta, Turner'ın kırılğanlık tezinde ön plana çıkan, insan haklarının uygulanmasından sorumlu yapılanmaların kendilerinin kırılğanlığı ve tekinsizliğidir. Bu çalışma dahilinde kırılğanlık ve insani durum arasındaki ilişki konu edinilmiş olsa da buradan yola çıkarak bizzat AİHM'nin bir yapı olarak kırılğanlığı ve dahası mevcut liberal hukuk paradigmasının bir organı olarak AİHM'nin bizzat kırılğanlıkların yaratılması konusundaki rolü ve tekinsizliği dikkate alınmaya değerdir.

---

<sup>63</sup> Kurić and others v. Slovenia 26828/06 [2012]

**KAYNAKÇA**

- Arnardottir**, Oddny Mjöll: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review* 4(3), 2017, 150-171.
- Bossuyt**, Marc: “Categorical Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being”, *The George Washington International Law Review* 48(4), 2016, 717-42.
- Butler**, Judith: *Giving an Account of Oneself*, New York: Fordham University Press, 2005.
- Chapman**, Audrey, **Carbonetti**, Benjamin: “Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 33(3), 2011, 682-732.
- Coyle**, Alison: “All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique”, *Critical Horizons Journal*, 17(2), 2016, 260-277.
- Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality Vulnerability and the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1), 2008, 1-25.
- Fineman**, Martha: “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, 60(2), 2010, 251-275.
- Fisher**, Pamela: “Ethics in Qualitative Research: ‘Vulnerability’, Citizenship and Human Rights”, *Ethics and Social Welfare* 6(1), 2012, 1-17.
- Goodin**, Robert: *Protecting the Vulnerable*, USA: University of Chicago Press, 1985.
- Grear**, Anna: “Challenging Corporate ‘Humanity’: Legal Disembodiment, Embodiment and Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 7(3), 2007, 511-543.
- Grear**, Anna: *Redirecting Human Rights*, Pallgrave Macmillan, 2010.
- Levinas**, Emmanuel: *Humanism of the Other*, Chicago: University of Illinois Press, 2003.
- MacIntyre**, Alasdair: *Dependent Rational Animals*, Chicago: Open Court Publishing, 1999.
- Mackenzie**, Catriona, **Rogers**, Wendy, **Dodds**, Susan: *Vulnerability: New Essays in Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, 2014.

- Morawa**, Alexander H. E.: “Vulnerability as a concept of International Human Rights Law” *Journal of International Relations and Development*, 6(2), 2003, 139-155.
- Neal**, Mary: “Not Gods but Animals: Human Dignity and the Vulnerable Subjecthood”, *Liverpool Law Review* 23(3), 2012, 177-200.
- Nussbaum**, C. Martha: *Frontiers of Justice*, USA: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Peroni**, Lourdes, **Timmer**, Alexandra: “Vulnerable Groups: The promise of an Emerging Concept in ECHR Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, 1056-1085.
- Timmer**, Alexandra: “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, *Vulnerability*, Fineman Martha ve Grear Anna (Der.), (Routhledge, e-pub). 2016.
- Turner**, Bryan: *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2006.
- Wigley**, Anthony: “An Eliminativist Approach to Vulnerability”, *Bioethics*, 29(7), 2015, 478-487.
- Whitney**, Y. Shiloh: “Dependency Relations: Corporeal Vulnerability and Norms of Personhood in Hobbes and Kittay”, *Hypatia*, 26(3), 2011, 554-574.





## BÜYÜK VERİ VE YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİLERİ İLE ADIM ADIM ZEKİ UYAR (ULUSAL YARGI AĞI PROJESİ) EKOSİSTEMİNE DOĞRU

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704837>

**Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK\***

### Öz

*İçinde yaşamış olduğumuz çağı, bilinen tarihin önemli bir kısmından ayrı bir konuma yerleştirmek noktasında, son birkaç yüzyılda yaşanan teknolojik ilerlemelerin ve özellikle bilişim alanında son çeyrekte adeta patlama gösteren gelişmelerin yeri yadsınamaz. Mal ve hizmet sunumunun gerçekleştirildiği birçok alanda olduğu gibi adalet erişim noktaları olan yargı mercilerinin adalet dağıtma fonksiyonunu ifa ederken bilişim alanında yaşanan gelişmelerden istifade edilmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda yeni Türkiye'nin ilk atılımlarından biri olan ve uluslararası ödüllere layık görülen Ulusal Yargı Ağı Projesi'nin (UYAP) de sadece basit bir otomasyon sistemleri bütünü olmaktan çıkarılıp bilişim dünyasının yeni kazanımlardan azami ölçüde yararlanan zeki bir karar destek mekanizması haline getirilmesi zorunludur. Çalışma, bilişim dünyasının son zamanda gündemden hiç düşmeyen yapay zekâ alanındaki gelişmelerden UYAP'ta nasıl yararlanabileceğini, bu (yapay zekâ) alanda öne çıkan "Büyük Verinin yönetimi", "doğal dil işleme", "derin öğrenme" gibi kavramlar ekseninde, basit örnekler vererek ortaya koymaya odaklanmaktadır. Yapay zekânın yargı alanında kullanımına yönelik felsefi veya teknik bir incelemeyi içermeyen bu çalışmanın amacı, biraz önce belirtilen teknolojilerden yargı organlarında kullanılan otomasyon sistemlerinin nasıl faydalanabileceğine yönelik gerçekleştirilecek çalışmalara, teknik literatürün sadece bir kısmına dikkat çekmek ve basit örnekler vermek suretiyle farklı bir bakış açısı oluşturarak katkı sağlamaktır.*

---

\* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [emre.kiyak@erdogan.edu.tr](mailto:emre.kiyak@erdogan.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9795-8642> (Makalenin Geliş Tarihi: 23.10.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 31.10.2019/Makale Kabul Tarihi: 22.01.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Yapay Zekâ, Derin Öğrenme, Doğal Dil İşleme, Büyük Veri, Karar Destek Mekanizması, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)*

**STEP BY STEP TO INTELLIGENT UYAP (NATIONAL JUDICIAL NETWORK PROJECT) ECOSYSTEM WITH BIG DATA AND ARTIFICIAL INTELLIGENT TECHNOLOGIES****Abstract**

*The importance of the technological advances in the last few centuries and especially the developments in informatics in the last quarter of the century to place the age we live in to somewhere apart from a significant part of the known history is deniable. As in many areas where goods and services are provided, it is inevitable that the judicial authorities, which are access points of justice, will benefit from the developments in the field of informatics while dispensing justice. In this context, making the National Judicial Network Project (UYAP), which is one of the new Turkey's first breakthroughs and was awarded the international prize, become an intelligent decision support mechanism benefiting from the new achievements in informatics to the maximum extent is mandatory. The study gives simple examples of how to benefit from the developments in the field of artificial intelligence in UYAP in the context of the concepts such as "management of Big Data", "natural language processing" and "deep learning" which come to the forefront in this field (artificial intelligence). The aim of this study, which does not include a philosophical or technical examination of the use of artificial intelligence in the judicial field, is to contribute to the studies on how the automation systems used in the judicial organs can benefit from the technologies by drawing attention to only a part of the technical literature and providing a different point of view by giving simple examples.*

**Keywords**

*Artificial Intelligence, Deep Learning, Natural Language Processing, Big Data, Decision Support System, National Judicial Network Project (UYAP)*

## GİRİŞ

Yirmibirinci yüzyılın ikinci çeyreğine yaklaşırken, bilişim dünyasında yaşanan gelişmeler sadece günlük hayatımızı değil, çalışma hayatımızı da önemli ölçüde etkilemiştir. Mal ve hizmet sunumuna ilişkin birçok alanda bilişim altyapıları sürecin vazgeçilemez bir parçası haline gelmiş, sadece (mal ve hizmet) sunan değil, talepte bulunan ve yararlanan kesim için dahi bu alandaki teknolojilerin kullanımı adeta bir zorunluluk teşkil etmeye başlamıştır. Kamu hizmetlerinin sunulduğu neredeyse her alanda olduğu gibi adalete erişim noktasında da bilişim teknolojileri, adliye teşkilatının yönetilmesi dışında uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının işletilmesinde de önemli fonksiyonlar üstlenmeye başlamıştır.

**Teknolojik ilerlemelere ve gelişmelere direnç göstermenin tarihe defalarca yansımış anlamsızlığı karşısında**, kaydedilen tüm ilerlemelerden *-adalete erişimin kabul edilmiş ve yerleşmiş temel ilkelerini zedelemeyecek şekilde-* azami ölçüde yararlanılması (adalete yönelen teknoloji) *fikrimizce* usul hukukuna ilişkin tüm alanların (ve bu arada medeni usul hukukunun) güncel hedefleri arasında yer almaktadır. Çünkü bu hedef, artan nüfus ve uyuşmazlık sayısı ile uyuşmazlıkların komplike boyutlara ulaşması olguları karşısında, *usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi, adil yargılanma hakkına riayet edilmesi* gibi usul hukukunun bazı temel ilkelerinin gözetilmesi ile doğrudan ilgilidir. Diğer deyişle, günümüz dünyasının ortaya koyduğu gerçeklikler karşısında davaların mahkemeler tarafından gelişigüzel incelenip karara bağlanmasının *önüne geçmek*, yargılamanın *hızlı ve en az giderle* sonuçlanmasını *sağlamak* gibi hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için hâkim ve savcı sayısını arttırmak, adliyeleri büyütmek gibi klasik araçların kullanılması artık *elverişli* (diğer deyişle hedefi gerçekleştirmeye yeter düzeyde) olmayacaktır. İçinde bulunduğumuz yüzyılda uyuşmazlık çözüm süreçlerinin yönetimi ve işletilmesinde verimliliği arttırmak için en önemli araçlardan *biri -tutarlı ve hak arama hürriyetinin özüne aykırı olmayan, doğru düzenlemelerle-* alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, uyuşmazlık çözüm süreçlerine entegrasyonu ve adliyelerin sadece yargılama prosedüründen ibaret çözüm mekanizması sunduğu yerler olmaktan çıkarılıp alternatif çözümlere yer verdiği, bunların teşvik edildiği çok seçenekli uyuşmazlık çözüm noktaları haline getirilmesiyken, *diğeri* bilişim dünyasının yapay zekâ ve Büyük Veri gibi kavramlarla gündeme gelen ve artık teoriden uygulamaya geçirilen yeni kazanımlarından -uyuşmazlıklara çözüm üretme *erkinin* işleyişinde de- azami ölçüde yararlanılmasıdır. Bu doğrultuda Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) için varsayılan hedef de, bu karar destek *sistem-*

leri bütününi bilişim dünyasının yeni kazanımlarından yararlanan *zeki* bir karar destek ekosistemine taşınmak olmalıdır.

Bu çalışmanın amacı, 90'ların sonunda ilk otomasyon çalışmalarına başlanan ve kısa süre içinde yargı organlarının kullanımına sunulan UYAP mekanizmasının, bilişim dünyasının yeni teknolojilerinden azami ölçüde yararlanabilmesi ve *zeki* bir karar destek ekosistemi haline gelebilmesi için atılacak adımlara katkı sağlamaktır. Çalışma, yöneldiği amaç doğrultusunda konu ile ilgili bazı temel kavramlara genel hatlarıyla değinmenin yanı sıra, kapsamına aldığı teknolojilerin UYAP bünyesinde nasıl kullanılabileceğine yönelik örnekler sunmakta ve alana ilişkin (bilişim alanında) gerçekleştirilen bazı çalışmalara dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda ilk bölümde *zeki* bir UYAP için bilişim dünyasının öne çıkan yeni kavramlarından Büyük Veri, veri ambarı ve veri madenciliği (1.1.) ile doğal dil işleme teknolojileri (1.2.), son olarak yapay zekâ, derin öğrenme ve *zeki* karar destek sistemleri (1.3.) kavramlarına genel olarak değinilecektir. İkinci bölümde ise, *zeki* bir UYAP ekosistemi oluşturulması için birinci bölümde genel hatlarıyla ele alınacak teknolojilerden nasıl yararlanılabileceği, mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinin modellenmesi (2.1.), UYAP ekosistemi içindeki Büyük Veri'yi yönetmek (2.2.) ve yapay zekâyla donatılmış *zeki* karar destek sistemi oluşturulması (2.3.) başlıkları altında çeşitli örnekler vermek suretiyle açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu çalışmanın, teknolojinin ilerlemesiyle gelecekte karar destek sistemlerinin hâkimlerin yerine geçip geçmeyeceği, yargılama prosedüründe yapay zekâyı yer verilmesinin hâkimlik mesleği ile ilgili temel ilkelere aykırı olup olmayacağı gibi *felsefi* konuları incelemeyeceğini vurgulamakta yarar vardır. Ayrıca altını çizmek gerekir ki çalışma, UYAP'taki mevcut sorun ve eksiklikleri de inceleme konusu yapmamaktadır. Esasen devam eden başlıklarda dile getirilecek öneriler, UYAP'ın hâlihazırdaki sorun ve eksiklikleri giderildikten sonra gerçekleştirilebilecek önerilerdir. Bununla birlikte, çalışmada dile getirilecek bazı yaklaşımların şu andaki sorunların çözümüne de katkı sağlayabileceği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, yapay zekâyı etkin kılan bir UYAP sistemi, yargı istatistiklerinin daha ayrıntılı, gerçekçi ve sağlıklı bir şekilde oluşturulabilmesi noktasında önemli katkılar sağlayabilecektir. Tüm bunların dışında çalışma, konunun bilgisayar bilimini ilgilendiren teknik kısmına ilişkin bir araştırmayı ihtiva etmemekte, ancak, bu alandaki bazı çalışmalara atıfta bulunmak suretiyle ilgili literatürün -en azından küçük bir bölümüne- dikkat çekmektedir. Son olarak çalışmada odak noktası olan *zeki* bir UYAP karar destek ekosisteminin oluşturulabil-

mesi için öncelikli olarak **bilgi güvenliğini sağlayacak yerli ve milli araçların gerekliliğinin önemini ve ülkemizde sadece bilişim hukuku alanında değil, *bilişim teknolojilerinin hukuk alanında kullanılmasına odaklanan* çalışmalara öncelik tanınması, bu alanda enstitü ve yayın organlarının kurulmasının desteklenmesi gerektiğinin altını çizmekte yarar vardır.**

### 1. Zeki bir UYAP için Yeni Kavramlar

İlk otomasyon çalışmalarına 1998 yılında başlanan UYAP, 2000 yılında iki aşamalı bir proje olarak hayata geçirilmiş olup 2001 yılında Adalet Bakanlığı Merkez Birimlerinin otomasyonunu sağlayan UYAP I projesi tamamlanmış, 2005 yılında ise adli ve idari yargı birimleri, adli tıp kurumları, ceza tevkif evlerinin otomasyonunu kapsayan UYAP II tamamlanarak faaliyete geçirilmiştir<sup>1</sup>. Şu anda UYAP projesi kapsamında *vatandaş portal, avukat portal*, özel şirketlerin ve kamu kurumlarının taraf oldukları dava dosyalarını İnternet üzerinden takip etmelerini sağlayan *kurum portal, bilirkişi portal*, icra ve iflas daireleri ile satış memurluklarınca 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre satışı yapılan ihalelerin elektronik ortamda yayınlandığı ve bu ihalelere teminat yatırmak suretiyle elektronik ortamda teklif verilebilen *e-satış portalı*, yargı birimleri tarafından hazırlanan ve mevzuat gereğince ilanı zorunlu olan bilgi ve belgelerin İnternet üzerinden ilan edilmesini sağlayan *elektronik ilan (e-ilan) portalı, kolluk portal*, yargılama süreçlerinin video konferans yoluyla katılımını sağlayan *ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS), araç mahrumiyet işlemleri projesi, haberci uygulaması, mobil arananlar bilgi sistemi* ve *sms bilgi sistemi* kullanımına sunulmuş durumdadır<sup>2</sup>. Proje kapsamında yer alan tüm bu uygulamalar, adli işlemlerin tutarlı, hızlı ve ekonomik olarak gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Proje kapsamında yer alan tüm bu modülleri de dikkate alarak UYAP'ı teknik olarak (*özel*) *bulut bilişim*<sup>3</sup> *sistemi* olarak değerlendirmek<sup>4</sup> mümkün olmakla bu çalışmada söz konusu proje bir *ekosistem* olarak anılmıştır.

<sup>1</sup> <http://www.uyap.gov.tr/Tarihce> (E.T. 24.7.2019).

<sup>2</sup> <http://www.uyap.gov.tr/Projeler> (E.T. 24.7.2019).

<sup>3</sup> Bulut bilişim kavramı ile ilgili bkz. **Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 21 vd.

<sup>4</sup> Bkz. **Bozkurt-Yüksel**, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, s. 28. Karş. **Özdaş**, Muhammed Raşit, *Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı Dünya Örnekleri ve Türkiye için Öneriler*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplumu Dairesi, Nisan 2014, s. 90-91.

Sözlük anlamıyla *ekosistem* terimi “belirli bir alanda bulunan canlılar ile bunları saran çevrenin karşılıklı ilişkileri ile meydana gelen ve süreklilik gösteren ekolojik sistemi” ifade ediyor ise de, kavramın tarihsel gelişimi dikkate alındığında oldukça geniş bir tanım çeşitliliğine sahip olduğunu görmek mümkündür<sup>5</sup>. Bu geniş tanım yelpazesinden konumuza en yakın gelecek tanımlama belki de “doğadaki canlı ve cansız varlıkların, karşılıklı ilişkiler kurarak oluşturdukları sistemler”<sup>6</sup> şeklindeki tanımlamadır. Her ne kadar, bu tanım dahi UYAP gibi bir sistemin *ekosistem* olarak nitelendirilmesine doğrudan imkân tanımasa da, birçok kompleks bilişim yapısı gibi UYAP da, içinde barındırdığı modüllerin birbiriyle etkileşim içinde olması ve hepsi bir arada devamlılık arz eden bir sistemi oluşturduğu için, bu yapıyı yapay öğelerin oluşturduğu bir ekosistem olarak nitelendirmek, terimsel olarak olmasa da anlamsal olarak isabetli olacaktır. Başka bir bakış açısıyla kabul etmek gerekir ki günümüz açısından insanların çevresini kuşatan faktörler fiziki ortamı aşmış ve bilişim alanındaki ilerlemelerle oluşan *sanal ortam*, etkileşim içine girdiğimiz yeni faktörler meydana getirmiştir. Bu açıdan düşünüldüğünde de UYAP, insanların etkileşim içinde bulunduğu diğer kompleks enformasyon araçları gibi, bir bilişim *ekosistemi* olarak nitelendirilmeye elverişlidir. Bu ekosistemin temel süjesi yine insan olmakla birlikte, etkileşim içinde bulunulan diğer unsurlar artık sistemin içinde yer alan enformasyon mekanizmalarıdır.

UYAP ekosistemini olgunlaşma sürecine taşıyan birçok uygulama olmasına karşın, yapay zekâ ve Büyük Veri’nin yönetimi gibi kavramların son derece önem kazandığı günümüz dünyasında, bu ekosistemden klasik bir karar destek mekanizması olarak yararlanılması yetersiz olacaktır. Bu nedenle, UYAP’ın geliştirilmesine yönelik çalışmalarda, bilişim dünyasının yeni teknolojilerinden azami ölçüde yararlanılmasına odaklanmak son derece önemlidir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde (2.) yapay zekâ teknolojileri ile desteklenmiş zeki bir karar destek mekanizması oluşturulması noktasında örnekler verirken dile getirilecek bazı bilişim kavramlarını bu bölümde temel hatlarıyla ele almak isabetli olacaktır. Bu doğrultuda devam eden alt başlıklarda Büyük Veri, veri ambarı, veri madenciliği, doğal dil işleme teknolojileri ve yapay zekâ ile derin öğrenme kavramlarına değinilecektir.

<sup>5</sup> Bkz. Çepel, Necmettin: “Ekosistem Kavramı ve Ekosistem Amenajmanı”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, 34 (2), 1984, ss. 21-30, s. 26-27.

<sup>6</sup> Çepel, s. 27.

### 1.1. Büyük Veri, Veri Ambarı ve Veri Madenciliği

Kısa tanımıyla *enformasyonun* (bilgi veya bilgi aktarımı) en ham ve küçük parçası olarak ifade edilebilecek<sup>7</sup> olan **veri (data)** geleneksel otomasyon uygulamalarıyla kolaylıkla işlenebilen, ilişkisel veri tabanlarında büyük ölçekli maliyet ve performans ihtiyaçları gerektirmeden tutunabilen, düzenli bir yapıya sahip veri kümelerini ifade eden **yapılandırılmış veri (structured data)** ile ilişkilendirilemeyen, dağınık ve geleneksel veri depolama ile yönetim sistemleriyle kolaylıkla işlenemeyen yapıdaki verileri ifade eden **yapılandırılmamış veri (unstructured data)** olmak üzere ikiye ayrılabilir<sup>8</sup>. Yapılandırılmış veri ile yapılandırılmamış veri arasındaki temel fark, yapılandırılmış verinin üzerinde her türlü işlem ve sorgulamanın geleneksel veritabanı yönetim sistemleri ile yapılabilmesi, kolaylıkla ilişkilendirilebilmesi; buna mukabil, yapılandırılmamış verilerin *ürediği* hali itibarıyla böyle bir işlerlikten yoksun olmasıdır<sup>9</sup>. Yapılandırılmış veriler, belirli kurallar ve sistemler doğrultusunda depolandıkları için kolay erişilebilir, düzenlenebilir, kategorize edilebilir yapıdadır<sup>10</sup>. Bu nedenle de, klasik veri yönetim yaklaşımlarıyla yönetilebilir haldedir. Buna mukabil, yapılandırılmamış verilerin yönetilmesi için teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni yaklaşımların benimsenmesi gerekmiştir. Veri sınıflandırması noktasında dile getirilmesi gereken bir başka kavram da “veri hakkındaki veri olarak tanımlanan” **üst veri (metadata)** olup bu tür veriler, veri analizi yapılırken ek enformasyon sağlamak ve araştırmayı kolaylaştırmaktadır. Tüm bu kavramları UYAP ekosistemi içinden örneklendirmek gerekirse; adliye personelinin mevcut uygulama arayüzü kullanarak mahkemede açılan bir davaya ilişkin girmiş oldukları taraf bilgileri gibi veriler yapılandırılmış veri, buna mukabil UYAP’a yüklenen bir dava dilekçesinin içeriği (vakıalar, talep sonucu...) yapılandırılmamış veri, son olarak sisteme yüklenen bir belgenin (dilekçe,

<sup>7</sup> **Gözüküçük**, Merve: *Veri İşleme Süreçlerinde Tartışmalı Bir Çözüm: Veri Anonimleştirilmesi*, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Leyla BERBER), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 5. Diğer tanımlar için ayrıca bkz. **Doğan**, Korcan/**Arslantekin**, Sacit: “Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum”, *DTCF Dergisi*, 56(1), 2016, ss. 15-36, s. 16; **Takçı**, Hidayet/**Baktır**, Nuriye: “Büyük Veri Yaklaşımıyla Birden Çok Bilgi Erişim Merkezinin Kolektif Kullanımı”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 11(2), Nisan 2018, ss. 123-129, s. 124.

<sup>8</sup> Farklı kıstasların kısa bir sunumu için bkz. **Doğan/Arslantekin**, s. 16.

<sup>9</sup> **Doğan/Arslantekin**, s. 19.

<sup>10</sup> **Doğan/Arslantekin**, s. 18.



tutanak) neye ilişkin olduğu, hangi tarihte verildiği gibi sistemde tutulan bilgiler ise üst veri olarak nitelendirilebilir<sup>11</sup>.

**Büyük Veri (Big Data)** yapılandırılmış olsun ya da olmasın<sup>12</sup> geleksel olarak kullanılan veritabanı yönetim uygulamalarının saklama, yönetme ve işleme kapasitesini aşan veri kümelerini anlatmak için kullanılan bir terim olup<sup>13</sup> bir veri kümesinin “Büyük Veri” boyutlarına ulaştığını göstermek amacıyla önceden *hacim (volume)*, *hız (velocity)*, *çeşitlilik (variety)*, *doğrulama (verification)* ve *değer (value)* şeklinde ifade edilen beş bileşen kullanılmakta<sup>14</sup> iken bunlara *volatilite (volatility)*, *geçerlilik (validity)*, *hassaslık (vulnerability)*, *değişkenlik (variability)*, *görselleştirme (visualization)* eklenerek on bileşen kıstas alınmaktadır<sup>15</sup>. Yine UYAP ekosisteminden örnek vermek gerekirse, bu sistemin içinde yer alan yapılandırılmış ve yapılandırılmamış verilerin birbiriyle ilişkilendirilerek çeşitli amaçlarla işlenmesi ve yönetilmesi gündeme geldiğinde tüm bu (yapılandırılmış ve yapılandırılmamış) veriler “Büyük Veri” kümesini teşkil edecektir. Yapısal farklılıklar içeren bu boyuttaki bir veri kümesinin bilişim sistemleri açısından anlamlandırılabilmesi ve yönetilebilmesi, klasik veritabanı yönetim teknolojilerini (ve yaklaşımını) aşmakta olup **Hadoop**<sup>16</sup> gibi

<sup>11</sup> Başka bir örnek: Bir banka şubesi çalışanı o esnada işlemlerini gerçekleştirdiği müşterinin e-mail adresini öğrenirse bu bilgiyi banka müşterilerinin bilgilerinin yönetildiği arayüz programıyla sisteme eklemek isteyecektir. Böyle bir durumda arayüz programında ilgili müşterinin sayfasına erişerek bilgilerini görüntüler. Sonrasında edindiği e-mail adresi bilgisini sistemde ilgili alanlara girerek kaydeder. Böyle bir işlem sonucunda arka planda müşteriye ait veri tabanı tablolarında e-mail adresi verisi güncellenir. Bu örnekte girişi yapılan e-mail adresi bilgisi *yapılandırılmış veridir*. Ancak sistem eş zamanlı olarak farklı tablolara bu kayıt işleminin yapıldığı tarihi, kaydı gerçekleştiren kullanıcının adını ve kayıdın gerçekleştiği şubenin kodu gibi bilgileri de işleyecektir. İşte bu gibi işlemin kendisine dair tutulan bilgilere üst veri denmektedir. Bu veriler asıl veri olarak saydığımız e-mail adresi bilgisine istinaden verilerdir. Bkz. **Gözüküçük**, s. 7-8.

<sup>12</sup> Karş. **Gözüküçük**, s. 8 vd.

<sup>13</sup> **Doğan/Arslantekin**, s. 22; **Takçı/Baktır**, s. 124; **Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler -Hukuki Bakış-*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019, s. 36.

<sup>14</sup> Bkz. **Takçı/Baktır**, s. 124. Karş. **Doğan/Arslantekin**, s. 23-24; **Atan**, Suat, “Veri, Büyük Veri ve İşletmecilik”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 19(35), Haziran 2016, ss. 137-153, s. 147-148.

<sup>15</sup> Bkz. **Atalay**, Muhammet/**Çelik**, Enes: “Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9 (22), 2017, ss. 155-172, s. 156-157.

<sup>16</sup> Kısaca bkz. <https://www.ibm.com/analytics/hadoop> (E.T. 6.9.2019). *Hadoop* ekosisteminde yer alan *avro*, *HDFS*, *HBase*, *Hive*, *MapReduce*, *ZooKeeper* araçları için *sırasıyla* bkz. <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/avro> (E.T. 6.9.2019);

yeni veri yönetim araçlarının kullanılmasıyla mümkün hale gelmektedir. Bu ve benzeri araçlarla verinin düzenli sıralara ya da klasik veritabanı tablolarına yerleştirilmesi gerekmektedir<sup>17</sup>.

Organizasyonların, belirli hedeflerinin başarımını gerçekleştirebilmek üzere kullanmak isteyecekleri verileri yapılandırılmış bir şekilde hazır bulduran geleneksel **veri ambarları (data warehouses)** da Büyük Veri'nin önem kazanmasıyla birlikte, *hibrit bir sistemin* parçası haline gelerek Büyük Veri ile birlikte ilişkilendirilebilir (ve kullanılabilir) bir yapıya bürünmeye başlamıştır<sup>18</sup>. Böylelikle yapılandırılmış veriler ile yapılandırılmamış verilerden bir arada yararlanılarak işletmeler, hedeflerini daha efektif bir şekilde belirleyebilmektedir. Bu noktada gündeme gelen bir başka kavram ise **veri madenciliği (data mining)** olup bu kavram, büyük hacim ve farklı tipteki veriden anlamlı bir takım desenler/örüntüler oluşturmayı, veriler arasındaki ilişkileri keşfetmeyi ve veriden bilgi elde etmeyi amaçlayan bir araştırma alanı olarak ifade edilebilir<sup>19</sup>. Veri madenciliği sayesinde elde bulunan veri üzerinde çeşitli algoritmalar uygulayıp veri hakkında farklı kararlara ulaşılabilmektedir<sup>20</sup>. **Veri işleme (data processing)** ise bilginin hayat döngüsünde yer alan toplama, kullanma, ifşa, depolama ve ortadan kaldırma fonksiyonlarını içeren işlemler kümesi olarak ifade etmek mümkündür<sup>21</sup>.

## 1.2. Doğal Dil İşleme Teknolojileri

**Doğal dil işleme (natural language processing)**, ana işlevi doğal bir dili işleme, anlama, yorumlama ve üretme olan bilgisayar sistemlerinin

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hdfs> (E.T. 6.9.2019); <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hbase> (E.T. 6.9.2019); <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hive> (E.T. 6.9.2019); <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/mapreduce>; <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/zookeeper> (E.T. 6.9.2019).

<sup>17</sup> **Takçı/Baktır**, s. 124.

<sup>18</sup> Bkz. **Hurwitz**, Judith/**Nugent**, Alan/**Halper**, Fern/**Kaufman**, Marcia: *Big Data for Dummies*, John Wiley & Sons, New Jersey 2013, s. 129 vd; **Gözüküçük**, s. 20-21.

<sup>19</sup> Bu ve diğer tanımlar için bkz. **Emre**, İlkin Ecem/**Selçukcan-Erol**, Çiğdem: “Veri Analizinde İstatistik mi Veri Madenciliği mi?”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 10(2), Nisan 2017, ss. 161-167, s. 163. Ayrıca: **Tüzüntürk**, Selim: “Veri Madenciliği ve İstatistik”, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 29(1), 2010, ss. 65-90, s. 67 vd; **Alataş**, Bilal/**Arslan**, Ahmet: “Birlikte Kuralların Madenciliği için Genetik Algoritma ve Bulanık Küme Tabanlı Yeni Bir Yaklaşım”, *Fırat Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 17(1), 2005, ss. 42-51, s. 42-43.

<sup>20</sup> **Adak**, M. Fatih/**Yurtay**, Nilüfer: “Gini Algoritmasını Kullanarak Karar Ağacı Oluşturmayı Sağlayan Bir Yazılımın Geliştirilmesi”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 6 (3), Eylül 2013, ss. 1-6, s. 2.

<sup>21</sup> **Gözüküçük**, s. 18

tasarımını ve gerçekleştirilmesini konu alan bir bilim ve mühendislik alanıdır<sup>22</sup>. Bir araştırma alanı olarak doğal dil işleme; makine çevirisi, otomatik metin özetleme ve metinden anahtar kelime çıkartma, semantik arama, soru cevaplama ve *bilgi tarama (information retrieval)* görevlerinin başarımı için çeşitli algoritmalar sunmaktadır<sup>23</sup>. Doğal dil işleme teknolojilerinin özellikle yapılandırılmamış verilerin anlamlandırılmasında önemli bir fonksiyona sahip olduğunu söylemek mümkündür. Konu *Türkçe doğal dil işleme* çalışmalarına geldiğinde İstanbul Teknik Üniversitesi Doğal Dil İşleme Grubu tarafından geliştirilen Türkçe Doğal Dil İşleme Yazılım Zinciri'nin belirgin şekilde ön plana çıktığını ve çalışma grubu tarafından geliştirilen doğal dil işleme algoritmaları ile bu algoritmaların gerçekleşmesinde kullanılan veri tabanının üniversite bünyesinde gerçekleştirilen araştırmalara temel olmasının yanı sıra diğer üniversiteler ve sektörde yapılan çalışma ve uygulamalara destek olmak üzere paylaşımına açıldığını belirtmek gerekir<sup>24</sup>.

Doğal dil işleme ile yakından ilgili bir araştırma alanı olan *optik karakter tanıma (optical character recognition)* teknolojilerinden de bu noktada bahsetmek faydalı olacaktır. Bu alanda yapılan çalışmalarla, fiziki ortamda el yazısıyla yahut daktilo ile üretilen ve bilgisayar tarafından doğrudan algılanmaya elverişli olmayan metinlerin (tarama yoluyla) bilgisayar ortamına aktarıldığında, *insan müdahalesine gerek kalmadan*, çözümlenerek işlenebilir hale getirilmesine yönelik teknolojiler geliştirilmektedir<sup>25</sup>. Böylelikle taratılan yahut dijital fotoğrafı çekilen gerek el yazısı gerek daktilo ile üretilen belgeler üzerinde yer alan verilerin anlamlandırılarak işlenebilir ve yönetilebilir hale getirilmesi kolaylaşmaktadır.

Devam etmeden önce belirtmekte yarar vardır ki, şu ana kadar değindiğimiz Büyük Veri, veri ambarı, veri madenciliği, doğal dil işleme teknolojileri ve optik karakter tanıma gibi zeki bir karar destek sisteminin oluş-

<sup>22</sup> **Yalçınkaya**, Elif: *Türkçe Yazılım Gereksinimleri için Doğal Dil İşleme Tabanlı Biçimsel Gözden Geçirme Aracı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Tansel Dökeroğlu), Türk Hava Kurumu Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2018, s. 20. Ayrıca bkz. "metin anlama sistemi" kavramı altında **König**, Wolf: "Dilbilim ve Yapay Zekâ", *Dilbilim Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, 1994, ss. 219-235, s. 225 vd.

<sup>23</sup> **Güvenç**, Betül: *Machine Learning Methods in Natural Language Processing*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Fatih Ecevit), Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 1.

<sup>24</sup> **Yalçınkaya**, s. 42.

<sup>25</sup> Bkz. **Onak**, Önder Nazım: *Comparison of OCR Algorithms Using Fourier and Wavelet Based Feature Extraction*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Hakan Öktem), Orta Doğu Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2011, s. 3.

turulmasında kullanılacak tüm kavramlar, şimdi değineceğimiz yapay zekâ üst kavramı içinde ele alınabilecek, diğer deyişle yapay zeka kavramı ile sıkı bir bağlantı içinde olan kavramlardır.

### 1.3. Yapay Zekâ, Derin Öğrenme ve Zeki Karar Destek Sistemleri

Günümüzde oldukça popüler teknik bir kavram olmasının yanında hukuki statüsünü belirlemek noktasında çeşitli tartışmaların mevcut olduğu<sup>26</sup> **yapay zekânın (artificial intelligence)** birçok tanımına rastlamak mümkündür<sup>27</sup>. *Fikrimizce* yapay zekâyı, insan zekâsının sahip olduğu çeşitli becerilerin<sup>28</sup> bilgisayarlara kazandırılmasına yönelik çalışmaları içeren bir üst (şemsiye) kavram<sup>29</sup> olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır. Tam bu noktada yapay zekâ kavramı ile yakından ilgili bir başka kavramı daha gündeme getirmekte yarar vardır: **Yapay sinir ağları (artificial neural nets)**. Yapay sinir ağlarını, insan beyninin öğrenme yolunu taklit etmeye çalışarak beynin öğrenme, hatırlama, genelleme yapma yolu ile topladığı verilerden yeni veri üretebilme gibi temel işlevlerin gerçekleştirildiği yazılım teknolojileri<sup>30</sup> şeklinde ifade etmek mümkündür. Veri kümelerinin ve bu veriyi işleyebilecek bilgisayar gücü ve belleğin artışı sonucunda (yapay) sinir ağı modelinin katman sayısının artmasını sağlamıştır. Özellikle, sinir ağlarının dağıtık yapısına daha çok uyan grafik işlemcilerin yaygınlaşması derin mimarilerin gerçekleşmesini mümkün hale getirmiştir<sup>31</sup>. Yapay sinir ağları teknolojisinin

<sup>26</sup> Bu tartışmalar için kısaca bkz. **Kara-Kılıçarslan**, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 4 (2), 2019, ss. 363-389, s. 369 vd.; **Bak**, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9 (35), 2018, ss. 211-232, s. 215 vd.

<sup>27</sup> Tanımlar ve ayrımlar için ayrıca bkz. **Eğilmez**, Ebru: *The Role of Episodic Memory in Artificial Intelligence*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Aziz F. Zambak), Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 13 vd.; **Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (11), 2018, ss. 585-622, s. 588 vd.; **Bozkurt-Yüksel**, *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler -Hukuki Bakış-*, s. 50; **Kara-Kılıçarslan**, s. 365; **Bak**, s. 212.

<sup>28</sup> Bkz. **Bozkurt-Yüksel**, “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, s. 587 dn. 7.

<sup>29</sup> Bkz. **Bozkurt-Yüksel**, *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler -Hukuki Bakış-*, s. 52.

<sup>30</sup> **Öztürk**, Kadir/**Şahin**, Mustafa Ergin: “Yapay Sinir Ağları ve Yapay Zekâ’ya Genel Bir Bakış”, *Takvim-i Vekâyî*, 6(2), 2018, ss. 25-36, s. 27.

<sup>31</sup> **İşık**, Gültekin: *Türkçe Ağızların Tanınmasında Derin Öğrenme Tekniğinin Kullanılması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Harun Artuner), Hacettepe Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2019, s. 16.

gelişmesinde gelinen son nokta, derin mimariye dayalı sinir ağları ve bunlar için geliştirilen yöntemler bütünü olarak tanımlanan<sup>32</sup> **derin öğrenme (deep learning)** kavramını da gündeme taşımıştır. Son olarak tıpkı *derin öğrenme* gibi yapay zekaya sahip sistemlerin oluşturulmasında kullanılan bir başka araç<sup>33</sup> olan *makine öğrenmesi (machine learning)* kavramının da kısaca izah edilmesinde yarar vardır: Bir bilgisayarın zeki olması için programlanması ve aynı zamanda o makinenin çevresinden öğrenmesi ve böylelikle performansını zaman içinde geliştirmesi üzerine bir yaklaşım<sup>34</sup> olan makine öğrenmesi, yapay zeka üst kavramı içinde yer alan birçok yöntem ve metotla iç içe geçmiş bir şekilde oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.

**Karar destek sistemlerini (decision support systems) tek başına karar vermeyen**, karar vericiye muhakeme yeteneğini de kullandırarak doğru ve etkin karar vermesini sağlayan, yarı-yapısal ve yapısal olmayan kararlarda destek olan, karar vericinin ihtiyaç duyduğu bilgiyi doğru zamanda minimum maliyetle sunan etkileşimli bilişim sistemleri olarak tanımlamak mümkündür<sup>35</sup>. Bilimsel arka planına bakıldığında karar destek sistemleri, bilgisayar bilimlerinden veri yapıları, algoritmalar ve sinirsel bilişim; kuralcı teorilerden fayda teorisi ve istatistiksel karar teorisi; matematik bilimlerinden optimizasyon algoritmaları, mantık, tercih teorisi ve yöneylem araştırması konularının birleşiminden oluşmakta olup bunlara ilave olarak davranış bilimlerinden davranışsal karar teorisi, bilişsel psikolojiden yapay zekâ, sezgisel sembol işleme, uzman sistemler, bulanık mantık, yapay sinir ağları, çıkarım motoru gibi araştırma alanları da karar destek sistemlerine dahil edilince **zeki karar destek sistemleri (intelligent decision support systems)**

<sup>32</sup> Bkz. Işık, s. 16.

<sup>33</sup> Bak, s. 212; Bozkurt-Yüksel, “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, s. 588; Bozkurt-Yüksel, *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler -Hukuki Bakış-*, s. 52.

<sup>34</sup> Bozkurt-Yüksel, “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, s. 589. Diğer tanımlar için ayrıca bkz. Ertuğrul, Ömer Faruk/ Tağluk, Mehmet Emin/Kaya, Yılmaz: “A Basic and Brief Scheme of an Application of a Machine Learning Process”, *Journal of Engineering and Technology*, 1 (1), 2017, ss. 16-22, s. 16-17; Çelik, Özer/Altunaydın, Serthan Salih: “A Research on Machine Learning Methods and Its Applications”, *Journal of Educational Technology & Online Learning*, 1 (3), 2018, ss. 25-40, s. 26 vd.; Kara-Kılıçarslan, s. 368. Bak, s. 213.

<sup>35</sup> Bu ve diğer tanımlar için bkz. Demirci, Nazan: *Karar Destek Sistemlerinin Bir Durum Çalışmasına Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman Yrd. Doç. Dr. Remiye Kandemir), Trakya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Edirne 2012, s. 3-8. Ayrıca: Çebi, Selçuk: *Aksiyomlarla Tasarım Esaslı Bulanık Karar Destek Sistemi Geliştirme ve Bir Uygulama*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Cengiz Kahraman), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 27 vd.

elde edilmektedir<sup>36</sup>. Yazılım (ve buna olanak sunan donanım) teknolojisindeki ilerlemelerle günümüzde karar destek sistemleri, bilişim sistemlerinin kullanılabilir olduğu birçok alanda uygulanabilir hale gelmiştir. İşletmeler için *kurumsal kaynak planlama (enterprise resource planning)* teknolojilerinden, savunma alanındaki stratejik karar verme aşamalarına, tıp uygulamalarının verimliliğini artırmaktan, eğitim sektöründeki uygulamalara kadar birçok alanda ve hatta hukuk alanında<sup>37</sup> dahi karar destek sistemleri, uygulama alanı bulan teknolojiler olma özelliğini taşımaktadır.

## 2. Nihai Hedef: Yapay Zekâ Teknolojileri ile Desteklenmiş Zeki Bir Karar Destek Sistemi Geliştirilmesi (Zeki UYAP)

Yukarıdaki başlıkta yer alan “*nihai hedef*” tamlaması, elbette *statik* bir hedefi ifade etmemektedir. Zira zeki bir UYAP sisteminin geliştirilip projenin tamamlanması şeklinde bir yaklaşım, bilişim teknolojilerinin sürekli gelişme kaydeden çizgisinde kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Bu doğrultuda *dinamik*, başka bir söyleyişle sürekli gelişen ve ilerleyen bir nihai hedef anlayışı ekseninde zeki bir UYAP ekosistemi oluşturulmasının üç temel çalışma alanının olması gerektiği *fikrindeyiz*. Bunlar, *mahkemede yürütülen muhakeme sürecinin modellenmesi, UYAP ekosistemi içindeki Büyük Veri'nin yönetilmesi* ve (bu çalışmalardan yararlanılarak) *yapay zekâyla donatılmış zeki bir karar destek mekanizmasının oluşturulmasıdır*. Aşağıdaki başlıklar, *oldukça basit* örneklerle bu alandaki çalışmalar ile neler yapılabileceğini somutlaştırmaya yönelik açıklamalar ihtiva etmektedir.

### 2.1. Mahkemelerde Yürütülen Muhakeme Sürecinin Modellenmesi

Gerek davaların gerek çekişmesiz yargı işlerinin çözümüne ilişkin olarak mahkemelerde yürütülen süreç, bir karar destek mekanizması geliştirilebilmesi için modellenebilir yapıya sahiptir. Gerçekten, medeni usul hukukunun taraflar, hâkim ve muhakeme sürecine katılan üçüncü kişileri belirli şekillerde hareket etmeye sevk eden kurallar ihtiva etmesi, diğer deyişle *şekle bağlı* bir yapıya sahip olması, sürecin *belirli bir anında* sürece

<sup>36</sup> **Ballı**, Serkan: *Melez Zeki Karar Destek Sistemlerinin Tasarımı ve Gerçekleştirimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Serdar Korukoğlu), Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İzmir 2010, s. 32-33. Diğer ayrımlar için bkz. **Çebi**, s. 30 vd.

<sup>37</sup> Mesela bkz. **Güneş**, Ali: *Yargıtay İçtihat Birleştirme Karar Destek Sistemi: Uzman Sistemler Aracılığı ile Yargıtay İçtihatlarının Birleştirilmesinde Karar Destek Sistemi Geliştirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Engin Demir), Türk Hava Kurumu Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2016.

katılan *süjelerden herhangi birinin* nasıl hareket edebileceğinin **ihtimaller bloğunda çözümlenebilmesine** imkân tanımaktadır. Usule ilişkin birçok kuralın sahip olduğu bu yapı mahkemeler için *zeki* karar destek mekanizması oluşturulmasının ilk basamağı olan muhakeme sürecinin modellenenebilmesini mümkün kılmaktadır. Oldukça *yüzeysel* ve *basit* birkaç misal vermek gerekirse:

Dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı, iki hafta içinde (HMK m. 127) ya dava dilekçesine cevap verir ya da vermez yahut cevap verme süresinin uzatılmasını (HMK m. 127/1; m. 317/2) ister. Cevap verir ise bakılır, eğer dava yazılı yargılama usulünün uygulandığı bir dava ise ikinci dilekçelerin teatisi aşamasına geçilir (HMK m. 136). Eğer basit yargılama usulünün uygulandığı bir dava ise, taraflar ikinci dilekçe veremeyeceğinden ön inceleme aşamasına geçilir (HMK m. 317/3). Eğer cevap vermez ise bu, *davanın inkârı* (HMK m. 128) anlamına gelerek her iki yargılama usulünde de artık ön inceleme aşamasına geçilir<sup>38</sup>. Eğer davalı, cevap verme süresi içinde ek süre talep ederse (HMK m. 127/1; m. 317/2) bakılır: Eğer dava yazılı yargılama usulüne tâbi bir dava ise hâkim bir aya kadar ek süre verebilir; basit yargılama usulüne tâbi bir dava ise iki haftaya kadar süre verebilir ve cevap dilekçesi vermenin ya da vermemenin sonuçları bu sürenin sonuna ertelenir.

Tasarruf ilkesinin uygulandığı davalarda taraflardan biri duruşmaya gelmezse bakılır: Mazereti var ise, mazereti değerlendirilir; kabul edilirse, duruşma başka bir güne bırakılarak kendisine bildirilir; kabul edilmez veya hiç mazeret vermemiş ise: gelen tarafa sorulur, davaya devam etmek isterse duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir ve gelmeyen taraf yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez; davaya devam etmek istemezse, dosya işlemiden kaldırılır (HMK m. 150/2). Elbette dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilmeden önce sürecin öncesine ait bilgi sorgulanır ve bakılır: Eğer dava basit yargılama usulüne tâbi bir dava ve dosya daha önce bir kez yenilenmiş ise, doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 320/4); eğer dava yazılı yargılama usulüne tâbi bir dava ve dosya üzerinde daha önce iki kez yenileme işlemi yapılmış ise yine doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 150/6).

<sup>38</sup> Yazılı yargılama usulünde dahi durumun böyle olmasının sebebi, replik dilekçesinin cevap dilekçesinin verilmiş olması ihtimalinde söz konusu olmasıdır. Bkz. **Kuru**, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 188; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 251.

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinin modellenmesi ile kastedilen sadece yargılamanın aşamalarının (dilekçeler aşaması, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm) genel hatlarıyla modellenmesi değildir. Zaten UYAP böyle bir modellemeye hâlihazırda sahiptir<sup>39</sup>. Burada kastedilen, süreç içinde herhangi bir *anda* ortaya çıkabilecek ihtimallere göre sürecin devamının nasıl şekilleneceğinin daha belirgin bir hale getirilmesini sağlayacak bir modeldir. *Her bir davanın türünün kendine has özellikleri* dikkate alınarak hazırlanacak bir model, usule ilişkin işlemlerin eksik ve hatalı olmasını engellemek, gereksiz işlem yapılmasını önlemek, davayı uzatma amacı taşıyan kötüniyetli davranışların önüne geçmek noktalarında önemli fonksiyonlar üstlenerek yargılamada *tutarlılık* ve *çabukluk* hedeflerine ulaşılmasına katkı sağlayabilecektir. Bu bağlamda tekrar vurgulamak gerekir ki, yukarıdaki örnekler son derece yüzeysel ve basittir. **Yargılama sürecinin gerçek anlamda, tüm ayrıntısıyla bilgisayar ortamında modellenmesi<sup>40</sup> geniş çapta uzman katılımını gerektiren oldukça uzun soluklu bir çalışma sürecini gerektirecektir.**

UYAP'ın yeniden ve detaylı olarak modellenmesi aşamasında göz önünde bulundurulması gereken bir başka husus da, oluşturulacak modelin **uygun ve gerekli zamanlarda** insan müdahalesine imkân tanıyan bir yapıya sahip olmasıdır. Aksi halde zaman zaman model dışına çıkılması gereken *atipik* durumlarda karar destek mekanizmasının statik olması sebebiyle, adil yargılama yapılması gibi temel ilkelerden ayrılması gündeme gelebilecektir. Mesela bugün UYAP'ta kayıtlı dava türleri veya çekişmesiz yargı işleri dışında bir dava veya çekişmesiz yargı işi nitelendirmesi çok kolay olmakta, aslında kayıtlı dava veya çekişmesiz yargı işlerinden hiçbirine girmeyen bir talep kendisine en yakın olan kayıtlı işlem türleri içinde değerlendirilmekte, bu durum ise çözüm süreci içinde başka hukuki ve teknik sorunlara mahal vererek yanlış bir kararın ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

<sup>39</sup> Ancak mevcut modellemenin de uygulamada ne kadar verimli kullanıldığı tartışılacak bir husustur. Zira UYAP'ın şu andaki durumuyla dahi yargılama sürecinin yönetilmesine ilişkin barındırdığı karar destek imkânlarından etkin bir şekilde yararlanılması, ön inceleme ve tahkikat süreçlerinin daha verimli bir şekilde yönetilmesine imkân tanıyabilecektir.

<sup>40</sup> Bu noktada bkz. *birleşik modelleme dili (unified modelling language)* <https://www.uml.org/what-is-uml.htm> (E.T. 22.08.2019).



## 2.2. UYAP Ekosistemi İçindeki Büyük Veriyi Yönetmek

UYAP ekosistemi içinde *üreyen* verilerin bir kısmı yapılandırılmış olmakla birlikte (dilekçelerin içerikleri, duruşma tutanakları, tanık beyanları... gibi) oldukça önemli bir kısmı yapılandırılmamış veri niteliğindedir. Bu verilerin anlamlı hale getirilerek işlenebilmesi ve yönetilebilmesi için gerçekleştirilecek teknik çalışmaların birkaç ayağı olacaktır: Bunlardan *ilki* yapılandırılmamış verilerin anlamlandırılması ve ilişkilendirilmesinde rasyonel ilişkiler kurulmasını kolaylaştırılacak bir hukuk terimleri veritabanı oluşturulması olacaktır. *İkincisi*, duruşma tutanaklarındaki yapılandırılmamış verilerin, yapılandırılmış verilerle ilişkilendirilmesini kolaylaştırmak üzere mahkemeler için *tümleşik geliştirme ortamı (integrated development environment: IDE)* yazım mantığından esinlenilerek oluşturulmuş yeni yazım araçları geliştirilmesi olacaktır. Tüm bunlarla birlikte *optik karakter tanıma* ve *doğal dil işleme* teknolojilerinin de kullanımıyla birlikte son aşamada yapay zekâ algoritmalarının uygulanmasını kolaylaştıracak bir veri ambarının meydana getirilmesi mümkün hale gelebilecektir.

### 2.2.1. Hukuk Terimleri Veritabanı Oluşturulması

UYAP ekosistemi içinde yer alan yapılandırılmamış verilerin anlamlandırılması noktasında hukuk terimlerinden oluşan bir veritabanının oluşturulması önem arz etmektedir. Aslında burada hukuk terimleri veritabanı ile kastedilen, hukuk terimleri ve bunların anlamlarını gösteren basit bir yapı olmayıp çeşitli hukuk terimlerinin birbirleri ile çeşitli açılardan ilişki ve bağlantılarını ortaya koyan ve üzerinde *derin öğrenme* algoritmalarının kullanılabilceği kompleks bir veri ambarıdır. Böylelikle UYAP ekosistemi içerisindeki yapılandırılmamış verilerin (hukuki açıdan) anlamlandırılması ve diğer verilerle ilişkilendirilmesi noktasında daha isabetli sonuçların üretilmesine katkı sağlanabilecektir. Mesela “uygun illiyet bağı”, “zarar”, “haksız fiil”, “kusur” gibi kavramlar haksız fiilden sorumluluğun unsurları olduğundan, söz konusu terimlerin birbirleri olan ilişkisi ve bağlantısı, “sözleşme”, “rehin”, “ciro” gibi hukuki terimlerle olan bağlantılarından daha kuvvetlidir. Yine “tahsil cirosu”, “teminat cirosu”, “retret”, “çizgili çek”, “hatır bonusu” gibi hukuki terimlerin *birbirleriyle* bağlantısı, bu kavramların, ceza hukuku içinde yer alan “kast”, “taksir”, “etkin pişmanlık” gibi kavramlarla olan bağlantılarından daha kuvvetlidir. Hukuk terimlerinden oluşacak bir veri ambarı üzerinde uygulanacak derin öğrenme algoritmalarıyla çeşitli hukuki terimler arasında kurulan farklı ilişkilendirme metodlarıyla, yapılandırılmamış verilerin hukuki açıdan ne anlam ifade ettiğine yönelik daha isabetli sonuçların üretilmesi kolaylaşmış olacaktır.

Hukukî terimlere ilişkin kapsamlı bir veritabanı oluşturulması noktasında göz önünde bulundurulması gereken en önemli hususlardan biri de, her bir terimin hukuka uygun olarak doğru bir şekilde ifade edilmesidir. Zira iyi bir hukuk uygulaması için öğretilerde “4+1 K” şeklinde formüle edilen<sup>41</sup> (i) kavramlara, (ii) kurumlara, (iii) kurallara ve (iv) kaynaklara hâkimiyet son derece önemlidir. Bu doğrultuda, bazı kavramların ifade edilmesi noktasında uygulamada zaman zaman yanlış terimlerin kullanılması söz konusu olabilmektedir. Bu ise, söz konusu kavramın kural ve kaynak ilişkisinin yanlış tespit edilmesine yol açabilmektedir.<sup>42</sup>

### 2.2.2. Mahkemeler için Veri Yapılandırılmayı Kolaylaştıran Yazım Araçları Tasarlanması

Yapılandırılmamış verilerin oluşum aşamasında yapılandırılmış verilerle ilişkilendirilmesini kolaylaştırmak üzere dile getireceğimiz bir başka öneri, UYAP sistemi içinde mahkemelerin kullanımına sunulan yazım ortamının, bilgisayar yazılımı geliştirmek için kullanılan *tümleşik geliştirme ortamında* kullanılan bazı özelliklerden esinlenilerek yeniden tasarlanma-

<sup>41</sup> Bkz. **Özekes**, Muhammet: *Temel Hukuk Bilgisi*, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 39 vd. Yukarıda yer alan “4K” hukuki terimlerin bilişim teknolojilerinden yararlanılarak anlamlandırılması ve birbirleriyle ilişkilendirilmesi sürecinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar iken, “+1K” olarak ifade edilen “kendine hâkimiyet” yargı sisteminin insan unsurunu esas alan etik bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada yazarın şu ifadelerine (s. 41) yer vermekte yarar vardır: “...*Hukukçu, sadece teknik hukuk bilgisi ile donanmış bir kişi değil, hukuk devletine gerçekten inanan, hukukun etik değerlerini de öğrenen ve en önemlisi içselleştiren kişidir. Aksi halde, hukukçunun hukuku uygulayan bir mekanik sistemden veya o sistemi uygulayan makeden farkı kalmaz. İyi bir insan olmadan belki iyi bir hukuk teknisyeni olunabilir; ancak iyi bir insan olmadan iyi bir hukukçu olmaz...*”.

<sup>42</sup> Mesela aslında çekişmesiz yargı işi niteliğine olan birçok talep uygulamada dava terimiyle karşılık bulabilmekte, eski hale getirme prosedürü taraf usul işlemleri için söz konusu iken, mahkemeler bazen kendi ara kararlarından dönerken bu terimi (eski hale getirme) kullanabilmekte davanın atıya bırakılması tabirinin yorumlanması noktasında belirsizlikler yaşanabilmekte, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ya da dava takip yetkisi kavramları ile ifade edilmesi gereken bir husus yanlış bir şekilde taraf sıfatı (husumet ehliyeti) kavramıyla ifade edilebilmektedir. Kısaca, uygulamada bazen (i) terimlerin yanlış kullanımı (ii) birbiri yerine kullanımı veya (iii) hukuki olarak karşılığı olmayan terimler uydurmak gibi durumlar söz konusu olabilmekte bu ise yeknesak bir uygulamanın oluşmasına engel teşkil edebilmektedir. İşte bu ve benzeri sebeplerden ötürü, yeni teknolojilerden yararlanılarak sağlıklı ve uyumlu, yeknesaklık sağlayacak bir dile sahip veritabanı oluşturulmaz, özellikle uygulamanın terimleştirme noktasındaki isabetli olmayan tercihleri esas alınırsa, doğal dil işleme teknolojileri ile derin öğrenme algoritmalarının tutarlı bir şekilde çalışması zorlaşabilecektir.

sıdır. Bu doğrultuda geliştirilecek yeni yazım ortamı, yargılama sürecinde oluşturulan bilgiler arasında tutarlılık sağlanmasına katkı sunacak ve maddi hataların oluşmasını önleyici bir etkiye sahip olacaktır. Bunun yanı sıra dosya geçmişini inceleme ve gerekçeli kararın yazılma süresinin kısalmasına da hizmet edecektir.

Mesela tümleşik yazılım geliştirme ortamlarında (IDE), yazılım geliştirici kod yazma esnasında herhangi bir metodu girdiğinde bu metod ile ilgili parametreler *kayan liste* şeklinde kendisine sunulmakta ve yazılımcı böylelikle parametreleri teker teker yazmak yerine listeden seçerek kullanabilmektedir. Yine söz konusu geliştirme ortamlarında yazılımcı kodu çalıştırılabilir hale getirirken herhangi bir söz dizimi hatası ile karşılaştığında, IDE, bu hatanın nerede olduğu ve neden kaynaklandığı noktalarında yönlendirici bilgiler verebilmektedir. Tümleşik yazılım geliştirme ortamlarının bu ve benzeri özelliklerinden esinlenilerek UYAP ortamında yer alan yazım araçlarının yeniden tasarlanması mümkündür<sup>43</sup>.

### 2.2.3. Optik Karakter Tanıma ve Doğal Dil İşleme Teknolojilerinden Yararlanılması

UYAP'a aktarılan tüm veriler (dilekçeler, sözleşmeler, senetler...) bilgisayar ortamında hazırlanmış bir şekilde yine bilgisayar ortamında sisteme aktarılmamaktadır. Mesela fiziki ortamda dava açıldığında, dava dilekçesi kalem personeli tarafından taratılarak UYAP ortamına aktarılmaktadır. Bu şekilde bir aktarım ise, söz konusu belge içeriğinin sistem tarafından işlenmesini ve yönetilmesini kısıtlamaktadır. Bu nedenle *optik karakter tanıma* teknolojilerinden yararlanılarak bu şekilde taratılarak (imaj halinde) sisteme aktarılan metinlerin içeriğine erişilebilir ve bu verilerin de Büyük Veri'nin *işlenebilir* bir parçası olması sağlanabilir.

UYAP'ta yer alan ve gerek sistem üzerinde oluşturulan gerek (yukarıdaki paragrafta yer alan örnekte olduğu gibi) fiziki ortamdan aktarılan veriler üzerinde doğal dil işleme teknolojilerinin kullanılması, bir sonraki aşamada belge içeriğinin anlamlandırılması, sınıflandırılması, özetlenmesi, anahtar kelimelerin çıkarılması ve diğer verilerle çeşitli açılardan mantıksal bağlantıların kurulması ve bu verilerle ilişkilendirilmesi sürecini kısaltabilecektir. Belge içeriklerinin *hukuki açıdan* yorumlanabilmesi noktasında daha önce (2.2.1.) dile getirdiğimiz hukuk terimleri veritabanı da büyük bir öneme sahip olacaktır. Böylelikle doğal dil işleme yöntemleri, uyuşmazlık konularının tespiti, uyuşmazlığın hukuki vasıflandırması, uyuşmazlığa

<sup>43</sup> Konu ile ilgili örnekler, çalışmanın ek kısmında sunulmuştur.

uygulanacak hukuk kurallarının tespiti gibi noktalarda karar destek mekanizmaları oluşturulmasını destekleyen bir fonksiyon üstlenecektir.

Doğal dil işleme teknolojilerinin hukuki metinler için geliştirilmesine yönelik gerçekleştirilen çalışmalara örnek olarak *Mining and Reasoning with Legal Texts* (MIREL) projesini<sup>44</sup> göstermek mümkündür. Oldukça geniş bir literatür çıktısına sahip<sup>45</sup> bu projenin *çalışma detayları*<sup>46</sup> Türkçe hukuk metinleri için yürütülecek doğal dil işleme çalışmalarında vizyon belirleme kriterleri olarak kullanılabilir. Bir başka örnek olarak *Python* yazılım geliştirme dilinde hukuki metinler için doğal dil işleme ve makine öğrenimi tekniklerine odaklanan *LexNLP* kütüphanesini<sup>47</sup> vermek de mümkündür.

#### 2.2.4. Yapay Zekâ Algoritmaları İçin Veri Ambarı Oluşturmak

Yukarıda -örnek olarak- verilen tüm çalışma önerilerinin temel amacı zeki bir UYAP ekosistemi oluşturulmasının ön basamağı olan yapay zekâ algoritmalarını besleyen *Büyük Veri*'yi meydana getirebilmektir. Bu bağlamda hukuk terimlerini içeren bir veritabanı oluşturulması, UYAP sistemi üzerinde yer alan yazım ortamlarının veri yapılandırılmasını kolaylaştıran araçlarla desteklenmesi, *yürürlükteki mevzuatın işlenebilir hale getirilmesi*, hem yapılandırılmış hem yapılandırılmamış verilerin anlamlandırılması ve ilişkilendirilmesi noktasında optik karakter tanıma teknolojileri ile doğal dil işleme yöntemlerinden yararlanılması *gibi* çalışma alanları oluşturulmasıyla UYAP ekosistemine entegre edilecek yapay zekâ algoritmalarını besleyecek nitelikte bir *veri ambarı* meydana getirilebilecektir. Unutmamak gerekir ki, yapay zekâ teknolojilerinin (ve yapay sinir ağı modellerinin) isabetli sonuçlar üretebilmesi için beslendikleri veri kümesinin geniş hacimlere ulaşmış olması son derece önemlidir. Bu ise, sürekli gelişerek ilerletilecek uzun bir süreci gerektirecektir. Kısaca, UYAP'a entegre edilecek yapay zekanın

<sup>44</sup> Proje web sayfası: <http://www.mirelproject.eu/> (E.T. 28.01.2020). Ayrıca bkz. **Robaldo**, Livio/**Villata**, Serena/**Wyner**, Adam/**Grabmair**, Matthias: "Introduction for Artificial Intelligence and Law: Special Issue 'Natural Language Processing for Legal Texts'", *Artificial Intelligence and Law*, 2019/27, ss. 113-115; **Lehmann**, Hubert/**Guenther**, Franz: "Discourse Analysis for a Legal Expert System", *Computers and the Humanities*, 1991/25, ss. 81-92.

<sup>45</sup> <http://www.mirelproject.eu/publications.php> (E.T. 28.01.2020)

<sup>46</sup> <http://www.mirelproject.eu/method.html> (E.T. 28.01.2020)

<sup>47</sup> Bkz. **Bommarito II**, Michael J./**Martin Katz**, Daniel/**Detterman**, Eric M.: "LexNLP: Natural Language Processing and Information Extraction for Legal and Regulatory Texts" (21 Haziran 2018) URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3192101](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192101) (E.T. 28.01.2020).

yapmış olduğu çıkarımlardaki isabet oranı, *beslendiği veri kümesinin sürekli artacağı varsayımı altında*, bugün için ve on yıl sonrası için aynı olmayacaktır.

### 2.3. Yapay Zekâyla Donatılmış “Zeki” Karar Destek Sistemi Oluşturulması

#### 2.3.1. Genel Olarak

Çalışmanın önceki bölümlerinde “mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinin modellenmesi” ve “UYAP ekosistemi içindeki Büyük Veri’yi yönetmek” başlığı altında dile getirilen tüm fikirlerin temel odak noktası UYAP mekanizmasının klasik bir karar destek sistemi olmaktan öteye taşınarak, yapay zekâ teknolojilerini kullanabilen ve bu şekilde mahkemeler için yapısal olmayan kararların verilmesinde dahi faydalanılabilecek, sürecin her aşamasında tutarlılığın sağlanmasına katkı sunabilecek, usule ilişkin meselelerin çözümü için harcanan zamanı azaltmaya yardım edecek yeni nesil bir karar destek sistemine dönüştürülebilmesidir. Bu noktada çalışmada şu ana kadar sunulan fikirlerin (önerilerin) hepsinin **sadece birer örnek mahiyetinde olduğunu** tekrar vurgulamakta yarar vardır. Elbette, UYAP’ın zeki bir karar destek sistemine dönüştürülmesi noktasında bilişim dünyasının kazanımlarının ne ölçüde ve nasıl kullanılabileceğine yönelik *teknik* cevapları *geniş kapsamlı* olarak bilişim uzmanları verebilecektir.

Sonuç itibarıyla, mahkemelerde gerçekleştirilen muhakeme sürecinin ayrıntılı bir şekilde modellenmesi ve doğal dil işleme yöntemleri ile yeni nesil veritabanı yönetim yaklaşımlarından yararlanılarak meydana getirilen *Büyük Veri’nin* yapay zekâ algoritmaları ve derin öğrenme metodları kullanılarak yönetilip işlenmesi, modellenmiş süreçteki etkileşim ortamını sadece yapılandırılmış verilerden beslenen klasik bir otomasyon sistemi olmaktan öteye taşıyabilecek ve UYAP’ın sahip olduğu kabiliyetleri yeni teknolojilerin uç noktalarını kullanabilecek kapasitede arttırabilecektir. Yapay zekâ ile bağlantılı teknolojilerin UYAP sisteminde etkin kılınması, dava yönetimi ve yargılama sürelerinin etkin kullanımı açısından -yargıda zaman yönetimi-konularında dile getirilen yaklaşımların uygulanabilir hale getirilmesine imkân tanıyacaktır. Çok basit bir misal olarak, yapay zekâ ile desteklenmiş bir UYAP ortamı, mahkemeye yöneltilen belirli bir talebe ve bu talebin mahkemede incelenmesine ilişkin belli bir yargılama kesitinde, daha önceki istatistiksel verileri dikkate alarak ortalama sürenin aşılması halinde hâkime bilgilendirme sunan modüller içerebilecektir.

Bir önceki bölümde olduğu gibi devam eden başlıklarda da yapay zekâ teknolojileri ile donatılmış bir UYAP karar destek sisteminin üstlenebileceği fonksiyonlara yönelik dile getirilecekler **sadece basit birer örnek mahiyetinde olacaktır**. Burada teknolojik gelişmelerin yansıtılmasının sorunları ve bir eleştirisinden çok, tanıtılmasını amaçlanmaktadır. Bu sebeple yapılan açıklamalar ve verilen örnekler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Şüphesiz çalışmada yapılan açıklamalar kapsamında teknolojinin gelişmesinin yargılama bakımından bazı sakıncaları olacak, bazı yeni sorunlar da doğuracaktır. Fakat bu çalışmada, sorunlardan daha çok, teknolojiden yargılamada nasıl yararlanılabileceği, yargılama süreçleri ile nasıl uyumlu hale getirilebileceği ve bu konudaki gelişmelerin mevcut sistemle nasıl entegre edilebileceği noktasında genel bir çerçeve ortaya koymaya çalışılmaktadır.

### **2.3.2. Davanın Açılması ve Dilekçelerin Teatisinde Yeni Yaklaşım**

Yargılama sürecinin ayrıntılı bir şekilde modellenmesi, doğal dil işleme teknikleri ile derin öğrenme yöntemlerinin kullanılması ve UYAP karar destek sisteminin beslediği veri havuzunun isabetli sonuçlar üretmeye elverişli boyutlara ulaşmasıyla birlikte, davacının sisteme kaydedilen dava dilekçesindeki yapılandırılmamış verilerin yorumlanarak hangi dava türüne ilişkin olduğu, bu dava türüne göre eksikliği giderilmesi gereken ve bu nedenle davacıya süre verilmesini gerektiren (mesela HMK m. 114/2, harç ve gider avansının tamamlattırılması) bir husus olup olmadığı karar destek sistemi tarafından tespit edilebilir. Yine mahkemeye yöneltilen talebin barındırdığı verilerin yorumlanması yoluyla tensip zaptının ana şablonunun doğrudan sistem tarafından oluşturularak, (konkordato geçici mühlet verilmesine yönelik talepler için oluşturulan tensip zaptlarında yer alan ihtiyati tedbir kararları gibi) hâkimin bu zabıta yer vereceği alternatifli unsurlar yapılandırılmış birer seçenek olarak kendisine sistem tarafından sunulabilir. Böylelikle, tensip zaptlarının oluşturulmasında yeknesaklığın sağlanmasına katkı sunulmuş olur. Bunun gibi dilekçeler aşamasında somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, talep sonucunun hüküm kurmaya elverişli olacak şekilde açık olup olmadığı gibi hususlarda da doğal dil işleme ve derin öğrenme teknolojilerine etkinlik kazandırılmış bir yapay zekâ sistemi gereksiz işlem yapılmasını önleyen ve uyuşmazlık çözüm sürecine tutarlı bir başlangıç yapılmasını destekleyen bir fonksiyon üstlenebilir. Tüm bunların dışında, UYAP sisteminin diğer kurumlara ait otomasyon sistemleri (örnekte PTT otomasyon sistemi) ile sürekli ilerleyen entegrasyonu dikkate alındığında, dilekçelerin teatisi de hâkim müdahalesini gerektir-

meyen, doğrudan UYAP sistemi tarafından yönetilen bir prosedür haline getirilebilir.

### 2.3.3. Ön İncelemenin Basit ve Kolay Hale Getirilmesi

Ön inceleme aşaması HMK ile getirilmiş ve doğrudan usul ekonomisinin sağlanmasına odaklanan önemli bir yargılama süreci aşaması olmasına karşın, uygulamada bu aşama tam olarak uygulanmadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine *teşvik* etme, uyuşmazlık konularını tespit etme, tahkikata hazırlık işlemlerini tamamlama gibi bu aşamaya özgü işlemler tam anlamıyla yapılmadığı için, ön incelemenin potansiyel faydaları ortaya konamamaktadır. Yapay zekâ ile desteklenmiş bir UYAP mekanizması bu noktada da önemli fonksiyonlar üstlenebilecektir. Yapay zekâ (ve bağlantılı alanlarda) yaşanan gelişmelerle, ileride, ön inceleme prosedürünü tamamen otonom haline getiren modeller tasarlanabilecektir. Ancak vurgulamak gerekir ki, böyle bir süreç modellemesinin mümkün hale gelmesi aşamasında dahi, her konuda nihai karar verme yetkisi ve görevi hâkime ait olacaktır. Bununla birlikte, hâkim yardımcılığı müessesesinin yargılama sürecine entegrasyonu ile birlikte düşünüldüğünde, yapay zeka teknolojilerini kullanan bir ön inceleme prosedüründe, ön inceleme hedeflerinin gerçekleştirilmesi optimum seviyelere taşınabilir ve böylelikle artık, yargının günümüz iş yükünde *tabiri caizse* ön incelemenin *ütopik* bir hedefi olarak kalan, tahkikatın sadece birkaç duruşmaya indirgenmesi birçok dava açısından mümkün hale gelebilir. Aşağıdaki açıklamalar bu noktada birer örnek mahiyetindedir.

#### 2.3.3.1. Uyuşmazlık Konularının Hukuki Vasıflandırmasını Yapmak

Büyük Veri'den yararlanmak noktasında yapay zekâ teknolojileri ile desteklenmiş bir UYAP karar destek sistemi, uyuşmazlık konularının hukuki vasıflandırmasını yapmak ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarını tespit etmek noktasında hâkime yardımcı olabilecektir. Mesela bir boşanma davası açısından *terk* vakıyası hukuki karşılığı olan bir terimdir (TMK m. 164). Bir dava dilekçesinde *terk* vakıyası birçok şekilde ifade edilebilir: "...eşim evi terk etti...", "...davalı hiçbir sebep yokken evden ayrıldı...", "...davalı, haklı bir sebep olmamasına rağmen müvekkilin eve girmesini engellemektedir...", "...eşim bir yıldır eve uğramıyor..." gibi. Eğer geliştirilecek karar destek sisteminin beslendiği veri havuzu çok yüksek bir kapasiteye ve birçok ifadeyi *isabetli* bir şekilde anlamlandırma kapasitesine sahip olacak derecede derinleştirilmiş yapay sinir ağı algoritmalarını kulla-

nıyor ise, dilekçede yer alan veriyi “terk” olarak nitelendirip bununla ilgili hâkimin ihtiyaç duyacağı bilgileri (uygulanacak hukuk kuralları, içtihatlar...) ona sunabilir. Burada verilen basit örnek üzerinden bir anlam ifade etmeyecek gibi görülebilen bu yetenek, kompleks davalarda hâkimin hukuki vasıflandırmayı yapması ve olaya uygulanacak hukuk kurallarını hızlı bir şekilde tespit etmesi noktalarında oldukça faydalı olabilir. Fakat yine bu örnek üzerinden bir hususu vurgulamakta yarar vardır: Örnekte, dosyada terk anlamında ifade ve açıklamalar olsa da, durumun teknik anlamında terk sebebiyle boşanmanın şartlarını taşımaması, hatta bu sebebe dayanılmaması durumunda yanlış nitelendirme olup olamayacağı akla gelebilir. Böyle bir ihtimalde dahi, dilekçedeki diğer verilerle olan ilişkiler kullanılarak, vakıalar kümesinin hukuki vasıflandırmasını isabetli bir şekilde yapabilmek noktasında Büyük Veri’yle beslenmiş karar destek mekanizmasından yararlanılabilecektir.

### 2.3.3.2. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlık Konularını Tespit Etmek

Hukuk yargılamasında bir tahkikatın (usul ekonomisi açısından) gerçekleştirilmesi ile ilgili en başta gelen hususlardan biri, ön inceleme (HMK m. 137 vd) aşamasında taraflar arasındaki çekişmeli hususların çekişmeli olmayanlardan ayırıştırılmış olmasıdır (HMK m. 140/1). Yapay zekâ teknolojileriyle desteklenmiş bir karar destek mekanizması, hâkime bu noktada da yardımcı olabilir. Elbette sistemin bu düzeye gelebilmesi için, derin öğrenme kapasitesinin oldukça gelişmiş ve beslendiği veri havuzunun da yüksek boyutlara ulaşmış olması gerekecektir. Gelişmiş bir sistem, tarafların karşılıklı dilekçelerinde (dava, cevap, ikinci dilekçeler) yer alan ve doğal dil işleme teknikleri, derin öğrenme algoritmaları kullanılarak yapay zekâ sistemi için *anlamlandırılmış hale getirilen* ifadeler arasında bağlantı kurarak hangilerinin birbiriyle tenakuz içinde olduğu hangilerininin uyduğu (ya da davalı tarafından cevapsız bırakıldığı) noktasında mantıksal çıkarımlarda bulunarak hâkime çekişmeli ve çekişmesiz vakıaların neler olduğuna yönelik bilgi sunabilir.

Tekrardan vurgulamakta yarar vardır ki, geliştirilecek sistemin **isabetli çıkarımlar sunabilecek seviyeye gelmesi** belli bir süreci gerektirecektir. Bu süreç içinde, bir yandan UYAP ekosistemi içindeki verileri anlamlandıran ve birbiriyle çeşitli açılardan ilişkilendiren yeni veri işleme teknolojileri geliştirilirken bir yandan da bu verilerden isabetli çıkarımlar yapacak derin öğrenmeye odaklı yapay sinir ağı modelleri, doğal dil işleme algoritmaları gibi yapay zekâ teknolojilerinde gelişmeler kaydedilecektir. Böylelikle geliştiri-



rilen yeni *zeki* UYAP ekosisteminin beş yıl sonraki başarı oranı ile onbeş yıl sonraki başarı oranının aynı olacağı elbette söylenemez.

### 2.3.3.3. Dava Şartlarının Mevcut Olup Olmadığını Tespit Etmek

Yapay zekâ ile donatılmış bir karar destek sistemi, hâkime dava şartlarını tespit etmek noktasında da yardımcı olabilir. Mesela dava dilekçesinin talep sonucu, vakıalar, taraflar, dava konusu kısmındaki yapılandırılmış ve yapılandırılmamış verileri kullanarak görevli mahkemenin tespiti açısından davanın hukuki niteliğine yönelik çözümler sunan yapay bir sinir ağı modeli geliştirilebilir. Derin öğrenme kapasitesine sahip yapay sinir ağı modelleri, görevli mahkemenin tespitinin zor olduğu karmaşık davalarda hâkime öneride bulunabilecek bir düzeye getirilebilir. Aynı özellik diğer dava şartları açısından da söz konusu olabilir. Mesela, davacının Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası (TCKN) kullanılarak ilgili veritabanından bu kişinin çeşitli verileri aktararak davanın açıldığı tarih itibarıyla tam dava ehliyetine sahip olup olmadığı, kanuni temsilci ile temsil edilmesinin gerekli olup olmadığına yönelik çıkarımlarda bulunacak bir algoritma tasarlanabilir. Bunun gibi doğal dil işleme metodları ve yapay sinir ağlarının geliştirilmesiyle davacının, davasına dayanak olarak gösterdiği belgenin ilâm niteliğinde belge olup olmadığı sistem tarafından algılanarak hukuki yararın mevcut olup olmadığını tespit etmeyi kolaylaştıran algoritmalar oluşturulabilir. Başka bir örneği, derdestlik ve kesin hüküm açısından vermek mümkündür: Geliştirilecek karar destek mekanizması, UYAP ekosisteminde kayıtlı verilerden, *sadece taraf bilgilerini kullanarak* her iki tarafa ait daha önce aynı veya başka mahkeme açılmış ve görülmekte olan (veya sona ermiş) davaların dökümünü sunarak hâkimin, derdestlik ve kesin hüküm dava şartlarının sağlanıp sağlanmadığını tespit etmesi kolaylaştırılabilir.

### 2.3.3.4. Dava Türüne Göre Tahkikata Hazırlık İşlemlerinin Gerçekleştirilmesine Hız Kazandırmak

Bir hukuk davasının ön inceleme aşamasında yapılması gerekenler arasında yer alan *tahkikata hazırlık işlemleri* (HMK m. 137/1) uygulamada her bir dava açısından farklılık gösterebilmektedir. Mesela tapu kaydının düzeltilmesi davasında mahkeme, ön inceleme aşamasında tahkikata hazırlık işlemi olarak, dava konusu taşınmazın durumu ile ilgili çeşitli kurumlara müzekkere yazmaktadır. Buna mukabil, konkordato talebini inceleyen mahkeme geçici mühlet kararı verirken bu karar kapsamında vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararlarının yerine getirilmesi için yine, ticari işletmenin niteliği ve türüne göre çeşitli kurumlara yazı yazmaktadır. Tüm bu işlemler için

belirli formüller hazırlanarak, tahkikata hazırlık işlemlerinin daha hızlı (ve benzer davalar açısından tutarlı) olmasını sağlayacak modüller tasarlanabilir.

### 2.3.4. Tahkikat İşlemlerini Kolaylaştırmak ve Hızlandırmak

Gerek veri yapılandırılmayı kolaylaştıran yazım araçlarının kullanılması gerek doğal dil işleme yöntemleri ve derin öğrenme teknikleri gibi verilerin anlamlandırılabilir ve yorumlanarak kullanılabilir hale getirilmesini sağlayan yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılması, tahkikat aşamasında hâkimin istifade edebileceği birçok modülün UYAP'a eklenmesine imkân tanıyacaktır. Bu modüller ile tahkikat aşaması daha belirgin hale getirilebilecek, özellikle (tarafa belli bir işlemi yapması için süre verilmesi gibi) şekli tahkikat işlemleri olarak nitelendirilebilecek yargılamayı ilerleten bazı ara kararların daha tutarlı ve hızlı bir şekilde verilmesine katkı sağlanabilecektir. Bunun dışında, tahkikat aşamasına yönelik olarak yapay zekâ destekli bir UYAP'ın üstlenebileceği en önemli fonksiyonlardan biri, *fikrimizce*, **dosyadaki veriler arasında tutarlılık oranını tespit etmektir**. Mesela tanık beyanlarının birbirleri arasındaki ve dosyadaki diğer delillerle (keşif tutanakları, bilirkişi raporları, belge niteliğindeki deliller...) tutarlılık oranını tespit edebilecek derin öğrenme algoritmalarının geliştirilmesi şu an için hayal gibi görünse de, yapay zekâ alanında kaydedilen gelişmeler, bu gibi hususlarda isabetli sonuçlar üretebilecek sistemlerin tasarımını yakın gelecekte mümkün kılabilir. Aşağıda zeki bir UYAP mekanizmasının tahkikat aşamasında üstlenebileceği fonksiyonlara birkaç örnek vermeye çalışılacaktır.

#### 2.3.4.1. Şekli Tahkikat İşlemlerinin Gerçekleştirilmesi

Mahkemede görülmekte olan bir davanın çözüme bağlanması, genellikle, dava sırasında *usule ilişkin* birçok *ara kararın* verilmesini beraberinde getirir. Bu tür kararlar, davayı sona erdirmeyip bilakis davanın bir sonraki aşamaya geçmesini sağlayan, diğer deyişle davanın ilerlemesine hizmet eden kararlardır. Bu tür kararlara birçok örnek vermek mümkündür: *Yetki ilk itirazının reddi* (HMK m. 117/3; m. 164), *tanık listesinin sunulması için süre verilmesi* (HMK m. 240), *tarafın isticvabına karar verilmesi* (HMK m. 169), *bilirkişi incelemesine karar verilmesi* (HMK m. 266), *keşfe karar verilmesi* (HMK m. 288), *eski hale getirme talebinin kabulü veya reddi* (HMK m. 100; m. 164), *fer'î müdahale talebinin kabulü veya reddi* (HMK m. 67), *bekletici mesele teşkil eden davanın açılması için süre verilmesi* (HMK m. 165), *hâkimin reddi talebinin geri çevrilmesi* (HMK m. 41) gibi. İşte bu gibi birçok

ara kararın verilmesinde *zeki* bir karar destek mekanizması, geleneksel bir karar destek mekanizmasından çok daha faydalı fonksiyonlar üstlenebilir.

Bir dava dosyası içinde yer alan verilerin, doğal dil işleme ve derin öğrenme yöntemleri gibi teknolojilerle karar destek sistemi tarafından algılanabilir ve yönetilebilir hale getirilmesi, yargılama prosedürünün detaylı bir şekilde modellenmesi, hâkimin yargılamanın belirli bir aşamasında ortaya çıkan yeni durumlar karşısında usule ilişkin nasıl bir karar vermesi gerektiğine ilişkin yönlendirici modüllerin tasarımına imkân tanıyacaktır. Mesela, dosyaya sunulan bir dilekçenin fer'î müdahale talebine ilişkin olduğu, bu dilekçenin içeriğinde yer alan yapılandırılmamış verilerin doğal dil işleme ve derin öğrenme algoritmaları ile yorumlanması suretiyle sistem tarafından algılanarak dilekçenin süresinde verilip verilmediği (HMK m. 66/1), dilekçede giderilmesi gereken bir eksiklik olup olmadığı (HMK m. 67/1) gibi hususlar sistem tarafından hâkimin bilgisine sunulabileceği gibi yine böyle bir talep doğrultusunda yapılması gereken işlemler (HMK m. 67/2) ile verilmesi gereken ara kararlara yönelik şablonları sunan bir modül tasarlanabilir. Dile getirilen bu gibi hususların tüm ön sorun ve bekletici mesele, dava konusunun devri, davaların birleştirilmesi ve ayrılması gibi şekli işlemler için de söylenmesi mümkündür. Tüm bu işlemlerin daha hızlı ve tutarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi noktalarında yapay zekâ destekli bir UYAP önemli katkılar sağlayabilecektir. Bunun dışında duruşma tutanaklarının ve bazı ara karar formatlarının oluşturulması noktasında yeknesaklığı ve tutarlılığı sağlayacak modüllerin eklenmesi halihazırda UYAP'ta gerçekleştirilebilecek yenilikler arasındadır.

Daha önce değinildiği üzere, doğal dil işleme ve yapay zekâ teknolojilerinin kullanılmasıyla bir dava dosyasında yer alan yapılandırılmamış verilerin anlamlı hale getirilmesi ve bu verilerin işlenip yönetilmesi ile birlikte, hem ara karar verilmesini gerektiren bir durum olup olmadığını tespit etme hem de ara kararların formatının ve içeriğinin oluşturulması noktalarında hâkime yardımcı olacak mekanizmalar geliştirilebilir. Mesela, cevap dilekçesinde yer alan yapılandırılmamış veri niteliğindeki davalı (veya vekili) ifadeleri doğal dil işleme (ve derin öğrenme) teknolojileri kullanılarak anlamlı hale getirilip bir yetki itirazının olup olmadığı, bu yetki itirazının dayanaklarının neler olduğu, dosyadaki mevcut delillerle (yine bu delillerin belirtilen teknolojiler kullanılarak anlamlı hale getirilmesiyle) bu dayanakların örtüşüp örtüşmediği hususlarında bir çözümleme yapan yapay sinir ağı modeli ile ulaşılan karar destek mekanizması çıkarımı, hâkime bilgi olarak sunulabilir.

Bir dava sırasında, bazı taraf usul işlemlerinin yapılabilmesi belli süre-  
lere bağlanmıştır. Bu süre bazen doğrudan Kanun'da mevcut olup bazen de,  
asgari ve/veya azami sınırları gösterilmek suretiyle, belirlenmesi hâkime  
bırakılmıştır. İşte hâkim tarafından tespit edilecek sürenin Kanun'da aşan  
sınırı geçmemesi veya taraf usul işleminin Kanun'da belirtilen süre içinde  
yapılıp yapılmadığını tespit etmek noktalarında *zeki* bir karar destek sistemi,  
 faydalı fonksiyonlar üstelenebilir. Mesela: HMK m. 274/1 gereğince bilirkişi  
 raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin  
 talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek,  
 süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir. Ancak basit yargılama usulüne tâbi  
 dava ve işlerde bu süreler iki ay olarak uygulanır. HMK m. 273/1(c) gere-  
ğince ise, bilirkişi görevlendirme kararında raporun verilme süresi gösteril-  
melidir. Bu bilgiler doğrultusunda, *yazım ortamı* tutanak tutulurken bilirkişi  
 görevlendirmesine gidildiğini gösteren bir ibareyi (...*Gereği düşünüldü:*  
...*rapor alınmak üzere inşaat mühendisinden bilirkişi raporu alınmasına...*,  
...*GD: ...bilirkişi görevlendirmesine...*, ...*GD: ...'nın bilirkişi olarak tayi-*  
*nine...* gibi) algılayarak, daha önce davanın tâbi olduğu yargılama usulü de  
 yapılandırılmış bir veri olarak kayıtlı olduğundan bunları kullanıp bilirkişi  
 görevlendirme kararının içeriğinin nasıl olması gerektiği ve raporun mahke-  
meye verilme süresinin en fazla kaç ay olduğu hususunda bir hatırlatma  
 ekranı gösterebilir<sup>48</sup>. Bir başka örnek de şu şekilde verilebilir: HMK m. 96/1  
 gereğince, eski hâle getirme, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan  
 engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talep edilmelidir. Eski  
 hale getirme dilekçesi sunulduğunda, bu dilekçe içindeki yapılandırılmamış  
 veri niteliğindeki ifadelerden, (... *tarihinde hastaneden taburcu oldum*, ...  
 *tarihinde yurtdışından dönüş yaptım* gibi) engelin ortadan kalktığı anlamına  
 gelen ifadeleri seçip dilekçenin verildiği tarih ile karşılaştırıp bu dilekçenin  
 süresi içinde verilip verilmediği noktasında kendi çıkarımını hâkime göste-  
 rebilir. Bir başka önemli örnek de, nihai kararda kanun yoluna başvuru süre-  
 lerinin isabetli olarak belirtilmesi noktasında verilebilir. Davanın türüne,  
 verilen nihai kararın niteliğine ve özellikle esasa ilişkin nihai kararlarda  
 tarafların haklılık oranlarına ilişkin veriler yapay zekâ algoritmaları tara-  
 findan anlamlandırılarak, nihai kararda kimin ne kadar sürede kanun yoluna  
 başvurma hakkına sahip olduğuna yönelik karar destek sisteminin çıkarım-

<sup>48</sup> Hatta sistemde kayıtlı verilerin istatistiksel yorumlamasını yaparak benzer davalarda aynı uzmanlık konusunda başvuru bilirkişi görüşünün ne kadar sürede mahkemeye sunulduğuna yönelik istatistiksel sonuçları göstererek hâkimin süre vermeye ilişkin tercihinin usul ekonomisine daha uygun olmasına katkı sağlanabilir.

ları hâkimin bilgisine sunularak -verilen kararın kanun yoluna tabi olup olmadığına ve kanun yolu süresinin belirlenmesine ilişkin hataların- önüne geçilebilir. Tüm bu örneklerin dışında tensip zaptının oluşturulması, süreler ile ilgili diğer kararların verilmesi, ihtiyati tedbir kararlarının verilmesi gibi ihtimallerde de yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılması mümkün olacaktır. **Ancak tekrar tekrar vurgulamakta yarar vardır ki, yapay zekânın, bu örnekteki gibi oldukça farklı tarzlarda ifade edilebilecek bir hususu, hem benzer ve fakat farklı anlamlarda kullanılan ifadelerden ayırtılabilecek hem de isabet oranı yüksek düzeyde sonuç çıkarabilecek bir seviyeye gelebilmesi için uzun bir geliştirme sürecine ve kendisini besleyen oldukça büyük bir veri havuzuna ihtiyaç olacaktır.** Bu durum, bizi yapay zekâ algoritmalarının geliştirilme sürecinde, aşama aşama ulaşılan sonuçların isabetli olup olmadığına yönelik oldukça gelişmiş test mühendisliği çalışmalarına ihtiyaç duyulacağı gerçeğine de götürmektedir. Ancak bu şekilde *zeki* UYAP mekanizmasının geliştirilme sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütüleceğini ve sistem olgunlaşmadan uygulamaya konulmasının önüne geçileceğini söylemek mümkün hale gelecektir.

Sadece ara kararların değil, usule ilişkin nihai kararların verilmesi noktasında da *zeki* bir karar destek mekanizması, yargılama sürecine hız kazandıran fonksiyonlar üstlenebilir. Mesela bir dava şartı olan gider avansının eksik yatırıldığı sistemde kayıtlı yapılandırılmış bilgilerden algılayan sistem, hâkime, bu husustaki eksikliğin giderilmesine yönelik bir karar vermesi gerektiğini (HMK m. 120/2) hatırlatmanın ötesinde söz konusu bilgileri kullanarak karar şablonu önerisinde bulunabilir. Yine tüm bu bilgilerden yararlanıp verilen süre geçtikten sonra, sistem üzerinde dosyaya giren gider avansı miktarında bir değişiklik olup olmadığını algılayarak, eğer değişiklik yoksa hâkime dava şartı noksanlığı sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesine yönelik karar vermesi gerektiği yönünde bir hatırlatmada bulunabilir.

#### 2.3.4.2. Uyuşmazlığın İspatında Doğru Prosedürlerin İşletilmesi

UYAP'ı çevreleyecek yapay zekâ teknolojilerinin beslediği veri havuzunun isabetli sonuçlar üretmeye elverişli derecede genişlediği aşamada, hangi vakıanın hukuki işlem niteliğinde olduğu hangi vakıanın hukuki fiil niteliğinde olduğu, bir talebin ispatında yaklaşık ispat ölçüsünün mü yoksa tam ispat ölçüsünün mü aranacağı, bir vakıanın ispatı için sunulan belgenin niteliğinin (senet/delil başlangıcı) ne olduğu ve vakıayı ispat etmeye yeterli olup olmadığı gibi soruların cevabında karar destek sistemi, hâkime, değerlendirme yapmasını kolaylaştıracak bilgilendirmelerde bulunabilecektir.

Mesela mahkemeye yöneltilen bir dilekçenin içeriğinde yer alan vakıalar yapay zekâ tarafından yorumlanarak bu dilekçenin, kıymetli evrakın iptaline ilişkin bir çekişmesiz yargı işi talebi olduğu, dilekçede yer alan hangi vakıalar için yaklaşık ispatın yeterli olacağı, bu vakıaların dilekçede dile getiriliş şeklinin, UYAP veri havuzu içinde yer alan daha önce karara bağlanan aynı nitelikteki taleplerdeki vakıalarla ne oranda örtüştüğü ve bu vakıaların ispatı için daha önce hangi ispat araçlarının kabul gördüğü, şu andaki dilekçede sunulan ispat araçları ile bunların örtüşüp örtüşmediği gibi yorumlamalarla talebe ilişkin daha isabetli bir *uyuşmazlığın aydınlatılması* faaliyetinin yürütülmesine katkı sağlanabilecektir. Yapay zekâ algoritmaları, bir dilekçede ispat edilmek üzere dile getirilen vakıaların hukuki işlem mi yoksa hukuki fiil mi olduğu, Kanun'da düzenlenen senetle ispat sınırını (HMK m. 200) aşır aşmadığı, senetle ispat zorunluluğu istisnalarından birinin bulunup bulunmadığını, **ispat yükünün kime ait olduğunu tespit etme** gibi hususlarda da, hâkime bilgilendirme sunan modüllerin tasarlanmasını kolaylaştırabilecektir. **Ancak yine vurgulamak gerekir ki**, UYAP'ın uyuşmazlığın ispatı noktasında bu gibi fonksiyonlar üstlenebilmesi için uzun süren teknik çalışmalara ve büyük bir veri havuzuna ihtiyaç olacaktır.

#### 2.3.4.3. Keşif ve Bilirkişi İşlemlerinin Gerçekleştirilmesinde Yapay Zekâ Teknolojilerinden Yararlanılması

Keşif prosedürü hem davalar hem delil tespiti niteliğindeki geçici hukuki koruma önlemlerinde bilirkişi görüşü ile birlikte sıklıkla kullanılan bir ispat aracı olma özelliği taşımaktadır. Bu prosedür, HMK'da oldukça yapısal bir şekilde (m. 288 vd) düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler kullanılarak hem keşif işleminin nasıl yürütüleceği hem bilirkişi görüşü ile birlikte nasıl kullanılabileceği noktalarında süreç modellemesi yapılarak uygulamada keşif ve bilirkişiye başvurma kararlarının verilmesine yönelik işlemlerde yeknesaklık sağlanabilir. Bu bağlamda, uygulama tecrübesinden yararlanılarak her bir davada başvuru keşif ve bilirkişiye başvuru işlemlerinde, inceleme konusu yapılması gereken hususların belirlenmesine **-özelikle bilirkişi görüşüne başvurulması aşamasında, bilirkişiden incelenmesi istenen hususların tespitine-** yönelik şablonlar tasarlanabilir, böylelikle davanın türüne göre verilen keşif kararlarına ilişkin formatlarda biçimsel ve içerik açısından tutarlı bir uygulamanın yürütülmesine katkı sunulabilir. Yine yapay zekâ alanına ilişkin gelişmelerden istifade edilerek keşif tutanağı ile bilirkişi raporunun içeriğini isabetli bir şekilde yorumlayacak derin öğrenme algoritmaları geliştirilerek, ispat faaliyetinin yürütülmesi noktasında da hâkime yardımcı olabilecek modüller tasarlanabilir. Ayrıca, dava

dosyasındaki diğer deliller yorumlanarak hâkime keşif yapılmasına ve/veya bilirkişi görüşüne başvurulmasına gerek olup olmadığına yönelik bilgilendirme modülleri de tasarlanabilir. Bu ve benzeri yeniliklerle keşif ve bilirkişiye başvuru işlemlerinin gerçekleştirilmesinde daha isabetli, tutarlı ve hızlı bir yargılama sürecinin önü açılabilir.

Uygulamada mal rejiminin tasfiyesi, kıdem tazminatının belirlenmesi, trafik kazalarında kusur oranının belirlenmesi gibi bazı *nitelikli* hesaplama işleri için bilirkişi tayinine gidildiğini görmek mümkündür. Yapay zekâ teknolojileri ve özellikle derin öğrenme metodlarını kullanarak bu türden nitelikli hesaplama işlerini doğrudan yapacak sistemler geliştirilebilir<sup>49</sup>. Böylelikle, verilerin birçoğunun yapılandırılmamış olması sebebiyle el yordamıyla hesaplama yapılması gereken işlerin birçoğunun karar destek mekanizmaları tarafından gerçekleştirilmesi suretiyle usul ekonomisinin başarımına katkı sunulabilir. Bu konuda en basit örnek işçilik hak ve alacaklarıdır. Bugün dahi basit bir hesap tablosu dosyası (excel/math) ve veri girişi ile çözülecek sorunlar için bilirkişiye gidilmektedir. Yaptığımız açıklamalar kapsamında Büyük Veri işleme kapasitesi oluşturulduğunda, dosyaya giren ve hâkim tarafından ispat edilmiş sayılan verilerin sistem tarafından işlenmesi, ağırlıklı olarak hesaba dayalı incelemelerde kısa sürede sonuç alınmasını mümkün hale getirebilecektir. Bunun hem zaman bakımından hem de masraf bakımından oldukça büyük kazanım sağlayacağı aşikârdır.

#### 2.3.4.4. Tanık Beyanının Alınması

Yargılama prosedürünün ayrıntılı bir modelinin oluşturulması kapsamında tanık deliline ilişkin Kanun'daki düzenlemelerden (HMK m. 240 vd.) yararlanılarak tanık dinleme işlemlerinin daha hızlı ve tutarlı bir şekilde yapılmasına katkı sağlanabilir. Daha önceki örneklerde olduğu bu noktada da tanık dinleme şekline yönelik (HMK m. 258 vd.) belirli şablonlar oluşturulabilir. Özellikle tarafların tanık listesinde hangi tanığın hangi hususta dinleneceğine yönelik veriler doğrudan tutanağın ilgili yerine, yazım aracı tarafından geçirilerek gereksiz soruların sorulmasının önüne geçilebilir. Bunun gibi dosyadaki diğer verilerin yorumlanması ile tanığın dinlenmesinin gerekli olup olmadığı, ispatı gereken vakıalar dışında tanığa ilgisiz soruların sorulup sorulmadığı gibi hususlarda hâkime bilgi sunacak modüller tasar-

<sup>49</sup> Eşler arasında mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir örnek için bkz. **Zeleznikow, John/Nolan**, James R.: "Using Soft Computing to Build Real World Intelligent Decision Support Systems in Uncertain Domains", *Decision Support Systems*, 2001/31, ss. 263-285, s. 265 vd.

lanabilir. Yine yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılarak tanık beyanının dosyadaki diğer tanık beyanlarıyla ve delillerle ne ölçüde örtüştüğüne yönelik bilgilendirmeleri sunan sistemler tasarlanabilir. Böylelikle tanıkların mahkemece dinlenmesi aşamasına yönelik tutarlı ve hızlı bir uygulamanın oluşmasına katkı sağlanabilecektir.

### 2.3.5. Karar Oluşturma ve Kanun Yollarının Kullanılması

Yargılama prosedürünün detaylı bir modeli oluşturulurken, belirgin ve uygulamada sıklıkla rastlanan dava türleri için çeşitli karar formatlarının ana yapısı oluşturulabilir, böylelikle mahkemelerin *şekil açısından* yeknesak bir biçimde karar vermesine katkı sunulabilir. Bunun gibi doğal dil işleme ve derin öğrenme teknolojilerindeki gelişmelerden istifade edilerek, mahkeme kararının gerekçesinin oluşturulması aşamasında hâkime kolaylık sunan modüller tasarlanabilir. Mesela karara esas alınacak tanık bilgilerinin ve beyanlarını, keşif tutanağının ilgili kısımlarını, bilirkişi raporunun *hâkim tarafından diğer delillerle tartışılmak suretiyle* ulaşılan sonucu gerekçeye rapteden sistemler tasarlanabilir. Özellikle nihai kararın verilmesi aşamasında, yukarıda da belirtildiği gibi kararın *şekli içeriğini teşkil eden* varsa kanun yolu süresinin Kanun'a uygun şekilde belirtilmesi gibi hususlarda da bu tür teknolojilerden yararlanılması mümkündür.

Her bir dava türüne göre, yargılama giderlerinin *davadaki haklılık oranına göre* doğru bir şekilde UYAP sistemi tarafından hesaplanmasını sağlayacak sistemler geliştirilerek bu *şekli iş yükü* hâkimler üzerinden alınabilir.

Kanun yoluna başvuru aşamasında da, kararın kanun yoluna tâbi olup olmadığını tespit etmek, kanun yoluna başvurulması halinde dosyanın doğru istinaf veya Yargıtay dairesine gitmesini sağlamak gibi hususların kolaylaştırılması noktasında bir süreç modellemenin yapılmasının mümkün olmasının yanı sıra, kanun yolu incelemesinde de benzer durumlarda nasıl karar verildiğine yönelik içtihatların doğal dil işleme ve derin öğrenme teknolojileri kullanılarak yorumlanmasını sağlayan sistemler geliştirilerek istinaf ve temyiz yolunda üst mahkemelerin verdiği kararlar açısından yeknesak bir uygulamanın geliştirilmesi ve içtihat birliğinin oluşmasına katkı sağlanabilir. Keza Yargıtay tetkik hâkimlerinin bir dava dosyasına ilişkin rapor hazırlamaları ve bu raporların heyet tarafından daha verimli bir şekilde değerlendirilmesi noktalarında da bu teknolojilerden yararlanılması mümkündür.



## SONUÇ

Bilişim dünyasında yaşanan gelişmelerin günlük yaşantımız kadar çalışma hayatımızı da birçok yönden etkileyeme devam etmesi, birçok alanda gerçekleştirilen mal ve hizmet sunumu süreçlerinin bilgisayar ortamına entegrasyonunu kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu yaklaşım, sadece mal ve hizmet arz edenleri değil, aynı zamanda talep edenleri de hedeflerine ulaşabilmek noktasına bilişim teknolojilerinin sunduğu yapay ortamları kullanmaya *adeta* mecbur bırakır hale gelmiştir. Aynı durum adalete erişim imkânlarının kullanılması noktasında da kendini yavaş yavaş göstermeye başlamıştır. Adalete erişim mekanizması günümüzde büyük ölçüde *fiziki ortamda* işliyor olsa da neredeyse tüm sürecin UYAP ortamına aktarılması ve *varsayılan olarak* bu ortamda yürütülmeye başlanması, gelecekte uyumsuzluk çözüm süreçlerinin de neredeyse tamamının sanal ortamda işletilmesinin önünü açmıştır. **Yerli ve milli teknolojilere sahip olunmasıyla bilgi güvenliğinin sağlanması noktasında etkili bir koruma mekanizmasının sürekli olarak işletilmesi koşuluyla** günümüzde birçok alanda olduğu gibi adalete erişim mekanizmalarında da Büyük Veri'nin yönetilmesi, yapay zekâ ve derin öğrenme teknolojilerinin kullanılması gibi bilişim dünyasının gündemde yer tutmaya devam eden kazanımlarından azami ölçüde yararlanılması gerektiği tartışmaya açılabilir bir konu değildir.

Uyumsuzluk çözüm sürecinin işletilmesi ve yönetilmesi noktalarında bilişim teknolojilerinin kullanımının etkinliğini gün geçtikçe arttırmaya devam etmesi, artan nüfus ve uyumsuzluk sayıları karşısında medeni usul hukukunun asli amaçlarının gerçekleştirilmesi noktasında, alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin sürece entegre edilmesi gibi bilişim dünyasının yeni teknolojilerinden azami ölçüde yararlanılması da birincil araç konumuna gelmiştir. Gerçekten, günümüz dünyasında sadece hâkim ve savcı sayısını arttırmak, adliyeleri büyütmek medeni usul hukukunun amaçlarını gerçekleştirmek noktasında tek başına elverişli araçlar olarak nitelendirilmeye uygun değildir. Adalete erişimin kabul edilmiş ve yerleşmiş temel ilkelerini zedelemeyecek şekilde bilgi teknolojilerinden azami ölçüde yararlanılması günümüz şartlarında kaçınılmaz bir durumdur. Bu doğrultuda da UYAP'ın vizyonu, oluşturduğu ekosistemi klasik yaklaşımla işleyen bir karar destek mekanizmasından soyutlayıp yapay zekâyla donatılmış *zeki* bir karar destek sistemine yönelmeyi kapsamalıdır.

Bu çalışmada, bilişim dünyasının yeni kazanımlarından yararlanan bir UYAP ekosisteminin neler başarabileceği, yargılama sürecine ilişkin birkaç örnek vermek suretiyle somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda zeki

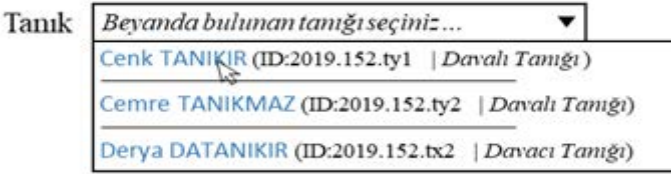
bir UYAP mekanizmasına ulaşmak için atılacak ilk adımın, mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinin *tüm ayrıntı ve ihtimalleriyle* modellenmesi olacağı; ikinci adımın oluşturulan bu modele işlerlik kazandırmak ve üzerinde derin öğrenme gibi yapay zekâ teknolojilerinin kullanılmasına elverişli hale getirmek üzere UYAP ekosisteminde üreyen Büyük Veri'nin yönetilmesine yönelik çalışmaların gerçekleştirilmesi olacağı; son adımın ise her iki adımda edinilen kazanımlarla UYAP ekosistemini klasik bir karar destek sistemi olmaktan çıkarıp yapay zekâ ile donatılmış zeki bir karar destek sistemi haline getirmek olacağı dile getirilmiştir. Çalışmada, biraz önce değinilen bilişim teknolojilerinin nasıl kullanılacağına yönelik teknik incelemeler ihtiva etmemekle birlikte, bilgisayar bilimi alanında konu ile ilgili birkaç çalışmaya atıfta bulunulmak suretiyle, bu alandaki literatüre dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Bu noktada vurgulanması gereken hususlardan biri de, ülkemizde *bilişim hukuku* alanında yayınlar ve çalışma grupları mevcut olmakla birlikte bu alanla aslında pek ilgili olmayan ve *bilişim teknolojilerinin hukuk alanında nasıl kullanılabileceğine yönelik sorulara cevaplar arayan* “hukuk ve bilişim” alanına ilişkin ülkemizin yeterli bir altyapıya sahip olmadığıdır. **Bu nedenle, üniversitelerde hukuk ve bilişim alanına yönelik enstitüler kurulmalı, sadece bu alana yönelik yayın organları oluşturulmalı ve konu ile ilgili akademik ve sanayi işbirliğini geliştirecek adımlara öncelik verilmelidir.**

Son olarak, altını çizerek belirtmek gerekir ki her alanda olduğu gibi devletin yargı (*fikrimizce* “uyuşmazlıklara çözüm üretme” tabirini kullanmak çok yanlış olmayacaktır) erkinin işleyişinde de bilgi teknolojilerine etkinlik kazandırılması ancak ve ancak *bilgi güvenliğini* sağlayacak etkili bir mekanizmaya sahip olduğunda tercih edilebilecek bir yöntemdir. Bu nedenle, anılan alanda atılacak yerli ve milli adımların önemi yadsınamaz.

## EK – UYAP Yazım Aracı Tasarımına İlişkin Bazı Örnekler

Bu başlık altında, “mahkemeler için veri yapılandırılmayı kolaylaştıran yazım araçları tasarlanması” başlığı (2.2.2.) altında IDE mantığı ile çalışan bir yazım aracı tasarlanmasından *ne kastedildiğini* somutlaştırmak üzere son derece basit birkaç örnek verilmeye çalışılacaktır.

Mesela zabıt kâtibi *tanık* kelimesini yazdığı anda yazım ortamı, tanık ile ilgili yapılması ihtimal dâhilinde olan mahkeme usul işlemlerini seçenек olarak sunabilir. Bu doğrultuda tanığın beyanının alınacağını ihtimaline binaen, tanık kelimesi yazıldığı anda davaya ilişkin olarak UYAP’ta kayıtlı bilgilerden seçtiği tanık isimlerini aşağıda (şekil-1) görüldüğü gibi bir *kayan liste* içinde sunabilir. Zabıt kâtibi bu listeden tanığı seçerek beyan alma işlemine devam edebilir ya da herhangi bir seçimde bulunmayarak normal yazıma devam edebilir.

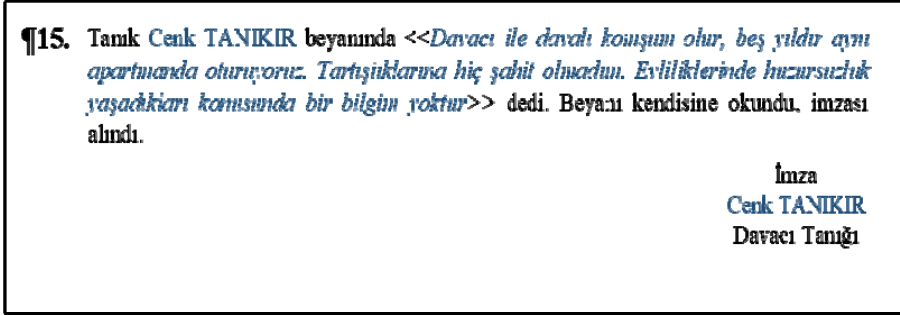


Şekil-1

Eğer tanık beyanı alınacaksa, zabıt kâtibi, sistemin, o dava dosyasına yapılandırılmış veri olarak aktarılan tanıkları algılayarak (yukarıda şekil-1’de görüldüğü gibi) bir liste olarak karşısına sunduğu seçeneklerden beyanı alınacak tanığı seçecektir. Bu ihtimalde tanık beyanı alındığı sistem tarafından algılanarak, hangi tanığın hangi tarihli duruşmada hangi beyanda bulunduğu bilgileri yapılandırılmış olarak veri tabanına aktarılabilecektir. Bu ihtimalde listeden tanık ismi seçildiğinde yazım ortamı otomatik olarak beyanında kelimesi ile “<<” ve “>>” işaretlerini ekleyip imleci doğrudan bu işaretlerin ortasına konumlandırarak, zabıt kâtibi beyanı alıp tutanağa geçirip *enter* tuşuna bastığında ise sistem beyanın tamamlandığını algılayıp “dedi” kelimesini ve “beyanı kendisine okundu, imzası alındı” ifadesini<sup>50</sup> (HMK m.

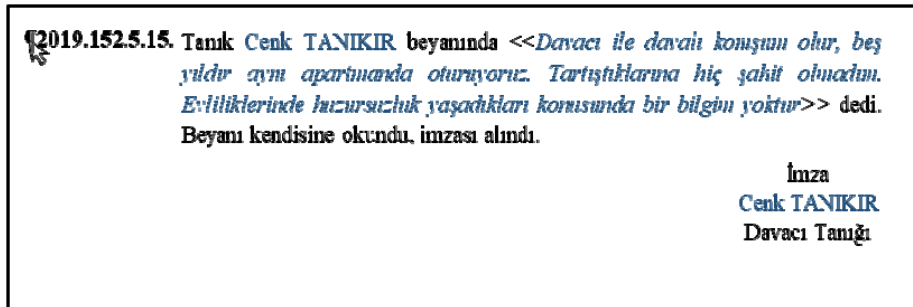
<sup>50</sup> Hatta yazım ortamı tasarlanırken Kanun gereği tutanağa geçirilmesi gereken ifadelerin hangi madde gereği geçirildiğini ifade etmek üzere, buna ilişkin açıklayıcı etiketlerine yer verilebilir. Mesela hâkim ya da zabıt kâtibi “beyanı kendisine okundu, imzası alındı” kalıp ifadenin üzerine imleci getirdiğinde, açıklayıcı küçük bir etiket ilgili madde numarasını (örnekte HMK m. 154/3(d); m. 261/5) gösterebilir. Aynı etiketlere tanımlanan başka değişkenler için de yer verilebilir. Mesela zabıt kâtibi (ya da hâkim) imleci beyanı

154/3(d); m. 261/5) ekleyecek ve ayrıca bir alt satıra imza bloğu açacaktır (Şekil-2).



Şekil-2

Dikkat edilirse, yukarıda (şekil-2) görüldüğü üzere tutanakta her paragraf “¶” işareti ve bir paragraf numarası ile belirtilmiştir. Fikrimizce duruşma tutanaklarında her bir paragrafın bu şekilde numaralandırılması gerekçeli karar yazılırken çapraz atıf yapılmasını kolaylaştıracaktır. Yukarıdaki paragraf numarasının açılımı şu şekildedir: “2019” davanın açıldığı yıl, “152” dosya esas numarası, “5” beyanın alındığı duruşmanın numarasını, “15” ise o tutanaktaki paragrafın sayısı. Yine dikkat edilirse yukarıdaki ekran görüntüsünde (şekil-2) sadece “15” numarası görünmektedir. Bunun sebebi, ilk bakışta kalabalık bir görüntünün engellenmesidir. Tam paragraf sayısı, imleç “¶” işaretinin üzerine getirilip iki kez tıkladığında görünecektir. Yani şöyle (şekil-3):



Şekil-3

alınan tanığın isminin üzerine getirdiğinde, açılan sarı etikette tanık ile ilgili çeşitli bilgilere (tanığın taraflarla yakınlık derecesi, mesleği, daha önce alınan ifadelerinin yer aldığı duruşma tutanaklarının tarih ve sayısı, duruşma davetiyesinin kendisine tebliğ edildiği tarih...) yer verilebilir.

Tutanak çıktısında ise tam paragraf numarasına yer verilmesi daha isabetli olacaktır. *Fikrimce* yeni yazım aracı tasarlanırken, kolaylık sağlamak üzere uygulamada alışılmış birkaç yazım usulünden de vazgeçilmesi gerekecektir. Mesela duruşma açılırken zabıt katibi, “...davacı ... ile davalı vekili Av. ....'nın geldiği görüldü, aleni yargılamaya başlandı...” tarzında ifadeler kullanmaktadır. Bunun yerine, yeni yazım aracında duruşma açılışında bir ekrandan, sistemde yer alan yapılandırılmış veriler kullanılarak bu seçenekler işaretlenebilir (şekil-4):

T.C. Nevşehir		
1. Asliye Hukuk Mahkemesi		
Hâkim	Adil ADAM [11111111]	2019/100 Esas
Zabıt Kâtibi	Adalet YAZAR [22222]	
Duruşma Tarihi ve Saati	15/09/2019   15:30	
Duruşmanın Açıldığı Yer	Nevşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Duruşma Salonu	
Duruşma No	9	
<a href="#">Duruşmaya katılanlar</a>		
<b>[Tarafklar]</b>		
<b>Davacı</b>		<b>Davacı [Kanuni Temsilci]</b>
1. Cemre SOYİSİM <input type="checkbox"/>		1. Ferit TEMSİLEDER (Cemre SOYİSİM'i temsilen, Veli) <input type="checkbox"/>
2. Cemre SOYAD <input checked="" type="checkbox"/>		
3. Cenk SOYİSİM <input checked="" type="checkbox"/>		
-----		
<b>Davacı [Vekiller]</b>		
1. Av. Tarık AVUKATTIR (Cemre Soyisim, Cemre SOYAD temsilen) <input checked="" type="checkbox"/>		
2. Av. Timur ODAAVUKATTIR (Cenk Soyisim'i temsilen) <input checked="" type="checkbox"/>		
-----		
<b>Davalı</b>		<b>Davalı [Kanuni Temsilci]</b>
1. Cem SOYİSİM <input type="checkbox"/>		Yok
-----		
<b>Davalı [Vekiller]</b>		
1. Av. Tuba İYIAVUKAT (Cem SOYİSİM'i temsilen) <input checked="" type="checkbox"/>		
-----		
<b>[Müdahiller]</b>		
<b>Fer'i müdahil</b>		
1. Ferdi MÜDAHİLEEDER (Davalı Cem SOYİSİM yanında) <input checked="" type="checkbox"/>		
-----		
<b>Asli müdahil</b>		
Yok		
-----		
<b>[Diğer İlgililer]</b>		
<b>Tanık</b>		
1. Demet TANIKLIKYAPAR (Davacı Cemre SOYİSİM, Cemre SOYAD tanığı) <input checked="" type="checkbox"/>		
2. Kemal TANIKOLUR (Davacı Cenk SOYİSİM tanığı) <input type="checkbox"/>		
3. Damla TANIKTIR (Davalı Cem SOYİSİM tanığı) <input type="checkbox"/>		
-----		
<b>Bilirkişi, Uzman ve diğer ilgililer</b>		
1. Semih PEKBİLİR (Bilirkişi, Bilgisayar Mühendisi) <input type="checkbox"/>		
2. Ekim PEKDEBİLİRİMİŞ (Uzman, Davacı Cemre SOYİSİM için, Yazılım Mühendisi) <input type="checkbox"/>		

Şekil-4

Yukarıdaki ekran görüntüsünün işleyişi şu şekildedir. Yeni bir duruşma tutanağı sayfası açıldığında ilk olarak bir link şeklinde “[duruşmaya katılanlar](#)” sekmesi görünecektir. Zabıt kâtibi bu sekmeye tıklayınca açılacak ekrandan, o davaya ilişkin olarak veritabanına kaydedilen değişkenlerin sunulduğu listeden, duruşmada hazır bulunanları seçecek sonra ekranı kapat-

tiğinde “duruşmaya katılanlar” yazısı kaybolup bunun yerine zabıt kâtibinin seçtiği kişileri içeren kalıp bir cümleye yer verilecektir. Yukarıdaki ekranda yer alan seçenekler doğrultusunda mesela, şu şekilde (şekil-5):

T.C. Neveşehir		
1. Asliye Hukuk Mahkemesi		
Hâkim	Adil ADAM [11111111]	2019/100 Esas
Zabıt Kâtibi	Adalet YAZAR [22222]	
Duruşma Tarihi ve Saati	15/09/2019  15:30	
Duruşmanın Açıldığı Yer	Neveşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Duruşma Salonu	
Duruşma No	9	
¶1. Yukarıda belirtilen gün, saat ve yerde duruşma açıldı. Davacı Cemre SOYAD, davacı Cenk SOYİSİM, davacı Cemre SOYİSİM ve davacı Cemre SOYAD vekili Av. Tarık AVUKATTIR ve davacı Cenk SOYİSİM vekili Av. Timur OADAUVUKKATTIR ile davalı Cem SOYİSİM vekili Tuba İYLAUVUKAT ve davalı Cem SOYİSİM yanında fer'i müdahil Ferdi MÜDAHLEEDER'in geldiği; davacı Cemre SOYİSİM ile davacı Cemre SOYAD tarafı Demet TANIKLIYAPAR'ın hazır bulunduğu, başka gelen olmadığı görüldü. <a href="#">Duruşmanın icra şekli</a>		

### Şekil-5

Burada, yazım ortamı otomatik bir şekilde yeni bir “link” göstermektedir. “Duruşmanın icra şekli”. Zabıt kâtibi bu linke tıkladığında aşağıdaki ekran açılacak ve ilgili tercihleri seçecektir (şekil-6):

T.C. Neveşehir		
1. Asliye Hukuk Mahkemesi		
Hâkim	Adil ADAM [11111111]	2019/100 Esas
Zabıt Kâtibi	Adalet YAZAR [22222]	
Duruşma Tarihi ve Saati	15/09/2019  15:30	
Duruşmanın Açıldığı Yer	Neveşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Duruşma Salonu	
Duruşma No	9	
¶1. Yukarıda belirtilen gün, saat ve yerde duruşma açıldı. Davacı Cemre SOYAD, davacı Cenk SOYİSİM, davacı Cemre SOYİSİM ve davacı Cemre SOYAD vekili Av. Tarık AVUKATTIR ve davacı Cenk SOYİSİM vekili Av. Timur OADAUVUKKATTIR ile davalı Cem SOYİSİM vekili Tuba İYLAUVUKAT ve davalı Cem SOYİSİM yanında fer'i müdahil Ferdi MÜDAHLEEDER'in geldiği; davacı Cemre SOYİSİM ile davacı Cemre SOYAD tarafı Demet TANIKLIYAPAR'ın hazır bulunduğu, başka gelen olmadığı görüldü. <a href="#">Duruşmanın icra şekli</a>		

**[Duruşmanın İcra Şekli]**

Duruşmanın Alenen İcrası

Duruşmanın Gizli Yapılması

Resen

Talep üzerine [Listeden talepte bulunanları seçiniz: ▼]

**Hatırlatmalar**

HMK m. 28 [göster]

İlgili Yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler [göster]

İlgili Yüksek Mahkeme Kararları [göster]

### Şekil-6

Biraz önce taraf bilgilerinde olduğu gibi burada da (hâkimin talimatı doğrultusunda) zabıt kâtibinin yapmış olduğu seçim, yazım ortamı tarafından yazılı bir formata dönüştürülecektir. Burada duruşmanın icra şekli olarak gizli duruşma seçilmiştir. Bu seçim doğrultusunda sistem, duruşma tutanağına HMK m. 28/4 gereğince yapılacak ihtarı otomatik olarak ekleyecektir. Elbette otomatik olarak eklenmesi ihtarın yapılmış olduğu anlamına gelmeyecek ve hâkimin, bu ihtarı duruşmada hazır bulunanlara açıklaması gerekecektir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda ekranda yapılan seçimler doğrultusunda tutanağın son hali şu şekilde olacaktır (şekil-7):

T.C. Nevşehir		
1. Asliye Hukuk Mahkemesi		
Hâkim	Adil ADAM [11111111]	2019/100 Esas
Zabıt Kâtibi	Adalet YAZAR [22222]	
Duruşma Tarihi ve Saati	15/09/2019   15:30	
Duruşmanın Açıldığı Yer	Nevşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Duruşma Salonu	
Duruşma No	9	
<p>¶1. Yukarıda belirtilen gün, saat ve yerde duruşma açıldı. Davacı <b>Centre SOYAD</b>, davacı <b>Cenk SOYİSİM</b>, davacı <b>Centre SOYİSİM</b> ve davacı <b>Centre SOYAD vekili Av. Tarık AVUKATTIR</b> ve davacı <b>Cenk SOYİSİM vekili Av. Timur ODAAVUKKATTIR</b> ile davalı <b>Cem SOYİSİM vekili Tuba İYİAVUKAT</b> ve davalı <b>Cem SOYİSİM</b> yanında <i>fer'i müdahil</i> <b>Ferdi MÜDAHALEEDER</b>'in geldiği; davacı <b>Centre SOYİSİM</b> ile davacı <b>Centre SOYAD</b> <i>tanığı</i> <b>Demet TANIKLIKYAPAR</b>'ın hazır bulunduğu, başka gelen olmadığı görüldü. Gereğesi nihai kararlar birlikte açıklanmak üzere duruşmanın gizli yapılmasına karar verilerek, duruşmada hazır bulunanlar yargılarıyla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları, aksi halde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağı ihtar edildi.</p>		

### Şekil-7

Yargı organları için tasarlanacak yeni yazım ortamının çalışma şekline ilişkin yukarıdaki örnekler çoğaltılabilir: Mesela keşif kararı, bilirkişi atama kararı, duruşmanın ertelenmesi kararı, bekletici mesele yapma kararı, ön sorun olarak inceleme prosedürü, yemin prosedürü gibi işlemlerde yukarıdaki örneklerle açıklanmaya çalışılan özelliklerin kullanılması mümkün olabilir.

Yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere, mahkemeler için IDE mantığı ile çalışan bir yazım ortamının tasarlanması, duruşma tutanakları içinde yer alan birçok yapılandırılmamış verinin, henüz oluşturulma (*girdi*)

aşamasında yapılandırılmış olarak veritabanına aktarılmasına imkân tanıyacaktır. Bunun dışında söz konusu yazım ortamının kullanılmasıyla duruşma tutanaklarında meydana gelebilecek maddi hatalar en aza indirgenebilecek, duruşma tutanaklarında şekli kararların formatları açısından mahkeme kararları arasında yeknesaklık sağlanabilecek, birçok verinin henüz oluşturulma aşamasında yapılandırılmış veri olarak veritabanına aktarılmasıyla bu verilerin daha sonra birbirleriyle ilişkilendirilerek yönetilmesi ve Büyük Veri'nin anlamlandırılmış bir parçası haline getirilmesi kolaylaşacaktır.

Son olarak yukarıdaki örneklerin son derece basit olduğunu tekrar vurgulamakta ve bilişim uzmanları ile hukukçuların bir araya gelerek uzun soluklu bir çalışma neticesinde, mahkemeler için yeni nesil bir yazım ortamının nasıl tasarlanabileceği sorusuna isabetli cevaplar verebileceğini belirtmekte yarar vardır.



## KAYNAKÇA

- Adak**, M. Fatih/**Yurtay**, Nilüfer: “Gini Algoritmasını Kullanarak Karar Ağacı Oluşturmayı Sağlayan Bir Yazılımın Geliştirilmesi”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 6(3), Eylül 2013, ss. 1-6.
- Alataş**, Bilal/**Arslan**, Ahmet: “Birliktelik Kurallarının Madenciligi için Genetik Algoritma ve Bulanık Küme Tabanlı Yeni Bir Yaklaşım”, *Fırat Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 17(1), 2005, ss. 42-51.
- Atalay**, Muhammet/**Çelik**, Enes: “Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9(22), 2017, ss. 155-172.
- Atan**, Suat: “Veri, Büyük Veri ve İşletmecilik”, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 19(35), Haziran 2016, ss. 137-153.
- Bak**, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9 (35), 2018, ss. 211-232.
- Ballı**, Serkan: *Melez Zeki Karar Destek Sistemlerinin Tasarımı ve Gerçekleştirimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Serdar Korukoğlu), Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü. İzmir 2010.
- Bommarito II**, Michael J./**Martin Katz**, Daniel/**Detterman**, Eric M.: “LexNLP: Natural Language Processing and Information Extraction for Legal and Regulatory Texts” 21 Haziran 2018: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3192101](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192101) (E.T. 28.01.2020)
- Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (11), 2018, ss. 585-622.
- Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: *Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler -Hukuki Bakış-*, Aristo Yayınevi, İstanbul 2019.
- Çebi**, Selçuk: *Aksiyomlarla Tasarım Esaslı Bulanık Karar Destek Sistemi Geliştirme ve Bir Uygulama*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Cengiz Kahraman), İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2010.

- Çepel**, Necmettin: “Ekosistem Kavramı ve Ekosistem Amenajmanı”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, 34 (2), 1984, ss. 21-30.
- Çelik**, Özer/**Altunaydın**, Serthan Salih: “A Research on Machine Learning Methods and Its Applications”, *Journal of Educational Technology & Online Learning*, 1 (3), 2018, ss. 25-40.
- Demirci**, Nazan: *Karar Destek Sistemlerinin Bir Durum Çalışmasına Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman Yrd. Doç. Dr. Rembiye Kandemir), Trakya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Edirne 2012.
- Doğan**, Korcan/**Arslantekin**, Sacit, “Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum”, *DTCF Dergisi*, 56(1), 2016, ss. 15-36.
- Eğilmez**, Ebru: *The Role of Episodic Memory in Artificial Intelligence*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Aziz F. Zambak), Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- Emre**, İlkin Ecem/**Selçukcan-Erol**, Çiğdem: “Veri Analizinde İstatistik mi Veri Madenciliği mi?”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 10(2), Nisan 2017, ss. 161-167.
- Ertuğrul**, Ömer Faruk/**Tağluk**, Mehmet Emin/**Kaya**, Yılmaz: “A Basic and Brief Scheme of an Application of a Machine Learning Process”, *Journal of Engineering and Technology*, 1 (1), 2017, ss. 16-22.
- Gözüküçük**, Merve: *Veri İşleme Süreçlerinde Tartışmalı Bir Çözüm: Veri Anonimleştirilmesi*, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Leyla BERBER), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- Güneş**, Ali: *Yargıtay İçtihat Birleştirme Karar Destek Sistemi: Uzman Sistemler Aracılığı ile Yargıtay İçtihatlarının Birleştirilmesinde Karar Destek Sistemi Geliştirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Engin Demir), Türk Hava Kurumu Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2016.
- Güvenç**, Betül: *Machine Learning Methods in Natural Language Processing*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Fatih Ecevit), Boğaziçi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2016.
- Hurwitz**, Judith/**Nugent**, Alan/**Halper**, Fern/**Kaufman**, Marcia: *Big Data for Dummies*, John Wiley & Sons, New Jersey 2013.
- Işık**, Gültekin: *Türkçe Ağzların Tanınmasında Derin Öğrenme Tekniğinin Kullanılması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Danışman: Doç. Dr.

Harun Artuner), Hacettepe Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2019.

**Kara-Kılıçarslan**, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 4 (2), 2019, ss. 363-389.

**König**, Wolf: “Dilbilim ve Yapay Zekâ”, *Dilbilim Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 5, 1994, ss. 219-235.

**Kuru**, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**Lehmann**, Hubert/**Guenther**, Franz: “Discourse Analysis for a Legal Expert System”, *Computers and the Humanities*, 1991/25, ss. 81-92.

**Onak**, Önder Nazım: *Comparison of OCR Algorithms Using Fourier and Wavelet Based Feature Extraction*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Hakan Öktem), Orta Doğu Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2011.

**Özdaş**, Muhammed Raşit: *Bulut Bilişimin Kamuda Kullanımı Dünya Örnekleri ve Türkiye için Öneriler*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplumu Dairesi, Nisan 2014.

**Özekes**, Muhammet: *Temel Hukuk Bilgisi*, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**Öztürk**, Kadir/**Şahin**, Mustafa Ergin: “Yapay Sinir Ağları ve Yapay Zekâ’ya Genel Bir Bakış”, *Takvim-i Vekayî*, 6(2), 2018, ss. 25-36.

**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

**Robaldo**, Livio/**Villata**, Serena/**Wyner**, Adam/**Grabmair**, Matthias: “Introduction for Artificial Intelligence and Law: Special Issue ‘Natural Language Processing for Legal Texts’”, *Artificial Intelligence and Law*, 2019/27, ss. 113-115.

**Takçı**, Hidayet/**Baktır**, Nuriye: “Büyük Veri Yaklaşımıyla Birden Çok Bilgi Erişim Merkezinin Kolektif Kullanımı”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 11(2), Nisan 2018, ss. 123-129.

**Tüzüntürk**, Selim: “Veri Madenciliği ve İstatistik”, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 29(1), 2010, ss. 65-90.

**Yalçınkaya**, Elif: *Türkçe Yazılım Gereksinimleri için Doğal Dil İşleme Tabanlı Biçimsel Gözden Geçirme Aracı*, Yayınlanmamış Yüksek

Lisans Tezi, (Danışman: Doç. Dr. Tansel Dökeroğlu), Türk Hava Kurumu Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2018.

**Zeleznikow, John/Nolan, James R.:** “Using Soft Computing to Build Real World Intelligent Decision Support Systems in Uncertain Domains”, *Decision Support Systems*, 2001/31, ss. 263-285.

## İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.uyap.gov.tr/Tarihce> (E.T. 24.7.2019)

<http://www.uyap.gov.tr/Projeler> (E.T. 24.7.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/avro> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hdfs> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hbase> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/hive> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/mapreduce> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.ibm.com/analytics/hadoop/zookeeper> (E.T. 6.9.2019)

<https://www.uml.org/what-is-uml.htm> (E.T. 22.08.2019)

<http://www.mirelproject.eu> (E.T. 28.01.2020)

<http://www.mirelproject.eu/publications.php> (E.T. 28.01.2020)

<http://www.mirelproject.eu/method.html> (E.T. 28.01.2020)



## EV VE SÜS HAYVANLARININ KONUTTAN TAHLİYE EDİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.715395>

**Dr. Öğr. Üyesi Serdar NART\***

### Öz

*Hayvanları Koruma Kanununun temel amacı hayvanları korumak olmasına rağmen, hayvanlara tanınan hakların, özellikle de yaşama hakkının hayvanların hukuki niteliğini de değiştirdiği yönünde görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Kanımızca da hayvanlar, yaşama hakkına sahip olduğuna göre artık basit bir eşya olarak nitelendirilemez. Hayvanlar hakkında taşınırlara ilişkin hükümler kıyasen uygulanacak olsa da yaşama hakkına sahip varlıklar olarak kendine özgü bir niteliğe sahiptir. Hayvanın hukuki niteliğindeki bu değişimin özellikle hayvanların konuttan tahliyesinde de dikkate alınması gerektiği düşüncesinden hareketle bu tartışmalar da yer verilmiştir. Hayvanların sui generis eşya niteliğinde olduğu görüşü çerçevesinde, “kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde hayvan bakılamaz” şeklindeki yönetim planının bağlayıcılığı, Yargıtay uygulaması da dikkate alarak tartışılacaktır. Hayvanlara tanınan yaşam hakkının sonucu olarak komşulara herhangi bir rahatsızlık vermeyen ev ve süs hayvanlarının bu tarz bir kayıt ile tahliyesine izin verilmemesi gerektiği, karşılaştırmalı hukuktan örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır.*

### Anahtar Kelimeler

*Kat Mülkiyeti, Komşuluk Hukuku, Ev ve süs hayvanlarının tahliyesi, Eşya hukuku, Hayvan hakları*

## THE EVICTION OF PETS FROM RESIDENCES

### Abstract

*Although the main purpose of the Animal Protection Act is to protect animals, it has led to the fact that the rights granted to animals, especially the*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: serdarnart@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2948-7468> (Makalenin Geliş Tarihi: 28.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 28.02.2020/Makale Kabul Tarihi: 03.04.2020)

*right to life, change the legal nature of animals. In our opinion, animals can no longer be considered as a simple good, since they have the right to live. Even though the provisions on movable property are to be applied analogously to animals, still they are to be regarded as sui generis legal nature because of the right to life. These discussions have also been included in the idea that this change in the legal nature of the animal should be considered, especially in the eviction of animals from the residence. Within the framework of the view that animals are sui generis objects, the binding of the management plan in which “animals cannot be held in departments” will be discussed considering the Decisions of the Supreme Court. As a result of the right to life afforded to animals, it has been tried to explain with examples of comparative law that the evacuation of domestic and ornamental animals that do not cause any disturbance to neighbors should not be allowed with such a record.*

**Keywords**

*Condominium, Neighbor Law, Eviction of pets, Property law, Animal rights*

## GİRİŞ

Şehir nüfusunun özellikle ikinci dünya savaşından sonra artması ile şehirde oluşan konut ihtiyacının<sup>1</sup> giderilmesi amacıyla bir binanın bağımsız bölümlerine taşınmaz mülkiyeti tanınmıştır<sup>2</sup>. Geleneksel mülkiyet anlayışından ayrılan bu düzenleme ile bağımsız bölüm malikleri, bu bölüm dışında kalan alanları diğer kat malikleri ile paylaşmak zorunda kalmıştır. Bu şekilde merdiven, asansör, bahçe, otopark, çatı gibi ortak alanlar kabul edilmiştir. Bu alanların bakımı, kullanılması gibi hususlar ile bağımsız bölümlerin mekânsal yakınlığı da düşünüldüğünde bağımsız bölümde yaşayan kişilerin ilişkilerini de düzenlemek zorunlu olmuştur. Genel olarak komşuluk ilişkileri olarak ifade edebileceğimiz bu ilişkileri de kat mülkiyeti kanunu düzenlenmektedir. Böylece kişilerin bu bağımsız bölümleri ve ortak alanları kullanırken sahip olduğu haklar ile birbirini rahatsız etmeme, birbirine zarar vermeme, ortak giderlere katılma gibi yükümlülükler getirilmiştir<sup>3</sup>. Ancak elbette ki, tüm yasalar gibi, sürekli gelişen toplum ihtiyaçları karşısında bu düzenlemelerin bazen yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu alanlardan bir tanesi de bağımsız bölümlerde ev ve süs hayvanlarının beslenmesi konusudur.

İnsanların hayvanları evcilleştirme süreci ile hayvanlarla birlikte yaşaması, onlarla dostluk kurması, onları beslemesi apartman hayatı olarak ifade edebileceğimiz yaşam biçiminde de değişmemiştir. Fakat, kat mülkiyeti ilişkisi içinde ev ve süs hayvanlarının, özellikle köpeklerin ve kedilerin beslenmesi, tüm kat maliklerini memnun etmediğinden, son zamanlarda bu hayvanların tahliye edilmesi bazı tartışmaları gündeme getirmiştir. Bu noktada en başta ifade etmek gerekir ki, konumuz açısından tartışmaya neden olan husus; kat maliklerinin yönetim planında hayvan beslenmemesi konusunda alacakları kararın bağlayıcılığına ilişkindir. Yargıtay uygulaması, Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesine dayandırılmıştır. Yargıtay'ımız "yönetim planı ve bunda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini ve yönetici ve denetçileri bağlar" hükmünden hareket ederek hayvanın tahliyesine karar vermektedir. Ancak, ne yazık ki, Yargıtay'ımız

<sup>1</sup> Şehirlerde özellikle barınma ihtiyacının karşılanması gibi sebeplerle birden çok ailenin aynı binanın farklı bölümlerinde kaldığı, binanın alt kısımlarının işyeri vb. anlamlarda kullanıldığına sıklıkla rastlanmaktadır.

<sup>2</sup> **Tekinay**, Selahattin S.: Kat Mülkiyeti, (Eşya Hukuku II/2) İstanbul 1991, s. 1-2; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 11. Baskı, İzmir 2014, s. 422, **Ertaş**, Şeref: Kat Mülkiyeti Şerhi, Ankara 2015, s. 15-16.

<sup>3</sup> Örneğin; bir asansörün tamirinden kimlerin hangi miktarda sorumlu olduğu, bir yöneticinin ne şekilde seçileceği gibi konular düzenlenmiştir.



tahliyeye konu hayvanın komşulara rahatsızlık verip vermediğini, tehlike yaratıp yaratmadığını hiç araştırmamıştır. Yani, sırf yönetim planında yapılacak değişikliklerle, hayvanın tahliyesine imkan tanımıştır. Öğretide ise, Yargıtay'ın bu yöndeki tutumu haklı olarak eleştirilmiştir. Bu görüşler kapsamında özetle hayvanın basit anlamda bir (taşınır) eşya olarak nitelendirilemeyeceği, onun (acı ve ıstırap hissedebilecek) canlı bir varlığa sahip olması gibi sahibi ile olan sosyal nitelikteki bağın da dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği; yönetim planında yapılacak değişikliğin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ve hatta bu konuda karar alınamayacağı da ileri sürülmüştür.

Bu tartışmalara açıklık getirmek için çalışmamızda, hayvanın eşya hukuku açısından hukuki niteliği ile ilgili görüşleri de ele alarak, taşınmaz mülkiyeti ile kişilerin hayvan besleme hakkının sınırları ele alınacaktır. Çalışmamız, ev ve süs hayvanlarının hukuki niteliği tartışılarak konuttan tahliyesi ile sınırlı olacaktır. Sözleşme özgürlüğü gereğince, örneğin kira sözleşmesi ile hayvan beslenmesinin yasaklanması gibi hususlar ele alınmayacaktır. Aynı şekilde ticari anlamda üretilen veya başıboş hayvanlar konumuz dışında kalacaktır.

## I. KONUTTA EV VE SÜS HAYVANININ BESLENMESİ

Daha önce de ifade edildiği üzere, günümüzde kişilerin konutlarında hayvan yetiştirmekte oldukları; bu bağlamda konutta hayvan beslemenin mümkün olup olmadığı konusunun ortaya konulabilmesi için, konut kavramı ile ev ve süs hayvanı kavramlarının açıklanması gerekir.

### A. Ev ve Süs Hayvanı Kavramı

Hayvanları Koruma Kanununun 2. Maddesinin (e) bendinde *evcil hayvanlar; insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanlar olarak tanımlanmışken aynı hükmün (ı) bendinde, ev ve süs hayvanı*<sup>4</sup>; *evcil hayvanın bir alt türü olarak, insan tarafından özellikle evde, işyerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı*

<sup>4</sup> Hayvanların değişik sınıflandırmaya tabi tutulması mümkündür. Buna göre, ticari amaçla yetiştirilen hayvanlar, kesim hayvanları, av hayvanları, başıboş hayvanlar, işçi hayvanları, deney hayvanları, hayvanat bahçesi veya doğal yaşam parkı hayvanları gibi sınıflandırmalar da yapılabilir. Bu kavramlar için bkz. **Cumaloğlu**, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C: 19, Özel Sayı 2017, s. 593 vd.

ifade eder<sup>5</sup>. Kanundaki bu tanıma göre başta kedi, köpek, papağan, tavşan gibi hayvanlar akla gelecek olsa da Kanunda bu yönde bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla bu hayvanlar dışında, kanunda belirtilen amaçlar doğrultusunda bakımı ve sorumluluğu üstlenilen at, kuzu ve hatta bir iguana dahi ev ve süs hayvanı sayılacaktır<sup>6</sup>. Yabani, yani evcilleştirilmeyen bir hayvanın bu kategoride görülmesi mümkün olmasa da hayvanın evcil hale getirildikten sonra kanundaki amaç doğrultusunda muhafaza edilmesi halinde ev ve süs hayvanı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bu noktada, yaban hayvanının nesli tükenme tehlikesi içinde olmaması ve ülkeye girişinin de yasaklanmamış olması gerekir<sup>7</sup>. Ne kadar acı da olsa, insanlar tarafından farklı amaçlarla yetiştirilen ve bu hali ile tehlikeli olarak kabul edilen bazı hayvanların, yasadaki açık hüküm kapsamında ev ve süs hayvanı olarak nitelendirilmesi de kanun gereği mümkün değildir. Hayvan Hakları Kanununun 14. Maddesinin (1) bendine göre Pitbull Terrier, Japanese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek yasaktır<sup>8</sup>. Kanunkoyucu sınırlayıcı bir tanım vermemiş olduğundan Pitbull

<sup>5</sup> Ayr. bkz. Ev ve Süs Hayvanlarının Üretim, Satış, Barınma ve Eğitim Yerleri Hakkında Yönetmeliğine göre ise, “Ev ve Süs Hayvanlarının Ticari Olmayan Hareketlerinde Uygulanacak Hayvan Sağlığı Şartlarına Dair Yönetmelik” bakımından ev ve süs hayvanı; sahiplerinin ya da sahipleri adına sorumluluğunu almış kişilerin yanında bulunan, üçüncü bir şahsa satışı ya da devredilmesi amaçlanmayan arılar, kabuklu hayvanlar ve kümes hayvanları haricindeki omurgasızlar, amfibik hayvanlar, köpek, kedi, gelincik, süs balıkları, sürüngen, kemirgen, evcil tavşan ve tüm kuşları ifade eder (m.4/1/ç). bkz. 8 Ekim 2011 tarihli RG. S. 28078.

<sup>6</sup> Midilli gibi başka hayvanlar da ev hayvanı sayılabilir, burada nesnel değil öznel bir ölçüt getirilmiştir. bkz. **Cumalıoğlu**, s. 588; ayr. bkz. **Gürpınar**, Damla: “Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri”, İzmir Barosu Dergisi, 4/2007, s. 171 vd.; ayr. bkz. **Uyumaz**, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 3, s. 137; Benzer bir tanımın Avrupa Sözleşmesinde de yapıldığı görülmektedir. Buna göre, “ev hayvanı”; insan tarafından özellikle evde, özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan her türlü hayvanıdır (md.1/1).

<sup>7</sup> Nitekim, Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Giriş bölümünün 6. Maddesinde, Yabani fauna örneklerinin ev hayvanı olarak muhafaza edilmelerinin desteklenmemesi gerektiği kabul edilmiştir. Gerçekten özellikle hayvan kaçakçılığının da önlenmesi bakımından bu tarz hayvanların da ev hayvanı olarak kabul edilmesi özendirilmemelidir.

<sup>8</sup> Çalışmamızın dışında olmakla birlikte, tehlikeli sayılabilecek hayvan kavramının ne şekilde belirlendiği tam açık değildir. Nihayetinde her hayvan, içgüdüsel hareket ettiği düşünüldüğünde az veya çok tehlikeli sayılabilir. İster istemez, kangal köpeği, Alman kurdu da kategoriye dahil edilebilir. Hatta küçük bir köpek olan chihuahua da, agresif niteliği dikkate alındığında tehlikeli olabilir. Bu nedenle kanımızca, bu tarz köpeklerin

Terrier, Japanese Tosa dışında Dogo Argentino, Fila Brasileiro gibi köpekler de bu yasak altında görülmelidir<sup>9</sup>.

Son olarak; tanımdan da anlaşılacağı üzere bir hayvanın ev ve süs hayvanı olarak nitelendirilmesi için kişinin hayvanı evde, işyerinde veya arazisinde muhafaza etmesi gereklidir. Ev ve süs hayvanı kavramı için, zorunlu olmamakla birlikte, bu hayvanların bakımı genel olarak konutlarda yapılmaktadır<sup>10</sup>. Konumuz da bu hayvanların tahliyesine ilişkin olduğundan konut kavramının da ayrıca incelenmesi gerekir.

### B. Konut Kavramı

Zorunlu bir unsur olmamakla birlikte, günümüzde ev ve süs hayvanlarının bakımı genel olarak konutlarda gerçekleşmektedir. Bu çerçevede konut; genel bir tanım ile insanların kötü hava koşullarından, düşmanlardan, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, beslenme, giyinme gibi temel ihtiyaçlarını giderdiği az çok kapalı, fiziksel büyüklüğü olan güvenli barınaklardır<sup>11</sup>. Konut kavramının oluşması için bir kimsenin sürekli olarak yerleşme amacı ile oturması zorunlu da değildir<sup>12</sup>.

Konut olarak son zamanlarda minimalist yaşam biçimi ile ortaya çıkan (taşınabilir) küçük evler de akla gelmekle birlikte, ülkemiz koşullarında genel olarak ilk akla gelen taşınmazlardır. Türk Medeni Kanunu'nun 704. Maddesinde ise, taşınmaz olarak arazi, tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilen bağımsız sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız

---

yasaklanmasından ziyade, bunların insanlar tarafından farklı amaçlarla yetiştirilmesinin önüne geçilmesi gerekir; tehlikeli ırk yoktur, insan eli ile tehlikeli hale dönüştürülen hayvan vardır diyerek dost canlısı bilinen Golden Retriever'in bile kötü ruhlu bir kişinin elinde saldırgan olabileceği ifade edilmiştir. **Tavşancıl Kalafatoğlu**, Deniz: "Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu ve Hayvan Hakları", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, C.II, Ekim 2014, s. 147.

<sup>9</sup> Bu hükme açıklık getirilmesi amacıyla Kanunda belirtilen Pitbull Terrier, Japanese Tosa haricinde ülkemizde Kanunun 14. maddesi kapsamında değerlendirilecek olan köpek ırklarına dair Bakanlığımızda oluşturulan 20.11.2007-208 sayılı Müsteşarlık Makam Oluru ile bir komisyon oluşturulmuş olup Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan Pitbull Terrier ve Japanese Tosa'ya Dogo Argentino, Fila Brasileiro ve bu ırkların melezleri de ilave edilmiştir.

<sup>10</sup> İşyerinde hayvan besleme ile ilgili olarak bkz. **Sözer**, Ali Nazım: "İşçi İşyerinde Ev Hayvanı Bakabilir mi?", Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S. 1, Ocak 2019, s. 2 vd.

<sup>11</sup> **Şıpka**, Şükran: Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.194), İstanbul 2002, s. 68; **Uçkan**, Mertkan: "Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8 / Özel Sayı (Haziran 2013), s. 2846.

<sup>12</sup> **Uçkan**, s. 2846.

bölümler sayılmıştır. Bu taşınmazlar arasında ev ve süs hayvanlarının tahliyesine neden olan uyuşmazlıklar ise, en çok kat mülkiyeti kanuna tabi taşınmazlar bakımından görülmektedir<sup>13</sup>. Bununla birlikte, arazi veya kat mülkiyetine tabi olmayan taşınmazlar, yani müstakil konut olarak ifade edilebilen taşınmazlar, bakımından ev ve süs hayvanının tahliyesine ilişkin açıklamalarda da bulunmak gerekir. Aşağıda bu kavramlar bu ayrıma göre ele alınacaktır.

## II. HAYVAN HAKLARI VE HAYVANLARIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Hayvanın konuttan tahliyesine ilişkin kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için, hayvan hakları, hayvan hakları koruma kanunu ve hayvanın hukuki niteliği ile ilgili bazı bilgilerin verilmesinde fayda vardır.

### A. Hayvan Hakları

Hayvanlar uzun yıllar boyu, bir taşınır mal olarak görülmüş ve sahiplerinin her türlü muamelesine karşı korumasız bırakılmıştır. Bu insan merkezci görüş çerçevesinde hayvanların iradeye sahip olmadığı ve hayvanların insanlar için yaratıldığı inancına dayanmaktadır. Ancak, hayvanların da acı çekebileceği ve bir canlı olduğu gerçeği ile hayvanların da bazı temel haklara, özellikle de kötü muameleye tabi olmama gibi haklara sahip olduğu fikri ortaya çıkmıştır. Bu düşünce ile hayvanlara da bazı sübjektif haklar tanınmıştır. Gerçekten hayvanlar kendi arzuları ve ihtiyaçları olan ve acıyı hissedebilen canlı varlıklardır. Bu nedenle hayvanların da bazı temel haklara sahip olması doğaldır. Ancak hayvanlara bu hakların tanınması onları insanlarla eşit bir hukuki statü vermez<sup>14</sup>. Hayvan hakları yönünde en önemli

<sup>13</sup> Bu itibarla, Kat Mülkiyeti Kanununun sadece kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı taşınmazlarda uygulanmadığı, kat irtifakı olarak tesis edilmiş taşınmazlar bakımından da geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır.

<sup>14</sup> Cumaloğlu'nun hayvan hakkı tanımı ise; kişinin hayvan üzerindeki hakkına getirilen sınırların kapsamını ve hayvanların kamu hukukunun getirdiği sınırlar çerçevesindeki yaşam, davranış alanlarını, yani, kişinin ve devletin hayvan üzerindeki hakkının sınırı olarak ifade ettikten sonra hayvan hakkını, "hukuken korunan ve insana ihlal etmeme yükümlülüğü getiren hayvan çıkarı" olarak ayrıca tanımlamaktadır (Cumaloğlu, s. 582). Ancak kanımızca bu görüş, insan merkezietçi bir yaklaşımdır. Kanımızca, hayvan hakları, insanların hayvanlar üzerinde yasal sınırlardan ziyade, hayvanların birer canlı olmasından kaynaklanan çıkarlarıdır. Albert Schweitzer'in dediği gibi, her canlıya, kendi yaşamınıza gösterdiğiniz saygıyı göstermek durumundasınız. Etik bu düşüncenin içindedir. İyilik hayatı korur, onu destekler, kötülük yaşamı yok eder, yaşamı engeller. (bkz. Höffe, Otfried: Lesebuch zur Ethik, München 1998, 348 vd.). Bu nedenle, hay-

belge aşağıda görüleceği üzere Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Ülkemizde ise, Hayvan hakları koruma kanunu ile hayvanların bazı haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. Hayvanlara tanınan bu haklarla paralel bir şekilde hayvanların hukuki statüsü de tartışılmıştır. Aşağıda, hayvan haklarına ilişkin açıklamalar, hayvanın hukuki niteliği ile bağlantılı olarak açıklanacaktır.

## B. Hayvanın Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Hayvan hakları kavramının oluşması ve özellikle Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinin<sup>15</sup> kabul edilmesi ile hayvanların eşya niteliği tartışılır hale gelmiş ve birçok Avrupa ülkesinde hayvanların eşya olmadığı kabul edilmiştir. Alman Medeni Kanununun 90a paragrafı ve İsviçre Medeni Kanununun 641a maddeleri, hayvanın eşya olmadığını, ancak yapılacak hukuki işlemler bakımından farklı bir düzenleme olmadığı sürece eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlar için de uygulanacağını düzenlemiştir. Bu da hayvanın hukuki niteliğini tartışmalı hale getirmiştir. Ülkemizde ise, hayvanların yaşama hakkına sahip olduğunu kabul eden Hayvan Haklarını Koruma Kanunu bu tartışmalara neden olmuştur. Aşağıda, hayvanların hak sahibi olup olmadığı, bir kişi olarak sayılmasının mümkün olup olmadığı, bu bağlamda eşya olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği görüşleri ele alınacaktır.

### 1. Hayvanın Eşya Olduğunu Savunan Görüş

Hayvanların bir hak süjesi olmadığı genel olarak kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Hayvanların kişi, yani hak süjesi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşler kapsamında ileri sürülen en temel gerekçe, kişi olma hakkının, ancak insanlara özgü olduğu ve ancak insanların irade, zeka ve bilinç sahibi olduğu; hayvanların ise, bunlardan yoksun olduğudur.

Genel olarak ahlak temelinde yapılan araştırmalar gereğince eskiden beri hayvanların hak sahibi olamayacağı kabul edilmekteydi. Aristoteles

---

vanların yaşam hakkı, acı çekmeme gibi temel bazı hakların kabulü, insan çıkarlarından bağımsız olarak vardır.

<sup>15</sup> 15 Ekim 1978 tarihinde kabul edilen Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration on Animal Rights) ile hayvanların yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilmiş (md.4) ve hayvan haklarının kanun düzeyinde korunması gerektiği ifade edilmiştir (md.14).

<sup>16</sup> Hayvanlara kişilik verilmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. **Çelebi**, Özgün: "Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü", İstanbul Hukuk Mecmuası, C.76, S. 2, s. 597 vd.

insanları yaşayan varlıklar olarak tanrılar ile hayvanların arasında bir yere yerleştirmektedir. Ayrıca insanların hayvanlarla olan ortak yanlarını da açıklamaktadır. Buna göre, insanlar gibi hayvanlar da yaşamakta (canlı bir varlık), yani doğum ile dünyaya gelmekte, beslenmekte, ölmekte, üremekte, acı gibi duyguları hissetmektedir. Ancak akıl sahibi (mantık-logos) olmak ve yaşam içinde etkin biçimde yer almak, yani bilinçli davranışlar ve işlemler yapmak ancak insanlara mahsustur. Bu nedenledir ki, ancak insan sosyal yaşamı düzenlemek için kurallar oluşturabilir. İnsan, (iyi ve kötü ayırımı yaparak) ahlaki davranma yeteneğine sahiptir ve kararlarını ahlaki ölçüde gerekçelendirebilecek güçtedir. İnsan sosyal yaşama dahil olan bir varlıktır. Sadece tanrılar ve vahşi hayvanların otonom bir yapısı vardır<sup>17</sup>.

Descartes ise, canlı bedenini bir makineye benzetmekle, insanı hayvandan ayıran unsurun (zihin) düşünme yeteneği ve ruh olduğu görüşündedir. Descartes hayvanları doğanın yarattığı otomatlardan farksız görmekte, insana benzer sesler çıkarsalar da bunların bir anlamı olmadığını, yani bilinçli olmadığını, bu yeteneğe ise ancak, insanların sahip olduğunu ifade etmektedir<sup>18</sup>.

Kant ise, Aquinalı Thomas'ın görüşlerine benzer şekilde hayvanları akla sahip olmayan canlılar olarak görmekte ve aynı antroposentik (insan

<sup>17</sup> **Aristoteles**: Politika/I.Kitap, Büyük Fikir Kitapları Dizisi, 22, çeviren Tuncay, Mete, İstanbul 1993, s. 9; **Senemoğlu**, Olkan: "Antik Yunan Siyasal Düşünüşünde İnsan Doğası ve Toplum Anlayışı: Platon ve Aristoteles", İnsan & İnsan, Yıl.3, S. 10, 2016, s. 53-54; Aristoteles'e göre canlı varlıklar hareketlerini belirleyen unsurların istek ve akıl olduğunu, hayvandaki hareket ettirici güç içgüdüsel (beslenme, üreme vb.) anlamda bir istek iken, insandaki hareket ettirici unsurun ise akıldır, yani iradidir. Bu nedenle, iradi faaliyetler hayvanî ruhun değil, insanî ruhun faaliyetidirler. bkz. **Kaya**, Mustafa: "Aristoteles'in Ruh Anlayışı", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 18, 2014, s. 94.

<sup>18</sup> Descartes, bu çerçevede Montaigne'in hayvanların bilince sahip olduğu yönündeki fikirlere katılmadığını belirtmektedir. **Descartes**, René: "Discours sur la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences", 1637, B.IV; ayr. bkz. **Ketenci**, Taşkın: "Descartes ve Hume'un Akıl Anlayışlarının Karşılaştırılması", Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi/1 (Haziran 2014): 61-77 Montaigne ise, bazen düşünüyorum da "kedim ile oynarken, onun benimle oynamadığını nasıl bileyim" diyerek hayvanların da akıl sahibi olduklarını ifade etmektedir. bkz. (de) **Montaigne**, Michel: Apology for Raymond Sebond, (L'apologie de Raymond Sebond), çev.Ariew, Roger/Grene Marjorie, Cambridge 2003, s. 15; **Doğan**, Aysel: "Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, 2006, s. 33 vd.; ayr. bkz. **Kılıç**, Selim: "Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, S. 22, s. 103.

merkezci) yaklaşımla insanın diğer varlıklara karşı ahlaki bir yükümlülüğe sahip olmadığını, insanın bir başka canlıya karşı bir yükümlülük hissetse bile bu yükümlülüğün aslında kendisine (insana) karşı olan yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. Bu şekilde, hayvanlara kötü muamele yapılmamasını, hayvana karşı değil, insanın kendisine karşı hissettiği yükümlülüğe dayandırmaktadır<sup>19</sup>.

Hayvanların eşya sayılmasının temelinde yatan bu görüşlerdeki ortak nokta, hayvanların akıl sahibi olmamasıdır. Bundan hareketle yıllar boyunca birçok hukuk sisteminde hayvanlar eşya olarak nitelendirilmiş ve hali

<sup>19</sup> Thomas, dini değerlendirmelerinde, bitkiler hayvanlar için, hayvanlar da insanlar için yaratılmıştır fikrinden hareket etmektedir. Ayrıca, Thomas hayvanların ruha sahip olduğu (anima sensitiva) ancak bunun öldüğünü kabul etmiştir. “onlar, bilinçli bir şekilde hareket etmezler” ve ancak “magis acta quam agentia” olarak nitelendirilebilir, yani ancak insan düşünebilir ve bilinçli bir davranışta bulunabilir, bkz. **Thomas von Aquin**: *Miscellanea Mediaevalia, Werk und Wirkung im Licht neuerer Forschungen*, Band 19: hrsgb.von Albert Zimmermann, Berlin, New York, 1988, s. 214-215; ayr. bkz. **Bondolfi**, Alberto: *Mensch und Tier: ethische Dimensionen ihres Verhältnisses*. Freiburg, 1994 s. 61 vd.; Bkz. **Kant**, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin 2013, 2.Auf., (erstdruck, Königsberg 1797), 2.Buch, § 17, s. 194; Schopenhauer ise, Kant’ın bu sözlerini “iğrenç ve öfke uyandıran cinsten olduğunu”, hayvanlara eziyet eden kişinin, iyi bir insan olamayacağını belirtmiştir. bkz. **Schopenhauer**, Arthur: *Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften*, Frankfurt am Main 1840, s. 164 ve s. 246; ayr. bkz. **Aşar**, Haluk: *Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılırları*, *Kaygı* 30/2018, s. 241; antroposentrizm ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. **Goralnik**, L./**Nelson**, Michael P.: *Encyclopedia of Applied Ethics*, Second Edition, 2012, Vol. 1, s. 145; **Minteer**, Ben A.: “Anthropocentrism”, *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy*, ed. J. Baird Callicott & Robert Frodeman, Detroit...ABD. 2009, s. 58; Antroposentrik yaklaşıma karşılık Patosentrik (Pathocentrism) ve hatta biosentrik anlayış, etiksel bir yaklaşım sergiler ve hayvanların canlı niteliğini dikkate alarak, onların korunmasını insanlar için değil, hayvanın kendi menfaati için gerekli olduğunu savunur. **Bolliger**, Gieri: “Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, *Animal Law Review*, C. 22, 2016, s. 353-354; ayr. bkz. **Çelebi**, s. 564; **Krebs**, Angelika: *Ethics of Nature: A Map, Perspectives in Analytical Philosophy*, Berlin-New York 1999, s. 92; tarihi açıdan etik ile ilgili yaklaşımlara bakıldığında, sekiz etik yaklaşımın varlığı tespit edilebilir. Egosentrik yaklaşım ile (Locke anlayışı kapsamında) otonom kişi; Nepotismus, belirli bir sınıf; Nasyonalizm ile belirli bir ırk, antroposentrik anlayış ile günümüzdeki insanlar ve genişletilmiş antroposentrik anlayışla gelecek nesiller; Patosentrik anlayış ile bilince sahip hayvanlar; biyosentrik anlayış ile her türlü canlı ve fizyosentrik anlayış ile canlı olmayan her şey ve sistemin bütününe esas alınarak etiksel bir değerlendirilme yapıldığı görülmektedir. **Meyer-Abich**, Klaus M.: *Aufstand für die Natur. Von der Umwelt zur Mitwelt*, München 1990, s. 60; **Gorke**, Martin: *Artensterben: Von der Ökologischen Theorie zum Eigenwert der Natur*, Stuttgart 1999, s. 200 vd.; ayr. bkz. **Wiedenmann**, Rainer: *Tiere, Moral und Gesellschaft: Elemente und Ebenen humanimalischer Sozialität*, Wiesbaden 2009, s. 26.

hazırda da sayılmaktadır. Hatta, hayvanların eşya sayılmadığı hukuk düzenlerinde, hayvanlarla ilgili hukuki işlemlerde eşyalara ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Hukukumuzda da, kişi, yani hukuken bir hak süjesi (öznesi) olarak sadece gerçek kişiler ile tüzel kişilerin sayıldığı, kişiliğin ancak tam ve sağ doğum ile başladığı (TMK.md.29) ve ölüm ile sona erdiği, tüzel kişilerin (vakıflar, dernekler, şirketler vb.) ise, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca kişilik kazandığı (TMK.md.47) ve kanunun öngördüğü şekilde sona erdiği, bu düzenlemeler karşısında, hayvanların kişi sayılmadıkları gibi, farklı bir düzenleme olmadığı sürece eşya sayılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre hayvanlar, farklı bir düzenleme olmadığı sürece hali hazırda bir hak süjesi olmayıp bir objedir, yani eşya niteliğindedir<sup>20</sup>.

## 2. Hayvanın Eşya Olmadığını Savunan Görüş

Hayvanların eşya sayılması gerektiğini kabul eden görüşlerin dayandığı temel esas, onların herhangi bir akla veya bilince sahip olmamasıdır<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, Kn.11; **Oral**, Tuğçe: Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 16, Yıl:2014, s. 322; **Uyumaz**, s. 139; **Yılmaz**, Halil: “Hayvan Haklarına Bakış”, TBBD, 2006, S: 62, s. 214-215; Hayvan Koruma Kanunu ile, ev ve süs hayvanlarının haczi dışında, satışı, hak konusu edilmesi yasaklanmadığına göre, hali hazırda hukukumuz açısından eşya sayılmalıdır. Ancak, onların öldürülmesi, sahiplenmesi gibi hususlarda kendine özgü kurallar uygulanacaktır. bkz. **Başpınar** Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanunun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2016, s. 1385-1386; **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 9. baskı, Ankara 2017, s. 25-27; **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 5. bası, Ankara 2017, s. 7; Sungurbey ise, “cenine bağımsız yaşama hakkı ve sınırlı hak ehliyeti tanınabildiğine göre, hayvanlara da bağımsız yaşama hakkı ve dolayısıyla sınırlı hak ehliyetinin tanınması gerektiğini ifade etmiştir, bkz. **Sungurbey**, İsmet: Hayvan Hakları: Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul 1990, s. 136; Esener ve Güven, Hayvanları Koruma kanununda hayvanların eşya sayılmamış olmasını büyük bir eksiklik olarak nitelendirmekte, ancak böyle bir hüküm bulunmadığı sürece hayvanları eşya saymaktadır. bkz. **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 6. baskı, Ankara 2015, s. 43; Aksoy Dursun ise, İsviçre veya Almanya’dakine benzer bir hüküm bulunmadığı sürece hayvanın eşya olarak nitelendirilmesi gerektiği, ancak hayvan haklarının daha iyi korunacağı düşüncesi için bir kanun hükmüne ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. **Aksoy Dursun**, Sanem: Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 187.

<sup>21</sup> Nuttall bu konuda, kişilik için mutlaka bir akıl ve bilince ihtiyaç olmadığını, akıllı ve bilinçli insanların da hakları olduğuna göre, hayvanlara neden haklar tanınmasın görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. **Nuttall**, Jon: Ahlak Üzerine Tartışmalar- Etiğe Giriş, (çev: Abdullah **Yılmaz**), İstanbul 1997, s. 210; Ayrıca bkz. **Ertan**, Birol: “Hayvan Hakları ve Türkiye”, Cevat Geray Armağanı, Ankara 2001, s. 404; **İnci**, s. 5; **Çelebi**, s. 564.



Tarihsel açıdan baktığımızda da ruh, yaşam, ahlak ve bilinç kavramları ekseninde yapılan incelemelerde, hayvanın da bir bilince sahip olduğu, duyguları olduğu, acıyı hissedebildiği ve belirli bir iletişim becerisine sahip olduğu bu nedenle eşyalardan farklı bir nitelikte olması gerektiği kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Kısaca bu görüşlerin ana dayanak noktası, hayvanların da birer canlı olmasıdır<sup>23</sup>. Özellikle Bentham “*gün gelecek hayvanlar da haklara sahip olacaktır*” şeklindeki açıklaması ile Kant’ın ve Descartes’in görüşlerine katılmadığını ifade etmişti<sup>24</sup>. Bentham’a göre, “*konu ne akıl yürütüp yürütemedikleri ne de konuşup konuşamadıklarıdır; konu, acı çekip çekemedikleridir*”<sup>25</sup>. Thomas Young ise hayvanların eğlence ve acıyı anlayabildiği ve yeryüzünde değişik ihtiyaçlarını karşılayabildiği, insanlığın da Tanrı’nın yarattığı hayvanlara iyi davranması gerektiğini ifade etmiş ve bu durumun hayvan haklarının temeli olduğunu ifade etmiştir<sup>26</sup>. John Lawrence ise hayvanlara kötü davranılmasına karşı çıkarak, hayvanlara zarar verenleri bir canavar (kötü yaratık) olarak nitelendirmekte ve bu haksız ve sefil varlıkların temel nedeni toplumların Anayasalarındaki yanlıştan kaynaklanmaktadır, demektedir. Zira, hiçbir hukuk düzeni şimdiye kadar hayvan haklarını (jus animalia) kabul etmemiştir<sup>27</sup>. Lawrence, insanların (ki onları şeytani

<sup>22</sup> Kelch, hayvanlarla insan ilişkisinin antik dönemlerden günümüze kadar ne şekilde oluştuğunu, insanların özellikle Romalıların arenalarda gladyatör dövüşlerinde acımasızca öldürülen hayvanlardan günümüze nasıl geldiğini ortaya koymuştur. Kelch, dönemleri şu şekilde ayırmıştır. Antik dönem: Evrenin MS 600 yılına kadar başlaması; Ortaçağ dönemi: MS 600 ila 1500; Rönesans ve Aydınlanma: 1500-1800 M.S.; Son modern dönem: 1800-1970; Modern dönem (ve gelecek?): 1970?, bkz. **Kelch**, Thomas: A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part I”, Animal Law Review, Vol. 19, 2012, s. 26; **Kelch**, Part II, s. 350 vd.)

<sup>23</sup> Hayvanlara yönelik ortaya atılan etik görüşlere baktığımızda “insanlar gibi” acı çeken veya haz duyan ya da “insanlar gibi” bir yaşamın öznesi olabilen canlılar değerli görülmüştür; dolayısıyla insanlarla ortak özelliklere sahip olma kriteri bu düşüncelerin temel motivasyonunu oluşturmuştur (**Aşar**, 249).

<sup>24</sup> Bu konuda David Hume, hayvanların da akla sahip olduğunu, insan ile hayvan arasındaki temel farkı ahlak anlayışının oluşturduğunu ifade etmiştir. **Hume**, David: A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects, London 1817, s. 170.

<sup>25</sup> **Bentham**, Jeremy: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation: Printed in the Year 1780, and Now First Published, s. 319.

<sup>26</sup> **Young**, Thomas: An Essay on Humanity to Animals, London 1798, s. 74-78, Young eserinde insanların hayvanları spor amacıyla veya acımasız bir şekilde öldürmeye hakkı olmadığını da ifade etmiştir (s. 8).

<sup>27</sup> “*Bence canavarların haksız ve gereksiz sefaletinin ana nedeni, tüm toplulukların anayasasında bir hatadır. Hiçbir insan hükümetinin, adalet ve insanlık ilkelerine dayanan herhangi bir sistemin içihatlarının bir parçası olması gereken jus animalium’u tanıdı-*

duygulara sahip canavar olarak nitelendirmekte) hayvanlara eğlence veya sırf spor amacıyla eziyet etmesinin önlenmesi gerektiğine, bunun için de hayvanları koruyucu yasaların gerekliliğine dikkat çekmiştir<sup>28</sup>.

Hayvanlara kötü muameleyi yasaklayan ilk kanun ise, Birleşik Krallıkta Martin Act olarak adlandırılan ve sadece öküz, inek, düve, koyun veya diğer sığırların korunmasını kapsayan 1822 tarihli düzenlemedir. Kanun ile bu hayvanlara eziyet edilmesi yasaklanmaktadır<sup>29</sup>. 1835 yılında kabul edilen kısaca Cruelty to Animals Act<sup>30</sup> olarak adlandırılan kanun ise, korumayı genişletmiş ve boğa, köpek, ayı ve porsuklar ile diğer hayvanları kapsamıştır<sup>31</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise Henry Bergh ile başlayan mücadele

---

*ğını sanmıyorum. Bu dört ayaklı ve dilsiz vatandaşların basit hakları tanınmalıdır. Salt ahlaki yaptırımın Hayvanlara saldırganlığı önlemede yetersiz kaldığı tecrübelerle sabittir, bu nedenle hakların güvenliği için zorunlu yasalara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle, hayvanların haklarının devlet tarafından resmi olarak tanınmasını ve sahiplerinin veya başkalarının işine bağlı olup olmadıklarına bakılmaksızın onları yasadışı ve kasıtlı zulümlerden korumak amacıyla bir yasanın çıkarılmasını öneriyorum. Mevcut yasal duruma göre, hiç kimse canlı bir hayvana karşı çok acımasız bir eylemden ötürü cezalandırılmaz, ancak başka birinin hayvanına zarar vermesi halinde, başkasının mülkiyeti hakkını ihlal etmiş olduğu için cezalandırılabilir. Yasalar, hayvan sahibine, barbarca bir iradesi varsa, hayvanına en zalim davranışlarda bulunması için zımni bir yetki vermektedir". Bkz. Lawrence, John: A Philosophical and Practical Treatise on Horses and on the Moral Duties of Man Towards the Brute Creation: Volume 1, London 1802, s. 123.*

<sup>28</sup> William Parker adında bir kişi, başkasına ait olan bir atın dilini canlı canlı kesmiş olduğu için cezalandırılmıştır. Ancak, bu hayvan başkasına ait olmasaydı, konu mülkiyet açısından değerlendirilecekti ve bu kişi ceza almayacaktı. Yine, bir kasap birçok hayvana eziyet etmiş olduğu, bir buzağıyı canlı canlı kaslarından ve burun deliklerinden asmıştır. Bu durum, eziyet edilen hayvanın çıkardığı seslerin komşuları rahatsız edene kadar devam etmiştir. Lawrence bu örneklerden hareketle, mülkiyet hakkının bu tarz davranışları korumaması gerektiğini ileri sürmüştür. Lawrence, s. 124.

<sup>29</sup> The Cruel Treatment of Cattle Act 1822 (3 George 4 c.71)

<sup>30</sup> An Act to Consolidate and Amend the Several Laws Relating to the Cruel and Improper Treatment of Animals, and the Mischiefs Arising from the Driving of Cattle, and to Make Other Provisions in Regard Thereto.(5 & 6 Will. 4, c. 59), bkz. <https://www.aspc.org/about-us/history-of-the-aspc> (erişim tarihi 06.02.2020).

<sup>31</sup> Kanun daha sonra değişik isimlerle yeniden düzenlenmiştir. Örneğin, 1849 yılında kanun ismi Cruelty to Animals Act 1849 olarak değiştirilmiştir (*An Act for the more effectual Prevention of Cruelty to Animals* : 12 & 13 Vict. c. 92.). Hayvanlar üzerindeki deneyleri belirli şartlara bağlayan **Cruelty to Animals Act 1876** (*An Act to amend the Law relating to Cruelty to Animals*: (39 & 40 Vict., Public Acts, c. 77.); aslında bu kanunların hayvanları korumaktan ziyade kişilerin malvarlığını korumayı amaçlamaktadır. Bu açıdan hayvanları doğrudan koruyan yasalar olarak kabul edilemezse de, dolaylı olarak onları korumayı amaçlar. Bkz. Kelch, Thomas: A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part II, Vol.19, s. 351; ayr. bkz. White, Steven: "Animal

sonunda New York Act kabul edilmiş ve hayvanlara kötü muameleyi yasaklamıştır. Yine 1866 yılında Amerikan Society for the Prevention of Cruelty to Animals (Hayvanlara Kötü Davranılmasının Önlenmesi Cemiyeti" adında bir dernek kurulmuştur<sup>32</sup>.

Henry Salt ise, türçülük (speciesism) anlayışına karşı çıkan ilk yazardır. Salt, "*hayvan yaşamının ahlaki bir amacı yoktur' şeklindeki görüş, günümüz gelişmiş insani düşünce yapısı tarafından kabul edilemez düşünce sınıfına aittir - bu tamamen keyfi bir varsayım olup, en iyi içgüdülerimiz ile en iyi bilimimiz ile çelişmektedir ve 'hayvan hakları'nun tam olarak gerçekleşmesine engeldir; eğer daha alt ırklara adaletli davranmak istiyorsak, hayvanlar ve insanlık arasındaki büyük uçurumun var olduğuna yönelik inançtan kurtulmalı ve tüm canlı varlıklarını evrensel bir kardeşlikte birleştiren ortak insanlık bağını tanımalıyız*"<sup>33</sup> diyerek hayvan hayatının insaninkinden daha önemsiz olmadığını ifade etmiştir.

Bu yazarlardan etkilenen ve son dönemlerde hayvan hakları yönündeki en büyük katkıyı<sup>34</sup> yapanların ise Singer ve Regan olduğunu söylemek yanlış

---

Protection Law in Australia: Bound by History", in *Animal Law and Welfare - International Perspectives*, ed.Cao, Deborah/White, Steven, Springer, 2016, s. 114.

<sup>32</sup> Hayvanların bilince sahip olmadığına ilişkin temel yargıları ortadan kaldıran çalışma ise Charles Darwin'in evrim teorisidir. Darwin'in hayvan ile insan arasındaki biyolojik benzerliği yansıtması, insanları hayvanlardan ayıran unsurun bilinç olmadığını, olsa olsa sadece bilincin derecesi olduğunu ifade eder. Darwin'e göre insanlar, hayvanlar arasında yeryüzünde bulunan en baskın hayvandır. **Darwin**, Charles: *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, New York 1871, s. 101; Hayvanları koruyan hukuk normlarının tarihsel gelişimi için, bkz. **Kelch**, Part II, s. 367, ayr. bkz. **Çelebi**, s. 562, dph.4.

<sup>33</sup> **Salt**, Henry S.: *Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress*, 1892, (New York 1894), Chapter 1, s. 4, bkz. <http://www.animal-rights-library.com/texts-c/salt01.pdf> (erişim tarihi: 09.02.2020); Henry Salt'ı etkileyen yazarların başında ise, **Henry D. Thoreau** gelmektedir. *The Main Woods* kitabında, "*Çamlarla ve insanlarla ilişkimizi etkileyen daha üstün bir yasa (higher law) vardır. Çamın kesilmesi ile ölü bir insandan farklı bulduğumu, balinaları yağ için öldüren kişi, balinaların değerini ve kullanım amacını bulduğumu, filleri, jildişi için öldüren kişi, filleri gördüğünü söylemeyecektir. Her varlığın canlı olması, ölü olmasından daha iyidir, bunun anlamını anlayan onu yok etmekteyse korur*" diyerek doğa bilinci yerleştirmeye çalışmıştır (**Henry D. Thoreau**: *The Main Woods*, Boston 1864, s. 62).

<sup>34</sup> Ghandi (M. K. **Ghandi**: *The Moral Basis of Vegetarianism*, Ahmedabad 1959) ile Albert Schweitzer'in hayat ve hayvanlar hakkındaki görüşlerinin de çok önemli bir etki yarattığı da söylenmelidir. Schweitzer, her canlının hayatta kalma çabası içinde olduğunu ve yaşama karşı saygı duyduğunu ifade etmiştir. Schweitzer, "*yaşamak isteyen yaşamların arasında, yaşamak isteyen bir canlıyım (yaşayanım)*", ("*ich bin Leben, das leben will, inmitten von Leben, das leben will*") demiştir. Ona göre şimdiye kadar yapılan ahlak tartışmalarındaki yanlış, sadece insanların insanlara karşı davranışlarını ele

olmayacaktır<sup>35</sup>. Singer, *Animal Liberation*<sup>36</sup> adlı eserinde sirk hayvanları, canlı hayvan deneyleri gibi olumsuz davranışlara dikkat çekmiştir. Singer, insanların dışında, hissetme yetisine sahip olan tüm canlıların mutluluklarını merkeze alan faydacı bir yaklaşıma sahiptir. Ona göre, bir canlının çıkar sahibi olabilmesi için acı ve haz duyma yetisine sahip olmalıdır. Zira, sadece bu varlıkların ahlaki yönden ilgi görmeye ehliyetleri vardır<sup>37</sup>. Regan, hayvanların bir değere ve yaşam hakkına sahip olduğunu, insan haklarının bir parçası olarak hayvan haklarının da var olduğunu kabul etmiştir. Regan'a göre hayvanlar, *“bir eşya değil, bizim gibi birisidir”* (*Like us, they are somebodies, not somethings*). *Yaşayan bir varlık olan insanın, diğer varlıklardan üstün olamaz. Hayvanlar da yaşayan bir varlık olarak insanlardan daha aşağıda değildir. Nasıl ki, insanlar arasında din, dil, ırk gibi unsurlarla oluşturulan üstünlük kavramı kesin olarak reddediliyorsa, aynı durum hayvanlar için de kabul edilmelidir. Bu durum insanların içsel değerlendirmeler açısından da değişmez, yani bir insanın ahlaki bilgi düzeyi insanı üstün tutmayacağı gibi, alçaltmaz da*<sup>38</sup>.

15 Ekim 1978 tarihinde ise Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü'nün Paris'teki merkezinde “Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi”

almasıdır. Ancak gerçekte etik; insanın dünya ile ve özellikle, etrafındaki yaşamın tamamıyla ilgilidir. İnsan ancak insanların yaşamı kadar hayvanların, bitkilerin yaşamını kutsal sayar ve zorda olana yardım ederse ahlaki sayılabilir, (Schweitzer, Albert: *Die Ehrfurcht vor dem Leben, Grundtexte aus fünf Jahrzehnten*, 9. Auf., München 2008, s. 111; Schweitzer, Albert: *Albert Schweitzer Lesebuch*, 3.Aufl., München 1984, s. 173; ayr. bkz. McLaughlin, Ryan P.: *Non-Violence And Nonhumans: Foundations for Animal Welfare in the Thought of Mohandas Gandhi and Albert Schweitzer* *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 40, No. 4 (December 2012), s. 697 vd.

<sup>35</sup> Bu görüşlerin her ikisine de karşı, ahlaki haklar kavramının hayvanları içerecek şekilde genişletilemeyeceğini ve hayvanların hakları sorununun sahte bir mesele olduğunu ileri süren eleştirel yazı için bkz. Fox, Michael: “Animal Liberation”: A Critique, *Ethics*, Vol. 88, No. 2 (January, 1978), s. 106.

<sup>36</sup> Singer, Peter: *Animal Liberation*, n: A New Ethics for Our Treatment of Animals, New York 1975, s. 7, (yazarın bu kitabı Hayvan Özgürleşmesi olarak Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. Hayvan Özgürleşmesi, çev. Hayrullah Doğan, 2.bası, İstanbul 2018); Singer, Peter: “Not for Human Only”, *Ethics and Problems of 21st Century*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1979, s. 203.

<sup>37</sup> Bkz. Singer, s. 203; ayr. bkz. Aşar, s. 245; İnci, Z. Özen: “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5 / 1, Haziran 2019, s. 4.

<sup>38</sup> Regan, Tom: *Animal Rights, Human Wrongs*, Oxford 2003, s. 94; Regan, Tom: “The Moral Basis of Vegetarianism,” *Canadian Journal of Philosophy* 5, no. 2 (October 1975), s. 198; ayr. bkz. Aşar, s. 246; Ertan, s. 401, 403; İnci, s. 4; Singer ve Regan bakımından ortak nokta, hayvanların acı hissetmeleri ile bağlantılı olmaksızın haklara sahip olduğu ve öldürülmemesi gerektiği konusundadır.

(Universal Declaration on Animal Rights) ilan edilmiştir. Bu bildirge kapsamında, hayvan hakkı tanımlanarak, hayvan haklarının da insan hakları gibi yasalarla korunması gerektiği belirtilmiştir. Bildirge, on dört madde halinde hayvanların en temel haklarını saymıştır<sup>39</sup>. Her ne kadar, bu bildirge herhangi bir hukuki bağlayıcılığa sahip olmasa da insan haklarından sonra hayvanların da benzer nitelikte haklara sahip olduğunun ifade etmesi açısından çok önemlidir<sup>40</sup>. Bildirge hayvan onuru kavramını (m. 10) gündeme getirmiş, hayvanın gereksiz olarak öldürülmesini yaşama karşı suç olarak (m. 11) vasıflandırmıştır. Bildirge 1989'da revize edilmiş ve hayvanların hukuki kişiliğinin ve haklarının yasa tarafından tanınması gerektiği (m. 9/f. 1)<sup>37</sup> ifade edilmiştir. Bildirge ile hayvanlara karşı işlenen suçlar (hayvanın öldürülmesi-biosid ve türün yok edilmesi genosid) tanımlanmıştır (m. 8/f. 1)<sup>41</sup>.

1988 yılında Avusturya Medeni Kanun'u §285a hükmü ile, 1990'da Alman Medeni Kanununun § 90a hükmü ile 2003 yılında ise İsviçre Medeni Kanununun 641a maddesi ile hayvanlar eşya olmaktan çıkarılmış, ancak aksi düzenleme olmadığı sürece eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>42</sup>. Yalnız hemen belirtmekte fayda vardır ki, bu hükümlerle hayvana bir hukuk süljesi olma, yani kişi niteliği kazandırılmamıştır<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Bunun dışında, "Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" (European Convention For The Protection of Pet Animals) de Avrupa Konseyi tarafından 13 Kasım 1987 tarihinde kabul edilmiş olup ülkemiz bu sözleşmeyi 18 Kasım 1999 tarihinde Strazburg'da imzalamış ve dört yıl sonra 4934 sayılı ve 15.7.2003 tarihli Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 28.8.2003 tarih ve 2003/6168 sayılı Kararı ile onaylanmıştır

<sup>40</sup> Gerçekten de bildirge insanoğlu için yeni bazı davranış kodları oluşturmak istemiştir. Bu sayede, insanı merkez alan antroposantrik yaklaşımı yıkarak yaşama saygı ilkesini esas alan yeni bir kültürü yaratmaya çalışmaktadır. Neumann, Jean-Marc, "La Déclaration Universelle des Droits de l'Animal ou l'égalité des espèces face à la vie", in: Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 382; aynı görüşte Çelebi, s. 569.

<sup>41</sup> İnal, Tamer: "Hayvanın Hukuki Kişiliğinin ve Haklarının Tanınması Gereği Üzerine", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi, S. 1, Y.2004, s. 28 vd.

<sup>42</sup> Düzenlemeler açısından, tazminat gibi bazı sonuçlar bakımından farklıklar bulunmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda hayvanın ölümü nedeniyle uğranılan manevi acı nedeniyle (şok zarar) sahibine herhangi bir manevi tazminat hakkı verilmemek, İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 43/1<sup>bis</sup> maddesinde buna açıkça izin vermiştir. BGE 143 III 646; Alman Federal Mahkemesi BGH 20.03.2012 (VI ZR 114/11), mağdur ile belirli bir kişisel bağlılık ve yakınlık olması gerektiği, bu yakınlık ilişkisinin ise sadece insanlar bakımından geçerli olduğu, hükmün koruma normu içinde hayvanın ölümü yer almadığını belirtmiştir; diğer yandan Alman hukukunda (BGB §251/2) hayvanın ölümü

Ülkemizde ise<sup>44</sup>, hayvanların eşya niteliğinde olmadığı şeklinde bir düzenleme olmamakla birlikte, 24.06.2004 tarihinde hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak (md.1) amacıyla Hayvanları Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Kanunun 4-a Maddesinde ise “*Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*” hükmünden hareketle hayvanların eşya niteliğinden çıkarıldığı genel olarak kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

halinde, sağlık masrafları hayvanın değerini aşsa bile tazminat olarak talep edilebileceği düzenlenmiştir (ayr.bkz. BGH, Az.: VI ZR 23/15, 27.10.2015) Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 42/3 maddesinde buna benzer bir düzenleme sadece ev ve süs hayvanı (Haustiere) için öngörülmüştür. Dolayısıyla “ticareti amaçlı veya malvarlığı amacıyla tutulmayan ve ev ortamlarında bulunan bir hayvanın tedavisi için yapılması gereken masraf, hayvanın değerinden yüksek olsa dahi, hakim tarafından uygun bir tazminat miktarı belirlenecektir” şeklindeki hüküm ile sadece ev hayvanlarını konu edinmiştir. Ticari amaçlı olarak tutulan koyun, keçi ve inek gibi hayvanlar için bu husus kabul edilmemiştir (OR 43/1<sup>bis</sup>); bu konudaki düzenlemelere eleştirel bir bakış için bkz. **Krepper**, Peter: “Affektionswert-Ersatz bei Haustieren”, AJP/PJA 6/2008, s. 706 vd.; **Genç Arıdemir**, Arzu: “Hayvanların Hukuki Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 342 vd.

<sup>43</sup> Stucki ise, hayvanların kişi sayılmaması için bir sebep olmadığını, aksi yöndeki görüşlerin ileri sürdüğü gerekçelerin ise yerinde olmadığını, insanın sadece bilinç sahibi olduğu için hak objesi (kişi) olması, tüzel kişilere tanınan kişilik nedeniyle artık geçerli olmadığı, birçok farklı tüzel kişinin varlığı karşısında hayvansal bir kişilik (tierliche Person) kavramından bahsedilmesinin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Stucki**, s. 162 vd.; ayr. bkz. (Grundrechte, s. 301); **Ünal/Başpınar**, s. 26; Fransız, Japonya, Yeni Zelanda’daki hukuki düzenlemeler için bkz. **Başpınar**, Veysel: Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanunun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2016, s. 1375 vd.; ayr. bkz. **Genç Arıdemir**, s. 335.

<sup>44</sup> Hayvan hakları konusunda ülkemizde yazılan ilk kapsamlı eser ise, **İsmet Sungurbey**’in “Hayvan Hakları: Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul 1990” isimli kitabıdır. Sungurbey’e eserinde, hayvanların tarihimiz açısından ne şekilde korunduğu ve atılması gereken adımlar konusunda bilgi vermektedir.

<sup>45</sup> bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 10; Antalya ise, hayvanları ne bir eşya ne de bir kişi olarak görmektedir. Bu hali ile sui generis bir niteliğin kabul edilebileceğini ifade etmektedir. bkz. **Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 3. Baskı, Ankara 2019, N.67; Holzhey ise, hayvanın bir hak süjesi olabileceğini kabul etmemektedir, ancak hayvanlara “hak benzeri” (Quasi-rechte) verilebileceğini kabul etmektedir. bkz. **Holzhey**, Helmut: “Das Tier ist keine Sache, Rechtsethische Postulate zu einer Neubewertung des Tiers”, in: Goetschel Antoine F. (Hrsg.), Recht und

### 3. Değerlendirme

Hukukumuzda hayvanın eşya niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışma, bu konuda doğrudan bir düzenleme olmamasından kaynaklanmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere Türk hukukunda Alman, İsviçre ve Avusturya hukukundaki gibi bir düzenleme olmadığı sürece hayvanların eşya niteliğine sahip olduğu, nihayetinde bu hukuklarda hayvanlar eşya sayılmasa bile, eşyaya ilişkin hükümlerin uygulandığı hukuki işlemlere konu olma açısından çok büyük bir farklılık yaratmadığı söylenebilir<sup>46</sup>. Yani, hayvanlar, farklı bir düzenleme olmadığı sürece bir eşya gibi satış ve bağışlama gibi sözleşmelere konu (edim) olabilecektir<sup>47</sup>. Hal böyle olunca, bu düzenleme ile amaçlanan nedir, sorusu akla gelir.

Elbette ki, bu hükmün amacı hayvanları (insanlardan) korumaktır. Bu hüküm ile, hayvanın yaşayan bir varlık olduğu, acı, sevgi gibi duygulara sahip olduğu, bu nedenle eşyalardan farklı bir konumda görülmesi gerektiği vurgusu yapılmak istenmiştir. Bu hali ile artık, antroposentik düşünceye dayalı dolaylı bir koruma yerine, doğrudan hayvan onurunu da dikkate alan ahlaki (etiksel) bir koruma getirilmiştir<sup>48</sup>. Düzenleme ile hayvanın sahibine,

---

Tierschutz, Hintergründe - Aussichten, Bern/Stuttgart/Wien 1993, s. 201; Ertaş hayvanlarla ilgili özel bazı düzenlemelere atıfta bulunarak hayvanların eşyadan farklı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ertaş, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5'inci maddesinin 5'inci fıkrasında; ticari amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemeyeceği; İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin 1/b.4 ile borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanlarının; 5'inci bendinde ise borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyununun haczedilemeyeceğine ilişkin hükümlerin hayvanı farklı bir eşya statüsünde kabul etmiş olduğunu ifade etmiştir. bkz. **Ertaş**, Şeref: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, Ankara 2012, No.32, Cumaloğlu ise, kanundaki nitelemeye dayanarak, hayvanların bulunduğu sınıflandırmaya göre bir değerlendirme yapılması gerektiği, bu çerçevede ev ve süs hayvanlarının hak süjesi olabileceğini, bu kategori içinde dahil olmayan ticari hayvanlar ile deney hayvanları ise ancak obje olarak nitelendirileceğini ortaya koymuştur. **Cumaloğlu**, s. 575.

<sup>46</sup> **Başpınar**, s. 1384.

<sup>47</sup> **Stucki**, Saskia: Tier und Recht, Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/Hänni Julia, Zürich/St. Gallen 2012, s. 146; **Margot**, Michel: Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen", Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012, s. 599; **Wiegand**, BK Art.641a, N.3.

<sup>48</sup> Hayvanın sahip olduğu haklar ise, kendisini (insanlara karşı) korumaya sağlayan klasik temel haklardır. Bkz. **Krepper**, s. 709; **Bolliger**, s. 354, yaşayan varlık (Kreatur) kavramı yerine birlikte yaşayan canlılar kavramı kullanılmıştır. dpn.313; **Stucki**, Saskia:

hayvanın basit bir eşya olmadığı, diğer eşyalar gibi üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmediği, bu nedenle mülkiyet hakkından kaynaklanan her türlü kullanma ve zarar verme gibi haklara sahip olmadığı ve hayvanların devlet tarafından korunduğu vurgulanmak istenmiştir<sup>49</sup>. Hayvanlara kişilik verilmiştir<sup>50</sup>, ancak bu hali ile onlara sui generis bir eşya statüsü kazandırıldığı genel olarak kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle hayvanlar ne bir hak süjesidir ne de bir obje, ancak kanundaki atf ile objeye ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur<sup>51</sup>.

Grundrechte für Tiere Eine Kritik des geltenden Tierschutzrechts und rechtstheoretische Grundlegung von Tierrechten im Rahmen einer Neupositionierung des Tieres als Rechtssubjekt

1. Auflage, Baden-Baden 2016, s. 32; **Wiegand**, BK Art.641a, Nr.2; Medicus ise, hayvan sahiplerinin zaten hayvan koruma yasası (Tierschutzgesetz) kapsamında, hayvana dilediği gibi davranamayacağını, Alman Medeni Kanununun 90a paragrafı ile yapılan değişikliğin olumlu bir etkisi olmadığı gibi destekleyici niteliğinin de olmadığını, sadece algisal bir nitelik taşıdığını, hayvanın eşya niteliğinin değişmediğini ifade etmektedir. Yazar buna “tanımsal kozmetik” (Begriffskosmetik) demek ve hükmün Medeni Kanununa yabancı olduğunu ifade etmektedir. Medicus, ayrıca hayvanlara kişilik verilmesinin ise başlı başına absürt olduğunu ve kabul edilemez olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Medicus**, Dieter: BGB Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Heidelberg u.a 2010, Rn.1178a.

<sup>49</sup> **MüKoBGB/Stresemann**: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, BGB § 90a., Rn.2; Kişinin eşya üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı en geniş anlamda yetkiler sağlar. Kişi, maliki olduğu eşyayı kullanır, devreder veya yok edebilir. Bu nedenle hayvanın eşya niteliğini kabul ederek maliki tarafından bu yetkileri içinde zarar vermesi önlenmek istenmiştir; **Genç Ardemir**, s. 328.

<sup>50</sup> **Başpınar**, s. 1384; **Genç Ardemir**, s. 335.

<sup>51</sup> Nitekim, İsviçre Medeni Kanununun 641a maddesine ilişkin komisyon raporunda, hayvanların bir hak süjesi olmadığını, hayvanlar için yeni bir hukuki kategorinin yaratılmadığını, İsviçre özel hukuk sisteminin eşyalar ile kişiler arasındaki, yani ancak haklara ve yükümlülüklerle sahip olanlar ile hak objesi olanlar arasındaki farka dayandığını, hayvanlar gelecekte de hak süjesi olarak değil, hak objesi olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. bkz. Parlamentarische Initiative Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, 25. Januar 2002, s. 4169 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/4164.pdf>); **MüKoBGB/Stresemann** BGB § 90a Rn.3; “hayvansal kişilik” kavramı için bkz. **Raspé**, Carolin: Die tierliche Person Vorschlag einer auf der Analyse der Tier-Mensch-Beziehung in Gesellschaft, Ethik und Recht basierenden Neupositionierung des Tieres im deutschen Rechtssystem Berlin 2013; Hayvan eşya değildir, şeklindeki düzenleme ile hakkın kullanılması eşya (objeye) bakımından farksız ise de, bu hakkı kullanan kişiye hayvanın etik açıdan kanun tarafından korunduğu ve bu açıdan farklı bir değerde görüldüğü vurgusu yapılmak istenmiştir. Kısaca hayvanlar hukuken eşya değildir, ancak hukuken eşya gibidir. bkz. **Stucki**, s. 146; **Wiegand**’a göre ise, komisyon raporunda belirtildiğinin aksine, hayvanlar açısından yeni bir hak objesi (eşya) kategorisi yaratılmıştır. Hayvanlar, özellikleri itibariyle insanlar dışında olan bir canlı olarak diğer eşyalardan ayrılan



Hukukumuz açısından hayvanlar eşya değildir şeklinde açık bir düzenleme olmasa da hayvanların, Hayvanları Koruma Kanunu gereğince, bazı temel haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. Özellikle Kanunun 4. Maddesi ile hayvanların yaşam hakkı kabul edildiğine göre, artık onların bir obje olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Gerçekten de hayvanların yukarıdaki açıklamalar ışığı altında acı, üzüntü, sevgi, öfke gibi duygulara sahip olması, yani yaşayan bir varlık olması, onları basit bir eşya olarak kabul etmek mümkün değildir. Elbette ki, hukukumuz bakımından da hayvanlara bir kişilik tanınmamıştır. Ancak, hayvanlar bir süje olmasa da yaşam hakkına sahip olması ile hayvanların da eziyet edilmeme, kötü muameleye tabi tutulmama gibi bazı haklara sahip olabileceği kabul edilmelidir. Böylece, mülkiyet hakkının vermiş olduğu sınırsız yetkiler, hayvanlar hakkında geçerli olmayacaktır. Hayvan sahibi, bu çerçevede hayvanın onuruna uygun bir şekilde davranmakla yükümlüdür. Ona iyi davranmalı, bakımını yerine getirmeli, terk etmemeli, eziyet etmemelidir. Ancak, hayvanlar kişi sayılmayacağından, yapılacak hukuki işlemler de taşınırlara ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Bu açıdan, Türk hukuku bakımından da hayvanlar, sui generis bir eşya kategorisi içinde görülebilir<sup>52</sup>.

kendine özgü bir objedir. Bkz. **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Buch II, Art.457-927 ZGB, Art. 641a, N.4; **Wolf**, Stephan: in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 641a N.3 ve 8; **Ruth**, Arnet.: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 641a, N.1; **Bolliger**, s. 360.

<sup>52</sup> Bu yönde Antalya'nın da belirttiği gibi, Hayvan Koruma Kanunu gereğince hayvanların hukuki durumu özel olarak düzenlenmiş ve hayvanlar artık eşya olmaktan çıkarılmıştır. Buna göre hayvanlar eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değilse de yeni bir hukuk süjesi oluşturulmamıştır. Hayvan bir hukuk objesidir ve üzerinde hak kurulabilir. bkz. **Antalya**, Ö. Gökhan: Eşya Hukuku, C.1, İstanbul, 2017, N.85-89; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 4; **Ertaş**, s. 7; **Ayan**, s. 17; **Çelebi** ise, hayvanların halen mülkiyet şeklinde görülmesi gerektiğinden bazı objesi olduğunu, ancak doğrudan doğruya bazı koruma normlarından yararlandıklarını, koruma normlarının kapsamı alanı içinde hak süjesi olarak görülebileceğini ifade etmiştir, bkz. Serozan ise, kanunkoyucunun eşya kavramı konusunda esnek davranabildiği, dilediği gibi bu eşya kavramını oluşturabildiği, hayvanın eşya niteliğinin, ancak hayvanları koruma amacı ile uyduğu ölçüde geçerli olabileceği yönünde bir eğilim olduğunu ileri sürmektedir bkz. **Serozan**, Rona: Eşya Hukuku I- Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa- Rehın Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 73; Küper ise çalışmasında, hayvanların ceza hukuku anlamında hali hazırda taşınır eşya niteliğinde olduğunu, Medeni Kanunda yer alan düzenlemeyi de eleştirerek, ceza hukukuna uygulanamayacağını ifade etmektedir. **Küper**, Wilfried: Die „Sache mit den Tieren“ oder: Sind Tiere strafrechtlich noch „Sachen“? JuristenZeitung, 48. Jahrg., Nr. 9

Son olarak aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, hayvanların eşya olarak nitelendirilmemesinin bir diğer sonucu da üçüncü kişilerin hayvan ile sahibinin arasındaki ilişkiye saygı gösterme zorunluluğudur<sup>53</sup>. Üçüncü kişiler, hayvan sahibinin hayvan yetiştirmesine saygı duymalı, bunu engelleyecek davranışlardan kaçınmalı ve doğal olarak hayvana zarar vermemelidir.

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EV VE SÜS HAYVANLARININ TAHLİYESİ

Hayvanın salt eşya olarak görülmemesi, bakımını üstlenen kişiye mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanmasına izin vermediğini ve ona kötü davranamayacağını belirtir. Ayrıca, bu tanımlama, hayvanların da sevgi, öfke, üzüntü gibi hislere sahip olduğu, bakımını üstlenen kişi ile bir bağ kurduğu, onunla veya türdeşleriyle belirli bir iletişime geçtiği, kısaca ruhu olan bir canlı olduğunu izah etmektedir. Bu çerçevede, Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuklarında yer alan “*hayvanlar eşya değildir*” şeklindeki düzenleme tüm bu hususları ifade etmek içindir. Hayvanlar hakkında başka bir hüküm bulunmadığı sürece taşınır eşyalara ilişkin hükümlerin uygulanması ve böylece hayvanlara sui generis bir eşya kategorisi verilmesi, Medicus’un ifade ettiği “*tanıma makyaj yapılmasından*” (Begriffskosmetik) daha fazla anlamlar içermektedir<sup>54</sup>. Zira, kanımızca hayvanların eşya sayılmaması, bakımını üstlenen kişi ile var olan ilişkinin üçüncü kişiler tarafından da dikkate alınarak saygı duyulmasını gerektirir<sup>55</sup>. Gerçekten de kişilerin ev ve süs hayvanı olarak bakımını üstlendiği hayvanlarla çok önemli bir bağ oluşur. Örneğin evde beslenen bir köpek, ailenin bir parçası olmakta ve kişilerin sosyal hayatında çok önemli bir yere sahip olmaktadır. Özellikle çocuklarda sorumluluk bilincinin, empati yeteneğinin gelişimde olduğu gibi birçok alanda önemli rol oynadığına yönelik birçok çalışma bulunmaktadır<sup>56</sup>. Diğer

(7. Mai 1993), s. 440; Bkz. **Koçhisarhoğlu/Söğütlü Erişgin**, ise, sui generis bir varlıktan bahseder. Bkz. s. 1716; **Nomer**, Haluk N./**Ergüne**, Serkan M.: Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyetin Genel Hükümleri - Taşınır Mülkiyeti- Rehin Hakları, 7.Bası, İstanbul 2019, N.37.

<sup>53</sup> Elbette ki, hayvanın eşya niteliğine sahip olduğu kabul edildiğinde, kişinin sahip olduğu mülkiyet hakkına saygı göstermesi gerekir. Burada ifade etmeye çalıştığımız, hayvan ile ona bakan kişi arasındaki manevi ilişkidir.

<sup>54</sup> Bkz. dpn. 48.

<sup>55</sup> İsviçre Borçlar Kanununun 43/1<sup>bis</sup> hükmü bu bağı açıkça göstermektedir.

<sup>56</sup> **Aydoğan**, Yasemin: “Ev Ortamının Çocuğun Gelişimine Göre Düzenlenmesi”, Aile ve Toplum: Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006 Yıl:8 Cilt: 3 Sayı:10, s. 32; **Atasoy**, Sevil: “İlk Darbe”, İstanbul Barosu Dergisi, Hayvan Haklarına Hukuki Yaklaşım Özel Sayısı, 13-18; **Çalışkan**, Nihat/**Aydın**, Mehmet/**Aslander**,

yandan yalnız yaşayan insanlar için köpeklerin psikolojik açıdan çok faydalı olduğu da bir gerçektir<sup>57</sup>. Dolayısıyla, kişinin hayvan ile olan bu bağ tahliye konusunda da mutlaka dikkate alınmalıdır. Hayvanın alelade bir eşya niteliğinde görülerek tahliye edilmesi bu nedenle mümkün olmamalıdır.

Bu konuda Alman hukukuna bakıldığında, her ne kadar hayvan bir eşya sayılmasa da kat mülkiyetine tabi taşınmazda, Yönetim Planı ile hayvan beslenmesine ilişkin yasaklamalar getirilebileceği kabul edilmektedir, zira hayvanın bakımı, kat mülkiyetinin temelinde (Kernbereich-çekirdek alanı) bulunmamaktadır. Yabancı hukuklara baktığımızda, özellikle Almanya’da insanın, hayvan ile oluşturulan manevi ilişkisi dikkate alarak hayvanlar üzerinde bir mülkiyet hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir (BGB § 90a). Alman Kat Mülkiyeti Kanununun 15. Paragrafı ile yönetim planında hayvanlarla ilgili sınırlama yapılabileceği, ancak bağımsız bölümün olağan kullanımını içinde kalan (küçük) hayvanların bakımını da kapsayacak nitelikte genel bir yasağın hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu yasağın *per se* gerçekleşmeyeceği, alınan kararın iptali için 1 aylık süre içinde başvuruda bulunulması gerekmektedir<sup>58</sup>. Dolayısıyla, kimseye zarar ver-

---

Mustafa: “Empati ve Hayvanlarla İletişim”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 32.

<sup>57</sup> Şehir hayatının getirdiği olumsuzluklar karşısında mutsuz ve/veya yalnız görünen insanların sayısı gittikçe artmaktadır. İnsanoğlu mutsuzluk ve yalnızlık gibi kendisini kötü hissettiren durumların nedeni olarak dış etkenleri saymaktadır. Kişilerin kendi içsel dünyasına inmeden dışsal nedenlerden kaynaklanan mutsuzlukla baş etmenin yollarından biri de evcil hayvan edinip, onunla etkileşim kurarak yaşamaktır. Kişiler, evcil hayvanları sevgi nesnesi, yalnızlığına ortaklık etme, içinde yaşadığı duyguları dengeleme aracı gibi işlevleri için edinmektedir. Bu çalışma sonunda, evcil hayvanların insanın sağlıklı kendilik ve terk depresyonuna karşı olumlu etkisi bulunduğu tespit edilmiştir. bkz. **Haskaya Suna**, Aşkın: “Türkiye’de Yaşayan Evcil Hayvan Sahiplerinin Bütüncül Psikoterapi Perspektifinden Analizi”, Türkiye Bütüncül Psikoterapi Dergisi Cilt 2(2019), Sayı 3, s. 131 ve 153; pet terap olarak da adlandırılan hayvan destekli tedavi ile ilgili bilgi için bkz. **Mustu Karayağız**, Gonca/**Conk**, Zeynep: “Hayvan Destekli Uygulamalar ve Çocuklarda Kullanımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Elektronik Dergisi, S. 4-2 2011, s. 83.

<sup>58</sup> Alman Federal Mahkemesi başlangıçta Yönetim Planı hayvan bakımının yasaklanabileceğini, ancak bu yasağın küçük hayvanlar bakımından geçerli olmayacağını kabul etmiştir. BGH (Urteil vom 14.11.2007 – VIII ZR 340/06). Küçük hayvan ise, AG Aachen kararına göre, küçük tavşanlar, balıklar, çok gürültü yapmayan kuşlar (Urteil vom 24.02.1989 – 6 C 500/88, WuM 1989, 236), bunun gibi hamster (BGH Az: VIII ZR 10/92), Gine domuzu, veya 5 adet çinçila tavşanı (AG Hanau, Urteil vom 18.02.2000 – 90 C 1294/99, WuM 2002, 92), hatta teraryumda bakılan küçük kertenkele ve kaplumbağalar (AG Essen, Urteil vom 18.07.1995 – 9 C 109/95, ZMR 1996, 37) ve yılanlar (AG Bückeburg, Az: 73 C 353/99) da bu kavram içinde değerlendirilmiştir. Kediler de

meven kuş, tavşan gibi küçük hayvanların bakımı yönetim planı ile engellenemez. Kedi ve köpekler bakımından ise bazı sınırlamalar getirilebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu sınırlama sayı, (tehlikeli) cins ve ortak kullanım alanları ile ilgili olabilecektir<sup>59</sup>. Köpek ve kedilerin küçük hayvan sayılıp sayılmadığı ise tartışmalıdır. Bununla birlikte kedilerin genel olarak küçük hayvanlar içinde değerlendirildiği söylenebilir. Ancak, (örneğin Sen Berner, Danoa, Mastif cinsi) köpekler için aynı şey söylenemez. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, Alman yargı kararlarında bu konuda bir birlik bulunmamaktadır ve somut olayın özelliğine göre karar verilmektedir<sup>60</sup>.

İsviçre hukukunda ise, benzer bir şekilde ev ortamında olağan sayılabilecek hayvanların bakımı açısından bir sınırlama yapılamayacağı, bunun da ancak küçük hayvanları kapsayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte Alman hukukundan farklı olarak köpekler ve kediler de bu kavram içinde değerlendirilmektedir. Yönetim planı ile bağımsız bölümde olağan sayılabilecek hayvanların bakımına ilişkin yasak getirilemese de belirli sınırlama-

---

bu kavrama dahil olduğu kabul edilmiş, buna karşılık, büyük köpekler bu kavramın dışında kabul edilmiştir. Münih eyalet mahkemesi ise (LG München) I (Urteil vom 27.01.1999 - 14 S 13615/98, WuM 1999, 217) kedi ve köpeği küçük hayvanlar olarak kabul etmemiştir. Bir diğer kararında ise, mevcut kedi ve köpekler için bir sınırlandırma yapılması mümkün olmamakla birlikte, sonradan edinilecek kedi ve köpeklerin yasaklanabileceği kabul edilmiştir. (OLG Frankfurt/Main, Urteil v. 17.01.11, Az. 20 W 500/08) Ancak 2013 tarihinde Alman Federal Mahkemesi, kira sözleşmelerinde hayvan beslenmeyeceğine ilişkin genel bir kuralın kiracının ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması olarak nitelendirmiş ve BGB § 307 gereğince geçersiz kılmıştır. Ancak bu kararı, sadece köpekler ve kediler bakımından kabul etmiştir. bkz.BGH Karlsruhe, AZ: VIII ZR 168/12, 20.03.2013 kararlar için bkz. (<http://juris.bundesgerichtshof.de>)

<sup>59</sup> Olağan kullanımı aşacak nitelikte hayvan bakımı, komşuların (onları rahatsız edip etmediğine bakılmaksızın) mülkiyet hakkını sınırlandırdığı varsayılmıştır. Bkz. OLG Frankfurt, 20 W87/03, NZM 2006, 205), ayr. bkz. **Niedenführ**, Werner/**Kümmel**, Egbert/Vandenhouten, Nicole: WEG -Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, Heidelberg 2010, (Kümmel) WEG § 14, Rz.25; Yönetim planında, bağımsız bölümde sadece bir adet köpek veya kedinin bakılabileceği (OLG Celle, 31.01.2003, 4 W 15/03), köpeğin ortak alanlarda ancak tasmaya bağlı olarak gezdirilebileceği (BGH, Urteil v. 8.5.2015, V ZR 163/14; OLG Hamburg, 18.11.1997, 2Wx 61/97), belirli ırkların (dövüş köpekleri) bağımsız bölümde bakılamayacağı (KG Berlin 26.06.2003, 24 W 38/03) kararlaştırılabilir. Kararlar için bkz. **Guschauski**, Dieter: Wohnungseigentum: Rechtsprechung; eine umfassende Entscheidungssammlung mit über 5200 thematisch geordneten Entscheidungen, Nordersteth 2004, s. 153-154.

<sup>60</sup> Örneğin, OLG Saarbrücken, Beschluss v. 02.11.2006, Az.: 5 W 154/06-51 kararında bu tarz bir yasaklama kat mülkiyeti ile bağdaştırılmamıştır; bir kararda ise, köpeklerin ırkları yönünden bir ayırım yapılamayacağı, küçük bir köpeğin (Chihuahua) dahi küçük hayvan olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir. AG Spandau, Urteil v. 13.04.11, Az. 13 C 574/10

ların yapılması mümkündür. Örneğin hayvanlar bakımından sayısal, boyutsal ve irksal sınırlamaları getirilebilir<sup>61</sup>. Aynı şekilde tasmaya bağlı olarak gezdirme zorunluluğu, ortak alanlarda bulundurmama gibi sınırlamalar mümkündür<sup>62</sup>. Bunun dışında, hayvanın tahliyesi ancak komşuları rahatsız edecek düzeyde olması halinde mümkündür. Benzer bir durum Avusturya hukuku bakımından da geçerlidir<sup>63</sup>.

#### IV. EV VE SÜS HAYVANIN KONUTTAN TAHLİYE EDİLMESİ

Konut kavramı ile hayvanların hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ortaya konulduktan sonra, ev ve süs hayvanlarının konuttan tahliyesi ile ilgili açıklamalara geçilebilir. Daha önce de ifade edildiği gibi, hayvanın bakıldığı konutun niteliğine göre farklı açıklamalarda bulunmak gerekir. Zira, kat

<sup>61</sup> Bu ise, ancak dövüş köpekleri için mümkün olabileceği, köpeğin boyutu ise özellikle somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği, ancak haklı sebeplerle bu yönde bir sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir. **Müller**, Thomas: "Auch ein kleiner Hund kann stören Tages-Anzeiger", 17. November 2014, s. 35, [https://www.tierimrecht.org/documents/374/20141117\\_Tages-Anzeiger\\_Auch\\_ein\\_kleiner\\_Hund\\_kann\\_stoeren.pdf](https://www.tierimrecht.org/documents/374/20141117_Tages-Anzeiger_Auch_ein_kleiner_Hund_kann_stoeren.pdf) (ulaşım tarihi: 22.02.2020).

<sup>62</sup> **Birrer**, Mathias: Nachbarschaft- was gilt im Konfliktfall?: Rechtliche Informationen und Tipps für einvernehmliche Lösungen, Zürich 2016, s. 34; genel olarak bazı hayvanların, örneğin, vahşi hayvanlar, büyük sürüngenler, tavuk ve ördeklerin) kat mülkiyetinde bakılması yasaklanabilir. Genel bir hayvan yasağının getirilmesi mümkün değildir. Özellikle herhangi bir imisyona (gürültü, koku vb.) sebebiyet vermeyen hayvanlar (örneğin balık, hamster, ev kedileri) için bir yasaklama getirilemez. Ancak, dışarıda da dolaşan köpekler ve kediler için bu konuda bir tartışma bulunmaktadır. Bu durumda, Yönetim planında hayvanlar açısından bir katalog belirlemesi en uygundur. **Meier-Hayoz**, Arthur/**Rey**, Heinz: Berner Kommentar, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV, Bern 1988, Art. 712a / IV.-VII. N 54 und 56 zu Art. 712a ZGB; **Wermelinger**, Amédéo: Zürcher Kommentar, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich - Basel - Genf 2010, N 57 und 59 zu Art. 712a ZGB; **Weber**, Rolf H.: Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft, ZBGR 60/1979, s. 144 vd; **Schmid**, Jörg/**Hürliemann-Kaup**, Bettina: Gutachten zur Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei den Art. 712a ff. ZGB (Stockwerkeigentum) 20. August 2018, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern, s. 11 (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/externe/gutachten-stockwerkeigentum-d.pdf>)

<sup>63</sup> **Rosifka**, **Walter**: Rechte und Pflichten als Wohnungseigentümer: Kosten und Abrechnung - Hausverwaltung - Beschlüsse der WEG - Veränderungen in der Wohnung, Wien 2017, Rz.6.3; Avusturya Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu karar bu açıklayıcıdır. Bkz. **OGH 5 Ob 54/99y** ([https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT\\_19990413\\_OGH0002\\_0050OB00054\\_99Y0000\\_000](https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_19990413_OGH0002_0050OB00054_99Y0000_000))

mülkiyetine tabi olmayan bir taşınmazda<sup>64</sup> bakılan bir hayvanın tahliye edilmesi ile ortak alanların komşularla paylaşıldığı, yani genel olarak kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda bakılan hayvanların tahliyesi arasında ayırım yapılmalıdır.

### A. Ev ve Süs Hayvanın Kat Mülkiyetine Tabi Olmayan Konutlardan Tahliyesi

Ev ve süs hayvanının kat mülkiyetine tabi olmayan bir taşınmazda bakılması halinde, hayvanın komşuların talebi ile tahliye edilmesi, ancak komşuluk hukuku ile taşınmaz malikinin hukuki sorumluluğu gereğince mümkün olabilir. Örneğin, bahçeli ve müstakil bir evde hayvan bakımının üstlenilmesi halinde, ortak duvar, merdiven park yeri vb. kullanım alanı bulunmadığından hayvanın tahliye edilmesi ancak malikin, taşınmazı TMK.md.737 gereğince taşkın kullanması halinde mümkün olacaktır<sup>65</sup>. Bu hükme göre: “Herkes,

<sup>64</sup> Kat Mülkiyetine tabi taşınmaz, tapuda kat mülkiyeti olarak kaydedilmiş taşınmazlar kadar, kat irtifakı tesis edilmiş, ancak kat mülkiyeti kütüğüne geçirilmemiş taşınmazlara da kat mülkiyeti kanununun hükümleri uygulama bulacaktır (KMK md.53).

<sup>65</sup> **Sirmen**, Lale: “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratın Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1, Ocak 1988, s. 283; **Çörtoğlu**, Sahir İ.: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661), Ankara 1982, s. 2 vd; Taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı mutlak bir hak olarak sahibine en geniş yetkiler vermekle birlikte, bu hakkı sınırsız değildir. Bu doğrultuda komşuluk ilişkilerinden kaynaklanan durumlarda, maliklerin komşuları rahatsız etmeme ve onlara zarar vermeme yükümlülüğü altındadır. Bu aynı zamanda mülkiyet hakkının sınırını da belirler. **Petek**, Hasan: Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 197; Sirmen, s. 425; **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 569; **Abik**, Yıldız: “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 169; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 746-747; **Badur**, Emel: Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/3, s. 837; **Uçkan**, s. 2848; Federal Mahkemenin 5 Şubat 1914 tarihinde vermiş olduğu bu kararında uyumsuzluk, iki otel sahibi arasında meydana gelmiştir. Buna göre, davalı, Hotel du Lac isimli hotelinde küçük bir hayvan parkı için izin aldığı, ancak bu parkta tavus kuşları, hindiler ve beçtavuğu beslediği, davacının oteline ise 80 metre uzaklık olmasına karşın misafirlerinin rahatsız olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Yerel Mahkeme, bu hayvanların özellikle gece vakti çıkardığı seslerden komşu taşınmaz malikinin rahatsız olabileceğini, gürültünün önlenmesi için geceleri camların kapatılmasının ise davacı taşınmaz malikinden beklenemeyeceğini, bu nedenle davalının gürültünün oluşmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme temyiz incelemesinde, gürültü seviyesinin taşınmazın kullanım amacına ve yerel örf adete göre değerlendirilmesi gerektiği, özellikle belirli bir sesin (olayda tavus kuşlarının) rahatsızlık verdiği konusunda kesin bir yargıya varılamayacağı, önemli olan taraflar arasındaki çıkar den-

*taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür*"<sup>66</sup>. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır<sup>67</sup>. Bu hüküm gereğince, hayvanın, komşulara kadar gelecek çok kötü kokular yayması, aşırı derecede veya geceleri havlayarak komşuları rahatsız etmesi hoşgörü sınırlarının aşması olarak değerlendirilecektir<sup>68</sup>.

gesine göre gürültünün değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda bu çerçevede hayvanların çıkardığı seslerin davacının konuklarını rahatsız ettiği, bu açıdan gürültünün davacının menfaatini zedelediği, davalı açısından ise hayvanların bakımı ancak eğlence amaçlı olduğu, bilimsel bir nitelik taşımadığı, hayvan türünün değiştirilerek sesin giderilmesinin mümkün olduğu, bu nedenle çıkar dengeleri gözetildiğinde, davacının talebinin yerinde olduğuna kanaat getirmiş ve davalının gürültü konusunda gerekli önlemleri alması gerektiğine karar vermiştir. bkz.BGE 40 II 26, Er.2-3; 30 Eylül 1919 tarihli bu kararında Federal Mahkeme, sabah erken saatlerinden geceye kadar hayvanlarına çanlar takarak otlatan çiftlik sahibine karşı açılan davada, kendisine komşu taşınmazda villa inşa eden malikin talebini yerinde görmüştür. Çiftlik sahibi, şehir merkezinde olmadığını, hayvanlarının otlatılmasının mülkiyet hakkının kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Yerel Mahkeme, hayvanların ancak sabah 5'ten akşam 10'a kadar otlatılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Temyiz üzerine Federal Mahkeme, taşınmaz malikin gece vakti hayvanlarını çanlarla otlatmasında bir hukuki yararı olmadığını, ancak davacının bu seslerden olumsuz etkilendiğini, ondan bu seslerin katlanılmasının beklenemez olduğuna karar vermiştir. bkz. BGE 45 II 402, Er.2.

<sup>66</sup> Taşınmazdaki hayvanların komşu taşınmaza doğrudan müdahalesi halinde hayvan bulduranın hukuki sorumluluğu gereğince sorumlu tutulabilir. Ancak koku vb. durumlarda, taşınmaz malikinin sorumluluğu uygulanabilir. bkz. **Sirmen**, 445; **Tandoğan**, Sorumluluk Hukuku, s. 131; **Sirmen**, (Sorumluluk) s. 290; **Esener/Güven**, s. 283 vd, s. 647; **Abik**, s. 146.

<sup>67</sup> Komşu kavramından sadece bitişik taşınmazda bulunanları değil, taşkınlıktan olumsuz etkilenen diğer malikler de sayılmaktadır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2070; **Sirmen**, (Sorumluluk) s. 292; **Gürsoy**, Kemal T./**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 599; **Aydıncık Midyat**, s. 615; **Badur**, s. 854; **Nomer**, Haluk: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 181; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C.II, Ankara 2016, s. 353.

<sup>68</sup> Gürültü, yani ses seviyesi ile ilgili olarak 4/6/2010 tarihli ve 27601 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği" yol gösterici olabilir, Uçkan ise, Yönetmelik ile, konutta beslenen ev ve süs hayvanı kaynaklı gürültülerinin kapsam dışı bırakılmasını eleştirmekte ve yürürlükteki yönetmeliğin hayvan kaynaklı gürültülere uygulama imkanı olmadığını, ancak yine de bu seviyelerin gürültü ve hoşgörü seviyesinde dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir. bkz.**Uçkan**, s. 2854-2855; **Gürpınar**, s. 200; Petek ise, hoşgörü sınırının kanunda belirtildiği üzere, somut olaya göre belirlenmesi gerektiği, ses değerinin tek başına bir kıstas olmadığını ifade etmektedir, **Petek**, s. 214; taşınmazdan kaynaklanan kokuların seviyesi de bilirkişi incelemesi veya keşif sonucunda tespit edilebilir. **Petek**, s. 212; **Abik**, s. 164.

Hayvanın vermiş olduğu rahatsızlığın bu düzeyde olup olmadığının takdiri hakim tarafından somut olayın özelliğine göre hükümde belirtilen taşınmazın durumu, niteliğine ve yerel adete göre belirlenecektir<sup>69</sup>. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, komşu parselde bulunan ahırda beslenen büyükbaş hayvanların çıkardığı gürültüler, sıvı ve katı atıkları nedeniyle yayılan kokular sonucu rahatsız olunduğunu, çevre sağlığı açısından da zarar doğduğu ileri sürülerek, ahırın kullanılmasının engellenmesi istemi ile açılan davada, taşınmazın bulunduğu yerin kullanım amacı, niteliği ve ayrıca yöresel örf dikkate alınmadan mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyecek, sosyal ve ekonomik çıkarların tümü ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde hüküm kurulmasını doğru bulmamıştır<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> BGE 40 II 26; Hakim, fiilin taşkın olup olmadığını değerlendirirken taraflar arasındaki çıkar dengesini gözetmelidir. Bkz. **Sirmen**, s. 427; **Çörtoğlu**, s. 186; Örneğin özel cins bir horozun, sabahları ötmesi çiftlikte yerel adet bakımından olağan görünse de, yazlık olarak kullanılan bir yer bakımından aynı şey söylenemeyebilir; köyde müstakil konut malikinin, bahçesinde beslediği köpekten kaynaklanan kötü koku, şehir hayatı açısından farklı değerlendirilir. Bkz. **Uçkan**, s. 2851; Yargıtay, davacının komşusu davalının açık besi ahırını nedeniyle kokudan ve ayrıca beslediği köpeklerin çıkardığı sestene rahatsız olduğunu ileri sürerek besi ahırının kaldırılmasını ve köpeklerin uzaklaştırılmasını istediği davada taşkınlığın komşuluğun olağan hoşgörüsü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemler olduğunu, bu eylemlerin saptanmasında, taşınmazın bulunduğu yerin kullanma amacının, niteliğinin, konuya ilişkin düzenlemelerin ve yasal boşluk bulunması halinde mahalli örf ve adetlerin göz önünde tutulması gerektiği, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde hakim, gerek zararı saptama, gerekse zararı giderici önlemleri bulma yönünden her somut olayın özelliğini gözetmek, tarafların yarar zarar dengelerini değerlendirmek durumunda olduğunu, somut olayda ise, davalının açık besi ahırının bulunduğu ve bu besi ahırında da köpek beslediği, yerinde yapılan keşifte dinlenen doktor bilirkişi, davalı ahırının mevcut hali ile çevreye kötü koku yaydığı, sinek, sivrisinek, haşere gibi böceklerin oluşumuna uygun ortam yarattığı bu hali ile de çevre ve halk sağlığı açısından zararlı olduğunu, raporunda ayrıca, fosseptik çukuru açıldığı, katı ve sıvı atıkların günlük olarak temizlendiği ve etrafının tamamen örtüldüğü takdirde zararın önlenebileceği bildirildiği ve mahkeme doktor bilirkişinin zararın giderim şekline ilişkin alınması gereken önlemlerin davalı tarafından alınmadığı belirtilerek davayı kabul ettiğini, ancak, ahır tümünden kaldırılmadan zararın giderilmesi olanağının bulunduğu, uzman bilirkişiler aracılığı ile davalının ahır işletmesi ve köpekleri açısından alması gereken önlemlerin belirlenmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme nedeniyle kararı bozmuştur. Yargıtay 14. HD. E. 2007/16253 K. 2008/359 T. 25.1.2008; taşınmazın niteliği ile ilgili bir başka kararında, Yargıtay, köyde bahçesinde gübre biriktiren davalının, komşuluk hukukunu ihlal etmediğine karar vermiştir. bkz. Yargıtay 14. HD.E. 2004/1185 K. 2004/3043 T. 15.4.2004 (www.kazanci.com.tr).

<sup>70</sup> Yargıtay 14. HD. E. 2004/2 K. 2004/555 T. 26.1.2004 (www.kazanci.com.tr); Gürültünün taşkınlık içinde değerlendirilmesi, tek başına onun sıklığı (yoğunluğu) ve süresine göre belirlenmez; bu değerlendirmede gürültünün ne zaman yapıldığına da bakılır.



Hakim bu tarz rahatsızlık oluşturan sebepleri, (komşu bakımından) sübjektif olarak değil, objektif olarak değerlendirilecektir. Başka bir ifadeyle, hakim, gerekirse bilirkişilerden de yararlanarak, hayvanın vermiş olduğu rahatsızlığın makul, dürüst ve objektif bir kimse açısından da hoşgörü sınırlarını aşıp aşmadığını belirleyecektir<sup>71</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 737. Maddesi gereğince taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının sınırlarını aşarak komşulara zarar vermesi veya zarar verme tehlikesi yaratması halinde, zarargören komşular, taşınmaz malikinden durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir<sup>72</sup>. Bu taleplerin, taşınmaz malikine veya sınırlı ayni hak sahibine yöneltilmesi gerekir. Taşınmaz malikinin, taşınmazını kiralamış olması veya zilyetliğini devretmiş olması kendisini sorumluluktan kurtarmaz<sup>73</sup>. Buna göre, hayvan tarafından gerçekleştirilen rahatsızlığın hoşgörü seviyesini aşacak bir nitelikte olması halinde, hayvanın tahliyesine karar verilebilecektir. Örneğin, ağır nitelikte bir koku veya yüksek ses çıkaran köpeğin tahliyesine karar verilebilecektir<sup>74</sup>. Ancak, hakim tahliye kara-

Ancak genel olarak, sık ve sürekli nitelikteki gürültüler taşkın nitelikte olduğu, buna karşılık sık olmasa da veya sık ancak yoğun olmayan ve gece vakti yapılan gürültülerin taşkınlık olarak nitelendirildiği kabul edilmektedir. **Petek**, s. 213-214; **Abik**, s. 165.

<sup>71</sup> **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 655; **Badur**, s. 855; **Uçkan**, s. 2851.

<sup>72</sup> **Sirmen**, s. 443; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 573; **Aydıncık Midyat**, Şirin: "Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXV Sayı: 2 2017, s. 612; **Badur**, s. 861 vd.; eşyaya ilişkin zarar, mutlaka taşınmazın özünün zarar görmesi anlamına gelmez, eşyadan yararlanma veya bunun kullanılmasını zorlaştıran, güçleştiren, değerinin azalması veya komşu taşınmaz üzerinde bulunan bir taşınır malın veya şahıslara zarara uğratması veya tehlikesine maruz bırakılması yeterlidir. bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 656-657.

<sup>73</sup> **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 651.

<sup>74</sup> Ayan'a göre, zarar gören veya zarar görme tehlikesi içinde olan komşular hayvanların taşınmazdan uzaklaştırılmasını isteyebilirler. Özellikle, timsah, kaplan, boğa yılanı gibi vahşi hayvanların beslenmesine ilke olarak izin verilmemesi gerektiği, bunların bu sebeple konuttan uzaklaştırılabileceği düşüncesindedir. Bkz. **Ayan**, s. 367; Av ve yaban hayvanlarının, hobi olarak barındırılması, ancak "Av ve Yaban Hayvanları İle Bunlardan Elde Edilen Ürünlerin Bulundurulması, Üretimi ve Ticareti Hakkında Yönetmelik" (RG. Tarihi: 16.06.2005 Sayısı: 25847) kapsamında mümkündür. Yönetmelik, genel olarak av ve yaban hayvanlarının üretimini, hayvanat bahçesi, sirk vb. alanlarda bakılmasını düzenlemiştir. Yönetmeliğin, 45. Maddesine göre "Yürürlükte olan mevzuata ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere ters düşmemek şartı ve bunların ticaretini yapmamak kaydıyla, gerçek ve tüzel kişilerin evlerinde ve işyerlerinde yırtıcı, saldırgan ve zehirli türler hariç tüm memelilerde ve sürüngenlerde; yavrular dâhil on bireyi, kanatlılarda; yavrular dâhil elli bireyi geçmeyen sayıda birey barındırılmasını ve bunların bakımının üstlenilmesini tanımlamış, bu sayı dışında kalan durumlarda ancak hayvanat

rından önce, söz konusu rahatsızlığın başka türlü giderilmesinin mümkün olup olmadığını araştırmalıdır. Örneğin, köpeğin bulunduğu kulübenin veya hayvanların bulunduğu ahırın taşınmazın bir başka tarafına taşınması, ses yalıtımının yapılması, hayvanın eğitime tabi tutulması gibi diğer önlemlerle giderilme olanağının bulunması halinde hayvanların tahliyesine karar verilemez<sup>75</sup>. Yargıtay'ın bu kararı sonuç itibarıyla yerindedir. Ancak, kanımızca

bahçeleri ile ilgili mevzuata göre kuruluş yapmaları gerektiği; 47. Madde ile hobi olarak av ve yaban hayvanı barındıran kişilerin, bu hayvanların doğal yollarla üremesi neticesinde meydana gelen yeni bireyleri ile çalınan, kaybolan ve ölen bireyleri aynı gün içerisinde, olayın meydana geldiği gün resmi tatil ise resmi tatili takip eden ilk iş gününde il müdürlüğüne bildirmek ve bu durumu Av ve Yaban Hayvanı ile Ürün Bulundurma Belgesine işletmesi ve onaylatması gerektiği; bu türlerin hibesi söz konusu olduğunda, ilgili kişi Av ve Yaban Hayvanı ile Ürün Bulundurma Belgesi ile il müdürlüğüne başvurarak bu durumu söz konusu belgenin elde edilen bireylerin hibe ve satışının yapıldığı kişiler kısmına işletmesi ve onaylatması gerektiği; hibe edilen türün il müdürlüğü tarafından Av ve Yaban Hayvanı ile Ürün Bulundurma Belgesine işlenmesinden sonra bu belgenin bir sureti hibe edilen kişiye verileceği, bu çerçevede kategori (A) da yer alan türleri ithal etmek isteyen bir kişi bu türlerin bakım ve barınmasını sağlayacak donanımına sahip olduğuna dair önceden Bilimsel Merciden yazılı görüş almak ve Bakanlığa ibraz etmek zorunda olduğu, hobi olarak av ve yaban hayvanı barındıran kişilerin; barındırılan türlerin biyolojik özelliklerini dikkate alarak bu türler için asgari yaşama ortamını sağlamakla mükellef olduğu, hobi olarak hayvan barındırılan kişiler; barındırılan hayvanların kaçmaması için tüm tedbirleri almak zorunda olduğunu, barındırılan hayvanların kaçması durumunda, kaçan bireyin yakalanma masrafları ile bu hayvanların insanlara, doğaya, diğer hayvanlara ve mallara vereceği tüm zararlıardan hayvan sahipleri sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümler özellikle Convention on the International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES), “Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme” dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Türkiye bu anlaşmayı onaylayan ülkeler arasında olup anlaşma, 20 Haziran 1996 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 22 Aralık 1996’da yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın ek 1 metninde A kategorisinde bulunan hayvanlar sıralanmıştır. Dolayısıyla, bu düzenlemeler karşısında av ve yaban hayvanların ancak, gerekli önlemlerin alınması ile bakımı mümkündür. Yönetmeliğin 85. Maddesinde Belgesiz yerli veya yabancı tür av ve yaban hayvanı ile bunlardan elde edilen ürünlerin bulundurulmasının yasak olduğu, Av ve yaban hayvanı ile bunlardan elde edilen ürünlerin; Kanun ve bu Kanun hükümlerine dayanılarak çıkarılan Yönetmelikler, MAK (Merkezi Av Komisyonu) Kararları, Sözleşme ve CITES Uygulama Yönetmeliği ile taraf olunan diğer uluslararası sözleşmelerin hükümlerine aykırı olarak elde edildiği, bulundurulduğu, sergilendiği, üretildiği ve ticarete konu olduğunun tespit edilmesi durumunda, bahsi geçen canlı hayvan ve ürünlere el konulur. Dolayısıyla, bu tarz bir hayvanın bakılması yönetmelik koşullarına uygun düşmediği sürece, hayvana el konulması gerekir.

<sup>75</sup> Bkz. “ahır tümünden kaldırılmadan zararın giderilmesi olanağının bulunduğu, uzman bilirkişiler aracılığı ile davalının ahır işletmesi ve köpekleri açısından alması gereken önlemlerin belirlenmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme nedeniyle kararın bozulmasına” Yargıtay 14. HD. E. 2007/16253 K. 2008/359 T.

kararın asıl amacı, hayvanın durumunu düşünmekten öte, taşınmaz maliklerinin (mülkiyet) hakları arasındaki dengeyi sağlamaktır. Başka bir ifadeyle, köpeğin bir canlı olması veya sahibi arasında özel bir bağın bulunmasını gibi sebepler bu kararın verilmesinde bir etkisi olmamıştır. Oysa bu hususların da dikkate alınarak karar verilmesi daha uygun olurdu.

### B. Hayvanın Kat Mülkiyetine Tabi Bir Konuttan Tahliyesi

Çalışmamızın giriş kısmında da belirtildiği üzere, şehir hayatının gelişmesi ile artan konut ihtiyacının karşılanması amacıyla kat mülkiyeti anlayışı ortaya çıkmıştır. İnsanlar, aynı binanın farklı bölümlerinde yaşamakta, ancak asansör, merdiven, otopark, bahçe, çatı, duvar, yol, giriş kapısı gibi birçok yeri ortaklaşa kullanmaktadır. Hal böyle olunca, komşular arasında etkileşimin müstakil konutlardan daha fazla olduğu açıkça görülmektedir. Bu ortak yaşamın bir sonucu olarak da bağımsız bölümün veya ortak alanların kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların arttığı söylenebilir<sup>76</sup>. Ev ve süs hayvanlarının bağımsız bölüm niteliğindeki konutlarda bakılması da bu uyuşmazlıklardan bir tanesidir. Bu konuyu birkaç örnekle somutlaştırmak konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

Örnek 1: (A), sahibi olduğu bir köpeği bağımsız bölümünde beslemekte, dışarı çıkarken asansörü kullanmakta, bahçede gezdirmektedir. Köpeğin herhangi bir havlaması veya saldırgan tutumu bulunmamaktadır.

---

25.1.2008 (www.kazanci.com.tr); ayr. bkz. **Şenpolat**, Ahmet Kemal: “Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/2 s. 605; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Kat Mülkiyeti Hukuku, C. 1, İstanbul 2008, s. 239; **Uçkan**, s. 2857; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 569, dp.1267; **Uçkan**, s. 2857; Yargıtay, bahçede beslenen köpeklerin çıkardığı sesler nedeniyle açılan davada köpeklerin bulunduğu yer değiştirilmeden rahatsızlığın ve gürültünün giderilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. bkz. 8.HD.23.6.2003 T., E.3563, K.4665 (www.legalbank.net); Yargıtay bir diğer kararında, rahatsızlığın giderilmesi olanağını şu şekilde ifade etmiştir.: “Bir kimsenin taşınmazında hayvan beslemesinin yasaklanması başkadır, hayvan beslemesinden doğan sakıncaların giderilmesi için bazı önlemler almağa zorlanması başkadır. Mahkemenin davalıyı taşınmazını kullanmaktan men etmeyip kullanma şekline doğan mahzurların giderilmesini sağlayacak tedbirleri almaya mecbur etmesi gerekli iken yazılı şekilde karar vermesi doğru değildir” (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 01.12.2019).

<sup>76</sup> Bağımsız bölümleri birbirinden ayıran sadece bir duvar veya zemin olabilmekte ve bu yakınlık sebebiyle yapılan en ufak gürültüden komşunun rahatsız olması mümkün olmaktadır. (**Uçkan**, s. 2857-2858); diğer yandan, ortak otoparka bağımsız bölüm sahibinin tek bir aracını park etme hakkı olduğu halde ikinci aracın park edilmesi, merdivenlerde sigara içilmesi, gece vakti tadilata devam edilmesi gibi uyuşmazlıklara sıkça rastlanmaktadır.

Örnek 2 : (B)'nin sahibi olduğu köpek, bağımsız bölümde bakılmakta, ancak gündüzleri oyun sırasında havlamakta, ancak geceleri sakin durmakta ve ses yapmamaktadır. Köpek saldırgan değildir ve (B), köpeğini ortak alanlarda gezdirmektedir.

Örnek 3: (C), kedisini bağımsız bölümünde beslemektedir. (C)'nin kedisi evden dışarı çıkmamakta, sadece evin içinde gezmektedir. Dışarı çıkarılacağı vakit sepetine konularak taşınmaktadır.

Örnek 4: (D), sahibi olduğu Dobermann cinsi köpeğini bağımsız bölümünde bakmaktadır, ancak Dobermann daha önce yaşadığı bir travma nedeniyle erkeklere karşı saldırgan bir tutum sergilemektedir. Bu hal dışında hiç havlamamaktadır.

Örnek 5: (E)'nin sahibi olduğu Dackel cinsi küçük bir köpek, saldırgan değildir, ancak geceleri korktuğu için havlamakta ve ulumaktadır.

Örnek 6: (F)'nin doğuştan gözleri görmemektedir. Kendisine bir rehber köpeği almış ve her yere köpeği ile gidebilmektedir.

Bu örnekler çerçevesinde kat maliklerinden bazılarının (veya tamamının) bağımsız bölüm içinde hayvan beslenmesinden rahatsız olduğunu ileri sürerek tahliyesini talep edip edemeyeceğini ortaya koymak gerekir. Konuyu taşınmaz malikinin hukuki sorumluluğu ve kat mülkiyeti kanunu açısından değerlendirmek mümkündür.

## 1. Taşınmaz Malikin Hukuki Sorumluluğu Gereğince Hayvanın Tahliyesi

Müstakil konutlara ilişkin yaptığımız açıklamalar bağımsız bölümler bakımından da geçerlidir. Ancak, müstakil konutlardan farklı olarak kat malikleri arasındaki komşuluk ilişkisi fiziki olarak çok daha yoğundur. Bu nedenle toplu yaşam alanlarında evcil hayvan beslerken komşuların rahat ve huzuruna zarar vermemek için gösterilecek özen daha fazla olacaktır. Buna göre, kat malikleri Türk Medeni Kanun'un 737. maddesi ile taşınmaz maliki, taşınmazını kullanırken hoşgörü seviyesini aşacak davranışlardan kaçınmalıdır<sup>77</sup>. Buna benzer olarak Kat Mülkiyeti Kanununun 18. maddesi ile kat

<sup>77</sup> Tekinay, s. 64; Aksan Nar, Şerife: Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Ankara 2015, s. 75-76; kat malikleri kendilerine ait olan bağımsız bölüm ve eklentilerinden tek başına diledikleri gibi yararlanır ve onları dilediği gibi kullanır, ancak bunu yaparken dürüstlük kuralına uymak zorundadırlar. Bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 423; Yargıtay, Yönetim Planında hayvan beslenmesine ilişkin bir yasağın bulunmadığı durumlarda, hayvanın ancak komşuları rahatsız etmesi halinde konuttan tahliye edilebileceğine, hakim tarafından bunun araştırılmadan karar verilmesinin uygun

maliklerinin birbirini rahatsız etmemesi gerekir. Dolayısıyla, hayvanın hoş-görü seviyesini aşacak derecede gürültü yapması<sup>78</sup>, ortak yerlere zarar vermesi, saldırgan bir nitelikte olması, onun tahliyesini haklı kılacaktır. Ancak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu ancak son çare olmalıdır. Örneğin, bağımsız bölümde ses yalıtımı yapılması, hayvanın arka kapıdan çıkarılması vb. çözümlerle rahatsızlığın giderilmesi mümkün olması halinde, bu önlemlere karar verilmesi gerekir. Yukarıdaki örneklere baktığımızda, özellikle (D) ve (E)'nin sahip olduğu köpeklerin tahliye edilmesi gündeme gelebilecektir.

## 2. Yönetim Planındaki Hükme Göre Hayvanın Tahliye Edilmesi

Bağımsız bölümde yaşayan kişilerin bir düzen içinde yaşamalarını sağlamak için Kat Mülkiyeti Kanunu getirilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanununun 9. maddesine göre, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklara kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydına veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya Kat Mülkiyeti Kanununda bir hüküm bulunmadığı takdirde, Türk Medeni Kanunu'nun ve ilgili kanun hükümleri uygulanır. Ancak, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, emredici hükümlere uygun olmak şartıyla, bağımsız bölüm malikleri aralarında anlaşarak taşınmazın yönetim tarzını serbestçe belirleyebilirler. Bu nedenle yönetim planı ile kat maliklerinin aralarında yapacakları sözleşmeler, Kat Mülkiyeti Kanununun ve Türk Medeni Kanunu'nun düzenleyici hükümlerinden öncelikle uygulanması gerekir<sup>79</sup>.

---

olmadığını belirtmiştir. Yargıtay 18. HD.nin 22.4.2015 T, 2014/18494 E. ve 2015/6677 K. Kararı için bkz.www.kazanci.com.tr, **Germeç**, Mahir Ersin: Kat Mülkiyeti Hukuku, 9.Baskı, Ankara 2019 s. 302; Yargıtay 18.HD:nin 13.1.2014 tarih ile 2014/1562, E., 2014/2824 K. sayılı kararında ise, evinde 50'den fazla kedi ve 4 köpek besleyen bağımsız bölüm malikinin en fazla üç evcil hayvan besleyebileceğine karar vermiştir. Karara konu olayda, kedi ve köpeklerin ses kirliliğine sebep olduğu, anagayrimenkulü kirletmekte, hayvanlardan dolayı anataşınmaz içinde bahçede ve bağımsız bölümlerde dayanılmaz kötü kokular oluşturduğunu, bu sebeple müvekkilinin ve ailesinin evlerinin balkonunu ve bahçesinin oturmaz duruma geldiği iddia edilmiş ve mahkemece talep yerinde görülmüştür. Yargıtay kararı onamıştır. Bkz.(www.kazanci.com.tr), karar özellikle sayı açısından ilginçtir. Kanımızca, Mahkeme, dava konusu olayın somut özellikler dikkate alınarak bu sayı takdir etmiş olmakla birlikte, bu sayının her bir somut olay için belirleyici bir kıstas olarak algılanmaması gerekir.

<sup>78</sup> Bu noktada, ses ve gürültü seviyeleri bakımından düzenleyici nitelikte hükümler bulunabilir. Örneğin, 4/6/2010 tarihli ve 27601 sayılı resmi gazetede yayınlanan "Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği" (md.4) kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekir.

<sup>79</sup> **Ertaş**, s. 431; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 615; **Uçkan**, s. 2858.

Nitekim, Kat Mülkiyeti Kanununun 27. maddesi ile anagayrimenkulün, kat malikleri kurulunca yönetileceği ve yönetim tarzının kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla bu kurul tarafından kararlaştırılacağı düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 28. Maddesinde ise, yönetim planında yönetim tarzı, kullanma amacı ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücret ve yönetime ait diğer hususların düzenleneceği kabul edilmiştir<sup>80</sup>. Yönetim planı ise, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulurken tüm kat maliklerince imzalanarak tapu idaresine verilmesi zorunlu olan bir belgedir (KMK.md.14/1, 12/b) ve aynı zamanda tüm kat maliklerini ve onların cüzi ve külli haleflerini bağlayan bir sözleşme niteliğindedir (KMK.md.28). Bu sözleşme aynı zamanda, bağımsız bölümde herhangi bir hukuki sebebe dayalı olarak oturanlar için de uygulanmaktadır. Böylece, kira, intifa veya oturma hakkı ile bağımsız bölümde kalanlar da yönetim planına uygun davranmalıdır (KMK.md.18).

Bu hükümleri, konumuz açısından değerlendirdiğimizde, asıl tartışmanın, yönetim planında yer alan bir hüküm ile veya daha sonra yapılacak bir değişiklik ile bağımsız bölümlerde herhangi bir hayvanın veya kedi, köpek gibi hayvanların beslenmeyeceğine ilişkin bir kararın bağlayıcılığı araştırılmalıdır. Bağımsız bölümde bir hayvanın bakılmasından rahatsız olan kişiler sebebiyle, Genel Kurul kararı ile bağımsız bölümlerde hayvan bakımının yasaklandığı ve bu şekilde hayvanın tahliye edildiğine rastlanmaktadır. Yargıtay ise, bu olaya salt kat mülkiyeti ilişkisi kapsamında yaklaşmış ve hayvanın bir canlı olması gibi unsurları dikkate almadan, hatta tahliyeye konu hayvanın komşulara rahatsızlık verip vermediğini, tehlike yaratıp yaratmadığını hiç araştırmadan, genel kuruldaki (KMK.md.28/III gereğince beşte dört) çoğunluğa göre karar vermiştir<sup>81</sup>. Yani, sırf yönetim planında yapılacak

<sup>80</sup> Yönetim planında KMK md.28/I kapsamı dışında kalan bir kayıt ise, sadece imza sahiplerini bağlar ve cüzi haleflere etkisi olmayan bir sözleşme hükmü niteliğindedir. Örneğin, yönetim planında kat maliklerinden birine ilave kat inşa etme izni verilmesi yönetim işleri ile ilgili değildir. Bkz. **Tekinay**, s. 102.

<sup>81</sup> Yargıtay HGK., T.19.02.1982, E.1981/5-780, K.1982/131 sayılı kararında “dava konusu olayda yönetim planının 5. maddesiyle, kat maliklerinin, kendi bağımsız bölümlerinde kedi, köpek ve tavuk gibi hayvanları beslemeleri açıkça men edilmiş bulunması itibarıyla KMK.28.nci maddesi hükmüne göre, davalı ile diğer bütün kat maliklerinin söz konusu maddenin açık hükmü karşısında bu men hükmüne aynen uymak zorunluluğu altında buldukları kabulü gerekir” demiştir (ilgili karar için bkz.(www.kazanci.com.tr, **Germeç**, s. 300; **Karahacıoğlu**, Ali Haydar/**Altın**, Mehmet: Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara 2004, s. 318). Yargıtay 18.HD. T 10.07.1995, 1995/7532 E., 1995/8102 K. sayılı kararında “Anagayrimenkulün yönetim planının 27. maddesinin (d) bendinde kat malikleri kurulunca müsaade edilmedikçe anagayrimenkulün bağımsız bölüm, eklenti ve ortak yerlerinde köpek, kedi ve tavuk gibi

değişiklikle, hayvanın tahliyesine imkan tanımıştır<sup>82</sup>. Bu görüş kabul edilirse, (F)'nin köpeği açısından dahi tahliye kararının verilmesi mümkün olabilecektir<sup>83</sup>.

hayvanların beslenmesi yasaklanmış bulunmaktadır. Davalının bağımsız bölümünde beslediği köpek etrafında rahatsızlık vermemiş olsa bile yönetim planı ile beslenmesi yasaklanmış bulunduğundan, uyuşmazlık çıktığında mahkemece bu yönetim planının sözü edilen hükmünün uygulanması zorunlu olup, davalı kat malikleri kurulunun, kendisine köpek beslemek müsaadesi verdiği dair bir karar da ibraz etmediğinden mahkeme kararı doğrudur” demiştir (kazanci.com.tr). Yargıtay bir diğer kararında ise, bir yandan Yönetim Planındaki hükmün tahliye için yeterli olduğunu kabul etmekle birlikte, aynı zamanda hayvanın koşulları rahatsız ettiğini tespit etmiş ve buna göre karar vermiştir. karar için bkz. YHGK 10.11.1971 T ve 197/5-210 E, 1973/854 K) bkz. **Germeç**, s. 299; **Karahacıoğlu/ Altın**, s. 773; **Özer**, Muzaffer: Kat Mülki-yeti Yasası, Ankara 2008, s. 423); **Uçkan**, s. 2860; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin E. 1992/13261 K. 1993/1653 T. 15.2.1993 ile vermiş olduğu bir diğer kararında ise, Yönetim planında köpek beslenmesi konusunda bir yasak bulunmadığına göre Kat Mülkiyeti Kanununda yer alan rahatsız etmeme koşulunun kanıtlanması gerekeceğini ifade etmiştir. Kararın aksi yönde yorumu ile yönetim planındaki bir değişiklik köpek beslenmesinin yasaklanabileceği kabul edilmiştir. bkz. **Ertaş**, KMK, s. 160.

<sup>82</sup> Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 12.9.1995 tarih, 1995/8815 E, 1995/8554 K, Yargıtay 18.HD.nin 13.4.1995 tarih, 1995/3870 E. ve 1995/4585 K., Yargıtay 18. HD.nin 10.07.1995 tarih, 1995/7532 E. ve 1995/810 K., Yargıtay 18. HD.nin 11.09.2014 tarih ile E. 2014/6465 K. 2014/12547; İlgezdi ise, 160.soruda yönetim planında bir yasaklama olup olmadığına göre bağımsız bölümde hayvan beslenebileceğini ifade etmektedir. Buna göre, Yönetim Planında bir yasaklama bulunması halinde, rahatsız etme koşulu aranmaksızın hayvanın tahliyesine karar verilebilir. Ancak, bu yönde bir yasaklama olmaması halinde hayvanın ancak komşuları rahatsız edecek düzeyde olması halinde konuttan tahliyesine karar verilebileceğini ifade ettikten sonra, 161. Soruda farklı bir görüş bildirmiştir. Yazar, Yönetim Planının hayvan haklarına aykırı bir şekilde düzenlenemeyeceğini, aksi halde bu yönetim planının TBK.md.27 gereğince geçersiz olduğunu; rahatsızlık vermeyen bir hayvanın tahliyesi de hayvan haklarına aykırı olacağını, çoğunluk ile Yönetim Planında keyfi değişiklik yapılmasının ise genel koşul sayılması gerektiği ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu düşüncesindedir. Ancak, Yargıtay'ın farklı görüşte olduğunu ifade etmiştir. **İlgezdi**, Ali Rıza: Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara 2019, s. 335-339; **Günay**, Erhan: Yargıtay Kararları Eşliğinde Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Taşkın Yapı/Haksız Yapı Uyuşmazlıkları, Ankara 2016, s. 36; aksi görüşte **Uçkan**, s. 2861.

<sup>83</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir olaya ilişkin karar tarafımızdan tespit edilememiştir. Böyle bir uyuşmazlıkta, Yargıtay, vicdani olarak farklı bir karara varacaktır. Ancak bu vicdani durumu, hayvan açısından değil, görme yeteneğine sahip olmayan kişi açısından değerlendirecektir. Oysa, her ikisi de bir candır. Görme yeteneğine sahip bir kişiye yardım için bakılan köpek ile bu amaç dışında yani manevi amaçlarla evinde bulundurulmuş köpek ile sahibi arasında çok da farklı bir ilişki bulunmamaktadır. Hatta, hayvanların çocukların gelişimi, yalnızlık duygusu gibi birçok psikolojik rahatsızlıkların tedavisinde de kullanıldığı açıktır. Bu nedenle sırf Yönetim Planında bu tarz bir değişiklik tahliye imkanının tanınması kanımızca yerinde değildir; Uçkan bu durumu da

Yargıtay, 18. HD'nin 30.05.2016 Tarih ve 2015/10963 E. ve 2016/8614 K. sayılı kararı, konuyu Hayvanları Koruma Kanunu ile Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi bakımından da ele almıştır. Uyuşmazlıkta, davacı site yönetimi, kendisine ait bağımsız bölümde köpek besleyen davalının diğer bağımsız bölüm maliklerine rahatsızlık verdiğini, bu rahatsızlığın tahammül edilemeyecek boyutta olduğunu, site içinde yeşil alan olarak tahsis edilen bölümlerde çocukların rahatça hareket edemediklerini, köpeğin ihtiyacını giderdiği ağaç kenarı ve çimlerin site sakinlerinin huzurunu kaçırarak şekilde kirletildiğini, çocukların site bahçesine çıkamadıklarını ileri sürerek köpeğin davalıya ait bağımsız bölümden uzaklaştırılmasını istemiş; yerel mahkeme ise, 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu hükümleri ile sözleşme hükmündeki yönetim planının çeliştiği, bu durumda yasa maddelerine aykırı yönetim planına üstünlük verilemeyeceği, ayrıca ülkemizin taraf olduğu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi hükümleri karşısında, Anayasanın 90/son fıkrası uyarınca sözleşmeye üstünlük tanınması gerektiği belirtilerek davayı reddetmiştir. Hükmün davacı tarafından temyiz edilmesi neticesinde, Yargıtay; yönetim planının 23. maddesinin (h) bendinde, bağımsız bölüm maliklerinin kendi bağımsız bölüm ve eklentileri ile ortak yerlerde diğer kat maliklerine rahatsızlık verebilecek şekilde kuş, kedi, köpek, tavuk gibi hayvanları besleyemeyeceklerinin kararlaştırılmış olduğunu; Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi gereğince, yönetim planı bütün kat maliklerini, bunların külli ve cüzi haleflerini bağlayan bir sözleşme niteliğinde olduğundan, yönetim planı değiştirilmedikçe bağımsız bölüm malikleri, külli ve cüzi halefleri ile yönetici ve denetçilerinin buna uymak zorunda olduğunu; yönetim planında bağımsız bölüm maliklerinin kendi bağımsız bölümleri ile eklenti ve ortak yerlerde hayvan besleyemeyecekleri kararlaştırıldığına göre davalının bu yönetim planına uymak zorunda olduğunu; 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanununda, ev ve süs hayvanları bakımından bunların bağımsız bölümlerde beslenebileceklerine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, Türkiye'nin tarafı olduğu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde de buna imkan veren bir düzenleme bulunmadığını; davanın kabulü gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinin doğru görülmediğini ifade etmiştir<sup>84</sup>.

dikkate çekmekte, böyle bir durumda yönetim planının değişikliğini dürtünlük kuralına aykırılık da teşkil edeceğini ifade etmektedir. bkz. **Uçkan**, s. 2874.

<sup>84</sup> Karar için bkz. (www.kazanci.com.tr); ayr. bkz. **Germeç**, s. 300; Yargıtay, bir diğer kararında devamlı olarak birkaç köpek bulunduğu ve her gün hayvanların girip çıktığı (kiracı konumundaki) veteriner kliniğine ilişkin kararında tapuda işyeri olarak kayıtlı



Öğretide ise, Yargıtay'ın bu yöndeki tutumu haklı olarak eleştirilmiştir<sup>85</sup>.

Ertaş ise, yönetim planı ile bu tarz bir kısıtlamanın ancak dürüstlük kuralına uygun düştüğü oranda mümkün olacağını kabul etmiştir. Yazara göre, yönetim planında bu yönde yapılan bir değişikliğe karşı hayvan sahibi, bu değişikliğin dürüstlük kuralına aykırı olarak alındığı iddiası ile hakimden Kat Mülkiyeti Kanununun 33. Maddesine göre müdahale talep edilebilecektir<sup>86</sup>. Hakim, alınan kararın dürüstlük kuralına aykırı olduğunu kabul etmesi halinde, örneğin hayvanın kimseye bir rahatsızlık vermediği tespit edilirse, yönetim planına müdahale edebilecektir.

Şenpolat ise, yönetim planında ev ve süs hayvanları bakımından herhangi bir karar alınamayacağı, ancak tavuk, keçi vb. çiftlik hayvanları bakımından bir karar alınabileceğini kabul etmektedir<sup>87</sup>.

Karahasan ise, yönetim planında hayvan bakımı ile ilgili olarak yer alan hükmün ancak TMK.md.737 hükmü ile değerlendirilmesi gerektiği, tek başına Yönetim planında yapılacak bir değişikliğin yeterli olmadığı, hayvanın ancak TMK.md.737'deki hoşgörü sınırının aşmış olması halinde ve başka türlü bir çözüm bulunamamış olması halinde tahliyesine karar verilebileceğini kabul etmektedir<sup>88</sup>.

---

yerde yapılan faaliyetin muayenehane kapsamında olup olmadığının araştırılmadığını, Yönetim Planında hayvan beslenmesinin ancak kat malikleri kurulunun izni olmadığı sürece yasaklanabileceği, bunun da araştırılmamış olması nedeniyle eksik inceleme nedeniyle bozulması gerektiğine karar vermiştir. bkz. Yargıtay 18. HD.nin 07.03.2016 Tarihli 2015/7263 E. ve 2016/3876 K. (www.kazanci.com.tr).

<sup>85</sup> Buna karşılık, bazı yazarlar, Yargıtay'ın kararını doğru bulmaktadır. Yazarlara göre, kat malikleri, yönetim planı ile bağımsız bölümlerde hayvan bakımının yasaklanması halinde, buna uyulması gerektiğini ileri sürmektedir. **Özer**, s. 414; Germeç, hayvan sevgisi ile rahatsız edilmeme yükümlülüğünün karşı karşıya geldiğini, hayvan sevgisi gibi insancıl bir duyguya saygı gösterilmesi kadar, komşuları da rahatsız etmemek gerektiği, Kat Mülkiyeti Kanununun konutlarda hayvan beslenmesine izin verdiği ancak Yönetim planında bu yönde bir yasak bulunması halinde ise, hayvanın bir rahatsızlık verip vermediği araştırılmadan buna uyulması gerektiğini, yasağa rağmen evinde hayvan besleyen kişiye karşı KMK.md.33 gereğince hakimın müdahale talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir. Yazara göre yönetim planında hayvan beslenmesine ilişkin bir yasağın bulunmaması halinde ise, hakimın müdahalesi ancak hayvanın komşuları rahatsız ettiğinin tespiti ile mümkündür. bkz. **Germeç**, s. 283-284 ve 286. **Gökalp**, Şerafettin: Kat Mülkiyeti Kanunu, Yöneticinin El Kitabı, Ankara 2010, s. 77.

<sup>86</sup> **Ertaş**, s. 458, (KMK), s. 502 vd.

<sup>87</sup> Yazara göre, yönetim planında kararlaştırılan "hayvan beslenemez" şeklindeki bir hüküm ev hayvanlarını kapsamaz. **Şenpolat**, s. 603-604.

<sup>88</sup> **Karahasan**, C. 1, s. 241.

Kanımızca bu görüşler kapsamında Gürpınar'ın görüşü daha uygundur. Yazar haklı bir şekilde ifade etmiş olduğu gibi, yönetim planında bu tarz bir hükmün kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Gerçekten de Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 28. maddesine göre yönetim planında yer alabilecek hususlar arasında bu tarz bir yasak yer alamaz. Zira, bu tarz bir düzenleme yönetim tarzıyla, kullanma maksat ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücretler ve yönetime ilişkin değildir<sup>89</sup>. Dolayısıyla, kişilerin kendi bağımsız bölümü içinde hayvan beslemesini yasaklamak, kişi ve konut dokunulmazlığına, mülkiyet haklarına aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle yönetim planındaki kaydın herhangi bir bağlayıcılığı da olmayacaktır. Başka bir ifadeyle geçersiz sayılmalıdır<sup>90</sup>. Hal böyle olunca da, yönetim planında yer alan bu tarz bir hüküm, taşınmazı iktisap eden cüzi veya külli haleflerini de bağlamayacağı açıktır<sup>91</sup>. Yalnız hemen belirtmek gerekir ki, ev ve süs havyanının bağımsız bölüme girişini ve çıkışını engellemediği sürece hayvanların ortak alanlardaki kullanımın kısıtlanması mümkündür<sup>92</sup>. Örneğin, hayvanların bahçede gezmeleri, kapıya bağlanmaları, havuzda yüzmeleri, çocuk parkına girişleri yasaklanabilir. Bu tarz bir kısıtlama kullanım maksadı içinde yer almakta ve külli ve cüzi halefleri bağlamaktadır. Buna karşılık 3. katta oturan bir kat malikinin merdivenleri kullanamayacağına ilişkin hüküm, dürüstlük kuralına uygun olmayacaktır.

<sup>89</sup> Yönetim tarzı, toplantı zamanı, toplantı yeri vb hususlarla ilgilidir. Kullanma maksat ve şekli ise, daha çok bağımsız bölümlerin veya ortak alanların iş yeri veya mesken niteliğinin belirlenmesi ve kullanılmasına ilişkindir. Örneğin, spor salonu olarak kullanılan bir alanın belirli zamanlarda kiraya verilmesi kullanma maksadı ile şekline ilişkindir. Yönetime ait diğer hususlarda, havuzun kullanma zamanı, kullanma şartları gibi hususlardır. Bu işlerin tıpkı yönetici ve denetçilerin alacağı ücretlerin belirlenmesi gibi hayvanın beslenmesine ilişkin belirlemeyi içermez. Ayr. bkz. **Uçkan**, s. 2866 vd.

<sup>90</sup> **Gürpınar**, s. 203; Aynı görüşte **Uçkan**, s. 2872; Gerçekten de yönetim planı ile bu tarz değişikliklere izin vermek, başka kısıtlamalara da izin verilmesinin de önünü açacaktır. Örneğin, apartmanda çocuk kabul edilemez, bekleli aileler oturamaz, televizyon, bilgisayar bağımsız bölümde yasaktır gibi kısıtlamaların esasında çok bir farkı bulunmamaktadır. Kişinin kendi konutunda, başkalarına zarar vermediği sürece dilediği gibi yaşama hakkı çoğunluğun kararı ile sınırlandırılmaz.; Yönetim planında yer almakla birlikte, yönetim faaliyeti le ilgili solmayan kayıtlar sonraki malikleri de bağlamaz. Bkz. **Tekinay**, Kat Mülkiyeti, s. 102; **Oğuzman/Seliçi/Okay-Özdemir**, s. 673, d.pn.253; Germeç ise, Yönetim Planında hayvan beslenmesine ilişkin düzenlemeleri "yönetime ilişkin diğer hususlar" kavramı içinde değerlendirmektedir. bkz. **Germeç**, s. 675.

<sup>91</sup> **Gürpınar**, s. 203.

<sup>92</sup> Alman İstinaf Mahkemesi, köpeğin asansörü kullanmayacağına ilişkin Yönetim Planındaki hükmü hukuka aykırı saymamıştır. Bkz. (Saarländisches OLG, Beschluss vom 02.10.2006 - 5 W 154/06), **Uçkan**, s. 2872.

Elbette ki, toplu yaşam alanlarında evcil hayvan beslerken komşuların rahat ve huzuruna zarar vermemeye de özen gösterilmelidir. Kat malikleri de bu konuda tamamen korumasız bırakılmış değildir. Türk Medeni Kanun'un 737. maddesi ile taşınmaz maliki, taşınmazını kullanırken hoşgörü seviyesini aşacak davranışlardan kaçınmalıdır. Kat Mülkiyeti Kanunu 18. maddesinde de kat maliklerinin birbirini rahatsız etmemesi gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla, hayvanın hoşgörü seviyesini aşacak derecede gürültü yapması<sup>93</sup>, ortak yerlere zarar vermesi, saldırgan bir nitelikte olması tahliyesini haklı kılacaktır.

Konuyu verdiğimiz örneklerle göre değerlendirdiğimizde (A), (B) ve (C)'nin hayvanlarının kimseye rahatsızlık vermediği görülmektedir. (A)'nın köpeği çok sakindir ve ancak giriş çıkışlarda ve bahçede diğer kat malikleri ile karşılaşmaktadır. Hatta (C)'ye ait kedi, hiçbir şekilde diğer bağımsız bölüm maliklerini etkilememektedir. Buna rağmen, yönetim planında bu konuda bir yasak getirilmesi ile kedinin veya (A)'nın köpeğinin tahliye edilmesinde hiç kimsenin bir menfaati bulunmamaktadır. (A)'ya ait köpeğin bahçede gezdirilmesinin engellenmesi ise mümkündür. (D) ve (E) açısından ise, köpeğin vermiş olduğu rahatsızlığın hoşgörü sınırını aşıp aşmadığı araştırılmalı ve ancak son çare olarak tahliyesine karar verilmelidir. Belki de en hassas durum (F)'nin örneğinde karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durum da (F)'nin köpeğinin tahliyesine karar vermek adalet duygusu ile bağdaşmaktadır.

## SONUÇ

Hayvanların eşya sayılmamasının bir sonucu olarak; insanın hayvan ile olan ilişkisinin salt mülkiyet hakkı açısından değerlendirilmemesi gerektiği, bu ilişkinin aynı zamanda manevi bir yönünün olduğunun da kabulü gerekir<sup>94</sup>. Keza günlük hayat içinde, bilhassa metropollerde insanların, özellikle yaşlı ve çocukların doğadan uzak, kapalı ve gürültülü insan ilişkilerinin çok sınırlı olduğu bir ortamda yaşaması, evcil hayvanlarla ilişki kurmak gibi bir ihtiyacı doğurmuştur. Bu ihtiyaç insanlar için yararlı ve önemli bir

<sup>93</sup> Bu noktada, ses ve gürültü seviyeleri bakımından düzenleyici nitelikte hükümler bulunabilir. Örneğin, 4/6/2010 tarihli ve 27601 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan "Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği" (md.4) kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekir.

<sup>94</sup> Hayvanların eşya niteliğinin kabul edilmemiş olması, onlar üzerinde mülkiyet veya zilyetlik tesis edilemeyeceği anlamı taşımamaktadır. Zira, daha önce ifade edildiği üzere, ayrı bir düzenleme olmadığı sürece hayvanlar hakkında taşınır eşyaya benzer nitelikte hükümlerin uygulanması gerekir.

ihtiyaçtır. Yönetim planındaki kayıt gibi şekli kurallarla insanları bundan yoksun kılmak Anayasa ve Hayvan Hakları Sözleşmesine, kişinin kendi konutu içinde dilediği şekilde yaşama hürriyetine aykırı olacaktır. Bu nedenle kişilerin, ev ve süs hayvanları ile olan manevi ilişkisi dikkate alınmadan, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde, sırf hayvan sevgisinden yoksunluk, komşular arasındaki husumet, dini şüpheler veya korku gibi değişik subjektif amaçlarla Yönetim Planına koyulan veya koyulacak basit bir kayıt ile bir hayvanın konuttan uzaklaştırılmasına imkân tanınmamalıdır. Aksi durum, kat mülkiyetinde yaşayanların istedikleri her konuda karar alarak, başkalarının özel hayatlarına müdahale etme imkanını verecektir. Kaldı ki, yönetim planında hayvanın bakılmasının yasaklanması Hayvanları Koruma Kanununun 4. maddesi ile hayvana tanınan yaşam hakkı çerçevesinde mümkün değildir. Kaldı ki, bu tarz bir yasaklamanın yönetim tarzıyla, kullanma maksat ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücretler ve yönetimle ilgisi de bulunmamaktadır (KMK.md.28).

Her şeyden önemlisi Şenpolat'ın da çok güzel ifade ettiği gibi tahliye konu olan bir “can”dır ve ona yuva veren, bakımını sağlayan da bir “can”dır. Her iki “can”ın da “yaşama hakkı” kanunlarla korunmuştur. Dolayısıyla bu iki “can” arasında bir altlık-üstlük yoktur ve bu iki can arasında oluşan ilişki basit bir eşya-mülkiyet ilişkisi değildir. İki “can” arasındaki ilişki sevgi, sadakat, dostluk vb. duyguları barındırmakta ve karşılıklıdır. Konuşmasa da hisseden “can”, duygularını ifade edebilmekte ve insana muhtaç olsa da insanlar da onlar olmadan birçok duygudan yoksun kalmaktadır<sup>95</sup>.

Bir ev ve süs hayvanının tahliyesi somut olayın durumuna göre, ancak komşuları rahatsız edecek (hoşgörü seviyesini aşacak) bir düzeye varmış olması halinde ve en son çare olarak mümkündür (TMK.md.737). Bu nedenle, Yargıtay'ın görüş değiştirerek, Yönetim Planında bulunan bir hükmü geçersiz sayıp, hayvanın tahliyesini ancak komşuluk hukuku açısından hayvanın başkalarını rahatsız edip etmediğini araştırmadan tahliyesine karar verilmemesi gerekir.

<sup>95</sup> Şenpolat, s. 601-602.

## KAYNAKLAR

- Abik**, Yıldız: “Taşınmaz Malikinın Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 145-186.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- Aksan Nar**, Şerife: Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabii Olduğu Hukuki Rejim, Ankara 2015.
- Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Aquin**, Thomas von: Miscellanea Mediaevalia, Werk und Wirkung im Licht neuerer Forschungen, Band 19: hrsgb. von Albert Zimmermann, Berlin, New York, 1988.
- Arslan**, İlknur/**Kırmızı**, Mustafa: Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Aşar**, Haluk: “Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları”, Kaygı Dergisi, C. 30, Yıl: 2018: (s. 239-251).
- Atasoy**, Sevil: “İlk Darbe”. İstanbul Barosu Dergisi, Hayvan Haklarına Hukuki Yaklaşım Özel Sayı 8, Mayıs 2008, (s. 13-18).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. II, Ankara 2016.
- Aydıncık Midyat**, Şirin: “Taşınmaz Malikinın İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXV Sayı: 2 2017, (s. 609-658).
- Aydoğan**, Yasemin: “Ev Ortamının Çocuğun Gelişimine Göre Düzenlenmesi”, Aile ve Toplum: Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi Temmuz-Ağustos-Eylül 2006 Yılı: 8 Cilt: 3 Sayı: 10, (s. 27-33).
- Badur**, Emel: “Gayrimenkul Malikinın Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/3, (s. 835-880).
- Başpınar** Veysel, “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, (s. 1371-1390).
- Bentham**, Jeremy: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation: Printed in the Year 1780.
- Birrer**, Mathias: Nachbarschaft - was gilt im Konfliktfall?: Rechtliche Informationen und Tipps für einvernehmliche Lösungen, Zürich 2016.
- Bolliger**, Gieri: “Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives”, Animal Law Review, C. 22, 2016, (s. 353-354).

- Bondolfi**, Alberto: *Mensch und Tier: ethische Dimensionen ihres Verhältnisses*. Freiburg, 1994.
- Cumaliçoğlu**, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C: 19, Özel Sayı 2017, (s. 573-610).
- Çalışkan**, Nihat/**Aydın**, Mehmet/**Aslander**, Mustafa: “Empati ve Hayvanlarla İletişim”, *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* Cilt 1, Sayı 1, 2014, (s. 29-42).
- Çelebi**, Özgün: “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76 (2), Yıl: 2018 (s. 559-622).
- Çörtoğlu**, Sahir İ.: *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661)*, Ankara 1982.
- Darwin**, Charles: *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, New York 1871.
- Daylık**, Kadir: *Kat Mülkiyeti Hukukunda Yönetim Planı*, İstanbul 2007.
- Descartes**, René: “Discours sur la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences”, B.IV, 1637.
- Doğan**, Aysel: “Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, C: 23, S: 1, 2006, (s. 33-43 vd.).
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2019.
- Eren**, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24.Baskı, Ankara 2019.
- Eren**, Fikret: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2012.
- Ertan**, Birol: “Hayvan Hakları ve Türkiye”, *Cevat Geray Armağanı*, Ankara 2001, (s. 393-416).
- Ertaş**, Şeref: *Eşya Hukuku*, 11. Baskı, İzmir 2014.
- Ertaş**, Şeref: *Kat Mülkiyeti Şerhi*, (kıs. KMK), Ankara 2015.
- Ertaş**, Şeref: *Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku*, Ankara 2012.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: *Eşya Hukuku*, 6. baskı, Ankara 2015.
- Fox**, Michael: “Animal Liberation”: A Critique, *Ethics*, Vol. 88, No. 2 (Jan., 1978), (s. 106-118).
- Genç Arıdemir**, Arzu: “Hayvanların Hukuki Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (s. 327-348).
- Germeç**, Mahir Ersin: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2019.
- Ghandi**, M. K.: *The Moral Basis of Vegetarianism*, Ahmedabad 1959.

- Goralnik, L./Nelson, Michael P.:** Encyclopedia of Applied Ethics, Second Edition, Vol. 1, 2012, (145-155).
- Gorke, Martin:** Artensterben: Von der Ökologischen Theorie zum Eigenwert der Natur, Stuttgart 1999.
- Gökalp, Şerafettin:** Kat Mülkiyeti Kanunu, Yöneticinin El Kitabı, Ankara 2010.
- Guschauski, Dieter:** Wohnungseigentum: Rechtsprechung; eine umfassende Entscheidungssammlung mit über 5200 thematisch geordneten Entscheidungen, Nordersteth 2004.
- Günay, Erhan:** Yargıtay Kararları Eşliğinde Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Taşkın Yapı/Haksız Yapı Uyuşmazlıkları, Ankara 2016.
- Gürpınar, Damla:** “Ev ve Süs Hayvanı Sahiplerinin Hakları ve Yükümlülükleri”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 72, Sayı 4, Ekim 2007, (s. 170-212).
- Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Haskaya Suna, Aşkın:** “Türkiye’de Yaşayan Evcil Hayvan Sahiplerinin Bütüncül Psikoterapi Perspektifinden Analizi”, Türkiye Bütüncül Psikoterapi Dergisi Cilt 2, Yıl: 2019, Sayı 3, (s. 131-153).
- Henry, D. Thoreau:** The Main Woods, Boston 1864.
- Holzhey, Helmut:** Das Tier ist keine Sache, Rechtsethische Postulate zu einer Neubewertung des Tiers, in: Goetschel Antoine F. (Hrsg.), Recht und Tierschutz, Hintergründe – Aussichten, Bern/Stuttgart/Wien 1993.
- Höffe, Otfried:** Lesebuch zur Ethik, München 1998.
- Hume, David:** A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects, London 1817.
- İlgezdi, Ali Rıza:** Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku, Ankara 2019.
- İnal, Nihat:** Kat Mülkiyeti Kanunu & Apartman-Site Yöneticisinin El Kitabı, Ankara 2003.
- İnal, Tamer:** “Hayvanın Hukuki Kişiliğinin ve Haklarının Tanınması Gereği Üzerine”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi, S. 1, 2004, (s. 28-71).
- İnci, Z. Özen:** “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 / 1, Haziran 2019, (s. 1-24).
- Kant, Immanuel:** Die Metaphysik der Sitten, 2.Auf., (erstdruck, Königsberg 1797), Berlin 2013.

- Karahacıoğlu**, Ali Haydar/**Altın**, Mehmet: Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara 2004.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Kat Mülkiyeti Hukuku, C. 1, C. 2, İstanbul 2008.
- Kaya**, Mustafa: “Aristoteles’in Ruh Anlayışı”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı 18, 2014, (s. 91-98).
- Kelch** Thomas: “A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part II”, Vol.19, (s. 347-390).
- Kelch**, Thomas: “A Short History of (Mostly) Western Animal Law, Part I”, Animal Law Review, C. 19, 2012, (s. 23-62).
- Ketenci**, Taşkın: “Descartes ve Hume’un Akıl Anlayışlarının Karşılaştırılması”, Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2014), (s. 61-77).
- Kılıç**, Selim: “Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, S. 22, (s. 91-121).
- Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütü Erişgin**, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler e Armağan (Cilt 8 Özel Sayı), Cilt: 2, İzmir 2013, (s. 1691-1725).
- Krebs**, Angelika: Ethics of Nature: A Map, Perspectives in Analytical Philosophy, Berlin-New York 1999.
- Krepper**, Peter: “Affektionswert-Ersatz bei Haustieren”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle, 6/2008, (s. 704-718).
- Küper**, Wilfried: “Die „Sache mit den Tieren” oder: Sind Tiere strafrechtlich noch „Sachen”? JuristenZeitung, 48. Jahrg., Nr. 9 (7. Mai 1993), (s. 435-441).
- Lawrence**, John: A Philosophical and Practical Treatise on Horses and on the Moral Duties of Man Towards the Brute Creation: Volume 1, London 1802.
- Margot**, Michel: Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen”, Animal Law-Tier und Recht, Developments and Perspectives in the 21st Century, ed. Michel Margot/Kühne Daniela/ Hänni Julia, Zürich/St. Gallen, 2012.
- McLaughlin**, Ryan P.: “Non-Violence And Nonhumans: Foundations for Animal Welfare in the Thought of Mohandas Gandhi and Albert Schweitzer”, The Journal of Religious Ethics, Vol. 40, No. 4 (December 2012), (s. 678-704).
- Medicus**, Dieter: BGB Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Heidelberg u.a 2010.
- Meier-Hayoz**, Arthur/**Rey**, Heinz: Berner Kommentar, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Schweizerisches



- Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum IV, Bern 1988.
- Meyer-Abich, Klau, M.:** Aufstand für die Natur. Von der Umwelt zur Mitwelt, München 1990.
- Minteer, Ben A.:** “Anthropocentrism”, Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy, ed. J. Baird Callicott & Robert Frodeman, Detroit...USA 2009, (s. 58-63).
- Montaigne, Michel:** Apology for Raymond Sebond, (L’apologie de Raymond Sebond), çev.Ariew, Roger/Grene Marjorie, Cambridge 2003.
- Muslu Karayağız, Gonca/Conk, Zeynep:** “Hayvan Destekli Uygulamalar ve Çocuklarda Kullanımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Elektronik Dergisi, S. 4(2), 2011. (s. 83-88).
- Müller, Thomas:** “Auch ein kleiner Hund kann stören Tages-Anzeiger”, 17. November 2014.
- Niedenführ, Werner/Kümmel, Egbert/Vandenhouten, Nicole:** WEG - Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, Heidelberg 2010.
- Nomer, Haluk N./Ergüne, Serkan M.:** Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyetin Genel Hükümleri – Taşınır Mülkiyeti- Rehin Hakları, 7.Bası, İstanbul 2019.
- Nuttall, Jon:** Ahlak Üzerine Tartışmalar- Etiğe Giriş, (çev: Abdullah Yılmaz), İstanbul 1997.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017.
- Oral, Tuğçe:** Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 16, Yıl:2014, (s. 319-335).
- Özer, Muzaffer:** Kat Mülkiyeti Yasası, Ankara 2008.
- Petek, Hasan:** Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara 2005.
- Raspé, Carolin:** Die tierliche Person Vorschlag einer auf der Analyse der Tier-Mensch-Beziehung in Gesellschaft, Ethik und Recht basierenden Neupositionierung des Tieres im deutschen Rechtssystem Berlin 2013.
- Regan, Tom:** “The Moral Basis of Vegetarianism,” Canadian Journal of Philosophy 5, no. 2 (October 1975) (s. 181-214).
- Regan, Tom:** Animal Rights, Human Wrongs, Oxford 2003.
- Rosifka, Walter:** Rechte und Pflichten als Wohnungseigentümer: Kosten und Abrechnung - Hausverwaltung - Beschlüsse der WEG - Veränderungen in der Wohnung, Wien 2017.

- Ruth**, Arnet.: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016.
- Salt**, Henry S.: Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress, 1892, (New York 1894).
- Schmid**, Jrg/**Hürliemann-Kaup**, Bettina: Gutachten zur Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei den Art. 712a ff. ZGB (Stockwerkeigentum) 20. August 2018, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Bern 2018.
- Schopenhauer**, Arthur: Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, Frankfurt am Main 1840.
- Schweitzer**, Albert: Albert Schweitzer Lesebuch, 3.Aufl., München 1984.
- Schweitzer**, Albert: Die Ehrfurcht vor dem Leben, Grundtexte aus fünf Jahrzehnten, 9 Auf., München 2008.
- Serozan**, Rona: Eya Hukuku I- Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Taşınır Eyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa- Rehin Uygulama Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Singer**, Peter: Animal Liberation, in: A New Ethics for Our Treatment of Animals, New York 1975.
- Singer**, Peter: "Not for Human Only", Ethics and Problems of 21st Century. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1979.
- Sirmen**, Lale: "Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1, Ocak 1988, (s. 281-306).
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 5. bası, Ankara 2017.
- Sözer**, Ali Nazım: "İi İşyerinde Ev Hayvanı Bakabilir mi?", Yaşar Hukuk Dergisi, C. 1, S. 1 Ocak 2019 (s. 1-55).
- Stucki**, Saskia: Tier und Recht, Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, ed. Michel Margot/Khne Daniela/ Hnni Julia, Zürich/St. Gallen 2012.
- Sungurbey**, İsmet: Hayvan Hakları, Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul 1992.
- enpolat**, Ahmet Kemal: "Evcil Hayvanlar ve Hukuksal Sorunlar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, Yıl 2007, (s. 601-610).
- ıpka**, kran: Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK.194), İstanbul 2002.
- Tavşancıl Kalafatoğlu**, Deniz: "Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu ve Hayvan Hakları", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, 28-29 Nisan 2012, C. II, Ekim 2014, (s. 137-149).

- Tekinay**, Selahattin S.: Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991.
- Uçkan**, Mertkan: “Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi Hakkında Bir Değerlendirme, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8 / Özel (Haziran 2013), (s. 2845-2896).
- Uyar**, Talih/**Uyar**, Alper/**Uyar**, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli – İçtihatlı), C. 2, Ankara 2006.
- Uyumaz**, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, S. 3, (s. 133-184).
- Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şeklî Eşya Hukuku, 9. baskı, Ankara 2017.
- Weber**, Rolf H.: “Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum Zu den Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit am Beispiel der Stockwerkeigentümergeinschaft”, ZBGR (Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht) 60/1979, (s. 144-177).
- Wermelinger**, Amédéo: Zürcher Kommentar, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich - Basel - Genf 2010.
- White**, Steven: “Animal Protection Law in Australia: Bound by History”, in Animal Law and Welfare - International Perspectives, ed.Cao, Deborah/White, Steven, Springer, 2016.
- Wiedenmann**, Rainer: Tiere, Moral und Gesellschaft: Elemente und Ebenen humanimalischer Sozialität, Wiesbaden 2009.
- Wiegand**, **Wolfgang**: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Buch II, Art.457-927, Basel 2007.
- Wolf**, Stephan: in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016.
- Yılmaz**, Halil: “Hayvan Haklarına Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, 2006, (s. 212-229).
- Young**, Thomas: An Essay on Humanity to Animals, London 1798.

### KISALTMALAR

<b>A.B.D.</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>Abs.</b>	: Absatz
<b>Abt.</b>	: Abteilung
<b>AG</b>	: Amtsgericht
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>aşağ.</b>	: aşağıda
<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>Az</b>	: Aktenzeichen
<b>ayr.</b>	: ayrıca
<b>bearb.</b>	: bearbeitet
<b>BGB.</b>	: Bürgerliche Gesetzbuch
<b>BGE.</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
<b>BGH.</b>	: (Deutscher) Bundesgerichtshof
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>ev.</b>	: eviren
<b>dpn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>ed.</b>	: edited
<b>erw.</b>	: erweiterte
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>Hrsg.</b>	: herausgegeben
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>K.</b>	: Karar
<b>karş.</b>	: karşılaştırımız
<b>KMK</b>	: Kat Mlkiyeti Kanunu
<b>LG</b>	: Landesgericht
<b>md.</b>	: madde
<b>Nr.</b>	: Nummer (Numara)
<b>No</b>	: Number
<b>N</b>	: Numara

<b>OLG.</b>	: Oberlandesgericht
<b>OR.</b>	: Obligationenrecht
<b>Rn.</b>	: Randnummer
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBBD.</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBK.</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK.</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>u.</b>	: und
<b>u.a.</b>	: unter anderem
<b>U.S.A.</b>	: United States of America
<b>U.v.</b>	: Urteil vom
<b>überarb.</b>	: überarbeitete
<b>Univ.</b>	: Universität
<b>Vol.</b>	: Volume
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>vs.</b>	: ve saire
<b>WuM</b>	: Wohnungswirtschaft und Mietrecht
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>ZR</b>	: Zentralregister
<b>ZGB</b>	: Zivilgesetzbuch

## ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİNDEN BİRİ OLARAK “ÖZEN YÜKÜMÜ (*DILIGENTIA*)”

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704830>

**Dr. Nilgün DİNÇER ARAZ\***

### Öz

Borçlunun borcuna aykırı davrandığında ne şekilde sorumlu tutulması gerektiğiyle ilgili olarak Roma hukukunda objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa doğru bir ilerleme söz konusuydu. Bu kapsamda ilkin borçlu, hukuka aykırı sonuç meydana geldiğinde sorumlu tutulurken, sonraları ancak kusuru varsa sorumlu tutuluyordu. Kusurun belirlenmesi ise sorumluluk ölçütleriyle yapılmaktaydı. Roma hukuku sürekli bir gelişme gösterdiği için, her dönemde her bir sorumluluk ölçütü geçerli değildi. Ancak araştırma konumuzu oluşturan özen yükümü (*diligentia*), Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve Iustinianus Dönemi'nde teknik olarak sorumluluk ölçütü kabul edilmekle beraber, temelleri Cumhuriyet Dönemi hukukçuları tarafından atılmıştı. Borcun ifasında gösterilmesi gereken özen ve dikkat anlamında *diligentia*, bazı borç ilişkilerinde artık kasit (*dolus*) sorumluluk ölçütünün yetersiz kalması nedeniyle ihmalin (*culpa*) belirlenmesi amacıyla kabul edilmişti. Iustinianus Dönemi'nde ihmal (*culpa*) derecelendirilmiş olmakla birlikte ancak dikkatli ve özenli kimselerin gösterdiği özen anlamına gelen hafif ihmal (*culpa levis*), özen yükümü (*diligentia*) sorumluluk ölçütü aracılığıyla belirlenirdi. Bu kapsamda borçlu bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) olarak soyut ölçüyü (*culpa in abstracto*), bazen de kişinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) şeklindeki somut ölçüyü (*culpa in concreto*) alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de göstermeliydi. Ancak özen yükümünün (*diligentia*) bu iki türü, Romalı hukukçuların somut uyumsuzluklar hakkında belirttikleri düşünceler kapsamında oluşmuştu. Yine bu hukukçuların verdiği kararlar çerçevesinde özen yükümü (*diligentia*) kavramı gelişerek borçlunun sözleşmesel sorumluluğu için gerekli ölçütlerden biri haline gelmişti.

### Anahtar Kelimeler

Roma hukuku, sözleşmesel sorumluluk, özen yükümlülüğü, *diligentia*, özenli bir aile babası (*diligens pater familias*), kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*), *culpa*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: [nilgun.dincer@deu.edu.tr](mailto:nilgun.dincer@deu.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1522-3971> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.01.2020)

## “DUTY OF DILIGENCE (*DILIGENTIA*)” AS A CONTRACTUAL RESPONSIBILITY CRITERIA IN THE ROMAN LAW

### Abstract

*In the Roman Law, there was a progress from objective responsibility to subjective responsibility about how the debtor should be held responsible when he/she act improperly about his/her debt. Within this scope, while the debtor was held responsible when an unlawful result emerged in the first place, afterwards he/she was held responsible only if he/she was at fault. Determination of the fault was done in accordance with the criteria of responsibility. As Roman Law showed a constant progress, all responsibility criteria were not valid in all the periods. However, our research subject duty of diligence (*diligentia*) was accepted as a responsibility criterion in the Post-classical Law Period and Iustinianus Period, and its foundations were laid by the legists of the Republic Era. Meaning diligence and attention that should be shown for the performance of obligation, duty of diligence (*diligentia*) was accepted for determining culpa because the criterion of deceit (*dolus*) was not enough in some debt relation cases. In the Period of Iustinianus neglect was graded, but only slight negligence, which means the care taken by careful and caring persons, was determined by criteria of responsibility. Within this scope the debtor had to show sometimes the intangible criterion (*culpa in abstracto*) as a behavior of a diligent family man (*diligens pater familias*) and sometimes the tangible criterion (*culpa in concreto*) as the caution and diligence of people that they show in their own businesses (*diligentia quam in suis*) also in the relation of debt. Therefore, there were cases that the debtor did not act against the debt by acting with deceit (*dolus*) and in some cases the debtor was held responsible and his/her responsibility was extended. However, in some cases, when the debtors showed the caution and diligence, they show in their own businesses also in their debt relationship with the creditor instead of a diligent family man for acting in accordance with their debts, it sometimes alleviated the responsibility. In this way, these two types duty of diligence (*diligentia*) were formed within the scope of the thoughts of Roman legists about the tangible disagreements. Moreover, the concept of duty of diligence (*diligentia*) progressed within the framework of the verdicts of these legists and became one of the necessary criteria for the contractual responsibility of debtor.*

### Keywords

*Roman law, contractual responsibility, duty of diligence, diligentia, diligent family man (*diligens pater familias*), diligence of people that they show in their own businesses (*diligentia quam in suis*), culpa*

## GİRİŞ

Sorumluluk, borç ifa edilmediğinde ne olacağını gösterir<sup>1</sup>. Borçlunun borcunu yerine getirmediğinde nasıl sorumlu tutulacağı veya alacaklının bu nedenle uğradığı zararları ne derecede tazmin edeceği konusunda Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı sorumluluk ilkeleri hakim olmuştur. Bu ilkelerden biri objektif sorumluluk iken, bir diğeri sübjektif sorumluluk ilkesiydi. Objektif sorumluluk ilkesine göre borçlu, yerine getirmesi gereken sonucu yerine getirmediğinde sorumlu tutulurdu. Yani sadece sonucun yerine getirilmemesi yeterliydi. Borçlunun bu borcunu yerine getirmemede ayrıca kusurunun aranmasına da gerek yoktu. Eğer borçlunun borcunu yerine getirmemede kusuru da aranıyorsa, bu durumda sübjektif sorumluluk ilkesi geçerli olurdu. Objektif ve sübjektif sorumluluk ilkeleri, sadece sözleşmeden doğan sorumluluk alanında değil de haksız fiillerden dolayı sorumlulukta da uygulanmaktaydı. Roma hukukunda sorumluluk ilkeleri konusunda sürekli bir gelişme izlenmişti. Bu kapsamda hem haksız fiillerden hem de sözleşmelerden dolayı sorumlulukta objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa doğru bir gelişme olmuştu<sup>2 3</sup>.

<sup>1</sup> **Tahiroğlu**, Bülent: “Roma Hukukunda Contractus’tan Kaynaklanan Sorumluluk ve Türk Hukukuna Etkileri”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 503.

<sup>2</sup> Kusurun derecelendirmesi olarak kasıt ve ihmal anlamında *dolus* ve *culpa* ayrımı ilk olarak *lex Aquilia* kapsamında mala zarar vermeden doğan haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkmıştı. *Lex Aquilia*’dan sorumluluğun doğması için en küçük bir ihmalin varlığı bile yeterliyken kusur, zarar veren kimsenin yaptığı eyleme (*culpa in faciendo*) dayanırdı. Zararın önlenmesine yarayan eylemin yapılmaması (*culpa in non faciendo*) kusur bakımından dikkate alınmazdı. Buna karşılık ihmalin ağır ihmal (*culpa lata*) veya hafif ihmal (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi, sözleşmesel kusur kapsamında yapılmaktaydı. Sorumluluk ölçütü olarak ihmalin (*culpa*) sözleşmesel borç ilişkilerine aktarımı, Roma’da davalar sisteminin katı kurallara sahip olması nedeniyle uzun süre gerçekleşmemişti. **Visky**, Károly: “La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République”, *Revue Internationale des droits de l’antiquité*, Mélanges Fernand de Fisscher II, 1949, s. 439-440; **Hausmaninger**, Herbert: “Diligentia quam in suis”, *Festschrift Kaser*, 1976, s. 266; **Zilelioğlu**, Hilâl: “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *AÜHFD* 1982-1987, C. XXXIX, S. 1-4, s. 246, 255-256; **Di Marzo**, Salvatore (Çev.: Ziya Umur): *Roma Hukuku*, İstanbul 1959, s. 86-87; **Somer**, Pervin: *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*, İstanbul 2008, s. 51-52; **Gönenç**, Fulya İlçin: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, *Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı*, MÜHF-HAD 2008, C. XIV, S. 4, s. 26. Kasıt (*dolus*) yanında ihmalin de (*culpa*) sorumluluk doğurabileceğinin ilk kez *Lex Aquilia*’nın yorumu yoluyla düşünülmesi yönünde ayrıntılı olarak bkz. **Söğütlü Erişgin**, Özlem: *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)* Ankara 2002, s. 21.

<sup>3</sup> **Rado**, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1978, s. 28 vd.; **Umur**, Ziya: *Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras*



Kusur (*culpa*) kavramı, Roma sorumluluk hukuku bakımından çok önemli bir yere sahipti. İnsan iradesiyle ilgili olarak kusur kavramı psikolojik bir konudur. Belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan borcun yerine getirilmesi istenmiyorsa ya da yerine getirilmesini isteyecek kadar güçlü değilse, bu irade eksikliği ya da irade bozukluğu kusur olarak adlandırılmaktadır<sup>4</sup>. Ağırlık derecelerine göre kusur, kasıt ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusurun derecesi olarak kasıt (*dolus*), bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesinde söz konusu olurken; ihmâl (*culpa*), haksız sonucun yerine getirilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinde söz konusu olurdu<sup>5</sup>.

Kusurun çalışmamızı ilgilendiren kısmı, ihmâl (*culpa*) ile ilgili olandır:

D.9.2.31 (*Paulus 10 ad sab.*)

“...*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuerit non esset provisum...*”

“...Dikkatli bir kimse (*diligens*) tarafından önlenmesi mümkün olan önlenmemiş ise ihmâl (*culpa*) vardır...”<sup>6</sup>

İhmâlin ağır ihmâl (*culpa lata*) ve hafif ihmâl (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi *Iustinianus* Dönemi’nde sözleşmesel kusur kapsamında yapılmaktaydı<sup>7</sup>. Herkesin bildiği ya da yaptığı şeyi bilmemek veya yapmamak olarak ağır ihmâl (*culpa lata*), kasıt (*dolus*) ile aynı hükümlere tabi tutulmaktaydı ve büyük bir olasılıkla Klasik Hukuk Dönemi’nde çok geniş bir şekilde uygulanan *dolus* kavramının bu uygulama alanını daraltmak amacıyla doğmuştu<sup>8</sup>. Buna karşılık dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi anlamında hafif ihmâlin (*culpa levis*) belir-

---

Hukuku, İstanbul 1999, s. 306-307; **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2014, s. 28-29; **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009, s. 40 vd.; **Tahiroğlu**, Contractus, s. 507-508; **Somer**, s. 46 vd.; Söğütü **Erişgin**, Quasi Delicta, s. 12 vd.

<sup>4</sup> **Rado**, s. 30; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 33; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 48.

<sup>5</sup> **Honig**, Richard (Çev.: Şemseddin Talip): Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 230; **Umur**, Roma Hukuku, s. 308; **Rado**, s. 31; **Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 193-194; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 50, 52; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 34.

<sup>6</sup> Türkçe metin **Rado**, s. 31-32.

<sup>7</sup> Zarar, taraflar arasındaki bir borç ilişkisinin ihlalden doğmuşsa kusur sözleşmeseldir. Buna karşılık taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin ihlalden doğmayan zararlarda, hukuki kusur söz konusu olur. **Di Marzo**, s. 86-87.

<sup>8</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 198.

lenmesi, özen yükümü (*diligentia*) aracılığıyla gerçekleştirilirdi. Hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) örnek alınarak soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kullanılırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) olarak somut ölçü (*culpa in concreto*) kullanılmaktaydı<sup>9</sup>.

Borçlunun kusuru olmadan da sorumlu olduğu kabul edilirse çok ağır sorumlu olduğu; kastı veya ağır ihmalinin varlığı durumunda, sorumluluğunun hafif olduğu; hafif ihmalinin varlığında sorumlu olduğu kabul edilirse, sorumluluğunun ağır olduğu kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

İhmalin (*culpa*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi *Iustinianus* Dönemi'nde yapılmış olsa da, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde kullanılan özen yükümünün (*diligentia*) temelleri Cumhuriyet Dönemi hukukçularınca atılmıştı. Özen yükümü (*diligentia*) ölçütü ilkin, borçlunun sadece kastından sorumlu olmasının yetmediği bazı durumlarda sorumluluğunu ihmali (*culpa*) de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu durum da borçlunun sorumluluğunun ağırlaşmasına neden olmaktaydı. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde özen yükümünün (*diligentia*) bu görevi değişime uğramıştı. Böylece özen yükümü (*diligentia*) kural olarak hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde, soyut ölçü esas alınmadan ihmal (*culpa*) sorumluluğunu hafifletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu kapsamda çalışmanın konusunu oluşturan sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden özen yükümü (*diligentia*) de ilkin kavramsal olarak açıklanacak, sonrasında türleri ve uygulama alanları Romalı hukukçuların somut uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlar çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

## I. ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

### A. Genel Olarak Roma Hukukunda Geçerli Olan Sorumluluk Ölçütleri

Sorumluluk ölçütüyle ifade edilmek istenen, sözleşmeden doğan zararın borçluya yüklenmesine olanak sağlamaktır<sup>11</sup>. Roma hukukunun bütün dö-

<sup>9</sup> Rado, s. 33; Umur, Roma Hukuku, s. 211-212, 309; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 34 vd.; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 55 vd.

<sup>10</sup> Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 64; Tamer, Diler: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 71. Aynı yönde bkz. Di Marzo, s. 325.

<sup>11</sup> Tahiroğlu, Contractus, s. 506.

nemlerinde her bir sorumluluk ölçütüne rastlanmamaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma hukukunda sorumluluk ilkeleri sürekli bir gelişme göstermiştir. Borç ilişkisinin türü değiştikçe borçludan beklenen hareket tarzı da değiştiği için, borçlunun sorumluluğu hakkında genel bir kural mevcut değildi<sup>12</sup>; ancak, sorumluluk ölçütlerinin tümüne Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde rastlanmaktaydı. Belirtilen dönemler esas alındığında Roma hukukunda geçerli olan sorumluluk ölçütleri kasıt (*dolus*), ihmal (*culpa*), özen (*diligentia*) ve fayda-menfaat, yarar- (*utilitas*) idi. Ancak bu ölçütlere bir de Klasik Hukuk Dönemi'nde geçerli olan gözetim (*custodia*) sorumluluk ölçütünü eklemek gerekir<sup>13</sup>.

Yukarıda bahsedildiği üzere, sözleşmesel sorumluluk ölçütleri Roma hukukunun dönemlerinde farklılık gösterdiği için, açıklamaları dönemlere göre ayrı ayrı yapmak gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki, Eski Hukuk Dönemi'nde objektif sorumluluk ilkesi geçerliydi. Borçlu kendi edimini kusuru olmadan veya umulmayan bir hal nedeniyle gerçekleştiremezse sorumluluğu doğardı<sup>14</sup>. Çünkü bu dönemde borçlu, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde bir sonucun doğumunu taahhüt ederdi. Klasik Hukuk Dönemi'ne gelindiğinde yine kusurun aranmadığı objektif sorumluluk ilkesinin görünüm biçimi olan *custodia* sorumluluğu görülmekteydi. *Custodia* sorumluluğu, borçlunun sözleşmenin konusunu oluşturan malı kendi yararına elinde bulundurduğu sözleşmelerde<sup>15</sup> hırsızlık, tartışmalı olsa da üçüncü kişiler ya da hayvanlar tarafından mala verilen zararlar nedeniyle borçlunun sorumlu tutulduğu gözetim sorumluluğuydu<sup>16</sup>. Yani borçlu, malın çalınması ya da mala zarar verilmesi gibi beklenmeyen hallerden sorumlu tutulmuştu. Ayrıca bu dönemde kasıttan (*dolus*) doğan sorumluluğa ve bazı sözleşmelerde de

<sup>12</sup> **Di Marzo**, s. 324.

<sup>13</sup> **Rado**, s. 33 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 308 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.; **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 242, 258 vd.; **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 133 vd.

<sup>14</sup> "*Dolus*" karşısı tüm durumlar, Oniki Levha Kanunu'nda "*casus*" olarak anlaşılmalıdır. **Visky**, s. 437-438.

<sup>15</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 197. Bu sözleşme türleri kullanım öduncü -ariyet- (*commadatum*), alım-satım (*emptio-venditio*), *locatio conductio* ve rehin (*pignus*) sözleşmelerinden oluşmaktayken; her halükarda otelciler, gemiciler ve hancılar (*caupones*, *nautae* ve *stabularii*) kendilerine bırakılan eşyalardan bu şekilde sorumluydu. **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 22-23; **Koschaker/Ayiter**, s. 197.

<sup>16</sup> **Erdoğan**, Belgin: "Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 897-898.

ihmalden (*culpa*) doğan sorumluluğa rastlanmaktaydı<sup>17</sup>. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal (*culpa*) sorumluluğu, bir ölçüt haline gelmemiştir<sup>18</sup>. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren de objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa doğru gelişme devam etmiştir. Hatta bu dönemde özen yükümü (*diligentia*), sorumluluk ölçütü olarak kabul edilerek gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yerine konulmuştur. Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkıp Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde genel ilke halinde uygulanan fayda veya menfaat (*utilitas*) ilkesine göre ise, belirli sözleşmelerde tarafların sorumluluk ve hasarın taşınması kapsamında sözleşmeden bir yararı olup olmamasına göre sorumluluklarının çerçevesi belirlenmiştir. *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde artık beklenmeyen hallerden sorumluluk söz konusu olmamakla birlikte, borçlunun kastına (*dolus*) ve ihmaline (*culpa*) dayanan sübjektif sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu husus bütün kusurlardan sorumlu tutulma (*omnis culpa*) şeklinde ifade edilmekteydi<sup>19</sup>. Yine bu dönemde ihmal (*culpa*), herkesin bildiğini bilmemek veya yaptığını yapmamak şeklinde ağır ihmal (*culpa lata*) ve dikkatli, özenli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklinde hafif ihmal (*culpa levis*) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi özen yükümü (*diligentia*) ile gerçekleşmekteydi. Borçlu bazen özenli bir aile babasının davranışını (*diligens pater familias*) göstermeliyken, bazen de kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) yaptığı işte de göstermeliydi. *Iustinianus* Dönemi'nde, ağır ihmal (*culpa lata*) ve kasıt (*dolus*) aynı sonuçları doğurmaktaydı. Bu dönemde geçerli olan sübjektif sorumluluk ilkesi nedeniyle borçlu, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu sayılmakla birlikte, fayda veya menfaat ilkesi (*utilitas*) gereğince bu ilkenin istisnaları kabul edilmiştir. Ancak hangi sorumluluk ölçütü kabul edilirse edilsin sözleşmesel sorumluluğun her dönemdeki sınırını, mücbir sebep (*vis maior*)<sup>20</sup>, yani hiçbir insani kuvvetle önlenemeyecek olaylar oluşturmaktaydı<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal (*culpa*), verme (*dare*) borçlarında kullanılmıştır. **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 251.

<sup>18</sup> **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 243.

<sup>19</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39.

<sup>20</sup> Hiçbir insani güçle önlenemeyecek olaylar (*casus cui resisti non potest*) *vis*, *extraria vis*, *fortuitus casus*, *vis major*, *casus* olarak kaynaklarda yer almaktayken, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları (*veteres*) tarafından tanımlaması yapılmamış ve fakat mücbir sebebi oluşturan olaylar ayrı ayrı sayılmıştır. **Visky**, s. 483.

<sup>21</sup> **Söğütü Erişgin**, *Contractus*, s. 22-23, 128-133, 211, 214, 220. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 242 vd.; **Rado**, s. 33 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 310 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.

Farklı dönemlerde benimsenen sorumluluk ölçütlerinin ağırlık dereceleriyle ilgili olarak belirtilmelidir ki, Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodia* sorumluluğu söz konusu olduğundan borçlunun sorumluluğu çok ağırdı. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz sorumluluk ölçütü olarak kabul edilmese bile, gitgide ihmalden (*culpa*) sorumluluğun uygulanması söz konusuydu. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde uygulanan bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumluluk, en azından hafif ihmalin varlığını aradığından, *custodia* sorumluluğuna nazaran daha hafif idi<sup>22</sup>. Buna karşılık borçlunun hafif ihmalden sorumluluğu, zarar verme kastının olmamasından başka, gerekli dikkat ve özenin bulunmasını kapsamı açısından da, kastından sorumluluğuna nazaran daha ağır bir sorumluluk ölçütüydü<sup>23</sup>.

## B. Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk

Sözleşmesel sorumluluk, Roma hukukunda "*praestare*" terimiyle ifade edilmekteydi<sup>24</sup>. Borçlu verme (*dare*) veya yapma (*facere*) şeklindeki ana borcunu, hiç veya gerektiği şekilde yerine getirmediğinde *praestare* terimiyle belirlenen sözleşmesel sorumluluk ortaya çıkardı. O halde *praestare*, borcun hiç yerine getirilmemesinden veya kötü yerine getirilmesinden doğan zararların tazmin edilmesine hizmet etmekteydi. *Praestare* borcu, hiçbir zaman bağımsız bir durumdan doğmazdı. Bilakis verme (*dare*) veya yapma (*facere*) borcuyla ilişkili bir şekilde ortaya çıkardı. Bu nedenle iyiniyet davalarının (*iudicia bonae fidei*)<sup>25</sup> formulası'nın<sup>26</sup> *intentio*<sup>27</sup> bölümünde sadece

<sup>22</sup> **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61-62.

<sup>23</sup> **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 64; **Tamer**, Roma Hukuku, s. 71.

<sup>24</sup> **Dunand**, Jean-Philippe/**Schmidlin**, Bruno/**Winiger**, Bénédict: Droit Privé Romain II, Obligations, Bruxelles 2010, s. 163; **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 646; **Dunand**, Jean-Philippe/**Pichonnaz**, Pascal: Lexique de droit romain, Genève, Zurich, Bâle 2006, s. 131. Anlamı tartışmalı olan *praestare* kavramı aynı zamanda ifanın yapılması veya ifaya dair teminat göstermek anlamlarında da kullanılmaktaydı. **Monier**, Raymond: Petit Vocabulaire de droit romain, Paris 1942, s. 232; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 165; **Rado**, s. 15.

<sup>25</sup> **Iudicia bonae fidei**: Borcun içeriğinin "iyiniyet (*bona fides*) icabı yapılması veya verilmesi lazım gelen her şey" olarak hakimin takdirince belirlendiği davalardır. **Rado**, s. 44 vd.; **Umur**, Lügat, s. 95.

<sup>26</sup> **Formula**: *Legis actiones* (kanuni davalar) usulünde, kanunun öngörmediği bir dava açılmazken, kanunun verdiği bir dava da *magistra* tarafından durdurulamazdı. Davanın nasıl yürütüleceğine ilişkin hakime talimat veren ve *praetor*'un yazdığı belge niteliğindeki *formula* ile *legis actiones* usulünün sakıncaları giderilmeye çalışılmıştı. *Praetor*'lar bir yıl için yapılan beyannamelerinde ihtiyaca uygun olan *formula*'ları teklif ve ilan ederlerdi. Her dava için ayrı *formula* hazırlanırdı. **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin:

verme-yapma (*dare-facere*) terimi yer alırken<sup>28</sup>, *praestare* terimi yer almamaktaydı. İyiniyet davasıyla (*iudicia bonae fidei*) sadece verme (*dare*) veya yapma (*facere*) borcunun yerine getirilmiş olduğu belirtilirdi ve verme-yapma (*dare-facere*) borcunun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun tazmin edilmesi amaçlanırdı<sup>29</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde sorumluluk ölçütlerinin incelenmesi, o dönemde geçerli olan *formula* yargılamasında, *formula*'nın hazırlanış biçimine uygun ilkeler göz önünde tutularak yapılmalıdır. *Formula*, dava konusunun belirli -muayyen- (*res certa*) veya belirsiz -gayrı muayyen- (*res incertum*) olmasına göre iki türde hazırlanmaktaydı. *Formula*'nın bu farklılığı açılacak davaların da iyiniyet davası (*iudicia bonae fidei*) veya dar hukuk davası (*iudicia stricti iuris*) olmasına neden olmaktadır. Örneğin bir şeyin teslim edilmesi *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmişse, dava *actio certa* olurken, aynı şeyin teslimi, alım-satım sözleşmesi dolayısıyla gerçekleşmişse *actio incerta*'dan meydana gelen ve davalının vermekle ve yapmakla mükellef olduğu ne ise onu içeren (*quidquid...dare facere oportet*) iyiniyet davasına (*iudicia bonae fidei*) ilişkin olurdu<sup>30</sup>.

Sözleşmelerden (*contractus*) veya sözleşme benzerlerinden (*quasi contractus*) doğan sorumlulukta Romalı hukukçular, her bir davadan (*actio*) değil de, onların ait olduğu dava grupları içindeki sorumluluk ölçütlerini benimsemişlerdi. İyiniyet davalarıyla (*bonae fidei iudicium*) müeyyidelendirilen borç ilişkilerinde borçlu, en başta muhtemelen sadece *dolus malus*'dan, yani hukuki işlemlerde *dolus* olarak ifade edilen hileden<sup>31</sup> sorumluydu. *Dolus malus*'dan anlaşılması gereken, kasten iyiniyete (*bona fides*) aykırı davranış sergilemekti. Bu borç ilişkilerinden mahkumiyet de şerefsizlik (*infamis*)<sup>32</sup> sonucunu doğururdu. Bu kapsamda Klasik Hukuk Dönemi'nde

Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 236-237.

<sup>27</sup> **Intentio:** *Formula*'da davacının talebinin belirtildiği en önemli bölümdü. Davanın konusu belirli bir talebi kapsıyorsa *formula certa* söz konusu olurken, mahkumiyeti istenilen şey önceden kesin değilse *formula incerta* söz konusu olurdu **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 244-245.

<sup>28</sup> “Davalının davacıya hüsnüniyet icabı vermesi veya yapması lazım gelen her şey=*Quidquid Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona.*” **Rado**, s. 45, 91; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 245.

<sup>29</sup> **Schmidlin**, Bruno/**Cannata**, Carlo Augusto: *Droit Privé Romain II, Obligations Successions Procédure*, Lausanne 1987, s. 119; **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 163.

<sup>30</sup> **Robaye**, René: *Le droit romain*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles 2005, s. 305.

<sup>31</sup> **Umur**, Lügat, s. 60; **Umur**, Roma Hukuku, s. 210.

<sup>32</sup> **Infamia:** *Censor*, sayımda vatandaşları sayıp sınıflandırırken bazı genel ahlak anlayışına aykırı olarak hareket edenleri veya bazı haksız fiil ya da sözleşmelerden doğan dava-

ortaklık (*societas*)<sup>33</sup>, vekalet (*mandatum*)<sup>34</sup>, vedia (*depositum*)<sup>35</sup> sözleşmeleriyle, sözleşme benzerlerinden olan vesayet (*tutela*)<sup>36</sup> ilişkisinde borçlunun sorumluluğu *dolus malus* sorumluluk ölçütüyle belirlenirdi<sup>37</sup>. Ancak henüz Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren vesayet davası (*actio tutelae*) ile ortakların sorumluluğunda kasıt (*dolus*) yanında açıkça ihmâl (*culpa*) de yer almaya başladı<sup>38</sup>.

Başkasına ait bir malın borçlunun yararı için elinde bulundurulduğu iyiniyet davası doğuran ariyet (*commodatum*)<sup>39</sup> sözleşmesinde ariyet alanın, rehin (*pignus*)<sup>40</sup> sözleşmesinde rehin alanın, alım-satım (*emptio-venditio*)<sup>41</sup>

lardan mahkum edilenleri işaretle damgalardı. Şerefsiz (*infamis*) ilan edilen bu kimseler, özel hukuk alanında diğer kimseleri temsil edemezken, kamu hukuku alanında da *senatus* üyeliği yapamazdı ve önemli kamu hizmetlerini göremezdi. **Umur**, Lügat, s. 85.

<sup>33</sup> Ortaklık sözleşmesi (*societas*) hakkında bkz. aşağı III, C.

<sup>34</sup> **Mandatum**: Kökeni dostluğa dayandığı için ücretsiz olan vekalet sözleşmesi, tarafların iradelerinin uyuşmasıyla meydana geldiğinden rızai bir sözleşmeydi. Maddi, hukuki veya fikri işlerin görülmesi ücretsizse bu sözleşme kapsamında görülürdü. Ancak fikri hizmetler için kararlaştırılan şeref ücreti (*honorarium*) nizam harici usulle (*cognitio extra ordinem*) talep edilebilirdi. Vekaletin konusu kanunlara, örf ve adete aykırı olmamalıydı. Vekil (*mandatarius*) her zaman, vekalet veren (*mandans*) de bazı durumlarda borç altına girdiğinden, eksik iki taraflı bir borç ilişkisi meydana gelirdi. Vekil, işi taahhüt edilen şekilde yapmak, bu işten elde ettiğini vekalet verene devrederek yaptığı işin hesabını vermek borcu altındaydı. Vekalet veren ise vekilinin masraflarını veya zararını ödemek zorundaydı. Vekile karşı *actio mandati directa* açılırken, vekalet verene karşı *actio mandati contraria* açılırdı. Dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olması dolayısıyla, vekilin mahkumiyeti aynı zamanda şerefsiz (*infamia*) ilan edilme sonucunu da doğururdu. Vekalet sözleşmesi sürenin bitmesiyle, işin tamamlanmasıyla veya taraflardan birinin ölümüyle sona ererdi. **Rado**, s. 148 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 109 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 239 vd.

<sup>35</sup> Vedia (*depositum*) sözleşmesi için bkz. aşağı III, A.

<sup>36</sup> Vesayet (*tutela*) hakkında bkz. aşağı III, E.

<sup>37</sup> **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 167.

<sup>38</sup> **Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian: Römisches Privatrecht, München 2017, s. 222-223. Aynı yönde bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 197.

<sup>39</sup> **Commodatum**: Ariyet -kullanım ödünçü- sözleşmesi, tüketime konu olamayan bir malın kullanılması amacıyla belirli bir süre karşı tarafa ücretsiz olarak verilmesiyle meydana gelirdi. Ariyet alan her zaman, ariyet veren de bazı durumlarda borç altına girdiğinden, eksik iki taraflı bir borç ilişkisi meydana gelirdi. Ariyet alınan mal, kullanım amacı dışında kullanılırsa kullanım hırsızlığı (*furtum usus*) suçu işlenmiş olurdu. Ariyet alana karşı *actio commodati directa*, ariyet verene karşı *actio commodati contraria* açılırdı. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 161 vd.; **Rado**, s. 70 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 55 vd.

<sup>40</sup> **Pignus**: Borcun ifasını garanti etmek için, alacak ödenmediği takdirde, borçlu veya üçüncü kişi tarafından aynı teminat olarak verilen malın satış bedeli üzerinden alacağın alınması amacıyla kurulan sözleşmedir. Aynı sözleşmelerden olmakla birlikte, malın

sözleşmesinde teslimden önce satıcının ve *locatio conductio*<sup>42</sup>, da kiracının, müteaahhidin ve işçinin Klasik Hukuk Dönemi'nde gözetim (*custodia*) sorumluluğu bulunurdu. Belirtilen sözleşmelerde *custodia* sorumluluğu kapsamında borçlunun sorumluluk sınırını mücbir sebep oluştururdu. Yani borçlu, gözetim borcu olduğu malın çalınması veya zarara uğratılması gibi beklenmeyen hallerden de sorumlu tutulmuştu. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde kusur sorumluluğu çerçevesinde iyiniyet davası doğuran bu sözleşmelerde, borçlunun da sözleşmeden menfaati olduğu için bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumluluğu söz konusuydu<sup>43</sup>. Ancak burada belirtmek gerekir ki, vedia alan aldığı şeyi iade edemediğinde kendisinin açabileceği dava, iyiniyet davası niteliğinde olsa bile, Klasik Hukuk Dönemi'nde kastı (*dolus*) varsa sorumluluğu söz konusu olurdu. *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde ağır ihmâl (*culpa lata*), kasta (*dolus*) eşit tutulduğundan, ağır ihmâlinin (*culpa lata*) varlığı halinde de sorumlu olurdu. İyiniyet davası doğuran diğer sözleşmelerden farklı olarak, vedia sözleşmesinde daha hafif sorumluluk

verilmesiyle birlikte zilyetliği de rehinli alacaklıya geçerdi. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça rehinli mal kullanılmışsa kullanma hırsızlığı nedeniyle dava açılabilirdi. Rehin alan her zaman borçlu olmakla birlikte, borcun sona ermesi durumunda borçlu veya üçüncü kişi tarafından rehlin iadesi için *actio pignoratitia directa* açılırdı. Buna karşılık rehinli alacaklı zararını veya mala yaptığı masrafları *actio pignoratitia contraria* ile talep ederdi. Eğer bu zararını alamazsa hapis hakkını (*ius retentionis*) kullanırdı. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 175 vd.; **Rado**, s. 81 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.

<sup>41</sup> **Emptio-venditio**: Satıcının (*venditor*) ödeyeceği semen ile alıcının (*emptor*) bir malı teslim etmeyi taahhüt ettiği rızai sözleşmelerdendi. Her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu olduğu için tam iki taraflı sinallagmatik sözleşmedir. Alım-satım sözleşmesinin konusunu parasal değeri olan her şey oluşturmaktayken, semenin konusu da mutlaka para olmalıydı. Satıcı, sadece rahat zilyetliğin (*uti frui habere licere*) karşı tarafa geçirilmesi ve bu rahat zilyetliğin devamı (*vacua possessio*) borcu altındaydı. Parça borcu doğan alım-satım sözleşmelerinde hasar, alıcıya aitti (*periculum emptoris est*). Satıcı taleplerini *actio venditi* açarak elde edebilirken; alıcı da *actio empti* davasını açardı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rado**, s. 110 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 71 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 188 vd.

<sup>42</sup> **Locatio conductio**: *Locatio conductio* ile ücret karşılığında taraflardan biri belirli bir süre için bir şeyin (*res*) kullanılmasını veya belirli bir süre içinde bir eser (*opus*) meydana getirmeyi ya da hizmetler (*operae*) ifa etmeyi taahhüt ederdi. Bu nedenle de Roma hukukundaki bu kavram, günümüz hukukundaki adı kira, hasılat kirası, eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesini kapsamaktaydı. Rızai sözleşmelerden olan *locatio conductio*'ya giren sözleşmeler tam iki taraflı, sinallagmatik sözleşmelerdendi. Kiraya veren, iş sahibi veya hizmet etmeyi taahhüt eden *locator* olduğu halde; kiracı, müteaahhit veya işveren taraf *conductor* olarak adlandırılmaktaydı. *Locator*, *actio locati*; *conductor*, *actio conducti* davasını açardı. **Rado**, s. 130 vd.

<sup>43</sup> **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 141 vd.



ölçütünün belirlenmesinin nedeni, ücretsiz olarak bir malı saklamak üzere kabul eden kimsenin bu sözleşmeden hiçbir menfaatinin bulunmamasıydı<sup>44</sup>. Fayda veya menfaat prensibi (*utilitas*) gereğince, borçlunun sözleşmeden menfaati olduğunda daha ağır sorumluluğu olması gerektiği kabul edilse de, bu kuralın istisnalarını da vekalet sözleşmesi (*mandatum*)<sup>45</sup> ve sözleşme benzerlerinden olan vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*)<sup>46</sup> oluşturmaktaydı. Zira Roma Hukukunda vekalet sözleşmesi (*mandatum*) ücretsiz olduğu için vekilin bu sözleşmeden herhangi bir menfaati yoktu. Ancak vekalet sözleşmesinin dostluğa ve güvene (*fides*'e) dayanması nedeniyle *Iustinianus* Dönemi'nde bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştu. Ani bir tehlikenin yer almadığı olağan bir durumda vekaletsiz iş görenin herhangi bir menfaati söz konusu olmasa bile, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumluluğu söz konusuydu<sup>47</sup>.

*Actiones ex stipulatu*<sup>48</sup>, *ex testamento*<sup>49</sup> veya *condictio*'dan<sup>50</sup> oluşan dar hukuk davalarında (*iudicia stricti iuris*) borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediyse Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ortaya çıkan ancak "*culpa*"sı varsa sorumludur (*quotiens culpa intervenit*)" ilkesi gereğince sorumluydu. Ancak burada *culpa*, somut bir davranışla veya pozitif bir olayla açıklanmaktadır. Zira borçlunun bir davranıştan kaçınma gibi pasifliği veya ihmalkarlığı pozitif bir olaya indirgenmediği için borçlu sorumlu sayılmazdı.

<sup>44</sup> **Rado**, s. 76-77.

<sup>45</sup> Vekalet sözleşmesi (*mandatum*) için bkz. dn. 34.

<sup>46</sup> **Negotiorum gestio**: Bir kimsenin fiili veya hukuki işinin vekalet veya yetki olmadan görülmesi durumudur. Vekalet sözleşmesine benzetilerek sözleşme benzerlerinden sayılmıştır. Vekaletsiz olarak işi idare edenin her zaman borçlandığı eksik iki taraflı borç ilişkisi doğardı. Borçlarını yerine getirmediğinde kendisine karşı *actio negotiorum gestororum directa* açılabilirken; işi idare eden, yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları *actio negotiorum gestororum contraria* ile talep ederdi **Umur**, Roma Hukuku, s. 381 vd.; **Rado**, s. 170-172; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 284 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 125 vd.

<sup>47</sup> **Rado**, s. 34.

<sup>48</sup> Önceleri konusu sadece yapma (*facere*) veya yapmama (*non facere*) olan *stipulatio*'lardan kaynaklanan davayken, sonraları konusu belirsiz (*incertum*) olan verme (*dare*) borçlarından da oluşan *stipulatio*'lar için kullanılarak genel *stipulatio* davası haline gelen dar hukuk davalarına verilen isimdi. **Rado**, s. 91; **Umur**, Lügat, s. 7.

<sup>49</sup> Aynı hak değil de, alacak hakkı doğuran muayyen mal vasiyetinin yerine getirilmesinin mirasçı tarafından talep edilmesine yarayan davaydı. **Umur**, Lügat, s. 7; **Monier**, s. 17.

<sup>50</sup> Klasik Hukuk Dönemi'nde belli bir para veya belirli bir mal talep edilen ve *formula*-sında *demonstratio* bulunmayan dar hukuk davalarına verilen isimdi. *Condictio*, konusu verme (*dare*) olan *stipulatio*'lardan, tüketim öduncünden -karz- (*mutuum*) ve sebepsiz zenginleşmeden doğabilirdi. **Umur**, Lügat, s. 43.

Buna bir atın teslimi taahhüt edildiğinde ve bu at, teslim eden kişinin özensizliği nedeniyle teslimden sonra ölmüş olduğunda borçlunun herhangi bir sorumluluğunun ortaya çıkmaması örnek olarak verilebilir. Zira dar hukuk davasında borçlunun borcu, sadece atın teslimi olduğundan atın bakımında yapılan özensizlik nedeniyle atın teslimden sonra ölümünde borçlunun herhangi bir sorumluluğu doğmazdı. Ancak atı öldürmüştü sorumlu tutulurdu. Buna karşılık iyiniyet davalarında (*bonae fidei iudicia*) ortaya çıkan kasıt (*dolus*) sorumluluğunda, daha Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmalden (*culpa*) sorumluluğa doğru bir gelişme izlenmişti<sup>51</sup>.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda geçerli olan sözleşmesel sorumluluk ilkeleri tamamlayıcı nitelikteydi. Yani taraflar bu kuralların aksini kararlaştırabilirdi. Ancak kastından sorumlu olunmayacağına dair bir anlaşma yapılamazdı. Bu nedenle de herkes kastından (*dolus*) evleviyetle (*a fortiori*) sorumluydu<sup>52</sup>.

## II. ROMA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİNDEN ÖZEN YÜKÜMÜ (*DILIGENTIA*) KAVRAMI VE TÜRLERİ

### A. Özen Yükümü (*Diligentia*) Kavramı

Latince “*diligentia*” kelimesi, “*diligens*” sıfatından, bu sıfat da “*diligere*” fiilinden türemiştir. *Diligere* fiili, “özellikle çok değer vermek, kıymet biçmek, saymak, itibar etmek ve sevmek”<sup>53</sup> anlamlarına gelmektedir<sup>54</sup>. Hatta sevgi kelimesiyle ifade edilmek istenen, bir şeyin iyiliği için çaba göstermek, onu zarardan ve kayıptan korumaktır<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Kaser/Knütel/Lohsse, s. 224; Robaye, s. 306 vd. Aynı yönde bkz. Honig, s. 232; Koschaker/Ayiter, s. 196-197.

<sup>52</sup> Robaye, s. 305-306; Honig, s. 232-233. Hatta bu kural “Kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin hiçbir anlaşma geçerli olmaz= *nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur*” şeklinde ifade edilmektedir. Naklen Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 40. Ancak kocanın *dos*'un idaresi konusunda ihmalden (*culpa*) sorumlu olmayacağı hakkında yapılan anlaşmalar, kadının haklarına aykırı düştüğünden ahlaka aykırı (*contra bonus mores*) sayılmıştı. Bu istisna, kadının korunması için getirilmişti. Ayiter, Kudret: Klâsik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi, Ankara 1958, s. 205-206.

<sup>53</sup> Kabağaç, Sina/Alova, Erdal: Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s. 177.

<sup>54</sup> Kuhlmann, Gerhard: Diligentia. Der Begriff in seiner Funktion. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster (Westf.), Münster/Westfalen 1958, s. 2. Günümüzde özen “asıl borcun (vekâletin) ifası için, zarurî dikkat, itina, fikrî ve bedenî yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır. Buna karşılık söz-

Hukuki anlamda *diligentia* ise, iyi bir yöneticinin malların idaresinde ve borçların ifasında göstermesi gereken dikkat ve özeni ifade eder<sup>56</sup>. Ancak bir kimse dikkat ve özeni, sadece kişilik özelliği olarak sahip olmakla yetinmemeli, ayrıca aktif bir davranışla dikkatli ve özenli olduğunu göstermeliydi. Dikkatli ve özenli bir kimsenin sadece pasif olarak bir şey için endişelenmesi veya kaygılanması, *diligentia* kapsamında değerlendirilemezdi<sup>57</sup>.

Özen yükümü (*diligentia*) kavramı, ilkin devlet görevlileriyle ilgili olan yasalarda yerini sağlamlaştırmış ve oradan da hukuki alanda vasilikte (*tutela*) kullanılmış olmalıydı. Zira vasinin özel bir özen göstermesi gereken zahmetli ve zor bir yükümlülüğü bulunmaktaydı<sup>58</sup>. Ancak esas olarak Roma hukukunda *diligentia*, dikkatli ve özenli kimselerin göstermesi gereken özenin belirlenmesi amacıyla kullanılmıştı. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde özen yükümü (*diligentia*), hafif ihmalin (*culpa levis*) bir olayda varlığını tespit etmek için kullanılırdı. Zira bazen dikkatli, özenli bir aile babasının göstermesi gereken özen (*diligens pater familias*) ölçü olarak alınırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) alacaklısına da göstermesi beklenirdi<sup>59</sup>.

Özen yükümü (*diligentia*) kavramı, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi öğretisi tarafından benimsenmiş olmakla birlikte, özen yükümüne işaret eden belirtilere daha eski hukuki metinlerde de rastlanılmaktaydı. Bu çerçevede teknik anlamda sorumluluk ölçütü anlamındaki özen yükümünün (*diligentia*) kökleri, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları (*veteres*'ler) tarafından tamamıyla biçimlendirilmese de en azından bu dönemde temelleri oluşturulmuştu<sup>60</sup>. Daha eski bir görüş olan *Kunkel*'e göre ise, *diligentia*'nın yer aldığı tüm metinlerde Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan çalışmalar söz

---

leşmesel sorumlulukta özen, amaca uygun davranmaktır. Naklen **Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 124, 141.

<sup>55</sup> **Söğütlü Erişgin**, s. 202.

<sup>56</sup> **Monier**, s. 95; **Umur**, Lügat, s. 58; **Dunand/Pichonnaz**, s. 47.

<sup>57</sup> **Kuhlmann**, s. 6, 12; **Tamer Güven**, Diler: Culpa in Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001, s. 32; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 203.

<sup>58</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 271-272.

<sup>59</sup> **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 188, 193.

<sup>60</sup> **Buckland**, William Warwick: Diligens Pater Familias, Studi in Onore di Pietro Bonfante, Volume Secondo, Milano 1930, s. 86 vd.; **Visky**, s. 481-482; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 224.

konusu olduğu için, hukukçuların gerçek görüşleri yer almamaktadır<sup>61</sup>. Bu düşünceye göre *Iustinianus* Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki gözetim (*custodia*) sorumluluğuyla ilgili metinlerde *interpolatio*'lar<sup>62</sup> yapılmıştı. Hukukçular gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yanına özen yükümü (*diligentia*) kavramını veya çeşitli derecelerini eklerken, bazen de Klasik Hukuk Dönemi metinlerindeki *custodia* kavramını çıkarıp yerine *diligentia* kavramını yerleştirmişlerdi<sup>63</sup>. Yapılan *interpolatio*'larla Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının vardığı sonuçların kusur (*culpa*) varsayımına dayanılarak ve kusur sorumluluğu çerçevesinde özen yükümlülüğüyle açıklanmaya çalışıldığı görülmüştür. Yani aslında Klasik Hukuk Dönemi sorumluluk kuralları gerçekten değişmemişti. Bilakis farklı bir surette yorumlanmıştı<sup>64</sup>. Ancak *Kunkel*'in bu görüşünün aksine *diligentia*'nın kökleri, daha Klasik Hukuk Dönemi'nde sağlamlaştırılmış olmalıydı<sup>65</sup>.

Her ne kadar Cumhuriyet Dönemi hukukçularınca temeli atılmış olsa da özen yükümü (*diligentia*), Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden biri olarak, olumlu ve aktif bir davranış sergileme yükümü kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu kapsamda söz konusu dönemlerde hafif ihmâl (*culpa levis*) ya özenli bir aile babasının davranışıyla (*diligens pater familias*) ya da borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni alacaklıyla arasındaki hukuki ilişkide de uygulamasıyla (*diligentia quam in suis*) tespit edilirdi. Özen yükümünün (*diligentia*) bu iki türü, *Iustinianus* Dönemi'nde borç ilişkilerinde değişik kapsamlarda kullanılmıştı<sup>66</sup>. Sübjektif sorumluluk ilkesi kapsamında kusuru söz konusu olmadan sorumlu tutulamayan borçlunun sorumluluğunun kapsamı özen

<sup>61</sup> **Kunkel**, Wolfgang: "Diligentia", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 45, 1925, s. 266 vd.

<sup>62</sup> **Interpolatio**: *Iustinianus*'un kendi zamanında uygulanan hukuku saptamak amacıyla hazırlattığı *Corpus Iuris Civilis* için, bu eserde yer alacak hukukçuların metinlerinde yapılan değişikliklere verilen isimdi. **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara 2008, s. 71.

<sup>63</sup> Bu hususta verilen örnekler için bkz. *Ulp. D. 13. 6. 5. 3*; *Ulp. D. 13. 6. 5. 7*; *Ulp. D. 13. 6. 5. 9*; *D. 44. 7. 1. 4*; *Paul. D. 18. 6. 3*; *Gai. D. 18. 6. 2. 1*.

<sup>64</sup> **Kunkel**, s. 253-256; **Buckland**, s. 101; **Zilelioğlu**, Hilâl: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985, s. 179; **Monier**, s. 95. Ayrıca "*diligentissimus paterfamilias*" kullanımı için bkz. *Gai. D. 13. 6. 18*.

<sup>65</sup> **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht, 2. Aufl., München 1971, s. 512.

<sup>66</sup> Özen yükümünün (*diligentia*) *Iustinianus* Dönemi'nde ortaya çıkması hakkında bkz. **Zilelioğlu**, Custodia, s. 162.

yükümüne (*diligentia*) göre belirlendiğinde, borçlunun sorumluluğu objektif sorumluluğa kadar yaklaşmış olurdu. Bu nedenle de aslında özen yükümü (*diligentia*), “Klasik Hukuk Dönemi’ndeki *custodia*’nın sübjektifleştirilmiş biçimi olarak” görülmekteydi. Bu kapsamda olağanüstü özen (*exactissima diligentia*)<sup>67</sup> veya en özenli aile babası (*diligentissimus pater familias*)<sup>68</sup> şeklindeki *diligentia*’nın farklı dereceleriyle<sup>69</sup> Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde ve *Iustinianus* Dönemi’nde mücbir sebep dışında beklenmeyen haller de bu kapsama sokulmuştu. Böylece özen yükümü (*diligentia*) kusura dayandırılarak, gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yerine konulmuştu<sup>70</sup>:

*D. 18.6.2.1 (Gaius 2 cott. rer.)*

“*Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.*”

“Satıcının hangi gözetim için, bütün gözetim için mi, böylece özen için mi, yoksa sadece kasıttan mı sorumlu olduğunu görelim. Bence, satıcı, alın yazısı zararı (*fatale damnum*) ve büyük güç (*vis magna*) dışındaki bütün özenden sorumludur.”<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Olağanüstü özenin (*exactissima diligentia*) gözetim (*custodia*) sorumluluğuna denk tutulmasıyla ilgili olarak bkz. **Dunand/Pichonnaz**, s. 47. *Exactissima diligentia* kullanımını için bkz. *Gai. D. 17.2.72; Iust. Inst. 3.25.9; Gai. D. 44.7.1.4.*

<sup>68</sup> En özenli aile babası (*diligentissimus paterfamilias*) kullanımı için bkz. *Gai. D. 13.6.18 pr.; Gai. D. 19.2.25.7. Iust. Inst. 3.24.5: “Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, ide x bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.” “Conductor, daima, akdin hükmüne uymak mecburiyetindedir; eğer anlaşmada bir husus tasrih edilmemişse, bunu, hakkaniyete uyararak eda eder. Ücret vererek veya vaat ederek, kullanmak üzere elbiseler, gümüş takımları veya bir hayvan alan kimsede, o şeyin muhafazasında çok ihtimamlı bir aile babasının kendi mallarında göstermesi lâzım gelen ihtimamı göstermelidir: bu ihtimamı gösterdikten sonra beklenmedik hal neticesi, malı kaybetse, onun iadesi ile mükellef değildir.” Türkçe metin *Iustinianus Institutiones*, **Çev.:** Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 270-271. Bu çalışmada *Iustinianus Institutiones* çevirilerinde söz konusu eserden yararlanılmıştır.*

<sup>69</sup> Özen yükümünün (*diligentia*) farklı derecelerinin saptanmasında fayda veya menfaat (*utilitas*) prensibinden hareket edilmişti. **Zilelioğlu**, *Custodia*, s. 157.

<sup>70</sup> **Zilelioğlu**, *Custodia*, s. 32, 158; **Zilelioğlu**, *Sorumluluk*, s. 261; **Söğütlü Erişgin**, *Contractus*, 24, 204 vd.; **Erdoğan**, *Custodia*, s. 904 dn. 55.

<sup>71</sup> Türkçe metin **Koçhisarhoğlu**, *Cengiz/Söğütlü Erişgin*, *Özlem: Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları*, Ankara 2016, s. 88.

Yukarıdaki metinde gözetim (*custodia*) sorumluluğundaki beklenmeyen hallerden de sorumluluğu içeren ve mücbir sebebin sınır oluşturduğu özen yükümünden (*diligentia*) bahsedilmektedir<sup>72</sup>.

Gözetimde özen (*diligentia in custodiendo*) kavramı altında ise gözetim (*custodia*) sorumluluğu, kusur sorumluluğu kapsamına sokularak borçluya kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmayacak derecede sorumluluk kavramı genişletilmişti. Borçlu o şeye hiç kimsenin çalamayacağı şekilde özen göstermeliydi. Artık objektif olarak önlenemez bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu yerine, borçlunun korumada özen yükümlülüğünü tam olarak yerine getirip getirmediği sorusu sorulmaktaydı. Yani bu kavramın çerçevesi, Klasik Hukuk Dönemi'nde objektif sınırlarla çizilmekteyken, *Iustinianus* Dönemi'nde artık kusur kapsamında değerlendirilir olmuştu<sup>73</sup>.

## B. Özen Yükümünün (*Diligentia*) Türleri

### 1. İdeal İnsan Davranışı (*Diligentia Diligentis*)

*Diligentia diligentis*, ideal bir insan davranışını ifade etmekle birlikte Romalılar için bu üçüncü kişi, ideal insan olarak "*diligens veya bonus pater familias*"<sup>74</sup> idi<sup>75</sup>. Yani Romalılar, ideal insan davranışını belirlemede işlerinde normal, ortalama bir özen gösteren iyi veya tedbirli aile reisini örnek alırlardı. Bu nedenle de *diligentia diligentis* için kullanılan özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) soyut bir ölçüydü (*culpa in abstracto*)<sup>76</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki söz konusu soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kavramı, modern hukuklarda yapılan bir ayırım olmakla birlikte, bu ayırım *Postglossator*'lara<sup>77</sup> aittir<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Koçhisarhoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 88-89.

<sup>73</sup> Kunkel, s. 284; Zilelioğlu, Custodia, s. 171.

<sup>74</sup> *Diligens, bonus, prudens, idoneus* gibi farklı kullanımlar hep aynı şeyi ifade ederdi. Molnar, Imre: Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts, Szeged 1998, s. 133; Hausmaninger, Herbert: "Rechtsvergleichende notizen zur diligentia quam in suis", Festschrift Baltl, 1978, s. 283 dn.1. *Bonus* kullanımı için bkz. *Gai. D. 18.1.35.4* veya *Callistr. D. 26.7.33 pr.*; *diligens* kullanımı için bkz. *Paul. D. 10.2.25.16* veya *Venul. D. 45.1.137.2*; *idoneus* kullanımı için bkz. *Ulp. D. 26.7.10*.

<sup>75</sup> Kunkel, s. 303; Di Marzo, s. 325; Umur, Roma Hukuku, s. 211.

<sup>76</sup> Umur, Lügat, s. 58; Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 206.

<sup>77</sup> *Postglossator*'lar (*Commentator*'lar): Skolastik hukuk doktrininin içinde değerlendirilen hukukçular, *Corpus Iuris Civilis*'i sarsılmaz otorite kabul ederek, bu metinde yer alan kuralların olduğu koşulları ve hangi amaçla konulduğunu incelemeyen, onlara adeta soyut dogma gibi davranıp çalışmışlardır. *Postglossator*'lar, *glossator*'ların halefi olmakla birlikte, çalışmalarını kısa notlar olarak değil geniş şerhler yaparak yürütmüş-

Model olarak alınan bu özenli aile babası (*diligens pater familias*) dürüst, namuslu, dikkatli biri olarak kendi işlerini idare eden, makul, orta halli bir Roma vatandaşıydı<sup>79</sup>. Günlük işlerde orta halli makul bir Roma vatandaşı ölçüt olarak alınırken, mesleki yetkinlik gerektiren işlerde o mesleğin ortalama yetkinliğine sahip kimse örnek alınmalıydı<sup>80</sup>.

*Diligens* veya *bonus pater familias* şeklindeki soyut ölçünün, Aristo felsefesinden mi<sup>81</sup>, iyiniyet (*bona fides*) kavramında görüldüğü gibi Romalıların günlük yaşamından mı kaynaklandığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak özenli aile babası (*diligens pater familias*) ölçütünün hukuk alanından önce Romalıların yaşamında var olduğu kabul edilirse, günlük hayattaki bu uygulamanın hukukçular tarafından hukuk alanında da kullanılmış olması büyük ihtimaldir. Zira birçok Romalı yazarın eserinde de, tarlasını iyi süren bir kimsenin iyi çiftçi olacağından veya ancak iyi bir zanaatçiden ya da iyi bir çiftçiden iyi bir şekilde alışveriş yapılabileceğinden bahsedilmektedir<sup>82</sup>.

İhmal (*culpa*) kavramı M.S. 1. yüzyılda gelişmeye başlamıştı. M.S. 1. ve 2. yüzyıllarda yaşamış olan hukukçular da, ihmalin (*culpa*) belli bir derecesini ifade eden ve Roma halkının günlük yaşamından kaynaklanan özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) kavramına atıfta bulunmuşlardı. İhmal (*culpa*) derecelendirilirken somut olaylarda hukukçular, özen yükü-

---

lerdi. *Glossator*'lardan farkları ise, Roma hukukunu yeniden geçerli sağlamak amacıyla pratik amaçlara daha çok ağırlık vermeleriydi. **Schwarz**, Andreas B. (Çev.: Türkân Rado): Roma Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1965, s. 161-162; **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 90-91.

<sup>78</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165; **Umur**, Roma Hukuku, s. 211; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 193 dn. 435. *Bonus pater familias* ölçütü, Fransız Medeni Kanunu §1137'de "bon père de famille"; İspanya Medeni Kanunu §1104'de "buen padre de familia", Hollanda Medeni Kanunu §1271'de "goed huisvader" olarak yer almaktadır. Naklen **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 283.

<sup>79</sup> **Honig**, s. 231 dn. 17; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 58-59; **Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli, Konya 2013, s. 37-38; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 207.

<sup>80</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165.

<sup>81</sup> **Kunkel**, s. 345; **Marton**, Géza: "Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile", RIDA 1949, tome 3, Mélanges Fernand De Visscher II, s. 190. Bu kavramın muhtemelen Yunan felsefesinden doğduğuyla ilgili olarak bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 198.

<sup>82</sup> **Molnar**, Imre: "Der Haftungsmaßstab des Pater Familias Diligens in römisches Recht", Vorträge Gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. Bis 27. September 1990 (Hrsg. Paul Nève und Chris Coppens), Nijmegen 1992, s. 24-25; **Molnar**, Die Haftungsordnung, s. 126-127.

müne (*diligentia*) çıkacak sonuçlar bularak *diligens pater familias*'ın köklerini de Klasik Hukuk Dönemi'nde atmış olmalıydı. Ancak Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nin özelliklerinden biri olan genelleştirmeler ve belirli kavramlar altında toplamaya paralel olarak bu dönemde Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının eserlerindeki somut durumlardan çıkardıkları sonuçlar, özenli aile babası (*diligens pater familias*) kavramı altında toplanmıştı<sup>83</sup>:

D. 7. 1. 9. 2 (Ulpianus 17 ad sab.)

“*Sed si lapidicinas habeat, et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram.*”

“Taş ocağı varsa ve taşları çıkarmak isterse ya da kireç veya kum ocağı varsa, *Sabinus*'un söylediği gibi, hepsinden iyi bir aile babası gibi yararlanmalıdır, ki ben bu görüşü doğru bulurum.”<sup>84</sup>

D. 7. 1. 9 pr. (Ulpianus 17 ad sab.)

“*Item, si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut boni viri arbitratur fruatur. Nam et Celsus libro octavodecimo Digestorum scribit, cogi eum posse recte colere.*”

“Benzer şekilde bir arazi üzerinde intifa hakkı vasiyet edilirse, arazide üretilen, araziden elde edilebilecek her şey, intifa hakkı sahibinin iyi bir aile babası gibi bunları alması şartıyla arazinin semeresi sayılır.<sup>85</sup> Zira *Celsus* da *Digestası*'nın on sekizinci kitabında, intifa hakkı sahibinin usulüne uygun olarak kullanmaya zorlanılabildiğini yazar.”

D. 38. 1. 20. 1 (Paulus 40 ad ed.)

“*Ex provincia libertum Romam venire debere ad ieddendas operas, Proculus ait. Sed qui dies interea cesserint, dum Romam venit, patrono*

<sup>83</sup> Molnar, Pater Familias Diligens, 26 vd.

<sup>84</sup> Bu çalışmada *Digesta* çevirilerinde “Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005” eserlerinden ve [http://www.histoiredudroit.fr/corpus\\_iuris\\_civilis.html](http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html) internet adresinden yararlanılmıştır.

<sup>85</sup> Türkçe metin Küçükgüngör, Erkan: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998, s. 80. Başkasına ait malı kullanarak semerelerinden yararlanma hakkı olan intifa hakkını (*ususfructus*) elde eden kimse, teminat vermek zorundaydı (*cautio usufructuaria*). Bu teminat ile intifa konusu malı iyi bir aile babası (*bonus pater familias*) gibi kullanacağını, intifa hakkı sona erdiğinde de malı geri vermeyi taahhüt ederdi. Aksi davranışla, doğrudan *stipulatio*'dan doğan davaya başvurulabilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, *Ususfructus*, s. 101 vd.



*perire. Dummodô patronus, tanquàm vir bonus, et diligens paterfamilias Romae moraretur, vel in provinciam proficiscatur. Caeterum si vagari per orbem terraum velit, non esse injungendam necessitatém liberto, ubique eum sequi.”*

“*Proculus*, bir azatlının kendi hizmetlerini efendisine sunmak için, yaşadığı yerden Roma’ya gelmesi gerektiğine karar verir. Ama aynı hukukçuya göre, seyahatinde harcadığı günler efendisi için kayıptır. Azatlının Roma’da konaklaması veya yaşadığı eyalete seyahati, iyi bir aile babasının gibi düşünülmelidir. Diğer taraftan o (efendi), sürekli şurada burada geziyorsa köleye onunla birlikte gitmesi yüklenemez.”

Yukarıdaki örneklerde yer alan özen yükümü (*diligentia*) kavramı, bu metinlerden çıkarıldığında metinlerin anlam bütünlüğü de kaybolmaktadır. Bu örneklerle benzer daha birçok metin, kaynaklarda yer almaktadır<sup>86</sup>. Bu nedenle de hepsinin *interpolatio*’ya uğradığını düşünmekten ziyade, iyi veya özenli bir aile babası kavramının (*bonus* veya *diligens pater familias*) köklerinin Klasik Hukuk Dönemi’nde atıldığını düşünmek daha mantıklıdır<sup>87</sup>.

Yukarıda görüldüğü üzere iyi bir aile babası şeklindeki soyut ölçü (*culpa in abstracto*), somut hukuki ilişkilere uygulanmaktaydı. Hatta bu ölçütün somut hukuki olaya uygulanıp uygulanmayacağını kontrol eden Romalı hakimlerdi. Romalı hakimler, somut hukuki uyuşmazlıkta borçlunun özenli bir aile babasına (*diligens pater familias*) uygun davranıp davranmadığını tespit ederlerdi<sup>88</sup>.

## 2. Kendi İşlerinde Göstermesi Gereken Özen (*Diligentia Quam In Suis*)

Romalılar bazen ihmalin bulunup bulunmadığını, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) yaptığı o işte de gösterip göstermediğine göre ölçerlerdi. Yani borçlu, kendi işinde gösterdiği özen ve dikkati, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de göstermek zorunda olabilirdi. Böyle bir durumda borçlu, kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğundan borçlunun hareket tarzına bakılırdı. Bu nedenle de sübjektif ve somut bir ölçüden (*culpa in concreto*) bahsedilmek-

<sup>86</sup> *Pomp. D. 7.1.65 pr.; Ulp. D. 38.15.2.5; Ven. D. 45.1.137.2; Paul. D. 7.8.15.1; Paul. D. 19.1.54 pr.; Ulp. D. 13.7.22.4; Ulp. D. 22.3.25 pr.; Paul. D. 26.7.10.*

<sup>87</sup> **Molnar**, *Pater Familias Diligens*, 31; **Molnar**, *Die Haftungsordnung*, s. 131 vd. Aksi görüş için bkz. **Kunkel**, s. 307, 310.

<sup>88</sup> **Marton**, s. 184 vd.; **Molnar**, *Pater Familias Diligens*, s. 28; **Molnar**, *Die Haftungsordnung*, s. 134.

teydi<sup>89</sup>. Soyut ölçüde de (*culpa in abstracto*) belirtildiği üzere, somut ölçü kavramı (*culpa in concreto*) modern hukuklarda yapılan bir ayırmadır<sup>90</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçüt olarak alındığında bir kimse normal işlerinde çok dikkatli bir kimse ise, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de aynı dikkat ve özeni göstermeliydi. Ancak bu kimse normal işlerinde çok dikkatli ve özenli bir kimse değilse alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de aynı özeni göstermiş olması, kendisini sorumluluktan kurtaracaktı. Yani bir kimse normal bir şekilde hareket ederek ihmalden kurtulduğu için, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) ölçütünden daha hafif, borçlu lehine olan bir özen ölçütüydü<sup>91</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), Klasik Hukuk Dönemi hukukçularınca iyiniyetin (*bona fides*) yorumuyla bulunan bir kavramdı. Dikkat çeken bir özellik olarak bu kavram, ilkin borçlunun ihmal (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesi amacıyla değil de, borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması veya genişletilmesi amacıyla kullanılmış olmasıydı<sup>92</sup>. Borçlu sadece kasıtlı (*dolus*) davranışlarından değil de, ihmali (*culpa*) hareketlerinden de sorumlu tutulmak istendiği için, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramına başvurulmuştu. Bu nedenle de borçlunun sorumluluğu, kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişleyerek ağırlaştırılmıştı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması veya genişletilmesi amacıyla kullanılmasının nedeni, bir kimsenin kendi yararını ortak yarardan önde tuttuğunda bu davranışın hukuka aykırı, kasten yapılan bir harekete denk görülmesi idi<sup>93</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) sorumluluğunun ağırlaştırılması için kullanıldığı dönemlerden sonraki daha geç zamanlarda kullanılmasının içeriğine, *Digesta*'daki *Ulpianus* ve *Paulus*'un metinlerinde rastlanılmaktadır. Her ne kadar bu hukukçuların metinlerinde *interpolatio* yapıldığı belirtilse de artık *diligentia quam in suis*, ihmal (*culpa*)

<sup>89</sup> **Monier**, s. 96; **Rado**, s. 33; **Umur**, Roma Hukuku, s. 309; **Umur**, Lügat, s. 58-59; **Koschaker/Ayiter**, s. 194; **Tahiroğlu**, Roma Hukuku, s. 59; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42; **Dunand/Pichonnaz**, s. 48.

<sup>90</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165.

<sup>91</sup> **Umur**, Roma Hukuku, s. 309; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 59.

<sup>92</sup> **Mitteis**, Ludwig: Römisches Privatrecht, 1. Bd., Leipzig, 1908, s. 332; **Wolff**, Hans Julius: "Zur Geschichte der diligentia quam suis", IVRA 1955, s. 153; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42 dn. 79.

<sup>93</sup> **Mitteis**, s. 333.

sorumluluğunun hafifletilmesi amacını taşır olmuştur. Yani borçlu, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde iyi bir aile babası (*bonus* veya *diligens pater familias*) gibi davranmak zorunda değildi. Borçlunun alacaklıyla girdiği hukuki ilişkide kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermesi yeterliydi. Bu kapsamda ortaklık sözleşmesinde (*societas*), kocanın çehizi (*dos*) iadesinde, ortak mülkiyete (*communio*) sahip kimselerin birbirine karşı sorumluluğunda ve vasinin (*tutor*) işlerini idare ederken göstermesi gereken sorumluluk ölçütü olarak kullanılan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ihmali (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) ilk olarak sorumluluğun ağırlaştırılması sonradan da ihmali (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesi amacıyla kullanılmış olsa bile, her iki durumda da borçlunun sorumluluğu sonucunu doğururdu<sup>94</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanıldığı hukuki kavramların ortak özelliği, bu borç ilişkilerine aykırı hareketin iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicia*) çerçevesinde görülmesiydi. Bu özen ölçütüne aykırı hareket, iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicia*) çerçevesinde halledildiğinden, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanıldığı bütün davalarda hakimin geniş bir takdir yetkisi de bulunmaktaydı<sup>95</sup>.

### III. ROMA HUKUKUNDA KENDİ İŞLERİNDE GÖSTERMESİ GEREKEN ÖZEN ÖLÇÜTÜNÜN (*DILIGENTIA QUAM IN SUIS*) KULLANILDIĞI HUKUKİ İLİŞKİLER

#### A. Saklama-Vedia-Sözleşmesi (*Depositum*)

Taşınır bir malın ücretsiz olarak saklanmak ve istenildiğinde de iade edilmek üzere verilmesiyle meydana gelen iyiniyet sözleşmelerinden saklama -vedia- (*depositum*) sözleşmesinde, vedia alan aldığı şeyi iade edemiyorsa Eski Hukuk ve Klasik Hukuk Dönemi'nde kastı (*dolus*) varsa sorumluyken, *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmalden de (*culpa lata*) sorumluydu. Vedia alanın bu sözleşmeden herhangi bir menfaati olmadığı için hafif tutulan sorumluluk ölçütü, vedia alanın bu sözleşmeye aykırı hareketiyle

<sup>94</sup> Kaser/Knütel/Lohsse, s. 225.

<sup>95</sup> Maue, Joachim: "Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten –Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs", Inaugural-Dissertation Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln 1985, s. 57-58.

güveni kötüye kullandığı için şerefsizlik (*infamia*) sonucu doğurmasıyla dengelenmişti<sup>96</sup>.

Vedia alanın sözleşmeye aykırı hareketiyle ilgili ve kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kökeninin dayanağı olarak aşağıdaki metin gösterilmektedir<sup>97</sup>:

D. 16.3.32 (*Celsus 11 dig.*)

“*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.*”<sup>98</sup>

“Eskilerden Nerva’nın, çok büyük ihmalin kast olduğu ifadesini Proculus reddeder. Fakat, bana, bu, tamamen isabetli geliyor. Çünkü eğer bir kimse, insanın doğası gereği göstermesi gereken özeni göstermezse kötüniyetli sayılır. Çünkü, özen yükümlülüğü altında olmasa bile, emanet aldığı malda en azından kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni göstermesi beklenir.”<sup>99</sup>

Metinde birçok *interpolatio*’nun yer aldığından bahsedilse de, yeni görüşler metnin gerçeği yansıttığından yola çıkmaktadır<sup>100</sup>. Bu metinde *Proculianus* mektebine mensup hukukçular *Nerva*, *Proculus* ve *Celsus* arasında görüş ayrılığı olduğu görülmektedir<sup>101</sup>. Vedia alan sözleşmeye aykırı hareketinde Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarına kadar yalnızca kastı (*dolus*) varsa sorumlu tutulurken, *Iustinianus* Dönemi’nde ağır ihmalle (*culpa lata*)

<sup>96</sup> **Rado**, s. 74 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 344-345; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 58-59; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 167 vd.; **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002, s. 27 vd.

<sup>97</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 265 vd.; **Mauel**, s. 23; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>98</sup> Metnin aslında vesayetten (*tutela*) bahsettiği ve “*vedia (depositum)*” kelimesinin sonradan *Digesta* metinlerini derleyen *compiler*’lar tarafından metne eklendiğiyle ilgili bkz. **Mitteis**, s. 332 dn 51; **Kaser**, RP I, s. 535 dn. 10; **Küçükgüngör**, Depositum, s. 62. Ayrıca hem vesayette (*tutela*) hem de vedia sözleşmesinde (*depositum*) ilkin kastın (*dolus*) varlığı halinde sorumluluk söz konusuysa, her iki hukuki ilişkide mahkumiyet şerefsizlik (*infamia*) sonucuna neden olmaktadır. Bu nedenle de *compiler*’ların vesayetten (*tutela*) bahseden metni, vedia sözleşmesine (*depositum*) genişletmiş oldukları düşüncesi kabul görmüştür. **Walter**, Tom: Die Funktionen der actio depositi, Berlin 2012, s. 166.

<sup>99</sup> Türkçe metin **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 209.

<sup>100</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 265 vd.; **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 209, aksi görüş için bkz. **Küçükgüngör**, Depositum, s. 62.

<sup>101</sup> **Kaser**, RP I, s. 510; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 267; **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 209.

hareket ederse de sorumlu olurdu<sup>102</sup>. Çünkü *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmal (*culpa lata*), kasta (*dolus*) denk tutulmaktaydı<sup>103</sup>. Vedia -saklama- sözleşmesinden (*depositum*) doğan uyuşmazlıklar için açılan dava, iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicium*) kapsamındaydı. Bu davalarda kasıt (*dolus*) da, iyiniyetin (*bona fides*) karşıtı olarak güven<sup>104</sup> veya sadakat borcuna aykırılık anlamında kullanılmaktaydı. Bu davanın *formula*'sı "hüsnüniyet icabı verilmesi ve yapılması gereken her şey"<sup>105</sup> (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*) ifadesini içerdiği için hakim, ancak iyiniyete (*bona fides*) aykırı bir davranış görürse davalı aleyhine karar vermeliydi<sup>106</sup>.

Yukarıdaki metinde *Nerva*, önüne gelen somut bir olayda vedia alanın en azından çok büyük ihmalinin, güvene aykırılık anlamında kasıt (*dolus*) olarak sayılması gerektiğini belirtmekteydi. Vedia -saklama- sözleşmesinden (*depositum*) kaynaklanan uyuşmazlıklarda iyiniyet davası açıldığından vedia alanın iyiniyete (*bona fides*) aykırı davranışı, *dolus*'a denk tutulmalıydı. Ancak *Nerva*'nın bu görüşüne, *Proculus* karşı çıkmaktaydı. *Proculus*'u bu düşünceye itiraz etmeye götüren neden, iyiniyet davalarında hükmün şerefsizliğe (*infamia*) neden olmasıydı. Borçlu, dürüst (*fides*) bir davranış sergilemediği için aleyhine verilen hükümlerle birlikte şerefsiz (*infamis*) ilan edilirdi. *Proculus*, borçlu sözleşmeye aykırı hareket ettiğinde, ancak kasıt (*dolus*) varsa dürüstlüğü aykırı bir davranış gerçekleştirdiğini düşünürdü. Bu nedenle de vedia alanın sözleşmeye aykırı harekette ihmali söz konusuysa, şerefsiz (*infamis*) ilan edilmesi söz konusu olmamalıydı. Bu açıklamalar ışığında *Proculus*'a göre, kendi işlerinde de ihmalkar bir şekilde hareket eden kimse, başka bir kimsenin eşyasını saklamak için aldığı da ihmalle hareket etmiş olurdu ve bu nedenle kasten (*dolus*) sözleşmeye aykırı hareket ettiği düşünülmemeliydi. Ancak ihmalkar bir kimse, başkasının işini kendi işinden daha kötü bir şekilde yaparsa o zaman *Nerva*'nın düşüncesine onay verilebilirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu dava sonucunda şerefsiz ilan edilme, ancak kasten (*dolus*) hareket edildiğinde söz konusu olabileceğinden ve henüz bu dönemde özen yükümü türleri bilinmediğinden, *Proculus*'un belirtilen kapsamda *Nerva*'nın düşüncesini kabul etmemiş olmadığı düşü-

<sup>102</sup> **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen, Zweite, neubearbeitete Aufl., München 1975, s. 355; **Rado**, s. 77; **Umur**, Roma Hukuku, s. 344-345; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 59; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 170; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 275; **Mauel**, s. 33.

<sup>103</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 40.

<sup>104</sup> **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 209.

<sup>105</sup> **Rado**, s. 45.

<sup>106</sup> **Mauel**, s. 24-27.

nülmektedir. Bu düşüncelere karşılık *Celsus*, iki hukukçunun düşüncelerini birleştirerek, *Nerva*'nın çok büyük ihmalle gerçekleştirilen hareketin güven borcuna aykırılık anlamında *dolus* olarak değerlendirilmesi görüşünü haklı bulmuştu. Böylece borçlu ancak kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermemesi halinde sorumlu tutulmalıydı. Kendisine saklanması için verilen eşyaya, kendi eşyasına göstereceği davranışları kasten gerçekleştirmediğinde değil de, sadece başkasının eşyası olduğu için ihmalkar bir şekilde davrandığında da bu davranışın *fraus*, yani “güvene dayanan ilişkileri zedeleyen davranış”<sup>107</sup> kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>108</sup>.

*Hausmaninger*'in belirttiği üzere bu metinde kasıt (*dolus*) ve çok büyük ihmal (*culpa latior*<sup>109</sup>) hiçbir şekilde kusurun derecelendirilmesi kapsamında teknik anlamda kasıt ve ağır ihmal olarak anlaşılmamalıdır. Çünkü ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) ayrımı, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ne ait bir ayrımdır. Ağır ihmalin (*culpa lata*) kasıt (*dolus*) olarak anlaşılması kuralı (*culpa lata dolo proxima est*), bu metinde Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan *interpolatio* şüphesini uyandırabilir. Ancak *Hausmaninger*'e göre bu metin, *Celsus*'un anlatım tarzını yansıttığından, metnin ana düşüncesi bizzat bu hukukçulara ait olmalıydı. Bu nedenle de *Hausmaninger*, belki önce *Proculus* olmak üzere, *Celsus* ile birlikte kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) bulunduğunu ifade etmektedir<sup>110</sup>.

*Nerva*'nın döneminde kasıt (*dolus*) henüz teknik olarak kusurun bir derecesi olarak değil de, iyiniyetin (*bona fides*) ihlali olarak görülmekteydi. Ancak *Proculus*'un yaşadığı dönemde artık ihmal (*culpa*), kasıttan (*dolus*) ayrılıp sözleşmesel sorumluluk alanında yavaş yavaş kabul görmeye başlamıştı. Bu nedenle de *Proculus*, *Nerva*'nın düşüncesine karşı çıkmış olmalıydı. Buna karşılık *Celsus* her iki hukukçunun düşüncelerinin hakkaniyetli

<sup>107</sup> *Fraus*, bazen kastın varlığını göstermek için *fides*'in karşıtı olarak “güvene dayanan ilişkileri zedeleyen davranış” şeklinde kullanılmaktaydı (Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 159-160).

<sup>108</sup> **Mauel**, s. 27-32; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 268.

<sup>109</sup> Çok büyük ihmal (*culpa latior*) ile ağır ihmal (*culpa lata*) da farklı anlamları ifade etmeliydi. Çünkü *Nerva* ile yaklaşık iki yüzyıl sonra yaşayan *Ulpianus*'un aynı sorumluluk sistemini aynı kavramla ifade etmesi düşünülemezdi. Bu nedenle de *Ulpianus*'un “*lata culpa plane dola comparabitur*” ifadesiyle *Nerva*'nın “*culpa latior dolus est*” ifadesi farklı şeyleri ifade etmiş olmalıydı. **Walter**, s. 168-169. Aynı yönde bkz. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>110</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 268-269; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 210.

kısımlarını alıp bu düşünceleri birleştirmişti. Zira vedia veren, vedia alanın bu mala en azından kendi malında göstermiş olduğu davranışı göstermesini beklerdi<sup>111</sup>. Kendi menfaatini ön planda tutarak bu özeni göstermediyse dürüst bir borçlu sayılmamakla birlikte, güvene dayalı sözleşme ilişkisini zedelediği varsayılırdı. Bu nedenle de, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında ağır ihmal (*culpa lata*) olmasa da, çok büyük ihmal (*culpa latior*) söz konusuydu ve vedia alan sorumlu olmalıydı. Vedia alan, kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermeyerek kendi menfaatini alacaklının menfaatinin önünde tutmuştu. Bu nedenle de vedia alan aslında sadece kastından (*dolus*), *Iustinianus* Dönemi'nde ise ağır ihmalden (*culpa lata*) de sorumlu olsa, iyiniyetin karşıtı olarak *dolus malus*'un varlığı nedeniyle sorumlu olmalıydı. Kural olarak kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi amacıyla kullanılmış olsa bile, istisnaen bu metinde vedia alanın sorumluluğunu genişletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu metinde görüldüğü üzere kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde olduğu gibi sorumluluğun hafifletilmesi amacıyla değil de, kastından (*dolus*) sorumlu olan vedia alanın sırf kasten değil de, emanet aldığı mala kendi malına davrandığı gibi davranmadığı halleri de kapsayacak şekilde sorumlu tutulması gerekliliğinden sorumluluğun ağırlaştırılması amacıyla ortaya çıkmıştı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) ilk ortaya çıktığı metin olarak gösterilen bu metinde, *diligentia quam in suis* de ilk olarak kastından (*dolus*) sorumlu olan vedia alanın sorumluluğunu genişletmek dolayısıyla da sorumluluğunun ağırlaştırılması amacıyla ortaya çıkmıştı<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Aynı yönde *Iust. Inst. 3.14.3*: “*Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidiaae atque negligentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.*” “Bundan başka, nezdine herhangi bir şey tevdi edilmiş (*deponitur*) olan kimse de aynı olarak (*re*) borçlanır, ve vedia davası (*actio depositi*) mucibince aldığı şeyi aynen iade etmekle mükellef tutulur. Ancak, vedia alan, sadece kastı (*dolus*) varsa mesul olur, yani ihmal (*culpa*) ve teseyyübünden mesul tutulmaz: şu halde, muhafazasındaki eksik ihtimamı yüzünden o şey çalmırsa, kendisine bir mesuliyet terettüp etmez, çünkü malını ihmalkâr bir arkadaşının muhafazasına tevdi eden kimse, kabahati kolaylıkla kendi kendisinde bulmalıdır.”

<sup>112</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 267 vd.; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285; **Mauel**, s. 32-33; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Erdoğan**, s. 42 dn. 79; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 64 dn. 115; **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 210. Aksi görüş için bkz. **Walter**, s. 169-170.

Vurgulamak gerekir ki hukukçuların görüş ayrılıklarına yer veren bu metnin Klasik Hukuk Dönemi düşüncesini yansıttığı görüşü, günümüzde ağırlık kazanmıştır. Bu nedenle de kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü de (*diligentia quam in suis*) ilk olarak sözleşmeye aykırı harekette kastın (*dolus*) varlığından ve kasıt (*dolus*) sorumluluğunun genişletilmesi isteğinden ortaya çıkmış olmalıydı. Vedia alan, sözleşmeye aykırılıkta sadece kasten veya bilinçli bir şekilde hareket ettiyse, kendisi güven borcuna aykırı davranış sergilediği için aleyhe hüküm verilebilirdi. Dürüst bir borçlu, kendi eşyasına gösterdiği özenden daha çoğunu değil de, kendi eşyasına gösterdiği özenin aynısını kendisine saklanmak üzere verilen eşyaya da göstermeliydi. Bu nedenle de *Celsus*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünü (*diligentia quam in suis*) söz konusu metinde borçlunun sorumluluğunu hafifletmek için değil de, borçlunun sorumluluğunu ağırlaştırmak için kullanmış olmalıydı. Bu metinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), istisnaen sorumluluğun ağırlaştırılmasını sağlasa da ileride görülecek diğer yerlerde sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurmaktaydı<sup>113</sup>. Çünkü kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*), kasıt (*dolus*) kapsamındaki sorumluluktan türediğinde sorumluluğun ağırlaştırılması sonucunu doğururken, ihmal (*culpa*) kapsamındaki sorumluluktan türediğinde sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kasıt (*dolus*) sorumluluğundan türemesiyle ifade edilmek istenen, vedia alanın kasıtlı bir hareketle sözleşmeye aykırı davrandığında sorumlu kabul edilmesiyle ilgilidir. Borçlu kendi eşyasına gösterdiği özenden daha kötüsünü alacaklının eşyasına gösterirse, kasıt (*dolus*) söz konusu olmasa da borçlu sorumlu tutulmalıydı. Zira kendisine duyulan güvene aykırı hareket etmiş olurdu. Ancak kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*) ihmal (*culpa*) sorumluluğundan türemesiyle ifade edilmek istenen ise, borçlu kendi eşyasına gösterdiğinden daha fazla bir özeni değil de, kendi eşyasına gösterdiği özenin aynısını alacaklının eşyasına da göstermeliydi. Çünkü ideal bir insan davranışı örnek olarak alınmadığından, sorumluluğun hafifletilmesi sonucu doğurmaktaydı<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), günümüz hukukunda BGB ve OR'ye sorumluluğun hafifletilmesi olarak giriş yapmıştır. Bu kavram sadece İngiltere'de sorumluluğun ağırlaştırılmasına hizmet etmektedir. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225. Ayrıca günümüzde hangi modern hukuklarda bu kullanıma yer verildiğiyle ilgili bkz. **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 283-284.

<sup>114</sup> **Walter**, s. 170.



### B. Fideicommissum

*Fideicommissum*, vasiyetçinin kanuni veya mansup mirasçıya ya da muristen ölüme bağlı bir tasarrufla herhangi bir şey elde etmiş şahsa, ölümden sonra bir edimin gerçekleştirilmesini rica etmesine yaramaktaydı. Bu işlem esasen kendisinden bir şey rica edilene güven (*fides*) duymaya dayanmakla birlikte, vasiyetçinin ricası yerine getirilmediğinde başvurulacak herhangi bir hukuki imkan da bulunmamaktaydı. Bu nedenle ilk kez İmparator Augustus<sup>115</sup>, *cognitio extra ordinem*<sup>116</sup> usulünde bu işlemlerin yerine getirilmemesi halinde başvurulacak bir dava tanıdı. *Fideicommissum*'un muayyen mal vasiyetinden (*legatum*)<sup>117</sup> farkları, bu işlemle yabancılara mal

<sup>115</sup> *Iust. Inst. 2.23.1*: “*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitatus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*” “İlk zamanlarda bütün *fideicommissum*'lar müeyyidesizdi, çünkü, yapılması rica edilmiş olan şeyi ifaya, kimse icbar edilemezdi: filhakika, terekenin veya muayyen malların bırakılmayacağı kimselere bir vasiyette bulunmak istenildiği vakit, vasiyetname ile iktisaba ehil olanların *fides* (sadakat, emniyet, hüsnüniyet)'ine müracaat edilirdi: bu sebepten bunlara, *fideicommissum* (*fides*'e havale edilmiş) denirdi, zira bir hukuki mecburiyete değil, rica edilenlerin iyi niyetlerine istinat ederlerdi. Bilâhara, evvelâ ilâhî Augustus, gerek recaların imparatorun sağlığı namına yapılması, gerekse bazı kimselerin açık ahlâksızlıkları yüzünden, *consul*'lere bu hususta salâhiyetlerini kullanmalarını emretti. Tedbir yerinde görülerek şöhret kazandığından, yavaş yavaş bu müdahale, devamlı bir hukuki tedbir haline geldi: *fideicommissum*'lara gösterilen rağbet o dereceyi buldu ki, zamanla, *fideicommissum*'lar hakkında karar veren ve *fideicommissarius* ismini alan hususî bir praetor da ihdas edildi.”

<sup>116</sup> ***Cognitio extra ordinem***: Davaların devlet memuru statüsündeki kişiler önünde tek aşamada görülmesini sağlayan sistem dışı yargılama usulünde, kafa gücü gerektiren faaliyetlerin ücretinin talep edilebilmesi veya bazı özel durumlarda hakime geniş takdir yetkisi verilerek hakkaniyete uygun kararlar alınır olmuştur. M.S. 4. yüz-yılda bütün İmparatorlukta uygulanan tek yargılama usulü oldu. Bu yargılama usulünün en önemli özellikleri hakim *formula*'ya bağlı olmadan geniş takdir yetkisine sahip olması, mahkumiyet kararının paradan başka bir şeye de ilişkin olabilmesi, verilen kararlara bir üst mercide itiraz edilebilmesi ve davacının isteklerine karşı davalının da talepte bulunabilmesi olarak sayılmalıdır. **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 312-313.

<sup>117</sup> ***Legatum***: Vasiyet bırakan kimse, mirasçısı olmayan bir kimseye belirli bir malını veya mallarını bırakırdı. *Legatum*'un mirasçı olmayan üçüncü kişiye aynı veya şahsi hak kazandıran türleri bulunmaktaydı. *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşme benzerleri içinde sayılmıştı. **Rado**, s. 174-175.

vasiyeti edilebilmesi, *legatum* tahmil edilemeyen kimselere bu yolla mükellefiyet yüklenebilmesi ve *legatum*'un şekilciliklerini içermemesiydi. İki türü bulunan *fideicommissum*'un ilki olan genel *fideicommissum* (*fideicommissum universitatis*) ile vasiyette mirasçı olarak atanan kimsenin, hukuken mirasçı olamayan kimseye terekenin tamamını veya bir kısmını devretmesi rica edilirdi. Buna karşılık özel *fideicommissum* (*fideicommissum speciale*) ile terekede yer alan belirli mallar vasiyet edilirdi<sup>118</sup>.

*Fideicommissum*'da sorumluluk, Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru bir gelişme göstermişti. Murisin ricasını yerine getirmesi gereken kimse, borçlunun temerrüdü halinde faizleri yerine getirmekle ve semereleri geri vermekle yükümlüydü<sup>119</sup>.

*Fideicommissum*'da özen yükümünün (*diligentia*) ne şekilde kullanıldığı hakkında aşağıdaki metin bilgi vermektedir:

D. 36. 1. 23. 3 (*Ulpianus 5 disp.*)

“*Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet: culpae plané reddere rationem; sed ejus quae dolo proxima est. Et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, et rébus suis consueta negligentia: hujusmodi rei rationem reddet...*”

“Bir kimse *fideicommissum*'u vermekle yükümlü kılınmışsa ve köleler ölmüşse, elinde olmayıp vermekle yükümlü olduğu şeyler ondan talep edilemez. Elbette ki *Neratius*'un birinci cevaplar kitabında yazdığı gibi, kasıt (*dolus*) ile sınırı belirlenen ihmali (*culpa*) varsa sorumludur. Aynı şekilde devretmek zorunda olup kendi işlerindeki olağan özensizliğiyle belirlenen hafif ihmalle değil de, ağır ihmali nedeniyle bunu yapmamışsa sorumlu olmak zorundadır.”<sup>120</sup>

Yukarıdaki metinde *Neratius*'un düşüncesine katılan *Ulpianus*, *fideicommissum* kasten yerine getirilmemişse sorumluluğun ortaya çıkacağını belirtmişti. Murisin ricasını yerine getirmesi gereken kimsenin sorumluluğunun daha Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru bir gelişme gösterdiği bilindiği için, metindeki kendi işlerindeki olağan özensizliği ifadesi (*rebus suis consueta negligentia*), kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ifadesi olarak anlaşıl-

<sup>118</sup> **Umur**, Roma Hukuku, s. 518-519; **Koschaker/Ayiter**, s. 409-410; **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007, s. 230 vd.

<sup>119</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 436.

<sup>120</sup> Çeviride Almanca metni esas alınmıştır. **Mauel**, s. 30.

malıdır. Hatta vedia sözleşmesinde (*depositum*) olduğu gibi güvene (*fides*) dayalı *fideicommissum*'da da kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletmek amacıyla, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü getirilmiş olmalıydı. Henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde teknik olarak ihmal (*culpa*) türleri bilinmediğinden ve bu dönemde *fideicommissum*'u yerine getirmesi gereken kimsenin sorumluluğu da kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişlediği için, hukukçunun kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) çıkan anlamı sorumluluğun ağırlaştırılması için getirdiği anlaşılmalıdır. Zira bir kez daha ifade etmek gerekir ki, Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz teknik anlamda ihmal dereceleri bilinmediğinden kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*), hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi amacıyla değil de, kasıt (*dolus*) sorumluluğunun ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletilmesi amacıyla sorumluluğun ağırlaştırılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Çünkü *fideicommissum*'un gereklerini kasıtle (*dolus*) hareket ederek yerine getirmeyen kimse sorumlu olmakla birlikte, gitgide ihmalle (*culpa*) hareket eden kimse de sorumlu tutulmak istenmiş ve kendi işlerini görürken gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*) anlamına çıkacak ifade ölçüt olarak alınmış olmalıydı. Böylece gitgide ihmal (*culpa*) sorumluluğu kabul edilmiş olmalıydı<sup>121</sup>.

### C. Ortaklık Sözleşmesi (*Societas*)

Meşru bir kazanç amacıyla kurulan ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortakların (*socii*) borçları, sermaye paylarını ortak amacın gerçekleşmesine özgülemektir<sup>122</sup>. Ortaklardan biri, müşterek amaca ulaşmak için kendinden beklenen çabayı göstermezse veya bunu engelleyen davranışlardan kaçınmazsa ortakların birbirine karşı sorumlulukları ortaya çıkardı<sup>123</sup>. Ortaklar (*socii*) birbirlerine karşı kastın (*dolus*) varlığı halinde<sup>124</sup> sorumlu olmakla birlikte<sup>125</sup> ortaklardan biri, ortaklık payı olarak gerekli tecrübeye sahip olmaksızın emeğini taahhüt etmişse veya ortaklık mallarına zarar vermişse

<sup>121</sup> *Culpa* ifadesinin metinde *interpolatio*'lu olduğu ve metinde yalnız *culpa lata*'nın düzenlenerek yanlış anlaşılmanın Pandekt hukukuna dayandığı yönünde bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 282; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285; **Mauel**, s. 35-36.

<sup>122</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 108.

<sup>123</sup> **Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti, Societas, İstanbul 2004, s. 73-74.

<sup>124</sup> **Rado**, s. 140, 143; **Umur**, Roma Hukuku, s. 372; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 108; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 235.

<sup>125</sup> Sorumluluğun kasten (*dolus*) hareket edilmesi halinde var olması sonucunda *actio pro socio* davasıyla şerefsizlik (*infamia*) sonucunun doğmasının nedeni, güvene (*fides*) dayanan sözleşmesel sorumluluğun ihlal edilmesiydi. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 236.

henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmalin (*culpa*) varlığında da sorumlu olurdu<sup>126</sup>. İhmalin (*culpa*) varlığı halinde sorumluluğun belirlenme ölçütünün hangi dönemden itibaren başladığı tartışmalı olmakla birlikte<sup>127</sup>, derecesinin belirlenmesi kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) aracılığıyla yapılmaktaydı<sup>128</sup>.

Aşağıdaki metinlerde ortakların birbirine karşı olan sorumluluklarında özen yükümüne yer verilerek açıklama yapılmıştır:

D. 17.2.72 (*Gaius 2 cott. rer.*)

“*Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidia, atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.*”

“Ortak diğer ortağa karşı *culpa*'sından da, yani ihmal ve dikkatsizliğinden de sorumludur. Fakat *culpa* (ihmal) tam dikkat ve ihtimama göre hesaplanmaz; zira mutaden kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı şirket işlerinde de göstermesi yeterlidir; zira dikkatsiz bir adamla ortak olan ancak kendinden şikâyet edebilir.”<sup>129</sup>

<sup>126</sup> D. 17.2.52.2 (*Ulpianus 31 ad ed.*): “*Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur? Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est: Pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, mnagis admittit culpam quoque venire.*” “Ortak sadece *dolus*'tan mı sorumlu tutulur ya da *culpa*'dan da (sorumlu mudur)? Ve *Celsus, Digesta*'sının 7. Kitabında şöyle yazar: Ortaklar birbirine karşı *dolus* ve *culpa*'dan sorumlu tutulmalıdır. Eğer şirket kurulurken, ortaklardan biri ustalık veya hizmetleri ile katışmayı taahhüt etmişse, ortak sürünün otlatılması için veya işlenebilir bir arazi, her iki ortağın ürün alması için bir çiftçiye emanet edilmişse, *culpa*'dan sorumludur: Yapılan hizmetin değeri tecrübede saklıdır. Ve eğer, şirket mallarına zarar verilirse, (*Celsus*) *culpa*'nın göz önüne alınacağını kabul etmeye daha isteklidir.” Türkçe metin **Gönenç**, *Societas*, s. 81-82. Ortağın (*socius*) *Celsus*'tan itibaren ihmalden de sorumlu olacağı yönünde bkz. **Atak**, Ali Selkor: *Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2004, s. 87.

<sup>127</sup> *Umur, Rado* ve *Erdoğan*'a göre *culpa*'nın *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ile belirlenmesi, *Iustinianus* Dönemi'ne denk gelmektedir. **Umur**, *Roma Hukuku*, s. 372; **Rado**, s. 143; **Erdoğan**, *Borçlar Hukuku*, s. 108. Buna karşılık *Kaser/Knütel/Lohsse*'ye göre Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren bu ölçüt söz konusuydu. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282.

<sup>128</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282.

<sup>129</sup> Türkçe metin **Rado**, s. 36.

*Iust. Inst. 3.25.9*

“*Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiae atque neglegentiae, nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.*”

“Bir ortak diğer ortağına karşı *actio pro socio* ile, vedia’da olduğu gibi, sadece kastinden (*dolus*) mi mesul olur, yoksa *culpa*, yani ihmal ve teseyyübünden de mesul olur mu, meselesi ihtilaflıdır: mamafih, ihmalinden de mesul olduğu noktai nazarı hakim olmuştur. Ancak bu kusur, en büyük ihtimam ile ölçülmemelidir: gerçekten, ortağın kendi işleri için gösterdiği ihtimamı, müşterek işler için de göstermiş olması kafidir. Zira, az ihtimam gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendisinde bulmalıdır.”

Yukarıdaki her iki metin ortakların (*socii*) birbirlerine karşı ne derecede sorumlu olacağını içermeleri bakımından paralel anlam içermektedir. Hatta Mayer-Maly’e göre bu metinler *Gaius*’a atfedilen *Res cottidianae*’deki<sup>130</sup> ifadelerle aynı anlamı taşıdığından Klasik Hukuk Dönemi düşüncesini yansıtmaktadır<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> *Res cottidianae*: “*Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII*” olarak da ifade edilen bu eser son çalışmalar ışığında, Klasik Hukuk Dönemi’nden sonra üçüncü yüzyılın sonunda toplandığı düşünülen *Gaius*’a atfedilmiş günlük meselelere dair yedi kitaptır. Her ne kadar tanınmış, şahsi görüş sahibi büyük hukukçular tarafından derlenmemiş olsa da bu hukukçular Klasik Dönem hukukunu, Son İmparatorluk Dönemi hukukuna intibak ettirmişlerdi. Ancak bu hukukçular, Klasik Dönem hukukçuları gibi donanımlı olmasalar da yine de hukuki sistemle, hukuki sistemin uygulanacağı toplum arasında bağlantı kurmuş olduklarından yaptıkları çalışmalar takdirle karşılanmaktadır. Ayrıca bu eserde borçların kaynaklarının sözleşmeler, haksız fiiller ve diğer sebepler olarak açıklanması, bu eserin tasnif yapma özelliğine örnek teşkil etmektedir. Bu eserde kısa cümleli, sade bir dil kullanılmıştı. Schwarz, s. 126; Göze, Ayferi: “1965 Yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör Gaudemet Tarafından Verilen Konferansın Çevirisi, Batıda Post Klasik Eserlerin Genel Karakteri”, İÜHF 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 285 vd.; Berger, s. 677. Karş. Umur, Lügat, s. 180; Söğütü Erişgin, Quasi Delicta, s. 5-10.

<sup>131</sup> Naklen Laffely, Etienne: Responsabilité du “socius” et concours d’actions dans la société classique, Lausanne 1979, s. 31-32. Bu metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ifadesinin Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’ne ait olması hakkında bkz. Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter: Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987, s. 237 dn. 43, 334 dn. 31.

Yukarıdaki metinlerin ilkinde ihmalin (*culpa*) tanımı verildikten sonra, ortaklık sözleşmesi (*societas*) çerçevesinde ihmalden (*culpa*) bahsedilmiştir. *Gaius*, ortakların birbirine karşı ihmalden de (*culpa*) sorumlu olacağını belirttikten sonra, bu sorumluluğun kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile ölçülmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bunlara ek olarak her iki metinde de ortaklık işlerini görürken az özen gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendinde aramalıydı<sup>132</sup>. Ortağın ortaklık işlerinde, kendi işlerinde gösterdiği özenin altında bir özen göstermesi, dürüstlüğe (*fides*) aykırılık oluşturmaktaydı<sup>133</sup>. İlk metinde *Gaius*'un ortaklık sözleşmesi (*societas*) örneğinde verdiği *diligentia quam in suis* açıklamasıyla ortakların sorumluluğunun genişlediğinin kabulü tartışmalıdır<sup>134</sup>. Bu tartışma, aslında *Gaius*'un ortakların sorumluluğunu açıklayan metninde gerçekten de kendi görüşünü yansıtmayı yansıtmadığı veya kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile olağanüstü özeni (*exactissima diligentia*) henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde karşılaştırıp karşılaştırmadığı yönünde toplanmıştır<sup>135</sup>.

Genellikle kabul edilen görüşe göre, ortakların sorumluluğu kastın (*dolus*) yanında ihmali (*culpa*) de kapsadığı için *culpa*'nın belirlenmesinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanılması, ortağın lehine onun sorumluluğunu daraltan, hafifleten bir niteliğe sahiptir. Çünkü kendi işlerinde de özen göstermeyen bir kimseyi ortak olarak seçen kimse, asıl kusuru kendisinde aramalıydı. Görüldüğü üzere bu düşünce, *Iustinianus* Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütünün, ihmalin (*culpa*) derecelendirilmesinde sorumluluğu hafifleten niteliğine de uygun düşmektedir<sup>136</sup>.

Bu metnin *Gaius*'un gerçek düşüncesini yansıtmayı yansıtmadığı yönündeki eski çalışmalar, her iki metnin *interpolatio* gördüğünü ve gerçeği yansıtmadığını ifade etmekteydi. Ancak *interpolatio* gördüğü ifade edilen yerlerin sonradan *Gaius*'un tipik ifadeleri olduğu anlaşıldığında sonradan başka bir görüş daha kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, *Celsus*'un vedia -saklama-sözleşmesindeki (*depositum*) kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) örneğinde olduğu gibi<sup>137</sup>, *Gaius* da bu örneği

<sup>132</sup> Aynı yönde bkz. *Gai. D. 44.7.1.5*.

<sup>133</sup> **Mauel**, s. 43.

<sup>134</sup> **Gönenç**, *Societas*, s. 80.

<sup>135</sup> **Mauel**, s. 39.

<sup>136</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Gönenç**, *Societas*, s. 80-81.

<sup>137</sup> Bkz. yuk. III, A.

ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak için vermiş olmalıydı. Çünkü ortağın ortaklık payı olarak bir iş yapmayı taahhüt etmesinde veya eser sözleşmesiyle istisnaen hafif ihmalden (*culpa levis*) sorumlu olması<sup>138</sup> dışında ihmalden (*culpa*) sorumlu olması, *Gaius*'un yaşadığı dönemde tartışmalıydı ve genel olarak ortakların ihmalden (*culpa*) sorumluluğu kabul edilmemekteydi. Bu kapsamda *Gaius* da *Celsus*'un düşüncesine paralel olarak, ortakların kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletmek amacıyla kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramını kullanmış olmalıydı. Artık ortakların sorumluluğu kasıt (*dolus*) sorumluluğundan ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişlediği için, *Gaius* da ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak istemiş olmalıydı. Ancak bu düşünce, *Gaius*'un söz konusu metninin *interpolatio* görmediği ve gerçek görüşünün yansıtıldığı kabul edildiği takdirde savunulmaktadır<sup>139</sup>.

*Hausmaninger*, *Gaius*'un kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) belirlenen ihmal (*culpa*) sorumluluğunun, sadece kasıt (*dolus*) sorumluluğunu genişleterek sorumluluğu ağırlaştırdığını düşündüğünü ileri sürmemiş, aynı zamanda bu kavramı Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında olmamakla birlikte tam özen (*exactissima diligentia*) ifadesiyle karşılaştırdığı için sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurduğunu da düşündüğünü ileri sürmüştür<sup>140</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre *Gaius*, D. 16.3.32'de *Celsus*'un ifadesinin aksine *diligentia quam in suis*'in karşısına kasıt (*dolus*) kavramını değil de tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koyduğundan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı, soyut ölçünün (*culpa in abstracto*) hafifletilmiş hali olmalıydı<sup>141</sup>. Yani *Gaius* ortakların birbirine karşı kasıttan (*dolus*) sorumlu olduğunu kabul etmiş; ancak, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) ortaklığın işlerinde göstermemiş olmasını, güvene (*fides*) dayanan ortaklık ilişkilerini zede-

<sup>138</sup> *Ulp. D. 17.2.52.2* metni için bkz. yuk. dn. 126.

<sup>139</sup> **Mitteis**, s. 330 dn. 43, 332; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 271 vd., 275; **Mauel**, s. 41. Aksi görüş için bkz. **Gönenç**, Societas, s. 81.

<sup>140</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 274 vd. Aynı yönde *Gai. D. 44.7.5; Iust. Ins. 3.27.1*.

<sup>141</sup> *Meissel*'e göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde ortakların *diligentia quam in suis* ile belirlenen ihmalden (*culpa*) sorumluluğunun varlığı henüz aydınlatılmış değildir. **Meissel**, Franz-Stefan: Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, Frankfurt 2004, s. 294. Hatta *Ulp. D. 17.2.52.2*'de *societas* çerçevesinde verildiği üzere, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonundaki hukukçulara göre kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) kavramı, soyut ölçü (*culpa in abstracto*) lehine kaybolmaya başlamış olmalıydı. **Laffely**, s. 32.

diğini düşünmüştü. Bu sayede *Gaius*, ortakları ihmalden (*culpa*) sorumlu tutarak kendi işlerinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*) kavramını, ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak için kullanmış olmalıydı. Ancak *Hausmaninger*'e göre *Gaius*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramının karşısına Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında olmamakla birlikte tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koymuştu. Böylece ortağın sorumluluğunu bir yandan sınırlandırarak diğer yandan da sorumluluğunu hafifletmişti. *Mauel*'in haklı bir şekilde ifade ettiğine göre, aynı metnin içinde hem sorumluluğun genişletilmesinin hem de sorumluluğun hafifletilmesinin bulunması çelişkili gibi görünse de, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı nasıl ki iyiniyetin (*bona fides*) yorumu suretiyle ortaya çıkmıştı, o halde bilinçli bir şekilde iyiniyete (*bona fides*) aykırı hareket etmemeyi de gerektirmeliydi. Bu nedenle de çerçeveyi iyiniyet (*bona fides*) oluşturmalıydı. *Gaius*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile bir yandan ortakları sadece kasıtlı (*dolus*) değil de ihmalden (*culpa*) de sorumlu tutarak ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmaktayken, diğer taraftan da bu sorumluluğun hafifletildiğini, karşısına olağanüstü veya tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koyup ispatlayarak göstermekteydi. O halde ortakların tam özenle (*exactissima diligentia*) belirlenecek şekilde değil de, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütüyle sorumlu olması, ortakların sorumluluğunu hafifletmiş oluyordu<sup>142</sup>.

#### D. Ortak Mülkiyet (*Communio*)

Roma hukukunda ortak mülkiyet (*communio*), tarafların iradelerine dayanarak oluşabileceği gibi (*communio cum societate*), tarafların iradelerine dayanmadan (*communio incidens*) tesadüfen de oluşabilirdi. Bu kapsamda ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortak mülkiyet (*communio*), tarafların iradelerine dayanırdı. Buna karşılık bir kimsenin ölümü halinde oluşan miras ortaklığında veya farklı kimselere ait malların dış güçlerin etkisiyle karışması durumunda, tesadüfen meydana gelen ortak mülkiyet (*communio*) söz konusuydu<sup>143</sup>. O halde tesadüfi müşterek mülkiyet anlamına gelen *communio incidens*<sup>144</sup>, birden çok kimsenin ortaklık (*societas*) sözleşmesinde olduğu

<sup>142</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 275-276; **Mauel**, s. 43-44.

<sup>143</sup> **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara 2008, s. 140; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282-283.

<sup>144</sup> **Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler, İstanbul 2004, s. 26.



gibi iradelerinin uyuşması şeklinde değil de, tesadüfen bir araya gelerek ortak mülkiyet ilişkisine tabi olmalarıydı. Tesadüfi müşterek mülkiyet (*communio incidens*) durumunda, ortak maliklerin sorumluluğu, ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortakların sorumluluğuna benzemektedir.<sup>145</sup>

*Iustinianus* Dönemi'nde ortak mülkiyet (*communio*), hukuken sözleşme benzeri (*quasi contractus*)<sup>146</sup> olarak tasnif edilmişti.<sup>147</sup> Ortak mülkiyete sahip bir kimse, diğerine karşı kasıt (*dolus*) veya ihmâl (*culpa*) halinde sorumluydu<sup>148</sup>. İhmâl (*culpa*), daha Klasik Hukuk Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü aracılığıyla belirlenmekteydi<sup>149</sup>:

*D. 10.2.25.16 (Paulus 23 ad ed.)*

*“Non tantum dolus, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias;*

<sup>145</sup> **Rado**, s. 174; **Koschaker/Ayiter**, s. 256; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 289, 290; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 119.

<sup>146</sup> *Iustinianus* Dönemi'nde borçların kaynakları sözleşmeler (*contractus*), sözleşme benzerleri (*quasi contractus*), haksız fiiller (*delictum* veya *maleficium*), haksız fiil benzerleri (*quasi delictum* veya *quasi maleficium*) olmak üzere dörde ayrılarak incelenmişti. Sözleşme benzerleri vekaletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*), vesayet (*tutela*), müşterek mülkiyet (*communio*), muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ve sebepsiz zenginleşmeden oluşmaktaydı. **Rado**, s. 50 vd.

<sup>147</sup> *Iust. Inst. 3.27.3: “Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.”* “Keza, şayet bir şirket akdi yokken, bir mal, meselâ beraberce vasiyet edilmiş veya bağışlanmış olduğu için, müteaddit kimseler arasında müşterekse, ve birisi diğerine karşı, o şeyin semerelerini tek başına topladığı için, veya diğeri o şey üzerinde zarurî masraflar yaptığı için *communi dividendo* davası ile mesulse; hakikatte mecburiyetinin esasî bir akit değildir, zira aralarında yapılmış bir anlaşma yoktur: fakat borç, bir haksız fiilden de mütevellit olmadığına göre, akit benzerinden doğmuş addedilir.”

<sup>148</sup> *Ulp. D. 10.2.16.4; Paul. D. 10.2.25.16. Meissel*, s. 291.

<sup>149</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 283. Buna karşılık *Kunkel/Honsell*'e ve *Hausmaninger*'e göre, *Paul. D. 10.2.25.16*'daki *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ifadesi Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ne aittir. **Kunkel/Honsell**, s. 356 dn.3; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277. *Koschaker/Ayiter*'e göre, *Iustinianus* Dönemi'nde *culpa in concreto* sorumluluk mevcuttur. **Koschaker/Ayiter**, s. 256. *Umur, Rado, Erdoğan* ve *Tahiroğlu* müşterek maliklerin sorumluluğunun *diligentia quam in suis* ile belirleneceğini belirtmiştir. **Umur**, Roma Hukuku, s. 388; **Rado**, s. 174; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 290; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 132.

*quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rébus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.”*

“Bir olay sonucunda mirası elinde bulunduran kimse, diğer ortak mirasçılara karşı o şeyin zarara uğramasından dolayı hem *dolus* hem de *culpa* dolayısıyla sorumludur. Çünkü burada, rızaların uyuşmasından kaynaklanan bir birlik değil de, bir olay sonucunda ortaklaşa mülkiyete sahip olma söz konusudur. Bununla birlikte hiçbir zaman iyi bir aile babasının göstermesi gereken bir özen yükümü söz konusu değildir. Çünkü o kişiye düşen payı yönetmekle yükümlü olan kimseye, diğer ortak mirasçılara karşı hiçbir zaman vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davayı açma yetkisi verilemez. Sadece kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi yeterli sayılmıştır. Bu husus aynı şeyin iki kişiye muayyen mal vasiyeti yoluyla bırakılmasında da geçerlidir. Zira bu durumda da onlar tarafından gerçekleşen bir rıza uyuşması söz konusu değildir; ama her birinin müşterek malda ortak yararı söz konusudur.”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere<sup>150</sup>, müşterek mirasçı diğer mirasçılara karşı sadece kasten (*dolus*) verdiği zararlarla sorumlu değildi. Müşterek mirasçı aynı zamanda, ortak miras hakkında yaptığı işlerde kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermek zorundaydı. Bu nedenle *Paulus*, müşterek mirasçının sorumluluğunun kastı (*dolus*) da aşır *diligentia quam in suis* ile belirlenmesi gerektiğini ifade etmekteydi. Çünkü müşterek mirasçı, ortak miras hakkında yaptığı işlerde aynı zamanda kendi yararına da hareket etmekteydi. Müşterek mirasçı aynı zamanda kendi yararına iş gördüğünden, kendisine vekaletsiz iş görmeden (*negotiorum gestio*) kaynaklanan *actio negotiorum gestorum*<sup>151</sup> da tanınmazdı. Sonuç olarak müşterek mirasçının kendi işlerinde gösterdiği özenden daha az bir özeni ortak miras kapsamında göstermesi, iyiniyete (*bona fides*) aykırılık teşkil ederdi ve iyi bir aile babasının göstermesi gereken özen ölçütü (*diligens paterfamilias*) yerine kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanılması, müşterek mirasçıların ihmal sorumluluğunun hafifletildiğini göstermekteydi<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Metnin Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde *interpolatio* gördüğü hakkında bkz. **Mitteis**, s. 332 dn. 54; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277.

<sup>151</sup> *Actio negotiorum gestio*: Herhangi bir zorunluluğu veya vekaleti olmadan başkasının menfaatine yönelik bir iş görmeden kaynaklanan talepler için açılan davaydı. **Umur**, Lügat, s. 139.

<sup>152</sup> **Mauel**, s. 46-47; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 286.

### E. Vesayet (*Tutela*)

Roma hukukuna göre herkes hak ve fiil ehliyetine sahip değildi. Hak ehliyetine sahip olabilmek için Roma vatandaşı, özgür ve kendi hukukuna tabi (*sui iuris*) olmak gerekirdi. Hak ehliyetine sahip olan bir erkeğin fiil ehliyetini kullanabilmesi için yirmi beş yaşını doldurması, akıl hastalığı ve müsrifliği de olmaması gerekirdi. Yirmi beş yaşını doldurmamış baba egemenliği altında olmayan 0-14 yaş aralığındaki *sui iuris* erkek çocuklara yani bülüğa ermemiş küçüklere (*impuberes*), vasi (*tutela impuberum*) atanırdı. Bu yaş grubundaki erkek çocuklar da 7 yaşını tamamlamamış olanlar (*infantes*) ve 7-14 yaş grubundakiler (*impuberes infantia maiores*) yani çocukluk devrini geçirmiş olan küçüklük üzere ikiye ayrılırdı. *Sui iuris* bülüğa ermemiş erkek çocukları (*pupillus*) dışında, her yaşta kadına da vasi (*tutela mulierum*) atanmaktaydı<sup>153</sup>. Vasinin esas görevi, mamelekin idaresiydi. Vasi (*tutor*), bu malları yönetirken kendi işlerini gördüğünde uyguladığı özeni (*diligentia quam in suis*) göstermeliydi<sup>154</sup>.

Vasiye ihmali veya kastı nedeniyle açılan davada, vasinin şerefsizliğine (*infamia*) hükmedilirdi<sup>155</sup>.

Vasi (*tutor*), vesayet altındaki kimsenin işlerini görürken Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarından itibaren ancak kastı (*dolus*) varken sorumluyken<sup>156</sup>; Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren ve Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ihmali (*culpa*<sup>157</sup>) ile hareket etmişse sorumlu

<sup>153</sup> Küçüklere atanan vasiye nazaran kadınlar üzerindeki vesayete bazı sınırlamalar getirilmmişti. *Lex Claudia* ile en yakın baba egemenliğinden oluşan kanuni vesayet sona ermekle birlikte, *Lex Iulia Maritandis Ordinibus* ile özgür doğup en az üç çocuğu olan veya azat edilip en az dört çocuğu olan kadınlar vesayetten kurtarılmıştı. M.S. 4. yüzyıldan itibaren de kadınlar üzerindeki vesayet neredeyse tam olarak kaldırılmıştı. **Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 71-72.

<sup>154</sup> **Güneş Ceylan**, s. 47 vd., 101.

<sup>155</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 381; **Güneş Ceylan**, s. 123.

<sup>156</sup> *Koschaker/Ayiter*, Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıt (*dolus*) sorumluluğundan söz etmektedir. **Koschaker/Ayiter**, s. 256. Vasinin (*tutor*) ilk dönemlerde sadece kasıttan (*dolus*) sorumluluğu, vesayet altındaki kimsenin değil de kendi menfaatine hareket etmesi olarak belirtilmektedir. Bunun yanında kasıt (*dolus*) sorumluluğu, sadece olumlu bir davranışın fiilen yerine getirilmesini gerektirirken, kaçınma gibi bir hareket, vasinin sorumluluğunu doğurmazdı. Çünkü vesayet altındaki kimsenin, vasiye (*tutor*) açabileceği eski ilk dava haksız fiil davasıydı. **Ayiter**, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 79.

<sup>157</sup> Vasinin kendisiyle birlikte görevlendirilmiş diğer vasilerin borçlarını ödememeleri halinde, bu kimseleri azletmemesi vasinin ihmaline (*culpa*) örnek olarak verilebilir. **Güneş Ceylan**, s. 122.

olurdu. İhmalin (*culpa*) belirlenmesinde ölçüt, kendi işlerini görürken gösterdiği özen ölçütüydü (*diligentia quam in suis*)<sup>158</sup>. Sorumluluğun kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru ağırlaşmasının nedeni de, artık “vesayetin bir hakimiyet olmaktan çıkıp, bir kamu görevi (*munus publicum*) haline gelmiş olmasıydı”<sup>159</sup>:

*D. 27. 3. 1 pr. (Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum)*

“*In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.*”

“Her şeyin üstünde yapmakla izinli olmasa da vasi ne yaptıysa kesinlikle her şeyin üstünde neyi ihmal ettiyse bu davada *dolus, culpa* ve kendi işlerinde göstermesi gereken özen ile tutulduğu sorumluluk hesaba katılır.”<sup>160</sup>

Bu metinde *Ulpianus*, herhangi bir neden belirtmemekle birlikte vasiyi (*tutor*) sadece kasıt (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) değil de, aynı zamanda kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) sorumlu tutmuştur. Görüşlerine katıldığımız *Kaser/Knütel/Lohsse*'ye ve *Hausmaninger*'e göre vasinin sorumluluğunun kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütüyle belirlenmesi, soyut bir ölçü çerçeve teşkil etmediğinden sorumluluğun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi<sup>161</sup>. *Hausmaninger*'e göre bunun nedeni her ne kadar metinde gösterilmese bile, vasinin kendi malvarlığını ve üçüncü kişinin malvarlığını aynı zamanda yönetme mecburiyetinden kaynaklanmalıydı. Bu nedenle de kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan bir eklemekten ibaretti. Bu nedenle metindeki ifade, borçlunun ihmal sorumluluğunun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi<sup>162</sup>.

Ancak *Mauel*'e göre, ihmalden (*culpa*) sorumlulukla birlikte ayrıca kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) yer verilmesi, ihmal sorumluluğunun hafifletilmesi olarak değil de sorumluluğun ağırlaştırılması olarak anlaşılmalıdır. Çünkü vasi (*tutor*), sadece

<sup>158</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 381.

<sup>159</sup> **Güneş Ceylan**, s. 116.

<sup>160</sup> Metnin bir diğer çevirisi için bkz. **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42 dn. 81.

<sup>161</sup> **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285-286; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>162</sup> **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285. *Tahiroğlu*'na göre sorumluluğun belirlenmesindeki ölçüt ortaklık sözleşmesindeki gibi kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) olduğundan nispeten hafif bir ölçüydü. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 283.

kastın (*dolus*) varlığı halinde sorumlu tutulmak istenmemiş, ayrıca ihmalin (*culpa*) varlığı halinde de sorumlu tutulmak istendiği için kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) yer verilmek istenmişti<sup>163</sup>. *Mauel*'e göre, sorumluluğun bu şekilde ağırlaştırılması düşüncesi, Klasik Hukuk Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*'in) sorumluluğun ağırlaştırılması için ortaya çıktığını ifade eden düşünceye de uygun düşmekteydi. Aynı şekilde bu görüş, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*) ortaya çıkış amacı olan kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletme isteğine de uygun düşmekteydi. Bu nedenle, metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen kavramının (*diligentia quam in suis*) Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan bir ekleme olduğunu düşünmemek gerekir<sup>164</sup>.

### F. Dos

*Ius civile*'ye uygun bir evlenme sebebiyle (*matrimonii causa*) kadının kendisinin, aile babasının (*pater familias*) veya onun yerine başka bir kimsenin kocaya getirdiği ve kocanın malvarlığını arttıran şeylere çehiz, cihaz<sup>165</sup> anlamına gelen *dos* denirdi<sup>166</sup>. *Dos*, malvarlığı değerine sahip herhangi bir

<sup>163</sup> D. 26. 7. 33 pr (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): “A tutoribus et curatoribus pupillarum eadem diligenti exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.” “Vasinin ve kayyımın, vesayet altındaki kimsenin ve ergin olmayanın işlerinin yönetimi konusunda, *bona fides* gereği iyi bir aile babasının kendi işlerinin yönetimindeki özeni göstermesi gerekmektedir.” Bu metinde vasinin ve kayyımın iş yaparken göstereceği özen, aile babasının (*pater familias*) kendi işlerini görürken göstereceği özen olarak belirlenmiştir. Ancak hem *pater familias* şeklinde soyut bir ölçüye hem de kendi işlerini görürken şeklindeki somut bir ölçüye dayanılması birbirine zıtlık oluşturduğu gibi, “kendi işleri (*rebus suis*)” ifadesi dikkatsizlik sonucu yapılan bir ekleme olarak görülmektedir. Bu nedenle de aslında metinde kendi işlerini görürken göstermesi gereken özen ölçütünden (*diligentia quam in suis*) bahsedilmemektedir. *Pater familias*'ın kendi işlerini görürken özen göstermemesinin de hiçbir anlamı yoktur. Çünkü *pater familias* kendi işlerini görürken herhangi bir özen yükümünü göstermek zorunda değilken, metinde *diligentia quam in suis*'ten bahsedilmek istenseydi “*quam ipsi rebus suis adhibere solent*” ifadesinin kullanılması gerekirdi. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 279 dn. 43. Metinde iyi bir aile reisinin iyiniyet (*bona fides*) gereği göstermesi gereken davranışlarının çerçeve kabul edilerek soyut ölçünün kullanıldığı yönünde bkz. **Mauel**, s. 49-50.

<sup>164</sup> *Diligentia quam in suis*'in metne Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde eklendiği hakkında bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 281. **Mauel**, s. 51 vd.

<sup>165</sup> *Ayiter*'e göre dilimizdeki “çehiz” veya “cihaz” kelimeleri *dos*'un içeriğini tam olarak karşılamadığından, kavramın Türkçe çevirisi yerine Latince terimi kullanılmalıdır. **Ayiter**, Aile Hukuku, s. 17-18.

<sup>166</sup> **Ayiter**, Kudret: Klasik Roma Hukukunda “Dos” un Tesisi, Ankara 1958, s. 6.

şeyden oluşabilirdi. Roma’da erkeğin kadının yaşamsal ihtiyaçlarını karşılaması bakımından hukuki (*ius*) değil de örfi (*mores*) bir yükümlülüğü olduğundan *dos*, kadının konumunu güçlendirmekteydi. Yani erkeğin veya *pater familiası*’nın ailenin giderlerini tek başına karşılaması hakkaniyete aykırı olduğundan kadın, *dos* ile evlilik masraflarına (*onera matrimonii*) katılmaktaydı<sup>167</sup>. Ancak *dos* bu amaç yanında, Cumhuriyet Dönemi’nin başlarından itibaren evlilik bittikten sonra kadının geçiminin sağlanması amacını da taşımaktaydı. Zira kadın, *manus* evliliğiyle birlikte kendi ailesindeki miras hakkını kaybederdi ve bu miras hakkının yerini tutacak bir şey *dos* olarak verilirdi. Bu nedenle kocanın *dos* üzerindeki hakimiyeti sınırlansa da, Klasik Hukuk Dönemi hukukçularına göre *dos*’un mülkiyeti kocaya aitti ve kadının, *pater familiası*’nın veya başkasının hukuken *dos* verme mükellefiyeti yoktu<sup>168</sup>. *Iustinianus*, bu amacı ön planda tuttuğundan kocanın *dos* üzerinde yalnızca intifa (*ususfructus*) ve idare hakkı olduğunu kabul etmişti. Ayrıca boşanma söz konusu olursa *dos* geri verileceğinden, *dos*’un evliliğin devamını sağlama amacı da bulunmaktaydı<sup>169</sup>.

Koca, *dos*’un zarar ve ziyanda, kasten (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) hareket ettiyse sorumlu tutulurdu. *Kaser*’e göre, Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarından itibaren kocanın *dos* üzerinde kasıt (*dolus*) ve ihmâl (*culpa*) nedeniyle sorumluluğu söz konusuydu<sup>170</sup>. Buna karşılık *Kaser/Knütel/Lohsse*’ye göre, Klasik Hukuk Dönemi boyunca kocanın *dos* üzerinde kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünü (*diligentia quam in suis*) göstermesi hususunda kesinlik söz konusu değildi<sup>171</sup>. *Koschaker/Ayiter*’e göre ise, kocanın *dos* üzerindeki sorumluluğu *Iustinianus* Dönemi’nde somut ölçüyle belirlenirken, Klasik Hukuk Dönemi’nde kocanın kasıt (*dolus*) sorumluluğu mevcuttu. *Ayiter*’e göre, kocanın kendi mallarına karşı özensiz hareket etmesi, *dos* mallarına karşı da özensiz hareket etmesine neden olmazdı<sup>172</sup>:

*D. 23. 3. 17 pr. (Paulus libro septimo ad Sabinum)*

*“In rebus dotalibus virum praestare oportet, tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.”*

<sup>167</sup> **Ayiter**, *Dos*, s. 32.

<sup>168</sup> **Ayiter**, *Dos*, s. 52, 145.

<sup>169</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 358 vd.; **Koschaker/Ayiter**, 316 vd.; **Ayiter**, *Aile Hukuku*, s. 18 vd.

<sup>170</sup> **Kaser**, *RP I*, s. 340.

<sup>171</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 362.

<sup>172</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 319. **Ayiter**, *Dos*, s. 125; **Ayiter**, *Aile Hukuku*, s. 35.

“*Dos* konusunda, koca hem *dolus* ve hem de *culpa* ile sorumludur. Çünkü *dos*’u kendi yararına elinde tutar. Bununla birlikte kendi işlerinde gösterdiği özeni sağlamakla borçlanır.”

Yukarıdaki metinde *dos*’un geri verilmesi hususunda, kocanın hem kasıt (*dolus*) hem de ihmal (*culpa*) sorumluluğunun bulunmasının nedeni, kocanın *dos*’u kendi yararına elinde bulundurması olarak gösterilmektedir. Bu yarar prensibi nedeniyle, görüşlerine katıldığımız *Hausmaninger* ve *Kaser/Knütel/Lohsse*’ye göre kocanın sorumluluğu hakkında kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) metnin orijinal halinde yer almamakla birlikte metne sonradan eklenmişti<sup>173</sup>. *Hausmaninger*’e göre *Paulus* kocayı, *dos* olarak verilen malın zarar görmesinde kasıt (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) hareket ettiyse sorumlu tutmakla birlikte muhtemelen Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü eklenerek ihmal derecelerinin belirlenmesi çerçevesinde kocanın ihmal (*culpa*) sorumluluğu hafifletilmişti<sup>174</sup>. Yani kocanın *dos*’un iadesinde özenli bir aile babasının (*diligens pater familias*) davranışındaki özeni değil de, kendi işlerinde uyguladığı özeni (*diligentia quam in suis*) göstermesi yeterliydi.

Bu düşünceye karşılık *Mauel*’e göre ise metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı metne sonradan eklenmemiştir. Metinde yer alan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), kavramın ilk ortaya çıkış amacına uygun olarak kocanın sorumluluğunun ağırlaştırıldığını göstermektedir<sup>175</sup>. Çünkü koca, *dos*’un geri verilmesinde ortaya çıkan zararda kastının (*dolus*) varlığı halinde değil de, ayrıca ihmalinin (*culpa*) varlığı halinde de sorumlu tutulmak istenmişti. Bu nedenle de vasinin (*tutor*) sorumluluğunda da belirtildiği gibi<sup>176</sup>, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramıyla ihmal (*culpa*) sorumluluğunun yan yana verilmesi, kocanın sorumluluğunun ağırlaştırılmasını göstermekteydi<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> *Diligentia quam in suis*’in *Iustinianus* Dönemi’nde metne eklendiği hakkında bkz. **Kaser**, RP II, 258 vd.; Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde eklenmesiyle ilgili olarak bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277 vd. Aynı yönde bkz. **Mitteis**, s. 333.

<sup>174</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 280-281; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285-286 **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225. *Praeferna* adı verilen *dos* dışında olup kadın tarafından istenilen şekilde kullanılan malların üzerinde kocanın *Iustinianus* Dönemi’nde *culpa in concreto* sorumluluğunun bulunduğu yönünde bkz. **Ayiter**, *Dos*, s. 29-30; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 278; **Mauel**, s. 57.

<sup>175</sup> **Mauel**, s. 56.

<sup>176</sup> Bkz. yuk. III, E.

<sup>177</sup> **Mauel**, s. 54 vd. Aksi görüş için bkz. **Mitteis**, s. 333; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 278.

## SONUÇ

Hukuken iyi bir yöneticinin, malların idaresinde ve borçların ifasında göstermesi gereken özen anlamındaki özen yükümünün (*diligentia*) belirlenmesi, o borç ilişkisinde borçlunun aktif bir davranış göstermesine bağlıydı. Borçlunun bu aktif davranışı ya ideal insan (*diligentia diligentis*) olarak özenli bir aile babasının (*diligens pater familias*) göstermesi gereken özeni kapsamalıydı ya da kendi işlerinde göstermesi gereken özeni (*diligentia quam in suis*) içermeliydi. Belirtilen iki türdeki özen yükümü (*diligentia*) türlerine aksi davranış, belirli hukuki ilişkilerde borçlunun sorumluluğuna neden olurdu. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden biri olarak kabul edilen özen yükümünün (*diligentia*) kökleri, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları tarafından oluşturulmuştu.

*Iustinianus* Dönemi'nde kasıt (*dolus*) ve kasıta eşit tutulan ağır ihmalden (*culpa lata*) sorumluluk söz konusu olduğunda borçlunun sorumluluğu hafifti. Buna karşılık tüm kusur derecelerinden (*omnis culpa*) sorumlulukta, borçlunun sorumluluğu ağırdı. Hafif ihmalden sorumluluğun belirlenmesinde kullanılan özen yükümü (*diligentia*) türlerinden ideal insan davranışı (*diligens pater familias*) söz konusu olduğunda sorumluluğun artması söz konusu olurken, kendi işlerinde kullanılan özenin (*diligentia quam in suis*) gösterilmesi durumunda ihmal (*culpa*) sorumluluğunun sınırlandırılarak hafifletilmesi söz konusu olurdu. Çünkü kendi işlerinde de dikkatsiz ve özensiz olan kimse, sorumluluktan kurtulurdu.

Özen yükümüyle ilgili olan metinlere bakıldığında her iki özen yükümü türünün de temellerinin Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları tarafından atıldığı kabul edilmelidir. İdeal insan davranışı şeklindeki (*diligens pater familias*) soyut ölçünün, ilkin Roma'nın günlük yaşamında kullanıldığı, sonradan Roma'nın hukuk hayatına girdiği kabul edilmektedir. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) şeklindeki somut ölçü ise, *Iustinianus* Dönemi'nin aksine Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal sorumluluğunun sınırlandırılarak hafifletilmesi amacıyla değil de, sorumluluğun kasıt (*dolus*) sorumluluğundan ihmal (*culpa*) sorumluluğuna doğru genişletilerek ağırlaştırılması için getirilmişti. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) ortaya çıkışını gösteren metin olarak *Cels. D. 16.3.32*'de, bu kavramın kasıt (*dolus*) ile karşılaştırılması yapılmıştır. Hukukçu *Nerva*'ya göre çok büyük ihmal (*culpa lator*), kasıtle (*dolus*) eşdeğer sonuçları doğurmalıyken; *Proculus* bu düşünceye, vedia -saklama- (*depositum*) sözleşmesinde mahkumiyetin şerefsizlik sonucu doğurması nedeniyle karşı çıkmıştı. İhmalle hareket eden biri değil de, ancak kasten sözleşmeye aykırı davranan kişi şerefsizlik sonucuyla karşılaşmalıydı.



Çünkü ihmalkar bir insan, başkasının işini görürken de ihmalkar davranacaktı. Buna karşılık *Celsus*, *Nerva*'nın çok büyük ihmalle borca aykırı hareket etmenin sonuçlarının kasıtlı eşdeğer tutmasını haklı bulmuştu. Bu hukukçuya göre bir kimse, eşya sırf kendisine değil de başkasına ait olduğu için ihmalkar davrandığında yani kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermediğinde, bu davranış güvene aykırılık (*fraus*) anlamında *dolus* ile aynı sonuçları doğurmalydı.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) ilgili olarak ortaklık sözleşmesinde (*societas*) ortakların birbirlerine karşı sorumluluklarını içeren *Gai. D. 17.2.72*'ye göre, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni ortaklık işlerinde de göstermesi beklenirdi. Bu metinde *diligentia quam in suis*, teknik anlamda olmamakla birlikte olağanüstü özen (*exactissima diligentia*) ile karşılaştırıldığından sorumluluğun hafifletilmesi söz konusu olmalıydı. Diğer taraftan *Gaius*'un yaşadığı dönemde henüz ortakların genel olarak ihmalden (*culpa*) sorumluluğu bilinmediği için sorumluluk ölçütünün kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia in quam suis*) ile belirlenmesi, sorumluluğun kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişlediğini gösterirdi. Bu açıdan da kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), kasıt (*dolus*) ve ihmali (*culpa*) arasında köprü görevi görmekteydi.

*Celsus*'un vedia (*depositum*) sözleşmesi örneğinde ve *Gaius*'un ortaklık sözleşmesinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütünü ilk kez kullanımında, borçlunun sorumluluğunu genişletmek isteğiyle sorumluluğun ağırlaştırılması söz konusuysen, bu ölçütün ilerleyen zamanlarda başka hukuki ilişkilerde kullanımı ihmalden (*culpa*) sorumluluğun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi. Zira kendi işlerinde de dikkatsiz ve özensiz olan kimsenin, *diligentia quam in suis* sorumluluk ölçütüyle sorumluluğundan bahsedilmezdi. Müşterek mirasa sahip olan kimselerin bu ortak mülkiyet ilişkileri (*communio*) ortaklık sözleşmesindeki (*societas*) gibi kendi isteklerine dayanmazdı ve müşterek mirasçı, diğer mirasçıların yararına olduğu kadar kendi yararına da hareket ederdi. Keza koca da *dos*'u kendi yararına elinde bulundurduğundan sorumluluk ölçütü, yine *diligentia quam in suis* olarak belirlenmişti. Vasinin (*tutor*) sorumluluk ölçütünde de *diligentia quam in suis*'in kabul edilerek sorumluluğunun hafifletildiğinin kabulü, muhtemelen vasinin bu görevi mecburen yüklenip hem kendisinin hem de vasinin mallarının yönetimini birlikte yürütmesi gerekliliği idi. Belirtilen bu hukuki ilişkilerde kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünün kullanımı ihmali (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesine neden olurdu. Zira ideal bir insan davranışı örnek olarak alınmadığından, borçlunun kendi işlerinde de özensiz olması onun sorumluluğuna neden olmazdı.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli, Konya 2013.
- Atak**, Ali Selkor: Klâsik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2004.
- Ayiter**, Kudret: Klasik Roma Hukukunda “Dos” un Tesisi, Ankara 1958 (Anılış: Dos).
- Ayiter**, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963 (Anılış: Aile Hukuku).
- Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Behrends**, Okko/**Knütel**, Rolf/**Kupisch**, Berthold/**Seiler**, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; **Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends**, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.
- Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.
- Buckland**, William Warwick: Diligens Pater Familias, Studi in Onore di Pietro Bonfante, Volume Secondo, Milano 1930, s. 87-108.
- Di Marzo**, Salvatore (Çev.: Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- Dunand**, Jean-Philippe/**Schmidlin**, Bruno/**Winiger**, Bénédict: Droit Privé Romain II, Obligations, Bruxelles 2010.
- Dunand**, Jean-Philippe/**Pichonnaz**, Pascal: Lexique de droit romain, Genève, Zurich, Bâle 2006.
- Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, İstanbul 2004 (Anılış: Hukukta Latince).
- Erdoğan**, Belgin: “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof. Dr. Roma Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 895-908 (Anılış: Custodia).
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2014 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti, Societas, İstanbul 2004 (Anılış: Societas).

- Gönenç**, Fulya İlçin: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, MÜHF-HAD 2008, C. XIV, S. 4, s. 13-28 (Anılış: Haksız Fiil).
- Göze**, Ayferi: “1965 Yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör Gaudemet Tarafından Verilen Konferansın Çevirisi, Batıda Post Klasik Eserlerin Genel Karakteri”, İÜHF 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 284-295.
- Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.
- Hausmaninger**, Herbert: “Diligentia quam in suis”, Festschrift Kaser 1976, s. 265-284 (Anılış: FS Kaser).
- Hausmaninger**, Herbert: “Rechtsvergleichende notizen zur diligentia quam in suis”, Festschrift Baltl, 1978, s. 283-295 (Anılış: FS Baltl).
- Honig**, Richard (Çev.: Şemseddin Talip): Roma Hukuku, İstanbul 1938.  
*Iustinianus Institutiones*, Çev.: Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.
- Jörs**, Paul/**Kunkel**, Wolfgang/**Wenger**, Leopold/**Honsell**, Heinrich/**Mayer-Maly**, Theo/**Selb**, Walter: Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987 (Anılış: Kunkel/Honsell).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara 2008 (Anılış: Roma Hukuku).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara 2008 (Anılış: Eşya Hukuku).
- Kabağaç**, Sina/**Alova**, Erdal: Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.
- Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian: Römisches Privatrecht, München 2017.
- Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht, 2. Aufl., München 1971 (Anılış: RP I).
- Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen, Zweite, neubearbeitete Aufl., München 1975 (Anılış: RP II).
- Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2016.
- Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

- Kuhlmann**, Gerhard: *Diligentia*. Der Begriff in seiner Funktion. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster (Westf.), Münster/Westfalen 1958.
- Kunkel**, Wolfgang: “*Diligentia*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 45, 1925, s. 266-351.
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998 (Anılış: *Ususfructus*).
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (*Depositum*), Ankara 2002 (Anılış: *Depositum*).
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007 (Anılış: *Testamentum*).
- Laffely**, Etienne: *Responsabilité du “socius” et concours d’actions dans la société classique*, Lausanne 1979.
- Marton**, Géza: Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile, RIDA 1949, tome 3, Mélanges Fernand De Visscher II, s. 177-191.
- Mauel**, Joachim: “Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten -Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs”, Inaugural-Dissertation Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln 1985.
- Meissel**, Franz-Stefan: *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt 2004.
- Mitteis**, Ludwig: *Römisches Privatrecht*, 1. Bd., Leipzig 1908.
- Molnar**, Imre: “Der Haftungsmaßstab des Pater Familias Diligens in römisches Recht”, Vorträge Gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. Bis 27. September 1990 (Hrsg. Paul Nève und Chris Coppens), Nijmegen 1992, s. 23-31 (Anılış: *Pater Familias Diligens*).
- Molnar**, Imre: *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged 1998 (Anılış: *Die Haftungsordnung*).
- Monier**, Raymond: *Petit Vocabulaire de Droit Romain*, Paris 1942.
- Rado**, Türkan: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1978.
- Robaye**, René: *Le droit romain*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles 2005.
- Schmidlin**, Bruno/**Cannata**, Carlo Augusto: *Droit Privé Romain II, Obligations Successions Procédure*, Lausanne 1987.

- Schwarz**, Andreas B. (Çev.: Türkân Rado): Roma Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1965.
- Somer**, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, İstanbul 2008.
- Sögütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002 (Anılış: Quasi Delicta).
- Sögütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016 (Anılış: Contractus).
- Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Tahiroğlu**, Bülent: “Roma Hukukunda Contractus’tan Kaynaklanan Sorumluluk ve Türk Hukukuna Etkileri”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 503-511 (Anılış: Contractus).
- Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2009.
- Tamer Güven**, Diler: Culpa in Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001 (Anılış: Culpa).
- Tamer**, Diler: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009 (Anılış: Roma Hukuku).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Anılış: Lügat).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, İstanbul 1999 (Anılış: Roma Hukuku).
- Visky**, Károly: “La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République”, Revue Internationale des droits de l’antiquité, Mélanges Fernand De Visscher II, 1949, s. 437-484.
- Walter**, Tom: Die Funktionen der actio depositi, Berlin 2012.
- Wolff**, Hans Julius: “Zur Geschichte der diligentia quam suis”, IVRA 1955, s. 152-155.
- Zilelioğlu**, Hilâl: “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD 1982-1987, C. XXXIX, S. 1-4, s. 241-264 (Anılış: Sorumluluk).
- Zilelioğlu**, Hilâl: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985 (Anılış: Custodia).

## SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNUN MADDİ KOŞULLARI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704807>

**Dr. Barış DEMİRSATAN\***

### Öz

*Bu çalışmada, satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğun maddi koşulları incelenmiştir. Satıcının zapttan sorumluluğu, Roma hukukunun kalıntısıdır. Buna göre satıcı, tasarruf yetkisinin bulunmaması nedeniyle, alıcıya satılanı teslim etmesine rağmen, mülkiyeti devredemediği ve üçüncü kişi üstün hakkına dayanarak satılanı alıcının elinden aldığı takdirde zapt gerçekleşir. Dolayısıyla zaptın koşulları, geçerli bir satış sözleşmesi, satılanın teslim edilmiş olması, sözleşme kurulduğu anda üstün hakkın var olması ve satılanın alıcının elinden alınması olarak ifade edebilir. Bunun yanı sıra, zapttan sorumluluğa ilişkin zamanaşımının dolmaması, zapttan sorumluluğunun kaldırılmamış olması ve alıcının zapt tehlikesini bilmiyor olması lazım gelir. Her bir unsurun özellikleri, uygulama ve öğretilerdeki görüşler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Öte yandan bu sorumluluğun niteliği ve hukuki ayıptan farklılıklarına da değinilmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Satış sözleşmesi, Satıcının sorumluluğu, Zapt, Zaptın koşulları, Zapttan sorumluluk*

## MATERIAL CONDITIONS FOR THE VENDOR'S LIABILITY FOR EVICION (WARRANTY OF TITLE)

### Abstract

*In this paper, the material conditions of liability for eviction in the sales contract have been examined. The vendor's liability for eviction is the remnant of Roman law. If the vendor, since he/she does not have the authority to*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0228-5236> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.02.2020/Makale Kabul Tarihi: 05.03.2020)

*alienate, despite delivering the sold to the buyer, cannot transfer the ownership and on the basis of the superior right a third party reclaims subject matter of the sale, the eviction occurs. Therefore, the conditions of liability for eviction can be expressed as a valid sales contract, the delivery of the subject matter, the existence of superior rights at the time the contract was concluded and the withdrawal of the subject matter from the buyer. Furthermore, the statute of limitations should not have been expired and the liability for eviction should not be abolished or the buyer should not have been aware of the danger of eviction. The characteristics of each element are evaluated within the framework of the views in practice and legal doctrine. On the other hand, the nature of such liability and its differences from the legal defect are also mentioned.*

**Keywords**

*Sales agreement, Liability of vendor, Eviction, Conditions of eviction, Liability for warranty of title*

## GİRİŞ

Yargı uygulamasında zapttan sorumluluk geniş bir yer almasa da tarihi ve kuramsal temelleri bakımından satış sözleşmesinde önemli bir işleve sahiptir. Bu çalışmada, satıcının zapttan sorumluluğunun koşulları incelenecektir. Bunun için öncelikle zapttan doğan sorumluluğun hukuki niteliği değerlendirilecektir. Ayrıca, zapttan sorumluluğun maddi hukuka ilişkin koşullarından önce, sorumluluğa ilişkin genel niteliği ile zamanaşımı konusuna değinilecektir. Çalışma, zapttan sorumluluğa ilişkin Türk Borçlar Kanununda alıcıya yüklenmiş külfetleri ve alıcı lehine tanınmış ispat kolaylıklarını kapsamamakta olup zapttan sorumluluğun maddi koşullarıyla sınırlanmıştır.

### 1. GENEL OLARAK SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

#### 1.1. Türk Borçlar Kanununda Zapt Kavramı

Zapttan sorumluluk Türk Borçlar Kanununda özel bir sorumluluk rejimi olarak satış sözleşmesi kapsamında m. 214 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Ancak zapt, satış sözleşmesine özgü bir terim değildir. Satış sözleşmesi dışında Türk Borçlar Kanunu “zapttan sorumluluk” kenar başlığı altında m. 309 ile kira sözleşmesinde özel olarak hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, zapttan sorumluluğa satış sözleşmesindeki hükümlerin örneksemeyle uygulanmasını sağlamak üzere mal değişim (trampa) sözleşmesi (TBK m. 284) ve adi ortaklık sözleşmesinde katılma payı borcuna ilişkin olarak yer verilmiştir (TBK m. 621/III). Zapttan sorumluluk hakkında kavramsal bir çerçeve çizilmesi satış ve kira sözleşmelerindeki hükümler ışığında mümkün olabilir.

TBK m. 214/I: “*Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırorsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.*”, TBK m. 309: “*Bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildiri üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklindedir. Buna göre zapt sözleşme konusu üzerinde sözleşmenin kurulduğu anda<sup>1</sup> mevcut üstün bir hak nedeniyle üçüncü kişi tarafından sözleşme konusunun, onu temlik almak veya yararlanmak üzere teslim alan

<sup>1</sup> Kira sözleşmesinde bu husus TBK m. 310 hükmünün kenar başlığından açıkça anlaşıl-maktadır.



kişinin elinden alınması olarak ifade edilebilir<sup>2</sup>. Bu itibarla zapt, sözlük anlamı itibarıyla “tutma”, “hâkim olma”, “ele geçirme” sözcüklerini ifade etmekteken<sup>3</sup> hukuki açıdan üstün hakka dayalı bir eylemi karşılamaktadır<sup>4</sup>.

Zaptın gerçekleşmesi sözleşme konusunu oluşturan edimin yerine getirilmediği gösterir. Bu durumda, zapta maruz kalan sözleşme tarafı, karşı tarafın sorumluluğuna genel hükümler uyarınca gidebilir. Bununla birlikte zapt olgusunun doğurduğu hukuki sonuçlar yukarıda belirtilen sözleşme tiplerinde özel olarak düzenlendiğinden her bir sözleşme tipi için bu özel sorumluluk rejimine ve genel hükümlere başvuru olanağı ayrıca değerlendirilmek gerekmektedir. Eş söyleyişle, zapt borca aykırılık oluşturur, birtakım sözleşmelerde bu borca aykırılık özel olarak düzenlenmiştir. Satış sözleşmesi de zapttan sorumluluğun en geniş ölçüde hüküm altına alındığı sözleşme tipini oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

## 1.2. Zapttan Sorumluluğunun Niteliği

Satış sözleşmesi uyarınca satıcı, alıcıya satılanın mülkiyeti devretmek ve bu bağlamda zilyetliğini de devretmek borcu altındadır (TBK m. 210). Satılan, alıcıya teslim edildikten sonra üçüncü kişi tarafından; en geç satış sözleşmesinin kurulduğu anda var olan bir üstün hakka dayanılarak alıcının elinde alınır, bu durum satıcının mülkiyeti devir borcunu ifa etmediğini

<sup>2</sup> **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014 (Hazırlayanlar: **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak), s. 109, kira sözleşmesinde s. 426 ve dn. 131; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 141, kira sözleşmesinde s. 271; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2013, s. 53, kira sözleşmesinde s. 273; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s. 118, kira sözleşmesinde s. 397; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 107, kira sözleşmesinde s. 285-286; **Atamer**, Yeşim, “Tasınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 218; **Çabri**, Sezer: “Tasınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22 S. 3 (2016-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), s. 585-586; **Doğu**, H. Mert: “Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayrıptan ve Zapttan Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26 S. 2 (2018), s. 520.

<sup>3</sup> Kubbealtı Lugatı - Misalli Büyük Türkçe Sözlük (www.lugatim.com)

<sup>4</sup> **Aydoğdu/Kahveci**, s. 119.

<sup>5</sup> Nitekim bu sebeple kira sözleşmesindeki zapttan sorumluluğa satış sözleşmesinde hükümlerin örneksemeye uygulanabileceği öğretide savunulmuştur: **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 271; **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 167; **Yavuz**, s. 430; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, İstanbul, 2008, s. 124-126.

gösterir. Bu çerçevede satılanın alıcının elinden alınması halinde doğacak sorumluluk özel olarak<sup>6</sup> Türk Borçlar Kanununda m. 214 ilâ 218 hükümleri

<sup>6</sup> Zapt hükümleri ile genel borca aykırılık ve irade bozukluğu düzenlemelerinin yarışabileceği hususunda bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, N. 295 vd.; **Gümüş**, s. 54; **Aral/Ayrancı**, s. 107; **Yavuz**, s. 110 dn. 5; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 80; **Nomer**, Haluk N./**Engin**, B. İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Ankara, 2018, TBK m. 214, N. 25 vd.; **Rüegg**, Eric: “§ 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers / I.-IV.”, Der Grundstückskauf, Ed. Alfred Koller, Bern, 2017, §5 N. 33; **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR, Art. 192 OR, Zürich-Basel-Cenevre, 2016, Art. 192 OR, N. 7-8; **Giger**, Hans: Berner Kommentar Das Obligationen Recht 2. Abteilung I. Teil Band 1. Abschnitt, Bern, 1980, Art. 192, N. 9 (kötü ifa), 10 (borçlu temerrüdü, yarışmanın her zaman mümkün olmadığı, satıcının ifa etmesinin beklemenin boşuna olduğu hallerde imkânsızlığın doğacağı şeklinde) ve 11 (irade bozuklukları). Sadece irade bozukluklarında yarışma olabileceği görüşünde: **Honsell**, Heinrich: Basler Kommentar - Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Baskı, 2007, Basel, Vorbem Art. 192-210 OR, N. 6-8; **Venturi**, Silvio/**Zen-Ruffinen**, Marie-Noëlle: Commentaire Romand-Code des Obligations Art. 1-529, Basel, 2012, Intro. Art. 192-196a CO, N. 9-11; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 2. Cilt Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, s. 209; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/I, İstanbul, 2008, s. 148, Yazar genel hükümlere zaptın koşulları gerçekleşmediği ölçüde başvurulabileceğini kabul etmektedir.- JdT 1984 I 139: “*Ayıplı bir mal teslim edildiğinde alıcının İBK m. 197 vd. uyarınca garanti sorumluluğuna girmek ile İBK m. 23 uyarınca irade bozukluğu ile sakatlanmış sözleşmeyi hükümden düşürmek arasında seçim hakkının bulunduğu istikrar kazanmış içtihatır. Bu görüş, İBK m. 192 (Oser/Schönenberger n. 1 ve Giger n. 11 İBK m. 192) anlamında hukuki kötü ifanın yapıldığı hallerde de geçerli olur. ... Özellikle, alıcının irade bozukluğuna karşın sadece garanti sorumluluğuna dayanabilecek olması kabul edildiğinde, alıcı gerçek malikin satılanın zapt edilmesini beklemek zorunda kalacağı ve bu bekleyişe bağlı olumsuzluklara belirsiz bir süre boyunca katlanmak zorunda kalkması bu görüşün gerekliliğini ortaya koyar.*” Borçlu temerrüdü veya irade bozukluğundan doğan haklar kullanıldıktan sonra zapt hükümlerine başvurulması mümkün değildir. Yarışma, bu andan önceki hukuki durum için geçerlidir. Öte yandan tam zaptın gerçekleşmesiyle sözleşme kendiliğinden sona erdiği için borçlu temerrüdü veya borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık nedeniyle tazminat istemine başvurmak olanaksız hale gelir. Kanun koyucunun böyle bir sınırlayıcı amaç taşımadığı şeklinde aksi yönde: ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, **Schönle**, Herbert/**Higi**, Peter: Zürich, 2005, Art. 192 OR, N. 12, Ayrıca bkz. N. 11, Yazarlar tam zapt halinde, ifa yerine olumlu zararı talep hakkının temerrüt hükümleri uyarınca saklı olduğunu, sözleşmeyi sonlandırmanın ise zapt hükümlerine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme iptal edilmediği sürece zapt ve hilenin yarışacağı: **Ercoskun Şenol**, H. Kübra: “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17 S. 4 (Ekim 2013), s. 90. Yarışmayı kabul etmeyen görüş: **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht,

arasında düzenlenmiştir. Böylece görülmektedir ki satıcının zapttan sorumluluğu, mülkiyeti ve zilyetliği devir borcunun ihlaline bağlanan bir yaptırımdır<sup>7</sup>. Dolayısıyla ancak bu borcun varlığı zapttan sorumluluğa anlam kazandırabilir<sup>8</sup>. Satış konusunun, satıcı tarafından alıcının malvarlığına aktarılmasından ileri gelen bu sorumluluk esas itibarıyla satıcının tasarruf yetkisinin eksikliğinden kaynaklanır<sup>9</sup>.

Zapttan sorumluluk doğrudan doğruya yasa tarafından öngörülmüş olup kural olarak tarafların ayrıca sözleşmede kararlaştırmasını gerektirmez<sup>10</sup>. Genel hükümlerde düzenlenen sorumluluk rejiminden farklı olarak zapttan sorumluluk, tam zapta alıcının dolaylı zararlarının giderilmesi dışındaki zararlar bakımından kusurdan bağımsız bir sorumluluk halidir<sup>11</sup>. Özellikle bu yönden zapttan sorumluluğun genel hükümlere nazaran alıcı lehine olduğu ifade edilmektedir<sup>12</sup>.

Zapttan sorumluluğun söz konusu olması için üçüncü kişinin üstün bir hak sahibi olması gereklidir<sup>13</sup>. Hangi hakların “üstün” sayılabileceği aşağıda incelenecektir. Bu özelliğe burada değinilmesinin sebebi, üçüncü kişinin hakkının varlığının zaptın hukuki ayıptan ayırım yapmayı sağlıyor olmasıdır. Zapta, satılan, alıcının elinden üçüncü kişinin üstün hakkını ileri sürmesi nedeniyle alınır. Mesela, hırsızlık soruşturması kapsamında kolluk kuvvet-

Besonderer Teil, Band I Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Bern, 2012, §1 N. 61; **Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988, s. 90.

<sup>7</sup> **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N. 1; **Tandoğan**, s. 148; **Yavuz**, s. 110; **Aral/Ayrancı**, s. 107; **Acar**, Özlem: “Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13 S. 1 (2014), s. 104; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 119; **Çabri**, s. 587. Bununla birlikte zapt halinin eksik ifa oluşturduğunu ileri sürmek kanımızca mümkün değildir. Karş. **Tunçomağ**, s. 209.

<sup>8</sup> **Tandoğan**, s. 149; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N. 1.

<sup>9</sup> **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 192 OR, N. 2; **OFK Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)- Kostkiewicz**, Jolanta Kren: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016, Art. 192 OR, N. 1-2.

<sup>10</sup> **Tandoğan**, s. 148; **Yavuz**, s. 110; **Aral/Ayrancı**, s. 107; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 120; **Zevkililer/Gökayla**, s. 141; **Doğu**, s. 520. Bu durum sorumluluğun kökenini sözleşmesel olmaktan çıkarmaz: **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 3.

<sup>11</sup> **Tandoğan**, s. 149; **Yavuz**, s. 111; **Eren**, N. 229; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 80; **Engel**, Pierre: Contrats de droit suisse, Bern, 2000, s. 28; **BSK-Honsell**, Vorb. Art. 192-210 OR, N. 1; **Tercier**, Pierre/**Venturi**, Silvio: **Les contrats speciaux**, Zürich, 1995, N. 324.

<sup>12</sup> **BSK-Honsell**, Vorb. Art. 192-210 OR, N. 1 **Eren**, N. 232; **Engel**, s. 27; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 7.

<sup>13</sup> **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 5; **BSK-Honsell**, Vorb. Art. 192-210 OR, N. 5; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2014, N. 2552; **Koller**, §4 N. 74.

lerinin satılana el koyması zapt hükümlerinin uygulanmasına sebep olmalıdır<sup>14</sup>. Zira bu durumda üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle alıcının satılardan yararlanmasına engel olunmaktadır. Bu kapsamda üçüncü kişinin şikâyeti de üstün hakkın ileri sürülmesi olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık hukuki ayıp söz konusu olduğunda alıcı, satılardan hukuk düzeninde öngörülmuş bulunan genel bir sınırlama sebebiyle sözleşmede öngörüldüğü surette yararlanamaz. Farklı bir deyişle, alıcının satılardan yararlanmasını engelleyen başkasının hakkı değildir, bizatihi hukuk düzeninin içerdiği normlardır<sup>15</sup>. Örnek olarak, teknik şartlara aykırı olarak üretildiği için bir cihazın kullanımının yasaklanmış olması, yapı inşa etme üzere satın alınan

<sup>14</sup> Yarg. 13. HD., 12.3.2018, 37842/2924 (Lexpera); Yarg. 13. HD., 20.12.2011, 13524/19637 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 7.2.2019, 18254/1399 (Kazancı); Yarg. HGK., 7.6.2000, 13-924/946 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 7.2.2012, 18722/2295 (Lexpera); **Yücedağ**, Nafiye: Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı - TBK ve CISG Uyarınca, İstanbul, 2018, s. 64. Ancak bu durumda yargılama sonucu beklenilmelidir. Zira zapt olgusu yargılama sonunda verilecek hükümlerle tamamlanacaktır. Bkz. Yarg. 13. HD., 13.3.2013, 56/6242 (Kazancı); Keza tedbiren ceza mahkemesince el konulmanın zapta yol açamayacağı hakkında: Yarg. 13. HD., 27.5.2002, 1787/6171 (Kazancı); Çalıntı otomobile farklı şasi numarası çakılması halinde hukuki ayıp olduğu şeklinde: Yarg. 13. HD., 1.7.2013, 13389/18038 (Kazancı).

<sup>15</sup> **Tandoğan**, s. 152; **Engel**, s. 29; **Aral/Ayrancı**, s. 108; **Gümüş**, s. 53; **Acar**, s. 104; **Kapancı**, Kadir Berk: Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2012, s. 13 ve dn. 43; **Koller**, §4 N. 74; **Kızılay**, Aygül: “Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu”, Hacettepe HFD 7(2) 2017, s. 197 ve dn. 6. Kamu hukuku kaynaklı bir sınırlama olduğu şeklinde: BSK-**Honsell**, Art. 192 OR, N. 2; OFK-**Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 2, yazar zapta satıcının tasarruf yetkisinde eksiklik bulunduğunu, hukuki ayıpta ise genel bir hukuki niteliğin eksikliğinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Kamu hukukundan doğan standartlara aykırı mal tesliminin hukuki ayıp oluşturacağı şeklinde: **Şahiniz**, Salih: Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, 2008, s. 48; **Yavuz**, Cevdet: Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s. 62; **Yücedağ**, s. 63-64; Usulsüz ithalat nedeniyle satılana el konulması da hukuki ayıp oluşturur: Yarg. 19. HD., 9.5.2016, 12073/8453 (Lexpera). Karş. Yarg. 13. HD., 26.6.2019, 2006/7761 (Kazancı): “İşlem tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı BK’nun 189 (yeni BK 214) maddesinin birinci bendinde, “Bayi, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından bey’in akdi zamanında mevcut bir hak sebebi ile tamamen veya kısmen zaptedilmesinden alıcıya karşı mes’ul ve zamindir.” hükmü yazılıdır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi mevcut ayıp ister subjektif bir haktan, isterse objektif bir hukuk kuralından doğmuş olsun satıcı, devrini taahhüt edip gerçekleştirdiği hakkın kendi malvarlığında mevcut olup olmamasından sorumludur. Devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur. Bu sorumlulukta alıcının zapt nedeniyle uğradığı gerçek zarar kadardır.”

arsada imar yasağı nedeniyle inşaat yapılamıyor olması hukuki ayıp teşkil eder<sup>16</sup>. Benzer şekilde trafik siciline kaydedilmiş hurda aracın şasi numarasının değiştirilmiş olması (*çenç otomobil*) de hukuki ayıp oluşturmaktadır<sup>17</sup>. Zira araçtan yararlanılmasını engelleyen başkasının hakkı değil, şasi numarasının değiştirilmesidir.

## 2. ZAPTTAN SORUMLULUĞUN MADDİ KOŞULLARI

### 2.1. Hüküm İfade Eden Bir Satış Sözleşmesinin Kurulmuş Olması

Satıcının zapttan sorumluluğuna gidilebilmesinin mantıksal olarak ilk koşulu hüküm ifade eden bir satış sözleşmesinin varlığıdır<sup>18</sup>. Sözleşme hiç kurulmamış ise, TBK m. 27 uyarınca<sup>19</sup> kesin hükümsüz ise yahut irade bozukluğu nedeniyle iptal ya da temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme sonucu hükümden düşmüş ise kural olarak sadece olumsuz zararın giderilmesine yönelik bir istem ileri sürülebilir, satılanın teslimi ve bununla ilişkili diğer talepler ileri sürülemez<sup>20</sup>. Özellikle, özel mülkiyete tabi olmadığı için satış sözleşmesine konu edilemeyecek eşyalar bakımından bu sonuca varılması zorunludur. Zira böyle bir satış sözleşmesi konusu itibarıyla TBK m. 27'ye aykırıdır<sup>21</sup>. Buna karşılık Yargıtay uygulamasında, Maliye Hazinesi

<sup>16</sup> **Huguenin**, N. 2552; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 2; JdT 1970 I 238: “Somut olayda bir yandan, makinanın idari düzenlemelere uygun olmadığı, alıcı tarafından teslim ve satıcı tarafından kurma yeri olan Cenevre’de kullanılamayacağı sabittir. Diğer yandan, elektrik aksamına ilişkin koşulların İsviçre’de bölgeden bölgeye bazen de önemli ölçüde değiştiği ortaya konmuştur. Buradan makinanın (çalışması gerektiği yerdeki işlevselliğini ortadan kaldıran) bir hukuki ayıp taşıdığı sonucuna ulaşılmalıdır.”; JdT 1973 I 370; Yarg. 13. HD., 3.12.2015, 28311/35520 (Lexpera).

<sup>17</sup> Yarg. 13. HD., 27.6.2005, 4861/10819 (Kazancı). Yargıtay hurda (pert kaydı olan) aracın satışını TBK m. 27’ye aykırı görmemiştir. Aynı yönde: Yarg. 13. HD., 8.6.2016, 9187/14705 (Lexpera). Ayrıca bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 117. Aksi yönde: Yarg. 13. HD., 2.12.2015, 40668/35250 (Lexpera).

<sup>18</sup> **Eren**, N. 240; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 31; **Gümüş**, s. 55; **Çabri**, s. 591; **Yavuz**, s. 111; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N. 6.

<sup>19</sup> Bu hususta mevcut olmayan alacağın devri halinde bir istisna öngörülmesi olup başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük söz konusu olmamaktadır. **Cavin**, Pierre: *Traite du Droit Prive Suisse - VII-1 - La Vente L’Echange La Donation*, Friburg, 1978, s. 64; **Engin**, Baki İlkay: *Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara, 2002, s. 84 vd.

<sup>20</sup> **Yavuz**, s. 111; **Aral/Ayrancı**, s. 109; **Gümüş**, s. 55; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 4; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 38-39; Yarg. 13. HD., 18.9.2008, 4066/10729 (Kazancı); Hilede: **Ercoşkun Şenol**, Hile, s. 90; **Tandoğan**, s. 149.

<sup>21</sup> Yarg. 13. HD., 15.12.2009, 6712/14866 (Lexpera): “Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, davalı tarafın, davacı K1’a sattığı taşınmazın, baştan beri hukuksal nitelikçe bir kamu malı olduğu, üzerinde özel mülkiyet kurulması sonucunu doğuracak şekilde

veya Orman İdaresi tarafından açılan davalar sonucunda, kamu mülkiyetine tabi olduğu tespit edilen taşınmazların alıcılarının satıcının zapttan sorumluluğuna gidebileceklerinin kabul edildiği gözlemlenmektedir<sup>22</sup>.

Hakkında ceza mahkemesi tarafından müsadere kararı (TCK m. 54 ve 55) verilmiş eşyalar da satış sözleşmesine konu edilemez<sup>23</sup>. Ancak satış sözleşmesi kurulduğu sırada böyle bir karar yoksa ve daha sonra verilen bir karar sonucunda müsadere gerçekleşirse, hukuki ayıba ilişkin sonuçların doğması yerinde olacaktır. Zira sözleşme kurulduğu anda hukuka aykırılık yoktur. Üçüncü kişinin de üstün hak iddiası yoktur. Ancak eşyanın müsadere sine ceza yargılaması sonucunda karar verilmesi, alıcının satılardan beklenen yararı elde etmesini engelleyen bir hukuki durum oluşturmaktadır<sup>24</sup>.

alım satıma konu edilemeyeceği; bu sonucu sağlamaya yönelecek şekilde sözleşmeler yapılamayacağı kuşkudan uzaktır. Başka bir ifadeyle, kanun, tüm diğer kamu malları gibi, anılan taşınmaz yönünden de bu nitelikte sözleşmeler yapılmasını yasaklamış ve sözleşme serbestisini bu yönden sınırlamıştır. Kanunun yasakladığı bir konuda yapılan sözleşme ise, BK.nun 19 ve 20.maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden ve özellikle 10.maddedeki "... batıldır" sözünden çıkan sonuca göre, mutlak butlanla malüldür; eş söyleyişle, yapıldığı andan itibaren geçersizdir.". Aynı yönde: Yarg. 13. HD., 30.4.2009, 14776/5932 (Lexpera).

<sup>22</sup> Örnek olarak: Yarg. 13. HD., 26.6.2019, 2006/7761 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 12.6.2019, 17373/7094 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 18.10.2011, 10397/14600 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 15.9.2011, 10479/12688; Yarg. 13. HD., 27.6.2011, 2156/10211 (Kazancı); Yarg. HGK., 15.12.2010, 13-618/668 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 26.6.2019, 2006/7761 (Kazancı), kararda yer alan işlem tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı BK'nun 189 (yeni BK 214) maddesinin birinci bendinde, "Bayi, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından bey'in akdi zamanında mevcut bir hak sebebi ile tamamen veya kısmen zaptedilmesinden alıcıya karşı mes'ul ve zamindir." hükmü yazılıdır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi mevcut ayıp ister subjektif bir haktan, isterse objektif bir hukuk kuralından doğmuş olsun satıcı, devrini taahhüt edip gerçekleştirdiği hakkın kendi malvarlığında mevcut olup olmamasından sorumludur. Devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur. Bu sorumlulukta alıcının zapt nedeniyle uğradığı gerçek zarar kadardır." ifadesi hem zapt hükümlerinin uygulanması hem de zaptın kapsamına hukuki ayıbın sokulması açısından eleştiriye açıktır. Ayrıca bkz. **Gümüş**, s. 55; **Çabri**, s. 587-588, yazar orman sınırları içinde kalan taşınmaza ilişkin olarak tam zaptın gerçekleşmeyeceği, taşınmazın özel mülkiyete uygun bir vasıf kazanmayacağı hususlarını vurgulamaktadır.

<sup>23</sup> Yarg. 13. HD., 2.7.1986, 2945/4167 (Kazancı): "Taraflar arasında satış sözleşmesi 12.8.1978 tarihlidir. Satış konusu traktörün davacı ile davalı arasındaki satış akünden önce işlenen Orman Kanununa aykırı fiilden dolayı 9.3.1982 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesince müsadere sine karar verilmiş ve araç davacıdan alınmıştır. Böylece olayda satış aktinin konusu orman suçunda kullanılan aracın satışına ilişkin olup BK.nun 20.maddesi hükmü gereğince satış, konusu itibarıyla hukuka aykırı ve batıldır."

<sup>24</sup> Eşya müsadere sine, müsadere ye konu olan eşyaların suçun işlenme tarihi itibarıyla mülkiyet durumunun nazara alındığı sonraki değişikliklere bakılmadığı hakkında bkz.

Mesela, cinayette kullanılan değerli bir kılıç bu durum bilinmeden satılır ve mülkiyeti devredilirse, daha sonra cinayet yargılamasında kılıcın suç aleti olduğu gerekçesiyle müsadere edilmesi halinde hukuki ayıp hükümleri uygulanabilir. Bu bağlamda müsadereye (TCK m. 54-55) konu edilebilir olmak, fikrimizce, kendi başına hukuki ayıp oluşturmaktadır. Nihayet bu çerçevede özel olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir olasılık da gümrük mevzuatına aykırılık nedeniyle Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında el konulan eşyalara ilişkin satış sözleşmelerinin akıbetidir. Bu akıbete göre ya hukuki ayıp hükümleri üçüncü kişinin hakkının yokluğu nedeniyle uygulanacak ya da hükümsüzlük<sup>25</sup> nedeniyle sözleşmeden herhangi bir borç doğmayacaktır. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 16. maddesi “müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez” hükmünü taşımaktadır. Bu durumda satılanın elinden alındığı kişinin (alıcının), yasakoyucu tarafından malik olarak kabul edildiği yorumu yapılabilir. Nitekim kanunun yürürlüğün önceki dönemlerde Yargıtay bazı kararlarında gümrük mevzuatına aykırılık nedeniyle el konulan araçlara ilişkin davalarda satış sözleşmesini hükümsüz saymamıştır<sup>26</sup>. Bu bakımdan gümrük mevzuatına aykırılık hukuki ayıp oluşturur yorumu yapılabilir<sup>27</sup>. Kaldı ki Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 13. maddesinin yollamasıyla uygulanacak suçun konusunun müsadereye ilişkin TCK m. 55 hükmünün son fıkrası, Türk Medeni Kanunu uyarınca hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin edinim-

---

**Baytaz**, Abdullah Batuhan: Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m. 55-54), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 77; Bu durumda zaptın söz konusu olacağı yönünde: Yarg. 13. HD., 17.4.2007, 223/5390 (Kazancı): “...davacının davalı adına kayıtlı otoyolu geçerli satış sözleşmesi ile satın aldığı ancak dava dışı aracın ilk malikinin eylemleri nedeniyle araç hakkında müsadere kararı verilerek aracın davacının elinden alındığı hususları dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda; davacı alıcının akidi olan satıcı davacının zararını karşılamak zorundadır. Davacının zararı ise; satılanın zaptından dolayı aracın elinden alınması nedeniyle uğradığı zarardır ki bu da aracın el konulma tarihindeki rayiç bedelidir.” Karş. Müsaderenin zapta yol açacağı fikrinde: OFK-Kostkiewicz, Art. 192 OR, N. 4.

<sup>25</sup> Kaçak araç satış sözleşmesinin hükümsüz olduğu görüşünde: Yarg. 13. HD., 27.12.1988, 6846/6479 (Kazancı); Geçerli olduğu ve zapta yol açacağı yönünde: Yarg. 13. HD., 7.3.2018, 25772/2895 (Lexpera).

<sup>26</sup> Yarg. 11. HD., 25.5.1989, 351/3111 (Kazancı); Yarg. HGK., 24.1.2007, 19-25/21 (Kazancı).

<sup>27</sup> Yarg. 13. HD., 25.1.2018, 26579/656 (Lexpera); Yarg. 19. HD., 31.1.2018, 14307/266 (Lexpera); Yarg. 13. HD., 7.5.1981, 1942/3498 (Kazancı); Zapt hükümlerinin uygulanabileceği fikrinde: **Türker**, Erhan: Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, Eskişehir, 1974, s. 83.

lerini korumak suretiyle, bu eşyalara ilişkin işlem yapılabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir.

## 2.2. Zapttan Sorumluluğa İlişkin Bir Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olması

Zapttan sorumluluk TBK m. 214/III düzenlemesinden anlaşıldığı üzere kural olarak emredici değildir<sup>28</sup>. Dolayısıyla zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması gereklidir<sup>29</sup>. Bu anlaşma sözleşme kurulurken de yapılabileceği gibi satış sözleşmesinin tadili zımında sözleşmenin kurulmasından sonra da yapılabilir. Ancak zaptın koşulları gerçekleştikten sonra<sup>30</sup> bu yönde yapılacak bir sözleşme sorumsuzluk anlaşması hükmünde olamaz. Ancak sulh anlaşması veya ibra sonucunu doğurabilir<sup>31</sup> ve bu nedenle geçerliliği sorumsuzluk anlaşmasının koşullarına tabi olmaz.

<sup>28</sup> **Yavuz**, s. 110; **Eren**, N. 238; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 84; **Engel**, s. 32; **Schmid, Jörg**: “Die Gewährleistung beim Grundstückkauf Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, S. 81, 2000, s. 357; **Türker**, s. 50 vd.; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N. 7; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 4.

<sup>29</sup> Genel olarak, sorumsuzluk anlaşmasının tasarruf işlemi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Akman**, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 13; **Başalp**, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, 2011, s. 38-39; **Erten**, Ali: Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977, s. 90. Kanımızca öncelenmiş de olsa bir tasarruf işlemi tereddütsüz olarak kabul etmek güç olacaktır. Zira bu kabule göre aslında sorumsuzluk anlaşması sonuç itibarıyla ibra niteliğinde olacaktır. Oysa ortada işlemin konusunu oluşturacak tazminat alacağı henüz doğmamış, doğmasının muhtemel olması halinde belirlilik yönünden bir geçerlilik tartışması doğabilir. Gelecekteki alacakların devri bağlamında bkz. **Nomer**, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 108-109. Bu konuda ayrıca: **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 45 vd. Esasen burada hakkın doğumuna temel oluşturacak hukuki yapının, sözleşmenin hükümlerinin çerçevesinin çizildiği kabul edilebilir. Bu durumda bir hakta öncelenmiş bir tasarruf söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Vionnet**, Guillaume: L'exercice des droits formateurs, Zürih-Basel-Cenevre, 2008, s. 103-104. Yazar, yenilik doğuran hakların doğumundan önce feragat meselesini incelerken, konuya bu açıdan yaklaşmakta ayrıca doğmuş yenilik doğuran haklardan tek yanlı feragatin mümkün olduğu halde doğmamış yenilik doğuran haklarından feragatin sözleşme ile yapılabilmesinin işlemler arasında hukuki nitelik farkı olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda zapttan sorumluluğa da genişletilebilecek şekilde, ayıba karşı tekeffüle ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarında öncelenmiş bir tasarruf işleminin değil, bir hakkın düzenlediğini belirtmektedir.

<sup>30</sup> Karş. Hasar ve yararın geçmesinden sonra: **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 9; ATF 130 III 686.

<sup>31</sup> **Başalp**, s. 72-73; **Erten**, s. 92.



TBK m. 214/III uyarınca zapta ilişkin sorumsuzluk anlaşması, satıcının üçüncü kişinin hakkını gizlediği<sup>32</sup> takdirde kesin hükümsüzdür<sup>33</sup>. Bu düzenleme sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel düzenlemelerden sapmakta olduğundan uygulama alanı açısından yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu döneminde yapılan tartışma<sup>34</sup> yine sürecektir<sup>35</sup>. Oysa yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nda ayıba ilişkin sorumlulukta ise genel hükümlerle uyum sağlanmıştır. Zapta ilişkin bu düzenlemeden kaçınılması ise eleştiriye açık bir seçimdir. Böyle bir gereksinimin nereden doğduğuna ilişkin açıklık bulunmamaktadır.

TBK m. 214/III hükmünün özel düzenleme sayılması ile, zapttan sorumluluğun kastın olmadığı her durumda tam olarak sona erdirilmesinin kabul edilmesi halinde, alıcı lehine olan tekeffül düzenlemelerinin amacı dışına çıkacağı, bağışlama sözleşmesinde dahi ağır kusurdan sorumsuzluğun bertaraf edilemediği hukuk düzeninde kabul edilemez olacağı görüşü öğretilde savunulmuştur<sup>36</sup>. Kanımızca, açık lafız nedeni ile TBK m. 214/III'te sadece "*zapt tehlikesinin bilinmesi halini*" düzenlediğinin savunulması için yeterli dayanak bulunmakla birlikte, bu kabul, ileri sürüldüğü gibi, yasa sistematüğini tehlikeye sokacak etkiye sahip olamaz. Zira alıcının zapta ilişkin yaptığı sorumsuzluk anlaşması salt zapta ilişkin hükümlere başvurmasını

<sup>32</sup> Bilerek gizlemenin hileli gizleme ile eş anlamlı olduğu hakkında: **Schmid**, s. 358; Pasif hile şeklinde de gerçekleşebileceği hakkında: **Tunçomağ**, s. 225; Satıcının ağır ihmalinin kasıtlı gizlemek anlamına gelmeyeceği: **Eren**, N. 291 ancak yazar, satıcının gerekli özeni göstermiş olsaydı üstün hakkı bilebilecek konumda olması halinde üçüncü kişinin hakkının gizlenmiş olabileceğini de belirtmektedir. Ağır ihmalin yeterli olmadığı: **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 192 OR, N. 5; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 9; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 75; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 8. Satıcının satılanın her zayıflığını açıklamak zorunda olmadığı ancak makul bir satıcının belirteceği veya en azından sorumsuzluk anlaşması yapmayacağı derecedeki haller için de sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüz olması gerektiği görüşü: **Bucher**, s. 85. Aleyhine açılmış davadan haberdar etmemenin kasten gizleme sayılacağı: Yarg. 13. HD., 11.10.2004, 4841/14134 (Lexpera).

<sup>33</sup> **Zevkililer/Gökyayla**, s. 142; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 9; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 8; **Schmid**, s. 358.

<sup>34</sup> Bu hususta bkz. **Başalp**, s. 352 vd.; **Akman**, s. 104 vd.

<sup>35</sup> TBK m. 27 ve TBK m. 115'e aykırılık halinde de hükümsüzlüğün söz konusu olacağı görüşünde: **Eren**, N. 293-394; Hükmün lafızı esas alındığında ağır kusurun hükümsüzlüğe yol açmayacağı görüşünde: **Gümüş**, s. 57.

<sup>36</sup> **Akman**, s. 107-108; **Tunçomağ**, s. 226; Benzer şekilde TBK m. 115-116 hükümleriyle sınırlı olduğu görüşünde: **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 68; **Eren**, N. 294; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 8; **Huguenin**, N. 2569; **Bucher**, s. 84.

engelleyecek, alıcıyı genel hükümler uyarınca satıcıyı sorumlu tutmaktan alıkoyamayacaktır<sup>37</sup>. Ancak zapttan doğan sorumluluğun sadece sınırlandırılması söz konusu ise, bu durumda yine tam zapt durumunda sözleşme sona ermiş sayılacağından genel hükümlere başvurma yolu, fikrimizce, kapandır. Bu olasılıkta da genel hükümleri de kapsayan bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunduğu sonucuna varılarak, TBK m. 115 hükmüne işlerlik kazandırmak gerekir.

Alıcı hakkını, sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüzlüğü vakıasına dayandırdığından, satıcının üstün hakkı gizlemesi vakıası alıcı tarafından kanıtlanmak gerekir<sup>38</sup>.

### 2.3. Alıcının Zapt Tehlikesini Bilmemesi

TBK m. 214/II uyarınca, alıcı zapt tehlikesinden satış sözleşmesinin kurulduğu anda<sup>39</sup> haberdar<sup>40</sup> ise kural olarak satıcı zapttan sorumlu olmaz; meğerki satıcı bu hususta açık bir taahhütte bulunsun<sup>41</sup>. Bunun güven

<sup>37</sup> Akman, s. 108. Ancak yorum yolu ile sorumluluk anlaşmasının olası diğer sorumluluk sebeplerini de kapsadığı sonucuna ulaşıyorsa bu durumda kuşkusuz genel hükümlere gidilemez. Fakat bu durumda söz konusu sorumluluk anlaşmasının geçerliliği de genel hükümlere tabi olur. Her halükarda sorumsuzluk anlaşmasının kapsamı sözleşmenin yorumuna bağlı olarak anlaşılabilir: **Tunçomağ**, s. 226; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 9; ATF 126 III 59.

<sup>38</sup> CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Art. 192 CO, N. 2; BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 9.

<sup>39</sup> BK-Giger, Art. 192 OR, N. 47; Durumun sonradan öğrenilmesi satıcının sorumluluğunu etkilemez. Bkz. BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 5.

<sup>40</sup> Eğer kısmi zapt tehlikesi hususunda bilgisi varken tam zapt gerçekleşirse, tazminatın belirlenmesi kapsamında bu durum indirim sebebi olarak dikkate alınmak gerekir. Bununla birlikte zapt tehlikesini bilen alıcının kurduğu sözleşmenin amacındaki hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılma olasılığı öncelikle değerlendirilmelidir: **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 41.

<sup>41</sup> Yarg. 13. HD., 21.3.1995, 1837/2797 (Kazancı): “Somut olayda. M.K.nun 931. maddesi hükmü uyarınca tapu kaydına güvenerek davalıdan iyi niyetle taşınmazı satın aldığı ileri süren davacının satım aktini yaptığı 4.10.1986 tarihinde 3. şahıs Ali Kalay’ın bu taşınmaz üzerinde hakkını, dolayısıyla taşınmazın kendisinden önce Ali Kalay’a satıldığını bildiği iyi niyetli sayılamayacağı M.K.nun 931 maddesi hükmündeki korumadan yararlanamayacağı gerekçesiyle aleyhine açılan tapu iptal ve tescil davasının kabul edilerek kesinleşmiş olması karşısında davacının davalı ile 4.10.1986 tarihinde yaptığı satış akdinin inikadı sırasında zabıt tehlikesini bildiği ve iyi niyetli olmadığını kabulü zorunludur. Zabıt tehlikesini bilen davacı bu davada, davalının ayrıca kefaletinin bulunduğu iddia ve isbat edemediğine göre olayda davalı satıcının, davacı alıcıya karşı satılanın zaptından dolayı zapta karşı tekeffül hükümleri gereğince bir sorumluluğunun varlığından söz edilemez. “; **Tandoğan**, s. 155; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Gümüş**, s. 56; **Cavin**, s. 66; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Art. 192 CO, N. 6; BK-Giger, Art. 192

ilkesinin bir yansıması olduğu düşünülebilir. Alıcının zapt tehlikesinden haberdar olduğunu bilerek sözleşmeyi akdettiğini bilen satıcı sözleşmeye zapttan sorumlu tutulmayacağı anlamını haklı olarak verebilir<sup>42</sup>. Buna karşılık bu tespit, durumu tam olarak yansıtmamaktadır. Zira satıcının, alıcının zapt tehlikesinden bilgisi olduğunu bilmesine gerek yoktur.

Alıcının zapt tehlikesini bildiğinin kabul edilebilmesi için üçüncü kişinin hak iddiasının hukuki kapsam ve önemi hakkında tam bir bilgi sahibi olması zorunlu değildir<sup>43</sup>. Diğer yandan satıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için, alıcının zapt tehlikesine ilişkin bilgisi belirli bir kişinin hak iddiasında bulunduğuyla ilişkin ise, zaptın bu kişi tarafından gerçekleştirilmesi icap eder<sup>44</sup>. Alıcının bilgisi salt bu tehlike ile sınırlı olduğundan, başka kişilerden gelen zapt tehlikesinden haberdar addedilemez. Başka bir deyişle sorumluluğun kalkması, alıcının bilgisiyle sınırlıdır.

Alıcının bilmesi gereken zapt tehlikeleri açısından da satıcının sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır<sup>45</sup>. Her iki yönde de görüş bulunduğu gibi ağır kusur ile bilgi edinmekten kaçınılması duru-

---

OR, N. 34; **Yavuz**, s. 117. Bu durumda sorumluluğun kapsam ve koşulları öncelikle taahhüde göre belirlenmek gerekir: **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 40; **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N.49.

<sup>42</sup> **Çabri**, s. 597; **Feyzioğlu**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Cilt I, İstanbul, 1980, s. 253; Karş. **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 46, Yazar, satış sözleşmesinin bu koşullarda kurulması halinde, alıcının zapttan doğan haklarından feragat ettiğine ilişkin kanundan doğan bir karinenin bulunduğunu belirtmektedir.

<sup>43</sup> **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 48.

<sup>44</sup> **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 49.

<sup>45</sup> **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 192 OR, N. 5; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 5; Bilmemek ile bilme yükümlülüğünün farklı olduğu görüşünde: **Tandoğan**, s. 155; **Feyzioğlu**, s. 253; **Tunçomağ**, s. 224 Yasanın bilme gerekmesi halinde açık hüküm sevk ettiği, müsbet vukufun iyiniyetle eş şekilde değerlendirilemeyeceği görüşünde: **Cavin**, s. 66; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 7; **Tercier/Venturi**, N. 322; **Schumacher**, Rainer/**Rüegg**, Erich: “§ 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers / III.-IV.”, Der Grundstückskauf, 2. Baskı, Bern, 2001, Editör: Alfred Koller, N. 97; **Türker**, s. 88; Ağır kusur halini de kapsam dâhilinde sayan görüş: **Engel**, s. 29; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 82; Müspet vukfun gerekli olduğu şeklinde: **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 6; Karş. **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 54, Yazar düzenlemenin amaçsal olarak alıcının zapt tehlikesini bilmesi gerektiği halleri de kapsamı gerektiği, ancak satıcının aydınlatma yükümlülüğü nazara alındığından alıcının ihmali nedeniyle durumu bilmediği ihtimallerde yine satıcının zapttan sorumlu tutulabileceğini, alıcının kasıtlı olarak bilgi edinmekten kaçınması halinde zapttan sorumluluğun söz konusu olmayacağı görüşündedir. Bilmesi gerekmenin de sorumluluğu ortadan kaldıracığı fikrinde: **Kılıçoğlu**, s. 67; **Eren**, N. 242; **Çabri**, s. 597-598.

munda<sup>46</sup> da zapt sorumluluğunun söz konusu olmayacağı savunulmaktadır<sup>47</sup>. Kanımızca bilmenin gerekmesi hallerinde zapttan sorumluluğu ortadan kaldırmasının kabul edilmesi, zapt hükümlerinin dar olan çerçevesini daha da daraltmış olacaktır. Hatta bu durumda zapt hükümleri neredeyse sadece satıcının özellikle üstlendiği olasılıklarda uygulama alanı bulabilen bir sorumluluk rejimine dönüşecektir<sup>48</sup>. Zira zapt tehlikesinin bilinmediği ve bilmesinin gerekmediği hallerde çoğunlukla iyiniyetli kazanma gerçekleşecek, alıcının iyiniyetli sayılmadığı hallerde de zapt tehlikesinin “*bilinmesinden*” ötürü zapttan doğan sorumluluğa da başvurulamayacaktır. Bu bakımdan alıcının kast düzeyine varmayan ihmalinden kaynaklanan bilgisizliği halinde de satıcının zapt sorumluluğuna gidebilmesinin kabulü, yasada ayrıntılarıyla düzenlenmiş bu kurumun uygulama alanının koruması bakımından daha doğru olur.

Yasanın kabulü alıcının bilgisizliği olup alıcının bilgisi, satıcıyı sorumluluktan kurtaran bir itiraz olduğundan bu hususta ispat yükü satıcıya aittir<sup>49</sup>. Nitekim alıcıdan, zapt tehlikesinden haberdar olmadığını kanıtlamasını ve zapt sorumluluğunu tamamen bu hususun kanıtlanmasına bağlamak beklenemez.

Yukarıdaki koşullar gerçekleştiği takdirde satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin olarak taahhütte<sup>50</sup> bulunması, zapttan sorumluluğunun doğması için zorunludur. Bu üstlenmenin niteliği hakkında da açıklık yoktur. Bu nedenle satıcının, zapt halinden sorumlu olacağına ilişkin beyanının, ayıptan

<sup>46</sup> **Tunçomağ**, s. 224; Öğretide buna örnek olarak alıcının kendine gönderilen tapu kaydını incelemekten çekinmesi örnek olarak verilmekte ise de bunun isabeti tartışmaya açıktır. Tapu sicilinin kamuya açıklığı karşısında, alıcı her durumda sicildeki kaydı bilmediğini ileri süremeyecektir (TMK m. 1020/III). BSK-**Honsell**, Art. 192 OR, N. 5; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 6; Karş. BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 55, Yazar, genel olarak alıcının bilgisinin kanıtlama yükünün satıcıya ait olduğu görüşünde olup böyle hallerde de satıcının tapu sicilindeki kaydın varlığını kanıtlamasının yeterli olacağını savunmaktadır.

<sup>47</sup> **Aral/Ayrancı**, s. 110; **Gümüş**, s. 55; BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 34 ve 54. Yarg. 13. HD., 21.3.1995, 1837/2797 (Kazancı). Bu kararda zapt tehlikesinin bilindiği ve iyiniyetli olunmadığı ifade edilmiş olup Yargıtay’ın tutumu anlaşılılmamaktadır.

<sup>48</sup> Bu yönde tespit ile zaptın açıkça garanti verilen durumlarda söz konusu olacağı şeklinde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 82.

<sup>49</sup> BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 55; CHK-**Hrubesch-Millauer**, Art. 192 OR, N. 3; OFK-**Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 10; ZK-**Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N.46; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 38; Yarg. 13. HD., 3.12.2015, 28311/35520 (Lexpera).

<sup>50</sup> Zımnı olarak kabul edilemez. Buna, teamül dahi dayanak oluşturamaz. Bkz. **Tunçomağ**, s. 224; ZK-**Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 50.

sorumlulukta satıcının nitelik vaatlerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmayla ilişkilendirilmesi düşünülebilir. Bu bağlamda kanımızca, satıcının zaptın gerçekleşmeyeceğine dair beyanına sözleşmesel bir nitelik tanınmak ve alıcının güven kuramı çerçevesinde bu beyanı kabul ettiği şeklinde yorumlamak gerekir<sup>51</sup>. Bu üstlenmenin, sözleşme kurulduğu anda yapılması mümkün olduğu gibi sözleşme kurulduktan sonra tadil zımında yapılması olanaklıdır. Ayrıca, eğer satıcının zaptın gerçekleşmeyeceğine ilişkin taahhüdü<sup>52</sup> somut bir kişinin zapta girişmeyeceğine ilişkin ise, beyanın kabulü ile oluşan hukuki ilişkinin aynı zamanda üçüncü kişinin fiilinin taahhüt olduğu şeklinde de bir yorum yapılabilir. Bu durumda da zapt gerçekleşirse alıcı, diğer sözleşmesel hakları saklı kalmak üzere, TBK m. 128/I hükmüne dayanarak da istemde bulunabilir.

Zapt tehlikesinin alıcı tarafından bilinmesinin, genel hükümlere başvurma olanağına etkisi de değerlendirilmek gerekir. Yukarıda değinildiği üzere tarafların bu durumu bilerek satış sözleşmesinin kurmalarının güven ilkesi çerçevesinde birtakım etkileri olabilir. Bu çerçevede, taraflar arasında örtülü bir sorumsuzluk anlaşması bulunduğu ve zapt tehlikesine ilişkin olarak genel hükümlere başvuru yolunun kapatıldığı sonucuna ulaşılabilir<sup>53</sup>. Zira alıcı, hangi hukuki temele dayanacağından bağımsız olarak, üzerinde üçüncü kişinin hak iddiasında bulunduğu bir eşyaya ilişkin sözleşme ilişkisine girmiştir. Bununla birlikte somut başka vakıalar, sözleşmenin zapt edilmeme şartına bağlı olarak kurulduğu sonucuna ulaşılmasını gerektirebilir<sup>54</sup>. Ancak işlemlerin şarta bağlı olmaması asıl olduğundan, yorumda bu husus dikkate alınmalıdır<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> BSK-**Honsell**, Art. 197 OR, N. 16. Satıcının taahhütte bulunması halinde öncelikle sözleşmenin sonrasında tamamlayıcı olarak yasa hükümlerinin uygulanması şeklinde bu yönde yorumlanabilir görüş için bkz. **Cavin**, s. 66; **Tandoğan**, s. 155.

<sup>52</sup> Ancak bu taahhüt, satılanı üstün haktan kurtarmak şeklinde de olabilir. **Schumacher/Rüegg**, N. 98.

<sup>53</sup> BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 58, Ancak Yazar İBK m. 97 (TBK m. 112)'den doğan talepten feragat edildiği şeklinde durumu açıklamaktadır. Yine yazara göre, alıcı satım bedelini önceden ödemiş ise bu durumda zapt gerçekleştiğinde İBK m. 119/II (TBK m. 136/II) uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesine bedelin iadesini talep edebilir.

<sup>54</sup> BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 59; **Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 65.

<sup>55</sup> BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 59.

## 2.4 Satılanın Teslim Edilmiş Olması

Satıcının satılanı teslim etmiş olması zapttan sorumluluğun doğmasının koşullarından biridir<sup>56</sup>. TBK m. 214 hükmünde yer alan “*satılanın alıcının elinden alınır*” ifadesi bu koşula örtülü olarak işaret etmektedir. Satılan alıcıya teslim edilmemiş ise, alıcı satıcının sorumluluğuna kural olarak borçlu temerrüdü nedeniyle gidebilecektir<sup>57</sup>. Satılanı teslim aldıktan sonra üçüncü kişinin hakkının tanınması sonucunda satılan alıcının hâkimiyetinden çıkmadıkça zapttan sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Alıcıya teslimden zilyetliğin herhangi bir şekilde geçirilmesinin mi anlaşılacağı yoksa fiili teslimin mi anlaşılması gerektiği akla gelebilir. Zapttan sorumluluğun satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcunun uzantısı olduğu dikkate alındığında buradaki teslimde, yasadaki genel kavramlarla da uyum sağlanmasını temin etmek için, TBK m. 207 ile aynı anlam verilmek gerekir<sup>58</sup>. Bu itibarla kural olarak satılanın fiilen teslimi gerekecek, ancak tarafların anlaşması ile zilyetliğin diğer devir yolları da bu kapsamda kabul edilebilecektir.

## 2.5. Satılan Üzerinde Üçüncü Kişinin Sözleşme Kurulduğu Anda Üstün Hakka Sahip Olması

Zapttan sorumluluk, üçüncü kişinin üstün hakkının bulunmasına dayalıdır<sup>59</sup>. Bu durumda alıcı, iyiniyetle kazanım yahut kazandırıcı zamanaşımı

<sup>56</sup> CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Art. 192 CO, N. 4; ZK-Schönle/Higi, Art. 192 OR, N. 40; Huguenin, N. 2563; Tandoğan, s. 151; Tunçomağ, s. 211; Feyzioğlu, s. 252; Yavuz, s. 112; Aral/Ayrancı, s. 109; Zevkililer/Gökyayla, s. 142; Eren, N. 241; Gümüş, s. 55; Doğu, s. 521; Engel, 28; Dolaysız zilyetliğin devri: Nomer/Engin, TBK m. 214, N. 42; Zilyetliğin devri şeklinde: Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 83; Cavin, s. 65; BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 4; Tercier/Venturi, N. 319; Schmid, s. 357; Taşınmaz satışlarında ise alıcı adına tescil yapılması gerekir: Schumacher/Rüegg, N. 92. Bkz ve karşı: Çabri, s. 592-593. Dikkat etmek gerekir ki zaptın gerçekleşebilmesi için, şerh ile doğmayan eşyaya bağlı borçlar hariç olmak üzere, alıcı adına yapılan tescilin gerçek hak durumunu yansıtmaması, başka bir deyişle yolsuz olması lazım gelir.

<sup>57</sup> Kılıçoğlu, s. 66; TBK m. 112 vd. şeklinde: Yavuz, s. 112; Bucher, s. 89; BK-Giger, Art. 192 OR, N. 38; Eren, N. 241; Türker, s. 80.

<sup>58</sup> Öğretide genel kabul alıcının teslim harici zilyetliğin nakli çeşitlerini kabul etmeye zorlanamayacağı bu bakımdan 818 sayılı ile yürürlükteki Borçlar Kanunu arasında bir farklılığın kabul edilmemesi gerektiği şeklindedir: Nomer/Engin, TBK m. 210, N. 2; Gümüş, s. 50-51; Yavuz, s. 89; Atamer, s. 190; Aksi yönde: Öz, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul, 2011, s. 27, ancak yazar sadece dolaylı zilyetliğin devri bakımından hükmün ifayı kabul etmesini eleştirmektedir. Zilyetliğin devrinin yeterli gören görüş: Kılıçoğlu, s. 66.

<sup>59</sup> Tandoğan, s. 151.

hükümleri çerçevesinde, satılanı iktisap edebildiği hallerde zapttan sorumluluk söz konusu olmaz<sup>60</sup>. Dolayısıyla yasanın bu ayrık kazanma şekillerine tanıdığı alan ölçüsünde zapttan sorumluluk kuramsal temelini muhafaza etmiş olsa da uygulama alanı daralmış bir sorumluluk rejimidir<sup>61</sup>. Bu itibarla alıcının, tasarruf yetkisine sahip olmayan satıcıdan satılanı iyiniyetle kazanım hükümleri çerçevesinde iktisap edip etmediği incelenmek gerekir. Zaptın uygulama alanı bulabileceği hallere örnek olarak, alıcının kötüniyetli sayılması nedeniyle satılanı iktisap edememiş olması, çalıntı eşyaların satışı<sup>62</sup>, iyiniyetli kazanmaya yasanın olanak tanımadığı hakların satışı verilebilir<sup>63</sup>.

### 2.5.1. Zapttan Sorumluluğu Doğurmaya Elverişli Üstün Haklar

#### 2.5.1.1. Mutlak Haklar

Üçüncü kişinin, satıcının zapt sorumluluğunu doğuracak şekilde ileri süreceği satılan üzerinde sahip olduğu üstün hakkı, en başta, mutlak hak olabilir<sup>64</sup>. Satılan eşya üzerinde mülkiyet yahut sınırlı aynı hakların<sup>65</sup> bulun-

<sup>60</sup> Schmid, s. 358.

<sup>61</sup> Tandoğan, s. 150; Eren, N. 233; Gümüş, s. 54; Acar, s. 107; Cavin, s. 63-65; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro. Art. 192-196a CO, N. 2; Tercier/Venturi, N. 315; Uygulama alanını neredeyse tamamen kaybettiği şekilde bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 82.

<sup>62</sup> BK-Giger, Art. 192 OR, N. 32; ZK-Schönle/Higi, Art. 192 OR, N. 2a.

<sup>63</sup> BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 3; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro. Art. 192-196a CO, N. 3; Schmid, s. 359-360; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 81-82; Tunçomağ, s. 210; Eren, N. 234 vd.; Aral/Ayrancı, s. 108; Tandoğan, s. 150-151; Cavin, s. 64; JdT 1986 I 326; Çifte tapu halinde iyiniyetle kazanım korunmadığından, bu durumda gerçek hak sahibi tarafından taşınmazın zilyetliği elden alındığında zapt hükümleri uygulama alanı bulur: Yarg. 13. HD., 26.1.2011, 10519/897 (Kazancı); TMK m. 862/III uyarınca eklentilerle ilişkin olarak rehin söz konusu olduğunda iyiniyetle edinimin istisna tutulduğu kabul edilirse (Bu konuda ayrıntılı bilgi: Günel, M. Cahit: Taşınmaz Rehinin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu, İstanbul, 2013, s. 58-59), bu eklentiler açısından zapt hükümleri uygulanabilecektir. Bkz. Cavin, s. 64.

<sup>64</sup> Zevkiler/Gökyayla, s. 142; Gümüş, s. 54-55; BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 2; Zapttan sorumluluğun salt aynı haklar açısından söz konusu olabileceği görüşü: Kılıçoğlu, s. 66; İBK m. 259/II, 260 istinası ile: Bucher, s. 88; Alacağın ivaz karşılığı devri halinde de zapta ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşünde: Eren, N. 237; Huguenin, N. 2556; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro. Art. 192-196a CO, N. 3; Pekmez, s. 525; OFK-Kostkiewicz, Art. 192 OR, N. 3. Bununla birlikte alacağın devrinde öngörülmuş garanti sorumluluğu, satış sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümlerine gitmeye gerek bırakmaz, alacağın varlığını tekeffül alacağın intifa veya rehin hakkıyla kayıtlı olmamasını da kapsar. Bu yönde: Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 85-

ması bu kapsama girer<sup>66</sup>. Keza devre konu bir fikri hak<sup>67</sup> ise, bu hakkın da rehin gibi bir özdeş hakla sınırlanmış olması zapttan doğan sorumluluğun uygulanmasına neden olabilir<sup>68</sup>. Ancak satım konusu üzerinde, devri amaçlanan hak ile özdeş olmayan bir başka mutlak hak ileri sürülüyorsa bu durumda kanımızca zapt söz konusu olmaz<sup>69</sup>, hukuki ayıp hükümleri uygulanmak gerekir. Örnek olarak satılan, patent veya marka ihlali nedeniyle piyasaya sürülemiyorsa ya da TTK m. 56/IV uyarınca haksız rekabete konu olmuş ve haklarında TTK m. 56/I b ve c bentleri uyarınca hüküm verilmiş olan eşyanın satışı hallerinde, hukuki ayıp söz konusu olacaktır<sup>70</sup>. Zira sözleşmeye konu malvarlığı unsurunun alıcıya devredilmiş olması hususu bakımından engel yoktur<sup>71</sup>. Bu bakımdan fikri haklar<sup>72</sup> bakımından ayırım, söz-

86; **Acar**, s. 108; **Koller**, §1 N. 13; **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 30; **Cavin**, s. 62; **Bucher**, s. 84; ATF 110 II 239.

<sup>65</sup> Alacak satışı söz konusu ise, mutlak bir hak niteliğinde olmasa da satış konusu ile özdeş olduklarından alacağın intifa hakkı veya rehinle sınırlanmış olması da bu kapsamda değerlendirilmek gerekir.

<sup>66</sup> Satış sözleşmesinin kurulduğu anda derdest bir kadastro davasında verilen karar sonucunda taşınmazın üçüncü kişi adına tescil edilmesi hali örnek olarak verilebilir: Yarg. 13. HD., 11.10.2004, 4841/14134 (Kazancı). Mülkiyet hakkının varlığı halinde tam zapt, sınırlı aynı hakların ve bu arada rehin haklarının varlığı halinde ise kısmi zapt söz konusu olacaktır. Bkz. **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 5; **Schmid**, s. 356; **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 37; **Eren**, N. 239. Rehlin hakkının varlığı doğrudan doğruya satılanın alıcının elinden alınmasına yol açmasa da paraya çevrilme ihtimalinin bulunması ve alıcının satılardan yararlanma olanağını sınırlaması zapt hükümlerinin uygulanmasını doğrulamaktadır. Rehlinli satılan paraya çevrilirse, tam zaptın söz konusu olacağı: **Pekmez**, Cüneyt: “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6 S. 20 (Ocak 2015), s. 524 dn. 1. Paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetinin söz konusu olmasında da kısmi zapt gerçekleşmiş olur: JdT 1975 I 67.

<sup>67</sup> Bu durumda taşınır satışına ilişkin hükümlerin TBK m. 209 uyarınca uygulanacağı: **Yavuz**, s. 84; **Gümüş**, s. 17; **Tandoğan**, s. 102.

<sup>68</sup> Patent, faydalı model, eser sahipliğinden doğan haklarının devrinde zaptın söz konusu olabileceği hakkında bkz. **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 2; Alacağın devrine kıyasen: **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 35; Genel olarak: **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N: 3; Satış konusu olabilen mutlak hakların zapta imkân tanıyabileceği hakkında bkz. **Gümüş**, s. 55.

<sup>69</sup> **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 23-24, Yazar her halde fikri hakların zapta yol açacağı görüşünü savunmaktadır.

<sup>70</sup> **Tandoğan**, s. 169-170; Patent ihlali ile üretilmiş bir eşyada zaptın değil hukuki ayıbın söz konusu olacağı hakkında: ATF 82 II 239.

<sup>71</sup> **Cavin**, s. 77.

<sup>72</sup> Elektronik kitaplara ilişkin sözleşmelerde zapta ilişkin sorumluluğun uygulanabileceği: **Eggen**, Mirjam: “eBook – myBook oder yourBook?”, recht 2017, s. 122 vd.



leşmenin ilgili fikri hakkı konu edinip edinmemesine göre yapılmalıdır. Örnek olarak, eser sahipliğinden doğan bir mali hakkın devrinde, söz konusu hak daha önceden rehnedilmişse kısmi zapt söz konusu olurken, satıcının toptancıdan satın aldığı ürünlerin satışı, ürünün üzerinde başkasına ait bir eserin bulunmasından ötürü mümkün olmuyorsa hukuki ayıp<sup>73</sup> söz konusu olmalıdır.

### 2.5.1.2. Şerh Edilmiş Nisbi Haklar

Şerh edilmiş kişisel hakların da zapt hükümlerinin uygulanmasına neden olması mümkündür<sup>74</sup>. Böylece, mesela şerh edilmiş bir alım hakkının alıcıya karşı kullanılması halinde, alıcının alım hakkı sahibine karşı taşınmazı devretmekten kaçınamayacağı için satıcının zapttan sorumluluğu doğacaktır. Gerçekten de sonuç olarak bu durumda da satılan, her ne kadar ilgililer arasında borç ilişkisi bulunsu da kaynağında şerhin eşyaya bağlı borç etkisi bulunduğu için alıcının elinden iradesine bakılmaksızın çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu olasılığın gerçekleşmesinin zayıf olduğu ifade edilmek gerekir. Zira tapu siciline şerh ile doğan etki sicilin kamuya açıklığı sonucunda, satıcıya TBK m. 214/II'ye dayanma olanağı verir. Bu durumda satıcının açık taahhüdü olmadıkça, zapttan sorumluluk doğmaz<sup>75</sup>. Eğer şerh yolsuz olarak terkin edilmiş ise, bu sefer iyiniyetle kazanım (TMK m. 1023) sonucunda alıcıya karşı şerh edilmiş hakkın ileri sürülmesi söz konusu olamaz. Ancak alıcı kötüniyetli ise, müspet vukuf varsa satıcının açık taahhüdü olması kaydıyla, şerh edilen hak alıcıya karşı ileri sürülebilir ve zapttan sorumluluk doğabilir.

### 2.5.1.3. Şerhin Etkisiyle Doğmayan Eşyaya Bağlı Borçlar

Eşyaya bağlı olan ve satılanın alıcının elinden alınmasına yol açabilecek nitelikteki borçlar da zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına elverişlidir. Zira sonuçları itibarıyla şerh edilmiş nisbi haklara benzeşirler. Nitekim belirtildiği üzere nisbi hakların şerh edilmesinin eşyaya bağlı borç etkisi bulunmaktadır<sup>76</sup>. Sonuç olarak ayırım yapılmasını gerektirecek bir nitelik farkı söz konusu değildir. Bu çerçevede, TMK m. 725/II uyarınca

<sup>73</sup> ZK-Schönle/Higi, Art. 192 OR, N. 35.

<sup>74</sup> Nomer/Engin, TBK m. 214, N. 34; Aydoğdu/Kahveci, s. 122; Zevkliler/Gökyayla, s. 142; Feyzioğlu, s. 252; Eren, N. 239; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, Art. 192 CO, N. 5; BSK-Honsell, Art. 192 OR, N. 2; Çabri, s. 594.

<sup>75</sup> Çabri, s. 588 ve 596.

<sup>76</sup> Genel olarak eşyaya bağlı borçların zapta sebebiyet verebileceği: Koller, §4 N. 71; ZK-Schönle/Higi, Art. 192 OR, N. 44.

arazisine taşan kısma<sup>77</sup> ilişkin olarak mülkiyetin devri yahut irtifak hakkı kurulması, zorunlu geçit hakkı istemine veya eşyaya bağlı oldukları kabul edildiği ölçüde kanundan doğan ipotek hakkı tesisi istemine<sup>78</sup> muhatap olan alıcı, satıcının kısmi zapttan doğan sorumluluğuna gidebilecektir<sup>79</sup>.

Anılan durumlar haricinde, alıcıya satılan üzerinde üçüncü kişiler nisbi haklarını ileri sürülemez<sup>80</sup>. İstisnai olarak satıcı kendisine karşı yöneltilen bir talep hakkına karşı, kanundan veya şerhten kaynaklanan eşyaya bağlı borç nedeniyle savunma imkânına sahip olmayabilir. Bunun dışında ilgili borç ilişkisine satılan üzerinde hak sahibi olan kişi kanun gereği<sup>81</sup> taraf kılınmış ise de, alıcı kendisine karşı yöneltilen nisbi haktan doğan talebi bertaraf edemez. TBK m. 310 uyarınca, satılan kiralanmış ise alıcı kira sözleşmesinin<sup>82</sup> tarafı olur ve kira sözleşmesinden doğan haklar malik alıcıya karşı kiracı tarafından ileri sürülebilir. Bu hallerde de kısmi zapt söz konusu olur<sup>83</sup>. Zira bu durumunda alıcının hukuki pozisyonu, eşyaya bağlı borç-

<sup>77</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, N. 1849 dn. 1028 ve N. 1869; Yarg. 1. HD., 24.9.2004, 6856/9891 (İstanbul Barosu Dergisi 2005/2, s. 498); JdT 1973 I 370; **Serozan**, Rona: “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42 S. 1-4 (1976), s. 269-270; **Akman**, Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul, 1982, s. 184 **Atlı**, Banu: “Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19 (Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-2017), s. 995; **Ercoskun Şenol**, H. Kübra: “Hem Haksız Hem de Taşkın Yapı Niteliğindeki Yapılar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl: 11 S. 38 (Nisan 2019), s. 39. Aksi yönde: Yarg. 14. HD., 15.11.2005, 7378/9865 (Kazancı). Haksız yapıya ilişkin mülkiyetin malzeme sahibine geçirilmesi talep hakkının yükümlüsü açısından eşyaya bağlı olmadığı hususunda: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1775.

<sup>78</sup> **Rüegg**, §5 N. 27; Yapı alacaklısı ipoteki bakımından zapt uygulanabileceği şeklinde: **Schmid**, s. 356 ve 359. İpotek tesis edildiği anda satış sözleşmesinin kurulmasından sonra doğmuş bir hak olacağı fikriyle aksi yönde: **Kuonen**, Nicolas: “Les relations entre les intervenants dans la construction”, Journees suisse du droit de la construction 2011, 2010, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s. 18.

<sup>79</sup> Benzer şekilde: **Huguenin**, N. 2559.

<sup>80</sup> **Aydoğdu/Kahveci**, s. 122; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142.

<sup>81</sup> Bunun dışında nisbi haklar herhangi bir şekilde zapta yol açmaz. JdT 1973 I 370’te, taşınmaz üzerinde üçüncü kişinin arazinin eski maliki ile arasındaki anlaşma uyarınca yaptığı yolun zapta yol açmayacağı, ancak ayıp olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. **Engel**, s. 29.

<sup>82</sup> Kira sözleşmesi şerh edilmiş ise alıcı, durumu biliyor farz edildiğinden kural olarak zapttan sorumluluk doğmaz. **Schmid**, s. 358.

<sup>83</sup> **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192, N. 37, 44; **Schmid**, s. 356-357; **Özen**, Burak: “Kira Konusunun Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9 S. 103-104 (2013), s. 102-103. Aksi yönde bkz. **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 2; **Tandoğan**, s.

lardan farklılık arz etmemektedir. Eş söyleyişle, alıcının ileri sürülen hakka karşı savunma olanağının bulunup bulunmamasına göre üstün haklar belirlenmek gerekir.

#### 2.5.1.4. Satılanın Haczedilmiş Olması

Haciz, icra hukukuna ait bir kavramdır. Maddi hukuktaki haklar kategorileri içinde yer almamaktadır. Ancak, salt özel hukuk kaynaklı olmadığı gerekçesiyle satılanın haczedilmiş olduğu hallerde, alacaklının satılanı icra yoluyla paraya çevirmeye girişmesinin zapttan sorumluluğu doğurmayacağı kabul edilemez<sup>84</sup>. Zira haciz, alacağa bağlıdır ve talep hakkının uzantısını oluşturur<sup>85</sup>. Böylece haciz ile alacaklı, alacağına bağlı olarak rehin benzeri şekilde haczedilene paraya çevirme olanağı kazanır<sup>86</sup>. Başka bir deyişle haciz, alacaklı lehine bir işlem<sup>87</sup> olup onun alacak hakkını kuvvetlendirir, esasında onun sonucu ve uzantısıdır. Takip hukukundan kaynaklı da olsa bir hak söz konusudur. Salt icra takibi içinde haczin gerçekleşmesi burada kamu hukukuna dayalı bir talebin olduğunu kabule yeterli olmaz. Bu nedenle satılanın haczedilmiş olması hukuki ayıp olarak nitelendirilemez<sup>88</sup>. Keza

---

152; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Eren**, N. 244; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 5; **Tercier/Venturi**, N. 321.

<sup>84</sup> Karş. Hukuki ayıp yönünde: **Zevkliler/Gökyayla**, s. 117.

<sup>85</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2018, N. 52-53; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, N. 225; **Özmen**, E. Saba: “Türk Hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 1991, S. 2, s. 184; Alacaklının haczettirme hakkının kamu hukukundan doğan bir hak olduğu: **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N. 127 ve 131. Haciz halinde zaptın nisbi hakka dayalı olarak gerçekleşmiş olduğu: **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 34.

<sup>86</sup> **Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013, s.457. Haciz ile takip hukukundan kaynaklanan bir hakkın doğduğuna ilişkin olarak bkz. **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2012, s. 309; **Kuru**, s. 457; Benzer yönde: **Postacioğlu**, İlhan/**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 2010, N. 283.

<sup>87</sup> **Özmen**, s. 183.

<sup>88</sup> Zaptın gerçekleşeceği yönünde: Yarg. 13. HD., 20.3.1995, 2191/2694 (Kazancı); Yarg. HGK., 3.5.1995, 15-255/511 (Kazancı). Hukuki ayıp yönünde: Yarg. HGK., 20.6.2019, 1657/744 (Lexpera); Yarg. 19. HD., 18.3.2013, 13737/4704 (Lexpera); Yarg. 13. HD., 19.3.2009, 13076/3661 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 22.10.2001, 7856/9445 (Kazancı). Karş. Yarg. 19. HD., 30.5.2011, 11839/7179 (Lexpera): “...Satım akdinde alıcının zapta karşı tekeffül hükümlerine dayanabilmesi için aracın hukuken ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekir.”; Yarg. 13. HD., 20.12.2011, 13524/19637 (Kazancı): “Taraflar arasındaki uyumsuzluk geçerli satıştan kaynaklanan BK. 189 ve sonraki maddelerinde düzen-

haczedilmiş malvarlığı unsuru üzerinde borçlandırıcı işlem yapmaya sınırlama getirmediği gibi sadece tasarruf yetkisine kayıtlama getirir<sup>89</sup>. Bu nedenle haczedilmiş malvarlığı unsurlarına ilişkin satış sözleşmeleri TBK m. 27'ye aykırı değildir.

Haciz ile satılan üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanır, taşınırlara ilişkin olarak İİK m. 86 bu hususu açıkça hükme bağlamaktadır. Yine aynı hüküm üçüncü kişilerin iyiniyetle kazandığı hakları saklı tutarak, zapt hükümlerinin uygulanmasını bertaraf etmektedir. Haczi bilen veya bilmesi gereken kişiler bakımından ise İİK m. 86/III, tasarruf işlemlerinin alacaklının haklarını ihlal ettiği ölçüde hükümsüz olduğunu (nisbi etkisizlik) belirtmektedir<sup>90</sup>. Dolayısıyla, alacaklı takipten doğan alacağını tahsil etmek için kötüniyetli alıcının elindeki satılanı, paraya çevirebilir. Bu durumda da kötüniyetli alıcı bakımından satıcının zapttan doğan sorumluluğuna gitme olanağı doğar.

Taşınmazlarda ise haciz işlemiyle birlikte İİK m. 91 hükmü uygulama alanı bulur ve taşınmaza ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlanır<sup>91</sup>. Haczin şerh edilmesiyle TMK m. 1010/I b. 2 uyarınca taşınmaz üzerinde sonradan mutlak hak kazananlar, taşınmazın paraya çevrilmesine katlanmak zorunda kalır<sup>92</sup>. Bu durumda tapu sicilinin açıklığı gereği satıcının ancak özel taahhüdü ile zapttan sorumlu olması söz konusu olabilecektir.

### 2.5.2. Üstün Hakkın Sözleşme Kurulduğu Anda Var Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 214'ün açık düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için üstün hakkın en geç satış sözleşmesinin kurulduğu anda var olması<sup>93</sup> gereklidir<sup>94</sup>. Üçüncü kişinin

---

lenen zapta karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklanmıştır. Davalı N.'ye ait aracın geçerli sözleşme ile davacı H.'ye satıldığı ve aracın hukuki ayıplı olması sebebiyle zapt edildiği uyuşmazlık dışıdır.”

<sup>89</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 309; **Postacıoğlu/Altay**, N. 304; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 23.

<sup>90</sup> **Kuru**, s. 432-433; **Postacıoğlu/Altay**, N. 301.

<sup>91</sup> **Özmen**, s. 193; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 309; **Kuru**, s. 444

<sup>92</sup> **Doğan**, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi, Ankara, 2004, s. 63.

<sup>93</sup> Üçüncü kişinin üstün hakkının beklenen hak halinde olmasının yeterli olup olmayacağı sorunu akla gelebilir. TBK m. 171/III hükmü çerçevesinde beklenen hakka tanınan koruma dikkate alındığında, beklentinin sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesi halinde satıcının zapttan sorumluluğuna gidilebilmesi olanaklı sayılabilir. Beklentiye konu hakkın “üstün” olması yeterlidir. Zira beklenti, tam hakka benzer şekilde hukuki koruma görebilmektedir. Beklentinin hukuki niteliği hakkında bkz. **Nomer**, s. 143-146; İlgili hakkın satış sözleşmesinin kurulduğu andaki varlığı çekişmeli ise alıcı ile satıcı arasındaki davada bu hususun geçmişe etkili olarak hükme bağlanacağına ilişkin olarak:

üstün hakkı, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra doğmuş ise alıcı satıcının sorumluluğuna ancak genel hükümler<sup>95</sup> uyarınca gidilebilir.

BK-**Giger**, Art. 192 OR, N. 42. Ancak bu davadaki tespit, taraf olmayan üçüncü kişi üstün hak sahibini etkilemeyecektir.

<sup>94</sup> **Tandoğan**, s. 153; **Tunçomağ**, s. 214; **Yavuz**, s. 112; **Aral/Ayrancı**, s. 110; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 142; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 82; **Gümüş**, s. 55; **Engel**, s. 29; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 4; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 41; **Feyzioğlu**, s. 252; Örnek olarak, satılan üzerinde, satış sözleşmesinin kurulmasından sonra satıcının borcu nedeniyle haciz uygulanır ve bunun sonunca alıcının elinden çıkarsa zapt hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Yarg. 13. HD., 23.5.2003, 990/6426 (Kazancı); **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 23.

<sup>95</sup> TBK m. 112 vd. şeklinde bkz. **Yavuz**, s. 112; **Gümüş**, s. 56; **Eren**, N. 245; **Türker**, s. 86; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 43; **Huguenin**, N. 2560; Satıcının sorumluluğuna borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca gidilebilmelidir. Zira satılan üzerinde üçüncü kişinin üstün hakkı bulursa da edimin ifası objektif olarak imkânsız değildir. Eğer bu durum imkânsızlığa sebebiyet verse idi, üstün hakkın sözleşme kurulduğu an mevcut olması gerekçesiyle, başkasının eşyasının satışı TBK m. 27 uyarınca hükümsüz olmak gerekirdi (**ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 7, yazarlar burada sürekli subjektif imkânsızlığın söz konusu olduğunu belirtmektedir.). Böyle bir halde imkânsızlık ancak üçüncü kişinin satılanın devrine dair rızasının alınmayacak olmasının anlaşılması halinde söz konusu olabilir. Çünkü borçluya satıcıya karşı verilecek aynen ifa hükmünün bu halde bir icra kabiliyeti olmaz. Bkz. ve Karş. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 79. Yargı kararlarında da bir eşyanın mülkiyetinin sonradan üçüncü kişiye aktarılmış olması durumu edimin imkânsızlaşması olarak nitelendirilmekte ama bu konuda belirtilen hususa değinilmemektedir. Bkz. Yarg. 3. HD., 5.2.2013, 18832/1562 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 23.12.1980, 6420/7063 (Kazancı); Yarg. HGK., 29.9.2000, 14-386/427 (Kazancı); İmkânsızlık üçüncü kişinin devre rıza göstermeyeceğinin anlaşılmasıyla gerçekleşebilir. O andan önce ancak TBK m. 125/II uyarınca olumlu zararının tazminini talep edebilir. Karş. **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 10, Yazar zapt ile temerrüt hükümlerinin yarışması bağlamında temerrüde, alıcının satıcının ifa etmesinin beklemenin boşuna olmadığını kanıtlaması halinde başvurulabileceğini belirtmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de devir borçlusunun, tasarruf yetkisini kaybetmesi sonucunda subjektif imkânsızlığın gerçekleşeceğini ancak ilgilinin rızasının alabileceği veya tasarruf yetkisini tekrar kazanabileceği hallerin istisna olduğunu belirtmiştir. Bkz. JdT 2011 II 529 “ *Ticaret hayatındaki iyi niyet ilkeleri uyarınca, borçludan ifa talep edilmesi olanaksız hale geldiğinde, edim subjektif olarak imkânsızdır. ...Borçlu bakımından ifa engeli tamamiyle aşılamaz olmalıdır. Federal Mahkemenin içtihadına göre borçlunun tasarruf yetkisinin sonradan kaybetmesi aşılamaz bir engel olabilir. Sınırlayıcı olarak belirtilmelidir ki borçlunun tasarruf yetkisini geri kazanma veya bu yetkiye sahip kişilerin rızasını edinme olanağının bulunması halinde, ifa engeli borçlu bakımdan aşılamaz değildir.* “; Karş. ATF 84 II 6, Bu kararda davalının tasarruf yetkisinin bulunmaması objektif bir imkânsızlık sebebi sayılmış ancak imkânsızlıktan kusuruyla sorumlu olduğu belirtilmiştir. Tekrar ifade etmek gerekir ki tam zapt halinde sözleşme ilişkisi tasfiye sürecine gireceğinden satıcının borçlu temerrüdü nedeniyle sorumluluğuna gidilemez.

## 2.6. Zaptın Gerçekleşmesi

Zapttan sorumluluğun doğabilmesi için, üçüncü kişinin yukarıda değinilen üstün hakkını alıcıya karşı ileri sürmesi ve bunun sonucunda hakkın yargı kararı<sup>96</sup> ile veya iradi olarak tanınmak suretiyle satılanın alıcının elinden çıkması gerekir<sup>97</sup>. Tek başına alıcının satılan üzerinde mülkiyeti kazanmamış olması satıcının zapttan sorumlu tutulması sonucunu doğurmaz<sup>98</sup>. Bu, bir bakıma, Roma hukukundan gelen satıcının rahat zilyetliği sağlama borcunun bulunması fakat mülkiyeti devir borcunun bulunmamasının<sup>99</sup> kalıntısıdır.

TBK m. 216/II açık düzenlemesi ile de yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu döneminden farklı olarak üçüncü kişinin üstün hak iddiasının mahkeme dışında da ileri sürülüp tanınabileceği tartışmadan uzak biçimde

<sup>96</sup> Salt kolluğa şikâyetin yeterli olmayacağı, bu durumda üçüncü kişinin üstün hakkının kanıtlanmasının zorunlu olduğu görüşünde: Yarg. 13. HD., 29.1.1986, 7858/427 (Kazancı). Karş. İrade açıklamasının yeterli olabileceği: **Huguenin**, N. 2566; **Gümüş**, s. 56; **Aral/Ayrancı**, s. 110.

<sup>97</sup> **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 5; **Koller**, §4 N. 78; **Tunçomağ**, s. 212; **Gümüş**, s. 56-57; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 143; **Doğu**, s. 522; **Eren**, N. 243, yazar def'i yoluyla hakkın ileri sürülmesini zaptın gerçekleşmesi için yeterli saymaktadır. Karş. Alıcının elinden eylemli olarak çıkmanın dışında, alıcının satılanı elinde tutmak için başkaca yükümlülükleri yerine getirmesinin gerekli olmasının da zapta yol açacağı: **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 6; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 48; Bu durumlarda örneksene ile uygulanacağı: **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Intro. Art. 192-196a CO, N. 4; **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 41. Ayrıca, satış bedelinin alıcıya TMK m. 989/II uyarınca ödenmiş olmasının zaptın gerçekleşmesine engel olmadığı: **Türker**, s. 42; **Acar**, s. 108; Yarg. 19 HD., 17.12.2015, 5116/17088 (Lexpera) "...zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için satılanın tamamı veya bir kısmının alıcının elinden alınması gerekir. Oysa dava konusu aracın halen davacının elinde olduğu anlaşılmaktadır."

<sup>98</sup> **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 39; Genel hükümlere başvurulması mümkündür. **Huguenin**, N. 2567; İptal hakkına başvurulabileceği: **Koller**, §4 N. 78; JdT 1984 I 388; JdT 1984 I 139. Tam zapt gerçekleştikten sonra sözleşme dahi sözleşmesel ilişki sona ermeye yönelik olsa dahi devam ettiğinden iptal yoluna gidilmesi kural olarak mümkün olmalıdır: **ZK-Schönle/Higi**, Art. 192 OR, N. 23.

<sup>99</sup> **Zimmermann, Reinhard**: The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape, 1992, s. 293-294; **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 12; **Bucher**, s. 89; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 80; Ayrıca: **Yüksel**, Halil İbrahim: Roma Hukukunda satış sözleşmesi (Emptio-venditio), İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 93 vd. Hukukumuzda mülkiyeti ve zilyetliği devir borcunun açıkça bulunması karşısında özel olarak zapttan sorumluluğun düzenlenmesi zorunlu değildir. Bkz. **Cavin**, s. 62 vd.; **Engel**, s. 28; **Nomer/Engin**, TBK m. 214, N. 2. Karş. **Yavuz**, s. 109.

hüküm altına almıştır<sup>100</sup>. Kaynak İsviçre kanunundan farklı olarak ilgili fıkranın bulunmadığı yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu döneminde bir görüş ancak üstün hakkın dava yolu ile ileri sürüldüğü takdirde tanınabileceği şeklindeydi<sup>101</sup>. Bu kabul ise hem kaynak kanuna aykırı bir yoruma yol açmakta ve hem de gereksiz yere yargılama yapılmasına yol açmaya elverişliydi<sup>102</sup>.

Satılan, üçüncü kişinin şikâyetçi olduğu ceza soruşturması veya kovuşturması sonucunda, alıcının elinden almış ise, yine bu durumda da şikâyetçi olmak hakkın ileri sürülmesi şeklinde yorumlanmalıdır<sup>103</sup>. Nitekim Yargıtay da bir kararında<sup>104</sup> ceza yargılaması ile satılanın alıcının elinden alınmasında zapt hükümlerini haklı olarak uygulamıştır. Ceza ve özel hukuk mahkemeleri arasında ihbar ve müdahalenin etkisi ilişkisi bulunamayacağından ceza mahkemesinin kararı TBK m. 74 anlamında özel hukuk mahkemesince dikkate alınmak gerekecektir.

### 3. ZAPTTAN SORUMLULUKTA ZAMANAŞIMI

Bir alacak zamanaşımına uğradığında, alacaklı hakkını borçluya karşı ileri sürdüğü takdirde borçlu, zamanaşımı def'ini kullanarak, alacaklının alacak hakkına bağlı<sup>105</sup> talep hakkının kullanmasının önüne geçebilir<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> **Gümüş**, s. 56; Ayrıca: **Yıldırım**, M. Fadıl: “Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17 S. 1-2 (2013), s. 1157 vd.

<sup>101</sup> **Tandoğan**, s. 154; Bu konuda: **Yavuz**, s. 111; **Acar**, s. 111 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 123; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 143-144; Önceki düzenlemenin yerinde olduğu ve eşyayı tartışmasız çekişmesiz şekilde üçüncü kişiye verenin genel hükümlere de gidemeyeceği görüşünde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 82.

<sup>102</sup> **Tandoğan**, s. 155; **Tunçomağ**, s. 212; **Yavuz**, s. 114. Nitekim bazı kararlarında Yargıtay bu yönde de karar vermiştir: Yarg. 13. HD., 29.1.1986, 7858/427 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 21.11.1988, 3920/5535 (Kazancı).

<sup>103</sup> Üçüncü kişinin üstün hakkının kanıtlanmasının zorunlu olduğu, sadece şikâyetin yeterli olmadığı hususunda: Yarg. 13. HD., 29.1.1986, 7858/427 (Kazancı); Ayrıca: Yarg. 13. HD., 13.3.2013, 56/6242 (Kazancı).

<sup>104</sup> Yarg. 11. HD., 25.5.1989, 351/3111 (Kazancı).

<sup>105</sup> Talebin, alacak hakkından ayrı ancak ona bağlı olduğu hususunda: **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 50; **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2018, N. 975; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015, s. 258; **Von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, Zürich, 1984, §2 VI, s. 15 vd.

<sup>106</sup> **Feyzioğlu**, Feyzi N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 1977, s. 602-603; **Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020, N. 211-211.13; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1959; **İnan**, Ali Naim/**Yücel** Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 647; **Eren**, N. 4051.

Zamanaşımın dolmasıyla borçlu lehine def'i hakkı doğar. Alacak hakkı varlığını korurken, alacağa bağlı talep hakkı, def'inin borçlu tarafından kullanılmasıyla baskılanır<sup>107</sup>. Dolayısıyla, satıcının zapttan sorumluluğunu sona erdirmemekle birlikte alıcı tarafından ileri sürülmesini engelleyen bir sebep olarak zamanaşımının da bu çalışma kapsamında değerlendirilmesi icap etmektedir.

Zapttan doğan sorumluluğa ilişkin olarak, ayıba ilişkin sorumlulukta söz konusu olduğu gibi, yasada hakka zamansal sınırlama getiren herhangi bir özel hüküm sevk edilmemiştir. Zapttan sorumluluk satıcı için bir borç olduğu için zamanaşımına tabi olur ve TBK m. 146 uyarınca bu sorumluluğa ilişkin olarak on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur<sup>108</sup>.

Zamanaşımı süresinin ise hangi andan itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre bu süre, sözleşmenin kurulması bir diğer görüşe göre ise teslim anı, bir diğerine göre ise zapt anından itibaren başlamalıdır<sup>109</sup>. Burada hareket noktası, fikrimizce, zapttan sorumluluğun satıcının satılanı teslim ve mülkiyetini devretme borçlarının yansması olmasıdır. Başka bir deyişle bu borçların varlığı zapttan sorumluluğun varlık nedenini oluşturur. Dolayısı ile satıcının zapttan doğan sorumluluğuna, satılanı teslim ve devir borcunun muacceliyet kazanmasıyla zamanaşımı işlemeye başlamalıdır<sup>110</sup>. Zapttan sorumluluğa, zaptın gerçekleşmesi anından itibaren zamanaşımının işleyeceği kabul edilirse, satıcının bu borçtan sorumluluğunun zapt gerçekleşmedikçe asla zamanaşımına uğramayacağı sonucu ortaya çıkar. Böylece bu görüşe göre, satılanı hiç teslim

<sup>107</sup> **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1545-1546; **Erdem**, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 349 vd.

<sup>108</sup> **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, Art. 192 CO, N. 3; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 11; Yarg. 13. HD., 24.11.1986, 4482/5734 (Kazancı); Yarg. 13. HD., 20.3.1995, 2191/2694 (Kazancı); **Eren**, N. 255; **Tunçomağ**, s. 226; **Doğu**, s. 525; **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 192 OR, N. 5; **OFK-Kostkiewicz**, Art. 192 OR, N. 11. İsviçre'de İBK m. 196a hükmüyle, satış sözleşmesine kültür varlığının konu olması halinde zaptın gerçekleşmesi olasılığına ilişkin olarak özel bir zamanaşımı rejimi öngörülmüştür. Buna göre, zapttan sorumluluktan doğan dava hakkına ilişkin zamanaşımı, alıcının bu durumu fark etmesinden itibaren bir yılın ve her halükarda sözleşmenin kurulmasından itibaren otuz yılın dolmasıyla gerçekleşecektir.

<sup>109</sup> Bu hususta bkz. **Gümüş**, s. 57; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 11; Yarg. 13. HD., 9.2.2016, 47465/3694 (Lexpera). Zapt davasının kesinleşmesinden itibaren işleyeceği fikrinde: **Eren**, N. 255; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 129; Yarg. 1. HD., 16.12.2009, 11411/13279 (Kazancı); Yarg. 1. HD., 21.9.2011, 6761/9035 (Kazancı); Fiili zapt anından itibaren işlemesi gerektiği ve bu andan önce zapta ilişkin talep edilebilir bir hak olmadığı gerekçesiyle: **BK-Giger**, Art. 192 OR, N. 83.

<sup>110</sup> Sözleşmenin kurulması anı şeklinde: **Gümüş**, s. 57; **BSK-Honsell**, Art. 192 OR, N. 11.



etmeyen satıcı, alıcının ifa istemine karşılık zamanaşımı def'ini ileri sürebilirken, teslimden sonra on yılı aşkın bir süre sonra gerçekleşen zapt halinde savunma imkânından mahrum kalması gibi kabul edilemez bir sonuç doğar. Zira bu durumda istisnai ve alıcı lehine bir sorumluluk rejimi olan zapttan sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı, genel sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımından çok daha uzun olur. Hiç teslim etmeyen satıcı ile teslim etmekle birlikte mülkiyeti devredemeyen satıcı arasında böyle bir ayırım yapmayı gerektirecek menfaat veya hukuki durum farklılığı yoktur.

Zapttan sorumluluk hükümleri kural olarak emredici olmadığından zamanaşımı süreleri kısaltılabilir veya uzatılabilir<sup>111</sup>. Sürenin kısaltılması sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olacağından<sup>112</sup> TBK m. 214/III hükmüne tabi olur.

## SONUÇ

Satış sözleşmesinde zapttan sorumluluk, Roma hukukunun bir kalıntısı oluşturmakta olup alıcının elinde satılanın satış sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut bir üstün hak nedeniyle elinden alınmasında kaynaklanan sorumluluğu ifade eder. Bu sorumluluğun satılanın mülkiyetini ve zilyetliğini devir borcunun bir yansıması olduğu dikkate alınır, zapttan sorumluluğun, satılanın mülkiyetini devri borcuyla aynı zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği kabul edilmelidir.

Zapttan sorumluluk, sözleşme tam zaptın gerçekleşmesi sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin iptal edilmesi sonucu sona ermedikçe, irade bozukluğu ve borçlu temerrüdü hükümleriyle yarışabilir. Bu itibarla zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi olarak öncelikle hüküm ifade eden bir satış sözleşmesi bulunmalıdır. Sözleşmenin, özel mülkiyete tabi olmayacak veya müsaderesine hükmedilmiş bir eşyayı konu edinmesi gibi TBK m. 27'ye aykırılık teşkil eden hallerde bu nedenle zapttan sorumluluk söz konusu olmamalıdır. Öte yandan, üçüncü kişinin hakkına dayanmayan, hukuk düzeninin genel sınırlamalarından kaynaklanan nedenlerle satılardan yararlanılamaması zapt olarak nitelendirilemez. Zapttan sorumluluğu ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Bu anlaşma satıcının zapt tehlikesini gizlediği hallerde hükümsüzdür. Bununla birlikte sorumsuzluk

<sup>111</sup> ZK-Schönle/Higi, Art. 192 OR, N. 67; On yıldan fazla zamanaşımı süresi tanınıp tanınmayacağı ayıptan doğan sorumlulukta kabul edilecek görüşe koşut olacaktır. Bu tartışma hakkında bkz. Gümüş, s. 116.

<sup>112</sup> Başalp, s. 10; Akman, s. 23-25.

anlaşmasının genel hükümlerden doğan sorumluluğunu da etkilediği sonucuna ulaşıyorsa bu anlaşma TBK m. 115'e tabi olacaktır.

Güven ilkesine koşut biçimde, alıcı zapt tehlikesinden haberdar ise, satıcı özel olarak taahhüt etmedikçe zapttan sorumlu olmaz. Alıcı zapt tehlikesinin haberdar değilse ancak haberdar olması gerekiyorsa, alıcının kast düzeyine varmayan ihmalden kaynaklanan bilgisizliği halinde de satıcının zapt sorumluluğuna gidebilmesine olanak tanınmalıdır.

Zapttan sorumluluğun gerçekleşebilmesi için satılanın teslim edilmiş olması da gereklidir. Tapu siciline kayıtlı taşınmazlarda ise alıcı lehine tescilin yapılmış olması lazım gelir. Ayrıca, satılan alıcının elinden, üstün hakkın ileri sürülmesi ve bu hakkın iradi veya yargısal yolla tanınması sonucunda çıkmadığı takdirde zapttan sorumluluk gerçekleşmez, alıcı genel hükümlere başvurabilir.

Zapta olanak veren üstün haklar, alıcının ileri sürülen hakka karşı savunma olanağının bulunup bulunmamasına göre belirlenmek gerekir. Buna göre, mutlak haklar, şerhten veya kanundan doğan eşyaya bağlı yükümlülükler, satılanın haczedilmiş olması, satılanın kiralanmış olması (TBK m. 310) zapttan sorumluluğa yol açabilir. Ancak satım konusu üzerinde, devri amaçlanan hak ile özdeş olmayan bir başka mutlak hak ileri sürülüyorsa bu durumda kanımızca zapt söz konusu olmaz, hukuki ayıp hükümleri uygulanmak gerekir.

**KAYNAKÇA**

- Acar**, Özlem: “Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1 (2014).
- Akman**, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976.
- Akman**, Galip Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul, 1982.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.
- Atamer**, Yeşim: “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012.
- Atlı**, Banu: “Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19 (Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan-2017).
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.
- Başalp**, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, 2011.
- Baytaz**, Abdullah Batuhan: Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m. 55-54), Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 2009.
- Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- Cavin**, Pierre: Traité du Droit Privé Suisse - VII-1 - La Vente L’Echange La Donation, Friburg, 1978.
- Çabri**, Sezer: “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3 (2016-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan).
- Doğan**, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi, Ankara, 2004.
- Doğu**, H. Mert: “Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan ve Zapttan Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2 (2018).
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015.
- Eggen**, Mirjam: “eBook - myBook oder yourBook?”, recht 2017.
- Engel**, Pierre: Contrats de droit suisse, Bern, 2000.

- Engin**, Baki İlkey: Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002.
- Ercoşkun Şenol**, H. Kübra: “Hem Haksız Hem de Taşkın Yapı Niteliğindeki Yapılar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yıl: 11, S. 38 (Nisan 2019).
- Ercoşkun Şenol**, H. Kübra: “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 4 (Ekim 2013) (*Hile*).
- Erdem**, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- Erten**, Ali: Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977.
- Feyzioğlu**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 1977.
- Feyzioğlu**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul, 1980.
- Giger**, Hans: Berner Kommentar Das Obligationen Recht 2. Abteilung I. Teil Band 1. Abschnitt, Bern, 1980.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, 2013.
- Günel**, M. Cahit: Taşınmaz Rehninin Kapsamı Çerçevesinde Eklentinin Hukuki Durumu, İstanbul, 2013.
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- Honsell**, Heinrich: Basler Kommentar - Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 4. Baskı, Basel, 2007.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR, Art. 192 OR, Zürich-Basel-Cenevre, 2016.
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2014.
- İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

- Kapancı**, Kadir Berk: Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2012.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- Kızılay**, Aygül: “Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu”, Hacettepe HFD 7(2) 2017.
- Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Bern, 2012.
- Kostkiewicz**, Jolanta Kren: OFK Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016.
- Kuonen**, Nicolas: “Les relations entre les intervenants dans la construction”, Journées suisse du droit de la construction 2011, 2010, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013.
- Nomer**, Haluk N./**Engin**, B. İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Ankara, 2018.
- Nomer**, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002.
- Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2018.
- Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul, 2011.
- Özen**, Burak: “Kira Konusunun Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S. 103-104 (2013).
- Özmen**, E. Saba: “Türk Hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 1991.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2012.

- Pekmez**, Cüneyt: “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, S. 20 (Ocak 2015).
- Postacıoğlu**, İlhan/**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 2010.
- Rüegg**, Eric: “§ 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers/I.-IV.”, Der Grundstückkauf, Ed. Alfred Koller, Bern, 2017.
- Schmid**, Jörg: “Die Gewährleistung beim Grundstückkauf Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, S. 81, 2000.
- Schönle**, Herbert/**Higi**, Peter: Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Zürich, 2005.
- Schumacher**, Rainer/**Rüegg**, Erich: “§ 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers / III.-IV.”, Der Grundstückkauf, 2. Baskı, Bern, 2001, Editör: Alfred Koller.
- Serozan**, Rona: “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1-4 (1976).
- Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.
- Şahiniz**, Salih: Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, 2008.
- Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/I ve 1/2, İstanbul, 2008.
- Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- Tercier**, Pierre/**Venturi**, Silvio: Les contrats speciaux, Zürich, 1995.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 2. Cilt Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977.
- Türker**, Erhan: Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, Eskişehir, 1974.
- Venturi**, Silvio/**Zen-Ruffinen**, Marie-Noëlle: Commentaire Romand-Code des Obligations Art. 1-529, Basel, 2012.
- Vionnet**, Guillaume: L'exercice des droits formateurs, Zürich-Basel-Cenevre, 2008.
- Von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, Zürich, 1984.

- Yavuz**, Cevdet: Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989.
- Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014 (Hazırlayanlar: **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak).
- Yücedağ**, Nafiye: Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değişirme Hakkı -TBK ve CISG Uyarınca, İstanbul, 2018.
- Yüksel**, Halil İbrahim: Roma Hukukunda satış sözleşmesi (Emptio-venditio), İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.
- Zimmermann**, Reinhard: The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape, 1992.

## KISALTMALAR

<b>ATF</b>	: Arrêts du Tribunal Federal
<b>b.</b>	: Bent
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnotu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>İBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İİK</b>	: İcra ve İflas Kanunu
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>Kazancı</b>	: Kazancı Çevrimiçi İçtihat Bilgi Bankası
<b>Lexpera</b>	: Lexpera Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
<b>m.</b>	: Madde
<b>N.</b>	: Kenar/Paragraf Numarası
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay





## TAŞIYICININ EN YÜKSEK ÖZENİ ÜZERİNE BİR İNCELEME (TTK m. 876)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704816>

**Dr. Doğuş Taylan TÜRKEL\***

### Öz

*Taşıyıcının sorumluluğu bakımından TTK m. 876'da yer alan en yüksek özen ("utmost care", "größte Sorgfalt") kuralı, 1960'ların ikinci yarısından itibaren Alman Federal Mahkemesi'nin (Bundesgerichtshof - BGH) CMR m. 17 II'deki kaçınılmaz ve önlenemez olay ile Alman Karayolları Trafik Kanunu (Straßenverkehrsgesetz - StVG) (mülga) § 7 II'deki önlenemez olay ("Unabwendbares Ereignis") arasında bağlantı kurmasına dayanmaktadır. Alman Federal Mahkemesi'yle birlikte Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberste Gerichtshof - OGH) de CMR m. 17 II açısından taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğünü kabul etmiş ve bu yüksek mahkeme içtihatları sonrasında, İngiliz içtihat hukukunu da etkilemiştir. Yüksek mahkeme kararıyla oluşan içtihat birikimi 1998 Alman Taşıma Hukuku Reformu ile kanunlaştırılmıştır. Türk hukukunda ise, HGB § 426'da yer alan en yüksek özen kuralı TTK m. 876'ya aynen aktarılmıştır.*

*En yüksek özenin esas aldığı ideal taşıyıcının, çok basiretli ve tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen, uygulanabilir ve akla uygun -atipik olup olmadığına bakılmaksızın- bütün tedbirleri alması gerekmektedir. Taşıyıcının özen yükümlülüğünü yerine getirmesi için göstermesi gereken çabanın sınırı, alınacak tedbirlerin ve hareket tarzının, ilk görünüş itibariyle tamamen katlanılmaz, saçma ve dolayısıyla, beklenemez olduğu durumlara kadar uzanır. Bu itibarla, TTK m. 876'nın aradığı objektif özen, basiretli ve tedbirli taşıyıcıdan beklenen makul özenin üzerindedir.*

### Anahtar Kelimeler

*En Yüksek Özen, Taşıyıcı, Önlenemez Olay, Objektif Özen, Kusur*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi (e-posta: [dogustaylanturkel@gmail.com](mailto:dogustaylanturkel@gmail.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6645-891X> (Makalenin Geliş Tarihi: 03.12.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.12.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.01.2020)

## A REVIEW ON THE UTMOST CARE OF THE ROAD CARRIER (TCC art. 876)

### Abstract

*The rule of utmost care (“en yüksek özen”, “größte Sorgfalt”) in Turkish Commercial Code (TCC) art. 876 in respect of the road carrier’s responsibility is based on the connection that the Federal Court of Justice of Germany (Bundesgerichtshof - BGH) made between the unpreventable and unavoidable event in CMR art. 17 II and the unavoidable event (“Unabwendbares Ereignis”) in the German Road Traffic Act (Straßenverkehrsgesetz - StVG) former § 7 II since the second half of the 1960s. Along with the Federal Court of Justice, the Austrian Supreme Court of Justice (Oberste Gerichtshof - OGH) also accepted the carrier’s duty of utmost care with regards to CMR art. 17 II, and later on, this judicial jurisprudence also affected the English case law.*

*The accumulation of judicial jurisprudence created by high court was enacted by the reform of German transport law of 1998. In Turkish law, the rule of utmost care in HGB § 426 is kept intact in article 876 of TCC. The ideal carrier, on which the rule of utmost care is based, is required to take all applicable and reasonable measures expected from a very careful and prudent carrier - regardless of whether they are atypical or not. The limit of the effort that the carrier is required to make in order to fulfill its duty of utmost care extends to the situations, in which the measures and course of action to be taken are completely unbearable, absurd and therefore unexpected in the first instance. In this respect, the objective care that*

### Keywords

*Utmost Care, Road Carrier, Unavoidable Event, Objective Care, Culpa*

## GİRİŞ

TTK m. 876'da taşıyıcının eşyanın zıyaı, hasarı ve teslimindeki gecikmesine dair genel sorumluluktan kurtulma sebebi düzenlenirken, aynı zamanda bu sorumluluk hakkında geçerli olan özen yükümlülüğünün derecesi “en yüksek özen” (“*größte Sorgfalt*” = “*utmost care*”) olarak belirlenmiştir<sup>1</sup>. Hiç şüphe yok ki, bu kavram ile taşıyıcının özen yükümlülüğü objektif hâle getirilmektedir. Gelgelelim, en yüksek özen, Türk sorumluluk hukukunun *genelinde* iyi bilinen yerleşik bir kavram niteliğinde değildir<sup>2</sup>. Bu makalede en yüksek özen kuralının, Alman Federal Mahkemesi'nin CMR m. 17 II'yle ilgili yargısal içtihatlarına dayanan tarihsel gelişimi de göz önünde tutularak, Türk hukuku içindeki anlamı ve etkileri incelenmeye çalışılmıştır.

TTK m. 876'ya göre taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için somut olayda (i) en yüksek özeni gösterdiğini, (ii) kaçınılmaz veya sonuçları önlenemez sebepleri ve (iii) zıya, hasar ya da gecikme ile bu sebepler arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerekir. Makalenin konusunu ise, TTK m. 876'nın sadece taşıyıcının objektif özen derecesini belirleyen kısmı oluşturmaktadır.

## I. CMR m. 17 II'NİN YARGISAL YORUMU İLE TAŞIYICI HAKKINDA EN YÜKSEK ÖZEN KURALININ ORTAYA ÇIKIŞI

### A. Alman Federal Mahkemesi (BGH) Kararları

Alman hukukunda, CMR m. 17 II'de yer alan taşıyıcının önleyemeyeceği veya kaçınmayacağı sebepler motorlu araç işletenin sorumluluğunu düzenleyen “*Alman Karayolları Trafik Kanunu*”nun (“*Straßenverkehrsgesetz*” = “*StVG*”) yürürlükten kaldırılmış bulunan 7'nci

<sup>1</sup> Maddenin kaynağını oluşturan HGB § 426'nın başlığı “Sorumluluktan kurtulma” iken, TTK m. 876'da başlık olarak “Taşıyıcının özeni” tercih edilmiştir. TTK'da “Sorumluluktan kurtulma” ise, 876 ilâ 878'inci maddelerin üst başlığında yer almaktadır.

<sup>2</sup> Türk hukukunda “*größte Sorgfalt*”ın karşılığı olarak ilk defa *Arkan*'ın “en yüksek düzeyde özen” ifadesini kullandığını tespit edebiliyoruz (*Arkan*, S.: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 44). TTK m. 876 öncesindeki dönemde aynı kullanım için *Kaya*, A.: Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 324; *Aydın*, A.: CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 70; *Gençtürk*, M.: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Genel Kavramlar - Gecikmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2006, s. 165; *Özdemir*, T.: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006, s. 203.

paragrafının ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “önlenemez olay<sup>3</sup>” kavramı ile açıklanmaya çalışılmıştır:

“[k]azaya, araçtaki bozukluk ya da onun çalışmasındaki arızadan kaynaklanmayan *önlenemez bir olay* sebep olmuş ise, tazminat sorumluluğu doğmaz<sup>4</sup>”.

Özen yükümlülüğü hakkında önemli olan noktayı ise, StVG[a] § 7 II'nin uygulanmasında önlenemez olayın varlığı için gösterilmesi gereken özen derecesinin “en yüksek özen” olarak görülmesi oluşturmuştur.

İlk olarak Alman Federal Mahkemesi 21/12/1966 tarihli kararında<sup>5</sup>, CMR m. 17 II'nin kapsamına sadece mücbir sebebin değil, *önlenemez olayın* da girdiğini tespit ederek, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için tedbirli taşıyıcının özeninin yeterli olmadığını, olayın şartlarına göre mümkün olan *en yüksek özenin* gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>6</sup>. Federal Mahkeme, 28/2/1975 tarihli kararında ise, bu görüşünü kuvvetlendirerek tekrar etmiştir. Trafik kazasının meydana geldiği olayda, araç sürücüsü hava durumuna ve karayolu şartlarına uygun olarak 30-35 km. hızla en sağ şeritten hareket ederken, karşı şeritten gelen başka bir taşıma aracı orta refüjü aşarak davalıya ait kamyonu çarpmıştır. İstinaf Mahkemesi, taşıyıcıya karşı açılan davanın reddine karar verirken, CMR m. 17 II'de yer alan “taşıyıcının kaçınamayacağı veya sonuçlarını önleyemeyeceği olaylar”ın mücbir sebebi ifade etmediğini<sup>7</sup>; mücbir sebep niteliğindeki durumların motorlu aracın işletil-

<sup>3</sup> “Unabwendbares Ereignis”.

<sup>4</sup> StVG[a] § 7 II 1: “Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein **unabwendbares Ereignis** verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs noch auf einem Versagen seiner Verrichtungen beruht”.

<sup>5</sup> BGH, 21/12/1966, I b ZR 154/64, NJW 1967, s. 449.

<sup>6</sup> Karara konu olayda, *Duisburg*'tan *Rotterdam*'a 25 ton kobalt, çekiciye bağlı römork ve yarı römorklar ile taşınırken, araç sürücüsü Hollanda sınırında gümrük işlemlerini gerçekleştirmek için araçları hizmet vermeyen bir akaryakıt istasyonuna ait arazide gece boyunca korumasız olarak beklemiştir. Ertesi gün saat 17.00'da (20/5/1962) römorkun park yerinde olmadığı davalının oğlu tarafından ihbar edilmiştir. Söz konusu römork daha sonra, Belçika sınırı yakınlarında, Hollanda toprakları içinde içi boş bir hâlde bulunmuştur. Hırsızlık suçunun faileri veya çalınan eşyaların nerede olduğu tespit edilememiştir. Taşıyıcıya karşı açılan davada, ilk derece (hüküm) mahkemesi, davayı reddederken; *Düsseldorf* İstinaf Mahkemesi dava konusu talep hakkının haklı gerekçelere dayandığına karar vererek, hüküm mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Federal Mahkeme ise, davalının olayın şartlarına göre mümkün olan *en yüksek özenin* gösterilmesine rağmen hırsızlığın önlenemeyeceği konusundaki dayanaklarını yetersiz görerek İstinaf Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

<sup>7</sup> BGH, 28.12.1975, I ZR 40/74, NJW 1975, s. 1598.

mesi dışındaki alışılmadık ve önceden öngörülemeyen olayları kapsadığını; CMR m. 17 II’de yer alan 4’üncü durumun içeriğine giren sebeplerin ise, bunlarla sınırlı olmadığını belirtmiştir.

Temyiz başvurusunda ise, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasının ancak mücbir sebep hâlleriyle sınırlı olduğu argümanına dayanılmış; Alman hukuku uyarınca taşıma araçlarının karıştığı trafik kazalarının mücbir sebep teşkil etmediği ve trafik kazası sebebiyle taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını kabul eden İstinaf Mahkemesi kararının tehlike sorumluluğunun niteliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Federal Hükümet’in CMR’ye ilişkin raporunda 17’nci maddenin 2’nci fıkrasında mücbir sebep kavramının yer aldığı belirtilmesi de temyiz başvurusunun gerekçelerinden birini oluşturmuştur. Alman Federal Mahkemesi ise, temyiz başvurusunda ileri sürülen görüşleri kabul etmemiştir<sup>8</sup>. Mahkemeye göre, taşıyıcı için geçerli olan tehlike sorumluluğunda, mücbir sebep dışında, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan, ancak önlenmesi mümkün olmayan olaylara (“*unabwendbares Ereignis*”) dayanılarak sorumluluktan kurtulabileceği konusunda tereddütte bulunulmamalıdır. Bu noktada, iç hukukta yer alan bir sorumluluk hükmü olarak StVG[a] § 7 II’yle benzerlik kurularak, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için somut olayın özelliklerine göre mümkün olan *en yüksek özenin* gösterilmesine rağmen zararın ortaya çıktığı iddia edilerek, CMR m. 18’e göre ispat edilmesi gerekir. Bu tespitlerden sonra, Federal Mahkeme, araç sürücüsünün trafik kurallarına tamamen uyduğunu belirterek, karşı şeritten gelen aracın sebep olduğu kazadan ötürü taşıyıcının CMR m. 17 II uyarınca sorumlu olmadığına karar vermiştir<sup>9</sup>.

Alman Federal Mahkemesi 5/6/1981 tarihli kararında ise, taşıyıcı için öngördüğü özen derecesini “çok basiretli bir taşıyıcı”nın göstermesi gereken *en yüksek makul özen* olarak belirlemiştir<sup>10</sup>. Diğer yandan, Alman hukukuna koşut olarak Avusturya Yüksek Mahkemesi de (OGH), 16/3/1977 ve 29/6/1983 tarihli kararlarında, “akla uygun *en yüksek makul özen*”i CMR m. 17 II’de yer alan 4’üncü durumun uygulanmasında ölçü olarak görmüştür<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> BGH, 28.12.1975, I ZR 40/74, NJW 1975, s. 1598, 1599.

<sup>9</sup> BGH, 28.12.1975, NJW 1975, I ZR 40/74, s. 1599.

<sup>10</sup> BGH, 5.6.1981, I ZR 92/79 (BeckRS 1981 / 30399769): “(...) der Frachtführer muß dartun und beweisen, daß auch ein *besonders gewissenhafter Frachtführer* bei Anwendung der *äußersten ihm zumutbaren Sorgfalt* den Schaden nicht hätte vermeiden können”.

<sup>11</sup> OGH, 16.3.1977, 1Ob533/77 (www.ris.bka.gv.at); OGH, 26.6.1983, 1Ob676/83 (www.ris.bka.gv.at): “*die äußerste, vernünftigerweise zumutbarer Sorgfalt*”.

## B. İngiliz Hukukunda “*Silber v. Islander Trucking*” Davası

Kıta Avrupası dışına çıkıldığında ise, İngiliz hukukunda en yüksek özen (“*utmost care*”) kuralının “*Silber v. Islander Trucking*” davasında diğer çözüm yolları da karşılaştırılarak hâkim *Mustill* tarafından açıkça benimsendiği görölmektedir<sup>12</sup>. Bu karar uyarınca, CMR m. 17 II’nin taşıyıcı için ortaya koyduğu ölçü (standart), hukukun sınırları içerisinde, “aşırı” (“*extreme*”) da olsa tasavvur edilebilecek her türlü önlemin alınması mecburiyeti ile hâlihazırdaki uygulamaya uygun makul davranmanın ötesini beklemeyen bir yükümlölük arasındaki bir yere isabet eder<sup>13</sup>. Makul özeni göstermek taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir ve CMR m. 17 II’de yer alan “kaçınamayacağı” ifadesinin “*en yüksek özenin* gösterilmesine rağmen kaçınamayacağı” şeklinde anlaşılması gerekir. En yüksek özen, aşırı (ekstrem) önlemlerin alınmasını gerekli kılmasa da, mantık dışı (*absürd*) görülmediği sürece uygulanabilir bütün önlemleri kapsamaktadır. “*Silber v. Islander Trucking*”te ulaşılan bu sonucun Alman ve Avusturya hukuklarındaki en yüksek özen ile bu denli örtüşmesinin tesadüf olmadığını belirtelim. Hâkim *Mustill*, Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin 29/6/1983 tarihli kararında taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için gerekli gördüğu *akla (sağduyuya) uygun en yüksek makul özen* derecesini teyit etmiştir.

## C. Yargıtay Uygulaması: “Basiretli Taşıyıcının Özeni”

### 1. Genel Olarak

CMR birçok açıdan taşıma hukuku kurallarının yeknesaklaştırılmasında başarılı görölen bir uluslararası sözleşmedir<sup>14</sup>. Bu başarının sebeplerinden birini de kanaatimizce ulusal yüksek mahkemelerin taşıyıcının sorumluluğu hakkında en yüksek özen derecesini kabul etmeleri oluşturur<sup>15</sup>. Fakat,

<sup>12</sup> “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 243, 247.

<sup>13</sup> “[CMR Art. 17 II] sets a standard which is somewhere between, on the one hand, a requirement to take every conceivable precaution, however extreme, within the limits of the law, and, on the other hand, a duty to do no more than act reasonably in accordance with prudent current practice”.

<sup>14</sup> **Clarke**, M. A.: *International Carriage of Goods By Road: CMR, Sixth Edition*, Oxon 2014, s. 4; **Herber**, R.: *CMR: Unidroit Should Not Let This Child Go!*, *Unif. L. Rev.* 1998/3, s. 475.

<sup>15</sup> CMR m. 17 II’de yer alan kaçınılmaz ve sonuçları önlenemez olayın yorumlanmasında mahkemelerin yeknesak bir uygulamayı hedef edinmeleri konusunda ayrıca bkz. **Yeşilova**, E.: *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı şahışlarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu* (CMR madde 3, 34 vd.), Ankara 2004, s. 104.

Yargıtay söz konusu hâkim uygulamadan kendisini *ilke olarak* ayrık tutmuştur. 11’inci Hukuk Dairesi, öteden beri CMR m. 17 II’nin uygulanmasında “basiretli (ve tedbirli) taşıyıcının özenu”ni ([e]TTK m. 20 II, TTK m. 18 II) objektif özen derecesi olarak dikkate almış ve birçok kararında buna yer vermiştir. Örneğin,

“CMR 17/2. maddesine göre, taşıyıcı kayıp, hasar ve gecikmenin kaçınmayacağı durumlardan ve önleyemeyeceği sonuçlardan kaynaklandığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Taşıyıcının **basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özenu göstermesi gerekir**<sup>16</sup>.”

“[K]ayıp, hasar veya gecikme taşıyıcının kaçınmayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı bir olaydan doğmuş ise sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu sorumsuzluğu tespitte ölçü, **deneyimli ve basiretli bir taşımacının göstermesi gerekli özendir**. Başka bir anlatımla, gerekli özene ve tedbire rağmen bu sonuç ortaya çıkacaksa o halde taşıyıcının sorumlu olmadığı kabul edilecektir<sup>17</sup>”.

11’inci Hukuk Dairesi, 2/5/2013 tarihli kararında ise, en yüksek özen kavramını öğretideki diğer görüş olarak nitelendirmiş ve basiretli taşıyıcı konusundaki kendi görüşünü en yüksek özenden açıkça ayırt etmiştir<sup>18</sup>:

<sup>16</sup> Y. 11. HD, 1.2.2008, E. 2006/13351, K. 2008/930 (KazancıİBB = **Karan**, H.: Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon – CMR Şerhi, Ankara 2011, s. 481). Başka bir kararda ise, benzer şekilde: “Davalıların CMR Konvansiyonu’nun (...) 17/2 nci maddesi gereğince ziya ve hasarın taşıyıcının önlemesine olanak bulunmayan bir sebepten meydana geldiğini kanıtlayamamış olmasına, taşımanın bir bölümünün trenle yapılması gereği nazara alınarak TTK.nun 20 nci maddesi uyarınca bu kesitte hırsızlığı önleyici tüm önlemlerin alınmasının gerekmesine, (...) göre davalılar vekillerinin yerinde görünmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir” (Y. 11. HD, 22.1.2007, E. 2005/13534, K. 2007/492 [KazancıİBB]). Aynı yönde bkz. Y. 11. HD, 20.4.2000, E. 2000/2114, K. 2000/3241(KazancıİBB); Y. 11. HD, 19.2.2008, E. 2007/201, K. 2008/1874 (KazancıİBB).

<sup>17</sup> Y. 11. HD, 22.1.2007, E. 2005/13896, K. 2007/564 (KazancıİBB = **Karan**, s. 469); Y. 11. HD, 26.2.2008, E. 2007/10571, K. 2008/2204 (**Karan**, s. 486). Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. Y. 11. HD, 6.10.1997, E. 1997/5978, K. 1997/6715 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 22.1.2001, E. 2000/9445, K. 2001/252 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 17.10.2002, E. 2002/5860, K. 2002/9108 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 11.11.2002, E. 2002/5585, K. 2002/10202 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 15.5.2003, E. 2002/12522, K. 2003/5035 (KazancıİBB) ; Y. 11. HD, 2.5.2011, E. 2009/12168, K. 2011/5275 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 27.3.2014, E. 2013/116498, K. 2014/6005 (YargıtayBB); Y. 11. HD, E. 2016/4554, K. 2017/7477 (YargıtayBB).

<sup>18</sup> Y. 11. HD, 2.5.2013, E. 2012/4385, K. 2013/8887 (YargıtayBB). Şunu da ekleyelim ki, CMR m. 17 II’yle ilgili olarak 11’inci Hukuk Dairesi’nin sadece bir kararında, en yüksek özen terimini kullandığını tespit edebiliyoruz. Ancak bu kararda kavramın içeriğine gerçek anlamda yollama yapıldığını söylemek güçtür: “17/2. maddeye göre de eğer



“CMR Konvansiyonu’nun 17/2’nci maddesinde, kayıp, hasar ve gecikme taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı bir olaydan doğmuş ise taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı öngörölmüştür. Dene-yimli ve basiretli bir taşımacının göstermesi gereken özen ve tedbire rağmen bu sonuç ortaya çıkacak ise taşıyıcının sorumlu olmadığı kabul edile-bilecektir. **Doktrinde bir görüşe göre basiretli bir tacirin göstereceği özenin üzerinde, hatta basiretli bir taşımacıdan beklenen dikkat ve özenin ötesinde en üst düzeyde özenin gösterilmesine ihtiyaç duyulur.** (Arkan Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumlu-luğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:40, Ankara 1982, Sh 44) Somut olayda, yükün teslim alınmasından sonra aracın beketildiği sırada anılan olayın meydana geldiği nazara alındığında, ... Deresi’nin daha önce de taşıdığı gözetilmeden, **buraya garaj yapan dava-lının basiretsiz davrandığı**, söz konusu derenin taşarak davalıya ait bulu-nan tır parkında bulunan tır içindeki dava dışı sigortalının mallarına zarar vermemesi için gerekli önlemleri almayan davalının kusurlu bulunduğu kabul edilmelidir”.

Yukarıdaki karara özel olarak atıf yapan *Yürük-Yeniocak*’a göre, TTK’da yer verilen en yüksek özen kriterinin CMR’den doğan uyuşmaz-lıklarda da geçerli olduğunu, Yargıtay da kabul etmektedir<sup>19</sup>. Ancak, 11’inci Hukuk Dairesi’nin bilâkis yukarıdaki kararı basiretli taşıyıcının özeninin yanında en yüksek özenin de mevcut olduğunu, öğretilerdeki *Arkan*’ın görü-şüne atıf yaparak belirtmekte ve iki özen derecesi arasında farka vurgu yap-maktadır. Buradan hareket ederek Yargıtay’ın TTK m. 876’da yer alan en yüksek özen kavramını CMR m. 17 II için açıkça uyguladığı çıkarımında bulunulamaz. Hatta şunu da belirtelim ki, bizzat aynı yerde *Yürük-Yeniocak*’ın atıf yaptığı *Aydın* da<sup>20</sup> zaten 11’inci Hukuk Dairesi’nin basiretli taşıyıcı görüşünü eleştirmektedir.

kayıp, hasar veya gecikme (...) taşımacının önlenmesine olanak bulunmayan durum-lardan ileri gelmiş ise, taşıyanın sorumlu tutulamayacağı, konvansiyonun ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğunu öngördüğü, taşıyıcının ancak **en yüksek özeni gös-termesine rağmen** hasarın gerçekleştiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini, davalının bu yönde bir savunma yapmadığı, bu itibarla (...) tazminatın davalıdan tahsi-line karar verilmiştir. / Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. / Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, de-ğlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir” (Y. 11. HD, 30.6.2014, E. 2014/6491, K. 2014/12550 [KazancıİBB]).

<sup>19</sup> **Yürük-Yeniocak**, D.: CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtul-ması, Ankara 2019, s. 83.

<sup>20</sup> **Aydın**, s. 69, 70.

## 2. Tartışma: Yargıtay'ın Basiretli Taşıyıcının Özenu Dair Uygulaması En Yüksek Özen Derecesine Yaklaşmakta Mıdır?

Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü ([e]TTK m. 20 II = TTK m. 18 II) sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinde borçlu tacir için objektif bir ölçüt yaratmaktadır<sup>21</sup>. Söz konusu kural, tacir taşıyıcıdan eşyaya özen borcunu yerine getirirken *tedbirlili*, *öngörülülü* ve *tecrübeli* bir taşıyıcının göstermesi gereken *makul* özenin beklenmesini sağlamaktadır<sup>22</sup>.

Esasen TTK m. 18 II'nin aradığı özen derecesi, Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşü oluşturan objektif ihmâl teorisinin<sup>23</sup> aradığı özen derecesi ile örtüşmektedir. Bu teoriye göre de, ihmâlin tespit edilmesinde, tedbirlili taşıyıcının makul özenini, esas alınacak örnek davranış modelini oluşturur. Objektif ihmâlde, ilgili *mesleğe özgü* davranış ölçütü olarak kabul edilirken<sup>24</sup>, taşıma sektörü açısından, taşıyıcının kendi entelektüel düzeyi ve

<sup>21</sup> TTK m. 18 II'nin objektif özen ölçüsü getirdiği konusunda bkz. **Arkan**, S.: Ticari İşletme Hukuku, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017, s. 147; **Ayhan**, R./**Çağlar**, H.: Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017, s. 240; **Bahtiyar**, M.: Ticari İşletme Hukuku -Ders Notları, 18. Bası, İstanbul 2017, s. 112; **Şener**, O. H.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 191; **Poroy**, R./**Yasaman**, H.: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017, s. 149; **Nomer-Ertan**, F.: **Ülgen**, H./**Helvacı**, M./**Kaya**, A./**Nomer-Ertan**, F.: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 269. TTK m. 18 II tacirin ticari faaliyetlerinde üstlendiği her türlü yükümlülüğün ve yükün yerine getirilmesinde; ayrıca özellikle, iyiniyet ve dürüstlük kuralının, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması (BK m. 138) ile aşırı yararlanma (gabin) (BK m. 28) hükümlerinin uygulanmasında işlev gören bir hükümdür (bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s. 148; **Bozer**, A./**Göle**, C.: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara 2017, s. 87; **Şener**, s. 193-195).

<sup>22</sup> *Tedbirlili* ve *öngörülülü* nitelendirmesi için **Arkan**, Ticari İşletme, s. 147, **Şener**, s. 191; (tedbirlili ve) ileriye *makul* ve *mutad* oranda *gören* için bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 149; (tedbirlili ve) *tecrübeli* için ise bkz. **Nomer-Ertan** (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer-Ertan), s. 269.

<sup>23</sup> **İmre**, Z.: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul 1949, s. 28-38; **Tandoğan**, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961, s. 50; **Gauch**, P./**Schluep**, W. R./**Schmid**, J./**Rey**, H./**Emmenegger**, S.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 2984 vd.; **Berger**, B.: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N. 1528; **Schwenzer**, I.: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, N. 22.14, 22.15; **Gümüş**, M. A.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 1226; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 592, 593.

<sup>24</sup> **Berger**, N. 1528; **Schwenzer**, N. 22.15; **Gümüş**, s. 1226.

ekonomik koşullarının şekillendirdiği sübjektif davranış modeli yerine, objektif bir örnek olarak tedbirli taşıyıcının davranışı esas alınacaktır<sup>25</sup>. şunu da vurgulamak gerekir ki, TTK m. 18 II'nin kaynağını oluşturan HGB § 347 I için de aynı durum geçerlidir. Burada yer alan “tedbirli tacir” (“*ordentlicher Kaufmann*”) gibi davranma yükümlülüğünün BGB § 276'da yer alan işlem alanının gerektirdiği özene denk düştüğü öğretide kabul edilmektedir<sup>26</sup>.

Öğretide, 11'inci Hukuk Dairesi'nin TTK m. 18 II sebebiyle borçlu tacirden beklediği özenin derecesinin aslında olması gerekenden yüksek olduğu ileri sürülmekte ve bu uygulama eleştirilmektedir. *Gümüş*'e göre, basiretli iş adamı ölçütünü, “neredeyse en yüksek derecede özen ölçüsüne eşitlemek ve bir anlamda tacirin sözleşmesel sorumluluğunu kusur karinesine dayalı kusur sorumluluğundan, bir kusursuz sorumluluk hali olarak objektif yüküm ihlaline dayanan bir sebep sorumluluğuna devşirmektedir<sup>27</sup>”. Taşıyıcının sorumluluğu açısından, 11'inci Hukuk Dairesi'nin 20/4/2000 tarihli kararında, TTK m. 18 II için aranan özen ölçüsünün en yüksek özene kadar artırıldığını biz de tespit edebiliyoruz. Bu kararda ilk olarak, özen derecesi konusunda şu tespitte bulunulmuştur:

“Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, TTK.'nun 20. maddesi uyarınca basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermeyen taşıyıcı, kusurlu sayılacaktır. **Taşıyıcının, genel olarak gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlaması yeterli değildir**<sup>28</sup>”.

“Gerekli dikkat ve özen”in üzerinde bir yükümlülük öngörülmesi, kanaatimizce, genel kuralı oluşturan objektif ihmâl teorisinin üzerine çıkılması anlamına gelmektedir. Ayrıca ve *daha da önemli*, bu kararda 11'inci

<sup>25</sup> **Schwenzer**, N. 22.15 (ayrıca bkz. burada yer alan “tedbirli duvarcı” örneği). Aynı durumdaki “özenli işadamı” için makul olan özenin esas alınması konusunda BGE 85 I 66 E. 2b. Objektifleştirilmiş özen ölçüsünde “mesleğe özgü özen ölçütü” hakkında ayrıntılı bilgi için **Gümüş**, M. A.: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 322-329.

<sup>26</sup> **Joost**, D.: Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., *Handelsgesetzbuch: HGB*, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015, § 347, N. 26, 27; **Roth**, W.-H.: Koller, I./Kindler, P./Roth, W.-H./Drüen, K.-D., *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 9. Auflage, München 2019, § 347, N. 2; **Pamp**, R.: Oetker, H. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 6. Auflage, München 2019, § 347, N. 22.

<sup>27</sup> **Gümüş**, s. 1230.

<sup>28</sup> Y. 11. HD, 20.4.2000, E. 2000/2114, K. 2000/3241(KazancıİBB = **Karan**, s. 376); aynı yönde Y. 11. HD, 26.4.2012, E. 2012/6725, K. 2012/6929 (**Eriş**, G.: Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku, Ankara 2015, s. 704 [sonu]).

Hukuk Dairesi *ikinci sürücünün kullanılmasını* ilke olarak özen yükümlülüğünün ihlali olarak görmüştür<sup>29</sup>. Ağır ekonomik külfeti sebebiyle, en yüksek özen kuralının belki de en uç noktasını ikinci sürücü veya muavin kullanılması oluştururken<sup>30</sup>, 11'inci Hukuk Dairesi söz konusu kararıyla basiretli tacirin özeni için bunu şart koşabilmiştir. İhtisas Dairesi, 12/1/2004 tarihli kararında, İtalya'ya yapılan taşımalar için ikinci sürücü veya muavin kullanılmasını taşıyıcıdan bir kez daha beklemiştir<sup>31</sup>.

11'inci Hukuk Dairesi'nin 1/2/2008 tarihli kararında, yine tedbirli bir taşıyıcıya yüklenecek özenin ötesine geçildiğini tespit edebiliyoruz<sup>32</sup>. *Ankara-Bağdat* arasındaki taşımada taşıyıcı aracın Irak'a girmesi üzerine eşyayı güvenlik nedeniyle yerel plakalı araçlara yüklemiştir. Ne var ki, *Beyji-Bağdat* arasında araç saldırıya uğramış ve eşya araçla birlikte yanmıştır. İhtisas Dairesi ise, taşıyıcının özeni için şunları kabul etmiştir:

“[B]azı tehlikelerin sıkça baş gösterdiği ülkelerde taşıyıcılar bu tehlikelerle ilgili **kesin önlemler** almalıdır. Somut olayda ise olayın meydana geliş biçimi ve yukarıda belirtildiği gibi iç karışıklıklar içinde bulunma, saldırı ve yakma olaylarının sıkça görüldüğü Irak'ta taşıma sırasında davalıların basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özenle davranıp davranmadığı konusunda tarafların açıklama ve delilleri sorularak, varsa bu deliller toplanıp sonucuna göre karar vermek gerekirken (...) yazılı gerekçeyle davanın reddi yerinde görülmemiş[tir].

Taşıyıcıdan iç karışıklardan kaynaklı saldırı tehlikesine karşı *kesin önlem* almasını beklemek en yüksek özen için dahi kabul edilemeyecek bir görüştür. Şunu da ekleyelim ki, bu tür saldırılar için yerel plaka kullanılmasının yanında silahlı güvenlik ile eşyanın korunması ihtimâl dahilindedir. Fakat, (sözleşmede aksi öngörülmedikçe) en yüksek özende dahi, bu şekilde eşyanın korunması taşıyıcıdan beklenen bir tedbir değildir<sup>33</sup>.

Sonuç olarak her ne kadar 11'inci Hukuk Dairesi, esas aldığı objektif özen derecesini basiretli ve tedbirli taşıyıcının özeni olarak ifade etse de,

<sup>29</sup> “(...) TIR'ın gümrük sahasında iken şoförün sahaya geçişinin kısıtlı olduğu bir ortamda aracın başında yokken kaçırıldığı şoförün tek taraflı beyanına dayanılarak İtalyan polisinin düzenlediği tutanak ile belirlenmiş olup, bu konuda tarafsız sayılabilecek gümrük idaresinin düzenlediği resmi bir tutanak bulunmamaktadır. **Bilirkişi raporunda, ikinci şoför bulundurulmasının maliyeti arttıracığı bu nedenle de taşıyıcı firmaların tercih edilemeyeceği dolayısıyla bu yöndeki tedbirin alınmasının beklenemeyeceği yönünde belirtilen kanaate katılmak mümkün değildir**”.

<sup>30</sup> Bkz. aşa. VI A.

<sup>31</sup> Y. 11. HD, 12.1.2004, E. 2003/5211, K. 2004/125 (Karan, s. 420).

<sup>32</sup> Y. 11. HD, 1.2.2008, E. 2006/13351, K. 2008/930 (KazancıİBB = Karan, s. 481).

<sup>33</sup> Bkz. aşa. VI A (son kısım).

somut olaylarda taşıyıcıdan beklediği tedbirler bu ölçünün üzerine çıkabilmekte, bazen de en yüksek özene ulaşabilmektedir. En yüksek özen yerine kavram olarak basiretli ve tedbirli taşıyıcının özeninin kullanılması başlı başına eleştirilebilecek bir konu iken, seçilen özen derecesine de her zaman sadık kalınmamaktadır. Taşıyıcının sorumluluğu için başvuru kavramının ötesinde en yüksek özene uygun bir yükümlülük getirilmesi, pratik olarak CMR'nin yeknesak uygulanması bakımından *yerinde* görülebilir. Fakat, basiretli (ve tedbirli) taşıyıcının özeninin bu şekilde yorumlanması hukuki güvenliğe aykırı olduğu gibi, eser ve vekâlet sözleşmesinde yer alan basiretli davranma yükümlülüğünün de yanlış yorumlanmasına sebep olabilir<sup>34</sup>.

## II. EN YÜKSEK ÖZEN KURALININ KANUNLAŞTIRILMASI

### A. Alman Hukukunda

#### 1. 1998 Taşıma Hukuku Reformu Öncesindeki Özen Yükümlülüğü Dereceleri

1861 tarihli “Alman Ortak Ticaret Kanunu” (“ADHGB”) taşıyıcının eşyaya özen borcundan doğan sorumluluğu ile teslim süresinin aşılmasından doğan sorumluluğunu farklı rejimlere bağlı tutmuş iken<sup>35</sup>, bu kanunun yerini alan 1897 tarihli “Ticaret Kanunu” (“HGB”), taşıyıcının gerek eşya zararları gerekse de gecikme zararlarından ötürü sorumluluğunu *kusur ilkesi* çerçevesinde § 429'da hüküm altına almış ve taşıyıcının sorumluluktan kurtulması *tedbirli taşıyıcının özenini* göstermesine bağlı tutulmuştur<sup>36</sup>. Diğer yandan, karayolu ve demiryolu taşıma türleri arasındaki rekabet göz önünde bulun-

<sup>34</sup> Krş. Gümüş, s. 1236.

<sup>35</sup> ADHGB Art. 395'te taşıyıcının eşyanın zıya veya hasara uğramasından doğan sorumluluğu *kusursuz* sorumsuzluk niteliğinde görülürken, teslim süresinin aşılmasından doğan sorumluluğu düzenleyen ADHGB Art. 397 objektif özen yükümlülüğüne bağlı kusur sorumluluğu ilkesini benimsemiştir. Taşıyıcının zıya veya hasar sebebiyle sorumluluktan kurtulması, bunların “mücbir sebep”ten veya eşyanın kendi niteliği ve özelliklerinden doğmasına bağlı kılınarak kusursuz sorumluluk açıkça hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan, ADHGB Art. 397'ye göre taşıyıcı, gecikmenin *tedbirli bir taşıyıcının özeninin gösterilmesine* rağmen engel olunamayan sebeplerden kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Böylece eşyanın süresinde teslim etme borcu hakkında “tedbirli taşıyıcı” ölçüt alınarak objektif özen yükümlülüğü o dönem için kabul edilmiştir.

<sup>36</sup> Lahey Kuralları öncesindeki bu dönemde, taşıyanın eşyaya özen borcundan doğan sorumluluğu HGB[a] § 606'da aynı şekilde düzenlenmiştir. Lahey Kuralları'nın Alman Hukuku'na aktırılması sırasında ise, HGB[a] § 606 yeniden kaleme alınırken, *tedbirli taşıyanın özeni* objektif ölçüt olarak kullanılmaya devam etmiştir. Sonrasında bu ölçüt, E-TTK m. 1061 ve TTK m. 1178 I'de yer bulmuştur.

durularak, karayolu motorlu araçları ile *uzun mesafeli* eşya taşımacılığını düzenleyen 1936 tarihli “*Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen*” (= KVO) ile demiryolu taşımalarında geçerli olan “tehlike sorumluluğu” ilkesi kabul edilerek taşıyıcının sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. KVO § 34 uyarınca taşıyıcı, tazminat sorumluluğundan ancak mücbir sebep veya bu paragrafta yer alan sorumsuzluk sebeplerinden birinin varlığı hâlinde kurtulmaktadır. Öngörülen rejimde taşıyıcıya, belirli bir objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır.

## 2. 1998 Taşıma Hukuku Reformu: HGB § 426

Alman Hükümeti tarafından hazırlanarak, 29/08/1997’de Alman Parlamentosu’na sunulan “Taşıma Hukuku Reformu Kanunu (= “*Transportrechtsreformgesetz*” = TRG) Tasarısı”nda “Sorumluluktan Kurtulma” başlıklı HGB-E § 426’nın birinci cümlesinde şu hüküm yer alıyordu:

Zıya, hasar ya da gecikme, *kaçınmayacağı* ve sonuçlarını *önleyemeyeceği* durumlardan meydana gelmiş ise, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur<sup>37</sup>.

TRG Tasarısı’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hükmün kaynağını, CMR m. 17 II’de yer alan 4’üncü durum oluşturmaktadır<sup>38</sup> ve bununla uyum sağlanabilmesi için borç ilişkisinden doğan sorumluluğa (BGB § 276) dair ilkelere uygun olarak belirli bir kusur ölçütüne bağlı kalınması tercih edilmemiştir<sup>39</sup>. Böylece CMR’yle ilgili taşıyıcının sorumluluktan hangi hâllerde kurtulabileceğine ilişkin içtihat birikiminin yurt içi taşımalar hakkında uygulanabilir kılınması amaçlanmıştır<sup>40</sup>. Bu bağlamda, HGB-E § 426 c. 1’in gerekçesinde, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için yerine getirmesi gereken özen yükümlülüğünün derecesi, *çok dikkatli ve basiretli bir taşıyıcıdan*<sup>41</sup> beklenen *en yüksek özen* olarak tespit edilmiştir<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> “*Der Frachtführer ist von der Haftung befreit, soweit der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist auf Umständen beruht, die der Frachtführer nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte*”. HGB-E (Hükümet Tasarısı) § 426’nın 2’inci cümlesinde ise, daha sonra söz konusu paragraftan silinecek, şu hüküm bulunuyordu: “Bununla birlikte taşıyıcı, gönderen tarafından temin edilmedikçe, taşıma aracındaki yetersizliklere dayanarak sorumluluktan kurtulamaz”. (“*Er kann sich jedoch nicht auf Mängel des für die Beförderung verwendeten Fahrzeuges berufen, es sei denn, daß der Absender ihm Fahrzeug gestellt hat*”).

<sup>38</sup> Bkz. BT-Drucksache, 29/8/1997, 13/8445, s. 60.

<sup>39</sup> Bkz. BT-Drucksache, 29/8/1997, 13/8445, s. 60.

<sup>40</sup> Bkz. BT-Drucksache, 29/8/1997, 13/8445, s. 61.

<sup>41</sup> “*besonders gewissenhafter Frachtführer*”.

TRG (Hükümet) Tasarısı, Alman Parlamentosu Hukuk Komisyonu'na<sup>43</sup> (“Hukuk Komisyonu”) sevk edilmiş ve burada yapılan görüşmeler sonucunda, HGB-E § 426'nın birinci cümlesine “en yüksek özeni göstermesine rağmen” ifadesinin eklenmesine karar verilmiştir<sup>44</sup>. Ayrıca taşıma aracındaki yetersizliklere dayanarak sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığını içeren ikinci cümlenin de silinmesiyle birlikte HGB-E § 426 şu içeriğe sahip kılınmıştır:

Zıya, hasar ya da gecikme, taşıyıcının *en yüksek özeni göstermesine rağmen* kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durumlardan meydana gelmiş ise, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.

Hukuk Komisyonu, yukarıdaki değişikliğin gerekçesini raporunda açıklarken öncelikle HGB-E 426'nın birinci cümlesinde “önlenebilir olay” kavramının kurallaştırıldığını ve hükmün bu hâlinin *korunduğuna* işaret etmiştir. Gerekçenin devamında ise, şu tespitlerde bulunulmaktadır:

“Bu hüküm açısından önlenebilirliğin, CMR m. 17 fıkra 2'de kullanılan kavram ile aynı şekilde anlaşılması şarttır: O hâlde, sorumluluktan kurtulma hükmü ancak, çok dikkatli bir taşıyıcıdan beklenen en yüksek özenin gösterilmesine rağmen zararın önüne geçilemediği durumlarda uygulanabilir. Bu esasın kanun metninde vurgulanması için aynı zamanda cümle 1'e ‘en yüksek özeni göstermesine rağmen’ kelimeleri eklenmiştir”.

Hukuk Komisyonu'nun kabul ettiği HGB-E § 426, daha sonra herhangi bir değişikliğe uğramadan TRG'nin diğer hükümleriyle birlikte 25/6/1998'de kanunlaşmış ve 1/7/1998'de yürürlüğe girmiştir.

## B. Türk Hukukunda

### 1. 1926 TK ve [e]TTK'daki Özen Yükümlülüğü Dereceleri

1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun<sup>45</sup> (= “1926 TK”) taşıyıcının eşyaya özen borcundan doğan sorumluluğunu düzenleyen 904'üncü maddenin birinci fıkrası<sup>46</sup> ve geç teslimden doğan sorumluluğu öngören 903'üncü

<sup>42</sup> Bkz. BT-Drucksache, 29/8/1997, 13/8445, s. 61.

<sup>43</sup> “Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages”.

<sup>44</sup> “Der Frachtführer ist von der Haftung befreit, soweit der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist auf Umständen beruht, die der Frachtführer **auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte**”.

<sup>45</sup> Bkz. RG, T. 28/6/1926, S. 406. (Bu sayı Arap elifbası ile basılmıştır.)

<sup>46</sup> 1926 TK m. 904 I: “Nakliyeci eşyanın kendisine tarihi tesliminden itibaren mürse-lünileye teslim olunduğu zamana kadar geçen müddet zarfında uğradığı zayıt ve

maddesine<sup>47</sup>, 1882 tarihli “İtalyan Ticaret Kanunu”nun (“*Codice di Commerce*” = “**C.Com.**”) 400’üncü<sup>48</sup> ve 403’üncü maddesi<sup>49</sup> kaynaklık etmiştir. Eşyanın ziya veya hasara uğraması açısından taşıyıcının sorumluluktan kurtulması, bunların umulmayan hâl<sup>50</sup>, mücbir sebep<sup>51</sup>, eşyanın kendi niteliğinden veya ambalajdaki kötülükten ya da gönderen veya gönderilenin eylemlerinden ileri geldiğini ispat etmesine bağlı tutulmuştur (1926 TK m. 904 I = C.Com. 400). Eşyanın geç teslim edilmesinden ötürü ise taşıyıcı, gecikmenin umulmayan hâl, mücbir sebep ya da gönderen veya gönderilenin

haşarattan dolayı mesuldür ve ademi mesuliyete dair şerait batıldır. Ancak nakliyeciyi ziya ve hasarın:

1- Kendi hatasından tevellüt etmeyen bir hali fevkalâde veya sebebi mücbirden;

2- Eşyada zaten mevcut nekais ve meayıpten yahut eşyanın mahiyetinden veya ambalajın fena yapılmasından;

3- Mürsil veya mürselünileyhin fiilinden yahut verdikleri emir ve talimatın tatbikinden ileri geldiğini ispat edecek olursa mesuliyetten âzade kalır”.

<sup>47</sup> 1926 TK m. 903: “Eşya, maddeyi sabıka mucibince muayyen olan müddetlerden sonra vâsil olursa nakliye ücreti, teahhur eden müddet ile mütenasip olarak, tenzil olunur. Müddeti teahhur mukavelede muayyen olan müddetin iki mislini mütecavüz ise nakliye ücreti tamamen sakıt olmakla beraber nakliyeciyi bu yüzden tevellüt ettiği ispat olunan zarar ve ziyandan mesul olur.

Nakliyecinin ademi mesuliyeti hakkında mukaveleye dercolunacak ahkâm keenlemeyekündür.

Nakliyeciyi teahhurun mürsil ve mürselünileyhin efalinden veya bir sebebi mücbir ve fevkalâdeden neşet ettiğini ispat edecek olursa eşyanın vusulünün teahhurundan mesul olmaz.

Vesaiti nakliyenin fıkdanı veya ademi kifayeti teahhur için esbabı mazeret teşkil etmez”.

<sup>48</sup> C.Com. Art. 400: “Il vettore è responsabile della perdita e dell’avaria delle cose affidategli per il trasporto dal momento in cui le riceve sino a quello della riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l’avaria è derivata da caso fortuito o da forza maggiore, da vizio delle cose stesse o dalla loro natura, da fatto del mittente o del destinatario”.

<sup>49</sup> C.Com. Art. 403: “In caso di ritardo nell’esecuzione del trasporto oltre il termine stabilito nell’articolo 397, il vettore perde una parte del prezzo di trasporto proporzionata alla durata del ritardo, e perde l’intero prezzo di trasporto se il ritardo è durato il doppio del tempo stabilito per l’esecuzione del trasporto, oltre l’obbligo di risarcire il maggior danno che si provasse essere derivato.

Il vettore non è responsabile del ritardo, se prova ch’esso sia derivato da caso fortuito o da forza maggiore, o da fatto del mittente o del destinatario.

La mancanza di sufficienti mezzi di trasporto non basta a scusare il ritardo”.

<sup>50</sup> “*Caso fortuito*” (İt.) = “*Casus fortuitus*” (Lat.) = “*Zufall*” (Alm.). 1926 TK m. 903’te bu kavram “*sebebi* (...) *fevkâlade*” ile ifade edilirken, m. 904 I’de “*hali fevkâlade*” terimi kullanılmıştır.

<sup>51</sup> “*Forza maggiore*” (İt.).



eylemlerinden kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir (1926 TK m. 903 III = CCom. 403 II).

1926 TK'nın (ve 1926 tarihli DTK'nın) yerini alan 29/6/1956 tarihli ve 6762 s. Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>52</sup> (“[e]TTK”) genel gerekçesinde belirtildiği üzere “[t]aşıma hükümleri eksikleri tamamlanmak ve yenileri ilave edilmek suretiyle mer'i kanundan [1926 TK] alınmış”tır<sup>53</sup>. Bununla birlikte, [e]TTK ile taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda ilkesel değişikliğe gidilmiş ve eşyaya özen borcu açısından kusur sorumluluğu açıkça kabul edilmiştir. Eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluk hakkında ise, 1926 TK'da geçerli olan kusursuz sorumluluk korunmasına karşın, umulmayan hâl sebebiyle sorumluluktan kurtulma imkânı ortadan kaldırılmıştır<sup>54</sup>. Deniz taşımaları açısından [e]TTK m. 1061'den farklı olarak, [e]TTK m. 781'de taşıyıcı için özen yükümlülüğüne dair özel bir kurala yer verilmemiştir. Fakat tacir sıfatına sahip taşıyıcının [e]TTK m. 20 II'den (= TTK m. 18 II) kaynaklanan “basiretli bir iş adamı” gibi hareket etme zorunluluğuna ise, eşyaya özen borcundan doğan sorumluluğun yerine getirilmesinde objektif bir özen yükümlülüğü olarak mahkemeler tarafından müracaat edilmiştir. Bu itibarla, [e]TTK m. 20 II'de yer alan özen yükümlülüğü derecesi taşıma hukuku açısından [e]TTK m. 781'in uygulanmasında büyük bir öneme sahip olmuştur.

## 2. TTK m. 876 ve Gerekçeden Kaynaklanan Yorum Sorunu

[e]TTK'nın yerine geçmek üzere “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” (“TTK-T”) hazırlanırken, diğer Kıta Avrupası reform çalışmalarında olduğu gibi<sup>55</sup>, taşıyıcının sorumluluğu konusunda CMR'ye uyum sağlanması amaçlanmıştır<sup>56</sup>. Fakat CMR'ye uyumun, Alman hukukunun -aynı amaç doğrul-

<sup>52</sup> RG, T. 9/7/1956, S. 9353.

<sup>53</sup> *Adliye Vekâleti*, Türk Ticaret Kanunu – Gerekçe, Ankara 1956, (Türk Ticaret Kanunu Lâhiyasının Büyük Millet Meclisine Takdimi Vesilesiyle Adliye Vekili Prof. Dr. Hüseyin Avni Göktürk'ün Beyanatı), s. 12. Aynı tespit için ayrıca bkz. TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 51, N. 158.

<sup>54</sup> Böylece, 1926 TK ile karşılaştırıldığında [e]TTK, eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluk açısından 780'inci madde ile daha da ağırlaştırılan bir kusursuz sorumluluk hâlini kabul etmiş; buna karşılık, 781'inci maddede eşyaya özen borcu açısından kusursuz sorumluluğu terk ederek kusur sorumluluğunu benimsemiştir.

<sup>55</sup> TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 32, 33, N. 84.

<sup>56</sup> TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 38, N. 102; s. 51, N. 158.

tusunda- TRG ile kabul ettiği hükümler vasıtasıyla yapılması tercih edilmiştir. Böylece, CMR hükümleri kural olarak Alman hukukunun kalibre ettiği şekliyle TTK-T hükümlerine yansıtılmıştır<sup>57</sup>. TTK-T'nin 2005 yılının Şubat ayında kamuoyunun görüşüne sunulan metninde yer alan 876'ncı maddesi ve daha sonra TBMM Başkanlığı'na sunulan metinde yer alan aynı madde ile nihayetinde kanunlaşarak yürürlüğe giren TTK m. 876 arasında tek dikkate alınacak farklılık ilk metinde yer alan “azami” kelimesi yerine “en yüksek” ifadesinin kullanılması olmuştur<sup>58</sup>. Aşağıda yer alan gerekçe ise 2005 Şubat Taslağı'ndan beri değişmemiştir<sup>59</sup>:

“ ‘Tedbirli taşıyıcının özeni’ ibaresi kaynak Alm. TK 426 ncı paragrafında ‘büyük bir özen gösterilmesi’ şeklinde ifade edilmiştir. Bu ölçünün kanunumuzdaki ölçüden daha sert olduğu söylenebilir. ‘Büyük özen’ hukukumuzda da kullanılmayan, hatta bilinmeyen bir ölçüdür. Bu sebeple anılan ölçünün kanunumuza yansıtılması uygun görülmemiştir. ‘Tedbirli’ yerine ‘çok tedbirli’ ibaresi kullanılabilirdi. Ancak ‘en üstün’ün (superlative) kullanılmasından kaçınılmış, böyle bir ibarenin hükmü uygulanmaz hale getireceğinden endişe edilmiştir. Yargıcın ‘tedbirli’ kavramını titiz bir anlayışla yorumlaması hükmün amacına uygun düşer”.

Sadece yukarıdaki açıklama göz önüne alındığında, TTK m. 876'nın HGB § 426'dan taşıyıcıdan beklenen özenin derecesi konusunda ayrıldığı, gösterilmesi mümkün olan en üstün (büyük) özenin değil, sadece tedbirli bir taşıyıcının özeninin gösterilmesinin yeterli olduğu söylenebilir. Ne var ki, söz konusu gerekçe ve TTK m. 876'da yer alan hüküm birbiriyle örtüşmemektedir<sup>60</sup>. Öncelikle 2005 Şubat Taslağı'ndan itibaren söz konusu maddede “tedbirli (bir) taşıyıcı” ifadesine yer verilmemiştir. İkinci olarak, taşıyıcının özeninin derecesi belirlenirken, tedbirli yerine çok tedbirli gibi “en üstün” (“*superlative*”) ifadesinin *bilinçli* olarak tercih edilmediği belirtilmesine rağmen, TBMM Başkanlığı'na sunulan TTK-T'de ve nihayetinde kanunlaşan metinde “en yüksek” ifadesi ile gerekçede kaçınıldığı belirtilen tercihe açıkça yer verilmiştir.

Sonuç olarak, HGB § 426'daki “en yüksek (en büyük)” (özen) ifadeyle TTK m. 876'da yer alan ve yine en üstünlüğü bildiren “en yüksek”

<sup>57</sup> Fakat bunun TTK m. 877 gibi istisnaları da vardır (ayrıca bkz. aşa. IV C).

<sup>58</sup> T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, m. 876; TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 765 ve karşı. 1165.

<sup>59</sup> TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 300.

<sup>60</sup> Bu yönde Eriş, s. 685.

(özen) birbirini tam olarak karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle -hükümün diğer kısmında olduğu gibi- taşıyıcıya atfedilen özenin derecesi konusunda, kaynak hüküm ile TTK m. 876 arasında bir fark yoktur. Öğretide ise, *Eriş*, TTK m. 876’da yer alan en yüksek özen ifadesinin gerekçede işaret edilen tedbirli taşıyıcının özeni olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>61</sup>. Fakat biz bu görüşe katılmıyoruz. Madde metninin kendisi var iken, gerekçesindeki farklı bir kavrama başvurmak kanuna karşı yorum anlamı taşıyacaktır.

### III. EN YÜKSEK ÖZEN KURALININ UYGULAMA ALANI

TTK m. 876’da yer alan en yüksek özen kuralı, taşıyıcının eşya taşıma sözleşmesinden doğan *bütün* borçlarına (edim yükümlülüklerine) uygulanmaz. Sadece eşyaya özen borcu ile eşyanın süresinde teslim borcu (TTK m. 875 I) için bu özel kural geçerlidir. Ayrıca, aşağıdaki başlıklarda inceleyeceğimiz<sup>62</sup>, eşyanın zıyaı, hasarı veya gecikmesinde taşıyıcı için en yüksek özenden önce uygulama alanı bulacak özel özen yükümlülüğu kuralları da öngörölmüştür (TTK m. 875 III, m. 878 IV). Diğer yandan, en yüksek özen kuralı zarar yerinin bilinmediği hâllerde çoktörlü (“*multimodal*”) taşıma sözleşmesine de uygulanmaktadır (TTK m. 902, 903). Dolayısıyla, -zarar yerinin çoğu olayda tespit edilemediği<sup>63</sup>- kapıdan-kapıya (“*door-to-door*”) konteyner taşımacılığında en yüksek özen kuralı büyük öneme sahiptir.

Taşınma eşyası taşımada ise, eşyaya özen ve eşyayı zamanında teslim borcunun yanında, kural olarak bunların kapsamında yer almayan ve TTK m. 895’te düzenlenen özel yükümlülüklerin ifasında da en yüksek özen kuralı geçerlidir (TTK m. 894 I 2)<sup>64</sup>.

Bu çalışma eşya taşımalarına özgölenmiş olsa da, yolcu taşımalarında taşıyıcının *kazadan* doğan sorumluluğunda aynı özen yükümlülüğu kabul edildiğini belirtmemiz gerekir (TTK m. 914 II 3)<sup>65</sup>. Dahası, TTK m. 914 III

<sup>61</sup> *Eriş*, s. 686.

<sup>62</sup> Bkz. IV, B-D.

<sup>63</sup> **Adıgözel**, B.: *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, Ankara 2014, s. s. 115; **Türkel**, D. T.: *Taşıyanın Tedarik Ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, DEÜHFD 2019, Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı, C. 21, Özel Sayı, s. 2521.

<sup>64</sup> **Koller**, I.: *Transportrecht – Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, 9. Auflage, München 2016, § 451a, N. 7, 16; **Topsoy**, F.: *Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri*, Ankara Barosu Dergisi 2014, S. 2, s. 37, 38.

<sup>65</sup> TTK m. 914’ün gerekçesinde hükümün [e]TTK m. 806’dan alındığı belirtilse de, özen yükümlülüğu konusunda TTK m. 876’ya paralel bir düzen kurulmuştur (bkz. TBMM,

atfiyla kazadan doğan sorumlulukta geçerli olan en yüksek özen yükümlülüğü, taşıyıcının aynı koltuk için bilet satmasında, bilette yer alan araç dışında aynı özelliklere sahip olmayan aracın kullanılmasında, aracın belirli saatten önce hareket etmesi sebebiyle yolcunun araca yetişememesinde, ilk yardım tedbirlerinin alınmamasında da geçerlidir.

Bütün bunların yanında, taşıyıcının ödemeli teslim borcunun ifasında (TTK m. 872 III = HGB § 422 III) TTK m. 876'nın "kıyasen" uygulanması da öğretide kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

En yüksek özen kuralının taşıyıcı lehine değiştirilmesi mümkün değildir; bu tür anlaşmalar mutlak olarak geçersizdir (TTK m. 854). Diğer yandan, taşıyıcının aşağıdaki başlıkta inceleyeceğimiz diğer özen yükümlülükleri için en yüksek özen kuralı sözleşmeyle kabul edilebilir (TTK m. 854).

#### IV. EN YÜKSEK ÖZEN DIŞINDA TAŞIYICININ ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYGULANAN KURALLAR

##### A. Eser ve Vekâlet Sözleşmesine Dair Objektif Özen Yükümlülüğü (BK m. 471 II, 506 III)

TTK'da yer alan özen yükümlülüğü kurallarının uygulanmadığı hâllerde, taşıma sözleşmesinin hukuki niteliğine bağlı olarak<sup>67</sup> eser sözleşme-

---

Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 312). Dolayısıyla, HGB § 426 yolcu taşımaları açısından da özen derecesi konusunda kaynak hükümdür.

<sup>66</sup> **Koller**, § 422, N. 19 (dn. 42); **Canaris**, H.-W.: Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006, § 33 N. 64; TTK m. 872 = HGB § 422'nin kaynağını oluşturan CMR m. 21 hakkında m. 17 II'nin kıyasen uygulanacağı yönünde **Herber**, R./**Piper**, H.: CMR Internationales Straßentransportrecht – Kommentar, München 1996, Art. 21, N. 16. CMR m. 21'deki sorumluluğun mutlak olduğu ve dolayısıyla CMR m. 17 II'nin uygulanamayacağı görüşü için **Basedow**, J.: **Basedow**, J., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch - Band 7: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407-457 Transportrecht, München 1997, Art. 21 CMR, N. 13 ve dn. 37'de yer alanlar; **Yeşilova-Aras**, E.: Uluslararası Karayolu İle Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme (CMR m. 19-20-21), Ankara 2010, s. 112.

<sup>67</sup> Bu konudaki güncel bir değerlendirme ve vekâlet görüşünün gerekçelendirilmesi için **Can**, M.: CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukuku Genel Esasları, C. I, Ankara 2017, s. 15-18. Eser sözleşmesi yönündeki hâkim görüş için ise **Arkan**, s. 30; **Dubischar**, R.: **Basedow**, J., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch - Band 7: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407-457 Transportrecht, München 1997, § 425 HGB, N. 33; **Koller**, § 407, N. 35; **Fremuth**, F.: Fremuth, F./Thume, K. H.: Kommentar zum Transportrecht, Heidelberg 2000, § 407 HGB, N. 22; **Canaris**, § 31 N. 4; navlun sözleşmesi açısından **Wüstendörfer**, H.:

sinde ve vekâlet sözleşmesinde *aynı şekilde* düzenlenen özen derecesi uygulama alanı bulmaktadır. BK m. 471 II veya BK m. 506 III'e göre, taşıyıcının özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir özen derecesi olarak *benzer alandaki işleri üstlenen* "basiretli" bir taşıyıcının göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınmaktadır<sup>68</sup>. BK m. 471 II ve 506 III'teki özen yükümlülüğü derecesi TTK m. 18 II ile örtüşmektedir<sup>69</sup>. Söz konusu hükümler uyarınca da, basiretli taşıyıcının makul davranışları dikkate alınacak davranış modelini oluşturmaktadır.

### B. Gecikme Sebebiyle Taşıma Ücretinin İndirilmesinde "Her Türlü Özen"nin Gösterilmesine Dayanan Kurtuluş Kanıtı

Gecikme hâlinde herhangi bir zarar doğmuş olmasa dahi, taşıma ücreti gecikme süresiyle orantılı olarak indirilir. Ancak taşıyıcı, "her türlü özeni" gösterdiğini ispat ederek, taşıma ücretinin indirilmesine engel olabilir (TTK m. 875 III). Taşıyıcı aleyhine zarar olgusundan bağımsız olarak getirilen bu yükümlülük medeni ceza niteliğindedir<sup>70</sup>. Bu cezanın ortaya çıkmaması için

---

Neuzeitliches Seehandelsrecht - mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationales Rechts, 2. Auflage, Tübingen 1950, s. 229; **Okay**, M. S.: Deniz Ticareti Hukuku II – Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, 2. Bası, İstanbul 1971; s. 32; **Çağa**, T./**Kender**, R.: Deniz Ticareti Hukuku C. II – Navlun Sözleşmesi, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 12; **Sözer**, B.: Deniz Ticareti Hukuku I – Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 331.

Türk hukukundaki taşıma sözleşmesinin ayrı ve bağımsız sözleşme olduğu görüşü için **Atabek**, R.: Eşya Taşıma Hukuku: Deniz Hukuku Hariç, İstanbul 1960, s. 33, 34; **Ülgen**, H.: Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988, s. 19; **Zeyneloğlu**, A.: Taşıma Hukuku: Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası – İlgili Mevzuat, Uluslararası Antlaşmalar, Yargıtay Kararları, 2. Bası, Ankara 1993, s. 31; **Gençtürk**, s. 20. Ayrıca taşıma sözleşmesinin eser ve işgörme sözleşmeleriyle bağlantısının incelenmesi hakkında **Tüzüner**, Ö.: Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İşgörme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBB Dergisi 2012, S. 101, s. 184-189.

Son görüşün kabul edilmesi hâlinde, özen yükümlülüğü konusunda BK m. 502 II atfı uyarınca BK m. 506 III uygulama alanı bulur.

<sup>68</sup> Bkz. **Yavuz**, C./**Acar**, F./**Özen**, B.: Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1003, 1004; **Zevkliler**, A./**Gökyayla**, K. E.: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 500, 501; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2017, s. 624-626.

<sup>69</sup> **Gümüş**, s. 1235, 1236.

<sup>70</sup> **Can**, s. 66 (bbbb). Ceza koşulu olduğu yönünde **Arkan**, s. 176; **Aydın**, s. 144; **Gençtürk**, s. 157; **Kıran**, S.: Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti, Ankara 2018, s. 200.

taşıyıcının her türlü özeni göstermesi gerekmektedir ve bu durum, hükmün gerekçesinde taşıyıcının *kusursuzluğunu* ispat etmesi olarak açıklanmıştır<sup>71</sup>.

TTK m. 875 I, II'nin kaynağını HGB § 475 I, II oluştururken, TTK m. 875 III'ün karşılığı kaynak kanunda yoktur. TTK m. 875 III, [e]TTK m. 780 I 1'den alınan bir kuraldır. Ancak [e]TTK m. 780 II uyarınca taşıyıcının gerek taşıma ücretinin indirilmesinden gerekse de gecikme sebebiyle ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş iken, TTK m. 875 III taşıma ücretinin indirilmesi konusunda özel bir hüküm getirirken, sorumluluğun niteliğini kusur sorumluluğu olarak belirlemiştir<sup>72</sup>. Bu aşamada, TTK m. 875 III uyarınca taşıyıcının kusur karinesinin aksini ispat etmesi için yerine getirmesi gereken özen yükümlülüğünü kusur sorumluluğuna uygun olarak yorumlamak gerekir. Dolayısıyla TTK m. 876'daki objektif özen yükümlülüğü taşıma ücretinin indirilmesi konusunda taşıyıcı aleyhine geçerli olmayacaktır. Kanaatimizce, TTK m. 875 III'te özen yükümlülüğünün objektif ölçütü için taşıma sözleşmesinin niteliği gözetilerek yüklenicinin veya vekilin objektif özen yükümlülüğüne dair BK m. 471 II veya BK m. 506 III uygulanması lâzımdır. Sonuç olarak, taşıyıcı somut olayda benzer işleri üstlenen *basiretli* bir taşıyıcıdan beklenen *makul* özeni gösterdiğini ispat ederek taşıma ücreti alacağını devamını sağlayabilir.

### C. Taşıma Aracındaki Arızadan Kaynaklanan Zıya, Hasar veya Gecikmede Mutlak Özen Yükümlülüğü

Kaynak Alman hukukundan farklı olarak, TTK m. 877'de taşıyıcının taşıma aracındaki *arızaya* dayanak sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmiştir<sup>73</sup>. Böylece taşıma aracındaki arıza<sup>74</sup> konusunda taşıyıcı, “işletme

<sup>71</sup> TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 300.

<sup>72</sup> **Kıran**, s. 202.

<sup>73</sup> Alman 1998 Taşıma Hukuku Reformu'nda Hükümet Tasarısı'nda yer alan taşıma aracındaki yetersizliğe dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağı kuralı, *içsu taşıma lobisinin* karşı çıkması üzerine HGB-E § 876 I 2'den çıkartılmıştır (**Czerwenka**, B.: The concept of “unavoidable circumstances” in Article 17, para 2, of the CMR in the light of German Jurisprudence, Unif. L. Rev. 2016, Vol. 21, s. 534).

<sup>74</sup> TTK m. 877'nin kaynağını CMR m. 17 III oluşturmaktadır. CMR m. 17 III'ün Fransızca ve İngilizce metninde yer alan “*défaut*” / “*defect*” (“*Mängel*” - Alm.) teriminin karşılığı olarak TTK m. 877'de “arıza” kullanılmıştır. Kavram olarak arızanın kapsamına ise, taşıma aracındaki her türlü işlev bozukluğunun yanında aracın sözleşmeye uygun olması da girmektedir (**Koller**, Art 17 CMR, N. 34 [dn. 348]; TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu [1/326], s. 301). Taşıma aracının gerek bütünleyici parçaları gerekse de eklen-tisindeki arızalar TTK m. 877'nin uygulanmasını gerektirmektedir.

güvenliği ilkesi”ne dayandırılan<sup>75</sup> ve kurtuluş kanıtı getirilmeyen kusursuz sorumluluğu üstlenmektedir. Söz konusu sorumluluk uyarınca taşıyıcı artık nispi değil, mutlak bir özen yükümlülüğu altındadır. Araçtaki arızadan kaynaklanan zıya, hasar veya gecikmeden ötürü taşıyıcı en yüksek özeni göstermek yerine, ancak illiyet bağını kesen sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. TTK m. 876’daki objektif özen yükümlülüğu genel sözleşmesel sorumluluğu göre en yüksek özen kavramıyla birlikte ağırlaştırılırken, taşıma aracındaki arızalardan ötürü TTK m. 877, kurtuluş kanıtı getirme imkânını taşıyıcıya vermeyerek, daha da ağır bir objektif özen yükümlülüğu kabul etmiştir.

#### D. Özel Donanımlı Taşımalarda Taşıyıcının Özen Yükümlülüğu Derecesi

Taşıyıcı sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzeri etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğu altında ise (TTK m. 878 IV), bu amaçla kullanılan donanımdaki arızalar için yukarıdaki başlıkta yer verdiğimiz TTK m. 877 uygulanmamaktadır. Bunun ötesinde, taşıyıcının bu donanıma ilişkin özen yükümlülüğu hakkında TTK m. 876’da yer alan en yüksek özeni gösterme yükümlülüğu de geçerli değildir<sup>76</sup>. TTK m. 878 IV’te “özel kural” uyarınca, taşıyıcı söz konusu donanımın seçimi, bakımı ve kullanımı konusunda üzerine düşen “bütün önlemleri almak” ve özel talimatlara uygun hareket etmek borcu altındadır. Söz konusu borcun ifasındaki özen yükümlülüğu derecesi hakkında ise, genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır ve benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken makul davranış (BK m. 471 II, 506 III) TTK m. 878 IV’teki özen yükümlülüğu dikkate alınacaktır<sup>77</sup>.

#### E. Sözleşmeyle Kararlaştırılmayan Taşıma Süresinin Belirlenmesinde “Özenli Taşıyıcı” Ölçütü

Taraflar taşıma süresi konusunda özel olarak anlaşmaya varmamış ise, sürenin somut olayın şartlarına göre belirlenmesinde özenli taşıyıcıya tanı-

<sup>75</sup> TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/326), s. 301.

<sup>76</sup> Bu yönde Koller, § 427, N. 83.

<sup>77</sup> Alman hukukunda, BGB § 276’nın ve ayrıca HGB § 347’nin (= TTK m. 18 II) öngördüğu “işlem hayatının (alanının) gerektirdiği özen” derecesinin HGB § 427 IV’te (= TTK m. 878 IV) yer alan yükümlülük konusunda uygulanacağı kabul edilmektedir (Koller, § 427, N. 83; Schaffert, W.: Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015, § 427, N. 55).

nabilecek makul süre esas alınmaktadır (TTK m. 873 = HGB § 423). Taşıma süresinin belirlenmesinde ölçüt olarak kabul edilecek ideal taşıyıcının davranış modeli, TTK m. 876'daki çok basiretli bir taşıyıcının en yüksek özeni için gerekli her türlü davranışından değil, özenli ve basiretli bir taşıyıcının makul davranışından oluşur. TTK m. 873'nin öznesini oluşturan ideal taşıyıcı, BK m. 471 II veya BK m. 506 III ile TTK m. 18 II'nin uygulanmasında dikkate alınan basiretli taşıyıcı ile örtüşmektedir<sup>78</sup>.

## V. EN YÜKSEK ÖZEN KURALININ ORTAYA KOYDUĞU OBJEKTİF ÖZENİN DERECEŚİ

### A. Genel Olarak

İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüşü oluşturan “objektifleştirilmiş özen ölçüsü”ne<sup>79</sup> göre bir kişinin davranışının ihmâli olup olmadığı, kendisinin somut ve sübjektif durumuna göre değil, makul ve ortalama kişinin örnek davranışı esas alınarak belirlenir<sup>80</sup>. Ayrıca, kişinin içinde bulunduğu meslek grubu veya yapılan işlemin türü dikkate alınarak, meslek ve işlem alanında geçerli olan örnek davranış araştırılmaktadır (= “mesleğe özgü özen”)<sup>81</sup>. Yukarıda da genel olarak belirttiğimiz gibi, ihmâlin bu şekilde objektifleştirilmesini kabul eden genel yaklaşım, Türk özel hukukunda -İsviçre hukukundan farklılaşarak- çok önemli etkiye sahip pozitif hükümler ile normlaştırılmıştır. Öncelikle [e]BK'den farklı olarak gerek eser gerekse de vekalet sözleşmesinde, yüklenici ve vekilin özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğunda “benzer alandaki işleri üstlenen basiretli” bir yüklenicinin ve vekilin göstermesi gereken davranış esas alınmaktadır (BK m. 471 II; 506 III). Yine TTK m. 18 II'de yer alan basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü ise, borçlunun tacir olduğu durumlarda sözleşmeden doğan özen yükümlülüğü için objektif bir ölçüt teşkil eder. Öte yandan, deniz taşıma hukuku açısından, taşıyanın özen borcu hakkında objektif ölçüt olarak “tedbirli taşıyan” kavramı karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 1178 I).

Alman hukukunda ise, ihmâlin düzenlendiği BGB § 276 II, borçludan “işlem hayatının (alanının) gerektirdiği özeni” bekleyerek, objektifleştirilmiş bir özen ölçüsünü genel kural olarak kabul etmektedir.

<sup>78</sup> Alman hukuku (HGB § 347) açısından bu yönde **Koller**, § 423, N. 11.

<sup>79</sup> **İmre**, s. 50; **Gauch/Schluop/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 2984 vd.; **Schwenzer**, N. 22.14, 22.15; **Gümüş**, s. 1226; **Eren**, s. 592, 593.

<sup>80</sup> **Gauch/Schluop/Schmid/Rey/Emmenegger**, N. 2989; **Schwenzer**, N. 22.15; **Antalya**, s. 424; **Gümüş**, s. 1226; **Eren**, s. 592.

<sup>81</sup> **Schwenzer**, N. 22.15; **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, s. 322 vd.; **Gümüş**, s. 1226.



TTK m. 876'nın taşıyıcı için öngördüğü objektif özen yükümlülüğü ise, yukarıdaki hükümlere nazaran oldukça yüksektir<sup>82</sup>. Zararın kaçınılmazlığı ve önlenemezliği “ideal taşıyıcı” ölçüt alınarak belirlenirken<sup>83</sup>, bu taşıyıcının göstermek zorunda olduğu özen, “çok basiretli (tedbirli)” bir taşıyıcıdan beklenen “en yüksek özen” olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Buradaki objektif özen yükümlülüğü iki farklı vurgu ile yükseltiştir: İlk taşıyıcının sadece basiretli/tedbirli değil, *çok* basiretli/tedbirli olması gerektiği açıklanmakta<sup>85</sup> ve ikinci olarak, taşıyıcının sadece “makul” ve “ortalama” özeni değil, kendisinden beklenebilecek “en yüksek makul özeni” göstermesinin şart olduğu ifade edilmektedir<sup>86</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi, CMR m. 17 II uyarınca mahkeme kararlarında kabul edilen bu formül, en yüksek özen ifadesiyle birlikte HGB § 476 ve sonrasında TTK m. 876'da vücut bulmuştur.

İdeal taşıyıcı, alışılmış ve olağan görülen ortalamanın üzerinde, çok büyük bir dikkat, tedbir (ihtiyat) ve yetenekle birlikte, hızlı ve doğru-düzgün bir şekilde hareket edebilme yeteneğini sahip taşıyıcıdır<sup>87</sup>. İdeal taşıyıcının

<sup>82</sup> Bu konuda Alman hukuku için (BGB 276 II; HGB 347 I) bkz. **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 25); **Herber**, R.: Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014, § 426, N. 4-6; **Wieske**, T.: Heidel, T./Schall, A., Handelsgesetzbuch – Handkommentar, Baden-Baden 2011, § 426, N. 3; Türk hukuku için ise bkz. **Aydın**, s. 70; **Adıgüzel**, B.: Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç), Ankara 2018, s. 156; **Yavaş**, A.: Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016, s. 123, 124.

<sup>83</sup> OLG Frankfurt, 9.3.2006, 15 U 86/05 (BeckRS 2010/4501); OLG Bamberg, 16.2.2005, 3 U 125/4 (BeckRS 2005/30351232); OLG Brandenburg, 21.7.2004, 7 U 189 (BeckRS 2010/4482); OLG Köln, 29.7.2003, 3 U 49/03 (BeckRS 2010/4473); **Koller**, § 426, N. 4; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5; **Paschke**, M.: Oetker, H. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 6. Auflage, München 2019, § 426, N. 4 (dn. 9); **Merkt**, H.: Baumbach, A./Hopt, J./Kumpan, C./Merkt, H./Roth, M., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (Ohne Seerecht), 38. Auflage, München 2018, § 426, N. 2; **Kirchhof**, G.: Häublein, M./Hoffmann-Theinert, R. (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar – Handelsgesetzbuch, 25. Edition, München 2019, § 426, N. 1; **Adıgüzel**, s. 158.

<sup>84</sup> BGH, 5.6.1981, I ZR 92/79 (BeckRS 1981/30399769); OLG Köln, 29.7.2003, 3 U 49/03 (BeckRS 2010/4473); **Herber/MüKo**, § 426, N. 4, 5; **Merkt** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>85</sup> “(...) *besonders gewissenhafter Frachtführer*” : BGH, 5.6.1981, I ZR 92/79 (BeckRS 1981 / 30399769).

<sup>86</sup> “*äußersten (...) zumutbaren Sorgfalt*”: BGH, 8.10.1998, I ZR 164/96, NJW-RR 1999, s. 541; BGH, 5.6.1981, I ZR 92/79 (BeckRS 1981 / 30399769); Avusturya hukuku için aynı şekilde OGH, 26.6.1983, 1Ob676/83 (www.ris.bka.gv.at). CMR m. 17 II açısından İngiliz hukuku için “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd's Rep., s. 247.

<sup>87</sup> **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 23); **Herber/MüKo**, HGB § 426, N. 6 (dn. 10); **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 12); krş. **Adıgüzel**, s. 158.

göz önünde bulundurulan bilgisi ve kavrayışı (tahayyülü) genel tecrübeye uygun olmalıdır<sup>88</sup>; ayrıca kendisinin “elden gelen bütün imkânları” (“*Menschenmöglichkeit*”) kullanarak tehlike durumlarından kaçınması ve bunların ortaya çıkardığı zararları önlenmesi gerekir<sup>89</sup>. Taşıyıcı en üst düzeyde zararı önleme çabasını göstermelidir; tedbirli, makul veya basiretli bir taşıyıcının özeni bu konuda yeterli olmayacaktır<sup>90</sup>. Bu açıdan, en yüksek özenin basiretli veya tedbirli bir taşıyıcının makul özeni olarak gören öğretideki görüşlere katılamıyoruz<sup>91</sup>. Ayrıca, Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin CMR m. 17 II için basiretli taşıyıcının özenini esas alan yerleşik içtihatlarıyla<sup>92</sup> aynı dairenin, TTK m. 876’nın uygulanması açısından, basiretli tacir

<sup>88</sup> **Koller**, HGB § 426, N. 4 (dn. 24); **Herber/MüKo**, HGB § 426, N. 6; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 13).

<sup>89</sup> OLG Frankfurt, 9.3.2006, 15 U 86/05 (BeckRS 2010/4501); OLG Brandenburg, 21.07.2004, 7 U 189 / 02 (BeckRS 2010 / 4482); OLG Köln, 29.7.2003, 3 U 49/03 (BeckRS 2010/4473); **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 23); **Kirchhof** (BeckOK HGB), § 426, N. 1; **Merkt** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>90</sup> BGH, 21/12/1966, I b ZR 154/64, NJW 1967, s. 449; BGH, 28.12.1975, I ZR 40/74, NJW 1975, s. 1598, 1599; **Heuer**, K.: Die Haftung des Frachtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR), Diss., Hamburg 1975, s. 52; **Arkan**, s. 44; **Arkan**, S.: Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara 1987, s. 102; **Kaya**, A.: Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 324; **Aydın**, s. 70; **Gençtürk**, s. 165; **Yetiş-Şamlı**, K.: Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008, s. 17; **Uslu**, M.: CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 97, 98; **Erdil**, E.: Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku – İtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 191; **Adıgüzel**, s. 156; **Yavaş**, A.: Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016, s. 124; İngiliz hukuku için “*Thermo Engineers Ltd v. Ferrymasters Ltd*”, [1981] 1 Lloyd’s Rep., s. 200, 206 (nk. **Clarke**, s. 228); “*Michael Galley Footwear v. Jaboni*”, [1982] 2 All ER 200 (nk. **Clarke**, s. 229); “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 243, 247.

<sup>91</sup> **Akıncı**, Z.: Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999, s. 102; **Eriş**, s. 686; **Karan**, s. 320, 321; **Kula**, N.: Türk Eşya Taşıma Hukuku, Ankara 2018, s. 67. **Özdemir** ise, bir yandan [e]TTK m. 20 II’de (TTK m. 18 II) yer alan basiretli taşıyıcının özeninden daha yüksek bir özenin alınacağını kabul etmekte (s. 203, dn. 20), diğer yandan ise, “taşıma sektöründe deneyimli ve basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen”i yeterli görmektedir (s. 203, dn. 21). Fakat, bu iki tespit birbiriyle çelişmektedir. Yazar’ın basiretli taşıyıcının ne olduğunun uluslararası sözleşmelere göre belirleneceğini iddia etmesi ve buradan hareket ederek **Aydın**’ı eleştirmesi de kanaati-mizce isabetli değildir (s. 203, dn. 21).

<sup>92</sup> Bkz. yuk. I, C.

gibi hareket etme ölçütünü kullanan yerel mahkeme kararını onadığı kararını isabetli bulmuyoruz<sup>93</sup>. Buna karşılık, 11'inci Hukuk Dairesi [...]94/9/2018 tarihli güncel bir kararında, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen meydana gelen kazadan sorumlu olmayacağı yönündeki yerel mahkeme kararını onadığını da tespit edebiliyoruz<sup>95</sup>. Fakat bu kararda İhtisas Dairesi'nin yerel mahkeme tarafından en yüksek özen teriminin kullanılmasını gerçek ve teknik anlamda isabetli bulduğunu söylemenin şu an için erken bir tespit olacağını düşünüyoruz.

Taşıyıcının özen yükümlülüğü, kendisinin organizasyon (faaliyet, işletme) alanı içinden kaynaklanmayan olguları da kapsar<sup>96</sup>. Zararın sebebinin taşıyıcının organizasyon alanı dışında olması kendisinin sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir. Taşıyıcı, genel özen yükümlülüğünün ötesinde (BK m. 471 II; 506 III; TTK m. 18 II) en üst düzeyde özeni göstererek taşıma organizasyonu dışından kaynaklanan tehlike olgularını da değerlendirmek zorundadır.

Taşıyıcının özen yükümlülüğünü yerine getirmesi için göstermesi gereken çabanın sınırı, alınacak tedbirlerin ve hareket tarzının, ilk görünüş itibarıyla “*tamamen katlanılmaz*”<sup>97</sup>, “saçma” (*absürd*) ve dolayısıyla, beklenemez

<sup>93</sup> “[Y]ükün hasara uğramaması için yükleme ve istiflemeye **basiretli bir tacir gibi** nezaret etmedikleri için taşıyıcıların da (ETTK m. 781) 6102 Sayılı TTK'nın 875, 876, 878 maddesi gereğince %50 oranında müterafik kusurlu olduğu (...) anılan davalılar hakkındaki davanın kısmen kabulüne (...) karar verilmiştir. / Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. / Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir” (Y. 11. HD, 26.04.2017, E. 2016/1892, K. 2017/2475, KazancıİBB = YargıtayBB). Şunu da ekleyelim ki, kararda yer alan 2009 tarihli sigorta tazminatı ödemesinden anladığımız üzere, taşıma sözleşmesine E-TTK m. 781'in uygulanması gerekmektedir. E-TTK m. 20 II'de yer alan basiretli iş adamı gibi hareket etme ölçüsü bu konuda geçerli olacağı için kararda ulaşılan sonuç uygulanması gereken kurala uygundur. Fakat TTK m. 875, 876 ve 878'i uygulayıp, bu konuda E-TTK için geçerli olabilecek bir özen yükümlülüğü ölçüsüne yer verilmesi isabetli olmamıştır.

<sup>94</sup> Kararda anlam veremediğimiz bir sebepten ötürü tarihin gün kısmı açıklanmamıştır.

<sup>95</sup> Y. 11. HD, [...]9/2018, 2017/932 E., 2018/5615 K. (YargıtayBB = KazancıİBB).

<sup>96</sup> **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 26); **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 13); bu yönde ayrıca bkz. *Wieske* (Heidel/Schall), HGB § 426, N. 2.

<sup>97</sup> Alınacak tedbirlerin taşıyıcıyı ekonomik yıkıma sürüklememesi yönünde **Heuer**, s. 55; **Arkan**, s. 44; **Arkan**, S.: Eşyanın Karayolu İle Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu (26-27 Ocak 1984), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 15; **Kaya**, A.: Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II), İÜHF 1998, Prof. Dr.

olduğu durumlara kadar uzanır<sup>98</sup>. Artık bu sınırın ötesinde, taşıyıcıdan belirli bir tedbiri alması beklenemez<sup>99</sup>. Bir başka açıdan en yüksek özenin gerekli kıldığı tedbirlerin sağduyuya uygun olması lâzımdır<sup>100</sup>. Fakat, belirttiğimiz gibi en üst düzeyde özen gösterilmesi gerektiği için bazı hâllerde, taşıyıcıdan taşımacılık sektöründeki ortalama uygulamadan sapan, “atipik” hareket tarzını da göstermesi istenebilir<sup>101</sup>. Bu noktada, en yüksek özenin gerekli kıldığı hareket tarzını eşyanın çalınmasıyla ilgili şu örnekler ile somutlaştırabiliriz<sup>102</sup>:

- Video kamera ile izlenen antrepo alanında sessiz alarmın çalışması üzerine, güvenlik görevlileri motorlu araçlarla eşyaların depolandığı alanı kontrol etmelerine rağmen, hırsızlık olayı gerçekleşmiş ve bazı eşyalar çalınmış ise, somut olayda taşıyıcının en yüksek özeni göstermiş olduğunu söyleyemeyiz<sup>103</sup>. Antreponun video kamera ile izlenmesi, buna ek olarak sessiz alarmın bulunması ve alarmın çalışması üzerine motorlu araçlarla kontrol yapılması basiretli (tedbirli) bir taşıyıcının makul özeninin gösterilmesine anlamına gelebilir; ancak bunlar en yüksek özen için yeterli değildir. Güvenlik görevlilerinin sessiz alarm üzerine araçlarından inip alana dışarıdan yabancıların girip girmediğini köşe bucak aramaları gerekir.
- Diğer bir ihtimal olarak, antreponun silahlı soyguncular tarafından basıldığını ve *değerli eşyaların* bu şekilde çalındığını kabul edelim. Taşıyıcının yağma niteliğindeki bu soygunu engellemesinin kendisi için kaçınılmaz olduğu düşünülebilir. Fakat, taşıyıcının eşyanın geri alınabilmesi için başka tedbirleri alması da gerekir. Soygunun kolluk kuvvetlerine haber verilebilmesi için sessiz alarm sisteminin kullanılması bu tedbirlerin başında gelmektedir.

Hıfzı Veldet Velidedeoglu'na Armağan, C. 56, S. 1-4, s. 255; Aydın, s. 71; Gençtürk, s. 166; Erdil, s. 191; Yavaş, s. 125.

<sup>98</sup> OLG Frankfurt, 9.3.2006, 15 U 86/05 (BeckRS 2010/4501); OLG Bamberg, 16.2.2005, 3 U 125/4 (BeckRS 2005/30351232); OLG Köln, 29.7.2003, 3 U 49/03 (BeckRS 2010/4473); Koller, § 426, N. 4 (dn. 25); Herber/MüKo, § 426, N. 7 (dn. 12); Merkt (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2; yine benzer şekilde Paschke (Oetker), § 426, N. 5 (dn. 10); *krş.* Kirchhof (BeckOK HGB), § 426, N. 1.

<sup>99</sup> En yüksek özenin “aşırı” (*ekstrem*) tedbirlerin alınması anlamına gelmeyeceği konusunda Clarke, s. 229; “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 243, 247. Clarke, s. 229; “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 243, 247.

<sup>101</sup> OLG Frankfurt, 9.3.2006, 15 U 86/05 (BeckRS 2010/4501); Schaffert/EBJS, HGB § 426, N. 4; Merkt (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2. *Mutad* görülmeyen tedbirlerin de alınması gerektiği yönünde Can, s. 90 (bbbb).

<sup>102</sup> Aşağıda en yüksek özenin gerekli kıldığı tedbirler başlıca zarar sebeplerine göre ayrıca açıklanmaya çalışılmıştır (aşa. VI).

<sup>103</sup> Bu örnek bkz. OLG Karlsruhe, 12.5.2005, NJW-RR 2005, s. 1123.

En yüksek özen kuralının taşıyıcıdan beklediği objektif özen derecesi mutlak değildir. Özenin derecesi yükseltile de, nispi olma niteliğini korumaktadır. Bu sebeple, TTK m. 876'da yer alan kaçınılmaz ve önlenemez sebepler sadece mücbir sebep olarak nitelendirilemez. Kanaatimizce mücbir sebep dışında, söz konusu sebepler, Türk/İsviçre sorumluluk hukuku açısından özen derecesinin yükseltildiği *umulmayan hâl* olarak ele alınması gerekir<sup>104</sup>.

## B. En Yüksek Özenin Gerekli Kıldığı Tedbirlerin Belirlenmesinde Geçerli Olan Değişkenler

### 1. Genel Olarak

En yüksek özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı şüphesiz somut olayın özelliklerine göre tayin edilir<sup>105</sup>. Aynı tedbir bir olayda en yüksek özen için yeterli görülürken, başka bir olayda söz konusu tedbirin alınması taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarmayabilir. Dahası, tekniğin gelişmesine bağlı olarak zaman içinde aynı risk türlerine karşı alınması gereken tedbirler de şekil değiştirebilir ya da yeni tedbir türleri ortaya çıkabilir. Bu noktada, öğretilerdeki görüşler<sup>106</sup> ve mahkeme kararları dikkate alınarak bu konudaki

<sup>104</sup> Sözleşmeden doğan sorumluluk açısından umulmayan hâl, borçlunun irade veya davranışından bağımsız olarak, sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz şekilde ihlali sonucunu doğuran olay olarak tanımlanmaktadır. Umulmayan hâlin -konumuz açısından da öne çıkan- en önemli unsuru, borcun ihlali sonucunun "kaçınılmaz" olarak doğmasıdır. Kaçınılmazlık "objektif" ve "nispi" nitelikte olmalıdır (**Eren**, F.: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 143). Bunun anlamı şudur: kaçınılmazlık unsuru değerlendirilirken, objektifleştirilmiş ihmâldeki (kusur) ölçü dikkate alınır; borçlunun sübjektif durumu (bilgisi, yetenekleri, tecrübesi vb.) değil, aynı ekonomik ve sosyal şartlar altında bulunması muhtemel, normal ve makul şahsın durumu esas alınarak kaçınılmazlık değerlendirilir (**Tandoğan**, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 462; **Eren**, İlliyet Bağı, s. 144). Örnek borçlu tipi için ihlâl kaçınılmaz nitelikte ise, somut olaydaki borçlu için de kaçınılmazlık şartı gerçekleşmiş olacaktır. 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 birlikte *mutlaktır* (**Tandoğan**, s. 465; **Eren**, İlliyet Bağı, s. 145).

<sup>105</sup> **Kaya**, s. 254; **Aydın**, s. 71; **Karan**, s. 321; **Adıgüzel**, B.: Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2012, s. 155; **Yavaş**, s. 124.

<sup>106</sup> Özellikle bkz. **Clarke** (s. 230, 231). Yazar, en yüksek özenin gerekli kıldığı standardın belirlenmesinde zarar ihtimali, uygulanabilirlik, hukuka uygunluk ve taşıma endüstrisindeki bilgi durumu olarak dört faktörü tespit etmektedir. Bu faktörlerin Türk hukukunda benimsenmesi için **Aydın**, s. 70, 71; **Gençtürk**, s. 166; **Yavaş**, s. 124, 125.

değerlendirmede göz önünde tutulacak değişkenler aşağıda incelenmeye çalışılmıştır.

## 2. Eşyanın Türü ve Değeri

Gerek eşyanın taşıyıcı tarafından bilinen değeri<sup>107</sup> gerekse de eşyanın niteliğinden kaynaklanan tehlikeler, koruma tedbirinin daha fazla beklenir olmasına sebep olmaktadır<sup>108</sup>. Yat<sup>109</sup>, otomobil<sup>110</sup>, cep telefonu<sup>111</sup>, hazır giyim ürünü<sup>112</sup>, sigara<sup>113</sup>, ses sistemi<sup>114</sup>, bilgisayar belleği (*hard disk*)<sup>115</sup>, antika oyuncak<sup>116</sup> bu açıdan yargı kararlarına konu olmuş değerli eşyalardan bazılarıdır<sup>117</sup>. Buna karşılık *Köln* İstinaf Mahkemesi 3/12/1998 tarihli kararında *yorganı* özel olarak hırsızlık riskinin yüksek olduğu bu tür eşyalar arasında saymamıştır<sup>118</sup>.

Öğretide, taşıyıcının, eşyanın değeri kendisine bildirilmemiş ise, bunu sormak, araştırmak konusunda özen yükümlülüğü altında tutulmayacağı

<sup>107</sup> **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 27, 28). Eşyanın değerinin *esas olarak* belirleyici bir ölçüt olmadığı konusunda bkz. **Herber/MüKo**, § 426, N. 7 (dn. 13); **Neumann**, H.: *Wirtschaftliche Kriterien der Haftung des Frachtführers*, TranspR 2004, s. 14. Hemen belirtelim ki, **Herber**, eşyanın değeri ile en yüksek özen konusunda ilke olarak doğrudan bir bağlantı kurmamakla birlikte (bkz. **Müko**, § 426, N. 7), hırsızlık ve yağma konusunda bu ilkeye istisna tanımaktadır.

<sup>108</sup> **Koller**, § 426, N. 4 (dn. 29); **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 19).

<sup>109</sup> OLG Celle, 7.9.2000, 11 U 145/97 (Wolters-Kluwer).

<sup>110</sup> BGH, 13.4.2000, I-ZR 290/97 (Wolters Kluwer).

<sup>111</sup> 9.936 adet cep telefonunun çalınması hakkında Cour D'Appel De *Versailles*, 28.9.2006, 04/07085 ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>112</sup> 486 koli denim pantolonun ("jeans") çalınması hakkında BGH, 16.2.1984, I-ZR 197/81 (Wolters Kluwer).

<sup>113</sup> BHG, 8.10.1998, I-ZR 164 / 96, TranspR 1999, s. 59.

<sup>114</sup> "*Silber v. Islander Trucking*", [1985] 2 Lloyd's Rep., s. 243.

<sup>115</sup> BGH, 6.6.2007, I ZR 121/04, NJW-RR 2008, s. 49.

<sup>116</sup> Restoranın park yerindeki araçtan çalınan dört koli antika oyuncaklar hakkında Cour D'Appel De *Versailles*, 1.6.2006, 05/02794 ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>117</sup> Yukarıda anılanların dışındakiler için bkz. **Clarke**, s. 231, dn. 175. Alkol, sigara, elektronik cihaz ve popüler tekstil ürünlerinin hırsızlık açısından özel bir risk taşıdığı tespiti için OLG Köln, 3.12.1998, 12 U 121/97, N. 19 (openJur 2011/78316).

<sup>118</sup> OLG Köln, 3.12.1998, 12 U 121/97, N. 19 (openJur 2011/78316). Bu kararın ilgi çekici başka bir özelliği ise, eşyanın *toplam* değerinin oldukça yüksek olmasına rağmen ("709.800-USD"), eşyanın türü bakımından hırsızlık için özel risk taşımadığının kabul edilmesidir. Ayrıca Köln İstinaf Mahkemesi, tekstil ürünleri arasında günlük kıyafetler gibi popüler olanlar ile yorgan gibi evsel tekstil ürünleri arasında hırsızlık bakımından ayırmda bulunmuştur.

belirtilmiştir<sup>119</sup>. Ancak, çok basiretli ve özenli bir taşıyıcı ölçüt alındığında, eşyanın türünden ekonomik değerinin yüksek olduğu anlaşılması gerekiyor ise, kanaatimizce bu hâlde taşıyıcının eşyanın değerini bilmediği ileri sürülemez. Örneğin sigara kutuları söz konusu ise, taşıyıcının bunların değerini bildiği kabul edilecektir. Kuşkusuz, eşyanın değeri ya da türü taşıyıcıya yanlış bildirilmiş ise, taşıyıcının gerçek durumu araştırma yükümlülüğünden artık söz edilemez<sup>120</sup>. Alman Federal Mahkemesi 6/6/2007 tarihli kararında ise, taşıyıcının, eşyanın türü ve değeri konusunda *somut* bir bilgisinin bulunmadığı durumlarda, eşyanın çalınma sebebiyle özel bir risk altında olduğunu varsayamayacağına hükmetmiştir<sup>121</sup>. Buna bağlı olarak Federal Mahkeme, taşıyıcının *brandalı* taşıma yapmak yerine, istisnai olarak *kapalı kasalı* taşıma aracını kullanması veya araçta alarm sisteminin mevcut olması konusunda özen yükümlülüğü altında olmayacağını kabul etmiştir<sup>122</sup>.

### 3. Taşıma Şekli

Taşıyıcının en üst düzeyde özen gösterip göstermediği değerlendirilirken, tarafların anlaştığı taşıma türü esas alınmalıdır<sup>123</sup>. Aynı durum tarafların üzerinde anlaştıkları, taşıma aracı teçhizatları ve diğer taşımanın niteliği ve türüne dair anlaşmalar için de geçerlidir (-ki bunlar hakkında taşıyıcı belirli bir şekilde hareket etmekle yükümlüdür)<sup>124</sup>. Şunu da ekleyelim, taşıyıcı, kararlaştırılandan başka bir alternatif taşıma türünü dikkate alarak belirli bir

<sup>119</sup> **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 21).

<sup>120</sup> Taşıyıcının, eşyanın türü ve değeri konusunda bilgisinin olmadığı hâllerde, eşyanın özel bir çalınma tehlikesi taşıdığını varsayma imkânı olmadığı yönünde bkz. BGH, 6.6.2007, I ZR 121/04, NJW-RR 2008, s. 49. Ayrıca bkz. aşa. VI, A.

<sup>121</sup> BGH, 6.6.2007, I ZR 121/04, NJW-RR 2008, s. 49.

<sup>122</sup> Federal Mahkeme bu kararda şu tespitlerde bulunmuştur: Dava konusunu oluşturan bilgisayar bellekleri (*hard disk*) kolaylıkla elde çıkartılabilecek ve aynı zamanda ekonomik değeri önemli sayılabilecek eşyalardan olmasına karşın, somut olayda taşıyıcı objektif olarak hırsızlık tehlikesine karşı bilgi sahibi kılınmamıştır. Taşıyıcının 800 adet bilgisayar parçası taşıdığını bilmesi özen yükümlülüğü açısından yeterli değildir. Davalının bilgisayar parçası taşıdığını bilmesine karşın, bu parçaların niteliği veya değeri konusunda bir bilgisinden söz edilemez. Ayrıca taşıyıcının somut olayın özelliklerine göre böyle bir bilgiye sahip olma zorunluluğu yoktur. (Münih) İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün aksine, davalının 800 münferit parçanın ötesinde özel bir hırsızlık riski konusunda bilgilendirilmediği açıktır. Bu itibarla, davalı taşıyıcının *kapalı kasalı* taşıma aracını kullanması konusunda özen yükümlülüğü altında olduğu söylenemez. Aynı sonuç, araçta *alarm sistemi* olmaması için de geçerlidir.

<sup>123</sup> **Koller**, § 426, N. 4a; **Paschke** (Oetker), § 426, N. 5; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 14, 19); **Merkt** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>124</sup> **Koller**, HGB § 426, N. 4a (dn. 34).

tehlikeden kaçınıp kaçınamayacağını araştırma yükümlülüğü altında değildir<sup>125</sup>.

Sözleşmenin yanında, taşıma şekli sonradan gönderenin talimatıyla da belirlenebilir<sup>126</sup>. Taşıyıcı, işletmesine zarar vermediği veya diğer yüklerle ilgililer için zarar tehdidi ortaya koymadığı sürece gönderenin taşıma şekli konusundaki talimatına uymak zorundadır (TTK m. 868 I 1). Böyle bir talimat taşıyıcıya verildiği takdirde, artık taşıyıcı yeni bir şekilde kavuşan taşıma şeklini dikkate alarak en yüksek özenin gerektirdiği tedbirleri almalıdır.

Bu aşamada, özen yükümlülüğü açısından ağır taşımalar, para ve kıymetli maden taşımaları ile iklimlendirmeli taşımalara özel olarak değinmekte fayda görüyoruz:

(1) Soğutmalı taşımalar başta olmak üzere iklimlendirmeli taşımalar uygulamada büyük önem taşımaktadır. Fakat yukarıda ana hatlarıyla değindiğimiz gibi, bu tür taşıma için en yüksek özen derecesi yerine, basiretli taşıyıcının makul özeni esas alınmaktadır (TTK m. 878 IV)<sup>127</sup>.

(2) Ağır taşımalar<sup>128</sup> ise, taşınacak eşyanın gabari dışında olması sebebiyle standart kurallara tabi olarak taşınması mümkün olmayan, özel yükleme ve boşaltma tedbirlerinin geçerli olduğu ve bunun için özel ekipmanların kullanıldığı, çoğu zaman taşıma rotasının özel olarak belirlendiği, idari izinlerin alındığı, eskortlu olarak gerçekleştirilen ve önceden hazırlanan zaman çizelgeleri içinde yönetilen taşıma faaliyetleridir. Taşıyıcı kural olarak eşyanın nitelikleri konusunda uzman görülmediği için taşıma güvenliğine uygun yükleme ve boşaltma işi gönderenin üzerinde bulunurken (TTK m. 863 I 1), ağır taşımalarda kural tersine dönmekte ve taşıyıcının eşyanın, araca konulması, sabitlenmesi, bağlanması ve boşaltılmasında en yüksek özeni gösterme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Diğer yandan, eşyaya uygun aracın seçilmesi, taşıma hızının yine eşyanın özelliklerine göre tayin edilmesi, idari izinlerin alınması, en elverişli rotanın seçilmesi, rota üzerindeki kavşak ve köprü geçişlerinin denetlenmesi de söz konusu yükümlülüğün kapsamında yer alır.

<sup>125</sup> **Paschke** (Oetker), HGB § 426, N. 5; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 20).

<sup>126</sup> Talimatın taşıma sözleşmesinin içeriğini değiştirici işlevi için **Seven**, V.: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderenin Hukuki Durumu, Ankara 2012, s. 112; **Eckhardt**, P.: Die Rechtstellung des Empfängers im Frachtrecht, Diss., Hamburg 1999, s. 29.

<sup>127</sup> Bkz. yuk. IV, D.

<sup>128</sup> Yat, uçak, prefabrik ev, tank, heykel veya rüzgar gülü kanatları gibi gerek ağırlık gerekse de hacim bakımından normal gabari sınırlarının dışında kalan bu tür taşımalar uygulamada ağır taşıma veya gabari dışı taşıma olarak anılmaktadır.



(3) Normal şartlar altında taşıyıcıdan yağma riskine karşı silahlı güvenlik bulundurması ya da zırlı taşıma kullanması rota ne kadar tehlikeli olursa olsun beklenmez<sup>129</sup>. Bunun istisnasını ise, para ve kıymetli maden taşınması (ve benzerleri<sup>130</sup>) oluşturmaktadır. Söz konusu taşımalarda, eşyaya silahlı korumaların eşlik etmesi ve kural olarak kapalı ve zırlı bir araçla ile taşımada bulunulması gerekir. Korumaların eğitim durumları, yağma girişimi sırasındaki davranışlarının güvenlik tekniğine uygun olup olmadığı, taşıma sırasında seçilen rota konusunda en yüksek özen yükümlülüğü geçerli olacaktır. Ayrıca bu taşımalarda, para veya kıymetli maden paketlerinin içerisinde kural olarak takip cihazlarının kullanılması gerektiğini düşünüyörüz. Dolayısıyla, kanımızca sadece araçta takip cihazı olması yeterli olmayacaktır.

Yağma tehlikesine karşı konulmasında kullanılan aracın belirli özelliklere sahip olması gerektiği açıktır. Güvenlik önlemleri konusunda araçta bir eksiklik veya yetersizlik söz konusu ise TTK m. 877 uygulama alanı bulacağı için taşıyıcı en yüksek özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

#### 4. Taşıma Rotası

Taşıma rotası sadece en yüksek özenin gösterilmesinde değil, aynı zamanda taşıma sigortalarında da dikkate alınan önemli bir risk parametresidir<sup>131</sup>. Rota üzerindeki yerlerde hırsızlık ve gasp riski<sup>132</sup> ile iç karışıklık,

<sup>129</sup> Bkz. aşa. VI, A (sonu).

<sup>130</sup> Kıymetli evrak ve özellikle pay senetleri, elmas, yakut gibi kıymetli maden taşınması ile ünlü resamlara ait resimler, tarihi eserler, antikalalar.

<sup>131</sup> Y. 11. HD, 17.4.2009, E. 2009/3101, K. 2009/4768 (KazancıİBB): “(...) CMR Sigortası Umumi Hükümlerinin ‘Teminat Dışı Haller’ başlıklı 3/h maddesinde ‘Eski SSCB, Arnavutluk ve eski Yugoslavya ülkelerinde hırsızlık teminatı, ancak park edilen aracın bekçili otoparkta bulunması halinde geçerlidir. Görevli ekiplerin karayolunu devriye kontrolü altında tutmaları, park yerinde devamlı bekçi bulundurulduğu anlamına gelmeyecektir’ hükmü mevcut olup, mahkemece rizikonun davacının iddia ettiği gibi aracın güvenli olmayan mahalle park edilip şoförün aracın başından ayrılmasından istifadeyle araç ile yükün çalınması suretiyle meydana geldiği kabul edilmesine (...) rağmen ne suretle rizikonun teminat içinde kaldığı yeterince değerlendirilip açıklanmadan davalı sigorta şirketinin sorumluluğuna gidilmesi doğru görülmediğinden (...)”.

<sup>132</sup> CMR taşımalarında, suç örgütlerinin çok güçlü yapıya sahip buldukları dönemde İtalya’dan geçen taşıma rotaları eşyanın çalınması bakımından özel olarak riskli kabul edilmiştir. (90’lı yılların ortası için bkz. OLG Nürnberg, 22.03.1995, 12 U 4139/94, N. 40, BeckRS 1995/03454). Hâtâ *Roma, Napoli* ve *Bari* arasındaki “Bermuda Şeytan Üçgeni” olarak anılan bölge bu riskin en yoğun olduğu yerler olarak taşıma sektörünün

terör ve savaş risklerinin yüksekliği taşıyıcıdan daha yüksek bir özenin gösterilmesine sebep olmaktadır<sup>133</sup>. Örneğin rota üzerindeki güncel hırsızlık riskine karşı aracın gece konaklamaması için ikinci sürücü kullanılması, alarm sisteminin takılı olduğu aracın kullanılması veya kapalı park yerinde aracın konaklaması en yüksek özenin bir mecburiyeti olarak görülebilir<sup>134</sup>. Aynı şekilde, rotada kullanılacak karayolunun altyapısındaki bozukluklar, özellikle taşıyıcının yüklemeyi ayrıca üstlendiği durumlarda alınması gereken tedbiri etkileyebilecektir. Yolun çetin geçen kıştan ötürü yıpranmış olması ya da yolun bir bölümünde çalışma olması sebebiyle araçta olağandışı bir vibrasyon olacak ise, taşıyıcının (sözleşme, halin icabı veya teamül sebebiyle - TTK m. 863 I) üzerinde bulunan yükleme güvenliği tedbirlerini buna göre alması lâzımdır.

Taşıma rotası, en yüksek özen yükümlülüğünün gerektirdiği tedbirler üzerinde etkili olmakla birlikte, söz konusu yükümlülüğünün kapsamında, alternatifler arasındaki en güvenli rotanın seçilmesi de girmektedir. Taşıyıcı, hangi rotanın en güvenli olduğu konusunda bilgi kaynaklarına erişimde en yüksek özeni göstermeli ve sahip olması gereken bilgiyi çok basiretli şekilde kullanarak mümkün olan en güvenli rotayı seçmelidir. Taşıma rotası sözleşme ile belirlenmiş ise taşıyıcının böyle bir yükümlülüğü kural olarak bulunmaz. Fakat, dürüstlük kuralı uyarınca taşıyıcının gönderen tarafından talep edilen rotanın güvenli olmadığı konusunda uyarıda bulunma yükümlülüğü altında olduğu kanaatimizce kabul edilmelidir. Şunu da belirtelim ki, taşıma süresi sözleşmede kararlaştırılmış ise, en güvenli rota belirlenirken, anlaşılan taşıma süresine uygun olan rotalar arasından en güvenliğini seçmelidir.

## 5. Uygulanabilirlik ve Akla Uygunluk

En yüksek özen yükümlülüğü, taşıyıcının zararın çıkmasına engel olacak *ihtimal dahilindeki her türlü tedbiri* almasını zorunlu kılamaz. Tedbirin, taşıyıcı için külfetli olsa da, taşıma sektörü açısından mantık sınırları

---

bilincinde yer edinmiştir (Clarke, s. 233). Doğu Bloğunun yıkılmasından sonra ise, İtalya'nın hırsızlık ve gasp konusundaki şanını doğu Avrupa ülkelerinin bir kısmı önce paylaşmış (Polonya açısından bu yönde OLG Köln, 3.12.1998, 12 U 121/97 [openJur 2011/78316]); sonrasında ise, devralmıştır. Rusya'da bunlardan biri olup, özellikle Moskova'nın çalınma riskinin yoğun yaşandığı yerlerden biri olduğu kabul edilmektedir (bkz. Clarke, s. 231).

<sup>133</sup> Türkiye'den Yunanistan'a ve Irak'a yapılacak taşımalar açısından bu yönde Özdemir, s. 204; onu izleyen Uslu, s. 98. Taşımanın diğer şartlarıyla birlikte kararlaştırılan rotaya uygun olarak en yüksek özeni gösterilmesi yönünde ise Koller, § 426, N. 4a.

<sup>134</sup> Bkz. aşa. VI, A.

içerisinde uygulanabilir olması lazımdır. Akla uygun olmayan, mantık dışı veya saçma tedbirler en yüksek özenin sınırları içinde yer almaz. Sınırlı veya istisnai de olsa, tedbirin taşıma sektöründe uygulaması kural olarak bulunmalıdır. Geliştirilen yeni teknolojik çözümlerin en yüksek özen açısından alınması gereken bir tedbir olması için öncelikle sektörde belirli bir uygulamanın<sup>135</sup> mevcut olması gerekir<sup>136</sup>. Ayrıca, somut olay açısından uygulamaya başlayan bu tedbirin alınması akla uygun görülmelidir. Örneğin, çok değerli eşyalar için gasp riski açısından ambalajlar içine saklanacak takip cihazları şu an taşıma sektöründe sınırlı bir alanda uygulanan özel bir tedbirdir. Bu tedbirin, örneğin akıllı telefon taşınmasında kullanılması mümkün olabilse de, tekstil eşyası için aynısı söylenemez.

*Clarke*, uygulanabilirliğin yanında, taşıma sektörünün ulaştığı bilgi durumunu en yüksek özen derecesinin belirlenmesinde ayrı bir değişken olarak ele almaktadır<sup>137</sup>. Sigortacılar, meslek birlikleri, ticaret odaları gibi kurumlar taşıma sektörünün aktörleri olarak taşıyıcılara belirli riskler konusunda ve bunlara dair çözümlerde güncel bilgiler sağlamaktadır. Kanaatimizce, taşıma sektöründeki bilgi durumu doğrudan doğruya tedbirin uygulanabilirliğini değerlendirirken kullanılacak veriyi sağlamaktadır<sup>138</sup>. Dolayısıyla bilgi durumunu ayrı bir değişken olmaktan ziyade, uygulanabilirlik açısından ele almak lazımdır. Zaman içinde oluşan ve hâlihazırda gelişmeye devam eden bu bilgi birikimi hiç kuşku yok ki, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesi için alması gereken tedbirlere şekil vermektedir. Tekniğin ve bilgi birikiminin gelişmesi bir yandan taşıma faaliyetinin icrasını kolaylaştırmakta, beri yandan ise, taşıyıcının omuzlarına yüklenen özen derecesini ağırlaştırmaktadır<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Bu durum, söz konusu tedbirin taşıma sektörünün genelinde kabul gören, tipik bir çözüm olması gerektiği anlamına gelmeyecektir.

<sup>136</sup> 11'inci Hukuk Dairesi, basiretli taşıyıcının özenini esas almakla birlikte, alınacak tedbirlerin makul ve uygulanabilir olmasını şu şekilde açıklamıştır: "Davalı vekili, İtalya'nın riskli bir ülke olması nedeniyle hırsızlık olayının kaçınılmaz olduğunu savunduğuna göre, tam tersine taşıyıcının böyle bir ülkeye, yeterli önlemler alarak yola çıkması, bu meyanda ikinci bir şoför veya muavin bulundurmamak, araca alarm taktırmak veya **günün teknolojik olanaklarından yararlanılarak makul, uygulanabilir türden diğer tedbirleri alması gerektiğini söylemek mümkündür**" (Y. 11. HD, 20.4.2000, E. 2000/2114, K. 2000/3241 [KazancıİBB]).

<sup>137</sup> *Clarke*, s. 231.

<sup>138</sup> *Nürnberg İstinaf Mahkemesi* bir kararında, İtalya'ya yapılan karayolu eşya taşımalarında hırsızlık/yağma riskinin yüksekliğinin *taşıma sektöründe bilindiğini* ve bu bilginin taşıyıcının alması gereken önlemleri artıracağını belirtmiştir (OLG Nürnberg, 22.03.1995, 12 U 4139/94, N. 43, BeckRS 1995/03454).

<sup>139</sup> Bu yönde *Clarke*, s. 231.

## 6. Hukuka Uygunluk

En yüksek özen derecesi, taşıyıcıyı hiçbir şekilde hukuka aykırı tedbirleri alması konusunda yükümlülük altında tutamaz<sup>140</sup>. Örneğin, taşıyıcının sorumlu tutulmadığı bir sebepten dolayı taşıma engeli ortaya çıktığında, engelin kalkmasından itibaren kalan sürede taşımanın gerçekleştirilmesi için aracın hız sınırlarını aşması veya sürücünün aracı kullanma limitlerinin üzerine çıkması<sup>141</sup> gibi taşıma kurallarına aykırı olan tedbirlerin alınması taşıyıcıdan beklenemez. Yine, eşyanın çalınması riskinin önlenmesi için araç sürücülerinden habersiz şekilde araç içinin kamera ile kayıt altına alınması, taşıma işletmesindeki çalışanların kişilik hakları ihlâl edilerek izlenmesi de hukuka aykırı tedbirler arasında yer alacaktır. Yağmalanan eşyanın karşı tarafın canı pahasına geri alınması da ölçsüz bir kuvvet kullanımı olarak hukuka aykırı sayılacaktır<sup>142</sup>; dolayısıyla böyle bir imkânı varken araç sürücünün buna teşebbüs etmemesi hiç şüphe yok ki, taşıyıcının sorumluluğuna sebep olmaz.

## 7. Taşıma Ücreti Dikkate Alınabilecek Bir Değişken Midir?

Öğretiye göre, taşıma ücreti, hiçbir hâlde taşıyıcının göstereceği özenin belirlenmesinde başvurulacak bir kriter olmaya uygun değildir<sup>143</sup>. Taşıyıcı somut olayda yerine getirmesi gereken tedbirleri dikkate alarak -örneğin, ikinci bir sürücü tahsis edilmesi, geceleme için korumalı park alanlarının kullanılması gibi- taşıma ücretini hesaplamak zorundadır<sup>144</sup>. Taşıma ücreti miktarının açıkça sözleşmede kararlaştırılmadığı durumlarda, ücretin belirlenmesinde taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğü sebebiyle alması gereken tedbirlerin mali yükü göz önünde bulundurulurken<sup>145</sup>, sözleşmede ücret miktarının kararlaştırıldığı durumlarda, bunun yüksek olup olmaması taşıyıcının alması gereken tedbirler üzerinde değişiklik yapmaz. Dolayısıyla, taşıma ücreti ile en yüksek özen arasında tek yönlü bir ilişki vardır. Şunu da belirtelim ki, bazı hâllerde taşıma ücreti tarafların belirli bir tür taşıma

<sup>140</sup> “*Silber v. Islander Trucking*” davasında, CMR m. 17 II’nin taşıyıcı için ortaya koyduğu ölçüt açıklanırken hukuka uygunluk genel bir sınır olarak belirtilmiştir ([1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 247). Sonrasında, **Clarke** (s. 231), hukuka uygunluğu en yüksek özenin değerlendirilmesinde dikkate alınacak faktörlerden biri olarak kabul etmiştir.

<sup>141</sup> **Clarke**, s. 231.

<sup>142</sup> Bkz. BK m. 64 III.

<sup>143</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 7; bu yönde ayrıca bkz. **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 5 (dn. 23).

<sup>144</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 7.

<sup>145</sup> **Arkan**, s. 146; **Arkan**, S.: Taşıyıcının Ücret Hakkı, Prof. Dr. Fadil H. Sur’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 340; **Gençtürk**, s. 18; **Kıran**, s. 286, 287.

konusunda anlaşmaları noktasında emare teşkil edebileceği de öğretilerde kabul edilmektedir<sup>146</sup>.

Taşıma ücreti karşısında belirli bir tedbirin alınmasının taşıyıcı için ağır bir yük oluşturması, tedbirin uygulanamaz veya akıl dışı olduğu anlamına gelmez. Tedbirin taşıma ücretine uygun olmaması, bunlar arasında ölçüsüzlük bulunması en yüksek özendeki tek başına önem taşımaz. Zira, her şeyden önce, piyasadaki yıkıcı rekabetin etkisiyle taşıyıcı olması gereken daha düşük ücret önermiş olabilir. Ayrıca, piyasa rekabet açısından bozulmamış olsa dahi, taşıyıcılar en yüksek yerine, makul özen düzeyinde fiyatlandırma politikasına başvurmuş olabilir. Dolayısıyla, taşıma ücretinin tayini hukuk kurallarından ziyade, piyasanın şartlarına bağlı olduğu için ücret miktarı en yüksek özen açısından dikkate alınabilecek bir değişken olarak görülemez.

## VI. EN YÜKSEK ÖZENİN GEREKLİ KILDIĞI TEDBİRLERİN BAşLICA ZARAR TİPLERİNE GÖRE SOMUTLAŞTIRILMASI

### A. Eşyanın Çalınması (Hırsızlık veya Yağma)

Hırsızlığa<sup>147</sup> veya cebir unsurunun bulunduğu yağmaya<sup>148</sup> karşı taşıyıcının en yüksek özeni gösterip göstermediği değerlendirilirken, eşyanın taşınmasıyla ilgili aktüel risklerin neler olduğu dikkate alınacaktır. Her taşıma işletmesinin karşı karşıya kaldığı tipik tehlikelerin yanında yukarıda incelediğimiz gibi eşyanın türü ve değeri de alınacak tedbirler için belirleyici olacaktır<sup>149</sup>. Diğer yandan, eşyanın kolaylıkla elden çıkarılabilir oluğu, hırsızlık veya yağma konusunda özel bir risk ortaya çıkarıyor ise, taşıyıcının özen yükümlülüğünde dikkate alınabilecek bir ölçüt oluşturabilir<sup>150</sup>.

*Somut olayın özelliklerine göre*, taşıyıcının aşağıdaki tedbirleri alması durumunda hırsızlık olayına engel olunabileceği kabul edilir ise, en yüksek özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılacaktır:

- a) Çalışanlardan kaynaklanan risklerin azaltılmasına yönelik tedbirler: Taşıma işletmesinde görev alanların güvenlik kontrolünden geçmesi<sup>151</sup>, araç sürücülerinin taşımanın başlangıcından çok öncesinde yükün değeri ve türü konusunda bilgi sahibi kılınmasına imkan tanı-

<sup>146</sup> Herber/MüKo, § 426, N. 7.

<sup>147</sup> Bkz. TCK m. 141-147.

<sup>148</sup> Bkz. TCK m. 148-150.

<sup>149</sup> Bkz. yuk. V, B, 2 ve 3.

<sup>150</sup> BGH, 6.6.2007, I ZR 121/04, NJW-RR 2008, s. 50; Herber/MüKo, § 426, N. 8.

<sup>151</sup> Koller, § 426, N. 8; Schaffert/EBJS, § 426, N. 8.

- mamak<sup>152</sup>, değerli eşyaların taşınmasında araç sürücülerinin rotasyona tabi kılınması<sup>153</sup>.
- b) Taşıma araçlarıyla ilgili tedbirler: Taşıma aracının hırsızlığa karşı optimal donanımına sahip olması<sup>154</sup>, yeterli alarm sistemlerine sahip olması<sup>155</sup>, taşıma aracının dışarıdan müdahaleye uğrayıp uğramadığının kontrol edilmesi<sup>156</sup>, taşıt takip sistemlerinin kullanılması<sup>157</sup>, taşıma araçlarının korunaklı ve güvenli şekilde park ederek konaklamalarının sağlanması<sup>158</sup>, iki sürücünün kullanıldığı taşımalarda bir sürücünün güvenlik için araçta bırakılması<sup>159</sup>, çekici ve römorkun birbirinden ayrılmadan park etmesi<sup>160</sup>, taşıma aracının konaklayacağı park yerinin “Uluslararası Karayolu Taşıma Birliği” (“*International Road Transport Union*” = “IRU”) tarafından kabul edilmesi<sup>161</sup>.
- c) Antrepo alanının korunmasıyla ilgili tedbirler: Eşyanın antrepodan ayrılırken sayım ve kontrolünün yapılması<sup>162</sup> ve bu hususta rastgele

<sup>152</sup> Koller, § 426, N. 8; Schaffert/EBJS, § 426, N. 8.

<sup>153</sup> Koller, § 426, N. 8.

<sup>154</sup> Koller, § 426, N. 8; Schaffert/EBJS, § 426, N. 8; Paschke (Oetker), § 426, N. 13.

<sup>155</sup> Demiryolunda bir süre taşınan araca alarm takılmamasının özen yükümlülüğünün ihlali olduğu konusunda bkz. Y. 11. HD, 22.1.2007, E. 2005/13534, K. 2007/492 (KazancıİBB).

<sup>156</sup> Koller, HGB § 426, N. 8; Schaffert/EBJS, § 426, N. 8.

<sup>157</sup> Paschke (Oetker), § 426, N. 13.

<sup>158</sup> Koller, HGB § 426, N. 8; Herber/MüKo, § 426, N. 8; Clarke, s. 235.

<sup>159</sup> Bu yönde Y. 11. HD, 23.3.1998, E. 1998/430, K. 1998/1942 (KazancıİBB).

<sup>160</sup> Taşıma aracının 24 saat bekçili bir garajda muhafaza edilmesine rağmen, çekici ve römorkun (dorse) birbirinden ayrılmasının basiretli taşıyıcının özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği yönünde Y. 11. HD, 22.1.2007, E. 2005/13896, K. 2007/564 (KazancıİBB).

<sup>161</sup> CMR Sorumluluk Sigortası'ndan bu yönde yer alan sözleşmesel görevler (TTK m. 1449) taşıyıcının en yüksek özeni açısından somut olaya göre alınabilecek daha güvenli bir tedbir teşkil edebilir. Bu konunun tartışıldığı bir karar için bkz. Y. 11. HD, 20.5.2019, E. 2018/2527, K. 2019/3952 (KazancıİBB): “[H]ırsızlık olayının gerçekleştiği yerin alıcı şirket binasının önü olduğu, yükün alıcıya teslim edilmediği, taşıyıcının sorumluluğunun devam ettiği, taraflar arasındaki sigorta poliçesinin 5.13/2 maddesinde bekçili güvenli park yerinde ya da IRU tarafından belirlenmiş park mahallerinde konaklama yapılmadığı hallerde oluşan hasarın teminat dışı olduğunun düzenlendiği, ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden kanuna uygun olduğu gerekçesiyle [istinaf başvurusunun] esastan reddine karar verilmiştir. / Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre (...) kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir”.

<sup>162</sup> Schaffert/EBJS, § 426, N. 8.

kontrollerle yetinilmemesi<sup>163</sup>, eşyanın depolandığı alanların etkin şekilde korunması, bekçi, dikenli tel, duvar gibi fiziki tedbirlerin yanından, video kamera kaydı, alarm sistemleri gibi teknik güvenlik araçlarının kullanılması<sup>164</sup>, işletme içi faaliyetler ile yabancı kişilerin temasının engellenmesi<sup>165</sup>.

Yukarıda sayılan güvenlik tedbirlerinin pratikte yaygın olmaması en büyük özen bakımından önem taşımamaktadır<sup>166</sup>.

Taşıma aracının korunaklı olmayan bir yerde park etmesi ya da böyle bir yerde (araç içi kabinde sürücü uyuyor olsa dahi) gece konaklaması en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâlüne sebep olmaktadır<sup>167</sup>. Eşyanın hırsızlık veya yağma suretiyle çalınmasını konu alan uyuşmazlıkların önemli bir kısmında sadece bu yüzden taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı mahkeme içtihatlarında kabul edilmektedir<sup>168</sup>. Ayrıca taşıma aracının güvenli bir yere park etmesi ya da geceyi geçirmesi sadece en yüksek özen için değil tedbirli taşıyıcının makul özeni için de *olmazsa olmaz* bir tedbirdir<sup>169</sup>. Şunu

<sup>163</sup> **Koller**, § 426, N. 8.

<sup>164</sup> Antrepo alanlarının yetersiz ya da hatalı şekilde gözetim altında tutulmasının özen yükümlülüğünü ihlâl edeceği yönünde **Herber/MüKo**, § 426, N. 8; LG Frankfurt, 9.3.2006, TranspR 2006, s. 297; OLG Bremen, 11.1.2001, TranspR 2001, s. 166.

<sup>165</sup> **Koller**, § 426, N. 8; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 8.

<sup>166</sup> **Koller**, § 426, N. 8 (dn. 53).

<sup>167</sup> **Clarke**, s. 235; **Herber/MüKo**, § 426, N. 8.

<sup>168</sup> BGH, 21.12.1966, I b ZR 154/64, NJW 1967, s. 500; OGH, 16.3.1977, 1Ob533/77 (www.ris.bka.gv.at); BGH, 16.2.1984, I ZR 197/81, NJW 1984, s. 2034; BHG, 8.10.1998, I-ZR 164 / 96, NJW-RR 1999, s. 541 = TranspR 1999, s. 59; OLG Hamm, 12.7.1995, TranspR 1996, s. 237; OLG Hamburg, 14.5.1996, 6 U 199/95, TranspR 1997, s. 100; OLG München, 4.12.1996, 7 U 3479/95, TranspR 1997, s. 193; OLG München, 10.1.1997, 23 U 1628/96 (BeckRS 1997/2768). İngiliz hukuku için “*Michael Galley Footwear v. Iaboni*”, [1982] 2 All ER 200 (nk. **Clarke**, s. 229), “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd’s Rep., s. 243; *Texas Instruments v. Nason (Europe) Ltd.*, [1991] 1 Lloyd’s Rep., s. 146 (nk. **Clarke**, s. 243, dn. 210). 11’inci Hukuk Dairesi de, basiretli taşıyıcının özeni açısından aynı yönde karar vermektedir: Y. 11. HD, 20.5.2019, E. 2018/2527, K. 2019/3952 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 18.6.2018, E. 2016/13788, K. 2018/4512 (YargıtayBB); Y. 11. HD, 19.9.2017, E. 2016/7559, K. 2017/4501 (YargıtayBB); Y. 11. HD, 4.3.2013, E. 2012/3690, K. 2013/3901 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 2.4.2013, E. 2011/4592, K. 2013/6596 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 17.4.2009, E. 2009/3101, K. 2009/4768 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 22.1.2007, E. 2005/13896, K. 2007/564 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 6.2.2007, E. 2005/11096, K. 2007/1431 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 20.4.2000, E. 2000/2114, K. 2000/3241 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 23.3.1998, E. 1998/430, K. 1998/1942 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 24.11.1997, E. 1997/6685, K. 1997/8465 (KazancıİBB).

<sup>169</sup> Bkz. bir önceki dn.’de yer alan 11’inci Hukuk Dairesi kararları.

da eklemek gerekir ki, 11'inci Hukuk Dairesi'nin son dönemde verdiği kararlarında, aracın riskli bir yere park etmesi sebebiyle yaşanan hırsızlık olayında taşıyıcının sınırlı sorumluluktan dahi yararlanamayacağı kabul edilmektedir (TTK m. 886)<sup>170</sup>.

Öte yandan, üstü açık park alanlarının güvenli olup olmadığı, esas olarak, sırasıyla şu güvenlik tedbirlerinin mevcut olmasıyla ilişkili olduğu söylenebilir<sup>171</sup>:

1. Derece: Park alanının yeterli şekilde aydınlatılması.
2. Derece: [Yukarıdakine ilave olarak]  
Park alanının kamera ile izlenmesi.
3. Derece: [Yukarıdakilere ilave olarak]  
Park alanının etrafının tel örgüsü veya çit ile sınırlandırılması.
4. Derece: [Yukarıdakilere ilave olarak]  
Park alanının etrafının duvar ile sınırlandırılması.
5. Derece: [Yukarıdakilere ilave olarak]  
Park alanına giriş çıkışlarında turnike veya kontrol noktasının mevcut olması.
6. Derece: [Yukarıdakilere ilave olarak]  
Park alanının silahsız bekçi ile korunması.
7. Derece: [Yukarıdakilere ilave olarak]  
Park alanının ağır silahlar ile bekçiler ile korunması.

Sürücünün yemek veya tuvalet molası gibi sebeplerle kısa süreliğine araçtan ayrılması, bulunduğu yerde hırsızlık riskinin yüksek olmaması ve ayrıca, alarm sistemlerinin çalıştırılması şartıyla en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâline sebep olmayabilir<sup>172</sup>. Şayet, hırsızlık riskinin yüksek olduğu bir rota üzerinde kısa süreli araçtan sürücü ayrılmış ise, araçta yeterli düzeyde alarma donanımı bulunsa ve bunlar çalıştırılrsa dahi en yüksek özen için yeterli görülmemektedir. Örneğin İngiliz hukukunda, “*Michael Galley Footwear v. Iaboni*” davasında, *Milan*'da sürücüler yemek molası için aracı

<sup>170</sup> Y. 11. HD, 13.09.2017, E. 2016/5629, K. 2017/4303 (YargıtayBB); Y. 11. HD, 18.6.2018, E. 2016/13788, K. 2018/4512 (YargıtayBB). (TTK m. 886'nın uygulandığı bu kararlar *oyçokluğu* ile alınmış olup, aynı üyenin karşı oyu bulunmaktadır.)

<sup>171</sup> Söz konusu tedbirlerden önemli bir kısmının gündeme geldiği bir karar için Y. 11. HD, 26.4.2012, E. 2012/6725, K. 2012/6929 (Eriş, s. 704, 705).

<sup>172</sup> *Clarke*, s. 235.



park edip, alarm donanımını devreye sokmuş ve sadece 32 metre uzaklıktaki restorana gitmişler; fakat araç yemek sırasında çalınmıştır. Hâkim *Hodgson*, sürücülerin makul özene uygun davrandıklarını kabul etmiş, ancak bu özenin CMR m. 17 II için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır<sup>173</sup>. Söz konusu sonuca ulaşılmadaki başat sebeplerden birinin aracın 80'li yılların ortasındaki Milan gibi hırsızlık riskinin yoğun olduğu bir yerde park etmesi oluşturmaktadır. Söz konusu örnekte, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için en azından araç sürücülerinin birinin araçta bırakılması gerekir idi. Benzer şekilde, Avusturya Yüksek Mahkemesi de, 16/3/1977 tarihli kararında yine *Milan*'da öğle yemeği ve işvereninden gelecek telefon için restorana giden ve bu şekilde 2 saat kadar aracı yalnız bırakan sürücünün en yüksek özene uygun davranmadığını kabul etmiştir<sup>174</sup>. Mahkeme'ye göre tek sürücünün kullanıldığı durumlarda, sürücünün çok önemli bir durum ortaya çıkmadığı sürece araçtan ayrılması, gerektiğinde kabin içinde soğuk da olsa yemeğini yemesi gerekir idi<sup>175</sup>.

Trafik kazası sebebiyle, sürücü kazada kusurlu olmasa dahi, aracı yol kenarında tek başına bırakamaz<sup>176</sup>. Bu durum en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâli sayılır.

İkinci sürücü veya muavin kullanılması taşıyıcı için yüksek maliyetli bir tedbirdir<sup>177</sup>. Bu açıdan, kural olarak taşıyıcının hırsızlık riskine karşı böyle bir tedbir altında olduğu söylenemez. Gelgelelim, taşıma rotasında hırsızlık riski olağan olandan yüksek ise<sup>178</sup>, taşıyıcının ikinci sürücü veya muavin kullanması en yüksek özen için başvurulacak bir tedbir olarak mahkeme içtihatlarında değerlendirilmektedir<sup>179</sup>. Bu ihtimâlde dahi, taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği sonucuna varabilmek için ikinci sürücü veya muavinin araçta bulunmasının hırsızlık olayını engellemeye elverişli bir tedbir olması şarttır. Örneğin, *Karlsruhe İstinaf Mahke-*

<sup>173</sup> “*Michael Galley Footwear v. Iaboni*”, [1982] 2 All ER 200 (nk. **Clarke**, s. 229).

<sup>174</sup> OGH, 16.3.1977, 10b533/77 (www.ris.bka.gv.at). Bu kararda, işveren ile yapılacak telefon görüşmesinin aciliyeti olmadığına da vurgu yapılmıştır.

<sup>175</sup> Bu yönde **Clarke**, s. 235.

<sup>176</sup> **Clarke**, s. 235.

<sup>177</sup> **Clarke**, s. 234.

<sup>178</sup> Bkz. yuk. V, D.

<sup>179</sup> BGH, 16.2.1984, I ZR 197/81, NJW 1984, s. 2034; BGH, 18.1.2001, I ZR 256/98, NZV 2001, s. 425; OLG München, 4.12.1996, 7 U 3479/95, TransPR 1997, s. 193; OLG München, 10.1.1997, 23 U 1628/96 (BeckRS 1997/2768); “*Silber v. Islander Trucking*”, [1985] 2 Lloyd's Rep., s. 250; Y. 11. HD, 20.4.2000, E. 2000/2114, K. 2000/3241 (KazancıİBB = **Karan**, s. 376); Y. 11. HD, 12.1.2004, E. 2003/5211, K. 2004/125 (**Karan**, s. 420).

mesi 21/12/2000 tarihli kararında, *Varşova* (Polonya) yakınlarında polis üniforması giyerek aracı durduran, araç sürücüsü üzerinde elektro şok cihazı kullanan ve onu silahla tehdit eden soygunculara karşı ikinci bir sürücünün karşı koyamayacağını, bu tür bir tedbirin ancak, örneğin güvenli görülmeyen bir yerde yapılan park sırasında hırsızlığı engellemeye uygun olduğunu isabetli olarak kabul etmiştir<sup>180</sup>.

Hırsızlığa nazaran cebir ve şiddetin kullanıldığı yağmaya karşı taşıyıcının başvurabileceği tedbirler ise daha sınırlıdır. Bununla birlikte, somut olayda eşyanın yağmalanmasına engel olmaya elverişli güvenilir tedbirlerin bulunup bulunmadığı en yüksek özen bakımından önem taşır. Alman Federal Mahkemesi 8/10/1998 tarihli kararında taşıma aracının güvenilir bir park yeri olarak limanda gecelemeşinin mümkün olmasına rağmen, gönderilenin işletmesinde yer alan park yerinde geceyi geçirmesi ve bu sırada silahlı soyguncuların yağmasına uğramasını en yüksek özen yükümlülüğünün ihlali olarak görmüştür<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> OLG Karlsruhe, 21.12.2000, 21.12.2000, BeckRS 2000/30152379.

<sup>181</sup> BHG, 8.10.1998, I-ZR 164 / 96, NJW-RR 1999, s. 541 = TranspR 1999, s. 59. Dava konusu taşımayı 10.368 kg. sigaranın, *Münih*'ten *Korsika*'ya taşınarak bir kısmının gönderilenin *Bastia*'daki şubesine, diğer kısmının ise *Ajaccio*'daki şubesine teslim edilmesi oluşturmaktadır. Söz konusu taşımayı üstlenen kişi, iki araç sürücünün kullandığı taşımanın yerine getirilmesi için davalı ile anlaşmıştır. Sürücüler, 11 Mart 1993'te sabah saat 10.00'da, İtalya / *Livorno*'dan *Bastia*'ya feribotla geçtiler. *Bastia*'ya ulaşmaları üzerine, aracın römorkunu sökerek, gönderilenin şubesinde bıraktılar ve çekici ile taşımaya devam ederek, *Ajaccio*'ya saat 19.30'a karşı ulaştılar. Ne var ki, gönderilenin işletmesi oraya ulaştıklarında kapanmıştır. Dolayısıyla eşyanın boşaltılması mümkün olmamış ve sürücüler geceyi orada geçirmek için taşıma aracını, gönderilen firmanın ışıklandırması bulunan park yerine çekmiştir. Çekicinin motoru kapandıktan kısa bir süre sonra, otomatik tabancalı ve av tüfekli kişiler binek bir otomobil ile baskın yaparak, sürücülerini çekicinin içinde bağlar. Daha sonra ise soyguncular, sürücülerle birlikte çekiciyi *Bastia*'ya yakın bir yerde bırakarak, çekicide taşınan (113.078,07-DM değerindeki) 4.320 kg. sigarayı çalmışlardır.

Konumuz açısından, *Münih* İstinaf Mahkemesi, taşıma aracının gönderilenin park yerinde geceyi geçirmesi yerine, *Bastia* limanındaki taşıyıcılar tarafından kullanılan park yerinde geçirmesinin daha güvenli bir tedbir olup olmadığını yargılama konusu yapmıştır. Mahkeme aracın limana park edilmesinin somut olayda *daha yüksek bir güvenlik sağlayamayacağı* sonucuna ulaşarak, CMR m. 17 II'ye göre taşıyıcının sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Alman Federal Mahkemesi ise, İstinaf Mahkemesi'nin bu görüşünü somut olayın özelliklerine uygun görmemiştir. Yargılama sırasında elde edilen delillerin değerlendirilmesi sonucunda Federal Mahkeme *Bastia* limanında aracın geceyi geçirmesinin alınması mümkün *daha güvenilir bir tedbir* olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin bu kararında özellikle şu delil durumu belirleyici olmuştur: *Bastia* limanında *survey* hizmeti veren şirketinin raporunda, faaliyette buldukları yıllar içerisinde limanda hırsızlık kaynaklı zararın meydana gelmediği belirtilmiş; bu cevap liman başkanlığı tarafından da teyit edilmiştir. Dosya içerisindeki eksper

Taşıyıcı özellikle Şu tedbirleri alarak en yüksek özeni göstermek suretiyle eşyanın yağmaya uğramasını önleyebilir: Başka bir taşıma güzergahı seçilmesi<sup>182</sup>, korunaklı park yerleri dışında aracın konaklanmasına izin verilmemesi<sup>183</sup>, taşıma işletmesinin faaliyetlerinden yabancı kişilerin uzak tutulması<sup>184</sup>, çalışanlardan kaynaklanan risklerinin azaltılması (takım çalışmasında rotasyona gidilmesi, eşyanın değeri ve cinsi konusunda sınırlı çalışanın bilgi sahibi kılınması gibi), araç takip sisteminin kurulması ve yüksek değerli eşyalar için özel olarak takip cihazı kullanılması<sup>185</sup>.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 2/4/2013 tarihli kararında, güvenli şekilde park etmeyen bir araçtan, sürücünün uyuduğu sırada başlanan hırsızlık olayı ihbar üzerine polis tarafından kontrol altına alınmış; ancak sürücünün ifadesinin alınması için polis merkezine gidildiği sırada, araç ve soyguncuların başından bırakılan polisin elinden araç kaçırılmıştır. Bu olayda, İhtisas Dairesi taşıyıcının kusurunun bulunmaması sebebiyle sorumlu olmayacağına karar vermiştir<sup>186</sup>. Bu olayda taşıma aracı güvenli şekilde konak-

raporunda yer alan liman kaptanının beyanları göre ise, liman alanının geceyi geçirmek bakımından görece daha güvenli bir yer olup, son geminin ulaşmasından itibaren *liman girişi kapanmaktadır*. Ayrıca liman alanı ticaret odası adına vardiyalı olarak beş güvenlik görevlisi tarafından korunduğu da belirlenmiştir.

<sup>182</sup> Belirli bir taşıma güzergahı üzerinde terör grupları veya iç karışıklık ya da savaŐtan faydalanan çetelerin faaliyette bulunduğu biliniyor ise, taşıyıcının alternatif yolları kullanması gerekir.

<sup>183</sup> Y. 11. HD, 4.3.2013, E. 2012/3690, K. 2013/3901 (KazancıİBB): “[M]ahkemece aracın gasp edildiği ileri sürülen tır parkının güvenli bir park olup olmadığı hususu üzerinde durulup güvenli değil ise, taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağı, ancak güvenli bir park olması halinde sorumlu tutulamayacağı nazara alınarak bu şekilde bir araştırma ve inceleme yapıp sonucuna göre hüküm kurmak gerekirken eksik inceleme ile (...) hüküm tesisi bozmayı gerektirmiŐtir”.

<sup>184</sup> EŞyanın antrepodan silahlı soyguncular tarafından yağmalanmasının taşıyıcı için kaçınılmaz bir olay olduğu konusunda ise bkz. LG Frankfurt, TranspR 2001, s. 394; **Herber/MüKo**, § 426, N. 8. Ancak eşyanın silahlı bir soyguna sebebiyle zayi olması tek başına taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir. EŞyanın kolluk kuvvetleri tarafından geri alınabilmesi için diğer önlemlerin alınıp alınmadığı da en yüksek özen de incelenecektir. Örneğin, video kamera kayıt sistemi kurulmamış ise (ki, bu faillerin kimliklerinin tespitinde önem taşır) veya deponun basılması sırasında polis güçlerine haber verecek sessiz alarm mevcut değil ise en yüksek özenin gerçekteŐmediđi söylenebilir. Ayrıca bkz. **Koller**, § 426, N. 13, dn. 71.

<sup>185</sup> Yağmaya uğrayan eşyanın geri alınabilmesi için kanaatimizce *çok yüksek değerli eşyalar için yağma riskinin yoğun olduğu* rotalar üzerindeki taşımalarda takip cihazlarının kullanılması da en yüksek özen bakımından gerekli bir tedbir teşkil edebilir. Zira eşyanın ambalağı içine saklanmış (GPS teknolojisine sahip) bu cihazlar ile soyguncuların elinde bulunan eşyanın yerinin tespit edilmesi kolaylıkla sağlanabilir.

<sup>186</sup> Y. 11. HD, 2.4.2013, E. 2011/4592, K. 2013/6596 (KazancıİBB).

lama yapmadığı için taşıyıcının kusurunun bulunmadığı söylenemez; beri yandan, emniyet teşkilatının (*üçüncü kişinin*) ağır kusuru sebebiyle illiyet bağının kesildiği kanaatindeyiz.

Eşyanın silahlı soyguncular tarafından çalınmasına karşı özel güvenlik hizmeti alınması etkili bir tedbir teşkil etmekle birlikte, özel bir anlaşma söz konusu değil ise, bu tedbirin kullanılması en yüksek özen borcunun ifasında taşıyıcıdan beklenemez<sup>187</sup>.

## B. Grev ve İş Bırakma

Alman ve İsviçre-Türk hukukundaki hâkim görüş uyarınca, kanuni grev işveren sıfatını haiz borçlunun, grev sebebiyle ifa edilemeyen borçlar sebebiyle sözleşmesel sorumluluğuna (BK m. 116; BGB § 278) sebep olmaz<sup>188</sup>. İş mücadelesindeki denge ilkesi uyarınca grev boyunca başka işçi istihdam etmesi yasak olan işverenin sözleşmesel sorumluluğunun doğmaması beklenir<sup>189</sup>. Dolayısıyla taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğü sebebiyle mevcut bir kanuni greve karşı alması gereken bir tedbirden kural olarak söz edilemez<sup>190</sup>. Aynı sonuç, taşıyıcının alt yüklenicilerinin işletmelerindeki kanuni grevler için de geçerlidir<sup>191</sup>. Ancak, öğretide taşıyıcının özen yükümlülüğünün kapsamına yaklaşmakta olan bir iş mücadelesi sürecine karşı tedbirler alması gerektiği de belirtilmektedir<sup>192</sup>.

<sup>187</sup> BHG, 8.10.1998, I-ZR 164 / 96, TranspR 1999, s. 59.

<sup>188</sup> Şenocak, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 164 ve 165, dn. 373; Koller, § 426, N. 5.

<sup>189</sup> Şenocak, s. 165, dn. 373.

<sup>190</sup> Bu halde taşıyıcının HGB § 428'e göre sorumluluğunun doğmayacağı yönünde Herber/MüKo, § 426, N. 20; Kirchhof (BeckOK HGB), § 426, N. 1. [e]TTK m. 781'e dair eski bir kararında 11'inci Hukuk Dairesi, kanuni grevin mücbir sebep teşkil etmeyeceğini belirterek şunları kabul etmiştir: "[M]ahkemece grevin niteliği araştırılmalı, ayrıca grev kararını ne kadar bir süre önce alınmış olduğu soruşturularak davalı işletmenin önceden grev kararını bilmesine rağmen dava konusu gül gibi çabucak bozulacak bir malın taşıma işinin yüklenmemesi gerektiği üzerinde durulmaksızın davanın reddi cihetine gidilmesi isabetsiz ve davacıların temyiz itirazı yerindedir (Y. 11. HD, 3.12.1979, E. 1979/5533, K. 1979/5488 [Karan, s. 357, 358])". Grevin kanuni olması durumunda taşıyıcının sorumluluğu ortaya çıkmayacağı için söz konusu karara katılmıyoruz. Ancak, kanun dışı olup, mücbir sebep niteliğinde görülmeyen grevler bakımından karardaki görüşler kabul edilebilir.

<sup>191</sup> Koller, § 426, N. 5; Paschke (Oetker), § 426 HGB, N. 19.

<sup>192</sup> Paschke (Oetker), § 426 HGB, N. 19. Örneğin, alt taşıyıcılara veya diğer alt yüklenicilere grev ilân edilmeden önce işgörmeye edimlerinin tevdi edilmesi somut olayın özelliklerine göre alınması gereken bir tedbir olarak görülebilir.

Kanun dışı grevde ise durum farklıdır. Bu nitelikteki bir toplu eylem, mücbir sebep niteliğinde değil ise<sup>193</sup>, taşıyıcıdan somut olayın özelliklerine göre alternatifleri değerlendirerek bazı tedbirleri alması en yüksek özenin gösterilmesi için beklenebilir<sup>194</sup>. Kanuni greve katılan işçiler yerine işçi istihdam edilmesi, taşıma taahhüdünün ifası için alt taşıyıcılar ya da alt yükleniciler kullanılması bu tür tedbirlere örnek teşkil edebilir<sup>195</sup>. İşçiler ödemelik defininin bir görünüm şekli olarak işçilik alacaklarını almadıkları için iş bırakma eyleminde bulunmuşlar ise, bu hâlde taşıyıcı özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır.

### C. Karayolu Trafiki Engelleri ve Trafik Kazaları

Trafik kazalarında en yüksek özeninin gösterilip gösterilmediği değerlendirilirken, öncelikle taşıyıcının trafik kurallarına tam olarak uygun davranması şarttır<sup>196</sup>. Araç sürücüsünün kusurlu davranışı kazaya sebep olmuş ya da en azından illiyet bağını oluşturan sebeplerden birini teşkil ediyorsa en yüksek özenden söz edilemez<sup>197</sup>. Bu itibarla, sisli havada 80 kilometre ile yol almak dahi özen yükümlülüğünün ihlâl anlamına gelebilir<sup>198</sup>. Diğer yandan, taşıyıcı yükleme ve istif durumunun aracın dengesini bozup bozmayacağı her yönüyle denetlenmelidir<sup>199</sup>. Yoldaki bozuklukların, her türlü buzlanmanın, fırtına sebebiyle yola ağaç gövdesinin veya parçalarının düşmesinin, ani sağanakta yolun takip edilmesinin ve benzerinin ortaya koyduğu kaza risklerine karşı taşıyıcının tedbirleri alması gerekir<sup>200</sup>.

<sup>193</sup> Siyasi ve genel grevin mücbir sebep teşkil edebilmesi konusunda **Eren**, 582.

<sup>194</sup> Bu yönde **Koller**, § 426, N. 5; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 6; **Merk** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>195</sup> İşletmesinde kanun dışı greve gidilen alt yükleniciden işgörme ediminin alınarak, başka bir alt yüklenici ile anlaşılması en yüksek özen konusunda alınabilecek tedbirlerden biri olduğu yönünde **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 6.

<sup>196</sup> BGH, 10.4.2003, I ZR 228/00, N. 14 (Wolters-Kluwer); **Herber/MüKo**, § 426, N. 17.

<sup>197</sup> BGH, 10.4.2003, I ZR 228/00, N. 14 (Wolters-Kluwer); **Herber/MüKo**, § 426, N. 17. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi de, taşıyıcının "KTK'nın 52/b maddesindeki; hızlarını, kullandıkları aracın yük ve teknik özelliğine, görüş, yol, hava ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara uydurmak kuralını ihlâl ettiği, düşük bankete giriş istikametini değiştirmedeği ve mıcır kaplama alanını ihlâl ettiği tespitine" dayanarak gerçekteşen trafik kazası bakımından TTK m. 876 uyarınca önlenemez bir durumun bulunmadığını kabul etmiştir (Y. 11. HD, 25.4.2016, E. 2015/14274, K. 2016/4570, KazancıBB).

<sup>198</sup> LG Bonn, 20.11.2001 (nk. **Herber/MüKo**, § 426, N. 17, dn. 35).

<sup>199</sup> Aracın dengesizliğinden kaynaklanan sebeplerin kaçınılmaz olmadığı konusunda **Koller**, § 426, N. 15; **Herber/MüKo**, § 426, N. 19.

<sup>200</sup> Bu sebeplerin kaçınılmaz nitelikte olmadığı konusunda **Koller**, § 426, N. 15.

Karşı şeritten kayarak gelen arabayla çarpışmak suretiyle kaza meydana gelmiş ise taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğünü ihlâl etmediği (genel olarak) kabul edilmelidir<sup>201</sup>. Aynı sonuç hız sınırlarına ve takip mesafesine uyulduğu, öndeki aracın aniden durmasına dayalı arkadan çarpmalar için de geçerlidir<sup>202</sup>. Azami yükseklik uyarılarının yer aldığı viyadük köprülerinin altından geçişlerde ise, en yüksek özenin gösterilip gösterilmediği bazı hâllerde özellik taşır. Örneğin, uyarılan azami yükseklik ile viyadüğün fiili yüksekliğinin örtüşmediği hâllerde<sup>203</sup>, araç geçişi sırasında uyarılan yüksekliğe güvenilmesi sebebiyle meydana gelen kazalarda taşıyıcının özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği kanaatimizce kural olarak söylenemez. Alman hukukunda *Celle İstinaf Mahkemesi*'nin 7/9/2000 tarihli ve 11 U 145/97 sayılı kararında ise, gabari dışı özel olarak taşınan yatın köprü'nün altından çıkarken köşesine çarpması en yüksek özen açısından somut olayın ilgi çekici özelliklerine bağlı olarak tartışılmıştır<sup>204</sup>. Karara konu olayda, alçak römork ile taşınan yat ilk önce Britanya'dan Fransa'ya feribot ile geçmiştir. Yatın Fransa'da karayoluyla eskortlu olarak gabari dışı taşınması için yetkili idareye başvurulmuştur. 9/11/1993 tarihli izin belgesiyle yatın taşınacağı güzergah idare tarafından tayin edilmiş ve yol üzerindeki taşıma yüksekliğinin azami 4,70 metre olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu taşımaya Fransız motorlu polisleri tarafından eskort hizmeti verilmiştir. Tazminat davasında, davacı alçak treyler üzerindeki yatın boyunun asgari 4,79 azami ise 4,87 metre olduğunu, davalı ise kendisine feribotla yapılan taşıma sırasındaki ölçümlere göre 4,65 metre olduğu bilgisinin verildiğini iddia etmiştir. Yerel Mahkeme (*LG Lüneburg*), taşıma güzergahının yetkili Fransız idaresi tarafından belirlenmesine karşın, yatın köprü altından güvenli bir şekilde geçip geçemeyeceğini kontrol etmesi gerektiğini belirterek somut olayda özen yükümlülüğünün ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>205</sup>. İstinaf yargılaması sırasında ise, yatın en yüksek noktası esas alındığında boyunun 4,72 olduğu kanaatine

<sup>201</sup> **Koller**, § 426, N. 15.

<sup>202</sup> **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 114; **Kirchhof** (BeckOK HGB), § 426 HGB, 5. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında, arkadan çarpma sebebiyle gerçekleşen trafik kazasında, taşıyıcının ihlâl ettiği bir trafik kuralının da bulunmadığını gerekçe göstererek somut olayda en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır (Y. 11. HD, 13.03.2019, E. 2017/5346, K. 2019/2105 [YargıtayBB]). Başka bir aracın römorkunun savrularak taşıyıcının aracına çarpmasında taşıyıcının CMR m. 17 II uyarınca sorumlu olmadığı yönünde bkz. Y. 11. HD, 7.12.2009, E. 2008/8035, K. 2009/12507 (KazancıBB).

<sup>203</sup> Eski asfalt sökülmeden üzerine yeni asfaltın dökülmesi örneğinde olduğu gibi.

<sup>204</sup> Karar için bkz. Wolters-Kluwer.

<sup>205</sup> OLG Celle, 7.9.2000, 11 U 145/97, N. 14 (Wolters-Kluwer).

ulaşlmıştır. *Celle İstinaf Mahkemesi*, Yerel Mahkeme'nin görüşünün aksine, somut olayda taşıyıcının güzergah üzerindeki bütün köprü yüksekliklerini kontrol etme konusunda ne yükümlülüğe ne de böyle bir konuma sahip olduğunu kabul etmiştir<sup>206</sup>. Ayrıca mahkemeye göre, Fransız idaresi tarafından verilen izinde yer alan köprü yükseklik uyarısı ile yatın en yüksek noktasına göre boyu arasındaki sadece 2 cm.'lik fark da bu sonuç üzerinde etkili değildir; çünkü, somut olayda taşınan yat köprü'nün girişinden geçmiş, ancak çıkışın tamamlanması sırasında köprü'nün köşesinde çarpışma meydana gelmiştir. Bu itibarla, yatın ağırlığına bağlı olarak 2 cm.'lik farkın geçişi engelleyip engellemeyeceği tartışmasının öneminin bulunmadığına karar verilmiştir. Ayrıca öğretinin de, mahkeme tarafından ulaşılan sonucu teyit ettiği görülmektedir<sup>207</sup>.

Taşıyıcı ortaya çıkma ihtimali bulunan trafik engellerinden kaçınmak zorundadır<sup>208</sup>. Trafik engelleri konusundaki bilgi kaynaklarını (trafik radyoları, taşıyıcı birliklerinin bültenleri, navigasyon araçları veya uygulamaları) yakından takip etmeli ve bunları düzenli olarak dikkate alarak, kendisine yeni rotalar seçmeli veya taşıma ifasını buna göre düzenlemelidir<sup>209</sup>. Aynı şekilde hava durumu konusunda meteoroloji merkezlerinin yayımladığı raporlar dikkate alınmalıdır. Sadece rota seçiminde değil, hava durumunun izlenecek yol için gerekli kıldığı tedbirleri de buna göre almalıdır<sup>210</sup>.

#### D. Yangın

Yangın taşıma aracındaki bir arızadan meydana gelmişse TTK m. 877 uygulama alanı bulacaktır. Taşıma aracında kundakçılık dışında çıkan yangının, ilk görünüş olarak araçtaki teknik bir arızadan meydana geldiği de kabul edilmelidir. Tamamen *dışsal* bir sebepten ötürü araçta yangın çıkmış ise, örneğin hava filtresine dışarıdan kor parçası girmesinde olduğu gibi<sup>211</sup>, yangının ortaya çıkışı açısından en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâl

<sup>206</sup> OLG Celle, 7.9.2000, 11 U 145/97, N. 32 (Wolters-Kluwer).

<sup>207</sup> **Koller**, § 426, N. 15, dn. 79; **Herber/MüKo**, § 426, N. 19, dn. 36.

<sup>208</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 17.

<sup>209</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 17; benzer şekilde **Schaffert/EBJS**, § 426 HGB, N. 13; **Kirchhof** (BeckOK HGB), § 426 HGB, 4; **Merkt** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>210</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 17; **Merkt** (Baumbach/Hopt), § 426, N. 2.

<sup>211</sup> Yanan sigaranın hava filtresine girerek içerisinde dolanmasına karşı taşıyıcının başvurabileceği bir tedbirin bulunmadığı yönünde OLG Brandenburg, 21.07.2004, 7 U 189 / 02, N. 2 1 a (BeckRS 2010 / 4482). Mahkeme bu tespitle bulunurken olağan bir hava filtresi tasarımıyla birlikte, sigara gibi boyutu sebebiyle fark edilmesi mümkün olmayan ateş kaynaklarını esas almıştır.

edildiği söylenemez<sup>212</sup>. Fakat bu hâlde dahi, yangının etkileri bakımından taşıyıcının gerekli tedbirleri alıp almadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Şayet, yangın kaynağı seyir hâlinde fark edilebilecek türden ise, bu hâlde taşıyıcının eşyanın yangından etkilenip etkilenmediğini vakit kaybetmeksizin incelemesi en yüksek özen sebebiyle zorunluluk teşkil eder. Örneğin, pamuk yüklü kamyon etrafındaki anızların yakıldığı bir yoldan geçtiğinde bu türden önlemleri alması lâzımdır<sup>213</sup>.

Şu da var ki, en yüksek özene uygun davranılması için taşıma aracının yangınla ilgili tehlike kaynağına yakın bir yere park etmemesi gerekir<sup>214</sup>. Kundaklama sebebiyle çıkan yangınlarda, hırsızlık da olduğu gibi, taşıyıcının gerekli güvenlik tedbirlerini alıp almadığı üzerinde durulmalıdır<sup>215</sup>. Dolayısıyla, taşıma aracı korunmayan bir yerde park hâlindeyken kundaklanırsa, en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâl edildiği sonucuna ulaşılabılır. Irak ve Suriye gibi iç karışıklıkların mevcut olduğu yerlerde ise, aracın saldırıya uğramaması için yerel plaka taşıması da alınması gereken güvenlik tedbirlerinden biri olarak karşımıza çıkabilir<sup>216</sup>.

### E. Eşyanın Yetkisiz Üçüncü Kişiyeye Teslim Edilmesi

Eşyanın varma yerinde gönderilen veya onun temsilcisi olmayan üçüncü bir kişiyeye *geri alınamayacak şekilde* teslim edilmesi tam zıya niteli-

<sup>212</sup> **Herber/MüKo**, § 426, N. 10; **Kirchhof** (BeckOK HGB), § 426, 6.

<sup>213</sup> Bu sebeple meydana gelen eşya zararında en yüksek özenin (TTK m. 876) tartışıldığı karar için bkz. Y. 11. HD, [...]2/2019, E. 2017/4471, K. 2019/1326 (YargıtayBB = KazancıİBB).

<sup>214</sup> **Koller**, § 426, N. 7; **Herber/MüKo**, § 426, N. 10; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 7; **Paschke** (Oetker), § 426, N. 12; **Kirchhof** (BeckOK HGB), § 426, N. 6. Alman Federal Mahkemesi'nin 5/6/1981 tarihli kararına konu olan olayda, alt taşıyıcının sürücüsü elektronik cihazdan oluşan eşyayı teslim aldıktan sonra, taşıma aracını kendisine ait konutun yakınındaki halka açık yola akşam vaktinde park etmiştir; ertesi günün gecesinde ise, aracın römorku ateşe verilmiş ve eşyanın bir kısmı zayı olmuştur. Federal Mahkeme, taşıma aracının kapalı bir alan yerine, yerleşim bölgesindeki bir yol üzerinde güvensiz bir şekilde park edilmesini özen yükümlülüğünün ihlâli olarak görmüş ve yangın sebebiyle taşıyıcının sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermiştir (BGH, 5.6.1981, I ZR 92/79, BeckRS 1981 / 30399769).

<sup>215</sup> **Herber**, § 426, N. 10; benzer şekilde **Merkt** (Baumbach/Hopt), HGB § 426, N. 2. **Düsseldorf İstinaf Mahkemesi** 12/1/1984 tarihli kararında, başka taşıma araçlarının da bulunduğu, ancak korunaksız olan bir park yerinde, içerisindeki sürücünün uyku hâlindeyken meydana gelen kundaklamada en yüksek özen yükümlülüğünün ihlâl edildiğine isabetli olarak karar vermiştir (OLG Düsseldorf, 12.1.1984, 18 U 151/83, TranspR 1984, s. 102). Demiryolunun sorumluluğu açısından, boş bir tren garında kilitlenmemiş vagonun ateşe verilmesinde aynı şekilde **Schaffert/EBJS**, § 426 HGB, N. 7 (dn. 31).

<sup>216</sup> Krş. Y. 11. HD, 1.2.2008, E. 2006/13351, K. 2008/930 (KazancıİBB = **Karan**, s. 481).



ğindeki eşya zararı olarak görülür<sup>217</sup> ve bu yüzden taşıyıcının eşyaya özen borcunun ihlâlinden ötürü sorumluluğu ortaya çıkar. Taşıyıcı, varma yerinde muhatap olduğu kişinin eşyanın teslimi konusunda yetkili olduğunu akla gelen ve uygulanması mümkün tedbirler ile güvenilir bir şekilde tespit etmelidir<sup>218</sup>. Somut olayın özelliklerine göre, *şüpheli bir şekilde* kimlik kontrolünde bulunmak<sup>219</sup>, gönderilenin temsili söz konusu ise, temsil belgelerini veya böyle bir belge düzenlenmemiş ise, temsil yetkisini gösteren vakıaları (hayat tecrübesi kurallarına göre) yine şüpheli elden bırakmadan incelemek taşıyıcının en yüksek özen için yerine getirmesi gereken başlıca tedbirlerdir. Teslim konusunda muhatap alınan kişinin ibraz ettiği belgelerin sahteliği riskine karşı da taşıyıcı tedbirli davranmalıdır. Dolayısıyla bu belgelerin sahte olması tek başına taşıyıcı için kaçınılmaz sebep teşkil etmez. Sahte belgenin gerçeğine olan benzerliğinin çok yüksek dereceye varmadığı hâllerde en yüksek özene uygun hareket edildiği söylenemez. Şunu da kabul etmek gerekir ki, eşyanın teslim edildiği kişinin gönderilenin konutunda veya işyerinde bulunması da tek başına yeterli değildir<sup>220</sup>. Eşyanın teslim

<sup>217</sup> BGH, 13.7.2000, I ZR 156/98, N. 18 (Wolters-Kluwer); OLG Oldenburg, 11.10.2001, 8 U 112/01 (BeckRS 2010/4345); Koller, § 425, N. 7.

<sup>218</sup> Koller, § 426, N. 8a; Herber/MüKo, § 426, N. 21; Schaffert/EBJS, § 426, N. 10; Paschke (Oetker), § 426, N. 16; OLG Stuttgart, 13.10.1999, 3 U 176/96, N. 36 (Wolters-Kluwer); taşıyıcının gerçek gönderilen ile iletişim kurduğundan emin olması gerektiği yönünde OLG Hamburg, 30.11.1995, 6 U 104 / 95, N. 18 (BeckRS 1995 / 10029).

<sup>219</sup> Koller, HGB § 426, N. 8a; Schaffert/EBJS, § 426, N. 10; Paschke (Oetker), § 426, N. 16; OLG Hamburg, 28.7.1999, 6 U 32 / 99, N. 23 (Wolters-Kluwer). CMR'ye tâbi taşımayı konu alan bu kararda, araç sürücüsünün eşyayı teslim edeceği kişinin gönderilenin işçisi olup olmadığını tam olarak denetlemesi gerektiği, somut olayda olduğu gibi, sadece firma kimliğinin incelenmesinin yeterli olmayacağı ve sonuç olarak taşıyıcının en yüksek özeni gösterme yükümlülüğünü ihlâl ettiği isabetli olarak kabul edilmiştir.

<sup>220</sup> Herber/MüKo, § 426, N. 21; Schaffert/EBJS, § 426, N. 10; OLG Stuttgart, 13.10.1999, 3 U 176/96, N. 34 (Wolters-Kluwer). Karara konu olan olayda, gönderilenin adresi, birçok başka firmanın da faaliyette bulunduğu büyük bir taşınmazda yer almaktadır. Eşya bu taşınmazın bulunduğu yere getirilmiş ve davalı taşıyıcının iddiasına göre, gönderilenin görünüşteki temsilcisine mühür karşılığında teslim edilmiştir. Ancak somut olayda, eşyanın teslim edildiği kişinin gönderilenin görünüşteki temsilcisi olduğu ispat edilememiştir. Mahkemeye göre, temsil edilenin görünüşteki temsilcinin davranışlarını öngörme ve bunları önleme konusundaki özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir ki, somut olayda bu yönde bir vakıa yer almamaktadır. Taşıma senedinin üçüncü nüshasında baskısı yer alan mühürün gönderilene ait olmadığı anlaşılış ve mühürün baskısında bir firma adı yerine, sadece sıralı faaliyet alanlarının (= "Üretim-Hizmet-Ticaret İşletmesi") yer aldığı görülmüştür. Bunlara ek olarak, sürücüsü firma kimliğini dahi kontrol etmeden eşyayı teslim etmiştir.

edileceği yerin gönderen tarafından yanlış bildirilmesi, mutlaka yetkisiz üçüncü kişiye teslimin kaçınılmaz olduğu sonucunu da doğurmaz<sup>221</sup>. Anılan hâlde, bir teslim engeli (TTK m. 869) olduğu için gönderenden alınacak talimata göre taşıyıcı hareket etmelidir. Taşıyıcının eşyanın teslimi için muhatap olduğu kişinin gönderilen veya gönderilenin temsilcisi olduğu konusunda bir şüpheye düşmesi durumunda bu konuda bilgi sahibi olanlara<sup>222</sup> danışmasının gerektiği öğretide kabul edilmektedir<sup>223</sup>.

### F. Eşyanın İslanması

Eşyanın küflenmesi veya paslanması gibi su ile temastan kaynaklanan *ıslanma zararlarının* (“*Nässeschäden*”) ortaya çıktığı durumlarda, TTK m. 877 I (a)’ya giren bir taşıma söz konusu değil ise ve ıslaklığın etkisi tamamen öngörülemez ya da ancak mantıksız çabalar yoluyla engellenebilecek sebeplere dayanmıyorsa, taşıyıcının en yüksek özeni gösterme yükümlülüğünü ihlâl ettiği söylenebilir<sup>224</sup>. Taşıyıcı, özellikle, aracın tentesinin gerginliğini, tentenin sert hava koşullarına dahi karşı koyabileceğini<sup>225</sup>; kendisi tarafından tedarik edilen konteynerin<sup>226</sup> su geçirmez olduğunu denetleme konusunda özen yükümlülüğü altındadır.

### G. Yüklemenin Gereği Gibi Yapılmaması

Sözleşme, durumun gereği veya ticari teamül uyarınca, eşyanın taşıma aracına yüklenmesinden (araca eşyanın koyulması, istiflenmesi, bağlanması ve sabitlenmesi) ötürü taşıyıcı yükümlülük altında bulunabilir<sup>227</sup>. Bu ihti-

<sup>221</sup> OLG Bamberg, 16.02.2005, 3 U 125 / 04 (BeckRS 2005 / 30351232); **Herber/MüKo**, § 426, N. 21; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 10.

<sup>222</sup> Örneğin gönderen, gönderilenin organları veya yetkisinden emin olduğu diğer temsilcileri.

<sup>223</sup> OLG Hamburg, 28.7.1999, 6 U 32 / 99, N. 23 (Wolters-Kluwer); **Koller**, § 426, N. 8a; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 10.

<sup>224</sup> **Koller**, § 426, N. 12.

<sup>225</sup> Tente konusundaki tespitler için **Koller**, § 426, N. 12.

<sup>226</sup> Kamyon ya da treylere bağlı kapalı kasadaki yıpranma veya delikler hakkında ise TTK m. 877 uygulama alanı bulur. Zira bu hâlde taşıma aracındaki fonksiyonel bir eksiklik söz konusu olup bu durum anılan maddedeki arıza kavramı içinde yer almaktadır. Konteyner ise TTK m. 877 açısından taşıma aracı niteliğinde değildir (TTK m. 877’nin kaynağını oluşturan CMR m. 17 III açısından bu yönde **Koller**, Art 17 CMR, N. 34 [dn. 353]). **Clarke** (s. 244) göre, genel amaçlı bir konteyner ne taşıma aracının bir parçasıdır ne de CMR m. 18 IV’te sayılan özel donanımlardan biridir, *kendine özgü* (sui generis) bir taşıma birleşendir.

<sup>227</sup> Bkz. TTK m. 863 I 1’in karşı kavramı.

mâlde, taşıyıcı eşyayı “taşıma güvenliği”ne<sup>228</sup> uygun olarak yüklemek için en yüksek özeni göstermek zorundadır<sup>229</sup>. Eşyanın taşıma güvenliğine uygun bir biçimde yüklenip yüklenmemesi ise, teknik bir konudur; bu hususta taşıma sektöründe uygulanan mühendislik biliminin ortaya koyduğu kurallar caridir. Örneğin, Uluslararası Karayolu Taşıma Birliği (IRU), tarafından yayımlanan “Karayolu Taşımada Güvenli Yükleme Emniyetine Dair Uluslararası Klavuz”dan<sup>230</sup> bu mevzuda istifade etmek mümkündür<sup>231</sup>. Yükleme güvenliğine dair teknik kuralların ihlâl edilmesi hâlinde ise, taşıyıcının en yüksek özeninden söz edilemeyeceği şüphe götürmez. Taşıyıcı özellikle ani frene, ani manevralara, kötü yol durumuna, virajı alırken oluşan merkezkaç kuvvetine, brandada oluşan neme, olağan şerit değiştirmeye karşı yüklemenin güvenilir olduğuna özen göstermelidir<sup>232</sup>. Fakat kaza durumunda dahi yükleme durumunun eşyayı koruyabilmesi taşıyıcıdan beklenmez<sup>233</sup>.

Eşyanın yüklenmesi konusundaki yükümlülüğün gönderene (TTK m. 863 I 1) ait olduğu durumlarda, taşıyıcının eşyanın taşıma güvenliğini kontrol etme yükümlülüğü kural olarak yoktur<sup>234</sup>. Zira taşıyıcının eşyanın nitelikleri konusunda uzman bir kişi (“*Warenfachmann*”) olduğu söylenebilir<sup>235</sup>. Taşıyıcının uzmanlığı eşyanın kendisinden ziyade, onu taşıyacak olan taşıma araçlarıyla ilgilidir<sup>236</sup>. Buna karşılık, taşıyıcı yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığını fark etmiş veya ayrıca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın bu durum kolaylıkla fark edilebilecek nitelikte ise, göndereni uyarıda bulunma yükümlülüğü altında olduğu öğretilerde ve yargı kararlarında

<sup>228</sup> “*Beförderungssicherheit*”.

<sup>229</sup> Eşyaya özen gösterme yükümlülüğü kapsamında (TTK m. 875 I) eşyanın yüklenmesiyle ilgili edimlerin ifasında en yüksek özen kuralı (TTK m. 876) uygulama alanı bulacaktır.

<sup>230</sup> “*International Guidelines on Safe Load Securing for Road Transport*”.

<sup>231</sup> şunu belirtelim ki, Türk taşıma sektörünün gelişmesi için Türk Standartları Enstitüsü veya bir meslek odası bünyesinde yükleme güvenliğine dair kuralların tespit edilerek bu hususta ulusal standartlaşmanın sağlanması ihtiyac vardır. Bu konuda “Alman Mühendisler Derneği” (“*Verein Deutscher Ingenieure*” = VDI) tarafından yayımlanan yükleme güvenliğine dair çeşitli klavuzlar bulunduğunu belirtelim (<https://www.vdi.de/richtlinien> [e.t. 1.11.2019]).

<sup>232</sup> Gönderenin yükümlülüğü açısından bu yönde **Koller**, § 412, N. 5.

<sup>233</sup> Bu yönde **Koller**, § 412, N. 5 (dn. 27). Taşıyıcının trafik kazasının meydana gelmemesi için özen yükümlülüğü altında olduğu kuşkusuzdur. Fakat, belirttiğimiz gibi, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmasında kaza başlı başına karşı konulacak bir risk olarak ele alınmamaktadır.

<sup>234</sup> **Koller**, § 412, N. 20.

<sup>235</sup> **Koller**, § 412, N. 20.

<sup>236</sup> Ayrıca bkz. **Arkan**, s. 123.

kabul edilmektedir<sup>237</sup>. Uyarıda bulunma yükümlülüğünün kaynağını ise, “dürüstlük kuralı” (MK m. 2, BGB § 242) oluşturmaktadır.

Eşyanın yüklenmesi konusundaki yükümlülük gönderene (TTK m. 863 I 1) ait olduğu durumlarda dahi, taşıyıcı yüklemenin “işletme güvenliği”ne<sup>238</sup> uygun olmasını sağlamak zorundadır (TTK m. 863 I 2). Eşyaya özen borcu ile eşyanın zamanında teslim borcundan doğan sorumluluk (TTK m. 875 I) açısından, taşıyıcının yüklemenin işletme güvenliğine uygunluğunu sağlama yükümlülüğünde yine en yüksek özen kuralı geçerlidir<sup>239</sup>. İşletme güvenliği en genel anlamıyla itibariyle eşyanın *idari nitelikteki* trafik/taşıma kural-larına uygun bir biçimde taşınmasını ifade eder<sup>240</sup>. Bu çerçevede, taşıyıcı, üstlenilen yolculuğu göz önünde tutarak, yükleme durumuna göre aracın taşıma sırasındaki her türlü yol durumuna gereği gibi karşı koyup koyama-yacağı konusunda özen yükümlülüğü altındadır<sup>241</sup>. Buna göre, taşıma aracına yüklenen eşyanın özellikle aracın dengesini veya durma kabiliyetini bozma-ması gerekir<sup>242</sup>. Eşyanın taşıma aracından düşmemesi için taşıma aracı ge-reği gibi işletilmeli, taşıma sınırı ve gabariye dair olanları başta gelmek üzere güvenli taşıma prensiplerine riayet edilmelidir<sup>243</sup>. Bu konuda, “Araç-ların Yüklenmesine İlişkin Ölçü ve Usûller ile Tartı ve Boyut Ölçüm Tole-ransları Hakkında Yönetmelik<sup>244</sup>” hükümleri de dikkate alınmalıdır. Öğretide taşıyıcının uzmanlığı ne kadar yüksek ise, ondan işletme güvenliğinin sağ-

<sup>237</sup> BGH, 24.09.1987, I ZR 197/85, NJW-RR 1988, s. 479; Y. 11. HD, 24.5.2005, E. 2005/5586, K. 2005/5462 (Karan, s. 440); Y. 11. HD, 30.10.2006, E. 2005/9974, K. 2006/10768 (Karan, s. 459); Y. 11. HD, 3.5.2007, E. 2006/4323, K. 2007/6804 (Karan, s. 476); Y. 11. HD, 11.3.2008, E. 2007/11386, K. 2008/2945 (Karan, s. 488); Y. 11. HD, 29.4.2008, E. 2007/4005, K. 2008/5739 (Karan, s. 493); Arkan, s. 124; Reuschle, F.: Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., Handlungsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015, § 412, N. 18; Koller, § 412, N. 19.

<sup>238</sup> “Betriebssicherheit”.

<sup>239</sup> Koller, § 412, N. 44.

<sup>240</sup> Bu hususta kamu hukuku kökenli trafik kurallarına atf yapılması için Thume, K. H.: Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handlungsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014, § 412, N. 12.

<sup>241</sup> OLG Düsseldorf, 5. 12. 1996, 18 U 55-96, NJW-RR 1998, s. 108; OLG Köln, 26.3.1996, 22 U 232/95, NJW-RR 1996, s. 1183; OLG Stuttgart, 22.1.2003, 3 U 168/02 (BeckRS 2005/13453); Reuschle/EBJS, § 412, N. 27; Thume/MüKo, § 412, N. 13; Koller, § 412, N. 42; Fremuth, F.: Fremuth, F./Thume, K. H.: Kommentar zum Transportrecht, Heidelberg 2000, § 412 HGB, N. 6.

<sup>242</sup> Arkan, s. 123; Koller, § 412, N. 42; Thume/MüKo, § 412, N. 13.

<sup>243</sup> Arkan, s. 123; Koller, § 412, N. 42.

<sup>244</sup> RG, T. 8.11.2012, S. 28461 (değişiklikler için bkz. RG, T. 7.3.2013, S. 28580; RG, T. 1.4.2017, S. 30025).

lanması için daha yüksek tedbirlerin bekleneceği kabul edilmektedir<sup>245</sup>. Fakat, TTK m. 875 I'in uygulandığı hâllerde en yüksek özen kuralı bu tespitin pratik anlamını sorgular hale getirmektedir.

TTK m. 863 I, Türk hukukunun yetkili hukuk (*lex causae*) olduğu durumlarda CMR taşımalarında uygulama alanı bulan bir hükümdür<sup>246</sup>. Dolayısıyla, 11'inci Hukuk Dairesi'nin "taşıyıcının yükleme ve istife nezaret yükümlülüğü"ne dair istikrar kazanmış kararları<sup>247</sup> TTK m. 863 I'in uygulanmasında artık daha açık sorgulanır hâle gelmiştir<sup>248, 249</sup>. Yukarıda vurgulamaya çalıştığımız gibi, taşıyıcının TTK m. 863 I 2'den doğan sorumluluğu eşyanın taşıma güvenliğine değil; işletme güvenliğine ilişkindir. İşletme güvenliğinden ziyade, taşıma güvenliğiyle ilgili geçmiş dönemde verilen içtihatlar ise, artık doğrudan doğruya TTK m. 863 I açısından emsal olma özelliğine sahip olmayacaktır<sup>250</sup>. Bu sebeple, 11'inci Hukuk Dairesi'nin TTK m. 863 I'in yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bir kararda, istif ve ambalajlama hatası sonucu altta bulunan paletlerin ezildiği olgusunun tartışıldığı bir olayda taşıyıcının istife nezaret yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin araştırılmasını isabetli bulmuyoruz<sup>251</sup>. Üst üste istiflenmenin, alttaki

<sup>245</sup> **Koller**, HGB § 412, N. 42 (dn. 95).

<sup>246</sup> OGH, 18.12.1984, 2Ob515/84 (www.ris.bka.gv.at); **Clarke**, s. 75; **Koller**, CMR vor Art. 1, N. 8.

<sup>247</sup> Y. 11. HD, 17.10.2016, E. 2016/7322, K. 2016/8158 (YargıtayBB): "Dairemizin yerleşik kararlarında da ifade edildiği üzere; her ne kadar yükleme ve istif gönderene ait olsa da, yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi basiretli bir tacir gibi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması gerekir. Yüke nezaret etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen taşıyıcı, en azından müterafik kusurlu kabul edilmelidir". Aynı şekilde Y. 11. HD, 22.1.2001, E. 2000/9445, K. 2001/252 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 17.10.2002, E. 2002/5860, K. 2002/9108 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 15.5.2003, E. 2002/12522, K. 2003/5035 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 2.5.2011, E. 2009/12168, K. 2011/5275 (KazancıİBB).

<sup>248</sup> Aynı şekilde konteynere eşyanın istifi açısından nezaret yükümlülüğü bulunduğu konusundaki öğreti görüşüne katılmıyoruz (**Yavaş**, s. 44, 45; özellikle dn. 184'te yer alan işlem ve s. 45'teki kötü koku örneği eşyanın taşıma güvenliğiyle ilgilidir).

<sup>249</sup> Belirtelim ki, [e]TTK döneminde dahi işletme güvenliği prensibinin uygulanmasının Türk hukuku açısından uygun bir çözüm olacağı **Arkan** tarafından haklı olarak ileri sürülmüştür (**Arkan**, s. 122-124; **Arkan**, S.: Karayolu İle Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu [26-27 Ocak 1984], Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 112, 113).

<sup>250</sup> Bu konuda, ancak dürüstlük kuralından doğan uyarıda bulunma yükümlülüğünden söz edilebilir.

<sup>251</sup> Y. 11. HD, 13.5.2019, E. 2017/4495, K. 2019/3657 (KazancıİBB): "Dosyaya sunulan 04.10.2013 tarihli inceleme raporunun tercümesinde '**paletlerin, özellikle alt katlarının**

paletlerdeki eşyaya zarar verip vermeyeceği konusu eşyanın taşıma güvenliğiyle ilgilidir<sup>252</sup>. Yüklemenin gönderene ait olduğu durumlarda, taşıyıcının alttaki eşyanın zarar görüp görmeyeceğini denetleme yükümlülüğü yoktur.

## VII. EN YÜKSEK ÖZENİN TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Alman-Türk kara taşıma hukukunda, taşıyıcının sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalı bir konudur. Alman hukukunda HGB'ye tâbi taşımalarda taşıyıcının sorumluluğu hâkim görüş uyarınca kusursuz sorumluluk niteliğindedir<sup>253</sup>. CMR açısından ise, sorumluluğun hukuki niteliği üzerindeki tartışma daha çekişmeli geçmektedir<sup>254</sup>. Taşıyıcının sorumluluğunu

**çökmüş, çıkıntı yapmış ve hasar görmüş olduklarının ortaya çıktığı, hasarlı kasaların üst katlarda bulunan kasaların basıncına bağlı olarak deforme oldukları, içindeki malların bir bölümünün zarar gördüğü, ezildikleri veya çatladıkları** belirtilmiştir. (...) / Davaya konu uyuşmazlığın uluslararası karayolu ile taşımadan kaynaklandığı ve uyuşmazlığa CMR Konvansiyonu hükümlerinin uygulanacağı kuşkusudur. (...) Anılan maddede [CMR m. 17/4 (c)] hasarın, ambalajlamadan ve eğer gönderene aitse istiflemeyen kaynaklanan hasarlarda taşıyıcının sorumlu olmadığı belirtilmiştir. İlke olarak, yükün sağlıklı taşınabilmesi ve hasara uğramaması için taşıyıcının yükleme ve istiflemeyi gözetmesi, hatalı bir yükleme varsa buna karşı çıkması ve yükün güvenli taşınabilmesi için gereken her türlü tedbiri alması gerekip bu nedenle meydana gelecek hasarlarda müterafik kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir (...)."

<sup>252</sup> Bu yönde **Arkan**, s. 124.

<sup>253</sup> Bkz. **Koller**, § 426, N. 2; **Gass**, W.: Das neue Transport-und Spetionsrecht, München 1999, s. 18, 22; **Fremuth** (Fremuth/Thume), HGB § 425, N. 9; **Schaffert/EBJS**, § 426, N. 2; **Ruß**, W.: Glanegger, P./Kirnberger, C. et. al., Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Auflage, Heidelberg 2007, § 425, N. 1; **Kehl**, M. F., Knorre, J./Demuth, K./Schmid, R. T., Handbuch des Transportrechts, München 2008, D I, s. 300 (N. 2); **Paschke** (Oetker), § 425, N. 2. Aksi görüş için bkz. **Herber/MüKo**, § 426 HGB, N. 4. **Yazar**, BGB § 276'ya nazaran özen yükümlülüğünün yükseltildiği konusunda şüphe edilemeyeceğini, ancak kusur isnadının hâlâ geçerli olduğunu belirtmektedir. Türk hukukunda, kusursuz sorumluluk görüşü için bkz. **Ülgen**, H.: Türkiye'de Hukuk Reformu Toplantıları 4 - Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Paneli, HPD 2005, S. 4, s. 26 (sol sütun); **Adıgüzel**, s. 157; **Topsoy**, s. 37; **Adıgüzel**, MTO, s. 222; **Adıgüzel**, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 49; **Yavaş**, s. 123 (dn. 504). Kusur sorumluluğu görüşü için bkz. **Can**, s. 89 (aaa).

<sup>254</sup> Kusursuz sorumluluk görüşü için BGH, 21/12/1966, I b ZR 154/64, NJW 1967, s. 449 (bkz. yuk. I, 1); BGH, 28.12.1975, I ZR 40/74, NJW 1975, s. 1598 (bkz. yuk. I, 1); BGH, 13. 4. 2000, I ZR 290/97, NJW-RR 2000, s. 1634; OLG München, 17.7.1991, 7 U 2871/91, TranspR 1991, s. 427; OLG Nürnberg, 10.12.1992, 12 U 2400/92 (BeckRS 1992/31342993); **Glöckner**, H.: Leitfaden zur CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, 6. Auflage, Berlin 1985, N. 17; **Arkan**, s. 44-45; **Koller**, Art. 17 CMR, N. 21 vd.; **Herber/Piper**, Art. 17, N. 3; **Boesche/EBJS**, CMR Art. 17, N. 2; **Thume** (Thume), Art. 17, N. 9, 10; ("strict

belirleyen ana kuralı oluşturan TTK m. 875 I = HGB § 425 I, bu hükümlerin kaynağını oluşturan CMR m. 17 I gibi, kusur konusunda sessiz kalmaktadır ve sorumluluğun hukuki niteliği konusunda asıl belirleyici rol sorumluluktan kurtulmanın düzenlendiği TTK m. 876 = HGB § 426'ya düşmektedir<sup>255</sup>.

Tarihi yorum uyarınca taşıyıcının sorumluluğunun kusurdan bağımsız olarak *tasarlandığını* söylememiz mümkündür<sup>256</sup>. Alman hukukundaki tarihi gelişimde açıklandığı gibi, CMR m. 17 II'nin Alman Federal Mahkemesi tarafından yorumlanma tarzı ve sonrasında bu yorumun HGB § 426'nın gerekçesine yansması bunu ortaya koymaktadır. Her ne kadar, TTK m. 876'nın gerekçesinde uyumsuzluk olsa da, bu konuda Alman hukukundaki kanunlaştırma çalışmalarını esas almanın ve dolayısıyla Türk hukuku ačí-sından da, tarihi yorumun kusursuz sorumluluk lehine olduğunu kabul ediyoruz.

TTK m. 876'nın sözünde (lafzî) ise, kusura yer verilmemesi de kusursuz sorumluluk lehine bir argüman teşkil edebilir. Ancak, bu kusursuz sorumluluğun kabulü için yeterli değildir. Gelineen noktada, objektif özene bağlı olarak kurtuluş kanıtı getirilebilen kusursuz sorumluluk hâllerinde gündeme gelen şu soru karşımıza çıkmaktadır<sup>257</sup>: Acaba burada, kusursuz sorumluluk yerine, taşıyıcının objektif özeni göstermesine bağlı olarak aksini ispat edebileceği kusur karinesi mi ve dolayısıyla ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu mu vardır? Bu soruya cevap verirken, öncelikle taşıyıcıya yüklenen objektif özen yükümlülüğünün derecesi nazara alınmalıdır. Objektifleştirilmiş ihmâl için aranan özenin oldukça üzerine çıkan bir özen yükümlülüğu ile kanaatimizce kusur sorumluluğundan söz edilemez<sup>258</sup>. En yüksek özen kavramına atfedilen objektif özenin büyüklüğu kusur ilkesini bertaraf edecek boyuttur. Bir karşılaştırma yapılacak olursa, deniz taşıma-

*liability*”) **Clarke**, s. 183; **Kaya**, CMR, s. 325; **Adıgüzel**, MTO, s. 291, 292; ayrıca görüş belirtmeden tartışmanın tespiti için **Koch**, B. N./**Shariatmadari**, S. H.: Esnthaler, J., Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 7. Auflage, Neuwied 2007, Anhang V: Art. 17 CMR, s. 2483, N. 33. Ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu görüşü için **Heuer**, s. 58, 59; **Basedow** (Basedow), Art. 17 CMR, N. 3; **Aydın**, s. 32-34; **Jesser-Huß**, H.: Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014, CMR Art. 17, N. 3. Yargıtay'ın ispat yükü tersine çevrilmiş kusur sorumluluğu görüşü için ise bkz. Y. 11. HD, 4.3.2013, E. 2012/3690, K. 2013/3901 (KazancıİBB); Y. 11. HD, 30.6.2014, E. 2014/6491, K. 2014/12550 (KazancıİBB).

<sup>255</sup> CMR m. 17 II ačí-sından bkz. **Aydın**, s. 32 (c. 1).

<sup>256</sup> Bkz. yuk. II, A.

<sup>257</sup> Bkz. **Tandoğan**, s. 107.

<sup>258</sup> Bu yönde **Gümüş**, s. 1230.

larında, taşıyandan beklenen tedbirli bir taşıyanın özeni ve dikkati, objektifleştirilmiş ihmâl görüşünün aradığı mesleğe özgü özen ile uyum içerisindedir<sup>259</sup>. Ne var ki, taşıyıcıdan beklenen özen, basiretli ve tedbirli bir taşıyıcının göstermesi gerekenden yüksektir ve bu durum, sorumluluğun kusurdan bağımsız olmasına sebep olmaktadır.

Sorumluluğun yumuşatılmış kusursuz sorumluluk olmasıyla ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olması arasında genel olarak pratikte bir farklılık meydana gelmeyecektir<sup>260</sup>. Fakat, taşıyıcının işletmesinden kaynaklanan bir takım zarar verici olayların rizikosunun yükleneceği taraf bakımından sorumluluğun niteliği bazı olaylarda önem arz edebilir. Özellikle taşıyıcının, kusur ehliyetinin bulunmadığı tesadüfi hâller içerisinde kendisinden beklenen tedbirleri alamaması sebebiyle ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumlu tutulup tutulmaması sorumluluğun hukuki niteliğine bağlı olacaktır. Bu durumu bir örnek üzerinden şu şekilde somutlaştırabiliriz: Âni bir beyin kanaması sonucu komaya giren taşıyıcı, komada olduğu süre içerisinde uyarısı verilen olağanüstü bir yağıştan kaynaklanacak bir su baskını tehlikesine karşı işletmesi için gerekli tedbirleri alamamış ve taşınmak üzere teslim aldığı eşya zıya veya hasara uğramıştır. Gerekli tedbirlerin alınmamasında taşıyıcının kusuru olmadığı için kusur sorumluluğunun geçerli olması hâlinde kendisi ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

Alman hukukunda Federal Mahkeme, taşıyıcının kusursuz sorumluluğu tehlike sorumluluğu niteliğinde görmektedir<sup>261</sup>. İsviçre/Türk hukuku açısından ise, sorumluluk tehlike sorumluluğu kategorisi içinde görülemez. Tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca taşıma faaliyeti sadece motorlu bir aracın işletilmesinden ibaret olmadığı için taşıyıcının kusursuz sorumluluğu tipik bir tehlike ile de açıklanamaz<sup>262</sup>. Kanımızca, taşıyıcının sorumluluğu, kurtuluş kanıtı getirilebilen “özen sorumluluğu” (= olağan sebep sorumluluğu) niteliğindedir<sup>263</sup>. TTK m. 876’da sorumluluktan kurtulma imkânı, özen sorumluluğu açısından “kurtuluş kanıtı” niteliğindedir. Taşıyıcının TTK m. 877 uyarınca araçtaki arızadan doğan sorumluluğu dahi kanaatimizce,

<sup>259</sup> Bkz. yuk. I, 3, B.

<sup>260</sup> Krş. **Herber/MüKo**, § 426, N. 4 (son cümle).

<sup>261</sup> BGH, 21/12/1966, I b ZR 154/64, NJW 1967, s. 449; BGH, 28.12.1975, I ZR 40/74, NJW 1975, s. 1598; BGH, 13. 4. 2000, I ZR 290/97, NJW-RR 2000, s. 1634.

<sup>262</sup> Tehlike sorumluluğunda tipik tehlike (risk) kavramı için **Tandoğan**, s. 26, 27; **Eren**, s. 689.

<sup>263</sup> Özen sorumluluğu için bkz. **Tandoğan**, s. 23; **Eren**, s. 638.



*kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumluluğu niteliğinde olacaktır*<sup>264</sup>. Burada tipik bir tehlike yerine taşıyıcı için öngörülen mutlak nitelikteki özen yükümlülüğu kusursuz sorumluluğun dayanağını oluşturmaktadır<sup>265</sup>.

## SONUÇ

- I. TTK m. 876'da yer alan en yüksek özen kuralı, 1960'ların ikinci yarısından itibaren Alman Federal Mahkemesi'nin CMR m. 17 II'deki kaçınılmaz ve önlenemez olay ile StVG[a] § 7 II'deki önlenemez olay arasında bağlantı kurmasına dayanmaktadır. Böylece, StVG[a] § 7 II'deki önlenemez olayın mevcudiyeti için aranan en yüksek özen CMR m. 17'deki 4'üncü durum için taşıyıcı için objektif ölçüt olarak kabul edilmiştir.
- II. Alman Federal Mahkemesi'yle birlikte Avusturya Yüksek Mahkemesi de CMR m. 17 II açısından taşıyıcının en yüksek özen yükümlülüğünü kabul etmiş ve bu yüksek mahkeme içtihatları sonrasında, İngiliz içtihat hukukunu (*case law*) da etkilemiştir. Yüksek mahkeme kararıyla oluşan içtihat birikimi 1998 Alman Taşıma Hukuku Reformu ile kanunlaştırılmıştır. Türk hukukunda ise, HGB § 426'da yer alan en yüksek özen kuralı TTK m. 876'ya aynen aktarılmıştır.
- III. En yüksek özenin esas aldığı ideal taşıyıcının, çok basiretli ve tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen, uygulanabilir ve akla uygun - *atipik olup olmadığına bakılmaksızın*- bütün tedbirleri alması gerekmektedir. Taşıyıcının özen yükümlülüğünü yerine getirmesi için göstermesi gereken çabanın sınırı, alınacak tedbirlerin ve hareket tarzının, ilk görünüş itibariyle tamamen katlanılmaz, saçma ve dolayısıyla, beklenemez olduğu durumlara kadar uzanır. Bu itibarla, TTK m. 876'nın aradığı objektif özen, basiretli ve tedbirli taşıyıcıdan beklenen makul özenin üzerindedir. Taşıyıcının objektif özen yükümlülüğü gerek objektif ihmâl teorisinin aradığı ölçütten gerekse de TTK m. 18 II'deki basiretli iş adamı gibi

<sup>264</sup> Ayrım için bkz. Eren, s. 639.

<sup>265</sup> TTK m. 877 uyarınca araçtaki arıza kavramına aracın sözleşmede aranan özelliklere sahip olmaması da girmektedir (bkz. yuk. IV, C, dn. 74). Dolayısıyla buradaki sorumluluğu sadece bir aracın işletilmesine dayanan tipik bir tehlike ile de açıklayamıyoruz. Bu sebeple taşıyıcının araçtaki arızadan kaynaklanan kusursuz sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olmadığı görüşündeyiz.

davranma yükümlülüğünden daha ağırdır. Buna karşılık, oldukça yükseltile de, taşıyıcının özen yükümlülüğü mutlak değil, hâlâ nispidir.

- IV. En yüksek özenin gerekli kıldığı tedbirlerin belirlenmesinde somut olayın bütün özellikleri dikkate alınır. Ayrıca, gerek öğretideki görüşlere gerekse de mahkeme kararları uyarınca, eşyanın türü ve değeri, taşıma şekli, taşıma rotası, tedbirin uygulanabilirliği ve akla uygunluğu ile hukuka uygunluğu değerlendirilmede kullanılacak ölçütleri oluşturmaktadır.
- V. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi kararlarında, en yüksek özen yerine, basiretli ve tedbirli taşıyıcı ölçütü kabul edilmektedir. Fakat, İhtisas Dairesi'nin kararları incelendiğinde basiretli ve tedbirli taşıyıcının makul özeninin üzerinde en yüksek özene yaklaşan tedbirlerin alınması somut olaydaki taşıyıcıdan beklendiği rahatlıkla söylenebilmektedir.
- VI. Objektif özen yükümlülüğünün bu denli ağırlaştırılması, taşıyıcının TTK m. 875 I'den doğan sorumluluğu ile kusur ilkesi arasındaki bağları kanaatimizce koparmıştır. Bu çalışmada savunulan görüşe göre, en yüksek özen yükümlülüğü sebebiyle taşıyıcının eşya zararları ile gecikme zararlarından doğan sorumluluğu *kural olarak* kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğudur.

**KAYNAKÇA**

- Adıgüzel, B.:** Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2012. (Anılış: Taşıyıcının Sorumluluğu)
- Adıgüzel, B.:** Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu, Ankara 2014. (Anılış: MTO)
- Adıgüzel, B.:** Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç), Ankara 2018
- Akıncı, Z.:** Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999.
- Arkan, S.:** Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara 1987. (Anılış: Demiryolu)
- Arkan, S.:** Eşyanın Karayolu İle Uluslararası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu (26-27 Ocak 1984), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 5-31.
- Arkan, S.:** Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Arkan, S.:** Karayolu İle Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu (26-27 Ocak 1984), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 101-132.
- Arkan, S.:** Taşıyıcının Ücret Hakkı, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 339-354.
- Arkan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, 23. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017. (Anılış: Ticari İşletme)
- Atabek, R.:** Eşya Taşıma Hukuku: Deniz Hukuku Hariç, İstanbul 1960.
- Aydın, A.:** CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2006.
- Ayhan, R./Çağlar, H.:** Ticari İşletme Hukuku – Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017.
- Bahtiyar, M.:** Ticari İşletme Hukuku – Ders Notları, 18. Bası, İstanbul 2017.
- Basedow, J.:** Basedow, J., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch - Band 7: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407-457 Transportrecht, München 1997. (Anılış: Basedow [Basedow])

- Berger, B.:** Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Boesche, K. V.:** Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L.,  
Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München  
2015. (Anılış: *Boesche/EBJS*)
- Bozer, A./Göle, C.:** Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara 2017.
- Can, M.:** CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk  
Taşıma Hukuku Genel Esasları, C. I, Ankara 2017.
- Canaris, H.-W.:** Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006.
- Clarke, M. A.:** International Carriage of Goods By Road: CMR, Sixth  
Edition, Oxon 2014.
- Czerwenka, B.:** The concept of “unavoidable circumstances” in Article 17,  
para 2, of the CMR in the light of German Jurisprudence, Unif. L. Rev.  
2016, Vol. 21, s. 533-541.
- Çağa, T./Kender, R.:** Deniz Ticareti Hukuku C. II – Navlun Sözleşmesi, 10.  
Bası, İstanbul 2010.
- Dubischar, R.:** Basedow, J., Münchener Kommentar zum  
Handelsgesetzbuch - Band 7: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 407-  
457 Transportrecht, München 1997. (Anılış: Dubischar [Basedow])
- Eckhardt, P.:** Die Rechtstellung des Empfängers im Frachtrecht, Diss.,  
Hamburg 1999.
- Erdil, E.:** Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku – İçtihatlı CMR  
Konvansiyonu Şerhi, 2. Bası, İstanbul 2015.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2017.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.
- Eren, F.:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara  
1975.
- Eriş, G.:** Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre  
Taşıma Hukuku, Ankara 2015.
- Fremuth, F.:** Fremuth, F./Thume, K. H.: Kommentar zum Transportrecht,  
Heidelberg 2000.
- Gauch, P./Schlupe, W. R./Schmid, J./Rey, H./Emmenegger, S.:**  
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – ohne  
ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gençtürk, M.:** Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Genel Kavramlar –  
Gecikmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2006.

- Glöckner, H.:** Leitfaden zur CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, 6. Auflage, Berlin 1985.
- Gümüş, M. A.:** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001. (Anılış: Vekilin Özen Borcu)
- Gümüş, M. A.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, s. 1221-1240.
- Herber, R./Piper, H.:** CMR Internationales Straßentransportrecht – Kommentar, München 1996.
- Herber, R.:** CMR: Unidroit Should Not Let This Child Go!, Uniform Law Review 1998/3, s. 475-481.
- Herber, R.:** Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014. (Anılış: Herber/MüKo)
- Heuer, K.:** Die Haftung des Frachtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR), Diss., Hamburg 1975.
- İmre, Z.:** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul 1949, s. 28-38; *Tandoğan, H.:* Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961.
- Jesser-Huß, H.:** Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014. (Anılış: Jesser-Huß/MüKo)
- Joost, D.:** Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015.
- Karan, H.:** Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon – CMR Şerhi, Ankara 2011.
- Kaya, A.:** Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulama Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 311-333. (Anılış: CMR)
- Kaya, A.:** Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II), İÜHFM

1998, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan, C. 56, S. 1-4, s. 239-267.

**Kehl**, M. F.: Knorre, J./Demuth, K./Schmid, R. T., Handbuch des Transportrechts, München 2008.

**Kıran**, S.: Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti, Ankara 2018.

**Kirchhof**, G.: Häublein, M./Hoffmann-Theinert, R. (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar – Handelsgesetzbuch, 25. Edition, München 2019. (Anılış: Kirchhof [BeckOK HGB])

**Koch**, B. N./**Shariatmadari**, S. H.: Esnthaler, J., Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, 7. Auflage, Neuwied 2007.

**Koller**, I.: Transportrecht – Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 9. Auflage, München 2016.

**Kula**, N.: Türk Eşya Taşıma Hukuku, Ankara 2018.

**Merkt**, H.: Baumbach, A./Hopt, J./Kumpan, C./Merkt, H./Roth, M., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (Ohne Seerecht), 38. Auflage, München 2018. (Anılış: *Merkt* [Baumbach/Hopt])

**Neumann**, H.: Wirtschaftliche Kriterien der Haftung des Frachtführers, TranspR 2004, s. 14 vd.

**Nomer-Ertan**, F.: Ülgen, H./Helvacı, M./Kaya, A./Nomer-Ertan, F.: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.

**Okay**, M. S.: Deniz Ticareti Hukuku II – Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, 2. Bası, İstanbul 1971.

**Özdemir**, T.: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006.

**Paschke**, M.: Oetker, H. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 6. Auflage, München 2019. (Anılış: *Paschke* [Oetker])

**Poroy**, R./**Yasaman**, H.: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017.

**Reuschle**, F.: Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015. (Anılış: *Reuschle*/EBJS)

**Roth**, W.-H.: Koller, I./Kindler, P./Roth, W.-H./Drüen, K.-D., Handelsgesetzbuch – Kommentar, 9. Auflage, München 2019.

**Ruß**, W.: Glanegger, P./Kirnberger, C. *et. al.*, Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Auflage, Heidelberg 2007.

- Schaffert**, W.: Ebenroth, C. T./Boujong, K./Joost, D./Strohn, L., Handelsgesetzbuch: HGB, Band 2: §§343-475h, 3. Auflage, München 2015. (Anılış: *Schaffert/EBJS*)
- Schwenzer**, I.: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009.
- Seven**, V.: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilenin Hukuki Durumu, Ankara 2012. (Anılış: Gönderilen)
- Seven**, V.: Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlâlinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu, Ankara 2003.
- Sözer**, B.: Deniz Ticareti Hukuku I – Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul 2017.
- şener**, O. H.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- şenocak**, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1995.
- Tandoğan**, H.: Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Thume**, K. H.: Schmidt, C./Schmidt, K. (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7 Transportrecht, 3. Auflage, München 2014. (Anılış: *Thume/MüKo*)
- Topsoy**, F.: Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri, Ankara Barosu Dergisi 2014, S. 2, s. 23-46.
- 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.
- Tüzüner**, Ö.: Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İşgörme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBB Dergisi 2012, S. 101, s. 167-196.
- Uslu**, M.: CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2010.
- Ülgen**, H.: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987.
- Ülgen**, H.: Türkiye’de Hukuk Reformu Toplantıları 4 – Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Paneli, HPD 2005, S. 4, s. 26.
- Ülgen**, H./**Helvacı**, M./**Kendigelen**, A./**Kaya**, A./**Nomer-Ertan**, F.: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.

- Wüstendörfer, H.:** Neuzeitliches Seehandelsrecht - mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und des internationales Rechts, 2. Auflage, Tübingen 1950.
- Yavaş, A.:** Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016.
- Yavaş, A.:** Kara Yolunda Konteyner İle Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016.
- Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.:** Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.
- Yeşilova, E.:** Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34 vd.), Ankara 2004.
- Yeşilova-Aras, E.:** Uluslararası Karayolu İle Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme (CMR m. 19-20-21), Ankara 2010.
- Yetiş-Şamlı, K.:** Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008.
- Yürük-Yeniocak, D.:** CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması, Ankara 2019.
- Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.:** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.
- Zeyneloğlu, A.:** Taşıma Hukuku: Kara, Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası – İlgili Mevzuat, Uluslararası Antlaşmalar, Yargıtay Kararları, 2. Bası, Ankara 1993.



## KISALTMALAR

<b>[e]TTK</b>	: 29/6/1956 tarihli ve 6762 s. Türk Ticaret Kanunu
<b>§</b>	: Paragraf
<b>1926 TK</b>	: 1926 tarihli Ticaret Kanunu
<b>ADHGB</b>	: 1861 tarihli Alman Ortak Ticaret Kanunu ( <i>Allegemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i> )
<b>Alm.</b>	: Almanca
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>art./Art.</b>	: Article/Artikel
<b>Aşa.</b>	: Aşağıda
<b>b.</b>	: Bent
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BeckRS</b>	: Beck Rechtsprechungs (www.beck-online.beck.de)
<b>BGBI.</b>	: Bundesgesetzblatt
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof
<b>BK</b>	: 11/1/2011 tarihli ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>BT</b>	: Deutscher Bundestag
<b>C.</b>	: Cilt
<b>c.</b>	: Cümle
<b>C.Com.</b>	: 1882 tarihli “İtalyan Ticaret Kanunu” (“ <i>Codice di Commerce</i> ”)
<b>CMR</b>	: Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi ( <i>Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route</i> )
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Diss.</b>	: Dissertation
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>e.t.</b>	: Erişim Tarihi
<b>HGB</b>	: 10/5/1897 tarihli <i>Handelsgesetzbuch</i> (Alman Ticaret Kanunu)

---

<b>HGB[a] §</b>	: HGB'nin ilga edilen (eski) paragrafı
<b>HGB-E §</b>	: HGB paragrafının Tasarı hâli
<b>HMK</b>	: 12/1/2011 tarihli 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>Hrsg.</b>	: Herausgegeben
<b>IRU</b>	: International Road Transport Union
<b>İt.</b>	: İtalyanca
<b>K.</b>	: Karar
<b>KazancıİBB</b>	: Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası (www.kazancı.com.tr)
<b>Lat.</b>	: Latince
<b>LG</b>	: Landesgericht
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: 22/11/2001 tarihli ve 4721 s. Türk Medeni Kanunu
<b>MÖHUK</b>	: 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
<b>N.</b>	: Kenar veya paragraf numarası
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>NJW-RR</b>	: NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
<b>OGH</b>	: <i>Oberste Gerichtshof</i> (Avusturya Yüksek Mahkemesi)
<b>Örn.</b>	: Örneğin
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>StVG</b>	: <i>Straßenverkehrsgesetz</i> (Alman Karayolları Trafik Kanunu)
<b>StVG[a] §</b>	: <i>Straßenverkehrsgesetz</i> 'in (Alman Karayolları Trafik Kanunu) ilga edilen (eski) paragrafı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBB Dergisi</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TranspR</b>	: Transportrecht
<b>TRG</b>	: “Taşıma Hukuku Reformu Kanunu” (“ <i>Transportrechtsreformgesetz</i> ”)
<b>TTK</b>	: 13/1/2011 tarihli ve 6102 s. Türk Ticaret Kanunu

<b>TTK-T</b>	: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
<b>Unif. L. Rev.</b>	: Uniform Law Review
<b>v.</b>	: versus
<b>vb.</b>	: Ve benzeri
<b>vd.</b>	: Ve devamı   Ve diğerleri
<b>Vol.</b>	: Volume
<b>Wolters-Kluwer</b>	: Wolters Kluwer Online ( <a href="http://www.wolters.kluwer-online.de">www.wolters.kluwer-online.de</a> )
<b>Y. 11. HD.</b>	: Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>YargıtayBB</b>	: Yargıtay Bilgi Bankası ( <a href="http://www.karararama.yargitay.gov.tr">www.karararama.yargitay.gov.tr</a> )
<b>Yuk.</b>	: Yukarıda

**PROF. DR. NECMEDDİN BERKİN'İN  
MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA GENİŞ ANLAMDA  
YETKİ KURALLARI VE BU BAĞLAMDA  
GÖREV KURALLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİNİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ\***

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.715644>

*Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN\*\**

**Öz**

*Prof. Dr. Necmeddin Berkin Türk hukuk devriminden sonra medenî usûl hukuku alanında eser veren ilk akademisyenlerden birisidir. Berkin'in yazmış olduğu eserler incelendiğinde günümüzdeki medenî usûl hukuku doktrinine nazaran farklı görüşlerinin olduğu tespit edilebilmektedir. Farklılaşan görüşler özellikle geniş anlamda yetki kurallarında ve bunun bir alt unsurunu oluşturan görev kurallarında göze çarpmaktadır. Yazarın geniş anlamda yetki kuralları için kullandığı terminoloji, geniş anlamda yetki kurallarını sınıflandırması, görev kurallarının niteliği hakkında yaptığı açıklamalar şu an Türk medenî usûl hukuku doktrininde hâkim olan görüşten farklı olabilmektedir. Prof. Dr. Necmeddin Berkin'in de zamanla bazı görüşlerinin Türk medenî usûl hukuku doktrinindeki hâkim görüşe yaklaştığı vâki olmuştur. Yapılan bu çalışma bir yandan Prof. Dr. Necmeddin Berkin'in eserlerinde beyan etmiş olduğu görüşlerin zamanla nasıl değiştiğini gösterirken diğer taraftan da görev kuralları özelinde Türk medenî usûl hukuku doktrininin değişimine ve dönüşümüne ışık tutmaktadır.*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 23. maddesi 7. fıkrası uyarınca “Öğrencinin doktora öğrenimi tamamlanana kadar tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması (...)” doktora mezuniyet şartı olarak aranmaktadır. Bu makale yazarın doktora mezuniyet şartını gerçekleştirmek amacıyla yazılmıştır.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: [aslanalicetin@gmail.com](mailto:aslanalicetin@gmail.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1543-6707> (Makalenin Geliş Tarihi: 27.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 28.02.2020/ Makale Kabul Tarihi: 01.04.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Geniş Anlamda Yetki, Görev, Kamu Düzeni, Terditli Dava, Zaman Bakımından Uygulanma*

**REVIEW OF PROF. DR. NECMEDDİN BERKİN'S  
OPINIONS REGARDING JURISDICTION ORDER AND  
IN THIS CONTEXT RULES OF SUBJECT MATTER  
JURISDICTION IN CIVIL PROCEDURE LAW**

**Abstract**

*Prof. Dr. Necmeddin Berkin is one of the first academicians that wrote about civil procedure law matters after Turkish law revolution. As works of Berkin are scrutinized, it can be determined that Berkin had different opinions compared to current civil procedure doctrine. Varying opinions draw attention especially on jurisdiction order and subject matter jurisdiction rules that constitute its sub element. The terminology used by the author for jurisdiction order, his classification of jurisdiction rules, his explanations about the nature of subject matter jurisdiction rules could be different from prevailing opinions in Turkish civil procedure law doctrine. It can be occurred that in progress of time, some opinions of Prof. Dr. Necmeddin Berkin got closer to he prevailing opinion in Turkish civil procedure law doctrine. This article demonstrates on one hand that the transformation of some of his opinions, on the other hand it reflects to change and transformation of Turkish civil procedure law doctrine especially on subject matter jurisdiction rules.*

**Keywords**

*Jurisdiction, subject matter jurisdiction, public order, contingent case, application of *ratione temporis**

## GİRİŞ

Türk hukuk devriminin görünümülerinden biri İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu'nun Medenî Usûl Kanunu'nun esas alınarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanması ve bu Kanun'un 5 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe girmesidir. Bu Kanun 2011 yılında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450. maddesi ile ilga edilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından Türk medenî usûl hukuku alanında birçok eser verilmiştir. İlk dönemde verilen eserlerle günümüzde verilen eserler karşılaştırıldığında bazı konuların ele alınışı arasında temel farklılıkların olduğu görülür. Bu konulardan birisi de geniş anlamda yetki konusudur. Geniş anlamda yetki kurallarının ele alınışının değişmesinin doğal sonucu olarak bu yetki kurallarının bir unsuru olan görev kurallarının da ele alınışı zamanla değişmiştir.

Berkin'in geniş anlamda yetki kuralları ve bu bağlamda görev kurallarını ele alışıyla günümüzde medenî usûl hukuku literatüründe yerleşmiş anlayış karşılaştırılacaktır. Ayrıca Prof. Dr. Necmeddin Berkin'in vermiş olduğu eserlerde zaman içinde görev kurallarına dair anlayışta bir değişiklik olup olmadığı da tespit edilmeye çalışılacaktır<sup>1</sup>.

## I. GENİŞ ANLAMDA YETKİ KAVRAMI

### A. Kavramın Tanımlanması ve Adlandırılması

Geniş anlamda yetki Alman hukukunda subjektif açıdan mahkeme için (hukuk davasında) işlem yapmayı üzerine alma hakkı ve yükümlülüğü<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Çalışmamızda Prof. Dr. Necmeddin Berkin'in medenî usûl hukukuna ilişkin verdiği şu eserler incelenmiştir: **1. Berkin**, Necmeddin M.: "Alman Hukuk Prosedürünün Oluşu ve Bu Prosedür Bakımından Dava ve Kaza Mefhumları Üzerinde Teorik Düşünceler", İÜHFİM 1948/1-2, C. XIV, s. 390-418, (Dava ve Kaza). **2. Berkin**, Necmeddin M.: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı", İÜHFİM, C. 18, S. 1-2, Y. 1952, s. 188-214, (Vazife Hükümleri). **3. Berkin**, Necmeddin M.: "Bemerkungen über die Sachlichen Zustaendigkeitsvorschriften der Türkischen Zivilprozessordnung", Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, C. 2, S. 3, Y. 1953, s. 203-212, (Bemerkungen). **4. Berkin**, Necmeddin M.: "Alman Hukukunda Vazife ve Salahiyet", Devletler Hususi Hukuku Ordinaryüs Profesörü Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 277-294, (Vazife ve Salahiyet). **5. Berkin**, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, (Medenî Usul). **6. Berkin**, Necmeddin M.: "Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı", Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 163-180, (Uygulama). **7. Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, (Rehber).

<sup>2</sup> **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2018, § 29, Rn. 1-2, s. 162; **Berkin**, Vazife ve Salahiyet, s. 279-280.

tarafklar için ise mahkemenin bu işlemlerine razı olması ve itirazda bulunma imkanının olmaması durumu<sup>3</sup> olarak tanımlanmıştır. İsviçre medenî usûl hukuku açısından ise geniş anlamda yetki bir mahkemenin uyuşmazlıklara bakma hakkını ve yükümlülüğünü ifade eder<sup>4</sup>.

Türk hukuk devrimi ile Türk medenî usûl hukuku çoğunlukla Almanca konuşan ülkelerin medenî usûl hukuku doktrininin etkisi altında kalmıştır. Türk medenî usûl hukukunun ilk döneminde literatürde eserler vermiş olan *Belgesay*, bir mahkemenin davayı sonuçlandırmak için sahip olduğu iktidarı “salahiyet” olarak adlandırmıştır<sup>5</sup>. Yetki veya salahiyet kelimesi dar ve teknik anlamda yer itibarıyla yetkiyi ifade eder şekilde veya görevi içerisine alacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır<sup>6</sup>. Biz “salahiyet” kavramı daha

<sup>3</sup> **Wach**, Adoph: Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Erster Band, Leipzig 1885, s. 347; **Hellwig**, Konrad: System des Deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, Leipzig 1912, § 45, s. 103, (System); **Hellwig**, Konrad: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, B. 2, Leipzig 1907, § 94, s. 175, (Lehrbuch 2); **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 29, Rn. 1-2, s. 162. Benzer şekilde ifade için bkz. **Berkin**, Vazife ve Salahiyet, s. 279-280.

<sup>4</sup> **Braendli**, Max: Die sachliche Zustaendigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Basel 1984, s. 15; **Spühler**, Karl/**Dolge**, Annette/**Gehri**, Myriam: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010, §15, Rn. 5, s. 29; **Stahelin**, Adrian/**Stahelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal: Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013, §9, Rn. 1, s. 71; **Berti**, Stephen V.: Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, §6, Rn. 154, s. 52.

<sup>5</sup> **Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Teoriler I, 4. Bası, İstanbul 1956, s. 89, (Teoriler I); **Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 5, (Şerh).

<sup>6</sup> **Onar**, Sıddık Sami/**Belgesay**, Mustafa Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 51; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 148; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Ankara 2001, s. 161, (Hukuk Muhakemeleri I); **Alangoya**, Yavuz /**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 55, (Medenî Usûl); **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayyaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 194; **Karademir Aydemir**, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 35; **Albayrak**, Hakan/**Mavzer**, Tahsin: “Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu”, SÜHFD, C.27, S.2, 2019, s. 282. *Ansay* ise görev ve yetkiyi kapsayacak şekilde “genel olarak yetki” kavramını kullanmıştır (**Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 75). *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, yer itibarıyla yetkiyi dar anlamda yetki olarak ifade etmiş ve üst kavram olarak “yetki” kavramını kullanmıştır (**Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 155). *Bilge/Önen*, üst kavram olarak “iş dağıtım” kavramını kullanmış ve bu kavramın alt başlığı olarak yargı yolunu kapsayacak şekilde geniş

sonra “yer itibariyle yetki” kavramı yerine geçecek şekilde medenî usûl hukuku literatüründe kullanıldığı için “salahiyet” kavramı yerine “geniş anlamda yetki” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

Alman hukukunda Türk medenî usûl hukuku terminolojisinden farklı olarak görevi ve yetkiyi kapsayan bir üst kavram (*Zustaendigkeit*) bulunmaktadır<sup>7</sup>. *Berkin*, bu kavramı “adli yetki” olarak çevirmiştir<sup>8</sup>. Kanımızca “*Zustaendigkeit*” kavramını birebir yansıtmak için “geniş anlamda yetki” kavramını kullanmak daha doğru olur. Zaten bütün bu kavramlar “adli” olduğu için bir daha adli kavramını zikretmeye gerek yoktur.

## B. Geniş Anlamda Yetkinin Gördüğü Fonksiyon

Geniş anlamda yetki hükümleri mahkemelerin görev alanlarını farklı şekilde düzenlemektedir. Yargı kararları vermekle görevli mahkemelerin birbirlerine göre yargı yetkilerinin sınırlanması genel menfaatlerin veya bireylerin menfaatlerini korumak için kanun tarafından gerekli görülebilir<sup>9</sup>. Geniş anlamda yetki kuralları mahkeme teşkilatı açısından bakıldığında mahkemelerin iş çevresini belirler. Mahkemelerin kanunla belirlenen iş çevresinin içinde hüküm verme hak ve yükümlülüğü vardır<sup>10</sup>. İşlerin tek bir mahkemede toplanmasını önleyen bu kurallar<sup>11</sup>, aynı zamanda davacının

---

anlamda görevi ve yer itibariyle yetkiyi ele almıştır (**Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 134).

<sup>7</sup> **Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung, 75. Auflage, München 2017, Grdz §1, Rn. 5, s. 34. Alman hukukunda bu “*Zustaendigkeit*” kavramının içine kimi yazarlar yargı yolu, milletlerarası yetki, fonksiyonel yetkiyi almışlar (**Coester-Waeltjen**, Dagmar: “Die gerichtlichen *Zustaendigkeiten* in der ZPO”, Jura Heft 11/2007, s. 826), kimi yazarlar görev, yetki, uluslararası yetkiyi almışlar (**Lüke**, Wolfgang: Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 2011, §6, Rn. 80, s. 85; **Gehrlein**, Markus: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2003, § 4, Rn. 59, s. 70; **Adolphsen**, Jens: Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, §6, Rn. 21, s. 71), kimi yazarlar geniş anlamda yetki başlığı altında devlet yargısı ve tahkim yargısını işlemişlerdir (**Reuschle**, Fabian: Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 4. Auflage, B. 1/1, §1, Berlin/München 2015, §1, Rn. 5, s. 44). Görüldüğü üzere bu çatı kavramın adı konusunda herkes uzlaşmakta, kavramın içeriği farklılaşmaktadır.

<sup>8</sup> **Berkin**, Vazife ve Salahiyet, s. 277.

<sup>9</sup> **Belgesay**, Şerh, s. 5; **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 188; **Berkin**, Bemerkungen, s. 203-204.

<sup>10</sup> **Berkin**, Vazife ve Salahiyet, s. 277; **Guldener**, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, §8, s. 78, (Zivilprozessrecht); **Spühler/Dolge/Gehri**, §15, Rn. 2, s. 29.

<sup>11</sup> **Örtmann**, Paul: Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts, Erlangen 1924, s. 71; **Ansay**, s. 75.



mahkemeye erişim hakkı bağlamında hangi mahkemeye başvurabileceğini göstermekte, diğer taraftan ise davalının her mahkemede değil geniş anlamda yetki kurallarının gösterdiği mahkemede kendisini savunmaya mecbur bırakılması açısından davalıyı korumaktadır<sup>12</sup>.

### C. Berkin'in Geniş Anlamda Yetki Kurallarını Sınıflandırması

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yazılan medenî usûl hukukunun ilk eserlerinde "salahiyet" üst kavramı altında "mutlak salahiyet"- "nispî salahiyet" ayrımı yapılmıştır. *Belgesay*<sup>13</sup>, dan mülhem olarak *Berkin*, mahkemelerin geniş anlamda yetkilerini mutlak yetki-nispî yetki olarak ayırmıştır. *Belgesay* ile *Berkin*'in "geniş anlamda yetki" kavramını birebir kullanmadığına da dikkat çekmek gerekir. Ancak mutlak yetki ve nispî yetkiyi kapsayan üst kavram herhalde "geniş anlamda yetki" olsa gerektir. Mahkemelerin geniş anlamda yetkileri genel menfaatleri veya davacının şahsî menfaatlerini korumak için sınırlandırılabilir. *Berkin*, mahkemelerin geniş anlamda yetkisinin görülecek işin çeşidine göre şahsî bir mahiyet halini almasının mutlak yetki olarak adlandırıldığını ve burada kamunun menfaatinin, genel menfaatlerin hâkim olduğunu; şahsî menfaatleri korumak amacıyla sınırlanan mahkemenin yetkisinin ise nispî yetki olarak adlandırıldığını ifade etmiştir<sup>14</sup>. Nispî yetki kurallarının belirlenmesinde özel menfaat yani davalının menfaati hâkimdir<sup>15</sup>. Bu ayırımında mutlak yetki her zaman görevle örtüşmemektedir. Mutlak yetkisiz mahkeme görevli olabildiği gibi, tam tersi de olabilir. Örneğin, mutlak yetkisiz sulh hukuk mahkemesi tahliye davalarında ve konusunun değeri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen limitin altındaki davalarda görevliyken, mutlak yetkili asliye hukuk mahkemeleri bu davalarda görevsizdir<sup>16</sup>.

*Belgesay*'ın yaptığı sınıflandırma, görev ve yetkiyi kapsayan "geniş anlamda yetki" diye bir üst kavram olduğunu benimsemesinin görünümüdür. *Berkin*'in yapmış olduğu sınıflandırmada ise asliye hukuk mahkemelerini mutlak yetkili, sulh hukuk mahkemelerini ise nispî yetkili mahkeme olarak saydığını görüyoruz. *Berkin*'in daha sonraki eserlerinde bu ayrımı yapmak-

<sup>12</sup> Spühler/Dolge/Gehri, §15, Rn. 3-4, s. 29.

<sup>13</sup> *Belgesay*, Teoriler I, s. 89; *Belgesay*, Şerh, s. 5.

<sup>14</sup> *Berkin*, Vazife Hükümleri, s. 188; *Berkin*, Bemerkungen, s. 204.

<sup>15</sup> *Belgesay*, Şerh, s. 5; *Karafakih*, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952, s. 45; *Berkin*, Bemerkungen, s. 204.

<sup>16</sup> *Berkin*, Vazife Hükümleri, s. 188-189; *Berkin*, Bemerkungen, s. 204.

tan vazgeçtiğini, hatta görevi de kapsayacak şekilde geniş anlamda yetki kavramını kullandığını görüyoruz<sup>17</sup>. *Belgesay*'dan mülhem olarak bu ayrımı yapan *Berkin*'in incelediğimiz eserlerinde bu ayrımdan neden vazgeçtiğine dair herhangi bir açıklamasına rastlayamadık.

Literatürde *Berkin* ve *Belgesay* dışında ise geniş anlamda yetki kuralları mutlak yetki-nispî yetki olarak ayrılmamıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere görevi ve yetkiyi kapsayan geniş anlamda yetki veya sadece yer itibariyle yetkiyi kapsayacak şekilde dar anlamda yetki ayrımı yapılmıştır<sup>18</sup>.

### Ç. Berkin'in Kullandığı Görev ve İş Bölümü Kavramı

Türk hukukunda görev kavramı yargı yolu kavramını da içine alacak şekilde geniş anlamda kullanılmıştır. *Berkin* de görev kavramını geniş anlamda kullananlardan olmuştur<sup>19</sup>.

2004 yılında yürürlüğe giren 5235 sayılı Kanun'un 54. maddesi ile ilga edilen 469 sayılı Kanun'un 2. maddesinde gereken yerlerde asliye mahkemelerinin dairelere bölüneceği belirtilmişti. Asliye mahkemesinin bölünen dairelerinin işlerin niteliği ve/veya niceliği esas alınarak mı bölüneceğine dair açık bir hüküm olmasa da Adalet Bakanına, işlerin çeşidine göre davaya bakacak görevli mahkemeyi gösterme yetkisini veren hüküm<sup>20</sup> işlerin niteliğine göre de davaların bölünebileceği ve asliye mahkemesinin bir dairesinin sürekli olarak belirli nitelikteki işlere bakabileceği anlamını çıkarmaktaydı.

<sup>17</sup> **Berkin**, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 76, (Medenî Usul); **Berkin**, Rehber, s. 309.

<sup>18</sup> Bkz. I. Geniş Anlamda Yetki Kavramı A. Kavramın Tanımlanması ve Adlandırılması.

<sup>19</sup> **Balkar**, Kemal Galip: "Amme İntizamı Kaideleri Karşısında Taraflar ve Mahkeme", Mukayeseli Hukuk Dergisi Mayıs-Haziran 1958, s. 122; **Bilge/Önen**, s. 134; **Berkin**, Rehber, s. 36-37; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, C. 1, 1-70, Ankara 2017, s. 44, (Şerh 1). İlginç bir şekilde Aargau Kantonu'nda uygulamada Türk hukukunda olduğu gibi görev yargı yolunu kapsar şekilde kullanılmış ve bu uygulama eleştirilmiştir (**Eichenberger**, Kurt: Beitrage zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aargau 1949, s. 7; **Braendli M.**, s. 16). **Atalı**, geniş anlamda görevin kapsamı içine yargı yolunun yanında fonksiyonel yetkiyi de almıştır. **Atalı**, Murat: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir 2013, s. 36, (Medenî Usûl).

<sup>20</sup> Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemeyeceği, genelge gönderilemeyeceği kuralına aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (AYM, 7.4.1977, 5/45, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, 14.02.2020)

469 sayılı Kanun'da sadece "asliye mahkemesi" ve "sulh mahkemesi" ibaresi yer almıştır. Mahkemelerin yargılama faaliyetine göre sonradan hukuk yargılaması yapan asliye mahkemeleri asliye hukuk mahkemeleri olarak adlandırılmış, sulh mahkemeleri ise sulh hukuk mahkemeleri olarak adlandırılmıştır<sup>21</sup>. 5235 sayılı Kanun'da ise farklı olarak "asliye hukuk mahkemesi" ve "sulh hukuk mahkemesi" ibaresi yer almıştır.

İş bölümü kavramından bahsederken konu ile ilgili şu açıklamayı da yapmak gerekir: 1956 yılında yürürlüğe giren 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir yerde ticaret mahkemesi varsa münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler haricindeki işlerde asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki "iş bölümü" ilişkisi olarak kabul edilmişti. Yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilk halinde de bu esas kabul edilmiş ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 6102 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrası değiştirilmiş ve asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu, bu durumda göreve ilişkin usûl hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

*Berkin* 469 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde iş yoğunluğu nedeniyle bir mahkemenin genel hükümlerle (ahkâmı umumiye) ilgili davalara, kişiler hukuku ile ilgili davalara (ahkâmı şahsiye) veya taşınmaz davalarına bakmak üzere dairelere ayrılması durumunda bu daireler arasındaki ilişkiyi 6762 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde dahi "iş bölümü" ilişkisi olarak adlandırmıştır<sup>22</sup>. Dar ve teknik anlamda iş bölümü kavramı mülga Ticaret Kanunu ile hukuk düzenimize girmişken burada "iş bölümü" kavramı kullanmak kanımızca yerinde değildir. *Berkin* yargılamanın uzaması için asliye mahkemesinin bir dairesinin başka dairesinin alanına giren bir davaya bakıp hüküm vermesinin bozma sebebi sayılmaması önerisini getirmiştir<sup>23</sup>. Doktrinde 6762 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce

<sup>21</sup> **Atalı**, Murat: "Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı", Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 528, (Görev Kavramı).

<sup>22</sup> **Berkin**, *Medenî Usûl*, s. 48; **Berkin**, *Rehber*, s. 48; s. 231.

<sup>23</sup> **Berkin**, *Rehber*, s. 41. Asliye mahkemelerinin birden fazla daireye ayrıldığı dönemde bir dairenin öbür daireye özgülenmiş uyuşmazlıklara bakmasına *Belgesay* cevaz vermiş gerekçe olarak asliye mahkemesinin tek olduğunu, dairelerin bu tek asliye mahkemelerini temsil ettiğini, dairelerin asliye mahkemesinin görevi içine giren bütün dairelerin bakacağı uyuşmazlıklara bakabileceğini kabul etmiştir. Mahkemelerin görevi yalnızca kanunla belirleneceğinden işlerin daireler arasındaki dağılımının Adalet Bakanlığı'nın iç

ve sonra *Berkin* ile aynı kavramın kullanıldığı vâki olmuştur<sup>24</sup>. Bu ilişki Yargıtay'ın bir İçtihadî Birleştirme kararında da iş bölümü olarak adlandırılmıştır<sup>25</sup>.

Özel mahkemelerin kurulmadığı bir yerde sürekli olarak özel mahkemelerin görevli olduğu davalara bakan asliye hukuk mahkemesinin (469 sayılı Kanun döneminde asliye mahkemesinin) daireleri ile bu mahkemenin diğer daireleri arasındaki ilişkinin niteliği doktrinde tartışmalıdır. *Köme Akpulat* iş davaları açısından iş mahkemelerinin kurulmadığı yerde iş davalarına bakan asliye hukuk mahkemesi dairesi ile asliye hukuk mahkemesinin diğer daireleri arasındaki ilişkiyi görev ilişkisi olarak adlandırmıştır<sup>26</sup>. Bu ilişkinin “iş bölümü” ilişkisi olarak adlandırılması da vaki olmuştur<sup>27</sup>. *Berkin*, 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce kaleme aldığı bir çalışmada açıkça süreklilik ilişkisini zikretmeden davanın mahiyetine göre asliye mahkemesi dairelere ayrılırsa bu daireler arasındaki ilişkiyi görev ilişkisi olarak adlandırmış ve asliye mahkemesinin tek daire olduğu yerde dahi mahkemenin sıfatının davanın mahiyetine göre değişeceğini ve davaya hukuk mahkemesi sıfatıyla bakan dairenin ticarî bir davada görevsizlik verebileceği yönündeki görüşe eleştirmeden yer vermiştir. Görüldüğü üzere *Berkin*, yargılama usûlünün aynı olup olmadığına, usûl ekonomisine bakmaksızın görev ayırımını katı bir şekilde uygulamıştır<sup>28</sup>.

iş olduğunu, iş sahiplerini ilgilendirmeyeceğini, dairenin başka bir daireye ait olan bir davaya bakıp hüküm vermesi halinde bunun görev noktasından bozma sebebi sayılamayacağını savunmuştur (**Belgesay**, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C.1, 3. Baskı, İstanbul 1935, s. 116-117, (Adliye Teşkilatı); **Belgesay**, Teoriler I, s. 82).

<sup>24</sup> **Onar/Belgesay**, s. 28; **Belgesay**, “Davalar Nasıl Yürüyor? Daha Çabuk, Daha Garanti İle Yürümesinin Çareleri-Muhakeme Usulü Kanunu Projesi”, İÜHFİM, C. 15, S. 1, Y. 1949, s. 220, (Kanun Projesi); **Postacıoğlu**, s. 89-90; **Bilge/Önen**, s. 34; **Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 47. *Onar/Belgesay*'ın 6762 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmeden önce kaleme aldıkları eserde asliye mahkemesinin ticaret dairesi ve hukuk dairesi arasındaki ilişkiyi de iş bölümü olarak adlandırmalarına dikkat çekmek gerekir (**Onar/Belgesay**, s. 28). *Belgesay*'a göre görev itirazı ancak adliye mahkemeleri ve idare mahkemeleri arasındaki ilişki bakımından ya da asliye mahkemeleri ile sulh mahkemeleri arasındaki ilişki bakımından mümkündür (**Belgesay**, Kanun Projesi, s. 220). *Üstündağ* birden fazla sulh mahkemesi için mahkemenin dairelere bölünmesi durumunda daireler arasındaki ilişkiyi iş bölümü ilişkisi olarak adlandırmıştır (**Üstündağ**, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, 6. Bası, İstanbul 2000, s. 52).

<sup>25</sup> İBK, 14.02.1992, E. 1991/3, K. 1992/2 (RG, 01.05.1992, S. 21215).

<sup>26</sup> **Köme Akpulat**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018, s. 76.

<sup>27</sup> **Önen**, s. 47.

<sup>28</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 190-191.

5235 sayılı Kanun'un 5. maddesi 5. fıkrası uyarınca iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır ve bu mahkemeler arasındaki farklılık sadece numara farklılığıdır. Numaralandırılan daireler farklı türdeki mahkemeler olmayıp hepsi aynı mahkemenin dairesini oluştururlar. Bu daireler arasındaki ilişkiyi kanun koyucunun bizzat kendisi iş dağılımı olarak adlandırmıştır<sup>29</sup>. Keza tabîî hâkim ilkesi açısından Anayasa'ya uygunluğu yönündeki tartışmaları bir kenara bırakırsak 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesi 5. fıkrasında özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisasslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliğinin dikkate alınarak, daireler arasındaki "iş dağılımı" yapılacağı düzenleme altına alınmıştır.

6335 sayılı Kanun ile asliye hukuk mahkemesi ve asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki bir görev ilişkisi haline getirilinceye kadar adı geçen mahkemeler arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olarak adlandırılmaktaydı. Her ne kadar 6335 sayılı Kanun ile iş bölümü ilişkisi kaldırılmış olsa da kavram karışıklığına yol açmamak için kanımızca yürürlükteki hukuk sisteminde mahkemenin bir dairesi ile diğer dairesi arasındaki ilişkiyi "iş bölümü" olarak değil "iş dağılımı" olarak ifade etmek gerekir.

## II. BERKİN'İN GÖREV KURALLARININ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Berkin'in Tarafların Görev Anlaşmaları Yapma İmkânının Olup Olmadığı Hakkındaki Görüşü

*Berkin*, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu bir davada tarafların davanın asliye hukuk mahkemesinde görülebileceğine ilişkin anlaşma yapabileceklerini ileri sürmüştür ve buna dayanak olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 23. maddesini göstermiştir. Tarafların anlaşması durumunda asliye hukuk mahkemesi davayı görmeli, sulh hukuk mahkemesinin

<sup>29</sup> *Karlı, Akkan, Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, Atalı/Ermenek/Erdoğan* da iş dağılımı kavramını kullanmıştır (**Karlı**, Abdürrahim: *Medenî Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 86, dn. 94; **Akkan**, Mine: *Pekcantez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, İstanbul 2017, s. 113; **Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet**: *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 77-78; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 221). *Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası* ise asliye ticaret mahkemeleri açısından birden fazla asliye ticaret mahkemelerinin kendi aralarındaki ilişkisi için iş dağılımı kavramını kullanmış ve birden fazla asliye hukuk mahkemesinin kendi aralarındaki ilişki için de iş dağılımı kavramını kullanmıştır (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 200).

görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermemelidir. *Berkin*, asliye hukuk mahkemesinin davayı görmesiyle kamu düzeninin zedelenmeyeceğini zira asliye hukuk mahkemesinin genel görevli olduğunu belirtmiş ve Kanun'un 7. maddesini dayanak göstermiştir. *Berkin*'e göre, sulh hukuk mahkemeleri yargılama giderlerinin tasarrufu, prosedürü kolaylaştırma gibi özel menfaatlerin kullanılmasını sağladığı için taraflar şahsî menfaatlere dokunan nispî yetki konusunda anlaşma yapabilirler. Ancak tarafların mutlak salahiyeti olmayan mahkemede dava açmak konusunda yapmış oldukları anlaşma hükümsüzdür<sup>30</sup>. *Berkin*'in bu görüşlerinde atıf yaptığı Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 38. maddesi o dönemde tek fıkra idi. Hükme göre tarafların açık veya zımnî anlaşmaları yoluyla ilk derece mahkemesinde geniş anlamda yetkisiz bir mahkeme yetkili hale gelebilmekte idi<sup>31</sup>. Görüldüğü üzere hükümde mutlak yetki-nispî yetki ayrımı yapılmamaktadır. Ancak Alman medenî usûl hukukunda Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 38 ilâ 40. maddesi hükümleri uyarınca hem tarafların anlaşmalarıyla hem de davalının mahkemenin görevine itiraz etmeden davacının dilekçesine cevap vermesiyle görevsiz mahkemenin görevli hale gelmesi mümkündür<sup>32</sup>.

*Berkin*'in görüşüne katılmak şu açılardan mümkün değildir: Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 23. maddesi görevi değil yetki meselesini ele almaktadır. Nitekim *Berkin*'in daha sonraki bir eserinde Kanun'un 23. maddesini yetkili mahkeme bağlamında değerlendirdiğini görmekteyiz<sup>33</sup>. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tarafların açıkça görev anlaşması yapmasına izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde yazılmış medenî usûl hukuku literatüründe de görev sözleşmesinin yapılamayacağı yer almıştı<sup>34</sup>. Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen durum, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu davada davacının asliye hukuk mahkemesinde dava açması, davalının ihmali üzerine veya bilerek görev itirazında bulunmaması sonucu

<sup>30</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 188; **Berkin**, Bemerkungen, s. 204.

<sup>31</sup> **Sydow R./Busch L.**: Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Auflage, Berlin 1941, s. 107.

<sup>32</sup> **Wöstmann**, Heinz: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B. I, §1-11, 5. Auflage, München 2016, §1, Rn. 17, s. 125; **Coester-Waeltjen**, s. 828; **Adolphsen**, §6, Rn. 89, s. 84; **Sendmeyer**, Stefanie: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2017, Rn. 109, s. 30.

<sup>33</sup> **Berkin**, Rehber, s. 15.

<sup>34</sup> **Karafakih**, s. 45; **Ansay**, s. 80; **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri, C. I, s. 309; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Değiştirilmiş 19. Baskı, Ankara 2008, s. 141; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özokes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2010, s. 116.

asliye hukuk mahkemesinde davanın görülüp hükme bağlanmasının ardından görevin ne kanun yolunda itiraz olarak ileri sürülebilmesi ne de kanun yolu merciinin bunu bir bozma sebebi sayması idi.

Türk medenî usûl hukuku doktrininde kamu düzenine giren kurallar üzerinde ilgililerin tasarrufta bulunmaları mümkün olmadığı için<sup>35</sup> görev kurallarının kamu düzeninden sayılmasının doğal sonucu olarak tarafların görev üzerinde tasarrufta bulunamaması, görevli mahkemeyi belirlemeye yönelik açık sözleşmelerin veya görevsiz mahkemede açılan davaya davalının karşı koymaması şeklinde yapılan zımnî sözleşmelerin geçersiz olması kabul edilmektedir<sup>36</sup>. *Berkin* de esasında aynı görüşü paylaşmakta ama davacının sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu davada asliye hukuk mahkemesinde dava açılması üzerine davalının görev itirazında bulunmamasıyla oluşan zımnî anlaşmayı istisna tutmaktadır<sup>37</sup>. *Berkin*'in bu görüşüne katılabilmek mümkün değildir. Zira sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu davada davacının asliye hukuk mahkemesinde dava açması sonucu davalı bilerek görev itirazında bulunmazsa ve böylece görev konusunda zımnî anlaşma olsa dahi asliye hukuk mahkemesi bu anlaşma ile bağlı değildi. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesi 1. fıkrasına göre, asliye hukuk mahkemesi görevsizlik kararı verebilecekti. Yapılan zımnî sözleşme davayı gören görevsiz asliye hukuk mahkemesi tarafından bağlayıcı olmasa ve asliye hukuk mahkemesi görevsizlik kararı verebilse de asliye hukuk mahkemesinin görev değerlendirmesinde hata yapıp görevsizlik kararı vermemesi durumunda görevsizliğin kanun yolunda itiraz olarak ileri sürülebilmesi ve kanun yolu merciinin bunu bir bozma sebebi saymaması şeklinde sadece etkisini göstermekteydi. *Berkin*'in daha sonraki çalışmalarında görüş değiştirdiğini ve sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu davaya bakan asliye hukuk mahkemesinin re'sen görevsizlik kararı verebileceğini savunduğunu görmekteyiz<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> **Balkar**, s. 122.

<sup>36</sup> **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 15, (Şerh); **Tanrıver**, Süha: "Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", TBB, S. 104, Y. 2013, s. 27, (Tabii Hâkim); **Tanrıver**, Süha: "Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", TBB, S. 105, Y. 2013, s. 36, (Sulh Hukuk); **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 204; **Atalı**, Görev Kavramı, s. 537; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 147; **Yılmaz**, Şerh I, s. 43; **Akkan**, s. 240; **Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 147; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 184.

<sup>37</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 200.

<sup>38</sup> **Berkin**, Medeni Usul, s. 72; **Berkin**, Rehber, s. 302.

*Berkin*'e göre yargılamanın uzamaması için mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesi 3. fıkrasından bağımsız olarak sulh mahkemesinin görev alanına giren davalarda asliye mahkemelerinin karar vermesi durumunda hükmün bozulması engellenmelidir<sup>39</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanunlaşma sürecinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme bilinçli olarak göz ardı edilmiştir<sup>40</sup>. Bu değişiklik sonucunda sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ilişkisi ile bu mahkemelerle özel mahkemeler arasındaki görev ilişkisi ve sonuçları arasında herhangi bir farklılık kalmamıştır<sup>41</sup>. Böylece Hukuk Muhakemeleri Kanunu görev ayrımının sonuçlarını ağırlaştırmıştır<sup>42</sup>.

## B. Berkin'e Göre Geniş Anlamda Yetki Kurallarının Re'sen Nazara Alınıp Alınmaması

*Berkin*'e göre, mutlak yetki-nispî yetki ayrımında mutlak yetki genel menfaatleri, nispî yetki ise şahsî menfaatleri ilgilendirdiği için mutlak yetki re'sen nazara alınırken, nispî yetki re'sen nazara alınamaz<sup>43</sup>. *Berkin*, mutlak yetki ve nispî yetkinin dava şartı olup olmadığı hakkında herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. *Berkin*'in bu görüşünün *Belgesay*'dan mülhem olduğu görülmektedir<sup>44</sup>. *Berkin* daha sonraki çalışmalarında ise Türk medenî

<sup>39</sup> **Berkin**, Rehber, s. 41.

<sup>40</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> (15.8.2016). *Kiraz*'ın deyimiyile "çoğa bakan aza da bakar" deyimini artık uygulama alanı bulamayacaktır (**Kiraz**, Taylan Özgür: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 5).

Görev ayrımının temelinde yatan düşünce dikkate alındığında hükmün korunmasının daha yerinde olduğu düşüncesi için bkz. **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 13, (Değerlendirme ve Öneriler). Bu durumun usûl ekonomisine aykırı olduğu yönünde bkz. **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 85. Buradaki kuralın doğru ve yararlı olduğunu, Kanun'da yer alması gerektiğini gerekçe belirtmeden ifade eden görüş hakkında bkz. **Umar**, Bilge: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı", TBBD S. 67, Y. 2006, s. 122, (HMK Tasarı).

<sup>41</sup> **Taş Korkmaz**, Hülya: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. II, Özel Sayı-2013, s. 1757.

<sup>42</sup> **Budak**, Ali Cem: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013, s. 42.

<sup>43</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 188; **Berkin**, Bemerkgun, s. 204.

<sup>44</sup> **Belgesay**, Şerh, s. 6.



usûl hukuku literatüründe yer alan diğer çalışmalarda olduğu gibi kamu düzeninden sayılan yetki kurallarının ve görev kurallarının hâkim tarafından re'sen nazara alındığını ifade etmiştir<sup>45</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. fıkrası (c) bendinde görev dava şartı sayılmış, Kanun'un 114. maddesinin 1. fıkrası (ç) bendinde yetkinin kesin olduğu hallerde, mahkemenin yetkili bulunması dava şartı sayılmış, Kanun'un 115. maddesinin 1. fıkrasında dava şartlarının re'sen araştırılacağı ifade edilmiştir.

### C. Berkin'in Görev Kurallarının Kamu Düzeninden Olup Olmadığı İle İlgili Görüşü

*Berkin'e* göre, sulh mahkemelerinin görevi tarafların şahsî, hususî menfaatlerinin sağlanması için sınırlanır. Asliye mahkemelerinin görevi ise genel olduğundan sulh mahkemesinin görevli olduğu davaya asliye mahkemesinin bakması kamu düzenini bozmaz ve hüküm bu sebeple bozulamayacaktır. Asliye mahkemesi "mutlak yetkili" olduğu için sulh mahkemesinin görevli olduğu davaya ancak tarafların muvafakati halinde bakacaktır. Ancak taraflardan biri görev itirazında bulunursa bu durumda asliye mahkemesi sulh mahkemesinin görevli olduğu davaya bakamaz. Bunun gerekçesi olarak yazar o günkü adli teşkilatı göz önünde bulundurarak kimsenin kendi yerleşim yerinde görevli sulh mahkemesi bulunurken uzak merkezlerdeki görevsiz bir mahkemede yargılamaya mecbur edilemeyeceğini göstermiştir<sup>46</sup>.

*Berkin'e* göre, görevsiz mahkemenin hüküm vermesi kamu düzenini gerçekten bozuyorsa görevsiz mahkemenin verdiği hükmün her zaman batıl olması ve bu hükmü Yargıtay'ın süre ile bağlı olmadan bozması gerekir. Ancak böyle bir sonuç mantıklı değildir. Diğer taraftan görevsiz mahkemece verilen hükme karşı kanun yoluna gidilmemesi sonucu hükmün kesinleşmesi kabul edilmesine rağmen kamu düzeninin bozulduğu ileri sürülmektedir<sup>47</sup>.

Hukuk literatürümüzde görevin kamu düzeninden olması sorgulanmış ve eleştirilmiştir<sup>48</sup>. Ancak kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

<sup>45</sup> **Berkin**, Medenî Usul, s. 72, 84; **Berkin**, Rehber, s. 301, 336.

<sup>46</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 199, 202. *Berkin'in* sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi arasındaki derece farkı anlayışı kıdeme, uzmanlığa ve tecrübe farkına dayanmaktaydı (**Berkin**, Rehber, s. 230).

<sup>47</sup> **Berkin**, Rehber, s. 41.

<sup>48</sup> **Onar/Belgesay**, s. 60; **Belgesay**, Mustafa Reşit, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tadiline Dair Kanun Tasarısı", İÜHF, C. 13, S. 4, Y. 1947, s. 1418, (Kanun Tasarısı); **Belgesay**, Kanun Projesi, s. 219; **Atalı**, Murat: Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü, Konya 1993 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans

1. maddesinde görevin kamu düzeninden olduğunu belirterek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda olmayan bir hükme yer vermiş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da hâkim olan görevin kamu düzeninden olması anlayışını pekiştirmiştir.

### III. BERKİN'İN MAHKEME TEŞKİLATINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Berkin'in Özel Mahkemeler Hakkındaki Görüşü

*Berkin*, *Belgesay* gibi özel mahkemelerin kurulması sonucu aynı tip uyuşmazlıkları çözen hâkimler arasında geleneksel teamüllerin, sabit fikirlerin oluşacağını ve katılan bu teamüllerin değişen zamana ayak uyduramayacağı yönünde endişelerini dile getirmektedir<sup>49</sup>. Ancak söz konusu eğilimlerin sadece genel mahkemelerin olduğu bir hukuk sisteminde ortaya çıkmayacağı herhalde söylenemez. Türkiye'de uyuşmazlık konusunda uzman olan hâkimlerin görev aldığı özel mahkemelerin kurulması yönündeki kanaatler hakkında ise *Belgesay*, görev meselesinin bu kadar büyütülmemesi gerektiğini belirtmiş, Türkiye'de halihazırda mahkemelerin görevlerinin hâkimlere uzmanlık sağlamak amacıyla sınırlandırıldığından şüphe duymuştur<sup>50</sup>.

Özel mahkemelerin kurulmasının aleyhinde olan görüşe göre, özel görevli mahkemelerin kurulması, aynı yargı kolu içerisinde çok parçalı yapı oluşturduğu için çözülmesi zor görev sorunlarına neden olacaktır ki bu durum yargılamanın uzamasına sebep olur<sup>51</sup>. *Berkin*, hem görev hem de yargı

---

Tezi), s. 37-38, (Ticaret Mahkemeleri); **Budak**, s. 42; **Budak**, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, §3, Kn. 6, s. 43.

<sup>49</sup> **Belgesay**, Mustafa Reşit: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat", İÜHF, C. 13, S. 1, Y. 1947, s. 158, (Tadilat); **Berkin**, Rehber, s. 39-40. *Belgesay* bu gerekçeyle, başka bir makalesinde uzman hâkimin faydasından çok zararının olacağını ifade etmiştir. Yazarın, avukatların, kalıplaşmış fikirleri olan, mevzuat ve içtihadı bilmesi nedeniyle hep içtihat üzere karar veren hâkimlere basmakalıp Yargıtay kararlarını beyanda bulunmak ile yetineceği tespitinde bulunması son derecede ilginçtir (**Belgesay**, Kanun Tasarısı, s. 1418). *Belgesay*, başka bir çalışmasında kalıplaşmış fikirleri olan, konusunda uzmanlaşması nedeniyle halkın ihtiyaçlarını farkedemeyen "uzman hâkim"in yerine içtimaî ilişkiler hakkında kapsamlı bilgisi olan "âlim hâkim"lerin tercih edilmesi gerektiğini savunmuştur. **Belgesay**, Mustafa Reşit: "Garbi Avrupada Bir Etüt Gezisi", İÜHF, C. 17, S. 1-2, Y. 1951, s. 96, (Etüt Gezisi).

<sup>50</sup> **Belgesay**, Tadilat, s. 158, 159.

<sup>51</sup> **Belgesay**, Adliye Teşkilatı, s. 99; **Belgesay**, Mustafa Reşit: "İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasında Vazife İhtilafları", İÜHF, C. 9, S. 1-2, Y. 1943, s. 251, (İhtisas Mahkemeleri); **Taşpınar**, Sema: "Medeni Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, Ankara 2006, s. 253-254; **Tanrıver**, Süha: "Madencilik

yolu açısından bu görüşü savunmuştur<sup>52</sup>. Ülkemizde ilk derece mahkemesinde özel mahkemelerde nitelikli hâkim açığı sorun varken, kısa sürede uzman hâkim yetiştirmek ve bunları istihdam etmek kolay olmasa gerekir<sup>53</sup>.

*Berkin* de diğer özel mahkeme kurulması aleyhine görüş ifade edenler gibi, genel görevli mahkemelerdeki hâkimlerin konusunda uzman olan bilirkişinin, alanında uzman olması beklenen avukatların yardımından faydalanabileceğini ve genel hukuk bilgilerinin yardımıyla mevzuatı daha makul bir şekilde yorumlayabileceklerini ifade etmektedir<sup>54</sup>. Halbuki bu görüş maddî vakıa ve hukuk ayırımı gözdardı etmektedir. Bilirkişi özel veya teknik bilgisini maddî vakıaların tespit edilmesi için yahut maddî vakılardan sonuç çıkarılması için kullanır. Bilirkişi oy ve görüşünü açıklarken hiçbir hukukî değerlendirmede bulunamaz. Hâkim olaya uygulanacak hukuk kurallarını araştırıp, olaya doğru bir şekilde uygulamakla yükümlüdür. Hukukî sorunda olayı en iyi bilen hâkimin kendisidir. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hukukî uyuşmazlıkta özel bir mevzuat varsa mevzuat hakkında bilgi edinmek ve bu bilgisini derinleştirmek hâkimin görevidir<sup>55</sup>.

Kanımızca günümüzde uyuşmazlıkların karmaşıklaşması nedeniyle özel mahkemelerin kurulması zorunlu hale gelmiştir. Ancak özel mahkemelerin kurulması halinde bu mahkemelerin ekonomik, hukukî, teknik açıdan ne kadar etkin olacağı konusunda ciddi araştırmalar yapılmalı, mahkeme teşkilatının çok parçalı olmamasına özen gösterilmelidir.

## B. Berkin'in Kullanmış Olduğu İstisnaî Mahkeme Kavramı

Özel mahkemeler istisnaî mahkemelerden farklıdır. Özel mahkemeler Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini korurken, istisnaî mahkemeler Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesine aykırıdır<sup>56</sup>. İsviçre hukukunda da özel mahkemelerin İsviçre Anayasası'nın 30. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde hukuk devleti gerekçesiyle yasaklanan, sadece belirli bir yargılama için kurulmuş istisnaî mahkemelerle karıştırılmaması gerektiği ifade edil-

---

Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler", ABD, S. 4, Y. 2010, s. 202, (Madencilik Alanı).

<sup>52</sup> **Berkin**, Rehber, s. 40.

<sup>53</sup> **Tanrıver**, Madencilik Alanı, s. 202-203. **Berkin**, yargı yollarını da dahil ederek bu görüştedir (**Berkin**, Rehber, s. 40).

<sup>54</sup> **Belgesay**, İhtisas Mahkemeleri, s. 251; **Berkin**, Rehber, s. 40; **Taşpınar**, s. 253-254.

<sup>55</sup> **Tanrıver**, Madencilik Alanı, s. 204.

<sup>56</sup> **Kanadoğlu**, Osman Korkut: "Kanuni Hakim Güvencesi Özel Görevli Mahkemeler", Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler Panel Notları, İstanbul 2013, s. 46.

miştir<sup>57</sup>. İstisnâ mahkemeler kişiye ve somut olaya göre kurulan mahkemelerdir. Özel mahkemeler uzmanlaşmak ihtiyacını karşılama amaçlı kurulmuştur. Özel mahkemelerde genel mahkemelerde olduğu gibi kuruluş, işleyiş ve güvenceler bakımından genel mahkemeler için öngörülmüş bulunan temel ilkeler geçerlidir<sup>58</sup>. Ancak *Berkin*, özel mahkemenin yerine geçecek şekilde istisnâ mahkeme kavramını kullanmıştır<sup>59</sup>. Bu kullanımın *Berkin*'in yaşadığı dönemde yaygın bir kullanım olduğu söylenebilir<sup>60</sup>.

#### IV. BERKİN'İN GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BAZI GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Dava Konusunun Paradan Başka Bir Şey Olması Halinde Tarafların Anlaşmasının Mahkemeyi Bağlayıp Bağlamayacağı Konusunda Berkin'in Görüşü

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, dava konusu taşınır veya taşınmaz mal gibi paradan başka fakat para ile ölçülebilir bir şey ise dava konusunun dava açıldığı gündeki değeri esas alınmaktaydı (m. 1/2). Davacının dava dilekçesinde dava konusunun değerini belirtmesinin görev açısından da önemi büyüktü<sup>61</sup>.

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesi 2. fıkrasının mefhumu muhalifinden, dava konusu paradan başka bir şey olup da iki taraf değerinde uzlaşırlarsa bu anlaşmanın mahkemeyi bağlayacağı sonucu

<sup>57</sup> **Haertsch**, Theodor: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) SHK - Stämpflis Handkommentar, Art. 4-8, Bern 2010, Art. 4, N. 6, s. 13-14; **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 6, Rn. 8, s. 44-45; **Vetter**, Meinrad: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 6, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-VETTER**, Art. 6, N. 10, s. 35; **Grob-Andermacher**, Béatrice /**Walder Richli**, Hans Ulrich: Zivilprozessrecht Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonalen Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Auflage, Zürich 2009, §5, Rn. 45, s. 82.

<sup>58</sup> **Keyman**, Selahattin/**Özgen**, Eralp/**Toroslu**, Nevzat: "Uzmanlık Mahkemeleri", ABD, S. 5, Y. 1978, s. 817; **Tanrıver**, Madencilik Alanı, s. 200.

<sup>59</sup> **Berkin**, Rehber, s. 230, 258.

<sup>60</sup> *Belgesay* ve *Postacioğlu* özel mahkemeler yerine olağanüstü mahkeme anlamına gelecek şekilde "istisnâ mahkeme" kavramını kullanmışlardır. Bu kavramın doğru bir kavram olduğu söylenemeyecektir (**Belgesay**, Adliye Teşkilatı, s. 99; **Postacioğlu**, s. 92).

<sup>61</sup> **Tüysüz**, Vahit: "Mamelek Hukukundan Doğan Davalarda Dava Konusunun Değerinin Mahkemece Belirlenmesi", AD, S. 7, Y. 1986, s. 9.

çıkılmaktaydı. Davanın tarafları dava konusunun değeri üzerinde anlaşılırsa mahkemenin üzerinde uzlaşılacak değerle bağlı olup olmayacağı doktrinde tartışmalıydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, davanın tarafları dava konusunun değeri üzerinde anlaşılırsa, görevli mahkemenin tarafların anlaş-tıkları değere göre belirlenmekte olduğu görüşünü benimsemiştir. Yani mahkemenin re'sen değer belirlenmesine gerek yoktu<sup>62</sup>. *Berkin* de bu görüşü benimsemektedir<sup>63</sup>. *Belgesay*'a göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-nu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında mahkemelerin görevine esas olan değeri belirlemede taraflara serbestlik tanınması, dava konusunun değerine göre belirlenen görev kuralları için kamu düzeninden çok tarafların özel menfaat-lerinin gözetildiği kanaatini uyandırmaktadır<sup>64</sup>.

Tarafların dava konusu değeri üzerinde anlaşmalarının mümkün oldu-ğunu savunan, *Berkin*'in de içinde olduğu doktrindeki bir görüşe göre zımnî bir anlaşma yani davalının davacının gösterdiği dava konusunun değerine itiraz etmemesi mahkemenin dava konusunun değeri ile bağlı olması açısından yeterli idi<sup>65</sup>. Ancak harç yönünden mahkeme tarafların anlaşması ile bağlı değildir zira harç kamu hukukuna ilişkin bir husustur<sup>66</sup>.

Tarafların dava konusu değeri üzerinde anlaşmalarının mümkün oldu-ğunu ancak bu anlaşmanın açık olması gerektiğini savunan bir görüşe göre hâkim davanın başında tarafların açık bir anlaşması olup olmadığını re'sen araştıracaktı. Açık bir anlaşma varsa ona göre görevli olup olmadığını belir-lemeli aksi takdirde re'sen dava konusunun değerini takdir etmelidir. Diğer bir deyişle davalının davacının dilekçede belirttiği değere itiraz etmemesi yetmiyordu. Bu görüş uyarınca görev kamu düzeninden olsa bile dolaylı olarak görev sözleşmesi yapılabiliyordu ve Kanun kendi içinde çelişki barındırmaktaydı<sup>67</sup>.

Tarafların dava konusu değeri üzerinde anlaşmalarının mümkün oldu-ğunu savunan doktrindeki bir başka görüşe göreyse davalı, davacının dava dilekçesinde belirttiği değere itiraz etmezse başlangıçta değer tespitine girmemeli, dava sırasında yaptığı keşife göre görevli olup olmadığını belir-

<sup>62</sup> **Karafakih**, s. 49; **Tüysüz**, s. 9.

<sup>63</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 189, 190; **Berkin**, Rehber, s. 296-297.

<sup>64</sup> **Belgesay**, Şerh, s. 16.

<sup>65</sup> **Ansay**, s. 82-83; **Berkin**, Rehber, s. 296.

<sup>66</sup> **Karafakih**, s. 49;

<sup>67</sup> **Postacıoğlu**, s. 125-126. *Atalı*, hükmün mefhum-u muhalifinin çelişki oluşturduğunu belirtmiş ancak açıklığı nedeniyle tarafların anlaşmalarının hâkimi bağlayacağını savunmuştur (*Atalı*, Görev Kavramı, s. 538).

lemeliydi. Zira hâkimin davalının itiraz etmemesi durumunda davacının bildirdiği dava konusunun değeri ile dava konusunun gerçek değeri arasındaki oransızlığı başlangıçta bilmemesinin imkanı yoktur<sup>68</sup>.

Buna karşın mefhum-u muhalife göre yapılan yorum, görev sözleşmesine zımnî olarak icazet vermek anlamına geldiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Taraflar açıkça anlaşmış olsalar ve dava konusunun değeriyle tarafların üzerinde anlaştıkları değer üzerinde açık bir oransızlık olmasa bile mahkemenin re'sen dava konusunun değerini belirlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Hâkim tarafların anlaştığı dava değerini uygun görüyorsa elbette sorun görülmemiştir. Aksi yorum kanunla belirlenmesi gereken görevli mahkemenin tarafların sözleşmesiyle belirlenmesine yol açacaktı. Halbuki hukukumuzda hiçbir şekilde görev sözleşmesi yapılamamaktaydı<sup>69</sup>.

Dava konusu paranın dışında bir şey ise ve davalı itiraz etmiyorsa görevi belirleyen dava konusunun değerinin belirlenmesinde yine esas alınan davacının iddiaları idi. Ancak dava konusunun para dışında bir şey olduğu hallerde taraflar dava konusunda anlaşamazlarsa *Berkin*, iddia ve savunmayı oluşturan vakıalara göre görevi belirleyecek dava konusunun değerinin mahkeme tarafından takdir olunacağını savunmuştur. Mahkemenin belirlediği dava konusunun değeri gerçekle örtüşmezse bile görevli mahkemenin tayininde esas alınır<sup>70</sup>. *Berkin*, dava konusunun değerini belirleyen mahkeme kararının tek başına temyiz olunabildiğini savunmuştur<sup>71</sup>. Ara karar olan bu kararın temyizi kabil olduğunu savunmak kanımızca mümkün değildir.

## B. Berkin'in Terditli Davalarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Görüşü

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde terditli davalarda görevin nasıl belirleneceğine ilişkin açık hüküm yoktu. Bu konuda üç görüş bulunmaktaydı: Birinci görüş, terditli davalarda görevin davacının ileri sürdüğü asıl talebin miktar veya değerine göre belirlenmesi yönündeydi. *Berkin* de bu görüşü savunmuştur<sup>72</sup>. İkinci görüş, terditli dava-

<sup>68</sup> Bilge/Önen, s. 154.

<sup>69</sup> Kuru, Hukuk Muhakemeleri I, s. 172, 310; Tüysüz, s. 12; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 105.

<sup>70</sup> Berkin, Vazife Hükümleri, s. 192-193.

<sup>71</sup> Berkin, Vazife Hükümleri, s. 192.

<sup>72</sup> *Berkin*, terditli taleplerde görevin en yüksek değere veya iddia olunan malın değerine göre tayin olunacağını belirtmiştir (*Berkin*, Vazife Hükümleri, s. 196). "En yüksek değer" ibaresi kafa karıştırmaktadır. Görevin asıl talebe göre belirlendiğini zikretmek

lar seçimlik davalara çok benzediği için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi 1. fıkrası 1. cümlesi ve 3. maddesi 2. fıkrasındaki düzenlemenin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktaydı. Diğer bir deyişle terditli davalarda ileri sürülen taleplerden hangisinin değeri yüksekse görevli mahkemenin bu değere göre belirlenmesi gerektiği savunulmaktaydı. Terditli taleplerden biri para ise mahkemenin görevini belirleyen para olması gerektiği ileri sürülmekteydi<sup>73</sup>. Üçüncü görüşe göreyse, terditli davada dava konusunun değerinin belirlenmesinde asıl talebin ve fer'i talebin değeri toplanmalıdır<sup>74</sup>.

İsviçre medenî usûl hukukunda terditli dava objektif dava birleşmesinin altında bir tür olarak görülmektedir<sup>75</sup>. Objektif dava birleşmesinde dava edilen bütün talepler için mahkemenin görevli olması aranmıştır. Görev dava konusunun değerine göre belirlenmektedir. Malvarlığından kaynaklanan bir davada dava değeri yoksa dava değeri kural olarak mahkeme tarafından belirlenmektedir. Terditli davada ya asıl talep ya da fer'î talep hakkında hüküm verileceği için görevin belirlenmesinde dava değerinin toplanması yasaklanmıştır yani her talep için görevli mahkeme ayrı belirlenir. Fer'î talebin değeri gerekli yüksekliğe ulaşamazsa ve bu nedenle asıl talep için görevli mahkemenin görev alanı içine düşmezse bu durumda esasında asıl talep ile fer'î talep arasındaki bağlantı caiz olmaz. Bununla birlikte asıl talep için görevli olan mahkemenin, usûl ekonomisi gerekçesiyle ve her iki dava arasında maddî bağlantı nedeniyle fer'î talep için de görevli olduğu kabul edilmelidir<sup>76</sup>.

## V. BERKİN'İN GÖREV KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI İLE İLGİLİ BAZI GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanunların geriye yürümemesi (makabline şâmil olmaması) hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri olan hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir. Bu kural medenî usûl hukukunda da geçerlidir. Yani usûl hukukunda kanunların derhal uygulanabileceği esastır. Bir

daha doğru bir ifade tarzıdır. Zira davacının terditli talebinde asıl talep bazı nedenlerle değer açısından fer'i talepten daha düşük değerde de olabilir.

<sup>73</sup> **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri I, s. 195.

<sup>74</sup> **Muşul**, Timuçin: Medenî Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 200, (Terdit İlişkileri).

<sup>75</sup> **Guldener**, Zivilprozessrecht, § 25, s. 214.

<sup>76</sup> **Klingler**, Rafael: Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, §2, Rn. 103, s. 41-42.

usûli işlem tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren kanun bu işleme etki etmez. Eski kanun zamanında dava açılabilirse bile aksine hüküm bulunmadıkça, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren dava yeni kanuna göre görülür ve sonuçlandırılır. Medenî usûl hukuku kuralları devletin hukukî koruma sağlama fonksiyonu kapsamında ve hakların en iyi şekilde korunmasını sağlamaya yönelik olarak düzenlendiği için yeni kanunun eski kanundan daha iyi, hak arama yönünden daha garantili olduğu kabul edilmektedir. Taraf kendisi hakkında maddî hukuk işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte olan usûl hükmünün uygulanmasını talep edemeyecek, önceki usûl hükmü yürürlükte iken yapılan usûli işlemin mukadderatı bu hükümler değiştirilince kural olarak bu hükümlere tâbi olmayacaktır<sup>77</sup>. *Berkin* de usûl hukuku kurallarının tamamlanmış işlemlere etki etmemek şartıyla derhal uygulanacağını savunmaktadır<sup>78</sup>. Dava açıldıktan sonra yeni kanun yürürlüğe girerse kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kesin hüküm verilinceye kadar yapılan usûl işlemleri yeni kanuna tâbi olur. Her davanın tek bir işlem den ibaret sayılmaması, davayı oluşturan taraf usûl işlemleri ve mahkeme usûl işlemleri için bütün işlemlerin zaman bakımından uygulanma açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tutulması gerekir. Yani bu işlemlerden tamamlanmamış olanlar yeni kanuna tâbi olacaktır<sup>79</sup>. Aksini düşünmek tamamlanmış işlemlerin bozularak değiştirilmesine veya yeniden yapılmasına bunun sonucunda da işin gecikmesine ve yapılan masrafların artmasına yol açar<sup>80</sup>.

Klasik doktrin, yeni kanunun tamamlanmış usûli işlemlere etki etmesini usûli müktesep hak kavramı ile açıklamıştır. Mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 578. maddesinde medenî usûl hükümlerinin müktesep hakkı ihlal etmemek şartıyla geçmişe etkili olacağı düzenlenmesi de bu anlayışın uzantısıdır. Usûli müktesep hak kavramının icat edilmesinin amacı, yeni kanunun tamamlanmış usûli işlemlerine etki etmesini engelleyerek subjektif hakları güvence altına almak ve dava sürecine istikrar

<sup>77</sup> **Karafakih**, s. 8; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 74; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Medenî Usûl, s. 15-16; **Karslı**, Medeni Muhakeme, s. 42; **Umar**, Şerh, s. 11; **Budak/Karaaslan**, §1, Kn. 2, s. 1-2. *Bilge/Önen* ise konuyu başka bir şekilde ele alarak medenî usûl kurallarının derhal yürürlüğünden ziyade bu kuralların kural olarak geçmişe yürüdüğünü ifade etmiştir (**Bilge/Önen**, s. 7).

<sup>78</sup> **Berkin**, Medenî Usûl, s. 18; **Berkin**, Uygulama, s. 164-165; **Berkin**, Dava ve Kaza, s. 409; **Berkin**, Rehber, s. 68.

<sup>79</sup> **Berkin**, Uygulama, s. 171; **Özekes**, Muhammet: "Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2871, (Zaman İtibariyle).

<sup>80</sup> **Berkin**, Uygulama, s. 165.



kazandırmaktır. Ancak yeni kanunun kamu düzeninden olması halinde usûli müktesep hakkın korunmayacağı yani yeni kanunun geçmişe yürüyeceği savunulmuştur<sup>81</sup>. Kamu yararını gözettiği için kamu düzeninden olan ve tarafların iradesini dikkate almayan kanunlar düzenledikleri hukukî ilişkiler hakkında, bu hukukî ilişkiler kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşse bile geçmişe yürürler<sup>82</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, mahkemeleri kaldıran ve mahkemelerin görevini değiştiren kanunlar, yürürlük tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklar hakkında da uygulanır. Zira bu hükümler ilgililerin iradesi dışında getirilmiş ve kamu düzeninden olan hükümlerdir. Görevli mahkemede dava görülürken yürürlüğe giren kanunla artık mahkemenin görevsiz hale gelmesi, taraflara davanın görevsiz mahkemede görülmeye devam etmesi ve davanın hükme bağlanabilmesi için usûli müktesep hak tanımaz<sup>83</sup>. *Berkin*, geniş anlamda yetkiyi mutlak yetki-nispî yetki diye ayırdığı çalışmasında (**Berkin**, Vazife Hükümleri, 1952) mutlak yetki kurallarının kamu düzeninden olduğu için usûli müktesep hakkı oluşturmadığını, mutlak yetkiyi değiştiren kanunların derhal uygulandığını ifade etmiş<sup>84</sup>, bu ayrımı kullanmadığı dönemde ise (**Berkin**, Uygulama, 1979; **Berkin**, Rehber, 1981) görevin usûli müktesep hak oluşturmayacağı görüşünü benimsemiştir<sup>85</sup>.

Türk hukukunda bizim de katıldığımız görüşe göre ise mahkemenin görevi davanın açılma anına göre belirlenmelidir. Davanın açılmasından sonra meydana gelen değişiklikler yeni kanun ile yapılırsa dahi mahkemenin görevini etkilemez. Davanın açıldığı anda görevli olan mahkeme daha sonra

<sup>81</sup> **Berkin**, Medenî Usûl, s. 19; **Berkin**, Uygulama, s.166-167; **Berkin**, Rehber, s. 68-69, 70. *Üstündağ*'a göre, usûl kanunlarının geriye yürütmesi ibaresi yanıltıcıdır. Doğru olan usûl kanunlarının derhal yürürlüğe girmesidir. Eğer kanun geriye yürüseydi eski kanun zamanında yapılmış olan işlemlere de etki etmesi gerekcekti (**Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 75).

<sup>82</sup> **Berkin**, Uygulama, s. 167-168. “ (...) Kaideten her hadisenin hukuki hükümleri; o hadisenin vukubulduğu tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine tabi bulunmuş ise de, bu kaide mutlak surette cereyan etmeyip kamu düzeniyle ilgili bulunan veya metninde makabline şamil olacağı tasrih edilmiş olan kanunların makabline şamil olması icabedeceğine (...)” İBK, 22.5.1946, E. 1943/26, K. 1946/9 (Kazancı-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>83</sup> **Belgesay**, Adliye Teşkilatı, s. 45; **Belgesay**, Şerh, s. 6; **Ansay**, s. 7; **Erman**, Eyüp Sabri: “Sonradan Meydana Gelen Görev ve Yetki Değişikliklerinin Derdest, Dava ve Takiplere Etkisi”, AD, S. 9-12, Y. 1964, s. 911; **Bilge/Önen**, s. 8.

<sup>84</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 190.

<sup>85</sup> **Berkin**, Uygulama, s. 168; **Berkin**, Rehber, s. 71.

çıkarılan bir kanun ile görevsiz hale gelse bile görevsizlik kararı veremez<sup>86</sup>. Bu durum Türk hukukunda davanın açılması anında görevin “sabitleşmesi” olarak tanımlanmıştır<sup>87</sup>. Davanın başında görevsiz olan mahkeme, dava esnasında görevli mahkeme sıfatını kazanırsa dava o mahkemede görülmeye devam eder<sup>88</sup>. Hatta yargılama sırasında görevli olabilen mahkeme sonradan görevsiz hale gelse bile görevli kalmaya devam edecektir. Davanın başında görevsiz olan mahkemenin dava sonuna kadar görevsiz kalacağı şeklinde bir kural yoktur<sup>89</sup>.

## VI. BERKİN'İN GÖREV KURALLARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI İLE İLGİLİ BAZI GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Berkin* görev kavramını geniş anlamda kullandığı ve yargı yolunu da dahil ettiği için<sup>90</sup> öncelikle yargı yolunun caiz olmamasının sonuçlarına yer vermek istiyoruz. Türk hukukunda yargı yolunun caiz olmamasına rağmen verilen kararın kesinleşmesi sonucu kararın ne olacağı ile görevsizlik üzerine verilen kararın kesinleşmesi sonucu kararın ne olacağı hakkındaki görüşler birbirinden farklılaşmıştır. Yargı yolunun caiz olmamasına rağmen verilen kararın kesinleşmesi üzerine kararın akıbeti hakkında doktrinde tartışmalar vardır. Doktrinde bir görüşe göre, geçerli yargı yolunda verilmemiş ve

<sup>86</sup> **Üstündağ**, Saim: İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 211, (İddia ve Müdafaa); **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 171; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Medenî Usûl, s. 75; **Pekcanitez**, Hakan: “Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibarıyla Uygulanması”, GÜHFD, S. 2, Y. 2005, s. 178, (Görev Kuralları); **Muşul**, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 122, (Medenî Usûl). **Taşpınar Ayvaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça görevin kamu düzeninden olmasına yer verilmesine mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 7. maddesindeki istisnaî hükme yer verilmemesi gerçekliği karşısında Türk hukukunda “perpetuatio fori” ilkesinin uygulanamayacağını savunmaktadır. Zira bu ilke yazara göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça yer almamıştır (**Taşpınar Ayvaz**, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 193, 195).

<sup>87</sup> **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 42; **Özsumcu**, Seda: “Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 188; **Kıyak**, Emre: Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara 2014, s. 94.

<sup>88</sup> **Üstündağ**, İddia ve Müdafaa, dn. 40a, s. 211-212; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 171. Yeni bir kanunla kabul edilen görev kurallarının geçmişe etkili olduğunu savunan **Kuru** da bu hususta aynı görüştedir (**Kuru**, Hukuk Muhakemeleri I, s. 310).

<sup>89</sup> **Üstündağ**, İddia ve Müdafaa, dn. 40a, s. 211-212; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 171.

<sup>90</sup> **Berkin**, Rehber, s. 36-37.

kesinleşmiş karar şeklen var olsa da butlanla batıldır. Yani bu karar icra edilemez ve maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olamaz<sup>91</sup>. Bu kararın butlanının tespiti için bir dava açılması mümkündür. *Berkin*'in de savunduğu diğer görüşe göreyse geçerli yargı yolunda verilmemiş ve kesinleşmiş karar yok hükmündedir ve hukuk alanında sonuç doğurmaz<sup>92</sup>. Oysa görevsiz mahkemenin verdiği hükmün kanun yolu merciinde onanması halinde şeklen kesinleşen bu kararın maddî anlamda kesin hüküm olabilmesi mümkündür ve icra edilebilir<sup>93</sup>. Görevsiz mahkemenin verdiği karar kural olarak icra edilebilir. Açık bir şekilde görevsiz olan mahkeme bir meselede karar vermişse örneğin kira mahkemesi boşanma kararı vermişse verilen kararın butlanının istenilebileceği<sup>94</sup> ve icrasından kaçınabileceği ifade edilmiştir. *Berkin*, şu anda aile mahkemelerinin görevli olduğu davalara asliye mahkemelerinin baktığı, aile mahkemelerinin görevli olmadığı dönemde sulh hukuk mahkemesinin boşanma davasında verdiği hükmü hükümsüz kabul etmiştir. Gerekçe olarak boşanma davalarının kamu düzeninden olmasını ve boşanmanın hukukî sonucunu görevli asliye mahkemesinin kararı ile göstereceğini ifade etmiştir<sup>95</sup>.

Yürürlükte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda mahkeme hükmünün butlanının tespiti gibi bir kurum yer almamaktadır. Hatalı olan karara karşı denetim mekanizması olarak kanun yolu müessesesi düzenlenmiştir. Bu çerçevede her ikisi de dava şartı olan görev (m. 114/1-c) ve yargı yolunun (m. 114/1-b) caiz olmasına aykırı karar verilmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesi çerçevesinde istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olabilecek, bu dava şartlarına aykırı verilen karar

<sup>91</sup> **Kuru**, Baki: "Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet", ABD, S. 2, Y. 1960, s. 33, (Kaza Çeşitleri); **Bilge/Önen**, s. 135.

<sup>92</sup> **Belgesay**, Teoriler I, s. 90; **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 200-201; **Postacıoğlu**, s. 123; **Berkin**, Rehber, s. 285. *Postacıoğlu*, kaza kuvvetinin yokluğu kavramını kullanmıştır (**Postacıoğlu**, s. 123). **Özekes**, yargı yolunun caiz olmamasına rağmen verilen kararın yok sayılmaması gerektiğini savunmaktadır. **Özekes**, Muhammet: "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", YD, C. 26, S. 4, Y. 2000, s. 677, (Etkisiz Hüküm).

<sup>93</sup> **Postacıoğlu**, s. 123; **Kuru**, Kaza Çeşitleri, s. 33; **Berkin**, Rehber, s. 285; **Atalı**, Görev Kavramı, s. 533, dn. 55.

<sup>94</sup> **Guldener**, Max: "Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht", ZSR, S. 65, Y. 1946, s. 186; **Leuenberger**, Christoph/**Uffer-Tobler**, Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016; Rn. 2.129, s. 66; **Wey**, Rainer: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Art. 4-5, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 4, N. 7, s. 18.

<sup>95</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 189.

aleyhinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361. ve 362. maddesi çerçevesinde temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün olabilecektir. Bu dava şartlarına aykırılığın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinde kesinleşmiş hükme müdahale imkanı sağlayan yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmadığına dikkat çekmek gerekir. Bir dava şartı olan göreve ve yargı yolunun caiz olmasına aykırı şekilde verilen kararın kesinleşmesi durumunda bu karara karşı butlan davası veya benzeri bir hukukî yola başvurulması mümkün değildir<sup>96</sup>.

*Berkin* mutlak yetki-nispî yetki ayrımını benimsediği dönemde (**Berkin**, Vazife Hükümleri, 1952) tarafların anlaşarak hareket edebilecekleri veya kamu düzeninden olmayan yahut açıkça yargı yerinin belirlenmediği hallerde mahkeme mutlak salahiyetsiz olsa bile mahkemenin kararının Yargıtay tarafından bozulmadıkça geçerli olduğunu savunmuştur. Örneğin sulh hukuk mahkemesi mutlak salahiyetsiz olduğu miktarı veya değeri Kanun'da öngörülen limitin üstünde olan alacak davalarını görse bile verilen hüküm Yargıtay tarafından bozulmadıkça geçerli olacaktır. Zira tarafların üzerindeki anlaştıkları dava konusunun değerini mahkeme re'sen belirleyemez<sup>97</sup>.

*Berkin*'e göre vazife ve mutlak yetki birbiriyle tam örtüşmediği için bir davaya görevli olmayan ancak mutlak salahiyetli olan asliye mahkemesinin bakması yargılama usûlüne (usûlü muhakeme) muhalefet oluşturur. Ancak bir tarafın savunma hakkını kullanmasını fiilen engellememişse esasa etkili olmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesi gereği bozma sebebi olarak sayılmayacaktır<sup>98</sup>. Görevsiz asliye mahkemesinde dava açılmasına rağmen davanın görülmesi ve hükmün verilmesi Kanun'un 428. maddesi 1. fıkrası 2. bendindeki mahkemenin görevsiz olması temyiz sebebinin kapsamındadır. *Berkin*'in bu durumda kanunun açık hükmüne rağmen ve görevsizlik açık olmasına rağmen bu hükmü uygulamaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesi 1. fıkrası 4. bendindeki usûlü muhakemeye muhalefet edilmesi temyiz sebebini uygulamasına katılabilmek mümkün değildir. *Berkin*, daha sonraki çalışmalarında ise ayırım yapmadan görev kurallarına uyulmaması durumunda Kanun'un 428. maddesi 1. fıkrası 2. bendindeki hükmü uygulamıştır<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> **Atalı**, Murat: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2045, (Pekcanitez Usûl).

<sup>97</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 189.

<sup>98</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 200.

<sup>99</sup> **Berkin**, Medeni Usul, s. 72; **Berkin**, Rehber, s. 301.

*Berkin*'e göre, görevsiz asliye mahkemesinde dava olunan davalının mahkemeye gelmemesi ve giyabında hüküm verilmesi halinde davalı ilk kez temyiz kanun yolu aşamasında görev itirazında bulunabilir ve hükmü bozdurabilir. Görevsiz asliye mahkemesi de dava olunan davalının mahkemeye gelmemesine rağmen görevsizliğini re'sen nazara alarak görevsizlik kararı verebilir. Görevsiz asliye mahkemesinde dava olunan davalı görev itirazında bulunduktan sonra bu itirazı nazara alınmazsa ve davalı buna rağmen yargılamaya devam ederek kendini gereği gibi savunabilmişse verilen hüküm asliye mahkemesinin görevsiz olması nedeniyle temyiz kanun yolunda bozulamaz. Görevsiz asliye mahkemesinde kendisi aleyhine dava açılan davalı yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilir. Ancak davalı yargılamada yapmadığı görev itirazını kanun yolu aşamasında yapamaz<sup>100</sup>. *Berkin*'in son görüşü açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesi 3. fıkrasına aykırı olduğu için bu görüşü savunabilmek mümkün değildir. *Berkin*'in daha sonraki eserlerinde bu görüşünden vazgeçtiğini ve tarafların yargılamanın her aşamasında görevsizliği ileri sürebileceğini, mahkemenin de re'sen görevsizlik kararı verebileceği görüşünü benimsediğini görüyoruz<sup>101</sup>.

*Berkin*'e göre, asliye mahkemelerinin görevli olduğu davalara sulh mahkemesi bakıp karar verirse ve bu karar kesinleşirse kanun yararına temyiz yoluna gidilmesi mümkündür. Kanun yararına temyizle ilgili söz konusu hükmü geniş yorumlayan yazar re'sen olduğu gibi talep üzerine de cumhuriyet başsavcısının hükmün kanun yararına bozulmasını isteyebileceğini savunmaktadır. Yazara göre, Yargıtay, başsavcının başvurusu üzerine kararı bozarsa sulh mahkemesi bu bozma kararına uymak zorundadır<sup>102</sup>. Yazarın görüşüne iki açıdan katılmak mümkün değildir. Asliye mahkemesinin görevli olduğu davalara sulh makinesinin bakması durumunda kanun yoluna başvurulmaması halinde verilen hükmün durumu yukarıda *Berkin*'in ifade ettiği şekilde sulh mahkemesinin kamu düzeninden olan boşanma davalarında boşanma kararı vermesi durumu<sup>103</sup> kadar ağır değildir. Verilen hüküm kanun yoluna başvurulmazsa geçerliliğini ve icra edilebilirliğini korumaktadır. Bu derece ağır bir hukuk hatası olmadığı için kanun yararına temyiz yoluna başvurulması mümkün değildir. Diğer taraftan kanun yararına temyiz başvurusu kabul edildiğinde karar kanun yararına bozulsada bu

<sup>100</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 199-200, 202.

<sup>101</sup> **Berkin**, Rehber, s. 286.

<sup>102</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 202.

<sup>103</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 189.

bozma kararın hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmadığı<sup>104</sup> (HUMK m. 427/8) için bu bozma kararına uyma ya da direnme ihtimali gerçekleşmemektedir.

*Belgesay*'dan mülhem olarak<sup>105</sup> *Berkin* geniş anlamda yetkiyi mutlak yetki-nispî yetki olarak ayırdığı dönemde (**Berkin**, Vazife Hükümleri, 1952) davacının görevsiz mahkemede dava açmasının daha sonra görevsizliği ileri sürmesine engel olmadığını ifade etmiştir<sup>106</sup>. *Berkin*, daha sonraki çalışmalarında ise bu ayrımı yapmaksızın davacının görevsiz mahkemede dava açmasının herhangi bir sınırlama olmadan daha sonra görevsizliği ileri sürmesine engel olmadığını ifade etmiştir<sup>107</sup>. Doktrinde bazı yazarlar davacının kanun yolunda görevsizliği ileri sürebilmesini açtığı davanın esastan reddolunması şartına bağlamıştır<sup>108</sup>. Ancak davacının yapacağı görev itirazını, açtığı davanın esas hakkında reddolunması şartına bağlayarak sınırlandırmanın görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve re'sen nazara alınması özelliğiyle bağdaşmadığının ileri sürülmesi de vâki olmuştur<sup>109</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kaleme alınan eserlerde her iki tarafın görevsizliği ileri sürebileceği ifade edilmiştir<sup>110</sup>.

Doktrinde davalının da görevsizlik kararı üzerine görevli mahkemeye başvurmak ve davaya görevli mahkemede devam edilmesini istemek hakkının olup olmadığı tartışmalıydı. Doktrinde, davalının da görevli mahkemeye başvurmak ve davaya görevli mahkemede devam edilmesini istemek hakkının olduğunu savunanların<sup>111</sup> yanı sıra, bu hakkın sadece davacıya ait olduğunu savunanlar<sup>112</sup> da bulunmaktaydı. *Berkin*'e göre, mahkeme görev-

<sup>104</sup> **Yılmaz**, Ejder: Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003, s. 387, (Olağanüstü Temyiz).

<sup>105</sup> **Belgesay**, Şerh, s. 6.

<sup>106</sup> **Berkin**, Vazife Hükümleri, s. 190.

<sup>107</sup> **Berkin**, Rehber, s. 301.

<sup>108</sup> **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri I, s. 314; **Bilge/Önen**, s. 174; **Postacıoğlu**, s. 133-134.

<sup>109</sup> **Atalı**, Görev Kavramı, s. 537.

<sup>110</sup> **Umar**, Şerh, s. 16; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 97, (İstinaf Sistemi); **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 200; **Akkan**, Pekcanitez Usûl, s. 240; **Yılmaz**, Şerh I, s. 41; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 184.

<sup>111</sup> **Aydiner**, Hidayet: "193üncü Madde ve Tefsiri Kanunumuzun Salâhiyet ve Vazife Ahkâmındaki Boşlukları", İBM, S. 7, Y. 1937, s. 5668; **Kuru**, Baki: "Görevsizlik veya Yetkisizlik Kararı Üzerine Davalının Da Görevli veya Yetkili Mahkemeye Başvurmak Hakkı Var mıdır? (m. 193/2)", ABD, C. 24, S. 6, Y. 1967, s. 898, (Başvurmak Hakkı); **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri I, s. 335; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Değerlendirme ve Öneriler, s. 28; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 144; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 118.

<sup>112</sup> **Postacıoğlu**, s.136, dn. 33.

sizlik kararı verdikten ve dava dilekçesini reddedip bunu dava dosyası ile birlikte görevli mahkemeye gönderdikten sonra davacı on günlük sürede hareketsiz kalsa ve dava açılmamış sayılsa dahi davalı kendi başına görevli mahkemeye başvurarak davaya görevli mahkemede devam edilmesini isteyemez. Davalının yapabileceği ancak açılmış davanın geri alınmasına izin vermemek ve Harçlar Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen harcın eksik kalması durumunda harcı bizzat kendisinin yatırarak davaya devam etmesidir<sup>113</sup>. Kanımızca davalıya uyuşmazlığın kökten çözülmesini isteyebilme hakkının tanınması, zamanaşımı dolana kadar açılmamış sayılan davayla davalıyı bir daha yüz yüze bırakma riskini ortadan kaldırmak için görevli mahkemede davaya devam edilmesini isteme hakkının davalıya da tanınması yerinde olmuştur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinde ise taraflardan her birinin görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurarak davaya görevli mahkemede devam edilmesini talep etme haklarının olduğu düzenlenmiş ve bu konuda yapılan tartışmaların sonlandırılması amaçlanmıştır.

## SONUÇ

Cumhuriyet dönemi Türk medenî usûl hukukunun ilk döneminde eser veren Prof. Dr. *Necmeddin Berkin*'in geniş anlamda yetki düzeni ve bu bağlamda görev kurallarına ilişkin, Prof. *Mustafa Reşit Belgesay*'dan mülhem olan bazı görüşlerinin daha sonra Türk medenî usûl hukuku literatüründe benimsenmediği vaki olmuştur. *Berkin*'in geniş anlamda yetki kurallarını mutlak yetki-nispî yetki diye sınıflandırması ve bunun sonuçlarına ilişkin yaptığı açıklamalar kabul görmemiştir. *Berkin*, daha sonra verdiği eserlerde bu ayırmadan vazgeçmiştir.

*Berkin*'in sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemesini görevli kılan anlaşmaların yapılabilmesinin müm-

<sup>113</sup> **Berkin**, Rehber, s. 304. *Üstündağ*, davacının davadan feragat etmesine rağmen kamu düzeni nedeniyle davaya devam edilmesi gereken hallerde de görevsizlik kararı üzerine, davalının görevli mahkemeye başvurarak davaya devam edilmesini istemesini haklı görmüştür. Ancak bu istisna dışında *Berkin* ile aynı görüştedir (*Üstündağ*, Medeni Yargılama, s. 174-175). *Atalı*, mülga Kanun'un yürürlükte bulunan haliyle davalının başvurma hakkının olmadığını ancak davalıya da görevli mahkemeye başvurma hakkının tanınması gerektiğini savunmuştu. Görevli mahkemede süre içinde davaya devam edilmemesi durumunda davanın açılmamış sayılması sonucu karşısında davacının dava açma hakkı ortadan kalkmadığı için davalının belirsiz bir süre boyunca dava edilme tehdidi baki kaldığı için davalının dava konusu üzerinde rahatlıkla tasarrufta bulunabilmesi için kanun değişikliğiyle davalıya da bu hakkın tanınması gerektiği görüşündeydi (*Atalı*, Görev Kavramı, s. 544).

kün olduğuna yönelik görüşü de daha sonraki literatürde taraftar bulmamıştır. Asliye mahkemelerinin görevli olduğu davalara sulh mahkemesinin bakıp karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda kanun yararına temyiz yoluna gidilmesinin mümkün olduğuna yönelik görüşü de benimsenmemiştir. Böyle bir sonucun doğmasında *Berkin*'in Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun lafzına aykırı görüşler ileri sürmesi de etken olmuştur.

Kanun koyucunun, *Berkin*'in bir mahkemenin birden çok daireye ayrılması durumunda bu daireler arasındaki ilişkiyi iş bölümü olarak adlandırmasından farklı bir şekilde adlandırması (iş dağılımı) gibi durumlar da bazen söz konusu olmuştur. Kanun koyucunun bazen *Berkin*'in görüşünden başka bir görüşü de tercih ettiği vaki olmuştur. Örneğin, sadece davacının davaya görevli mahkemede devam edilmesi için başvurma hakkının olduğu yönündeki *Berkin*'in görüşünü kanun koyucu tercih etmemiştir. Bazı hususlarda (örneğin, özel mahkemeleri istisnaî mahkeme olarak adlandırması, görev kurallarının usûli müktesep hak oluşturmayacağı ve buna ilişkin yeni kural- ların devam eden yargılamada uygulanabileceği, davayı açan davacının dahi görev itirazında bulunabilmesi) ise *Berkin*, doktrinindeki bazı yazarlarla ortak paydada buluşabilmiştir. Yazar eserleriyle Türk medenî usûl hukukunda önemli bir yer edinmiş, Türk medenî usûl hukuku doktrinine önemli katkı- larında bulunmuştur.



### KAYNAKÇA

- Adolphsen**, Jens: Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Akkan**, Mine: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011 (Medenî Usûl).
- Albayrak**, Hakan/**Mavzer**, Tahsin: “Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu”, SÜHFD, C.27, S.2, 2019, s. 279-306.
- Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz/H**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019.
- Atalı**, Murat: Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü, Konya 1993 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Ticaret Mahkemeleri).
- Atalı**, Murat: “Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 529-551 (Görev Kavramı).
- Atalı**, Murat: Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir 2013 (Medenî Usûl).
- Atalı**, Murat: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).
- Atalı**, Murat/**Ermeneek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- Aydiner**, Hidayet: “193üncü Madde ve Tefsiri Kanunumuzun Salâhiyet ve Vazife Ahkâmındaki Boşlukları”, İBM, S. 7, Y. 1937, s. 5663-5673.
- Balkar**, Kemal Galip: “Amme İntizamı Kaideleri Karşısında Taraflar ve Mahkeme”, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Y. Mayıs-Haziran 1958, s. 122-125.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter: Zivilprozessordnung, 75. Auflage, München 2017.
- Belgesay**, Mustafa Reşit: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C. I, 3. Baskı, İstanbul 1935 (Adliye Teşkilatı).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939 (Şerh).

- Belgesay**, Mustafa Reşit: “İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasında Vazife İhtilafları”, İÜHFM, C. 9, S. 1-2, Y. 1943, s. 249-256. (İhtisas Mahkemeleri).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat”, İÜHFM, C. 13, S. 1, Y. 1947, s. 157-174 (Tadilat).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tadiline Dair Kanun Tasarısı”, İÜHFM, C. 13, S. 4, Y. 1947, s. 1417-432 (Kanun Tasarısı).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: “Davalar Nasıl Yürüyor? Daha Çabuk, Daha Garanti İle Yürütmesinin Çareleri-Muhakeme Usulü Kanunu Projesi”, İÜHFM, C. 15, S. 1, Y. 1949, s. 198-229 (Kanun Projesi).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: “Garbi Avrupada Bir Etüt Gezisi”, İÜHFM, C. 17, S. 1-2, Y. 1951, s. 92-108 (Etüt Gezisi).
- Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Teoriler I, 4. Bası, İstanbul 1956 (Teoriler I).
- Berkin**, Necmeddin M.: “Alman Hukuk Prosedürünün Oluşu ve Bu Prosedür Bakımından Dava ve Kaza Mefhumları Üzerinde Teorik Düşünceler”, İÜHFM 1948/1-2, C. XIV, s. 390-418 (Dava ve Kaza).
- Berkin**, Necmeddin M.: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı”, İÜHFM, C. 18, S. 1-2, Y. 1952, s. 188-214 (Vazife Hükümleri).
- Berkin**, Necmeddin M.: “Bemerkungen über die Sachlichen Zustaendigkeitsvorschriften der Türkischen Zivilprozessordnung”, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, C. 2, S. 3, Y. 1953, s. 203-212 (Bemerkungen).
- Berkin**, Necmeddin M.: “Alman Hukukunda Vazife ve Salahiyet”, Devletler Hususi Hukuku Ordinaryüs Profesörü Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 277-294 (Vazife ve Salahiyet).
- Berkin**, Necmeddin M.: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969 (Medenî Usul).
- Berkin**, Necmeddin M.: “Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 163-180. (Uygulama).
- Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981 (Rehber).

- Berti**, Stephen V.: Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Braendli**, Max: Die sachliche Zustaendigkeit der aargauischen Zivilgerichte, Basel 1984.
- Budak**, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013, s. 42-61.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol: Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Coester-Waeltjen**, Dagmar: “Die gerichtlichen Zustaendigkeiten in der ZPO”, Jura Heft 11/2007, s. 826-830.
- Eichenberger**, Kurt: Beitrage zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aargau 1949.
- Erman**, Eyüp Sabri: “Sonradan Meydana Gelen Görev ve Yetki Değişikliklerinin Derdest, Dava ve Takiplere Etkisi”, AD, S. 9-12, Y. 1964, s. 908-913.
- Gehrlein**, Markus: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2003.
- Grob-Andermacher**, Béatrice/**Walder-Richli**, Hans Ulrich: Zivilprozessrecht Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonalen Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Auflage, Zürich 2009.
- Guldener**, Max: Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, ZSR, S. 65, Y. 1946, s. 185-254 (Dispositives Recht).
- Guldener**, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (Zivilprozessrecht).
- Haertsch**, Theodor: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) SHK - Stämpfli Handkommentar, Art. 4-8, Bern 2010.
- Hellwig**, Konrad: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, B. 2, Leipzig 1907 (Lehrbuch 2).
- Hellwig**, Konrad: System des Deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, Leipzig 1912 System).

- Kanadoğlu**, Osman Korkut: “Kanuni Hakim Güvencesi Özel Görevli Mahkemeler”, Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler Panel Notları, İstanbul 2013, s. 45-59.
- Karademir Aydemir**, Dilek: Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Karafakih**, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları, Ankara 1952.
- Karşlı**, Abdürrahim: Medenî Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Keyman**, Selahattin/Özgen, Eralp/Toroslu, Nevzat: “Uzmanlık Mahkemeleri”, ABD, S. 5, Y. 1978, s. 816-821.
- Kıyak**, Emre: Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara 2014.
- Kiraz**, Taylan Özgür: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012.
- Klingler**, Rafael: Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010.
- Köme Akpolat**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018.
- Kuru**, Baki: “Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet”, ABD, S. 2, Y. 1960, s. 27-33 (Kaza Çeşitleri).
- Kuru**, Baki: “Görevsizlik veya Yetkisizlik Kararı Üzerine Davalının Da Görevli veya Yetkili Mahkemeye Başvurmak Hakkı Var mıdır? (m. 193/2)”, ABD, C. 24, S. 6, Y. 1967, s. 897-900 (Başvurmak Hakkı).
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Ankara 2001 (Hukuk Muhakemeleri I).
- Kuru**, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Değiştirilmiş 19. Baskı, Ankara 2008.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016 (İstinaf Sistemi).
- Leuenberger**, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Bern 2016.
- Lüke**, Wolfgang: Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 2011.
- Muşul**, Timuçin: Medenî Usûl Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009 (Terdit İlişkileri).

- Muşul**, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012 (Medenî Usul).
- Onar**, Sıddık Sami/**Belgesay**, Mustafa Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.
- Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Örtmann**, Paul: Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts, Erlangen 1924.
- Özekes**, Muhammet: “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, Yargıtay Dergisi 2000/4, C. 26, s. 661-699 (Etkisiz Hüküm).
- Özekes**, Muhammet: “Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2859-2875 (Zaman İtibariyle).
- Özmumcu**, Seda: “Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 183-206.
- Pekcanitez**, Hakan: “Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, GÜHFD, S. 2, Y. 2005, s. 163-192 (Görev Kuralları).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010.
- Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Reuschle**, Fabian: Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 4. Auflage, B. 1/1, §1, Berlin/München 2015.
- Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, München 2018.
- Sendmeyer**, Stefanie: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2017.
- Spühler**, Karl/**Dolge**, Annette/**Gehri**, Myriam: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010.
- Stahelin**, Adrian/**Stahelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal: Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013.
- Sydow R./Busch L.**, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Auflage, Berlin 1941.
- Tanrıver**, Süha: “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, ABD, S. 4, Y. 2010, s. 199-207. (Madencilik Alanı).

- Tanrıver**, Süha: “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, TBBĐ, S. 104, Y. 2013, s. 12-35. (Tabiî Hâkim).
- Tanrıver**, Süha: “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBĐ, S. 105, Y. 2013, s. 35-50. (Sulh Hukuk).
- Tanrıver**, Süha: *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Ankara 2016. (Medenî Usûl).
- Taş Korkmaz**, Hülya: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Özel Sayı-2013, C. II, s. 1753-1818.
- Taşpınar**, Sema: “Medeni Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, Ankara 2006, s. 247-258.
- Taşpınar Ayvaz**, Sema: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Ankara 2013.
- Tüysüz**, Vahit: “Mamelek Hukukundan Doğan Davalarda Dava Konusunun Değerinin Mahkemece Belirlenmesi”, AD 1986/7, s. 7-12.
- Umar**, Bilge: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı”, TBBĐ 2006/67, s. 121-162 (HMK Tasarı).
- Umar**, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara 2014 (Şerh).
- Üstündağ**, Saim: *İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı*, İstanbul 1967 (İddia ve Müdafaa).
- Üstündağ**, Saim: *Medenî Yargılama Hukuku*, C. I-II, 6. Bası, İstanbul 2000 (Medenî Yargılama).
- Vetter**, Meinrad: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Art. 6, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016.
- Wach**, Adolf: *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Leipzig 1885.
- Wey**, Rainer: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Art. 4-5, Zürich/Basel/Genf 2013.
- Wöstmann**, Heinz: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, B. I, §1-11, 5. Auflage, München 2016.
- Yılmaz**, Ejder: *Olağanüstü Temyiz*, Ankara 2003.
- Yılmaz**, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, C. 1, 1-70, Ankara 2017 (Şerh I).

**KISALTMALAR**

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>AD</b>	: Adalet Dergisi
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>Grdz</b>	: Grundsatzlich
<b>GÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İBK</b>	: İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İBM</b>	: İstanbul Barosu Mecmuası
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>Kn.</b>	: Kenar Numarası
<b>m.</b>	: madde
<b>N.</b>	: Nummer
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>Rn.</b>	: Randnummer
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>ZPO</b>	: Zivilprozessordnung
<b>ZSR</b>	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## MÖHUK DIŞINDA DÜZENLENEN TANIMA VE TENFİZ KURALLARI\*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704847>

*Arş. Gör. Sercan ECEMİŞ\*\**

### Öz

*Yabancı kararların hukukumuzda hüküm ve sonuç doğurmaları için kural olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun aramış olduğu şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu kanuna göre, yabancı kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için ilgili kararın öncelikle bir mahkeme tarafından verilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla yabancı idari kararların tanınması ve tenfizi kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte hukukumuzda aile hukukuna ilişkin yabancı idari kararların tanınması ve tenfizine imkan tanıyan birtakım düzenlemeler mevcuttur. Çalışmamızda da öncelikle MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz prosedürü anlatılacak olup, arından ilgili düzenlemeler incelenecektir.*

### Anahtar Kelimeler

*Nüfus Hizmetleri Kanununa göre tanıma, Mavi kartlıların boşanma kararları, Yabancı kararın tescili, Yabancı idari karar, tanıma*

---

\* Bu çalışma; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programının “Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması ve Tenfizi” dersinde sunulan seminer ödevinin, Doç. Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŞI ve dersi alan diğer arkadaşlarımla değerli görüşleri dikkate alınarak genişletilmiş halidir. Desteklerinden ötürü dersi alan arkadaşlarıma ve Sayın Doç. Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŞI'na teşekkür ederim.

\*\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: [ecemisercan@gmail.com](mailto:ecemisercan@gmail.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7029-0881> (Makalenin Geliş Tarihi: 23.01.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 23.01.2020/Makale Kabul Tarihi: 11.03.2020)



## RECOGNITION AND ENFORCEMENT RULES OTHER THAN THOSE FOUND IN THE INTERNATIONAL PRIVATE AND CIVIL PROCEDURE LAW

### **Abstract**

*As a rule, the conditions required by the Law No. 5718 on International Private Law and Civil Procedure Law (IPCPL) must be fulfilled in order for foreign decisions to have provisions and results in our law. According to this law, in order for the foreign decision to be recognized and enforced, it must first have been issued by a court. Therefore, recognition and enforcement of foreign administrative decisions are not possible as a rule. However, there are some regulations in our law which allow the recognition and enforcement of foreign administrative decisions regarding family law. In our study, firstly, recognition and enforcement procedure according to IPCPL will be explained and then the related regulations will be examined.*

### **Keywords**

*Recognition according to Civil Services Act, divorce decisions of blue card holders, Registration of foreign decisions, Foreign administrative decisions, recognition*

## GİRİŞ

Devletler egemenlik yetkilerini çeşitli organlar vasıtasıyla kullanmaktadırlar. Bu yetkiyi ise yasama, yürütme ve yargı organlarını harekete geçirmek suretiyle kullanırlar. Egemenlik yetkilerinden biri olan yargı yetkisinin kullanılması durumunda, bir devlet diğer bir devlet üzerinde etkili olabilecek bir yargı gücüne sahip değildir. Dolayısıyla yargı hükmünün etkisi, devletin kendi egemenlik sınırları içerisindeydir. Ancak uluslararası ilişkilerin artması ve pek çok gerçek ve tüzel kişilerin diğer ülkelerdeki etkinlikleri göz önüne alındığında, verilen kararların, diğer ülkelerde de hüküm ve sonuç doğurmasının gerektiği durumlar ortaya çıkmaktadır<sup>1</sup>.

Devletler, kural olarak kendi kanunlarında - ayrıca devletler arası ikili veya çok taraflı sözleşmelerle - yabancı devlet ülkesinde verilen kararların kendi iç hukukunda hangi şartlar altında hüküm ve sonuç doğurabileceğini öngörür. Nitekim Türk hukukunda bu husus 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>2</sup> (MÖHUK) 50 ile 59. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>3</sup>. Buna göre, yabancı ülke kararları hakkında tanıma ve tenfiz kararı alınmadan, Türk hukuku açısından hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmayacaktır. Ayrıca kanunun tanıma veya tenfiz kararı verilebilmesi için aradığı şartlar, “karşılıklılık ilkesi” hariç aynı şartlara tabidir<sup>4</sup>.

MÖHUK'a göre, yabancı ülke kararının tanıma ve tenfiz davasına konu edilebilmesi için, kararın ilgili ülkenin adli makamlarınca verilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla adli nitelikte olmayan idari kararların bu kanun kapsamında tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Ancak bu kanun dışındaki birtakım düzenlemelerde, idari nitelikteki kararların da tanıma ve

<sup>1</sup> Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 503.

<sup>2</sup> RG. 12.12.2007-26728

<sup>3</sup> Esasen MÖHUK m. 60-63'te yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi de düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızın esas konusunu, MÖHUK dışındaki düzenlemelere göre yabancı adli veya idari makamlarca verilen kararların tanınması ve tenfizi olduğundan, MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz kuralları yalnızca 50-59. maddeleri kapsamında incelenmiştir. Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, çalışmanın kapsamına alınmamıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için bkz. Akıncı, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, İstanbul 2020; Ruhi, Ahmet Cemal: 1958 tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2019.

<sup>4</sup> Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 174.

tenfize konu edilebileceğine ilişkin önemli istisnalar mevcuttur<sup>5</sup>. Nitekim bu çalışmanın konusunu da bu istisnalar oluşturmakta olup, öncelikle MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz anlatılmaya çalışılacak, daha sonrasında evlat edinmeye ilişkin yabancı idari kararların tanınmasına izin veren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun<sup>6</sup> (NHK) 30/2 maddesi ile yabancı ülkenin idari makamlarınca evliliği sona erdiren kararların, MÖHUK'a göre tanıma kararına ihtiyaç duymadan tesciline imkan tanıyan NHK 27/A maddesi olacaktır. Yine Türk vatandaşlığından çıkmış mavi kart sahibi yabancıların, boşanma kararlarına ilişkin tanıma imkanı getiren yönergeden bahsedilecek olup, en son genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır<sup>7</sup>.

## I. TANIMA VE TENFİZ KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Tanıma, yabancı ülke mahkemesince verilen kararın millileştirilmesi demektir. Bu sayede tanınan karar iç hukukta verilmiş mahkeme ilamı ile eş değer hale gelir<sup>8</sup>. Tenfiz ise, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilen ülkede de icra muamelesine tabi olmasını sağlarken; tanıma, verilen hükmün icrasını sağlamaz. Bu yüzden hükmün icrasının gerektirdiği durumlarda, tanımanın yanında tenfiz kararı da gerekmektedir<sup>9</sup>.

Tanımanın konusunu inşai ve tespit davaları oluştururken, tenfizin konusunu eda davaları oluşturmaktadır. Nitekim her eda hükmü kendi içinde bir tespit hükmünü de barındırmaktadır. Bu açıdan içinde eda hükmü olan bir mahkeme kararının, sadece tespit kısmının tanınması mümkündür. Yine aynı şekilde, kararda tenfize konu olacak hükümlerin yanında, inşai nitelikte hükümler de olabilir. Böyle bir durumda, tenfiz yerine hükmün inşai nitelikteki kısmı tanıma davasına konu olabilecektir. Ancak bunun için istemde bulunan kişinin hukuki menfaatinin bulunması gerekir. Örnek vermek gerekirse; boşanma davası sonucunda boşanma hükmü ile birlikte verilen eda niteliğindeki nafaka ve velayet kararları tenfizin konusunu oluştururken,

<sup>5</sup> **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 680.

<sup>6</sup> RG. 29.4.2006-26153

<sup>7</sup> Ayrıca bu düzenlemeler dışında, birtakım devletler arası sözleşmelerle yabancı idari kararların tanınması ve tenfizi mümkündür. Bu nitelikteki devletlerarası sözleşmeler çalışmamızın kapsamına girmemekle birlikte, konuyla bağlantılı olduğu ölçüde "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi"ne değinilmiştir.

<sup>8</sup> **Ekşi**, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 1.

<sup>9</sup> **Nomer**, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2018, s. 174.

inşai nitelikteki boşanma kararı tanımanın konusunu oluşturur. Dolayısıyla menfaat sahibi kişi, sadece boşanma kararının tanınmasını isteyebilecektir<sup>10</sup>. Böylece yabancı mahkeme kararının tanınması ile ilgili hüküm, Türk hukukunda kesin delil ve kesin hüküm kuvvetine haiz olur. Tenfiz ayrıca eda niteliğindeki hükmün, iç hukukta icrasına imkan verir.

## B. Tanıma ve Tenfizin Şartları

### 1. Genel Olarak

MÖHUK'ta düzenlenen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, ön şartlar ile asli şartlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için aranan bu şartlar, bir ayrık durum hariç her ikisi için de ortaktır. Bu ayrık durum ise; "karşılıklılık esası" dır<sup>11</sup>.

Tanıma ve tenfiz hakimi, kanunda aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir. Dolayısıyla aranan şartların var olması halinde, hakim tanıma ve tenfiz kararı verecektir. Ayrıca hakim tanıma ve tenfiz şartlarını incelerken, "revision" (revizyon) yasağı gereği, tenfizi istenen kararın esasına giremeyecektir. Bununla birlikte, kanunun aradığı şartların gerçekleşmemesi nedeniyle reddedilen karar, her zaman takdiri delil olarak dosyaya sunulabilir<sup>12</sup>.

### 2. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları

MÖHUK 50. maddede tanıma ve tenfizin ön şartları düzenlenmiştir. Hükme göre tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için öncelikle yabancı mahkemelerce hukuk davalarına ilişkin verilmiş bir ilamın olması ve ilamın o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunması gerekir.

#### a. Hukuk Davasına İlişkin Verilmiş Bir Mahkeme İlamı olmalı

Maddeye göre yabancı mahkeme kararının hukuk, ceza veya idari mahkemelerce verilmiş bir karar olmasına bakılmamış, ilamın konusunun, özel hukuku ilgilendiren bir uyuşmazlık olup olmaması aranmıştır. Bu açıdan 50. maddenin ikinci fıkrası, her ne kadar ceza ilamlarında yer almasını belirtmişse de yorum yoluyla idare mahkemelerince verilen özel hukuka ait uyuşmazlıkların da madde kapsamına alınması gerekir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 507-509.

<sup>11</sup> Çelikel/Erdem, s. 702; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 510.

<sup>12</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 512; Özkan/Tütüncübaşı, s. 176.

<sup>13</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 180; Çelikel/Erdem, s. 685.

Kanun, verilen kararın açıkça bir mahkeme kararı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu açıdan idari makamlarca verilen kararların, MÖHUK kapsamında tanınması ve tenfizi kural olarak mümkün değildir. İdari makamlarca verilen kararların hukukumuzda tanınmasına imkan veren istisnalar ise Nüfus Hizmetleri Kanununun 27/A ve 30/2 maddeleridir<sup>14</sup>. Nitekim ileriki sayfalarda bu hususa tekrar değinilecektir. Bu istisnalar dışında, Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalar ile de yabancı idari makam kararlarının tanınması mümkündür<sup>15</sup>.

Mahkeme kavramı, tenfizi istenen kararın verildiği ülke hukukuna göre belirlenecek olsa da bu makamın tenfiz ülkesince de mahkeme olması arandır<sup>16</sup>. Bununla birlikte yabancı ülkede adli nitelikte olmayan kararlar tespiti

<sup>14</sup> Çelikel/Erdem, s. 685; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 515; Özkan/Tütüncübaşı, s. 178.

<sup>15</sup> Örneğin, 1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfize İlişkin Sözleşme” ile adli veya idari makamca verilen nafaka kararlarının tenfizi mümkündür. (RG. 06.11.1980-17152) bkz. Ekşi, s. 110; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.516; Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ocak 2019, s. 120.

<sup>16</sup> Mahkeme kavramının belirlenmesinde önemli olan ilgili merciinin o devletin yargı egemenliğine ilişkin karar verebilmesidir. Bu açıdan Alman ve Avusturya hukukunun çekişmesiz yargı işlerinde önemli bir öneme sahip olan yardımcı adalet memurlarının kararları da tanımının konusunu teşkil edebilecektir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Tütüncübaşı, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Ankara 2014, s. 27-31; 135-137.(Tanıma); “Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bir kararında özetle; “... Suudi Arabistan'da talâk yolu ile yapılan bir boşanmanın, eşlerden birinin Türk vatandaşı olması halinde dahi, talâk beyanına dayanan Suudi Arabistan Krallığı Cidde Kadısının vermiş olduğu boşanma kararının Türkiye'de kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceğinden, tanınmasına karar verilmiştir ...” Kadıköy 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 07.02.1991 gün ve E. 1990/853, K. 1991/941. İlgili mahkeme kararın değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Çelikel/Erdem, s. 686; Ayrıca MÖHUK'ta sadece yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiş olduğundan, yabancı mahkemenin bu nitelikte olmayan kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Bu açıdan mahkemelerin onama şeklinde katılım gösterdiği kararların ilam niteliği taşımadığından tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 516. Yakın tarihli bir kararda Yargıtay, arabuluculuk faaliyeti sonucu verilen belgenin, yabancı mahkemece onaylanmasına rağmen, tenfize konu edilemeyeceğini belirtmiştir. “... tenfizi istenilen kararın arabuluculuk kararı olduğu, 5718 Sayılı yasanın arabulucular tarafından verilen kararın tenfize ilişkin bir hüküm bulunmadığı, her ne kadar 2008/52 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi'nde AB üyesi devletler bakımından arabuluculuk kararlarının diğer üye devletler nezdinde tenfize ilişkin birtakım hükümler var ise de ülkemizin AB üyesi olmadığından bu yönergenin bağlayıcılığı olmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. HD., 11.2.2019 gün ve E. 2017/3852, K. 2019/982 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 28.2.2020) “Nasıl ki, hakem heyetinin verdiği hükmün, iptal davası son-

konu olabilir<sup>17</sup>. Sonuç olarak; İdari makamlarca verilen kararların MÖHUK hükümlerine göre tanıma ve tenfizi mümkün olmamaktadır. Bu husus doktrinde eleştirilmektedir<sup>18</sup>.

### **b. Kesinleşme**

Tanıma ve tenfiz kararının verilmesinde diğer bir ön şart ise; kararın verildiği ülke hukukuna göre, kesinleşmiş olmasıdır. Nitekim henüz kararın verildiği ülkede dahi kesinleşmemiş olan bir kararın, tenfizinin istenmesi beklenemez<sup>19</sup>.

---

rası kesinleşip icra edilebiliyor olması onun hakem kararı olma niteliğini değiştirmiyor ise, arabuluculuk neticesinde mutabık kalınan anlaşmanın, icra edilebilirlik şerhi alınmış ilam niteliğinde belge vasfına haiz olması da, bu anlaşmanın arabulucudan sadır olduğu gerçeğini değiştirmez... Arabuluculuk müessesesi de, gerek mahkeme gerekse tahkim yargınlamasından farklı bir uzlaşma çözüm yönetimi olup özel usul kurallarına tabidir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Giray**, Faruk Kerem: “Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlamın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkmeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 39, S. 2, 2019, s. 632 vd.

<sup>17</sup> Bu sayede taraflar bekledikleri hukuki sonuca bu yolla ulaşarak, idari kararların da dolaylı olarak tanınabileceği görüşü için bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 686.

<sup>18</sup> “Kanımızca olması gereken hukuk bakımından, evlat edinme kararları gibi adli makamlar dışında, verildiği ülke hukukuna göre yetkili kılınmış olan idari ve hatta dini makamlar tarafından verilen kararların da ülkemizde, diğer tanıma şartlarını da taşımaları ve bilhassa savunma hakkına riayet edilmiş olması şartıyla tanınmalarının mümkün olması gerekir.” bkz. **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 179; “Mahkeme kararı deyimi bir dar bir de geniş anlamda kullanılır. Dar anlamda mahkeme kararı, bir ülkede yargı yetkisini kullanan mahkemelerin bir hukuki uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için verdikleri nihai resmi kararlardır. Geniş anlamda mahkeme kararı, başka bir deyişle yargı kararı, yargı yetkisini kullanan resmi bir makamın bir hukuki uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için verdikleri kararlardır. Bazı ülkelerde anayasalar yasama ve idare organına da yargı yetkisi vermiş olabilir. Örneğin Danimarka kralı boşanma kararı verebilir. İşte bu ikinci halde geniş anlamda bir mahkeme kararı söz konusudur. Bu kararlar bir yargı organınca (mahkemece) verilmemekle birlikte tanıma ve tenfiz bakımından normal bir mahkeme kararının durumuna sahiptir. Yeter ki bunlar objektif bir yargılamanın özelliklerini taşıyın, keyfi bir yargılamanın sonucu olmasın.” Bkz. **Ertaş**, Şeref: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), C. 3 S. 1-4, 1987, s. 380.

<sup>19</sup> **Doğan**, s. 124. “Mahkemece, Lahey Sözleşmesinin 10. maddesine Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çekince koyduğu, yabancı mahkeme kararının ... aracılığıyla tebliğinin gerektiği, ancak tenfizi istenen kararın posta yoluyla tebliğ edildiği, kararın usulüne uygun olarak kesinleşmediği, kararın kesinleşmesinin tenfizin ön şartı olduğu kabul edilmiştir. Mahkemece, tenfizi istenen mahkeme kararının usulünce kesinleşmediği ve kararın kesinleşmesinin dava şartı olduğu kabul edildiğine göre, dava tarihi itibarıyla kesinleşmiş

Kesinleşme iki şekilde olabilir. Biri maddi kesinlik, diğeri ise şekli kesinliktir. Maddi kesinlik; ilgili uyuşmazlığı kesin olarak çözülmesi olup, artık tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir başka davaya konu edilememesi demektir. Şekli kesinlik ise; olağan kanun yollarının hepsinin tüketilmesi nedeniyle, artık bir itirazın yapılamaması demektir. Dolayısıyla şekli kesinlikte uyuşmazlık değil dava son bulmaktadır. Doktrinde; kesinleşmiş olmaktan maddi kesinlik mi yoksa şekli kesinlik mi anlaşılması gerektiği tartışma konusu olup, bazı kararların maddi açıdan asla kesin olamayacağından, şeklen kesinliğin yeterli olduğu söylenmektedir<sup>20 21</sup>.

### 3. Tanıma ve Tenfiz Aslı Şartları

Yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizine ilişkin aslı koşullar, MÖHUK'un 54. maddesinde öngörülmüştür. Tanımanın düzenlendiği 58. maddede 54. maddeye yapmış olduğu atıf nedeniyle, tanıma aslı şartlardan sadece 54/1-a bendindeki karşılıklılık şartı aranmayacaktır.

#### a. Karşılıklılık

Sadece yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için öngörülen karşılıklılık esası, geniş bir şekilde düzenlenerek; sözleşmesel, kanuni ve fiili karşılıklılık kabul etmiştir. Bunun yanında sözleşme veya kanuni karşılıklılık

---

bir karar bulunmadığından davanın dava şartı yokluğundan ve usülden reddine karar verilmesi gerekirken kesin hüküm oluşturacak şekilde esastan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının bu yönden kabulüyle...” karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 19.11.2018 gün ve E. 2016/14069, K. 2018/7122 (Erişim tarihi: 05.03.2020)

<sup>20</sup> Tütüncübaşı'na göre; kanun koyucu, MÖHUK 58/2'de çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasını, aynı usule tabi olacağını düzenlemiştir. Çekişmesiz yargı kararları da nitelikleri gereği asla maddi kesinliğe ulaşamayacaklarından ve kanun koyucunun da abesle iştiğal etmeyeceğinden ötürü, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde şekli kesinlik yeterlidir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Tütüncübaşı**, Tanıma, s. 137-147; Aksi görüş için bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 520-522, **Nomer**, s. 172.

<sup>21</sup> Yakın tarihli bir kararda davacılar, yabancı mirasçılık belgesinin tanınması sonucu murisin mirasçılarının Türkiye'deki taşınmazı kazanmış olduklarını, tanıma şartlarının oluşmadığı nedeniyle kararın iptalini istemiştir. Mahkeme değerlendirmede bulunurken, şekli kesinliğe değinmediği gibi taşınmazın kazanılıp kazanılmadığının tespitini de Tapu Kanununun 35. maddesine dayandırmıştır. Buna göre Yargıtay, Suudi Arabistan vatandaşı olan kök murisin ölüm tarihinde ülkemiz ile Suudi Arabistan arasında karşılıklılık esasının benimsenip benimsenmediğinin tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar için bkz. Yargıtay 14. HD., 29.4.2019 gün ve E. 2017/5597, K. 2019/3773; Yargıtay 8. HD., 27.6.2014 gün ve E. 2013/20799, K. 2014/13665 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 14.01.2019)

olmasına rağmen, tenfizi istenen kararın verildiği ülkede fiili bir uygulaması yok ise, karşılıklılık esasını yerine getirilmediğinden tenfiz edilemeyecektir. Bunun yanında ilgili ülkede kanuni veya sözleşmesel karşılıklılık esasını bulunmasına rağmen, henüz bu yönde bir talep olmadığından herhangi bir uygulamanın olmaması, tenfize engel bir durum teşkil etmeyecektir<sup>22</sup>.

Karşılıklılık esasını hakimce re'sen incelenir. Hakim, karşılıklılık esasını incelerken, tenfizi istenen kararın verildiği ülkedeki şartlarla, Türk hukukunda aranan şartları kıyaslayacak ve Türk hukukundan daha ağır bir tenfiz şartı gerektiğini tespit ederse, karşılıklılık esasını gerçekleştirmediğinden, tenfiz talebinin reddine karar verecektir. Bunun yanında karşılıklılık esasını politik bir neden olmasından dolayı da eleştirilmektedir<sup>23</sup>.

### ***b. Türk Mahkemelerinin “Münhasır Yetkisine” Girmeyen Bir Konuda Karar Verilmiş Olması***

İç hukukta düzenlenen kesin yetki kavramı ile MÖHUK'ta düzenlenen münhasır yetki kavramları birbirinden farklıdır. MÖHUK'ta ifade edilen münhasır yetkiden anlaşılması gereken, ilgili uyuşmazlığın mutlaka Türk mahkemesince görülmesi gerektiği iken, iç hukuktaki kesin yetki olarak kabul edilen yetki kurallarının bir kısmı, ilgili uyuşmazlığın mutlaka Türkiye'de görülmesini düzenlememektedir. Bu yüzden, MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz engeli olarak öngörülen münhasır yetkinin kapsamı değerlendirilirken, bu husus dikkate alınarak yorum yapılmalıdır. Hakim bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen inceleyecektir<sup>24</sup>.

Bu kapsamda iç hukukta düzenlenen, Türkiye'deki taşınmazın aynına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine ilişkin yetki kuralı (HMK m.12) ile iflas davalarına ilişkin İİK 154. maddesinde düzenlenen yetkinin de kamusal niteliği gereği, mutlaka Türkiye'de görülmesi gerektiğinden milletlerarası usul hukuku anlamında da münhasır yetkiye girmektedir<sup>25</sup>. MÖHUK'ta 44, 45 ve 46. maddelerinde yapılan yetki düzenleme-

<sup>22</sup> Nomer, s. 189-191.

<sup>23</sup> Nomer'e göre; “Mütekabiliyet şartı, davaya iştirak etmiş şahısların menfaatleri ile hiçbir şekilde ilgilenmemektedir. Bu şart politik maksatlara hizmet için bir vasıta olarak kullanılmaktadır.” bkz. Nomer, s. 189-191; Aynı yönde Tütüncübaşı'na göre; “Kararı Türkiye'de tenfiz ettirmek isteyen taraf Türk vatandaşı da olabilir. Bu durumda, kararın verildiği mahkemenin bulunduğu devlet ile aramızda karşılıklılık bulunmuyorsa, bir Türk vatandaşı Türkiye'de hakkını tenfiz ettiremeyecektir.” Özkan/Tütüncübaşı, s. 188-191; Aksi görüş için bkz. Çelikel/Erdem, s. 704-705.

<sup>24</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 534-540.

<sup>25</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 536; Çelikel/Erdem, s. 715-718.



lerinde de, zayıf taraf lehine sınırlı bir münhasır yetki kuralının düzenlendiği görüşü ağırlıkta olmakla birlikte, aksi görüşler de mevcuttur<sup>26 27</sup>.

<sup>26</sup> Nomer'e göre; MÖHUK 44, 45 ve 46. maddelerinde zayıf taraf lehine sınırlı bir münhasır yetki hali mevcuttur. Burada zayıf tarafı koruma düşüncesi hakim olduğundan uyumsuzluk, yetki sözleşmesi ile de yabancı bir mahkemede görülemez. Örneğin; mutad işyeri Türkiye'de bulunan işçi aleyhine yabancı mahkemede iş davası açılmış ise, yabancı mahkemeden alınan karar Türk mahkemesinin münhasır yetkili olmasından ötürü tenfiz edilemez. Bununla birlikte yabancı ülke mahkemesinden alınan kararın, zayıf taraf lehine olması halinde, tenfiz talebinin reddedilmemesi gerekir. Çünkü buradaki münhasır yetkinin amacı zayıf tarafı korumak olup, onun lehine olan bir kararı zayıf tarafı koruma amacıyla getirilen münhasır yetki nedeniyle reddi, iyi niyet kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bkz. **Nomer**, s. 192-195. Benzer yönde Şanlı; Türkiye'de her halükarda dava açabilme imkanına sahip taraf, eğer yabancı ülke mahkemesinde ilgili davayı açmış ve dava lehine sonuçlanmışsa, kararın tenfizini isteyebilmelidir. Bkz. **Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beşinci Baskı, İstanbul 2013, s. 226-227; Ancak Doğan'a göre kararın zayıf taraf lehine olup olmamasının değerlendirilmesi, revizyon yasağına aykırılık teşkil edecektir. Doğan bu görüşün kabul edilmesi halinde, tenfiz talebinin, sosyal bakımdan zayıf tarafça yapılıp yapılmadığına göre bir değerlendirmeye tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Doğan**, s. 131-132.

<sup>27</sup> Aksi yöndeki Tütüncübaşı'na göre; "Kanımızca burada bir münhasır yetki veya "sınırlı" münhasır yetkiden bahsetmek mümkün değildir. MÖHUK'un işçi (m. 44), tüketici (m. 45) ve sigortalı (m. 46) lehine düzenlenen bu milletlerarası yetki kuralları birer "özel yetki kuralından" öte bir anlam yüklemek pek mümkün gözüküyor... m. 47/2 iş, tüketici ve sigorta akitleri konusunda Türk mahkemelerine bir münhasır yetki tanımıyor. Zira ilk fıkrada, münhasır yetkili Türk mahkemesi mevcutsa yetki sözleşmesinin yapılamayacağını bildirdikten sonra ikinci fıkrada iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinde yetki sözleşmesinin yapılabileceğini, ama bu yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf edilemeyeceğini vurguluyor. Çünkü geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı durumunda kural olarak Türk mahkemesinin yetkisinin ortadan kalkması gerekir... m. 47/2 de zayıf tarafı korumak için Türk mahkemesinin **de** halen yetkili olacağı, yetki sözleşmesi ile (diğer borç ilişkilerinin aksine) sadece yetkisinin ortadan kalkmayacağı vurgulanıyor. Münhasır yetki söz konusu olsaydı hiçbir şekilde yapılamazdı.", Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 200-207; Benzer yönde Ekşi'ye göre ise; "Kanaatimizce, MÖHUK'un 44. maddesi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini engelleyen bir münhasır yetki kuralı olarak yorumlanmamalıdır.... Özellikle işyerinin yurt dışında, buna karşılık davalının ikametgahının Türkiye'de olduğu durumlarda işçinin en iyi Türk mahkemelerinde korunacağını iddia etmek her zaman mümkün değildir ... Bu açıdan işçiye sadece Türk mahkemelerinde hukuki himayenin sağlandığını düşünmemek ve 44. Maddeyi her halükarda davanın Türk mahkemesinde görülmesini sağlayan bir münhasır yetki kuralı olarak görmemek gerekir. Ancak Yargıtay'ın görüşü, doktrinde hakim olan görüş istikametindedir." Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Ekşi**, s. 210-216; Doğan'a göre de burada sınırlı bir münhasır yetki hali olmayıp, yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesine engel olunmuştur. Bkz. **Doğan**, s. 131-132.

### ***c. Kararın Aşkın Yetkili Mahkemeden Verilmemiş Olması***

Kural olarak her devlet, kendi mahkemesinin milletlerarası yetkisini kendisi belirler. Bu açıdan uluslararası alanda geçerli olan bir yetki kuralı mevcut değildir. Bununla birlikte bu yetkinin ilgili devlet hukukunda düzenlenirken sırf kendi mahkemesini de yetkili kılmak için getirdiği sübjektif kuralların birtakım sakıncaları bulunmaktadır. Pek tabiidir ki yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık, birden fazla ülkenin kendisini yetkili kılması sonucunu doğurabilir. Ancak devletler, kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlerken, bu yetkiyi objektif kriterlere göre belirlemesi gerekir. Aksi durumda yetki kuralları, davalının tabii hakiminden uzaklaşmasına neden olacaktır. Nitekim bu durum, hakkaniyet ilkesine de aykırılık teşkil eder<sup>28</sup>.

Bu yüzdendir ki kanunumuz da buna müsaade etmemiş ve yabancı ülke mahkemesinin, uyuşmazlık konusuyla objektif bir bağ olmadan kendisini yetkili kılmasını, bir tenfiz engeli olarak öngörmüştür. Buna göre tenfizi istenen kararın verildiği ülkenin, uyuşmazlığın konusu ve tarafları ile arasında esaslı bir bağ olmadan gördüğü davaların, Türkiye’de tenfizi istenmesi durumunda ve davalının da aşkın yetki itirazını ileri sürmesi halinde, Türk hakimi bunu inceleyecektir<sup>29</sup>. Burada diğer tenfiz engellerinin aksine hakim re’sen değil, davalının bu yönde bir itirazı olması halinde bu hususu inceleyecektir<sup>30</sup>.

### ***d. Hükümün Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması***

Hüküm; mahkeme kararının bir kısmı olup, dava sonucunda tarafların uyuşmazlığını sona erdiren bir karardır<sup>31</sup>. MÖHUK, tanıma ve tenfiz engeli

<sup>28</sup> Doğan’a göre, tabii hakim ilkesinin ihlali aynı zamanda adil yargılanma ilkesinin ihlali olduğundan, kamu düzenine aykırılık teşkil eden bu durum, hakimce re’sen incelenecektir. Bkz. **Doğan**, s. 132-133; **Eksi**, s. 236-279; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 540-541.

<sup>29</sup> “Fransız vatandaşları dava açtıkları ülkede yetkili kılan Fransız Medeni Kanununun 14. ve 15. maddelerindeki, Fransız vatandaşlarının taraf olduğu tüm akdi uyuşmazlıklarda ... (yetkiyi Fransız vatandaşlığına bağlayan); Alman Medeni Usul Kanununun 23. maddesindeki, malların bulunduğu mahal mahkemesini yetkili kılan yetkiyi, (davalının herhangi bir malının bulunduğu yere bağlayan) ve İngiliz hukukunda davalının -geçici bir süre de olsa- İngiltere’de bulunması ... (yetkiyi, davalının İngiltere’de bulunduğu sırada kendisine tebligat yapılması vakiasına bağlayan) kurallar aşırı yetki kuralları olarak nitelendirilmektedir.” Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 541.

<sup>30</sup> Tanıma ve tenfizde re’sen incelemenin dışında tutulan bir diğer hal ise, savunma hakkının ihlal edilmesidir. Bu iki husus haricinde hakim tanıma ve tenfiz engellerini re’sen inceleyecektir.

<sup>31</sup> **Nomer**, s. 200-201.

olarak hükmün Türk kamu düzenine aykırı olmamasını ararken bunu kanunlar ihtilafında düzenlenen (MÖHUK m. 5) kamu düzeninden daha dar kapsamda tutmuştur. Burada tanıma ve tenfizi istenen hükmün kabul edilmesi durumunda, hükmün Türk kamu düzeninde ortaya çıkaracağı etkileri esas alınmış iken, kanunlar ihtilafında düzenlenen kamu düzeni, Türkiye’de açılmış olan bir davadaki uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması halinde, Türk kamu düzeninde oluşabilecek sakıncalar ile ilgilidir<sup>32</sup>.

Kamu düzeni kavramının kesin bir tanımı olmamakla birlikte, kamu düzeninden anlaşılması gerekenin; Türk hukukunun temel ilke ve prensiplerine, Anayasa ile düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlükler ile Türk toplumunun genel ahlakına aykırı olmaması anlaşılmaktadır<sup>33</sup>.

Bazı hallerde ise yabancı mahkeme kararının icrası Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Bu durum özellikle Türk hukukunda geçerli olan ihracat-ithalat yasakları halinde görülmesi mümkün olabilir. Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına riayet edilmemesi bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir. Doktrinde bir görüşe göre, tenfizi istenen kararın Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırı olması halinde, bu durumun Türk kamu düzenini de ihlal edeceğinden, bu kapsamda tenfize engel bir durum söz konusu olacaktır<sup>34</sup>. Ancak kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kurallar birbirinden farklı kavramlar olup, yabancı mahkeme kararında Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralına aykırılığın, kamu düzeni kavramına girip girmeyeceği hakimce somut olaya göre belirlenecektir<sup>35</sup>.

Anlaşılabacağı üzere kamu düzeni kavramı sürekli değişebilmektedir. Zamanla bu kavramın kapsamına yeni hususlar girebileceği gibi, daha öncesinde kamu düzenine aykırı olarak görülen bir husus, halihazırda bir aykırılık teşkil etmeyebilir. Bu yüzden tenfiz hakimi, kamu düzeni hususunu incelerken yabancı mahkeme kararının verildiği anı değil, tanıma ve tenfiz anını esas alacaktır<sup>36</sup>.

Tenfiz hakimi bu şartı incelerken dikkat etmesi gereken husus, hükmün tanıma ve tenfizi halinde kamu düzenine açıkça bir aykırılık teşkil edip

<sup>32</sup> Çelikel/Erdem, s. 722 vd.; Nomer, s. 412 vd.; Özkan/Tütüncübaşı, s. 213 vd.

<sup>33</sup> Ekşi, s. 280-287; Çelikel/Erdem, s. 727-728; Özkan/Tütüncübaşı, s. 208-210.

<sup>34</sup> Demir-Gökyayla, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 278-280.

<sup>35</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir-Kocasakal, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 18-21; 50-52.

<sup>36</sup> Ekşi, s. 280; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 546.

etmeyeceğidir. Nitekim revizyon yasağı gereği Türk hakimi, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının esasını inceleyemez. Bu yüzdendir ki Türk hukukundan farklı bir hükmün uygulanması hatta tenfizi istenen kararda Türk hukukunun uygulanmasına karar verilmesine rağmen, ilgili hukukun yanlış veya eksik uygulanması tenfizin reddi için de bir neden oluşturmaz<sup>37</sup>. Doktrinde de ağırlıklı kabul edildiği üzere, hükmün kamu düzenine aykırılığı aranmıştır<sup>38</sup>.

Bununla birlikte, kamu düzenine aykırılığın tespitinde sadece hüküm fıkrasına bakılması yetmeyebilir. Ayrıca revizyon yasağının istisnası olarak, hükmün esasına, gerekçesine de bakılması gereken haller olabileceği söylenmektedir. Bunlara örnek olarak; ilamın verilmesinde esas alınan belgelerin sahte olması, maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında illiyet bağının mevcut olmaması, hakimin o hukuka göre men sebebi olması gibi örnekler verilebilir. Nitekim bu hallerde hüküm fıkrasının, kamu düzenine aykırılığının tespiti mümkün olamayacağından, istisnai olarak hükmün esasına girilmesi gerekebilir<sup>39</sup>. Bu revizyon yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>40</sup>.

Yabancı ülke kararı hakkında Türkiye’de tanıma ve tenfiz kararı alınmadığı müddetçe, hukukumuzda kesin hüküm ve kesin delil etkisi olamayacağından, aynı uyuşmazlık nedeniyle Türkiye’de de bir dava açılabilir. Eğer tanıma ve tenfiz davası ile birlikte, aynı uyuşmazlık hakkında Türkiye’de de bir dava açılmış ise, böyle bir durumda uyuşmazlığa bakan mahkemenin tanıma ve tenfiz davasını bir ön sorun yahut bir bekletici mesele olarak görmesi gerekecektir. İlgili mahkemenin açılan tenfiz davasını bekletici mesele olarak görmeyip her iki davanın da aynı anda görülmesi halinde ise; ilk kesinleşen karar, kesin hüküm etkisi nedeniyle diğer mahke-

<sup>37</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 547; Örneğin; taraflar aralarındaki sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olmalarına rağmen uyuşmazlığın Fransız hukukuna göre karar verilmesi halinde, MÖHUK m. 54 kapsamında, kararın tenfizine engel bir durum teşkil etmez. bkz. Tarman, Zeynep Derya: Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 158.

<sup>38</sup> Nomer, s. 201; Çelikel/Erdem, s. 722-723.

<sup>39</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 548; Doğan, s. 135; Özkan/Tütüncübaşı, s. 211-213.

<sup>40</sup> “Kamu düzenine aykırılığın tespit edilebilmesi için tenfiz mahkemesince “zarureten” araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamına gelmez. Tenfiz davasında davanın esastan incelenmesi demek yabancı davanın tüm yönleri itibarıyla yetkili hukuku doğru uygulayıp uygulamadığını kontrol etmektir. Burada ise böyle bir kontrol olmayıp, sadece kamu düzenine aykırılık itirazı ile sınırlı olarak münferit hususların araştırılması yapılmaktadır.” Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 547.

mede bir karar verilmesine engel oluşturacaktır. Ancak kesinleşen mahkeme kararına rağmen, her nasılsa, diğer davaya da devam edilmesi ve bu kararın da kesinleşmesi durumunda, bu husus 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>41</sup> (HMK) m. 375/1-ğ kapsamında yargılamanın iadesi sonucunu oluşturacaktır. Böyle bir durumda HMK m. 380 gereği ikinci hükmün iptaline karar verilir<sup>42</sup>.

Türk hakimi, hükmün açıkça kamu düzenine aykırı olup olmasını re'sen inceleyecektir. Ayrıca hükmün belli bir kısmı kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa hakim kısmen tenfiz kararı da verebilecektir<sup>43</sup>.

### *e. Savunma Haklarına Uyulmuş Olması*

Savunma hakkına riayet edilmemiş olması, kararın tenfizine engel teşkil eder. Ancak MÖHUK bu şartın hakimce incelenmesi için, aleyhine tenfiz istenen kişinin (davalı) itirazına bağlı tutmuştur. Davalının savunma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespiti ise, kararın verildiği ülkenin kanunlarına göre belirlenecektir<sup>44</sup>.

Davalının itirazı halinde tenfiz hakimi; kararın verildiği yer kanunlarına göre usulüne uygun olarak çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmiş yahut o yer kanunlarına aykırı bir şekilde gıyabında hüküm verilmiş olduğunu tespit ederse, tanıma ve tenfiz talebini reddedecektir<sup>45</sup>. Dolayısıyla usulüne uygun olarak tebliğ edilen dava dilekçesine cevap vermeyen davalının, bu hakkını kullanamaması kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu durum

<sup>41</sup> RG. 4.2.2011-27836

<sup>42</sup> **Çelikel/Erdem** s. 731; **Nomer**, s. 209; **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 215.

<sup>43</sup> **Nomer**, s. 215; **Özkan/Tütüncübaşı**, s.216.

<sup>44</sup> **Nomer**, s. 210; **Doğan**, s. 138-139.

<sup>45</sup> **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 557; **Çelikel/Erdem**, s. 739. Yargıtay yakın tarihli bir kararında, Tunus adli makamının, Türkiye'nin Tunus devleti ile yapmış olduğu adli yardım sözleşmesinde öngörülen tebligat usulüne uymaksızın yapmış olduğu tebligatı MÖHUK 54/ç'ye aykırı bulmuş ve tenfiz talebini reddetmiştir. "Tunus Devletinin onayladığı bir sözleşmeyi yürürlüğe koymakla hükümlerini kendi hukukunun bir parçası haline getirdiği, bu düzenlemeye göre davada taraf olan akit devlet vatandaşının yargılamanın yapıldığı ülkede değil de kendi ülkesinde oturması durumunda ikili sözleşmenin 6/1 maddesi gereğince tebligatın diplomatik yolla yapılması zorunluluğu bulunduğu, Tunus Mahkemesi'nin sözleşme hükümlerine aykırı olarak davalıya diplomatik yolla tebligat yapmadığı gibi noterlikçe çıkarılan tebligatın da okunaksız olduğu anlaşıldığından davalıya usulüne uygun tebligat yapılmayarak savunma hakkı kısıtlandığından, MÖHUK 54. maddesi gereğince kararın infaz kabiliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf talebinin kabulüyle tenfiz isteğinin kabulüne..." bzk. Yargıtay 19. HD., 13.11.2019 gün ve E. 2018/2142, K. 2019/5129 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 02.03.2020)

hakkın ihlalini oluşturmaz. Bununla birlikte, MÖHUK m. 54'nin ç bendinde sayılan bu şartlar, usulüne uygun yapılmamış olmasına rağmen davalı mahkemede savunma hakkını kullanabilmiş ise, artık savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir. Mesela tebligatın usulüne uygun yapılmamış olmasına rağmen, davadan bir şekilde haberi olan davalının duruşmaya gidip savunma hakkını kullanması halinde, savunma hakkının ihlalden bahsedilmeyecektir<sup>46</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise; savunma hakkının ihlali, sadece kararı veren mahkemenin usul hukukuna göre inceleneceğinden, eğer ki Türk usul hukukunun kapsamına giren bir savunma hakkının ağır bir şekilde ihlali var ise, hakim herhangi bir itiraza gerek olmadan re'sen Türk kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz talebini reddedebilecektir<sup>47 48</sup>.

Davalının, savunma hakkının ihlal edildiği yönündeki itirazının olması halinde, aksinin ispatı tenfiz talebinde bulunan davacıda olacaktır. Nitekim davalıdan olumsuz bir durumu ispatlaması beklenemeyeceği gibi, tenfiz talebinin kabul edilmesinde hukuki yarar sahibi de davacıdır. Dolayısıyla savunma hakkına uyulmuş olduğunu ispat edecek taraf davacıdır<sup>49</sup>.

## II. TANIMA VE TENFİZ DAVALARINDA USUL

### A. Genel Olarak

Tanıma ve tenfizde aranan şartlar karşılıklılık şartı hariç aynıdır. Bu yüzden tenfiz talebinde hakim, ayrıca karşılıklılık şartının gerçekleşmesini

<sup>46</sup> Nomer, s. 210; Doğan, s. 139; Özkan/Tütüncübaşı, s. 217.

<sup>47</sup> Nomer, s. 211; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 557; Doğan, s. 141; Çelikel/Erdem, s. 742; Özkan/Tütüncübaşı, s. 218.

<sup>48</sup> “Alman Usul Yasası'nın 331/3. maddesi uyarınca gıyabi karar alındığı, bu kararın uluslararası hukuki yardım çerçevesinde ... tarihinde tebliğ edildiği, ... gıyabi kararın kesinleştiği ... gıyabi kararın tebliğine dair kısmın Türk kamu düzenine aykırı veya davalının savunma hakkını kasıtlar nitelikte olmadığı, ... Zira kural olarak her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular ve yabancı mahkemenin uyguladığı usulün Türk usul hukukundan farklı olması, Türk kamu düzeninin müdahalesi için tek başına yeterli sebep oluşturmaz. Aynı ilkeler yabancı mahkemece uygulanan ispat hukuku açısından da geçerlidir.” Bkz. Yargıtay 11. HD., 2.5.2016 gün ve E. 2015/10252, K. 2016/4888 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 5.3.2020) Bununla birlikte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yabancı mahkeme kararlarının salt gereksiz olmasını tenfize engel bulmamıştır. İlgili karar doktrinde bir kısım yazarlarca eleştirilmektedir. Karar için bkz. YİBGK; 10.2.2012 gün ve E. 2010/1; K. 2012/1 (RG. 20.09.2012-28417); Kararı destekleyen ve çeşitli görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Tütüncübaşı, Tanıma, s. 189-192; Aksi Yönde görüş için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 543-546, dpn. 404.

<sup>49</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 560.

arayacaktır. Yine kanunun tanıma ve tenfiz için aradığı şartlardan; aşkın yetki hali ile savunma hakkının ihlal edilmesi halleri dışında, hakim şartları re'sen inceleyecektir<sup>50</sup>. Dolayısıyla davalının yapabileceği itirazlar; bu şartların gerçekleşmediği ile yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olmasını yahut yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkması hallerdir. (MÖHUK m. 55/2)<sup>51</sup>.

Tanıma ve tenfiz davaları basit usule tabidir. Dolayısıyla taraflar dava ve cevap dilekçelerinde talep ve itirazlarını belirtecektir. Ayrıca tanıma ve tenfiz davasını hukuki yararı olan her ilgili açabilecektir. Mesela; miras nedeniyle boşanmanın tanınmasını, hukuki yararı olan çocuk da isteyebilecektir<sup>52</sup>.

### B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tanıma ve tenfiz davalarında görevli mahkeme; MÖHUK m. 51/1'de düzenlenmiş olup "asliye mahkemeleri" dir. Aile hukukuna ilişkin davalarda ise 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun"un<sup>53</sup> 4/2 maddesi gereği "aile mahkemeleri"nde açıklacaktır<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Nomer, s. 212.

<sup>51</sup> "örneğin; çocuğun velayetine ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi için açılan davada, çocuğun tenfiz davası sırasında ölmesi tenfizin yerine getirilmesini imkansız kılacaktır." bkz. Çelikel/Erdem, s. 747.

<sup>52</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 221.

<sup>53</sup> 18.1.2003-24997

<sup>54</sup> "Konusu ticari olan yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin davalarda ise görevli mahkeme "asliye ticaret mahkemeleri"dir. Bkz. Özkan/Tütüncübaşı, s. 221-222; Tanıma ve tenfiz davalarının yalnız asliye hukuk mahkemelerinde görülmesine yönelik aksi görüşe göre ise; HMK'da ve diğer kanunlarda aksi bir düzenleme bulunmadıkça, hukuk davalarında genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir. Asliye hukuk mahkemeleri dışındaki mahkemelerin yetkisi istisna olup istisnaların da dar yorumlanacağından, uyuşmazlığın konusu ticari olsa da tanıma ve tenfiz davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir. Nitekim Aile hukukundan kaynaklanan davalar için, tanıma ve tenfiz davalarının aile mahkemesinde görüleceğinin istisnası kanunla getirilmiştir. Dolayısıyla bu davalarda görevli mahkeme aile mahkemeleridir. Bkz. Aygül, Musa: Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, (editör: Balkar-Bozkurt, Süheyla) İstanbul 2018, s. 4-10; Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Yargıtay Dairelerindeki İşbölümünü düzenleyen 2017/1 sayılı ve 20/101/2017 kararında ise; asliye ticaret dışındaki iş, fikri ve sinai haklar mahkemeleri gibi ihtisas mahkemelerinin de aslında asliye mahkemesi olduğunu, bu yüzden bu mahkemelerin de tanıma ve tenfiz davalarında görevli olabileceğini destekler karar vermiştir.

Yetkili mahkeme ise MÖHUK m. 51/2 de düzenlemiş, buna göre davalının Türkiye’de yerleşim yeri yoksa sakın olduğu yer mahkemesinin, eğer sakın olduğu bir yer de yoksa İstanbul, Ankara veya İzmir mahkemelerinden biri yetkilidir. Burada dikkat edilecek husus yetki itirazı HMK m. 116/1-a gereği ilk itiraz olup, taraflarca ileri sürülmelidir. Bu yüzdendir ki davalının cevap dilekçesinde bu yönde bir itiraz olmaması durumunda sayılan yerlerden bir başka yerde açılan yer mahkemesi de yetkili hale gelecektir<sup>55</sup>.

### C. Karar

Hakim tanıma ve tenfiz şartlarını inceledikten sonra, üç türlü karar verebilir. Birincisi talebi reddeder. İkincisi tanıma ve tenfiz talebini kabul eder ve son olarak kısmen tanıma ve tenfiz kararı verebilir<sup>56</sup>.

Talebin kısmen veya tamamen kabulü halinde, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren, Türk hukukunda kesin hüküm ve kesin delil vasfına sahip olur. Yani kararın etki anı; tanıma ve tenfiz kararının verildiği an olmayıp, yabancı mahkeme kararının ülkesinde kesinleştiği andır. Bu yüzden tanınan karar geçmişten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak boşanmanın fer’isi gibi boşanma kararının tanınması ve tenfizi sonucu talep edilebilecek; nafaka, maddi ve manevi tazminatlar açısından zamanaşımı süreleri, tanıma anından itibaren başlayacaktır<sup>57</sup>.

## III. MÖHUK DIŞINDA DÜZENLENEN TANIMA VE TENFİZ KURALLARI

### A. Genel Olarak

Yukarıda MÖHUK’un 50-59. maddelerinde düzenlenen tanıma ve tenfiz hakkında genel bir açıklama yapılmış olup, hukukumuzda MÖHUK dışındaki kanunlarda da tanıma ve tenfizi yakından ilgilendiren birtakım düzenlemeler mevcuttur. Bunlar; evlat edinme kararlarına ilişkin NHK 30/2 maddesi, mavi kartlı yabancıların tarafı olduğu boşanma kararlarının tesciline imkan veren 30.04.2013 tarihli “Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge”<sup>58</sup> ve son olarak NHK m.

Karar için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/isbolumu/isbolumukarar/20012017.pdf> (Erişim tarihi: 13.01.2020)

<sup>55</sup> **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 222.

<sup>56</sup> **Nomer**, s. 217.

<sup>57</sup> **Nomer**, s. 217; **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 225-226; **Doğan**, s. 120-121.

<sup>58</sup> Yönerge için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/yonergeler>



27/A'ya göre Türk vatandaşının taraf olduğu evliliği sona erdiren kararlardır. Aile hukukuna ilişkin bu düzenlemelerin MÖHUK'tan en önemli farkı, yabancı idari kararların da hukukumuzda hüküm ifade edebilme imkanı tanımış olmasıdır. Dolayısıyla MÖHUK'taki tanıma ve tenfiz kuralları dışında, bu düzenlemeler hakkında da bilgi sahibi olunması gereklidir.

### B. Evlat Edinmeye İlişkin NHK m. 30/2'deki Düzenleme

Yukarıda tanıma ve tenfiz şartlarından bahsederken MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için, öncelikle bir mahkeme kararı aranmıştır. Ana kural bu olmakla birlikte NHK m. 30/2 'e göre "*Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır.*"

Madde kapsamından anlaşılacağı üzere yabancı ülkede yapılan evlat edinme işlemlerinde, yabancı yerin idari makamlarınca verilen ve "kesin hüküm" gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin de tanınmasına imkan verilmiştir. MÖHUK'ta olduğu gibi kesin hüküm şartı, evlat edinme kararı veren ülkenin hukukuna göre belirlenecektir<sup>59</sup>.

NHK ve Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>60</sup> yabancı mahkeme kararlarının nasıl tanınacağı usulünü değil, Türk vatandaşlarının medeni halinde bir değişiklik olması durumunda, bunun nüfus kütüğüne işlenmesi için esaslarını düzenler. Bu husus, Yönetmeliğin Yabancı Devlet Mahkemesince Verilen Kararlar başlığındaki 157. maddesinde de belirtilmiş buna göre yabancı devlet mahkemesince kesinleşmiş kararların, işleme konulabilmesi için Türk mahkemesince tanınması ve tenfiz edilmesi aranmıştır. Bu yüzden nüfus kütüğündeki tescil işlemleri için, öncelikle tanıma kararı verilmiş bir mahkeme kararı aranacaktır<sup>61</sup>. Yani yabancı adli veya idari makamdan alınan kesinleşmiş karar veya belgelerin MÖHUK'taki usule göre tanıma ve tenfiz davası açılması gerekecektir. Dolayısıyla açılan davada MÖHUK'ta düzenlenen şartların varlığı aranmaya devam edecektir<sup>62 63</sup>.

<sup>59</sup> Nomer, s. 219.

<sup>60</sup> RG. 23.11.2006-26355

<sup>61</sup> Ekşi, s. 31-32.

<sup>62</sup> "... Yönetmeliğin 105. Maddenin 9. Fıkrasına göre, yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlat edinme işlemleri, asli şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye'de de geçerlidir." Bkz. Ekşi, s. 32.

Hukukumuzda, kesinleşmiş idari karar ve belgelerin **MÖHUK kapsamında** tanıma ve tenfiz davasına konu edilebilecek **tek istisna**, yabancı idari makamınca verilmiş evlat edinme kararlarıdır. Aşağıda ayrıntılı olarak bahsedilecek olan NHK 27/A hükmü ise; idari kararların MÖHUK'a göre tanınmasını değil, MÖHUK dışında bir nevi idari tanıma yoluyla tesciline imkan vermiştir. Dolayısıyla bu talebin reddedilmesi durumunda, NHK 30/2 aksine, MÖHUK'ta aranan adli makamca karar verilme şartı karşılanamayacağından, talebin reddi halinde MÖHUK'a göre tanınması da mümkün olmayacaktır<sup>64</sup>.

Yabancı adli veya idari makamca verilen evlat edinme kararlarının tanınması MÖHUK hükümlerine tabi olacağı için, bu kararların tanınması ve tenfizine engel teşkil edebilecek şartlardan biri olan kamu düzeni kavramını hakim değerlendirirken, bu düzenlemenin uygulanmasına engel olabilecek değerlendirmelerden kaçınması gerekir. Pek tabiidir ki, evlat edinmeye ilişkin verilen yabancı kararda, çocuğun menfaatinin ihlal edilmesi Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil edecek ve kararın tanınması ve tenfizine engel olacaktır. Nitekim hakim yapacağı bu inceleme çocuğun menfaati gereği revizyon yasağının da bir istisnasını teşkil edecektir. Ancak NHK 30/1 hükmündeki “*Türk mevzuatına uygun olma*” kavramının geniş yorumlanarak, ilgili hukukta Türk hukukundan farklı bir düzenlemenin olması, kararın tanınmasına engel teşkil etmemelidir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında hatalı olarak, bu şartlara aykırılığın kamu düzenine aykırılık halini oluşturacağına karar vermiştir<sup>65</sup>. Ancak yabancı kararların tanınması ve tenfizinde kamu düzeni, ilgili kararın tanınması halinde kamu düzenine aykırılığın oluşup oluşmadığı ile ilgilidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki<sup>66</sup> (TMK) evlat edinme şartlarının amacından yola çıkarak hakim sonuca ulaşmalıdır.

<sup>63</sup> Yargıtay 18. HD., 24.10.2013 gün ve E. 2013/9858, K. 2013/13957; “Yabancı ülke hukuku uyarınca bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olmamasının, Etiyopya Mahkemesi’nce verilen evlat edinmeye ilişkin kararın tenfizine engel teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. (naklen; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 515, dpn. 345).

<sup>64</sup> **Huysal**, Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 37, S. 2, 2017, s. 499.

<sup>65</sup> Yargıtay 2. HD., 12.4.2007 gün ve E. 2007/14063, K.2007/6141 (RG. 8.5.2007-26516): “... evlât edinilenin evlât edinenden en az onsekiz yaş küçük olması şarttır. Evlât edinme ehliyet ve koşulları kamu düzenine ilişkindir.”; Yargıtay. 2. HD. 12.3.2001, E. 2001/2020, K. 2001/3683 “...evlât edinme ehliyet ve koşulları kamu düzenine ilişkin olup...”. Kararlar ve ayrıntılı bilgi için Bkz. **Tarman**, Zeynep Derya/**Önay**, Işık: “Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, Ankara 2011 s. 355-356, dpn. 65.

<sup>66</sup> RG. 8.12.2001-24607

Türk hukukunda, evlat edinen kişinin bekar olması halinde 30 yaşında olmasını aramışken, yabancı hukuka göre verilen evlat edinme kararında 25 yaşın evlat edinmek için kabul edilmesi salt kamu düzenine aykırılık için gerekçe oluşturmayacaktır. Ancak bir başka hukukta, 18 yaşında olan birinin evlat edinmesine izin verilmesine dayanarak alınan karar, kanun koyucunun evlat edinecek kişinin, olgun bir birey olmasını aramış olduğundan kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir<sup>67</sup>.

Bununla birlikte NHK 30/2 fıkrasında düzenlenen hüküm haricinde tarafı olduğumuz “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi”<sup>68</sup> de bu düzenlemeye paraleldir. Sözleşmede akit devletler arasında evlat edinmenin tanınmasına ilişkin taleplerde, idari makamlar da yetkilidir. Burada akit devletlerin herhangi birinde evlat edinme belgesi düzenlenebilecektir<sup>69</sup>.

Sözleşmeye göre akit devletler birer merkez makam belirleyecektir<sup>70</sup>. Evlat edinmek isteyen kişi, öncelikle mutad meskeninin bulunduğu ülkenin merkez makamına başvuruda bulunacaktır. Merkez makam başvuruda bulu-

<sup>67</sup> “Eşlerden birinin tek başına evlât edinmesine izin veren bir ülke hukukuna göre verilmiş bir evlât edinme kararının Türkiye’de tanınması bakımından da aynı esas geçerlidir. Bu kararı, evli kişilerin tek başına evlât edinmesine izin vermeyen MK. m. 306 hükmü nedeniyle her halde tanımamak devletler özel hukuku mantığı ile bağdaşmaz.” Bkz. **Tarman/Önay**, s. 357; Yargıtay benzer yöndeki bir başka kararında, evlat edinilmek istenilen küçüğün bir yıl süreyle bakılmaması nedeniyle yabancı kararın tanınması talebini reddetmiştir. “Türk Medeni Kanununun 305/1. Maddesine göre bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır. Evlat edinilen çocuk 23.06.2002 doğumlu olup, tenfizi istenilen karar ise 12.01.2003 tarihlidir. Bu halde bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma koşulu gerçekleşmemiştir.” Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., 15.6.2004 gün ve E. 2004/6944 K. 2004/7910 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 29.02.2020)

<sup>68</sup> RG. 20.01.2004-25352

<sup>69</sup> Sözleşmenin kapsamı açısından, evlat edinen ile evlat edinilenin milliyeti önemli değildir. Sözleşme tarafların mutad meskenlerinin farklı akit devletlerde olmasını aramıştır. **Özel**, Sibel: “Ülkelerarası Evlat Edinme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1, İstanbul 2012, s. 612; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 583-584; Ayrıca sözleşmeye göre evlat edinme işlemlerinin doğrudan tanınması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Şensöz**, Ebru: “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli ve İdari Evlat Edinme Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Kontrol Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi C. 10, S. 2, 2011 s. 190 vd.

<sup>70</sup> Türkiye açısından yetkili makam, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı’dır. Bkz. Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük m. 3/2 ve m. 2/1-ğ (RG. 15.3.2009-27170)

nan kişinin evlat edinme ehliyetine sahip olduğunu tespit ederse, kişinin evlat edinmeye uygun olduğuna dair bir belge düzenleyecek ve bu belgeyi çocuğun mutad meskenin bulunduğu akit devletin merkez makamına iletacaktır. Aynı şekilde çocuğun mutad meskeninin bulunduğu merkez makamı, çocuğun evlat edinilmeye uygun olduğunu tespit ederse, çocuğun kişisel bilgilerini içeren raporunu karşı devletin merkez makamına iletacaktır. Bu açıdan evlat edinen ile çocuğun mutad meskenlerinin bulunduğu devletin kanunlar ihtilafı kuralları, evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda belirleyici olacaktır. Evlat edinme işlemi bu iki devletin birinde gerçekleştirilebilecektir<sup>71</sup>.

Sözleşmede ayrıca doğrudan tanımının kabul edildiği belirtilmiştir<sup>72</sup>. Buna göre, evlat edinme işleminin yapıldığı devletin yetkili makamınca belirlenen evlat edinme işlemi, sözleşmeye taraf olan diğer devletlerde hüküm ve sonuç doğurması için, ayrıca bir tanıma davasının açılmasına gerek yoktur<sup>73</sup>. Sözleşmeye göre evlat edinme işleminin doğrudan tanınmasına engel olacak tek istisna, evlat edinme işleminin akit devletin kamu düzenine aykırılık oluşturmasıdır. Ancak sözleşme kamu düzeninin kapsamını “çocuğun yüksek menfaati kıstasıyla” sınırlamıştır<sup>74</sup>.

Anayasa m. 90/5 ve MÖHUK m. 1/2 gereği sözleşmenin kapsamına giren evlat edinme işlemleri açısından, sözleşme öncelikli olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla evlat edinme işlemi sözleşmeye taraf olmayan bir devlette gerçekleştirilmişse, NHK 30/2 uyarınca MÖHUK’a göre tanıma istenecektir.

<sup>71</sup> **Özel**, s. 612-613; **Tarman/Önay**, s. 351-352; **Şensöz**, s. 184-186.

<sup>72</sup> Türkiye'nin tarafı olduğu ve doğrudan tanıma imkanı getiren diğer devletlerarası sözleşmeler için bkz. **Şensöz**, Ebru: “Türkiye'nin Tarafı Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl'a Armağan, C. 11, S. 22, 2012, s. 402-403. (Doğrudan tanıma)

<sup>73</sup> Sözleşmede kamu düzeni açısından kontrolün hangi makamca yapılacağı düzenlenmiştir. Şensöz'e göre; bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrolünü yapacak makam adli makamlardır. İdari makamların kamu düzenine aykırılığı denetlemesi yerinde olmayacaktır. Bu yüzden Nüfus Müdürlüğü, bu belgeye göre yapılan nüfus kayıt talebini reddedemeyecektir. Nüfus müdürlüğü, işlemin kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu düşünüyorsa, işlemi gerçekleştirdikten sonra Cumhuriyet Savcılığına durumu bildirecektir. Sözleşmede doğrudan tanıma usulü öngörüldüğünden, kamu düzenine aykırılık iddiası halinde ancak “Tanımama” davası açılacaktır. Bu davanın hukuki niteliği tespit davası olup, sözleşmeye göre doğrudan tanınan belgenin, gereken şartları sağlamadığının tespiti istenecektir. Şensöz, bu davanın da tanıma davasıyla aynı usulde olduğunu, dolayısıyla MÖHUK 51'e göre hukuki menfaat sahibi kişilerin bu davayı açabileceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şensöz**, s. 218 vd.

<sup>74</sup> **Şensöz**, s. 186, dpn. 16; s. 216; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 583, **Özel**, s. 615; **Tarman/Önay**, s. 352.

Ayrıca sözleşmenin uygulanabilmesi için, evlat edinen ile evlat edinilen çocuğun mutad meskenlerinin, farklı akit devletlerde bulunması gerekir. Örneğin, mutad meskeni Almanya’da olan Türk vatandaşı olan eşlerin, mutad meskeni Almanya’da olan bir çocuğu evlat edinmeleri halinde, evlat edinmenin NHK 30/2 uyarınca MÖHUK’a göre tanınması gerekecektir. Son olarak, sözleşmeye göre evlat edinmeye ilişkin sadece tanıma söz konusudur. Bu açıdan tenfiz gereken bir halde NHK 30/2 gündeme gelebilecektir<sup>75</sup>.

### C. Mavi Kart Sahibi Yabancıların Tarafı Olduğu Yabancı Boşanma Kararlarının Tescili

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun<sup>76</sup> 28. maddesinde düzenlenen mavi kart sahibi yabancılar, istisnai haller dışında Türk vatandaşı ile aynı hakka sahiptirler. Dolayısıyla her ne kadar yabancı statüsünde olsalar da mavi kart sahibi yabancılar pek çok hakka sahip olarak, imtiyazlı yabancı konumundadırlar<sup>77</sup>.

30.04.2013 tarihli “Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge” nin 10/3<sup>78</sup> ve 17.<sup>79</sup> maddeleri ile mavi kart sahibi olan yabancıların, yabancı mahkeme veya idari makamca aldığı karar ve belgeler ile MÖHUK hükümlerince tanıma davası açılmaksızın, evliliği sona erdiren kararlar tek taraflı bir talep ile tescil ettirilebilir<sup>80</sup>.

Hukuk devletinin temel kurallarından biri olan normlar hiyerarşisinde, idarenin düzenleyici işlemlerinden olan yönergeler, diğer bir düzenleyici işlem olan yönetmelikten daha sonra gelmektedir. Dolayısıyla yönergelerde yönetmeliklere aykırı düzenlemeler bulunamaz, nitekim ilgili yönerge

<sup>75</sup> Ekşi, s. 381; Şensöz, s. 190; Özel, s. 612; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 584.

<sup>76</sup> RG. 12.6.2009-27256

<sup>77</sup> Ekşi, s. 68-70.

<sup>78</sup> Madde 10/3: “Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişilerin uyruğu bulunduğu ülke makamlarından almış oldukları karar ve idari belgeler usulüne göre tasdik edilmiş ve onaylanmış ise, ayrıca 27/11/2007 3 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tanınması veya tenfizi istenmez.”

<sup>79</sup> Madde 17: “Boşanma kararlarının nüfus müdürlüklerine intikal etmesi halinde;

a) Her iki kişi de Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı ise boşanma, kayıtlarına işlenir.

b) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde, diğeri aile kütüklerinde kayıtlı ise, boşanma her iki kütüğe usulüne uygun olarak tescil edilir.

c) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı diğeri yabancılar kütüğünde kayıtlı ise boşanma her iki kütüğe de tescil edilir.

ç) Eşlerden biri yabancı ise boşanma, Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişinin kaydına işlenir.”

<sup>80</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 690, dpn. 524; Huysal, s. 478.

normlar hiyerarşisinde yönetmeliğin de üstünde olan MÖHUK ve TMK'ya açık aykırılık içermektedir<sup>81</sup>. Hukuk devleti ilkesinde hukuk kurallarının sık sık değişmemesi gerekmektedir. Eğer bir değişiklik yapılacaksa, bu kanun maddesinde yapılacak bir değişiklikle mümkün olmalıdır. Dolayısıyla kanun değişikliğinden çok daha kolay olan idarenin düzenleyici işlemleri ile bunun ihlali, hukuk güvenliğinin ihlali demektir<sup>82</sup>.

Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanununun 27/A maddesi ile 07.02.2018 tarihinde çıkan Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkındaki Yönetmelik<sup>83</sup> Türk vatandaşlarının tarafı olduğu yabancı boşanma kararlarının tescili ile ilgili düzenleme içermektedir. İlgili düzenlemeye göre yabancı boşanma kararının tescili için, Türk vatandaşının karşı tarafla birlikte başvurusu aranmaktadır. Yönerge ise, mavi kartlı bir yabancıya bir Türk vatandaşı ile evli olması halinde mavi kart sahibi yabancıya tek taraflı başvurusunu yeterli görmektedir. Dolayısıyla kanunda ve yönetmelikte, yabancı kararın tescili için Türk vatandaşının tek başına başvurusu yeterli görülmemiş, karşı taraf ile birlikte başvurusu aranmış iken, yönergede mavi kart sahibi yabancıya, tek taraflı başvurusu yeterli görülmüştür. Bu yönerge, gerek normlar hiyerarşisine açık aykırılık teşkil etmesi nedeniyle gerekse de Türk vatandaşının dahi sahip olmadığı bir hakkı, mavi kartlı bir yabancıya tanınması açısından eleştiriye açıktır. Ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere, Türk vatandaşının NHK 27/A'ya göre boşanma kararını tescil ettirebilmesi için, birlikte başvuru şartının dışında başka şartlar da aranmıştır. Ancak yönergede mavi kartlı yabancılar açısından bu şartlar da aranmamaktadır. Her ne kadar pratik olsa da hukuka aykırı olan bu düzenlemenin kaldırılması, eğer böyle bir pratiklik sağlanacaksa, idarenin düzenleyici işlemlerinden olan bir yönerge ile değil, bir kanunla yapılması gerekmektedir<sup>84</sup>.

Kanımızca, yönergenin 17/1-b maddesinin, en azından kanunda yapılan özel düzenleme gereği, artık hükmü kalmamıştır. Mavi kartlı yabancı ile bo-

<sup>81</sup> TMK m. 39; "Mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz."

<sup>82</sup> **Sevgili-Gençay**, Fatma Didem: "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, S. 2, 2014, s. 397-417; **Huysal**, s. 477-478; **Doğan**, s. 156-157.

<sup>83</sup> RG. 7.2.2018-30325

<sup>84</sup> **Huysal**, s. 478; **Ayhan-İzmirli**, Lale: "Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22 S. 4, 2018, s. 100, dpn. 121; **Doğan**, s. 156-157.

şanan tarafın Türk vatandaşı olduğu durumlarda artık NHK 27/A maddesinin aradığı şartların sağlanması gerekmektedir. Şartların sağlanamaması halinde ise taraflar, MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz istemesi mümkündür.

Diğer yandan bu durumda sadece mavi kart sahibi yabancıların kütüğüne tescili sağlanıp, Türk vatandaşının aile kütüğüne tescili sağlanamayacağı ileri sürülürse, bu durumda Türk vatandaşı olan kişinin NHK 27/A'ya göre birlikte talep şartını sağlaması mümkün olmayacaktır. Eğer ki evliliği sona erdiren karar, idari bir makamdan alınmış bir karar ise MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz davası da açamayacaktır.

Özetle burada bir norm çakışması mevcuttur. Burada çakışan normlar ise, hiyerarşik açıdan eşit seviyede olmayan normlardır. Hem kanun hem yönetmelik normlar hiyerarşisinde yönergenin üzerindedir. Dolayısıyla, "lex superior"<sup>85</sup> ilkesi gereği, üst kanun alt kanunu ilga edecektir. Kanımızca, yönergenin m. 17/1-b'de bu kapsamda ilga olmuş bir hükümdür.

#### **D. Türk Vatandaşının Tarafı Olduğu Yabancı Boşanma Kararlarının NHK'nın 27/A Maddesine Göre Türkiye'de Tescili**

##### **1. Genel Olarak**

İlk olarak 690 sayılı KHK<sup>86</sup> ile getirilen ve 01.02.2018 tarihinde 7077 sayılı kanun<sup>87</sup> ile aynen kabul edilen NHK'nın 27/A maddesi; yabancı devletin adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen kararların, belirli şartlar halinde, nüfus kütüğüne tesciline izin vermiştir. Böylece idari makamlar tarafından verilen kararların hukukumuzda sonuç doğurmasına bir başka istisna getirilmiştir<sup>88</sup>.

Tanıma ve tenfiz davalarının büyük çoğunluğunu oluşturan evliliği sona erdiren kararlar olduğundan, sırf bir idari makamca karar verildiği için söz konusu kararların tanınmaması, uzunca bir süredir eleştirilmekteydi<sup>89</sup>. Bununla birlikte idarece verilmiş kararların tespit davasına konu edilerek

<sup>85</sup> **Gözler**, Kemal: "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s. 97-100.

<sup>86</sup> RG. 29.04.2017-30052

<sup>87</sup> RG. 8.3.2018-30354

<sup>88</sup> **Doğan**, s. 152; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 608-609.

<sup>89</sup> **Tütüncübaşı**, "Uğur: Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2017, s. 122.

yahut idari makamca verilen kararın adli makamca onaylanması hallerinde MÖHUK'a göre tanınabileceği söylenmektedir<sup>90</sup>.

NHK m. 27/A'da düzenlenen tanımanın hukuki mahiyeti tartışma konusudur. Şu an için dört farklı görüş vardır bunlar; MÖHUK dışında düzenlenen bir tanıma olduğuna yönelik görüş<sup>91</sup>, doğrudan tanıma olduğuna yönelik görüş<sup>92</sup>, mahkemeleri bertaraf eden özel bir doğrudan tescil olduğuna yönelik görüş<sup>93</sup>, idari bir tanıma olarak nitelendiren görüştür<sup>94</sup>. Son görüşün de ifade ettiği gibi; doğrudan tanıma veya doğrudan tescil olabilmesi için herhangi bir talep ve şarta bağlı olmaksızın, işlemin doğrudan tescil edilmesi gerekmektedir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere talebin kabulü için belli şartlar aranmaktadır. Tanıma kararı da adli makamlarca verildiği için son görüşe katılarak, idari tanıma olarak nitelendirilmesi daha uygun olabilir.

## 2. NHK'da Aranan Şartlar

NHK 27/A maddesinde yabancı adli veya idari makamca verilen evliliği sona erdiren kararların tescil şartları, kanunda şu şekilde öngörülmüştür.

*“Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir.”*

### a. Adli veya İdari Makam Tarafından Verilen Bir Karar Olması

MÖHUK'taki düzenlemenin aksine idari makamca verilen kararların tanınmasına imkan verilmiştir. Kanun verilmiş bir karar aradığından, tarafların adli veya idari makama gitmeden boşanmaları durumunda, boşanmanın tanınması mümkün olmayacaktır. Örnek olarak; talak ile yapılan boşan-

<sup>90</sup> “Şayet yargı organları dışında uyumsuzluğu çözümlen kararlar yargı organlarınc denetlenmiş ve onanmış ise bu tür kararlar tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olabilecektir.” Bkz. Doğan, s. 121; “Mahkeme kararına bağlanmış talakın tanınmasının -tanıma şartlarının yerine getirilmesi kaydı ile- istenmesi mümkün gözükmektedir.” Bkz. Çelikel/Erdem, s. 686.

<sup>91</sup> Özkan/Tütüncübaşı, s. 226.

<sup>92</sup> Şensöz-Malkoç, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul 2017, s. 128; s. 237.

<sup>93</sup> Huysal, s. 482-483.

<sup>94</sup> Doğan, s. 153; Ayhan-İzmirli, s. 87.



malar, ilgili hukukta bir olgunun gerçekleşmesi halinde evliliğin kendiliğinden sona erdiren düzenlemelerin olması halinde<sup>95</sup>, verilmiş bir karar olmadığından madde kapsamına girmeyecektir. Bununla birlikte MÖHUK'ta idari makamca verilen kararın adli makamca onaylanması halinde, kararın tanınması ve tenfizi istenebilmekteydi. Dolayısıyla kıyas yaparak aynı hususun burada da geçerli olacağı söylenebilir. Örnek vermek gerekirse; talakın bir idari makamca onaylanması halinde taraflar, NHK 27/A'ya göre kararın tanınmasını isteyebileceklerdir<sup>96</sup>.

Kanun ayrıca, kararın yetkili makamca verilmiş olmasını aramıştır. MÖHUK'taki tanıma usulünde dahi mahkemenin yetkili olup olmadığı incelenmemektedir. MÖHUK'ta aşkın yetki durumunda davalının itirazı gerekmekte, münhasır yetki halinde ise, bu durum mahkemece re'sen incelenmekteydi. Dolayısıyla burada ifade edilen yetkinin, ilgili adli veya idari makamın görevli olup olmadığıdır. Bu yetki kararın verildiği ülke hukukuna göre belirlenecektir<sup>97</sup>.

Kanun, idari makamca verilen kararı kabul ettiğinden, Türkiye'de bir konsolosluk tarafından verilen boşanma kararının, NHK 27/A'ya göre tanınmasının mümkün olup olmadığının sorusu akla gelebilir. Türkiye'de mahkeme dışında bir makamın, boşanma kararı verebilmesinin Türk kamu düzenine açık bir aykırılık teşkil edeceği söylenmektedir<sup>98</sup>. Nitekim NHK m. 11'de Türk nüfus kütüklerine tescil edilecek hususlar, Türk vatandaşlarının medeni hallerindeki durumlar olduğundan, Türk vatandaşı olmayan yabancıların bu maddeden yararlanmaları mümkün değildir. Kamu düzeni gereği, Türkiye'de bir Türk vatandaşının evliliği ancak Türk mahkemelerince sonlandırılabilir<sup>99</sup>. Ayrıca kişinin birden fazla vatandaşlığının olması ve bu

<sup>95</sup> Bazı hukuk sistemlerinde ömür boyu hapis cezası alınması, gaiplik kararı gibi haller evliliği kendiliğinden sona erdiren bir sebeptir. bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 249; **Huysal**, s. 485.

<sup>96</sup> **Tütüncübaşı**, s. 117; **Huysal**, s. 485; **Ayhan-İzmirli**, s. 90-91.

<sup>97</sup> **Huysal**, s. 489-490; **Ayhan-İzmirli**, s. 92.

<sup>98</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 93-94; **Huysal**, s. 488.

<sup>99</sup> **Huysal**; TMK 167 ve 170 hükümleri gereği, Türkiye'de ancak mahkeme tarafından boşanma kararı verilebileceğini belirtmektedir. Ancak yazara göre bu durum kamu düzeni ile ilgili olmayıp, doğrudan uygulanan kurala ilişkindir. Ancak böyle bir yorum **Ayhan-İzmirli**'nin de belirttiği üzere doğrudan uygulanan kuralların kapsamını genişletecektir. Bkz. **Huysal**, s. 488; **Ayhan-İzmirli**, s. 94, dpn. 99. Benzer yönde Nomer; Türkiye'de mahkeme dışında gerçekleştirilen boşanmaların, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte yazar hukuki işlem niteliğindeki -örneğin talak, halaha(get-boşanma)- boşanmaların Türk kamu düzenine aykırılığının, taraflardan birisinin Türk vatandaşı olup olmamasına göre ayırım yapmıştır. Eğer her iki

vatandaşlıklarından birisinin de Türk vatandaşlığı olması halinde, MÖHUK m. 4/1-b hükmü gereği artık Türk hukuku esas alınacağından, bu kişinin de Türkiye’de mahkeme dışında bir makamda boşanması kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve boşanmanın bu yolla tanınmasına engel olacaktır.

### **b. Kararın Kesinleşme Şartı**

İdari yoldan tanınması istenen kararın MÖHUK’ta da olduğu üzere, verildiği ülke hukukunca kesinleşmesi gerekmektedir. Kanun maddesinde “usulen kesinleşme” kavramı kullanılmış olup, usulen kesinleşme kavramı ise başka hiçbir kanunda geçmeyen bir terimdir<sup>100</sup>. Doktrinde ağırlıklı olan görüş, burada anlaşılması gereken kesinliğin, şekli anlamda kesinlik olduğudur<sup>101</sup>.

### **c. Birlikte Başvuru Şartı**

Kararın tanınması için bir diğer şart ise tarafların birlikte başvurmalarıdır. Taraflar bizzat veya vekilleri aracılığıyla bu başvuruyu yapabileceklerdir. NHK 27/A’nın uygulamasını sağlamak amacıyla Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik<sup>102</sup> çıkarılmıştır. Yönetmeliğe göre taraflar aynı anda başvurmak zorunda olmamakta, başvurularını ayrı ayrı gerçekleştirebilmektedirler. Ancak yönetmelik gereği, ilk başvuru ile ikinci başvuru arasında 90 günlük sürenin aşılamayacağı belirtilmektedir. (Yönetmelik m. 6/1)<sup>103</sup>

Dolayısıyla birlikte başvuruda bulunulamaması halinde, kararın artık MÖHUK’a göre tanınması gerekecektir. Ancak NHK’ya göre tanınması istenen kararın idari makamca verilmiş olması halinde, MÖHUK’un adli makamca verilme şartı gereği, evliliği sona erdiren karar tanınmayacaktır.

Ayrıca MÖHUK’taki düzenlemenin aksine burada tarafların birlikte başvurusu aranmakta, hukuki yarar sahipleri madde kapsamına alınmamıştır<sup>104</sup>. Ancak çıkarılan yönetmeliğin 6/2’e göre; “*Tek taraflı irade beyanı*

---

taraf yabancıysa, Türkiye’de hukuki işlem ile gerçekleştirilen boşanma, tespit davasına konu edilebilecektir. Ancak hukuki işlemin bir tarafının Türk vatandaşı olması halinde bu durum, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Açıklamalar için bkz. **Nomer**, Ergin: Devlet Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 260, dpn. 84-85, s. 545, (DHH); **Nomer**, s. 222.

<sup>100</sup> **Huysal**, s. 492.

<sup>101</sup> **Tütüncübaşı**, s. 119; **Huysal**, s. 493-494; **Ayhan-İzmirli**, s. 96.

<sup>102</sup> Bkz. 83. dpn.

<sup>103</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 101.

<sup>104</sup> **Tütüncübaşı**, s. 118.

*ile gerçekleşmiş boşanmalar hariç, evliliği sona ermiş kişilerin tescil talebi öncesinde ölmüş olmaları durumunda, yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen kararların aile kütüğüne tescil talebi hukuki yararı bulunanlar tarafından yapılabilir.”*

Dolayısıyla MÖHUK’a benzer bir düzenleme getirilmiş olsa da bunun kanunda düzenlenmesi gerektiği halde, bir yönetmelikle getirilmiştir. Bu durum normlar hiyerarşisine ve Anayasa’nın 124. maddesine açık bir aykırılık teşkil etmektedir<sup>105</sup>.

Söz konusu düzenleme bir usul hukuku kuralı olup, derhal uygulanması esastır. Dolayısıyla tamamlanmamış işlemlerde, yönetmeliğe göre hukuki yarar sahipleri karşı tarafla birlikte başvuruda bulunabilecektir. Her ne kadar müellif bu durumda birlikte başvuru şartının aranmaması gerektiğini söylemekte ise de<sup>106</sup>; kanımızca yönetmelik hukuki menfaat sahibi kişilerin, tek başlarına başvuruda bulunabileceğine yönelik bir yoruma imkan vermemektedir. Bu halde hukuki yarar sahipleri, ölen kişinin yerine geçerek onun sahip olduğu kapsamda tescil talebinde bulunabilirler. Dolayısıyla hukuki yarar sahibi kişi, boşanmanın diğer tarafı ile birlikte tescil talebinde bulunabilecektir. Aksi halde kanunun -ölen taraf sağken- bizzat kendisine tanımadığı bir imkanı, yönetmelikle bir başka kişiye tanımış oluruz. Nitekim bu yorum, yazarın da pek çok kez eleştirdiği normlar hiyerarşisi ilkesi ve Anayasa’nın 124. maddesine açık aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla birlikte başvuru şartı hukuki yarar sahibi kişiler için de aranacaktır.

Doktrinde birlikte başvuru şartının aranması, özellikle tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilen boşanmaların bu yolla tanınmasına engel olması açısından yerinde olduğu belirtilmektedir<sup>107</sup>. Ancak aşağıda bahsedileceği üzere kamu düzenine açıkça aykırılık halleri NHK 27/A’ya göre bir tanıma engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bu durumun zaten NHK 27/A’ya göre tanınamayacağı açıktır.

*Ayhan-İzmirli*’ye göre, iki tarafın iradesinin etkin olarak rol aldığı boşanmalar açısından aranan bu şartın, kanunun getiriliş amacıyla çeliştiği

<sup>105</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 101.

<sup>106</sup> Ayhan-İzmirli sağ kalan yabancı eşin Türk hukukuna göre mirasçılık sıfatına sahip olduğunu, dolayısıyla sağ kalan eşin, hukuki yarar sahibi olan diğer bir mirasçı ile birlikte başvurusunun son derece zor olacağını, yönetmelik ile getirilen düzenlemenin kanunun getiriliş amacına uygun olarak yorumlanmasını, bu yüzden hukuki yarar sahibi kişilerin tek başlarına başvurmalarının mümkün olduğunu düşünmektedir. Bkz. **Ayhan-İzmirli**, s. 102-104.

<sup>107</sup> **Huysal**; s. 497; **Ayhan-İzmirli**, s. 99.

söylenmektedir. Özellikle bir tarafın Türk vatandaşı diğer tarafın yabancı olduğu boşanmalar açısından bu şartın gerçekleşmesinin pek çok zaman mümkün olmadığını, eğer ki karar idari makamca verilmişse, yabancı kişinin kendi ülkesinde hiçbir hukuki problem yaşamadan hayatına devam ederken, tanıma talebinde asıl menfaat sahibi olan Türk vatandaşının birlikte başvuru şartını yerine getiremediğinden ve karar da idari makamca verildiğinden MÖHUK'a göre tanınmanın da mümkün olmadığını, eşlerin zaten birlikte başvuruda bulunması halinde MÖHUK'ta aranan diğer şartların da varlığı halinde hızlıca bu kararı alabileceğini belirtmektedir<sup>108</sup>.

Kanun koyucunun bu düzenlemeyi mahkemelerin iş yükünü azaltmak için getirmiş olduğu bir gerçektir. Kanımızca, kanunun getiriliş amacına hizmet eden en iyi şartı, birlikte başvuru şartı sağlamaktadır<sup>109</sup>. Şayet tarafların birlikte başvurusu yerine, yalnızca taraflardan birisinin başvurusu yeterli görülmüş olsaydı, karşı tarafın olası itirazları ile aslında tekrar bir ihtilaf meydana gelmiş olacaktı. Bu sefer yalnızca değişen, mahkemelerin iş yükünün asliye hukuk mahkemelerinden, -bu halde yapılan işlemin niteliği idari bir işlem olacağından- idare mahkemelerine geçmesi olacaktı. Bu yüzden, hedeflenen amaç olan, mahkemelerin iş yükünün azaltılması da mümkün olmayacaktı. Kanımızca, aranan birlikte başvuru şartı bilinçlidir.

Müellif, eğer ilgili karar yabancı adli makamca verilmişse, tarafların da iradeleri ortak ise, MÖHUK'a göre tanıma talep etmeleri halinde istedikleri sonuca kısa sürede ulaşabileceklerini söylemekte ve birlikte başvuru şartının aranmasının bu halde amaçla bağdaşmadığını belirtmektedir<sup>110</sup>. Bu görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir. Şöyle ki, tanıma taleplerinde hakim dosya üzerinden karar verememektedir. Bu durum MÖHUK m. 55/1'de de açıkça düzenlenmiştir. Hakim taraf iradeleri ortak olsa dahi duruşma günü tayin etme mecburiyetindedir. Dolayısıyla, uygulamada aylar sonrasına verilen duruşma günlerinin varlığı düşünüldüğünde, taraf iradeleri ortak olsa

<sup>108</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 98-99; Benzer yönde Doğan'a göre; "NHK m. 27/A'da kabul edilen idari tanıma usulü, boşanma davalarının tanınmasına katkı sağlamaktan uzak, acele ile yapılmış bir düzenlemedir. Boşanma kararlarının tanınmasında temel problem taraf teşkilinde yaşanmaktadır." Bkz. **Doğan**, s. 155.

<sup>109</sup> "Bu sayede bir mahkeme tarafından tanıma kararı alabilmek için yapılması gereken usuli işlemlerin ve bu bağlamda kaybedilecek zamanın da önüne geçilmiş olunacaktır." Bkz. **Tütüncübaşı**, s. 117.

<sup>110</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 100; Benzer yönde Doğan; "Aleyhine tenfiz talebinde bulunan taraf, MÖHUK kapsamında talep edilen tanıma usulü bağlamında davaya katılsa, yani taraf teşkili sağlansa, zaten dava basit yargılama usulü çerçevesinde kısa sürede karara bağlanacaktır." Bkz. **Doğan**, s. 155-156.

dahi MÖHUK'a göre tanınmanın kısa sürede gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır.

Yine kanun taraf iradelerinin ortak olduğu durumlarda, özellikle kararın yabancı idari makamca alınması halinde, taraflara Türkiye'de yeni bir boşanma davası açmaması için de bir kolaylık getirmiştir.

Anlaşılabileceği üzere, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla kanun koyucu, tarafların anlaşması halinde MÖHUK dışında yeni bir tanıma usulü düzenlemiş bulunmaktadır. Bunu da birlikte başvuru şartının aranmış olmasından anlamaktayız. Eğer arada bir ihtilaf var ise, kararın MÖHUK'a göre tanınması gerekecektir. Ancak karar idari makamca verilmiş bir karar ise, MÖHUK'taki ön şartın yerine getirilmemesinden ötürü, Türkiye'de yeniden bir boşanma davası açılması gerekecektir. Kanun koyucunun asıl hedefi iş yükünü azaltmak değil de idari kararların tanınması olsaydı, MÖHUK'ta bir düzenlemeye gidebilir ve idari kararların da olağan tanıma usulüne göre tanınması sağlanabilirdi.

#### ***d. Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması***

Aranan diğer koşul ise; yabancı adli veya idari makamca verilen kararın, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamasıdır. MÖHUK'ta tanıma ve tenfiz şartı olarak aranan kamu düzeni şartı için anlattıklarımız, burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla kamu düzeni şartı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Tekrar etmek gerekirse, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası hukukun temel ilkelerine, adil yargılanma ve savunma hakkına, Türk toplumunun genel ahlak, örf ve adet kurallarına açık bir aykırılık olması halinde, kararın kamu düzenine aykırılığı meydana gelecektir<sup>111</sup>.

Dolayısıyla idare bu nedenle talebi reddedecekse, bunun gerekçelerini de açıklayacaktır<sup>112</sup>. (Yön. m. 9/7) Kamu düzeni kavramı hakimler tarafından dahi kesin olarak belirlenemezken, idari makamca bunun denetlenmesi bir takım sorunlara neden olabilecektir. Çıkarılan yönetmelikte (Yön. m. 8) başvuruların kurulacak komisyonca incelenip değerlendirileceğini ve bu komisyonda da "hukuk formasyonuna" sahip kamu görevlilerinin olacağı belirtilmiştir. Ancak yönetmeliğin aynı maddesinin üçüncü fıkrasında ise; dış temsilciliklerde oluşturulacak komisyonun, misyon şeflerinin takdirinde olduğu belirtilmiş, hukuk formasyonuna sahip kamu görevlisi olma şartı da

<sup>111</sup> Tütüncübaşı, s. 119.

<sup>112</sup> Ayhan-İzmirli, s. 104.

aranmamıştır. Ayrıca, il müdürlüklerinde hukuk formasyonuna sahip kamu görevlisinin olması yeterli görülmemektedir. Dolayısıyla en azından milletlerarası özel hukuk alanında çalışan hukukçuların bu komisyonda bulunması gerektiği önerilmektedir<sup>113</sup>.

Ancak aynı yönetmeliğin dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Kararlar toplantıya katılanların **oy çokluğu** ile alınır. Oylamada eşitlik olması halinde başkanın taraf olduğu görüş kabul edilir.” İl müdürlüklerindeki komisyon üyeleri ise “Bakanlıkça belirlenen il müdürlüklerinde komisyon; valinin onayı ile ilgili vali yardımcısı başkanlığında, il nüfus müdürü, iki ilçe nüfus müdürü ve hukuk formasyonuna sahip kamu görevlisinden oluşur.” (Yön. m. 8/2) Anlaşılacağı üzere bu öneri de sorunun çözümüne yeterli değildir. Komisyonun mevcut yapısı ile önerilen milletlerarası özel hukuk alanında çalışan bir hukukçunun etkisi, ancak diğer komisyon üyelerini ikna edebildiği ölçüdedir. Ayrıca bu durumun asıl sakıncası, komisyona gelen taleplerin kamu düzeni şartı inceleme konusu dahi olmadan, kabulüne imkan tanıma ihtimalini doğurmuş olmasıdır. Nitekim taraflar da birlikte başvuracağından işlemin iptali de istenilmeyecektir<sup>114</sup>.

Bununla birlikte, yapılan değerlendirme bir idari işlem niteliğinde olduğu için, talebin reddi durumunda, idari yargıda işlemin iptali istenebilecektir<sup>115</sup>. Bu durum, kamu düzenine aykırılığın, idari makamca değerlendirilmesinin sakıncasını ortadan kaldıracığı düşünülürse, iptal davasında idare hakimleri, milletlerarası özel hukuka hakim olmadıklarından, kamu düzeni kavramını daha farklı yorumlayabilme ihtimalleri doğacaktır<sup>116</sup>.

*Huysal*<sup>117</sup>; NHK 27/A’ya göre tanıma talep edilmesinde, ilgili kararda velayete ilişkin bir hükmün bulunmasının, idari tanımaya engel olması gerektiğini belirtmektedir. Müellif; getirilen düzenlemenin yabancı kararın tenfizine imkan vermemesinden ötürü, ilgili kararın da idari makamca veril-

<sup>113</sup> Ayhan-İzmirli, s. 108-109.

<sup>114</sup> Şensöz-Malkoç’a göre böyle bir durumda İç İşleri Bakanlığının, NVİGM’nin, nüfus müdürlüklerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının “tanımama davası” açma yetkisi verilmelidir. Yazar NHK’ya bu yönde bir düzenleme getirilmesini önermektedir. Bkz. Şensöz-Malkoç, s. 244-245; Mevcut durumda hukuka aykırı olarak verilen tescil kararının iptali ise, NHK m. 40’a göre mümkündür. Bkz. *Huysal*, s. 502.

<sup>115</sup> Şensöz-Malkoç’a göre; “İdarenin tescil talebi idari bir işlem olsa da, idari yargı yoluna başvurmak mümkün olmayıp, taraflarca 5718 sayılı MÖHUK’un ilgili hükümleri uyarınca tanıma davası açılmalıdır.” Ancak bu görüş Anayasanın 125. maddesine açık aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. Şensöz-Malkoç, s. 241; *Huysal*, s. 502.

<sup>116</sup> *Huysal*’a göre, tescil talebinin reddi halinde yapılacak itirazlar için, aile mahkemelerinin görevlendirilmesi bu sakıncayı ortadan kaldıracaktır. Bkz. *Huysal*, s. 503.

<sup>117</sup> *Huysal*, s. 495-497, dpn. 78.

miş olması halinde, çift boşanmış olmalarına rağmen çocukları üzerinde velayetin boşanma öncesindeki duruma göre devam edeceğini ve velayetin taşınmış olduğu önem nedeniyle bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirlemektedir<sup>118</sup>. Ancak yazarın da belirttiği üzere Yargıtay MÖHUK'a göre yabancı boşanma kararının tanınması talebinde velayete ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasını kamu düzenine aykırı görmemektedir<sup>119</sup>. Nitekim kamu düzeni kavramı değerlendirilirken kategorik bir ayırım yapılmamalı, her somut halin durumuna göre kamu düzenine aykırılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Bu yüzden, tarafların boşanmaları NHK 27/A'ya göre tescil edilmesi halinde, çocuk üzerinde önceki statüye göre devam edecek olan velayetin, salt bu gerekçeyle kamu düzenine aykırılık meydana getirmeyecektir. Ayrıca bu yolla tanınan karara rağmen, önceki statüye göre devam eden velayetin, her zaman için değiştirilmesi de mümkündür. Çocuğun menfaatinin tehlikeye girmesi halinde, taraflardan birinin talebi üzerine veya hakim re'sen gerekli önlemleri her zaman için alabilecektir. Nitekim bu önlemlerden biri de velayetin kaldırılması hususudur. Dolayısıyla bu yolla verilen tanıma, menfaati tehlikeye giren çocuk için geri dönülmez bir duruma neden olmamaktadır ve salt velayete ilişkin bir hükmün bulunmasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini söylemek, bunu açıkça olmasını arayan kanun hükmüne aykırı bir yorum teşkil edecektir<sup>120</sup>.

#### ***e. Tanınması Talep Edilen Kararla İlgili Türk Mahkemelerinde Görülmekte Olan veya Reddedilmiş Bir Dava Bulunmaması***

NHK 27/A'ya göre tanıma kararı verilebilmesi için aranan son şart ise, tanınması talep edilen kararla ilgili görülmekte olan veya reddedilmiş bir dava bulunmamasıdır. Bu şart kanunda öngörülmemiş olup, çıkarılan yönetmelik ile getirilmiştir. Bu açıdan -yukarıdaki diğer hallerde de bahsedildiği gibi- kanunla düzenlenmeyen bir şartın yönetmelikte düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesi ile normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir<sup>121</sup>. İlgili hüküm şu şekildedir; “*Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunuyorsa başvuru reddedilir.*” (Yön. m. 9/6)

<sup>118</sup> İlgili görüş için bkz. **Huysal**, s. 495-497.

<sup>119</sup> Yargıtay 2. HD., 24.09.2008 gün ve E. 2007/1236, K. 2008/12805 ilgili diğer kararlar için bkz. **Huysal**; s. 496, dpn. 78.

<sup>120</sup> **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 553-556, dpn. 421.

<sup>121</sup> **Ayhan-İzmirli**, s. 109.

Madde “Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlar ilgili” şartı getirdiği için kast edilenin, Türkiye’de tanınması istenen bir tanıma davasının devam etmesi yahut açılan tanıma davasının reddedilmesi halleridir. Dolayısıyla Türkiye’de ayrıca açılmış bir boşanma davasının, idari tanıma istenmesine engel teşkil ettiği söylenemez. Ancak daha önce Türkiye’de açılmış bir boşanma davasının reddedilmesinin, MÖHUK’ta da olduğu gibi, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan talebin kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddi gerekir<sup>122</sup>. Bununla birlikte unsurların hepsi aynı olmasa dahi, idari tanıma, Türk mahkemesince verilmiş boşanma kararıyla bağdaşmaması halinde de aynı nedenle reddedilecektir<sup>123</sup>. Diğer bir durum ise; görülmekte olan bir boşanma davası mevcut iken, tarafların birlikte idari tanıma talep etmesi ve talebin kabul edilmesidir. Taraflar idari tanıma yoluyla boşanmış sayılacağı için, açılan boşanma davası konusuz kalacaktır. Dolayısıyla mahkeme boşanma davası hakkında, karar vermeye yer olmadığına karar vermesi gerekecektir<sup>124 125</sup>.

<sup>122</sup> “Türk medeni yargılama hukukunda dava şartlarının düzenleyen HMK m.114(i) hükmünde yer alan “aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması” şeklindeki dava şartının, tenfiz davalarında da uygulanacağı ve bu nedenle; konu, taraflar ve hukuki sebep bakımından bir Türk mahkeme kararıyla özdeş mahiyet taşıyan ancak içerdiği ve maddi ve hukuki tespitler açısından bu Türk mahkeme kararıyla bağdaşmayan yabancı mahkeme kararlarının, “dava şartı yokluğu” sebebiyle HMK m. 114(i) uyarınca reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir diğer hal ise taraf-konu-hukuki sebep koşullarından birinin eksik olması halidir. Bu durumda dava şartı yokluğundan reddi mümkün olmamakla birlikte, yabancı mahkeme kararının Türk mahkeme kararıyla bağdaşmayacak nitelikte olması halinde Türkiye’de tenfiz edilmemesi gerektiği... Türk kamu düzenini bozacak nitelikte olduğu...” bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 549-551.

<sup>123</sup> “Benzer şekilde tanınması istenen kararın tarafları, konusu ve sebebi aynı olmamakla birlikte, Türk mahkemelerinden verilen başka bir kararla bağdaşmaması halinde de kamu düzeni sebebiyle tanıma talebinin reddedilmesi mümkündür ve kanaatimizce böylesi bir durum, talebin reddini gerektirir. Aksi halde Türkiye’de aynı taraflara ilişkin görülmekte olan bir boşanma davası mevcutken, yabancı ülkenin boşanma kararının idare tarafından tanınması halinde, taraflar Türk hukukuna göre de boşanmış kabul edileceğinden Türk davasında görülen dava konusuz kalacaktır. Böyle bir durumda Türk mahkemelerinde dava görülmekte iken idari makamlarca tescilin gerçekleşmesi halinde mahkeme, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermelidir.” Bkz. **Ayhan-İzmirli**, s. 110.

<sup>124</sup> **Şensöz-Malkoç**, s. 243; **Ayhan-İzmirli**, s. 111.

<sup>125</sup> Yabancı boşanma kararının Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurmasını her iki tarafın çekişmesiz olarak istediği durumlarda, avukatın bu düzenleme yerine MÖHUK’a göre tanıma davası açması, tarafların menfaatine aykırı olabilir. Ancak bu durum özellikle yabancı kararın, idari bir makamca verilmesi halinde ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü tanıma davasına konu edilen idari karar, adli makamca verilmediği için redde-



### 3. Tescil Talebine Verilecek Karar ve Kanun Yolu

İdari tanıma isteyen tarafların, yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilciliklere, yurt içinde ise taraflardan birinin yerleşim yeri il müdürlüğüne başvuruda bulunması gerekir. Eğer Türkiye’de yerleşim yeri yoksa Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Kahramanmaraş, Samsun, Siirt, Sivas, Trabzon, Şanlıurfa ve Van il müdürlüklerinden birine yapılır. (Yön m. 5/1)<sup>126</sup>

Kurulacak komisyonda başvurular incelenecek ve eğer aranan şartlar var ise, evliliğin sona erdiği Türk vatandaşının nüfus kütüğüne tescil edilecektir. Bu durumda tescil edilen kararın hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği NHK’da düzenlenmemiş olup, yönetmelikte düzenlenmiştir. Nitekim yönetmelik de MÖHUK’taki hükme paralel olarak ele alınmıştır. *“Komisyonca, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararların tesciline karar verilmesi halinde; boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığı kararlarının tarihi, kesinleşme tarihi olarak kabul edilir.”* (Yön. m. 10/2) Dolayısıyla idari tanıma halinde; karar, yabancı adli veya idari makam kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir<sup>127</sup>.

Kanun ve yönetmelikte aranan şartların var olmadığının tespiti halinde ise, başvurular reddedilecektir. Bu durumda taraflar, MÖHUK’a göre -kararın MÖHUK’un aradığı şartları taşıması halinde- tanınmasını talep edebilecektir. (NHK. m. 27/A-3) Dolayısıyla bu ancak mahkemece verilen kararlar için bir yoldur<sup>128</sup>.

---

dilecek ve reddedilmiş bir dava olması nedeniyle de karar NHK 27/A’ya göre tanınamayacaktır. Böyle bir durumda taraflar için tek hukuki yol, Türkiye’de yeni bir boşanma davasının açılması olacaktır. Bu durumun, avukatın hukuki sorumluluğuna neden olması kuvvetle muhtemeldir. Avukatın hukuku bilmediği savunması geçerli bir sebep olmayacağı gibi, ilgili kararda tenfiz içeren hükümlerin olması da tek başına sorumluluğun doğumuna engel olmayacaktır. Avukatın mevzuatı bilme ve değişiklikleri takip etme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, Cenk: “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ankara 2012, s. 1-10.

<sup>126</sup> Şensöz-Malkoç’a göre, evliliği sona erdiren yabancı kararın aile mahkemesinde tanınması istenir ve tarafların da herhangi bir itirazları mevcut değil ise, hakim bu durumda MÖHUK’ta aranan tanıma şartlarını değil, NHK 27/A’da aranan tanıma şartlarını inceleyerek bir karar verecektir. Bkz. **Şensöz-Malkoç**, s. 242-243.

<sup>127</sup> **Tütüncübaşı**, s. 121; **Ayhan-İzmirli**, s. 114.

<sup>128</sup> “Düzenleme kanaatimizce bir kanun yolu olmayıp, tescil talebinin reddi durumunda tanıma yolunun açık olduğunu ifade etme amacı taşımaktadır.” Bkz. **Huysal**, s. 502; **Tütüncübaşı**, s. 121; **Ayhan-İzmirli**, s. 117.

Bunun yanında tescil talebinin reddi bir idari işlemdir. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı Anayasa m. 125/1 gereği kanun yolu açıktır. Dolayısıyla tescil talebinin reddedilmesi halinde taraflar, idare mahkemesinde işlemin iptali ve tescilini talep edebileceklerdir<sup>129</sup>.

## SONUÇ

MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için, öncelikle kararın adli bir makamca verilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla sırf bir idari makam tarafından verildiği için ilgili kararın tanınmaması, tarafların çoğu zaman menfaatleriyle bağdaşmamakta ve doktrinde uzunca bir süredir eleştirilmektedir. Nitekim menfaati ihlal edilen taraf çoğunlukla Türk vatandaşlarıdır. Çünkü yabancı kararın Türkiye'de tanınmasında hukuki menfaat sahibi olan kişilerin başında Türk vatandaşları gelmektedir.

Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate almış ve ilk olarak evlat edinmeye ilişkin yabancı idari makamlarca verilmiş kararların, ardından da yabancı idari makamlarca evliliği sona erdiren kararların tanınmasına imkan tanımak amacıyla Nüfus Hizmetleri Kanununda yeni düzenlemeler getirmiştir. Yabancı evlat edinme kararları açısından bir sıkıntı yoktur. Çünkü NHK ile yabancı idari makamca verilmiş kararların tanınmasına imkan tanınmış olsa da asli şartlar açısından MÖHUK'a tabi tutulmuş, bu yüzden mahkemece tanıma kararı verilmesi gerekecektir.

Bunun yanında NHK 27/A'da düzenlenen, evliliği sona erdiren kararların tanınması açısından, evlat edinmeye ilişkin düzenlemeden farklı bir yol izlenmiştir. Bunun sebebinin de tanıma davalarının çoğunluğunu oluşturan kararların boşanmaya ilişkin davalar olması ve davaların uzun sürmesinin de Türk vatandaşlarının menfaatine aykırı olmasıdır. Getirilen bu düzenlemeye göre, MÖHUK'a tabi olmadan herhangi bir tanıma davası açılmaksızın, kararların tesciline izin verilmiştir. NHK'da bunun için bazı şartlar aranmıştır. Nitekim aranan şartlar da kısmen MÖHUK'a paraleldir. NHK 27/A düzen-

<sup>129</sup> “Yargı yolu bakımından “Nüfus Davaları” başlıklı NHK 36’da yer alan ve ilgilinin yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesini görevli ve yetkili kılan düzenleme de tereddütlere yol açabilir. Ancak NHK 36. Maddesinin altında yer aldığı Dördüncü Bölüm, “Kayıt Düzeltmeleri” başlığını taşımakta ve nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davalarını düzenlemektedir. Dolayısıyla, bir yabancı mahkeme ya da idari makam kararının, tesciline yönelik 27/A düzenlemesi bir nüfus kaydının düzeltilmesi davası değildir. Bu nedenle, bir idari işlem olan tescil talebinin reddi de NHK m. 36 kapsamına girmemektedir. Diğer yandan yapılan tescilin hukuka aykırı olması durumundaysa, yapılan tescil işlemi için NHK m. 40 kapsamında asliye hukuk mahkemelerinde dava açılabilir.” bkz. **Huysal**, s. 502; **Ayhan-İzmirli**, s. 117.

lemesinin getiriliş amacı özellikle mahkemelerin iş yükünü azaltmak olup yukarıda da ayrıntılı açıklandığı üzere aranan “birlikte başvuru” şartının da bu amaca hizmet ettiği söylenebilir. En azından taraflar arasında ihtilafın olmadığı hallerde dava yoluna başvurmadan, hızlıca yabancı karara etki tanınmasına imkan getirilmiştir.

Kanunda aranan bir diğer şart olan “kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması” hakimler tarafından dahi belirlenirken güçlükler yaşanmaktayken, idari makamlarca bu şartın denetlenmesi sıkıntılara yol açabilecektir. Nitekim talepleri inceleyecek komisyonların da hukuk formasyonuna sahip olan kamu görevlilerinden oluşması, bu sıkıntıyı tam olarak çözeceği anlamına da gelememektedir. Çünkü getirilen yönetmeliğe göre komisyon oy çokluğu ile karar almaktadır. En azından komisyonda, oy çokluğunu sağlayabilecek sayıda milletlerarası özel hukuk alanında uzman hukukçulardan oluşturulmasına imkan tanınması bu sakıncalara engel olabilir. Bunun yanında MÖHUK’ta aranan ancak NHK’da aranmayan şartlardan; “aşkın yetki” ile “savunma haklarının ihlali” şartları ise, zaten davalının itirazına bağlı olan şartlardır. NHK’da birlikte başvuruda bulunma şartı arandığından bu şartların NHK’da aranmaması doğaldır. Yine, evliliği sona erdiren davalar için, hukukumuzda herhangi bir “münhasır yetki” kuralı mevcut olmadığından bu şartın da aranmamasında bir sorun yoktur.

Kanunun uygulanmasını göstermek için çıkarılan yönetmelikte ise, kanunda öngörülme şart ve düzenlemeler getirilmiştir. Getirilen bu düzenlemeler, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan normlar hiyerarşisi ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Hukuk devletinde hukuk kuralları, en üstte anayasa olmak üzere aşağıya doğru dağılan, kanun, yönetmelik ve idarenin düzenleyici işlemlerinden oluşmaktadır. Buna göre hiçbir norm, kendisinin üzerindeki norma aykırı olamaz. Nitekim bu ilke, Anayasanın 124. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanunda sadece taraflara başvuru imkanı verilirken, yönetmelik ile getirilen düzenlemede, taraflardan birinin ölmesi halinde “hukuki yarar sahiplerinin” de başvurusuna imkan vermesi, kanuna açık aykırılık teşkil eder. Her ne kadar hukuki menfaat sahibi kişilerin de başvuruda bulunması gerekli olsa da bunu kanuna aykırı olarak yönetmelikle değil, kanunda yapılacak bir değişiklik ile yapılması gerekmektedir. Bunun yanında kanunun aradığı şartlar dışında yönetmelik ile “Tanınması Talep Edilen Kararla İlgili Türk Mahkemelerinde Görülmekte Olan veya Reddedilmiş Bir Dava Bulunmaması” şartı aranmıştır. Bu şart özellikle avukatın hukuki sorumluluğuna sebep olabilmesi açısından önem teşkil etmektedir. Bu şart da kanunda öngörülme şartı ile düzenlenmesi sebebiyle kanun sistematığına terslik oluşturmaktadır.

Bu aykırılıklar, NHK'nın ilgili maddesinde bir değişiklik yapılarak eklenmesi halinde, ortadan kalkacaktır.

Son olarak -yetkili makamlarca verilmiş bir karar olması şartı haricinde neredeyse hiçbir şart aramadan adli veya idari makamca verilmiş boşanma kararlarının, mavi kart sahibi yabancıya tek taraflı iradesiyle tesciline, bir yönergeyle imkan tanınmıştır. Bu düzenlemenin MÖHUK'a NHK'ya ve TMK 39'a aykırı olduğundan şüphe yoktur. Bununla birlikte yapılan son düzenlemeler ışığında, en azından bir tarafın Türk vatandaşı olduğu boşanmalarda artık mavi kart sahibi yabancıya tek taraflı başvurusu ile Türk vatandaşının aile kütüğünde değişiklik mümkün olmamalıdır. Türk vatandaşının aile kütüğünde değişiklik yapılması için aranan şartlar NHK'nın 27/A'da öngörülmüş olup, Türk vatandaşının dahi tek başına sahip olmadığı hak, yönerge ile mavi kartlı bir yabancıya tanındığı kabul edilemez. Yukarıda da bahsedildiği üzere burada açıkça bir norm çakışması vardır. Farklı katmanlar arasındaki çakışma halinde ise üst norm alt normu ilga edeceğinden, yönergenin 17/1-b hükmü artık ilga olmuştur. Böyle bir durumda artık tarafların birlikte başvurusu aranacaktır.

Görüleceği üzere, MÖHUK'a göre tanıma davası açılmasına gerek olmadan, evliliği sona erdiren kararların hukukumuzda etki doğurmasına çeşitli düzenlemeler ile imkan tanınmıştır. Bu düzenlemeler mahkemelerin iş yükünü ciddi oranda azaltmış olmakla birlikte, hukuk devletinde aynı düzenlemeye ilişkin kuralların bu kadar dağınık olmaması gerekmektedir. Bu yüzden ilgili düzenlemelerin MÖHUK'a eklenecek bir madde ile getirilmesi daha uygun olacaktır. Nitekim bu düzenlemeye göre de talep sahibinin Türk veya yabancı bir ülke vatandaşı olması açısından bir ayrıma gidilmesine gerek yoktur. Eğer taraf iradeleri ortak ise, idari tanıma yoluyla kararların tescil edilmesi sağlanmalıdır. Tarafların bu şartı gerçekleştirememesi halinde ise, yine MÖHUK'ta ek bir düzenlemeye gidilerek, evliliği sona erdiren kararlarla sınırlı olarak, idari kararların da MÖHUK'a göre olağan yolla tanınmasına imkan verilmesi uygun olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- Akil**, Cenk: “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Ankara 2012, s. 1-10.
- Aygül**, Musa: Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Güncel Gelişmeler, (editör: Balkar-Bozkurt, Süheyla), İstanbul 2018, s. 3-20.
- Ayhan-İzmirli**, Lale: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22 S. 4, 2018 s. 67-126.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Demir-Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.
- Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. baskı, Ocak 2019.
- Ekşi**, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.
- Ertaş**, Şeref: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, C. 3 S. 1-4, 1987, s. 365-438.
- Giray**, Faruk Kerem: “Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlamın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 39, S. 2, 2019, s. 609-643.
- Gözler**, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayımı, 2013, s. 15-119.
- Huysal**; Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 37, S. 2, 2017, s. 473-507.
- Nomer**, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2018.
- Nomer**, Ergin: Devlet Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017. (DHH)

- Özdemir-Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.
- Özel**, Sibel: “Ülkelerarası Evlat Edinme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1, İstanbul 2012, s. 609-618.
- Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: 1958 tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2019.
- Sevgili-Gençay**, Fatma Didem: “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, S. 2, 2014, s. 397-417.
- Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beşinci Baskı, İstanbul 2013.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Bası, İstanbul 2018.
- Şensöz**, Ebru: “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli ve İdari Evlat Edinme Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Kontrol Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi C. 10, S. 2, 2011, s. 179-233.
- Şensöz**, Ebru: “Türkiye’nin Tarafı Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10. Yıl’a Armağan, C. 11, S. 22, 2012, s. 389-444. (Doğrudan tanıma)
- Şensöz-Malkoç**, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, 2017.
- Tarman**, Zeynep Derya/**Önay**, Işık: “Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, Ankara 2011 s. 331-365.
- Tarman**, Zeynep Derya: Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Tütüncübaşı**, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Ankara 2014. (Tanıma)
- Tütüncübaşı**, Uğur: “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, İzmir 2017, s. 103-127.



## ÖZELLEŞTİRME VE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ İLİŞKİSİNİN KAVRAMSAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.715836>

*Arş. Gör. Ezgi PALAS DAĞLI\**

### Öz

1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizin aşılması serbest piyasa ekonomisinin tesis edilmesi ile mümkün olmuştur. Neo-liberal reformların geliştirdiği özelleştirme uygulamaları, 2000'li yıllara gelindiğinde karşıt söylemlerin artması ile yeni bir terim yaratılması ihtiyacı ile karşılaşmış ve Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) kavramı devreye sokulmuştur. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığı ile yürütülmesine kaynak teşkil eden bu iki kavramın benzerlik ve farklılıklarının aktarılması, kavramsal açıdan yapılacak bir inceleme ile mümkün olacaktır.

### Anahtar Kelimeler

*Özelleştirme, Kamu Özel İşbirliği (KÖİ), Yeni Kamu Yönetimi, Kamu İktisadi Teşebbüsleri, Kamu Hizmeti*

### CONCEPTUAL EVALUATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN PRIVATIZATION AND PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP

### Abstract

*The economic crisis in the 1970s was overcome by establishing a free market economy. Privatization practices developed by neo-liberal reforms -with the increasing opposite discourses- faced the need to create a new term in the 2000s and the concept of Public Private Partnership (PPP) was introduced. It will be possible with a conceptual analysis to convey the similarities and differences of these two concepts which form a basis for the execution of public services by private persons.*

### Keywords

*Privatization, Public Private Partnership(PPP), New Public Management, State-Owned Enterprises, Public Service*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: [ezgipalas@live.com](mailto:ezgipalas@live.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9437-9610> (Makalenin Geliş Tarihi: 29.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 02.03.2020/ Makale Kabul Tarihi: 04.04.2020)



## GİRİŞ

Özelleştirme, devletin ekonomik etkinliklerinin azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik yöntemler bütünü olarak ifade edilmektedir. Piyasa ekonomisinin canlandırılması işlevi ile 1980'lerde ortaya atılmış olan bu kavram ile salt kamusal mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetlerin piyasada rekabetçi bir ortamda sunulması hedeflenmektedir.

Geleneksel olarak kamu tarafından sağlanan alt yapı yatırım ve hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulması yöntemi olarak geliştirilen Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) kavramı, özel sektörün kamu hizmetlerini zamanında ve yeterli sunmak için sermaye ve yeteneklerini beraberinde getirdiği, kamu sektörünün ise kamu hizmetlerinin kamu yararı çerçevesinde sunulması hususunda sorumluluğunu sürdürdüğü bir süreci ifade etmektedir. Uzun süreli bir işbirliği ilişkisine dayanan KÖİ, uygulama sözleşmeleri ile hayata geçirilen, risk ve sorumlulukların paylaşıldığı bir model olarak tanımlanmaktadır.

Özelleştirme ve KÖİ kavramları, özel hukuk kişilerinin kamu mal ve hizmetlerinin yürütülmesi sürecine katılması yöntemleri olarak ifade edildiğinden benzer mahiyetlerde görülmektedir. Tarihsel süreçte serbest piyasa ekonomisinin en önemli güdüleyicilerinden biri olarak görülen özelleştirme kavramı, 2000'li yıllara gelindiğinde karşıt söylemlerin artması ile yeni bir terim yaratılması ihtiyacı ile karşılaşmış ve KÖİ kavramı devreye sokulmuştur. Özelleştirme karşıtlarının desteğini kazanmak isteyen devletler bakımından etkili bir politika reformu seçeneği olarak uygulanan KÖİ projeleri, özelleştirme kavramı gibi büyümlü bir terim olarak görülmüş ve pek çok ülkede hızla yaygınlaşmıştır.

Doktrinde KÖİ'nin özelleştirme karşıtları bakımından geliştirilmiş bir terim olduğuna vurgu yapılmakta ve hükümetlerin politik bir tercih olarak ilgili terimi geliştirdiği ifade edilmektedir. Örtülü ya da açık bir şekilde özelleştirme yöntemleri kapsamında incelenen KÖİ, özelleştirme politikalarının parçası haline gelerek gelişim göstermiş ve özelleştirmenin yeni bir uzantısı olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın, kamu hizmetinin asli yürütücüsü olma sorumluluğunun ve kamu hizmetlerinin yürütüleceği tesis mülkiyetlerinin devredilmediği KÖİ projelerinde, özelleştirme ile benzer bir uygulama alanından bahsedilmemektedir.

Özelleştirme ve KÖİ kavramları arasındaki ilişkinin irdelendiği bu çalışmada, kavramsal bir karşılaştırma yapılacak olup, özelleştirme uygulamaları ve KÖİ projelerine ilişkin ayrıntılı bir incelemeye başvurulmaya-

caktır. Her iki terimin de farklı disiplinlerce çeşitli şekillerde tanımlanmış olmalarının verdiği kavram karmaşasının aşılması bakımından ilgili terimlerin kapsamının somutlaştırılması hedefine odaklanılacaktır. Kamu altyapı ve hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülme yöntemleri arasında olmaları dolayısı ile benzer kurumlar olarak ele alınan bu kavramların, hangi unsurlar bakımından birbirlerinden ayrıldıkları, bu çalışmanın temel araştırma sorusu olarak yanıtlanmaya çalışılacaktır.

## I. ÖZELLEŞTİRMENİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Özelleştirme, kamu mal ve hizmetlerinin özel sektöre devri olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Kamu mallarının mülkiyetinin veya yönetiminin özel sektöre devrinin yanı sıra, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sürecine özel sektör ortağının dâhil edilmesi yöntemleri olarak da ifade edilen özelleştirme kavramı, kamu ve özel sektör rollerinin değiştirilmesi için geliştirilen alternatif yöntemler olarak açıklanmaktadır<sup>2</sup>. Söz konusu yöntemler; kamu programlarının durdurulması ya da bunlara ara verilmesi ile belirli sorumlulukların idarenin üzerinden çekilmesi, kamu mal ve hizmetlerinin ve kamu teşebbüslerinin özel sektöre devri, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığı ile yürütülmesi ile finanse edilmesi ve kamusal tekel niteliği taşıyan hizmetlere özel hukuk kişilerinin katılması olarak ifade edilmektedir<sup>3</sup>.

Piyasa aktörlerinin işlevsel hale getirilmesi ve devletin ekonomik faaliyetlerinin sınırlanması olarak açıklayabileceğimiz özelleştirme kavramı, 1929 ekonomik krizi<sup>4</sup> ile birlikte baş gösteren, “Keynesyen İktisat Teorisi” kapsamında önerilen ve devletin müdahaleci yapısı olarak açıklanan uygulamaların sorgulanmaya başlanması ile ortaya çıkmıştır. 1929’dan itibaren uygulanan devletçi model; bütçe açıkları, yüksek enflasyon, işsizlik gibi sorunları doğurmuş ve müdahaleci devlet anlayışı modeli tartışılmaya baş-

<sup>1</sup> Hanke, S. A.: “Privatization: Theory, Evidence, and Implementation”, Proceedings of the Academy of Political Science, Vol. 35(4), s. 101.

<sup>2</sup> Kay, J. A./Thompson, D. J.: “Privatisation: A Policy in Search of a Rationale”, The Economic Journal, Vol. 96(381), March 1986, s. 18.

<sup>3</sup> Starr, Paul: “The Limits of Privatization”, Academy of Political Science, Vol. 36(3), 1987, s. 125, (Limits).

<sup>4</sup> Kara Perşembe- Büyük Bunalım olarak adlandırılan bu kriz, Kuzey Amerika ve Avrupa ülkeleri başta olmak üzere pek çok ülkeyi etkisi altına alan, temelinde tarım ve sanayi üretiminin azalması ve borsanın çöküşü sebeplerinin gösterildiği ekonomik çöküştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selwyn, Parker, Çev. Burcu Çekmece: Büyük Çöküş (1929 Krizinin ve Dünyanın Ekonomik Buhrana Sürüklenişinin Öyküsü), Arkadaş Yayıncılık, 2009.

lanmıştır. 1929 ekonomik bunalımının bir çözüm yöntemi olarak oluşturulmuş KİT'ler, zaman içerisinde 1970 ekonomik krizine sebep olan kurumlar haline dönüşmüşlerdir<sup>5</sup>.

Thatcher ve Reagan hükümetlerinin adımlarını attığı serbest piyasa modeli uygulamaları, devletin müdahaleci yapısını ortadan kaldırmış ve özelleştirme kavramının yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur<sup>6</sup>. 1970'lerde yaşanan ekonomik bunalımın etkileri ile yaratılan serbest piyasa ekonomisi, Türk Hukuku'nda 1980 yılında yürürlüğe giren ve 24 Ocak kararları olarak ifade edilen bir düzenleme ile somutlaşmıştır. İlgili kararlarda, ekonominin daha etkin hale getirilmesi için engellemeler kaldırılacak, kamunun ekonomi üzerindeki belirleyici rolü daraltılacak ve özel kesim aktif rol üstlenecektir. Serbest piyasa ekonomisine geçiş olarak değerlendirilebilecek bu adım ile KİT'lerin özel sektöre devri gündeme taşınmıştır<sup>7</sup>.

Özelleştirmenin temel amacı piyasa güçlerinin ekonomiye yön vermesi olarak ifade edilmekte ise de; verimlilik ve üretkenliğin artması, mal ve hizmetlere ilişkin nitelik ve niceliğin yükseltilmesi, mevcut sermaye yatırımlarının ekonomideki getirilerinin artırılması, yabancı sermaye girişi ile uluslararası ekonomik bağların güçlenmesi, sermayenin tabana yayılmasının sağlanması ve teşebbüslere sağlanan Hazine desteğinin en aza indirilmesi veya sonlanması gibi amaçları da içerisinde barındırdığı belirtilmektedir<sup>8</sup>. Bununla birlikte, özelleştirmenin yalnızca devlete kaynak sağlamak değil, aynı zamanda iş gücü piyasasını geliştirmek ve sermaye mülkiyetinin geniş

<sup>5</sup> “1970’li yılların ortalarında dünyada baş gösteren stagflasyon ile birlikte, uygulanan ekonomi politikaları ve bunların dayandığı teorik temeller hakkında ciddi tereddütlerin doğduğu ve 1929’da başlayan gelişmelerin tam tersi bir hareketin ortaya çıktığı görülmektedir. Verimli ve etkin çalışmayan, doğal monopol olmanın avantajlarını verimsiz bir yapılanma için gerekçe sayan, politik etkilenmeye açık bulunan ve en önemlisi de kamu açıklarının en temel sebebi olarak kabul edilen kamu teşebbüsleri, bunalımın suçlusu olarak görülmüştür.” **Sarısu**, Ayhan: Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme, ASOMEDYA, Kasım 2003, <https://www.aso.org.tr/kurumsal/media/kaynak/TUR/asomedyakasim2003/dosyakasim2003.html>, 25.01.2020, (Özelleştirme); **Yıldız**, Şükrü: “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Biri Olarak Rekabetin Korunması”, Atatürk Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s. 558.

<sup>6</sup> **Stiglitz**, Joseph E: Foreword in Privatization: Successes and Failures, ed. Gérard Roland, Columbia University Press, 2008, s. ix.

<sup>7</sup> **Aktan**, Coşkun Can: Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine: Özelleştirme, Takav Matbaası, Ankara 1993, s. 185, (Özelleştirme).

<sup>8</sup> **Tan**, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 387, (Ekonomik Kamu).

halk kesimlerine dağılmasına hizmet etmek gibi amaçlara da yöneldiği ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

Özelleştirme, piyasa mekanizmalarının gelişiminde popüler bir kavram olarak ortaya atılmış ve multidisipliner bir niteliğe sahip olduğu için ilgili bilim dallarının kendine has özellikleri ile açıklanmıştır. Özelleştirme kavramının farklı kapsamlarda ele alınması doktrinde bir kavram karmaşası yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Söz konusu durumu aşmak üzere, kavramı daha ayrıntılı incelememize yarayacak iki yaklaşımın varlığından söz etmekte fayda bulunmaktadır<sup>10</sup>. Özelleştirme kavramını dar ve geniş anlamda ele alan bu yaklaşımlar ile kavramın içeriğine dâhil olan aktörler belirlenmekte ve hukuki sınırlar çizilmektedir<sup>11</sup>. Söz konusu yaklaşımlar, devletlerin politik tercihleri doğrultusunda belirlenen ve özelleştirme amaçları ile uyumlu olması gereken bir çerçeveyi ifade etmektedir<sup>12</sup>.

Dar anlamda özelleştirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin tamamının ya da bir bölümünün özel kişilere devri olarak ifade edilirken<sup>13</sup>; geniş anlamda

<sup>9</sup> **Erol**, Cengiz: “KİT”lerin Özelleştirme Sorunları ve Özelleştirmeye Sistemik Bir Yaklaşım Önerisi”, Kamu Sektöründe Devletin Rolü; KİT’ler: Değerlendirme, Öneriler ve Özelleştirme, 93. Sanayi Kongresi Bildiriler Kitabı, C. 3, Ankara 1993, s. 10.

<sup>10</sup> Özelleştirme kavramının incelendiği pek çok çalışmada, dar ve geniş anlamda özelleştirme terimlerinin kullanılmadığı ancak aynı kapsamı ifade eden sınıflandırmaların yapıldığı görülmektedir. Örneğin **Gülan**, özelleştirme kavramını malların, hizmetlerin ve teşebbüslerin özelleştirilmesi perspektifinden tanımlamıştır. **Gülan**, Aydın: “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFD, C. 56, S. 1-4, s. 100-101.

<sup>11</sup> **Ramamurti**, Ravi: “A Multilevel Model of Privatization in Emerging Economies”, The Academy of Management Review, Vol. 25(3), 2000, s. 526.

<sup>12</sup> Özelleştirmenin farklı yaklaşımlarda ele alınması, özelleştirme kavramının çok değişik şekillerde yürütülen bir süreç olduğunu göstermektedir. **Doh**, Jonathan P.: “Entrepreneurial Privatization Strategies: Order of Entry and Local Partner Collaboration as Sources of Competitive Advantage”, The Academy of Management Review, Vol. 25(3), 2000, s. 551.

<sup>13</sup> **Ricupero**, Rubens: “Privatization, the State and International Institutions”, Journal of International Affairs, Vol. 50(2), 1997, s. 409; **Ramamurti**, s. 526; **Zahra**, Shaker A./ **Ireland**, R. Duane/**Gutierrez**, Isabel/**Hitt**, Michael A.: “Privatization and Entrepreneurial Transformation: Emerging Issues and a Future Research Agenda”, Academy of Management Review, Vol. 25(3), 2000, s. 511; **Tan**, Ekonomik Kamu, s. 384; **Sancakdar**, Oğuz: “Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.241; **Uz**, Abdullah: “Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1168, (Kamu-Özel Ortaklığı); **Aktan**, Coşkun, Can: “Kamu Ekonomisinin Rolü ve Fonksiyonlarının Piyasa Ekonomisine Devredilmesi: Özelleştirme”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi C. 2, S. 1, 2010, s. 102, (Kamu Ekonomisinin).

özelleştirme, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine yaptırılması, tekel-lerin kaldırılması, hizmet finansmanının yararlanan kesimden harç veya fiyat olarak tahsil edilmesi, piyasa mekanizmasının işlevinin arttırılması ve ekonomik hayat üzerindeki kamusal baskıların azaltılması hatta kaldırılması olarak açıklanmaktadır<sup>14</sup>.

Geniş anlamda özelleştirme kavramında serbestleşme hareketinin meşru zemini oluşturulmakta ve devletin üretici misyonundan denetleyici misyona geçmesi hedeflenmektedir. Özelleştirmenin bu tanımı, kavramın ekonomik, hukuki, sosyal ve politik anlamlarını içerisinde barındırmaktadır<sup>15</sup>. Devletin sahip olduğu teşebbüslerin mülkiyetleri dışında, yönetim ve denetim unsurlarının da kısmen ya da tamamen özel kesime devredildiğini açıklayan geniş anlamda özelleştirme<sup>16</sup>, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesine ilişkin her türlü uygulamayı içerisinde barındırmaktadır<sup>17</sup>. Geniş anlamda özelleştirme tanımının, özelleştirme uygulamaları bakımından gerçek kapsamı ifade ettiği ileri sürülmektedir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> **Tan**, Turgut: “KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, Amme İdaresi Dergisi, C.25, S.1, Mart 1992, s. 27-28 (KİT); Bir diğer ifade ile “*KİT hisselerinin özel kesime devri yanında yönetimin veya işletmenin özel kişilere devri, kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesi, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu özel işbirliği gibi farklı uygulamalar*” geniş anlamda özelleştirme kavramının içerisinde değerlendirilmektedir. **Tan**, Ekonomik Kamu, s. 384; **Falay**, Nihat: Özelleştirme Yöntemleri ve Sorunlar, Özelleştirme Tartışmaları, Bağlam Yayıncılık, 1994, s. 21; **Yasin**, Melikşah: Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2007, s. 2.

<sup>15</sup> **Keşli**, Ahmet T.: Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin (PPP) Hukuki Rejimi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 11.

<sup>16</sup> **Ruhi**, M. Emin: “Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2005, s. 236; En geniş anlamda özelleştirme, mülkiyet devri, yetki verme ve faaliyet devri olarak açıklanmaktadır. **Çetinkaya**, Özhan: Türkiye’de Özelleştirmenin Anlamı ve Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, S. 49, 2006, s. 127.

<sup>17</sup> Örneğin gemi kaptanına evlendirme yetkisi verilmesi geniş anlamda özelleştirme kapsamında değerlendirilmektedir. **Hausbrichs** Willy, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Wiesbaden 1978, sh.9 vd; von Loesch Achim, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2. b., Baden-Baden, 1987, sh. 13 vd.’dan aktaran **Sancakdar**, s. 241.

<sup>18</sup> **Aktan**, Özelleştirme, s. 70; **TOBB**, Özelleştirme Özel İhtisas Komisyonları Raporu, Ankara 1993, s. 9-10; “*Mallarla beraber hizmetlerin de özel kişi ve kuruluşlarca üretilmesi ise özelleştirmenin geniş olarak anlaşıldığını ortaya koyar. Özelleştirmeyi genelde devlet işletmelerinin satışı olarak değerlendiren toplum ve topluma bu düşüncüyü yük-*

Özelleştirmenin kavramsal çerçevesinin oluşturulması için özelleştirme yöntemlerinin açıklanması gerekmektedir. Zira doktrindeki özelleştirme tanımları, özelleştirme yöntemleri ölçütünde yapılmaktadır.

Özelleştirme yöntemleri, özelleştirme konusu kuruluşun ya da kamusal bir mal ya da hizmetin hangi yöntemler ile özel hukuk kişisine devredileceği sorusuna yanıt bulmaktadır. Ülkelerin siyasi tercihleri ve özelleştirme konusu kuruluş ya da kamusal faaliyet konusunun niteliğine göre yapılan bu belirleme, özelleştirme ile varılmak istenen hedefe en uygun yöntemin yürütülmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, ülkelerin uluslararası borç seviyeleri, ekonomik ve kurumsal kalkınma düzeyleri ve teşebbüslere özgü özelliklerin de bu belirlemede rol oynadığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>. İdarelerin, özelleştirme programının yürütülmesi sürecinde, özelleştirme amacı ile uyumlu kesin hedefler ortaya koyması, özelleştirme yönteminin belirlenmesi aşamasında doğru karar verilmesine katkı sağlamaktadır. Özelleştirme yöntemlerinin amaca uygun belirlenmemesi, özelleştirme uygulamasının başarısız olmasına neden olmaktadır.

Özelleştirme yöntemlerinin açıklanmasında dar ve geniş perspektiften yapılan tanımlamalardan yola çıkılmaktadır. Dar anlamda özelleştirme yöntemleri kapsamında satış yöntemi bulunmaktadır. Bu yöntem ile varlıkların ve hisse senetlerinin mülkiyetleri devrolmaktadır. Varlık satışı, kuruluşların aktiflerindeki mal, hizmet ve üretim birimlerini kapsamaktadır. Özellikle tamamlanmamış tesis ve varlıklara ilişkin uygulanan satış yöntemi, üretimin başlatılması koşulu ile gerçekleşmekte ve ilgili varlıkların işlevsel hale getirilmesi hedeflenmektedir. Kurumların aktiflerindeki ihraç fazlası malları bu yöntem ile özelleştirmesi, gerçek değerlerine yakın bir bedel karşılığında yapıldığı için olumlu bir yöntem olarak değerlendirilmekte ancak özelleştirme uygulamalarının sosyal amacı olarak belirtilen sermayenin tabana yayılması hedefinden uzaklaştığı da belirtilmektedir<sup>20</sup>. Varlık satışının yanı

*yan görüşler özelleştirmeyi tam anlamamış görüşlerdir. Özelleştirme toplumun her ihtiyacını devlet denilen örgütten beklememesi gerektiği düşüncesini içine alan bir kavramdır. Toplumda yaşayan her fert toplum halinde yaşamanın gereklerini yerine getirerek kut kaynakları etkin ve verimli kullanarak toplumsal yaşamı daha ucuz hale getirmek anlayışına sahip olduğunda özelleştirme kavramı gerçek anlamına ulaşmış olacaktır.” Çetinkaya, s. 127; Aksi yönde için bkz. Starr, Limits, s. 125-126.*

<sup>19</sup> **Bennett, John/Estrin, Saul/Urga, Gfkarahaniiovanni:** “Methods of privatization and economic growth in transition economies”, *Economics of Transition*, Vol. 15(4), 2007, s. 662.

<sup>20</sup> **Barlas, Emin:** Türkiye’de Kamu Malvarlığı: Özelleştirme Politikaları ve Sorunları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, Bursa 2002, s. 124.

sıra hisse senedi arzı yöntemi de dar anlamda özelleştirme yöntemi kapsamındadır. Halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması olarak düzenlenen bu yöntemler, kuruluşun hisse senedi bedelleri belirlendikten sonra satış ilanı ile başlamaktadır.

Devletin ekonomik hayata müdahalesinin sınırlanmasına yönelik her türlü yöntem geniş anlamda özelleştirme yöntemleri arasında değerlendirilmektedir. Piyasaya işlevsellik kazandıracak ve devletin ekonomik hayat üzerindeki etkisini sınırlayacak ve hatta ortadan kaldıracak her türlü faaliyet özelleştirme yöntemi olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, kamu mal ve hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi amacıyla başvuru her türlü sözleşme yöntemi bulunmaktadır<sup>21</sup>. İmtiyaz sözleşmeleri, yap-işlet-devret sözleşmeleri, yap-kirala-devret gibi kamu mal ve hizmet sunumunda özel hukuk kişileri ile akdedilen uygulama sözleşmeleri geniş anlamda özelleştirme kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte; yasal ve kurumsal serbestleşme, satış, finansal kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı modeli, kupon, fiyatlandırma, sübvansiyonlar, ortak girişimler, yönetim devri ve finansman sözleşmeleri geniş anlamda özelleştirme yöntemleri arasında yer almaktadır<sup>22</sup>.

Türk Hukuku'nda özelleştirme uygulamaları konusundaki çerçeve düzenleme 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun olarak kabul edilmektedir. Söz konusu düzenlemede, özelleştirme uygulamalarına ilişkin geniş bir hareket serbestisi tanınmış ve özelleştirmenin dar ve geniş anlamlarını içeren yöntemler kabul etmiştir. İlgili Kanun md.18/A'ya göre, özelleştirme programına alınan kuruluşların birlikte ya da tek başlarına belirtilen yöntemler kapsamında özelleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu yöntemler: satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar olarak sayılmış ve tahdidi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu kapsamda; yasal ve kurumsal serbestleşme, fiyatlama, kupon, sübvansiyonlar, idarenin sözleşme akdetmesi, ortak girişim, yönetim devri ve gönüllü organizasyonlar

<sup>21</sup> **Karahanoğulları**, Onur: "Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", AÜHFHD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 315, (Özelleştirme); **Atiyas, İzak/Oder**, Burak: Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV, 2008, s. 16.

<sup>22</sup> **Aktan**, Kamu Ekonomisinin, s. 103-115.

gibi özelleştirme hedefleri ile uyumlu birçok uygulama özelleştirme benzeri yöntemler arasında belirtilmektedir<sup>23</sup>.

## II. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Kamu mal ve hizmetleri, kamu ve özel sektörlerin farklı derecelerde yer aldığı çeşitli yöntemlerle sunulabilmektedir. Söz konusu faaliyetlerde idarenin mutlaka üretici konumunda olması gerekmediğinden, özel hukuk kişilerinin değişik biçimlerde bu sürece katılmasına izin verilmektedir<sup>24</sup>.

Kamu mal ve hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütüldüğü klasik yöntemlere alternatif bir terim olarak geliştirilen Kamu Özel İşbirliği<sup>25</sup> (KÖİ) kavramı, idarenin taraf olduğu uygulama sözleşmelerini içine alan üst bir çerçeveyi ifade etmektedir<sup>26</sup>.

İdarenin sorumluluk alanına giren hizmetlerin bir kısmının, ortak hedefleri ortaya koyan belirgin anlaşmalar yapmak koşulu ile özel sektör tarafından yerine getirildiği düzenlemeler şeklinde tanımlanan KÖİ, kamu ile özel sektör paydaşları<sup>27</sup> arasında imzalanan geniş proje anlaşmaları şeklinde somutlaşmaktadır<sup>28</sup>. Sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisi, projenin

<sup>23</sup> Aktan, Kamu Ekonomisinin, s. 103.

<sup>24</sup> Musgrave, R. A: The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy, McGraw-Hill, United States 1959, s. 44.

<sup>25</sup> KÖİ kavramının tanımlanmasına başlamadan önce KÖİ için öngörülmüş olan bir takım alternatif isimlerin varlığından bahsetmek gerekmektedir. Altyapıya Özel Katılım (PPI- Private Participation in Infrastructure), Özel Sektör Katılımı (PSP- Private Sector Participation), Özel Finansman Girişimi (PFI- Private Finance Initiative), Özel Finanse Edilen Projeler (PFP- Privetly Financed Project), P3 gibi birçok isim KÖİ için kullanılmaktadır. Yescombe E. R.: **Public-Private Partnerships**, Elsvier, 2007, s. 4.

<sup>26</sup> Shaoul Jean: Using the Private Sector to Finance Capital Expenditure: The Financial Realities in Policy, Management and Finance of Public Private Partnership, Blacwell Publishing, Oxford, 2009, s. 27.

<sup>27</sup> Kamu sektörü, belediye, il/ilçe, ülke veya eyalet; özel sektör ise Kâr amacı güden veya gütmeyen herhangi bir kuruluş olabilir. Ziegler, John: "The Dangers of Municipal Concession Contracts: A New Vehicle to Improve Accountability and Transparency", Public Contract Law Journal, Vol. 40(2), s. 574.

<sup>28</sup> Grimsey, D./Lewis, M. K.: "Evaluating The Risks of Public Private Partnerships for Infrastructure Projects", International Journal of Project Management, Vol. 20(2), 2002, (Risks), s. 108; Hodge, G./Greve, C.: "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", Public Administration Review, Vol. 67(3), 2007, s. 546; Yescombe, s. 3; Klijn, Erik Hans/ Koppenjan, Joop: "The impact of contract characteristics on the performance of public-private partnerships (PPPs)", Public Money& Management, September 2016, s. 455.



yapımı, işletimi ve bakımı yükümlülüğü altında bulunmakta<sup>29</sup> ve fonlamanın bir kısmı ya da tamamı da yüklenici tarafından karşılanmaktadır<sup>30</sup>.

Gelişmiş ülkelerde temel olarak riskin paylaştırılması ihtiyacı için kullanılan KÖİ, gelişmekte olan ülkelerde kamu fonu eksikliğine duyulan ihtiyaç için uygulanmaktadır. Bununla birlikte, modern teknolojiye ve etkin yönetim becerilerine olan ihtiyaçlarında gelişmekte olan ülkeler bakımından kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

KÖİ kavramı konusunda evrensel bir tanımlama bulunmamaktadır<sup>32</sup>. Ancak kavramın açıklanmasında, kavrama ayırt edici nitelik kazandıran hususların belirtildiği gözlemlenmiştir. KÖİ, kamu mal ve hizmetlerinin tasarım, finansman, yapım, işletim ve bakım unsurlarının özel sektör tarafından karşılandığı<sup>33</sup> ve risklerin, maliyetlerin ve kaynakların paylaşıldığı bir süreci ifade etmektedir<sup>34</sup>. Özellikle altyapı<sup>35</sup> yatırımların için yapılandırılmış bu kavram, kamu ve özel sektör arasında imzalanan uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin varlığı ile hayat bulmaktadır<sup>36</sup>. Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülme yöntemlerini içerisinde barındıran şemsiye bir kavram

<sup>29</sup> **Arrowsmith**, Sue: “Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, s. 709.

<sup>30</sup> **Andersen**, Henrik/**Cao**, Fuguo/**Tvarnø**, Christina D./**Wang**, Ping, ed. Christina D. Tvarnø, *Public Private Partnership: An International Analysis From A Legal And Economic Perspective*, Asialink. Europeaid, 2010, s. 23.

<sup>31</sup> **The Council of the Association of Chartered Certified Accountants**, *Taking Stock of PPP and PFI Around the World*, 2012, s. 7.

<sup>32</sup> **IMF**: *Public Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk*, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington DC, 2006, s. 4.

<sup>33</sup> **Webb** Richard/**Pulle**, Bernard: *Public Private Partnerships: An Introduction*, Economics, Commerce and Industrial Relations Group, Research Paper No. 1 2002–03, 2002, s. 2; **Yescombe**, s. 3; **European Commission**: *Guidelines for Successful Public – Private Partnerships*, 2003, s. 17, (Successful).

<sup>34</sup> **Van Ham**, H./**Koppenjan** J.: “Building Public–Private Partnerships Assessing and Managing Risks in Port Development”, *Public Management Review*, Vol. 3(4), 2001, s. 598. (Risks); **European Commission**, *Successful*, s. 13.

<sup>35</sup> Kamu altyapısı, kamu mallarını veya politik açıdan himaye altında olan malları ve piyasanın kendi başına sağlayamadığı malları tedarik eden tesisler, yapılar, şebekeler, sistemler, mülkler ve fiziksel varlıklar veya bunları işleten işletmeler olarak tanımlanmaktadır. **OECD**, *Towards a Framework for the Governance of Infrastructure*, 2015, s. 2, (Infrastructure).

<sup>36</sup> **Koppenjan** J./**Enserink**, Bert: “Public–Private Partnerships in Urban Infrastructures: Reconciling Private Sector Participation and Sustainability”, *Public Administration Review*, Vol. 69(2), 2009, s. 284.

olarak nitelendirilen KÖİ<sup>37</sup>, imtiyaz, yap-işlet-devret, yap-kirala-devret gibi uygulama sözleşmelerini kapsayan bir çerçeveyi ifade etmektedir<sup>38</sup>.

KÖİ projelerinin konusunu kamu mal ve hizmetlerinin yürütülmesi hususu oluşturmaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin bir sözleşmenin KÖİ olarak nitelendirilmesi için taraflar arasında uygun bir risk paylaşımı yapılmış olması, uzun süreli bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması, sorumlulukların özel hukuk kişisine devri ve finansmanın özel hukuk kişisi tarafından üstlenilmesi gibi farklı ölçütler kullanılmaktadır<sup>39</sup>.

Özel hukuk kişisinin tasarımı, finansman, yapımı, işletim ve bakım sorumluluklarını bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde yürütme taahhüdünde bulunduğu bir süreci ifade eden KÖİ projelerinde, sözleşme süresinin uzun olması hususu projelerin odak noktasını oluşturmaktadır<sup>40</sup>. Uzun süreli sözleşme ilişkisi, özel hukuk kişisinin finansmanı geri kazanma imkanı bulması ve idarenin mali yeterliliğe ulaşması bakımından büyük bir önem arz etmektedir<sup>41</sup>. Bunun yanı sıra yeni teknolojik gelişmelerin proje sürecine uyarlanması<sup>42</sup> ve bilgi ve uzmanlık alanlarında yeni yatırımların yapılmasına imkan tanınması<sup>43</sup> bakımından da uzun süreli ilişkilerin KÖİ projeleri için olmazsa olmaz bir nitelik taşıdığı ifade edilebilir.

<sup>37</sup> **Kitsos**, John: "Construction Investments Public Works Through PPPs", EPPL, Citation 3, 2014, s. 203; **Evren**, Çınar Can: Kamu Özel İşbirlikleri: Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Sözleşme Yolu ile Gördürülmesinin Hukuki Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 32; Akademik literatürde olduğu gibi politik uygulamalarda da KÖİ kavramının şemsiye bir kavram olarak kabul edildiği ifade edilmektedir. **Mörth**, Ukrika: "Public and Private Partnerships as Dilemmas between Efficiency and Democratic Accountability: The Case of Galileo", Journal of European Integration, Vol. 29, 2007, s. 604.

<sup>38</sup> **Ziegler**, s. 574.

<sup>39</sup> Avrupa Birliği'nin KÖİ ile ilgili hazırladığı Yeşil Kitap'ta, "*bir alt yapının veya sağlanacak hizmetin finansmanı, inşaatını, tadilatını yönetimini veya bakım veya onarımını sağlamak amacıyla kamu otoriteleriyle iş dünyası arasında işbirliği kurulmasına ilişkin yöntem*" olarak belirtilmiş ve ayırt edici unsurlar işaret edilmiştir. **Green Paper on Public Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concession**, Brüksel, 30.04.2004, COM (2004), 327, Paragraph 1.

**EPEC: A Guide to Guidance Sourcebook for PPPs**, Version 2.0, 2011, s. 1.

<sup>40</sup> Teknolojinin hızla değiştiği alanlarda yaşanabilecek sorunlar bakımından uzun süreli sözleşme ilişkisinin işlevsel olmayacağı ifade edilmektedir. **HM Treasury: Value for Money Assesment Guidance**, 2006, s. 7.

<sup>41</sup> **Bovis**, Christopher: **EU Public Procurement Law**, Second Edition, Edward Elgar, 2012, s. 432.

<sup>42</sup> **Klijn/Koppenjan**, s. 455

<sup>43</sup> **Habets**, Joël: **Incomplete Contracts and Public-Private-Partnerships: A Case Study of the Dutch Infrastructure Policy**, Erasmus University Rotterdam, Master Thesis, 2010, s. 16.

KÖİ projelerindeki bir diğer ayırt edici unsur idarenin yürüttüğü hizmet alanlarının yüklenici tarafından yerine getirilmesine ilişkindir<sup>44</sup>. Proje konusu kamu mal ve hizmetlerine ilişkin görevlerin, özel sektör tarafından üstlenildiği bu süreçte, idare hizmetin gözetilmesi ve denetlenmesine odaklanmaktadır. Özel hukuk kişisi, “bundling” kavramı uyarınca, tek bir sözleşme kapsamında projenin yapımı, işletimi, bakımı ve finansmanı yükümlülükleri altına girmekte ve bu şekilde proje sürecinin esas olarak sözleşmeyi akdeden özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesine imkan tanınmaktadır<sup>45</sup>.

KÖİ uygulama sözleşmelerinin, geleneksel tedarik sözleşmelerinden ayırt edilmesinde öne çıkan en önemli unsur risk paylaşımı hususudur. Risk; zaman, maliyet ve kalite bakımından bir projenin başarılı bir şekilde yürütülmesi ve tamamlanmasını tehdit eden olay ya da durumlar şeklinde tanımlanmaktadır<sup>46</sup>. KÖİ projelerinde risk paylaşımı, riskin onu yönetebilecek en iyi tarafça üstlenilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum, riski en iyi analiz edebilen, kontrol altında tutabilen ve riskin etkilerini en aza indirebilen tarafın riski üstlenmesi olarak açıklanmaktadır<sup>47</sup>. KÖİ projeleri pek çok farklı uygulama sözleşmesi ile yerine getirilebildiğinden risk paylaşımı konusunda standart bir model bulunmamaktadır. Hangi risklerin ne ölçüde hangi tarafça üstlenileceği, uygulama sözleşmesi ve/veya mevzuatla ortaya konulmaktadır.

Uygulama sözleşmelerinin üst çerçevesini ifade eden KÖİ'nin en eski kullanımı imtiyaz sözleşmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelişen ve değişen kamu hizmeti anlayışı ile birlikte, yap-işlet-devret, yap-kirala-devret, restore et-işlet-devret gibi çeşitli kombinasyonlarda görev ve yetkilerin paylaşıldığı yeni sözleşme modellerinin üretilmesi ile KÖİ kapsamı genişlemiştir.

Türk Hukuku'nda, KÖİ projeleri imtiyaz (Menafii Umumiyyeye Mütellik İmtiyazat Hakkında Kanun), yap-işlet-devret (3996 s. Yap-İşlet-Devret Kanunu, 3096 s. Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektirik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 3465 s. Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme

<sup>44</sup> **Yescombe**, s. 3.

<sup>45</sup> **Quiggin**, John: “Forum: Public-Private Partnerships: Risk, PPPs and the Public Sector Comparator”, *Australian Accounting Review*, Vol. 14(2), July 2004, s. 58.

<sup>46</sup> **European Commission**, *Successful*, s. 50.

<sup>47</sup> **Hovy** Pauline: “Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing Value For Money”, *International Institute for Sustainable Development (IISD) Discussion Paper*, August 2015, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-money-discussion-paper.pdf>, 02.01.2020, s. 1.

Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun), yap-işlet (4283 s. Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun), yap-kirala-devret (6428 s. Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 351 s. Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu, Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik), işletme hakkı devri (3465 s. Kanun ve 3096 s. Kanun, 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun) ve restore et-işlet-devret (3653 s. Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun) sözleşmeleri kapsamında yürütülmektedir. Devletin KÖİ uygulama sözleşmeleri aracılığı ile hizmeti özel hukuk kişilerine gördürebilmesinin yolu bu hususta kanuni bir düzenlemenin varlığı ile mümkündür<sup>48</sup>. Hem KÖİ mevzuatı hem de Türk yargısının verdiği kararlar incelendiğinde, KÖİ modelinin, yapım, işletim, bakım ve finansman unsurlarının yüklenici tarafından karşılandığı ve risklerin taraflar arasında paylaşıldığı uzun süreli anlaşmalar olarak ifade edildiği görülmektedir. Örneğin Anayasa Makemesi, 6428 s. Kanun'a ilişkin yaptığı incelemede, Kanun'un genel gerekçesindeki "*Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır*" ifadesinden yola çıkmıştır<sup>49</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin KÖİ

<sup>48</sup> "Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizâtihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörölmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz." AYM, 07.05.2002, E. 2000/17, K. 2002/46.

<sup>49</sup> "Sabit yatırım giderlerinin (sözleşmeye göre yüklenicinin kullanımında olabilecek zorunlu ve ihtiyari ticaret alanları dahil) yüzde sekseni kredi kullanımı ile karşılanacak; yabancı para cinsinden kullanılan krediler (3 yılda bitirilecek bir inşaat için dört yıl süre belirlemek ve örneğin uygulama sözleşmesine üçüncü yılın sonunda sözleşmenin feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması gibi bir 'danışıklı dövüş' hükmü konulması temelinde) Hazine garantisi kapsamına alınacak ve finansal risklerin tamamı (enflasyon ve kur riski) devlet tarafından üstlenilecek ve yükleniciye hizmet satışı ve kar garantisi verilecek ise; söz konusu tesisleri Sağlık Bakanlığının kendisinin kredi kulla-

kavramını tanımladığı kararı, “KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir. Geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak öngörülen bu model, hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır... Bu modelde yüklenici, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek yatırım özel sektör tarafından yapılırsa da mülkiyeti kamuya ait bir tesis söz konusudur.”<sup>50</sup> şeklinde ifade edilmiş ve KÖİ'nin bir finansman modeli olduğu sonucuna varılmıştır.

### III. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN ÖZELLEŞTİRME YÖNTEMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özelleştirme ve KÖİ, kamu yönetimi stratejilerini geliştirmek için oluşturulmuş ve piyasa mekanizmaları olarak işlev yürüten kavramlardır. Her ikisinde de kamu mal ve hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla özel hukuk kişilerinden yararlanılmaktadır.

KÖİ, idare ve yüklenicinin ortak hedeflere ulaşmak için sorumlulukları paylaştığı uzun süreli işbirliği ilişkisini ifade etmektedir. Pek çok gelişmekte olan ülke bakımından KÖİ sermaye ihtiyacının karşılanması amacı ile geniş bir perspektifte ele alınmış ve özelleştirme türevi olarak görülmüştür. Söz konusu ülkelerde, özelleştirilen kamu hizmeti alanlarından yararlanamayan düşük gelirli kesimin yaşadığı mağduriyetlerin giderilmesi için geliştirilen

---

arak yapması ile özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması arasında kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin “ideolojik” tercih dışında hiçbir fark kalmamakta, genel gerekçedeki “Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır.” ifadesi boşlukta kalmaktadır.” AYM, 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/58.

<sup>50</sup> AYM, 28.01.2016, E. 2014/92, K. 2016/6.

alternatif bir model olarak nitelendirilen KÖİ, ulusal öneme sahip projelere özel sektör paydaşlarının katılımını sağlayan bir fırsat olarak görülmüştür<sup>51</sup>. Gelişmiş ülkelerde ise kamu mal ve hizmetlerinin yerine getirilmesindeki etkililiğin sağlanmasında sektör ortağının teşvik edilmesi hedefi ile uygulanan KÖİ'nin, özelleştirme olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, ilgili ülkenin özelleştirme uygulamaları konusundaki tarihsel başarısı ile ilgili bir durum olarak belirtilmektedir<sup>52</sup>.

KÖİ kavramı ile özelleştirme kavramının karşılaştırılmasındaki temel ihtiyaç, Yeni Kamu Yönetimi anlayışı çerçevesinde KÖİ kavramının özelleştirme terimi yerine kullanılmasından kaynaklanmıştır. KÖİ modelinin özelleştirme kavramının bir türevi olarak mı yoksa özelleştirme uygulamasından bağımsız, alternatif bir yöntem olarak mı ortaya atıldığının yanıtlanması gerekmektedir.

KÖİ kavramının tanımlanması hususunda evrensel bir bakış açısının sergilenememiş olması, kavramsal çerçevenin oluşmasına engel teşkil etmekte ve kavramın başka terimlerle karıştırılması sonucunu doğurmaktadır. KÖİ kavramındaki bu karmaşa, kavramın özelleştirme ile geleneksel tedarik yöntemleri arasındaki boşluğu dolduran bir yöntem olarak geliştirildiği şeklinde yorumlanmıştır<sup>53</sup>. Pek çok yazar, KÖİ kavramının özelleştirme karşıtlarına karşı geliştirilmiş bir dil oyunu olduğuna vurgu yapmakta<sup>54</sup> ve kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince yürütülme yöntemlerinden farklı bir mahiyete sahip olmadığını ifade etmektedir<sup>55</sup>. KÖİ kavramını özelleştirmenin

<sup>51</sup> **Jamali**, Dima: "Success and failure mechanisms in public private partnerships in developing countries: Insight from the Lebanese context". *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 17(5), 2004. s. 417.

<sup>52</sup> Örneğin kamu ve özel sektör ortaklıkları konusunda başarılı uygulamalara sahip İngiltere'de, PFI özelleştirme uygulamaları ile bağlantılı olarak açıklanmakta ve gelişim göstermekte iken, özel sektör katılımı konusunda başarılı sayılmayacak olan Avustralya'da özelleştirme kavramı çerçevesinde anılmamaktadır. **Hodge/Greve**, s. 548.

<sup>53</sup> **Grimsey**, D./**Lewis**, M. K.: "Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic and Practitioner Views", *Accounting Forum*, Vol. 29(4), 2005, s. 346, (Value for Money); **OECD**: *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008, s. 16, (Risk Sharing)

<sup>54</sup> İdarelerin özelleştirme kavramı yerine kullandıkları bu terimin yaratılmasında, bir açıdan kamu yönetimi içerisindeki "moda terimlerin" zaman zaman yenilenme ihtiyacından bahsedilmekte; bir başka açıdan ise benzer politikaların daha farklı ve daha akılda kalıcı bir şekilde yaratılması gerçeği vurgulanmaktadır. **Hodge/Greve**, s. 547.

<sup>55</sup> **Linder**, S. H.: "Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings," *The American Behavioral Scientist*, S. 43/1, 1999, s. 35-51; **Savas**,

arka kapısı<sup>56</sup> olarak nitelendirilen bu görüşe göre, özelleştirme yerine kullanılan ve serbest piyasa ekonomisini canlandırma işlevi yürütmek üzere hayata geçirilen yeni bir terim yaratılmıştır<sup>57</sup>. KÖİ terimi ile bir yandan özelleştirme konusundaki siyasi tartışmalardan uzaklaşmakta, diğer yandan ise özelleştirme karşıtlarını ikna etmek üzere yeni bir yöntem geliştirilmektedir. KÖİ, hükümetlerin politik bir tercih olarak yarattıkları, “özelleştirmenin yeni bir aşaması” olarak nitelemdeirilmekte<sup>58</sup> ve devletlerin siyasi ve iktisadi durumlarına göre belirlediği özelleştirme yöntemleri arasında zikredilmektedir<sup>59</sup>.

KÖİ'nin özelleştirme yöntemleri arasında nitelendirilip nitelendirilme-yeceği hususunun cevaplanmasında, özelleştirme kavramının nasıl ele alındığının irdelenmesi gerekmektedir. Ülkelerin sosyal, politik ve ekonomik farklılıklarının yarattığı koşullar, özelleştirme uygulamaları kapsamında farklı yöntemlerin değerlendirilmesi ile sonuçlanmıştır. Kimi ülkelerde kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütüldüğü yöntemlerin tamamı özelleştirme olarak nitelendirilmekte iken<sup>60</sup>, kimilerinde kamuya ait varlıkların özel hukuk kişilerine devri yöntemi özelleştirme olarak belirtilmektedir. Özelleştirmenin dar ve geniş anlamlarını ifade eden bu bakış açıları, KÖİ kavramı ile yapılacak karşılaştırmanın temelini oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, kamu hizmeti niteliğinin devam ettiği ancak özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti sunumuna katılabildikleri özelleştirme tanımı geniş anlamı karşılamaktadır. KÖİ kavramının -bir kamu hizmeti sunma yöntemi olması

---

Emanuel S.: *Privatisation and Public Private Partnerships*, Seven Bridges, New York, 2000, s.125, (Public Private Partnership); **Grimsey/Lewis**, *Value For Money*, s. 29.

<sup>56</sup> **Harris**, Stephen: “Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services”, Inter-American Development Bank, Working Paper, Washington, D.C, 2007, s. 5.

<sup>57</sup> **Kasapoğlu Turhan**, Mine: “Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 103.

<sup>58</sup> **IMF**, s. 2.

<sup>59</sup> **Savas**, s. 125-126; Türk Hukuku'nda KÖİ özelleştirme ile aynı mahiyette nitelendirilmektedir. Özelleştirme uygulamalarını yapmak, bu alanlarda politika üretmek ve danışmanlık hizmetlerini sunmak üzere görevlendirilmiş Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan bir tanımlamada KÖİ “gelecekte yapılacak yatırımların bugünden özelleştirilmesi” şeklinde ifade edilmiştir. **Özelleştirme İdaresi Başkanlığı**, 2009-2013 Stratejik Planı, 2009, s. 21.

<sup>60</sup> Örneğin Amerika'daki özelleştirme kavramı kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi yöntemlerini içine alan geniş bir kapsamı ifade etmektedir. **Savas**, E. S.: “A Taxonomy of Privatization Strategies,” *Policy Studies Journal* 18 (2),1990, s. 343, (Taxonomy).

sebebiyle- geniş anlamda özelleştirme tanımı içerisinde kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Geniş anlamda özelleştirme, devletin doğrudan kamu hizmeti üreticisi olma tercihini sözleşme yapma yolu ile özel sektöre bırakması yöntemlerinden biri olarak açıklandığından<sup>62</sup>, KÖİ'nin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>63</sup>.

Özelleştirme kavramının dar anlamdaki tanımında KÖİ modeli bir yöntem olarak yer almamaktadır<sup>64</sup>. Dar anlamda özelleştirme tanımında KİT'lerin bir kısmının ya da tamamının özel hukuk kişilerine devrinden bahsedilmektedir. Söz konusu yöntemde, kamu mal ve hizmetlerinin kamusal niteliği sona ermektedir<sup>65</sup>. KÖİ'de ise idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin bu niteliği sona ermediğinden söz konusu yöntem dar anlamda özelleştirme yöntemi olarak nitelendirilmemektedir. KÖİ projelerinde, idarenin uygulama sözleşmeleri ile çerçeve altına alınmış belirgin rolleri bulunduğu<sup>66</sup> ve devre konu kamu hizmetlerinin kamusal niteliği devam ettiğinden, devletin ilgili hizmet alanından tamamen çekilmesi sonucunu doğurmayan uygulamaların özelleştirme kavramı içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır<sup>67</sup>. Söz konusu tartışma, klasik kamu hizmetlerinin özelleştirme uygulamalarına konu olamaması bakımından önem arz

<sup>61</sup> **Keşli**, s. 16.

<sup>62</sup> **Starr**, Paul: "The Meaning of Privatization", Yale Law & Policy Review, Vol. 6(1), 1988, s. 16-1, (Meaning).

<sup>63</sup> Bununla birlikte, zaman içerisinde ilgili kavramın piyasa mekanizmalarının tanıtılması ya da sermaye ihtiyacı gibi sebeplerin ötesinde bir modele işaret ettiği tartışmaları yapılmaya başlanmış ve ortak hedefler çerçevesinde kamu ve özel ortakların güçlü yanlarından yararlanılan bir işbirliği ilişkisinin özelleştirmeden farklı bir amaca yöneldiği sonucuna varılmıştır. **Jamali**, s. 416.

<sup>64</sup> **Farquharson**, Edward/ **Torres** de Mästle, Clemencia/ **Yescombe** E.R./ **Encinas**, Javier: How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, World Bank and PPIAF, 2011, s. 151.

<sup>65</sup> İdare tarafından kamu hizmeti şeklinde yürütülen faaliyet özelleştirme işlemi ile özel girişim faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. **Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2018, s. 308

<sup>66</sup> **Güzeları**, Selime: "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Kamu Yönetimi Yapı İşleyiş Reform, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını-5, Ankara 2009, <http://yonetimbilimi.politics.ankara.edu.tr/karasuPPP.pdf>, 10.01.2020, s. 58.

<sup>67</sup> **Karasu** Koray: "Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi", Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform, edt. Barış Övgün, KAYAUM Yayınları Ankara 2009, s. 80; **Yalçın**, Fatma Ceren: "Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Y. 13, S. 25, 2014, s. 154, (Özelleştirme).



etmektedir. Sağlık, güvenlik, adalet gibi bazı kamu hizmeti alanlarının özelleştirmeye konu olmayacağı kabul edilmekle birlikte, söz konusu hizmetlerin sözleşme aracılığı ile özel hukuk kişilerine gördürülmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda, ilgili kamu hizmeti alanları bakımından uygulanan yöntemin özelleştirme olarak yorumlanmasına imkan bulunmamaktadır<sup>68</sup>.

KÖİ'nin, dar anlamda özelleştirme kavramı ile yapılan bir diğer karşılaştırması, kamu mal ve hizmetlerinin sunulmasındaki sorumluluğa ilişkindir. Dar anlamda özelleştirmede, kamu hizmeti niteliği tamamen ortadan kalktığı için hizmetin yürütülmesindeki sorumluluk özel hukuk kişisine ait olmaktadır<sup>69</sup>. Ancak, kamu mal ve hizmetlerinin etkin sunulması açısından özelleştirme sonrasında dahi devletin tamamen kayıtsız olmadığı<sup>70</sup> ve denetimin sınırlı da olsa devam ettiği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Öyle ki, özelleştirilen hizmetin düzgün işletilmemesi durumunda vatandaşların devletin sorumluluğuna ilişkin hukuki yollara başvurabilecekleri kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Özelleştirilen alanlarda devletin denetim yetkisi ekonomik kolluk yetkisi kapsamında yürütülmektedir<sup>73</sup>. KÖİ projelerinde ise, sözleşme konusu kamu hizmeti özel hukuk kişilerine yürütülmekle birlikte hizmetin asli sahibi devlettir ve hizmet üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi devam etmektedir<sup>74</sup>. Söz

<sup>68</sup> **Tan**, Turgut: "Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?-Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay-", İÜHF M C. LXIX, S. L-2, 2011, s. 295-296, (Sağlık Hizmeti).

<sup>69</sup> Devlet, özelleştirilen teşebbüsler ile ilgili faaliyetlerini sona erdirmektedir. **Gerrard**, Michael B.: "Public-Private Partnerships, What are public-private partnerships", Journal of Finance & Development, IMF, September 2001, Vol. 38(3), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/gerrard.htm>, 25.01.2020.

<sup>70</sup> **Grimsey**, D./**Lewis**, M. K.: Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar, 2004, s. 55, (Worldwide); Özelleştirilen bir kamu hizmeti alanı için hizmetin hiç yürütülmemesi ihtimalinde, özel hukuk kişisinin yanı sıra devletin de sorumluluğun doğacağı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Trebilcock**, Michael J./**Iacobucci**, Edward M.: "Privatization and Accountability", Harvard Law Review, Vol. 116(5), 2003; Türk Hukuku'nda stratejik öneme sahip kuruluşların özelleştirilmesindeki imtiyazlı hisse uygulamasının temelinde, idarenin içeriden müdahale edebilmesi hususu yatmaktadır. **Yasin**, s. 43-44.

<sup>71</sup> **Ann N. Austria**, Atty. Sherry: "PPP is NOT Privatization", PPP Talk, Vol. 2(1), January-March 2013, s. 3.

<sup>72</sup> **Farquharson**/ **Torres de Mästle**/**Yescombe**/**Encinas**, **Farquharson**, s. 10.

<sup>73</sup> **Uz**, Kamu-Özel Ortaklığı, s. 1168.

<sup>74</sup> **Gerrard**, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/gerrard.htm>, 25.01.2020; **Yescombe**, s. 16; **Lakshmanan** L.: "Public-Private Partnership in Indian Infrastructure

konusu yetki, kolluk yetkisinden daha yakın bir denetim ve gözetim yetkisi olarak nitelendirilmekte ve bu durum, devletin ilgili kamu hizmetinin asli yürütücüsü olma sıfatından kaynaklanmaktadır<sup>75</sup>. Projeye ilişkin tüm kazanımların idare tarafından planlanması ve finansal yükümlülüklerle ilişkin sorumluluğun kısmen de olsa idare tarafından üstlenilmesi KÖİ projelerinin özellikleri arasında ifade edilmektedir<sup>76</sup>. İlgili projelerde, kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından devletin rolü devam etmekte, ancak finansman ve işletim gibi unsurlar yüklenici tarafından yerine getirilmektedir<sup>77</sup>. KÖİ uygulama sözleşmesi imzalanmış dahi olsa, hizmetin sunumuna ilişkin nihai sorumluluk idarededir<sup>78</sup> ve özel sektör yalnızca proje konusu işin daha etkin ve verimli nasıl sunulacağı hususuna odaklanmaktadır. KÖİ uygulama sözleşmesinin tarafı proje şirketinin, proje konusu mal ve hizmetin yürütülmesi hususunda kamu hizmetine egemen olan ilkeler çerçevesinde davranma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>79</sup>. KÖİ uygulama sözleşmelerinin konusunu, kamu mal ve hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi hususu oluşturduğundan, kamu hizmetinden yararlananların, hizmetin gereği gibi yürütülmemesinden kaynaklanan zararlarında idarenin sorumlu olduğu varsayılmaktadır<sup>80</sup>. Proje konusu işin kamu hizmeti olma niteliği değişmediğinden, KÖİ uygulama sözleşmesinin hukuki rejimi<sup>81</sup> fark etmeksizin, hizmetten

Development: Issues and Options”, Reserve Bank in India Occasional Paper, Vol. 29(1), Summer 2008, s. 40.

<sup>75</sup> **Özay**, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, Ankara 2004, s. 250.

<sup>76</sup> Kamu sektörü, KÖİ yöntemi ile yürütülen kamu hizmetinden politik olarak sorumludur. **Yescombe**, s. 16.

<sup>77</sup> **Kerr** David: “The PFI Miracle”, Capital and Class, S. 64, 1998, s. 18.

<sup>78</sup> **Grimsey/Lewis**, Value for Money, s. 346; **Farquharson/Torres de Mästle/Yescombe/Encinas**, s. 9-10.

<sup>79</sup> **Karahanogulları**, Eksik İmtiyaz, s. 213. **Evren**, s. 465.

<sup>80</sup> “...her ne kadar davalı idarece, söz konusu yol yapım işinin alt yüklenici firmaya yaptırdığından bahisle varsa sorumluluğun alt yükleniciye ait olduğu ileri sürülmekte ise de, davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle...” D.15.D., 23.02.2017, E. 2014/538, K. 2017/929

<sup>81</sup> Kara Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde idarenin taraf olduğu sözleşmelerin hukuki rejimi bakımından bir birlik bulunmamaktadır. Fransız Hukuku’nda ilgili sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir hukuki rejime tabi olduğu ve doğan uyuşmazlıklarda da müstakil bir yargı düzeni olan idari yargıda çözümlendiği görülmekte iken; İtalya, Almanya ve Hollanda’da kamu mal ve hizmetlerinin yürütülmesinde akdedilen sözleşmelere, özel hukuk hükümleri uygulanmaktadır. Ancak özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen ülkelerde dahi idarenin kullanabileceği pek çok kamu gücü ayrıcalığı bulunmaktadır. **Comba**, Mario E.: Principles of EU Law Relevant to the Performance of Public Contract in ed. Martin Trybus, Roberto Caranta, Gunilla

yararlananlar bakımından, ilgili kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi hususunun zarara sebebiyet verdiği durumlarda müteselsil sorumluluk müessesesi gündeme gelecektir<sup>82</sup>.

Bu kapsamda, idari sözleşmelerde idareye tanınmış üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin, özel hukuk sözleşmelerinde kolluk yetkisi olarak kullanılabilmesi<sup>83</sup>, aksi kabulün hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır<sup>84</sup>.

KÖİ uygulama sözleşmeleri ile özel hukuk kişisi tarafından finanse edilen ve işletilen özerk bir hizmet alanı yaratılmaktadır. KÖİ projeleri, özelleştirmenin aksine proje konusu işin mevcut yürütülme esaslarını tamamen değiştirmemekte, ilgili mal ve hizmetin sunulması için ortaya atılan gereklilikler çerçevesinde kendisine bir yön haritası belirlemektedir. Bu durum, söz konusu işin kamusal niteliğinin devam ettiği gerçeğinden hare-

---

Edelstam, EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond, Bruylant, Bruxelles 2014, s. 330

<sup>82</sup> “İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur. Dolayısıyla, davacının, müteahhit firma aleyhine adli yargıda dava açmış olması, idari yargıda tam yargı davası açılmasına, idarenin, adli yargıda aleyhine dava açılıp sorumlu görülen gerçek veya tüzel kişiyle birlikte aynı zarardan dolayı müteselsilen sorumlu sayılmasına engel oluşturmamaktadır. Davacının uğradığı zarardan müteahhit firma ile birlikte davalı idare müteselsilen sorumlu olduğundan, adli yargıda açılan davada firma aleyhine tazminata hükmedilmiş olması, olayda hizmet kusuru bulunan davalı idare aleyhine tazminata hükmedilmesine engel oluşturmadığından, davacının uğradığı zararın davalı idareden tazminine hükmedilmesi gerekmektedir.” D.10.D., 06.11.2012, E. 2012/2437, K. 2012/5430.

<sup>83</sup> İdarenin kamu yararını tesis etmek üzere kullandığı bu yetkiler, sözleşme ilişkisinden bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan, özel hukuk rejimine tabi sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Uz, Abdullah: İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, 2010, s. 30, (Kamu İhale Sözleşmeleri).

<sup>84</sup> “...davacının işyeri kamuya ayrılmış ve belediyenin kamu hizmeti verdiği bir park içerisinde yer aldığına göre belediyenin olaydaki işlevinin salt mal sahibi kiracı ilişkisi kapsamında düşünülmesine olanak yoktur. Çünkü, belediye park içerisindeki dükkandan kira geliri sağlarken diğer yandan da bu yerde kamu hizmeti yapmaktadır. Bu bakımdan belediyenin, kamuya ait olan yer üzerindeki işyeri için kamu gücünü kullanarak bu işyerinin çalışma kurallarını denetleyebilmesi gerekir.” D.8.D., 11.10.1989, E. 1988/217, K. 1989/756; “...özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı şirket ile davacı şirket arasındaki ilişkinin ticari bir ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, bu kapsamda kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis edilen işlemlerin yargısal denetimini yapma görevinin idari yargı merciine ait olduğu sonucuna ulaşıldığından...” D.13.D., 20.12.2018, E. 2016/816, K.2018/4186;

ketle kamu yararı kavramı ile örtüşecek mahiyette bir sözleşme sürecinin geçirilmesi şeklinde yorumlanmalıdır<sup>85</sup>. Özelleştirmede ise ilgili hizmetin yürütülme esasları özel hukuk kişinin menfaatleri ölçüsünde değişikliğe uğramaktadır<sup>86</sup>. Ancak özelleştirme uygulamalarında da hizmetin niteliği dikkate alınmak suretiyle ihale hukukuna hakim olan temel ilkeler kapsamında bir ihale sürecinin işletilmesi gerekmektedir<sup>87</sup>. Bununla birlikte; stratejik kamu hizmetlerinin özelleştirmesinde ulusal güvenliğin sağlanmasına ilişkin önlemlerin alınmış olması (4046 s. Kanun md. 13/1-b) doğal kaynakların mülkiyet devrine konu olamaması (4046 s. Kanun md. 2/1-h)<sup>88</sup>, yabancılara taşınmaz satışında ulusal güvenliğin tehdit edilmesine engel

<sup>85</sup> Kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel hukuk kişilerine gördürülmesinde, ilgili faaliyetlerin amacı, görev ve yetkilerin kapsamı, verimlilik ve sorumluluğun teminat altına alınması, mali dengenin korunmasına ilişkin tedbirlerin düzenlenmesi, tüketicilerin korunması ve yüklenicilerin teşvik alıp alamayacağı gibi hususların kamu yararının tesis edilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. **Sancakdar**, s. 245.

<sup>86</sup> **Harris**, s. 6.

<sup>87</sup> **Kutlu**, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir 1997, s. 56-57; “...ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunularak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek kuruluşun varsa sahip olduğu hukukî veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirilmesi ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak menfi veya müsbet, Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması gerekirken Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmaksızın söz konusu limanın ihaleye çıkarılmasında ve mahkemece olayda hukukî ve fiili tekel söz konusu olmadığı sonucuna varılarak karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.” D.13.D., 28.02.2016, E. 2005/7150, K. 2006/1231.

<sup>88</sup> “Doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT'lerin özelleştirilmesinde Anayasa'nın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin göz önünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre işletme hakkı Devlet'e ait olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzelkişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Doğal servet ve kaynaklardan yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT ya da buna bağlı kuruluşlar ile diğer kamu tüzelkişilerin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzelkişilere devri olanaksızdır.” AYM, 07.07.1994, E.1994/49, K. 1994-45-2; “Anayasa'da doğal servetlerin ve kaynakların Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında olduğu kabul edilerek bunların mülkiyetinin gerçek ya da tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunları arama ve işletme hakkına da sahip olan Devlet'in bu hakkını ancak belli bir süre için gerçek veya tüzel kişilere Yasa'nın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. Anayasa'da doğal servetler ve kaynaklar için öngörülen bu hukuksal durum bunların sosyal, ekonomik ve stratejik önemlerinin doğal sonucudur.” D.1.D., 05.03.2004, E. 2004/17, K. 2004/24.

olacak yasal ve idari tedbirlerin alınmış olması (4046 s. Kanun md. 14)<sup>89</sup> ve özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalmanın amaçlanması hususları kamu yararı ilkesinin görünümüleri olarak belirtilmektedir. KÖİ projeleri de özelleştirme sürecindeki gibi ihale aşamasında ilkelere uygun olarak yürütülmeli ve sözleşme hükümlerinin kamusal menfaatlere uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini hukuki sınırlar dahilinde kullanması, kamu yararı kavramı ile KÖİ projeleri arasındaki bağlantının somut bir ifadesi olarak aktarılmaktadır<sup>90</sup>.

KÖİ projelerinde, proje konusu kamu mal ve hizmetinin niteliği ve niceliğini belirleme yetkisi idarededir. Yüklenicinin sahip olması gereken yeterlilikler<sup>91</sup> ile hizmetten yararlananlardan alınacak bedel konusunda idarenin yetki sahibi olduğu belirtilmektedir. İdare hukuku rejimine tabi sözleşmelerde bir kamu gücü yetkisi olarak ele alınan tarifeler<sup>92</sup>, özel hukuk sözleşmeleri için de geçerli olabilir<sup>93</sup>. Tarifelerin hazırlanması yükümlülüğü,

<sup>89</sup> “Türk Telekom’un hisselerinin satışını düzenleyen 4046 sayılı Kanun ve bu Kanun hükümleri uyarınca alınan 11.10.2004 tarih ve 2004/7931 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca Türk Telekom’un %55 oranındaki hissesinin blok olarak gerçek ya da tüzel kişilere, bu kapsamda yabancıya satışını engelleyen bir kuralın yer almadığı, usulüne uygun olarak yapılması şartıyla imtiyazlı hisse dışındaki hisselerin satılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı, Türk Telekom’un çoğunluk hissesinin blok satış yöntemiyle satılması halinde milli güvenlikte ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin giderilmesi, milli yararın korunması ve Hazine’ye gelir sağlanması, telekomünikasyon piyasasında etkili bir denetimin yapılabilmesi amaçlarıyla özelleştirme sürecinde birçok kanuni düzenlemelerin yapıldığının...” D.13.D., 22.05.2007, E. 2005/7666, K. 2007/3376.

<sup>90</sup> **Bayazıt**, Bahar: Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 256.

<sup>91</sup> **Harris**, s. 6.

<sup>92</sup> Türk Hukuku’nda 3096, 3465 ve 3996 s. Kanun kapsamında yürütülen KÖİ projelerinde, ücret tarifelerinin hazırlanmasında idare yetkili kılınmıştır. Ancak 6428 s. Kanun kapsamındaki sağlık hizmetleri için uygulanan yap-kirala-devret modelinde, çekirdek hizmetler dışındaki hizmetler bakımından yüklenicinin doğrudan bir fiyatlandırma yaptığı ve bir tarifeyle dayanmadığı görülmektedir. **Karahanogulları**, Eksik İmtiyaz, s. 213.

<sup>93</sup> Türk Hukuku’nda özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen abonman sözleşmelerinde, hizmetten yararlananlardan alınacak bedel, tarifler ile belirlenmekte ve ayrılabilir işlem kuramı gereğince iptal davasına konu olabilmektedir. “...idarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak yürürlüğe koyduğu yönetmelik ile buna dayanan tarife kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerinde-idare mahkemeleri; abonman sözleşmesine dayanan bir alacak- borç ilişkisi kapsamındaki katı atık toplama bedelinin tahsiline ilişkin davaların ise adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi...” D.14.D., 15.02.2018, E. 2015/5713, K. 2018/611; Anayasa Mahkemesi, abonman sözleşmeleri için hazırlanan tarifelere göre yapılan ödemelerin kamu gücü yetkisine değil, tarife ve sözleşme hükümlerine dayandığına karar vermiştir. AYM, 14.02.1991, E. 1990/18, K.1991/4.

KÖİ sürecinin idare tarafından izlenmesi ve denetlenmesi zorunluluğu ile açıklanmaktadır. KÖİ projesi kapsamında yürütülen kamu hizmetlerinden yararlananların ödeyeceği bedel, her ne kadar ticari bir menfaat kapsamındaymış gibi görünse de, söz konusu ücretlerin ilgili kamu hizmetine erişim oranı ile doğrudan bir bağı bulunmaktadır. Zira hizmetten yararlananların mali gücü ölçüsünde düzenlenen tarifelerin kamu yararına uygun olduğu varsayılmaktadır<sup>94</sup>. KÖİ projelerinde idarenin belirlediği çerçevede bir fiyat uygulaması yapılmakta ve yüklenici belirlenen bu tarifeye dayanarak elde edeceği kârı maksimize etmeye çalışmaktadır<sup>95</sup>. Özelleştirmede ise, özelleştirmeye konu kamu hizmetinin niteliği, üretilecek mallar, sunulacak hizmet gereklilikleri ya da alınacak bedele ilişkin belirlemeler özel hukuk kişinin sorumluluğunda olduğu ileri sürülmektedir<sup>96</sup>. Özel sektörün kârını en üst seviyeye çıkarma konusunda geniş bir hareket alanı bulunmaktadır. Bununla birlikte, özelleştirilen hizmetler bakımından idarece fiyat belirlemelerinin yapıldığı istisnai uygulamalarının olduğu da ifade edilmelidir<sup>97</sup>. Yüklenicinin idare tarafından belirlenen standartlar çerçevesinde kamu mal ve hizmet sunma yükümlülüğü altında olduğu KÖİ projelerinde, idarenin kamu gücü yetkilerini kullanarak kamu yararı ilkesini tesis etme sorumluluğu devam etmektedir<sup>98</sup>. Bu kapsamda özelleştirmenin aksine yüklenici üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanabilmektedir<sup>99</sup>. Türk Hukuku'nda, idari sözleşme kriterleri arasında belirtilen kamu gücü yetkileri kural olarak özel hukuk sözleşmeleri bakımından uygulanmamaktadır. Ancak daha önce belirtildiği üzere, hizmetten yararlananlar bakımından idarenin hizmetin gereği gibi yürütülüp yürütülmediğini denetleme işlevi devam etmekte<sup>100</sup>; doğan zararlar bakımından idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir<sup>101</sup>.

<sup>94</sup> **Karahanoğulları**, Eksik İmtiyaz, s. 213.

<sup>95</sup> **OECD**, Risk Sharing, s. 19.

<sup>96</sup> **Lakshmanan**, s. 40; **Bayazit**, s. 90.

<sup>97</sup> Söz konusu durum, özelleştirme sonrasında tekel haline gelen mal ve hizmet alanları bakımından istisnai olarak uygulanan bir müdahale olarak belirtilmektedir. **OECD**, s. 25; **Grimsey/Lewis**, Worldwide, s. 55.

<sup>98</sup> **OECD**, Risk Sharing, s. 19.

<sup>99</sup> **Bayazit**, s. 90.

<sup>100</sup> İdarenin özel hukuk sözleşmeleri üzerindeki kamu gücü yetkileri dar yoruma tabi tutulmalı ve yalnızca hizmetten yararlananların menfaatleri bakımından uygulama alanı bulmalıdır.

<sup>101</sup> “Her ne kadar idare mahkemesi kararında zararın, davalı idare ile özel bir şirket arasında imzalanan “Taşeron İşlerine Ait Anlaşma” hükümleri gereğince hizmetin görürülmesi sırasında haksız fiilden kaynaklandığı belirtilmekte ise de; hizmetin özel bir

KÖİ ile dar anlamda özelleştirme arasında incelenmesi gereken bir diğer husus mülkiyet devrine ilişkindir. Dar anlamda özelleştirmede, KİT'lerin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte özel sektöre devredilmesi yani varlık satışı ya da halka arz şeklinde satışı söz konusu iken<sup>102</sup>; KÖİ'de proje konusu işin yapıldığı tesislerin mülkiyeti idarede kalmaktadır<sup>103</sup>. İdarenin, KÖİ projesindeki tesislere ilişkin otoritesinde bir değişiklik bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Bununla birlikte, pek çok KÖİ projesinde, proje konusu kamu hizmetinin yürütüleceği tesisin yüklenici tarafından yapılması öngörüldüğünden mülkiyet devrine ilişkin bir husus söz konusu olamamakta, kamusal varlıklara ilişkin bir kayıptan bahsedilmemektedir<sup>105</sup>. Yüklenicinin yapım ve işletim unsurlarını tamamladıktan sonra, tesisleri devretme aşamasına kadar süren uzun süreli bir işbirliği ilişkisi kurması dolayısı ile dar anlamda özelleştirme kavramı ile KÖİ arasında benzerlik bulunmamaktadır<sup>106</sup>. İlgili projelerde, özel hukuk kişisine sınırlı aynı hak tesis etmek suretiyle tesislerin kullanım hakkı verilmekte ve mülkiyet devri söz konusu olmamaktadır. Dar anlamda özelleştirmede ise hem mülkiyet hem de işletme ve yönetim unsurlarının tamamı özel hukuk kişisine geçmektedir. Bununla birlikte, KÖİ projelerinde işletim ve yönetim unsurlarının özel hukuk kişilerince yürütülmesi durumunun düşük yoğunluklu özelleştirme olarak tanımlandığı bir görüş de bulunmaktadır<sup>107</sup>.

KÖİ uyulama sözleşmeleri uzun süreli olarak akdedilmektedir. Uygulama sözleşmelerinin uzun süreli doğası, KÖİ projelerinin ayırt edici özellikleri arasında zikredilen unsurlardan birisi olarak ifade edilmektedir. KÖİ projelerinde, tesislerin yönetimi ve işletilmesi sınırlı süre ile özel hukuk kişisinin sorumluluğuna bırakılmaktadır. Sözleşme süresi uzun olmakla birlikte, belli bir süre sonunda sona ermekte ve proje kapsamında yapılan tesis-

---

*şahsa yaptırılması idarenin hizmeti yürütme görev ve tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.*" D.10.D., 16.12.2003, E. 2002/7475, K.2003/5193.

<sup>102</sup> **Gerrard**, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/gerrard.htm>, 25.01.2020.

<sup>103</sup> **Farquharson/Torres de Mästle/Yescombe/Encinas**, s. 9; **Ann N. Austria**, s. 3.

<sup>104</sup> **Sarısu**, Ayhan: Kamu Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin Bir Model Önerisi-, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 58, (Kamu Özel Sektör İşbirlikleri).

<sup>105</sup> **Harris**, s. 6; **Uz**, Kamu-Özel Ortaklığı, s. 1168; KÖİ projelerinde, henüz yapımı tamamlanmamış kamusal varlıkların özel sektöre devri söz konusu iken, özelleştirmede mevcut varlıkların devrinden bahsedilmektedir. **Kasapoğlu Turhan**, s. 103.

<sup>106</sup> **Karahanoğulları**, Yiğit: "Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirilmesi", AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2012, s. 99, (Mali Değerlendirme).

<sup>107</sup> **Kitsos**, s. 204.

ler kamuya devrolmaktadır. Bununla birlikte, dar anlamda özelleştirmede, ilgili tesislerin mülkiyeti kalıcı olarak özel hukuk kişisine devredilmektedir<sup>108</sup>.

KÖİ projelerindeki uygulama sözleşmelerinin uzun süreli doğasının yanı sıra, özel sektör ortakları ile tesis edilen bir işbirliği ilişkisinin varlığından da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Yönetişim kavramı ile örtüşen bu kavram uyarınca, kamu mal ve hizmetlerinin yürütülmesi sürecinde idare ile yüklenicinin ortak hedeflere ulaşmak için birlikte hareket ettiği bir süreçten bahsedilmektedir<sup>109</sup>. KÖİ projelerinde en çok risk paylaşımı hususunda söz konusu olan işbirliği kavramı, özelleştirme uygulamaları bakımından söz konusu değildir. Zira özelleştirmede sorumlulukların ve mülkiyetin devri hızlı bir şekilde özel hukuk kişisine bırakılmakta ve işbirliği ilişkisi tesis edilmemektedir<sup>110</sup>.

Özelleştirme sürecinde idarenin sınırlı da olsa sürece paydaş olması mümkün değildir. Bununla birlikte KÖİ projelerinde, idarenin çeşitli proje unsurları bakımından değişik yoğunluklarda proje sürecinde yer alması mümkündür<sup>111</sup>.

Kamu mal ve hizmetlerinin özel hukuk kişilerince KÖİ uygulama sözleşmeleri aracılığı ile gördürülmesinde, projeye ilişkin tüm risklerin idare ve yüklenici arasında paylaşıldığı görülmektedir. Dar anlamda özelleştirmede, özelleştirilen mal ve hizmetlerde mülkiyet ve sorumluluk özel hukuk kişisine geçmekte ve tüm risk özel hukuk kişisi tarafından üstlenilmektedir. Bununla birlikte, KÖİ projelerinde, ayırt edici unsur olarak ifade edilen riskin onu en iyi yönetecek tarafça üstlenilmesi yani paylaştırılması hususu olmazsa olmaz bir nitelik taşımakta ve risk bir tarafın üstünde kalmamaktadır<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Harris, s. 6; Karahanoğulları, Mali Değerlendirme, s. 99.

<sup>109</sup> Bovaird, Tony: "Public-Private Partnerships: From Contested to Prevalant Practice", International Review of Administrative Sciences, Vol. 70(2), 2004, s. 200.

<sup>110</sup> Emek, Uğur: "Devletleştirme ve Özelleştirme arasında: Kamu Özel İşbirlikleri", İktisat, İşletme ve Finans, Vol. 22(261), 2007, s. 157.

<sup>111</sup> Leblebiciler, Okan: Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 60.

<sup>112</sup> Lakshmanan, s. 40.



## SONUÇ

1970’li yıllarda yaşanan ekonomik kriz, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde serbest piyasa ekonomisi kavramının doğmasına sebep olmuş ve bu kapsamda piyasa mekanizmasının canlandırılmasına yönelik yeni yöntemler geliştirilmiştir. Devletin üretici olma işlevinden ziyade, düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmesi temelinde gelişim göstermiş olan bu süreç, ekonomik faaliyetlerin serbestleşme hareketine yönelik birçok yeni yöntemin gelişimine sebebiyet vermiştir.

Devletin görev ve yetkileri kapsamında yapılan tartışmalar, yeni kamu yönetimi anlayışından hareketle özel hukuk kişilerinin sürece dahil edilmesi ile sonuçlanmıştır. Devletin küçülmesi, serbest piyasa ekonomisinin canlandırılması ve sermayenin tabana yayılmasının amaçlandığı liberal ekonomik model, özelleştirme kavramının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. 1980’li yıllarda özelleştirme ile başlayan bu süreç 2000’li yıllarda KÖİ kavramının ortaya atılması ile yürütülmeye çalışılmış ve pek çok ülkede hızla uygulanan bir model ile karşılaşmıştır.

En geniş ifade ile kamu mal ve hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığı ile yürütülmesi yöntemleri olarak ifade edilen özelleştirme ve KÖİ kavramları hususunda doktrinde bir kavram karmaşası bulunmaktadır. Her iki kavramın da farklı disiplinlerin çalışma konuları arasında yer almaları sebebiyle, çok farklı tanımlar ortaya çıkmış ve kavramsal çerçevelerinin oluşturulmasında eksiklik olduğu tespit edilmiştir.

Doktrinde genel olarak, KÖİ kavramının, özelleştirme kavramı yerine kullanılmak üzere bilinçli olarak üretilmiş bir terim olduğu ve özelleştirmenin bir diğer aşaması olarak nitelendirildiği savunulmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel sektör paydaşları ile yürütülme sürecini ifade eden bu kavramların, kamu hizmeti anlayışındaki dönüşüm ve örgütlenme bakımından aynı kapsama sahip olduğu belirtilmektedir. Her iki kavram bakımından da, piyasa koşullarının kamusal faaliyetlere yansıtılması ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi sürecinde esnek bir çalışma ortamının sağlanması hedefleri söz konusu olduğundan, KÖİ’nin bir özelleştirme yöntemi olarak nitelendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, özelleştirme kavramını açıklayan dar anlamdaki tanımlama, KÖİ kavramı ile örtüşmemektedir. Zira KÖİ uygulama sözleşmeleri ile hizmetlerin yürütülmesine ilişkin nihai sorumluluk özel hukuk kişisine devrolmamakta ve kamu hizmetinin asli yürütücü olma niteliği kaybolmamaktadır. Bunun yanı sıra, kamu hizmetlerinin yürütüleceği tesislerin mülkiyetinin idarede kalması ve proje risklerinin onu

en iyi yönetebilecek tarafça üstlenilmesi hususları da iki kavram arasında tespit edilen diğer farklılıklar olarak belirtilmektedir.

Söz konusu çalışma ile KÖİ ve özelleştirme kavramlarının farklı mahiyetlerde kurumlar olduğu ve farklı düşünsel temeller ile uygulama alanı bulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Serbestleşme hareketinin ürünleri arasında aktarılan bu kavramlar, yöneldikleri amaçların ötesinde, farklı hukuki rejimlere tabi olduklarından benzer terimler olarak kullanılmamalıdır. Özelleştirme ve KÖİ kavramlarının, kavramsal çerçeve oluşturulmaksızın birbiri yerine kullanılması; bir yandan iki kurumun yöneldiği amaçların yitirilmesi sonucunu doğurmakta iken; diğer yandan, özel hukuk kişileri aracılığı ile yürütülen kamu hizmeti alanlarında devletin düzenleyici ve denetleyici rolünün tartışılmasına sebebiyet vermektedir.

KÖİ ile özelleştirme kavramının karşılaştırılmasında, her ne kadar mülkiyet, sorumlulukların devri ya da risk paylaşımı gibi unsurlar bakımından farklılıklar ortaya konulmuşsa da; iki kavramın, temelde “işbirliği” ilişkisi açısından taban tabana zıt olduğu sonucuna varılmaktadır. KÖİ projelerinde, devletin piyasadan çekilmesi ya da ekonomik faaliyetlerini tamamen sınırlandırması anlayışı söz konusu olmamakta; aksine, kamu mal ve hizmetlerinin sunulması sürecinde, nihai sorumlu aktör olarak bulunduğu, uzun süreli bir anlaşma süreci geçirilmektedir. KÖİ projeleri ile risklerin, sorumlulukların ve kaynakların paylaşıldığı bir sinerji ortamı yaratılmakta ve karşılıklı dayanışma ile kamu mal ve hizmetlerinin etkili bir şekilde yürütülmesine hizmet edilmektedir<sup>113</sup>. Özelleştirmede ise kamu sektörünün piyasadan tamamen çekilme hedefi yer aldığından, devletin küçülmesi ve kamu hizmetlerinin piyasalaşması sonucu ile karşılaşılmakta ve işbirliği ilişkisinin yaratılmasına ilişkin bir kaygı duyulmamaktadır.

---

<sup>113</sup> **Bovaird**, Tony: “Public-Private Partnerships: From Contested to Prevalent Practice”, *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 70(2), 2004, s. 200.

**KAYNAKÇA**

- Aktan**, Coşkun Can: Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine: Özelleştirme, Takav Matbaası, Ankara 1993, (Özelleştirme).
- Aktan**, Coşku, Can: “Kamu Ekonomisinin Rolü ve Fonksiyonlarının Piyasa Ekonomisine Devredilmesi: Özelleştirme”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi C. 2, S. 1, 2010, s. 101-119, (Kamu Ekonomisinin).
- Andersen Henrik/Cao**, Fuguo/**Tvarnø**, Christina D./**Wang**, Ping, ed. Christina D. Tvarnø: Public Private Partnership: An International Analysis From A Legal And Economic Perspective, Asialink. Europeaid, 2010.
- Ann N. Austria**, Atty. Sherry: “PPP is NOT Privatization”, PPP Talk, Vol. 2(1), January-March 2013, s. 3-4.
- Arrowsmith**, Sue: “Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?” Common Market Law Review, Vol. 37, 2000, s. 709-738.
- Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2018,
- Atiyas**, İzak/**Oder**, Burak: Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV, 2008.
- Barlas**, Emin: Türkiye’de Kamu Malvarlığı: Özelleştirme Politikaları ve Sorunları, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Bursa 2002.
- Bayazıt**, Bahar: Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Bennett**, John/**Estrin**, Saul/**Urga**, Giovanni: “Methods of privatization and economic growth in transition economies”, Economics of Transition, Vol. 15(4), 2007, s. 661-683.
- Bovaird**, Tony: “Public-Private Partnerships: From Contested to Prevalant Practice”, International Review of Administrative Sciences, Vol. 70(2), 2004, s. 199-215.
- Bovis**, Christopher: EU Public Procurement Law, Second Edition, Edward Elgar, 2012.
- Çetinkaya**, Özhan: Türkiye’de Özelleştirmenin Anlamı ve Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, S. 49, 2006, s. 124-132.

- Comba**, Mario E.: Principles of EU Law Relevant to the Performance of Public Contract in ed. Martin Trybus, Roberto Caranta, Gunilla Edelstam, EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond, Bruylant, Bruxelles 2014.
- Doh**, Jonathan P.: “Entrepreneurial Privatization Strategies: Order of Entry and Local Partner Collaboration as Sources of Competitive Advantage”, The Academy of Management Review, Vol. 25(3), 2000, s. 551-571.
- Emek**, Uğur: “Devletleştirme ve Özelleştirme arasında: Kamu Özel İşbirlikleri”, İktisat, İşletme ve Finans, Vol. 22(261), 2007, s. 155-159.
- EPEC**: A Guide to Guidance Sourcebook for PPPs, Version 2.0, 2011.
- Erol**, Cengiz: “KİT’lerin Özelleştirme Sorunları ve Özelleştirmeye Sistematik Bir Yaklaşım Önerisi”, Kamu Sektöründe Devletin Rolü; KİT’ler: Değerlendirme, Öneriler ve Özelleştirme, 93. Sanayi Kongresi Bildiriler Kitabı, C. 3, Ankara 1993.
- Evren**, Çınar Can: Kamu Özel İşbirlikleri: Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişilerine Sözleşme Yolu ile Gördürülmesinin Hukuki Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- European Commission**: Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003, (Successful).
- Farquharson**, Edward/**Torres** de Mästle, Clemencia/**Yescombe** E.R./**Encinas**, Javier: How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, World Bank and PPIAF, 2011.
- Gerrard**, Michael B.: “Public-Private Partnerships, What are public-private partnerships”, Journal of Finance & Development, IMF, September 2001, Vol. 38(3), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/gerrard.htm>, 25.01.2020.
- Grimsey**, D./**Lewis**, M. K.: “Evaluating The Risks of Public Private Partnerships for Infrastructure Projects”, International Journal of Project Management, Vol. 20(2), 2002, s. 107-118, (Risks).
- Grimsey**, D./**Lewis**, M. K.: Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, Edward Elgar, 2004, (Worldwide).
- Grimsey**, D./**Lewis**, M. K.: “Are Public Private Partnerships Value for Money? Evaluating Alternative Approaches and Comparing Academic

- and Practitioner Views”, Accounting Forum, Vol. 29(4), 2005, s. 345-378, (Value for Money).
- Gülan**, Aydın: “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFD, C. 56, S. 1-4, s. 97-107.
- Güzelsarı**, Selime: “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Kamu Yönetimi Yapı İşleyiş Reform, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 5, Ankara 2009, <http://yonetibilimi.politics.ankara.edu.tr/karasuPPP.pdf>, 10.01.2020.
- Habets**, Joël: Incomplete Contracts and Public-Private-Partnerships: A Case Study of the Dutch Infrastructure Policy, Erasmus University Rotterdam, Master Thesis, 2010.
- Hanke**, S. A.: “Privatization: Theory, Evidence, and Implementation”, Proceedings of the Academy of Political Science, Vol. 35(4), 1985, s. 101-113
- Harris**, Stephen: “Public Private Partnerships: Delivering Better Infrastructure Services”, Inter-American Development Bank, Working Paper, Washington, D.C., 2007.
- HM Treasury**: Value for Money Assesment Guidance, 2006.
- Hodge**, G./**Greve**, C.: “Public-Private Partnerships: An International Performance Review”, Public Administration Review, Vol. 67(3), 2007, s. 545-558.
- Hovy** Pauline: “Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing Value For Money”, International Institute for Sustainable Development (IISD) Discussion Paper, August 2015, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-money-discussion-paper.pdf>, 02.01.2020.
- IMF**: Public Private Partnerships, Government Guarantees and Fiscal Risk, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington, D.C., 2006.
- Jamali**, Dima: “Success and failure mechanisms in public private partnerships in developing countries: Insight from the Lebanese context”. International Journal of Public Sector Management, Vol. 17(5), 2004. s. 414-430.
- Karahanogulları**, Onur: “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 279-323, (Özelleştirme).

- Karahanoğulları, Yiğit:** “Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirilmesi”, AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2012, s. 95-125, (Mali Değerlendirme).
- Karasu, Koray:** “Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi”, Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform, edt. Barış Övgün, KAYAUM Yayınları Ankara 2009, s. 79-91.
- Kasapoğlu Turhan, Mine:** “Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s. 103-127.
- Kay, J. A./Thompson, D. J. :** “Privatisation: A Policy in Search of a Rationale”, The Economic Journal, Vol. 96(381), March 1986, s. 18-32.
- Kerr, David:** “The PFI Miracle”, Capital and Class, S. 64, 1998, s. 17-28.
- Keşli, Ahmet T.:** Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin (PPP) Hukuki Rejimi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Kitsos, John:** “Construction Investments Public Works Through PPPs”, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 9(3), 2014, s. 202-208.
- Klijn, Erik Hans/Koppenjan, Joop:** “The impact of contract characteristics on the performance of public-private partnerships (PPPs)”, Public Money& Management, September 2016, s. 455-462.
- Koppenjan, J./Enserink, Bert:** “Public-Private Partnerships in Urban Infrastructures: Reconciling Private Sector Participation and Sustainability”, Public Administration Review, Vol. 69(2), 2009, s. 284-296.
- Kutlu, Meltem:** İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir 1997.
- Lakshmanan, L.:** “Public-Private Partnership in Indian Infrastructure Development: Issues and Options”, Reserve Bank in India Occasional Paper, Vol. 29(1), Summer 2008, s. 37-77.
- Leblebiciler, Okan:** Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2005.
- Linder, S. H.:** “Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings,” The American Behavioral Scientist, S. 43/1, 1999, s. 35-51.

- Mörth**, Ukrika: “Public and Private Partnerships as Dilemmas between Efficiency and Democratic Accountability: The Case of Galileo”, *Journal of European Integration*, Vol. 29, 2007, s. 601-617.
- Musgrave**, R. A: *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, United States 1959.
- OECD**: *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008, (Risk Sharing).
- OECD**: *Towards a Framework for the Governance of Infrastructure*, 2015, (Infrastructure).
- Özay**, İl Han: *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, Ankara 2004.
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı**: *2009-2013 Stratejik Planı*, 2009.
- Quiggin**, John: “Forum: Public-Private Partnerships: Risk, PPPs and the Public Sector Comparator”, *Australian Accounting Review*, Vol. 14(2), 2004, s. 51-61.
- Ramamurti Ravi**: “A Multilevel Model of Privatization in Emerging Economies”, *The Academy of Management Review*, Vol. 25(3), 2000, s. 525-550.
- Ricupero**, Rubens: “Privatization, the State and International Institutions”, *Journal of International Affairs*, Vol. 50, No. 2, 1997, s. 409-418.
- Ruhi**, M. Emin: “Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuksal Boyutu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, 2005, s. 235-290.
- Sancakdar**, Oğuz: “Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 241-270.
- Savas**, E. S.: “A Taxonomy of Privatization Strategies,” *Policy Studies Journal* 18(2),1990, s. 343-355, (Taxonomy).
- Savas**, Emanuel S.: *Privatisation and Public Private Partnerships, Seven Bridges*, New York, 2000, (Public Private Partnership).
- Sarısu**, Ayhan: *Dünyada ve Türkiye’de Özelleştirme*, ASOMEDYA, Kasım 2003, <https://www.aso.org.tr/kurumsal/media/kaynak/TUR/asomedy/a/kasim2003/dosyakasim2003.html>, 25.01.2020, (Özelleştirme).
- Sarısu**, Ayhan: *Kamu Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin Bir Model Önerisi-*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme

- Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2007, (Kamu Özel Sektör İşbirlikleri).
- Selwyn, Parker:** Çev. Burcu Çekmece Büyük Çöküş (1929 Krizinin ve Dünyanın Ekonomik Buhrana Sürüklenişinin Öyküsü), Arkadaş Yayıncılık, 2009.
- Shaoul, Jean:** Using the Private Sector to Finance Capital Expenditure: The Financial Realities in Policy, Management and Finance of Public Private Partnership, Blacwell Publishing, Oxford, 2009.
- Starr, Paul:** “The Limits of Privatization”, Academy of Political Science, Vol. 36(3), 1987, s. 124-137, (Limits).
- Starr Paul:** “The Meaning of Privatization”, Yale Law & Policy Review, Vol. 6(1), 1988, s. 6-41, (Meaning).
- Stiglitz, Joseph E:** Foreword in Privatization: Successes and Failures, ed. Gérard Roland, Columbia University Press, 2008.
- Tan, Turgut:** “KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, Amme İdaresi Dergisi, C. 25, S.1, Mart 1992, s. 27-64, (KİT).
- Tan, Turgut:** “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir Mi?-Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay-”, İÜHFİM C. LXIX, S.L-2, 2011, s. 295-296, (Sağlık Hizmeti).
- Tan, Turgut:** Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- The Council of the Association of Chartered Certified Accountants:** Taking Stock of PPP and PFI Around the World, 2012.
- TOBB:** Özelleştirme Özel İhtisas Komisyonları Raporu, Ankara 1993.
- Trebilcock, Michael J./Iacobucci, Edward M.:** “Privatization and Accountability”, Harvard Law Review, Vol. 116(5), 2003, s. 1422-1453.
- Uz, Abdullah:** “Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 1165-1182, (Kamu-Özel Ortaklığı).
- Uz, Abdullah:** İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, 2010, (Kamu İhale Sözleşmeleri).
- Van Ham, H./Koppenjan J.:** “Building Public-Private Partnerships Assessing and Managing Risks in Port Development”, Public Management Review, Vol. 3(4), 2001, (Risks), s. 593-616.



- Webb, Richard/Pulle, Bernard:** Public Private Partnerships: An Introduction, Economics, Commerce and Industrial Relations Group, Research Paper No. 1 2002-03, 2002.
- Yalçın, Fatma Ceren:** “Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Y. 13, S. 25, 2014, s. 133-162, (Özelleştirme).
- Yasin, Melikşah:** Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, Yenilenmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2007.
- Yescombe, E. R.:** Public-Private Partnerships, Elsevier, 2007.
- Yıldız, Şükrü:** “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Biri Olarak Rekabetin Korunması”, Atatürk Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-4, Y. 2001, s. 557-575.
- Zahra, Shaker A./Ireland, R. Duane/Gutierre, Isabel/Hitt, Michael A.:** “Privatization and Entrepreneurial Transformation: Emerging Issues and a Future Research Agenda”, Academy of Management Review, Vol. 25, No. 3, 2000, 509-524.
- Ziegler, John:** “The Dangers of Municipal Concession Contracts: A New Vehicle to Improve Accountability and Transparency”, Public Contract Law Journal, Vol. 40(2), s. 571-594.

## CEZALANDIRMANIN AMACI VE BU BAĞLAMDA ÜTOPYALAR ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME\*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704815>

**Arş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ\*\***

### Öz

*Bu çalışmanın temel amacı, türlerinin başarılı birer örneği olan Thomas More'un Ütopyası ile George Orwell'in 1984'ünde cezalandırmanın amacına ilişkin hangi teoriden hareket edildiğini tespit etmektir. Bu hususun önemi, suç ve ceza öngören kanunların yapılması ve uygulanması aşamalarında, esas amacın ne olduğunun unutulmaması gerektiğini ortaya koymak noktasında kendisini göstermektedir. Çalışmamız ile güttüğümüz temel amaca ulaşabilmek bakımından öncelikle cezalandırmanın amacı ile yakından ilişkisi bulunan cezanın meşruiyeti ve cezalandırma yetkisi konuları kısaca ele alınmıştır. Ardından cezalandırmanın amacına ilişkin teorilerin ve bu teoriler kapsamında öne sürülen çeşitli görüşlerin neler olduğu açıklanmıştır. Günümüze kadar ileri sürülen teoriler; mutlak teoriler, nispi teoriler ve karma teori şeklinde üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar içerisinde de mutlak teoriler, adalet ve kefarete teorisi şeklinde; nispi teoriler ise genel önleme ve özel önleme teorisi şeklinde iki alt başlığa ayrılmaktadır. Çalışmada, söz konusu teorik bilgilere yer verildikten sonra devlet ve ütopya kavramları da kısaca ele alınmıştır. Bu kapsamda ütopya kavramı, yalnızca olumlu anlamını değil, olumsuz anlamını (distopya) da kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Ardından incelemek üzere seçilen iki eser, cezalandırmanın amacına ilişkin teoriler bakımından değerlendirme imkânı sağlayacak noktalardan hareket ederek değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Son olarak ütopyalarda cezalandırmanın amacına dair hangi teorinin esas alındığı sorusu cevaplanmıştır.*

\* Bu çalışmanın hazırlanması aşamasında görüşleriyle katkıda bulunan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Adem Sözüer, Prof. Dr. Fethi Gedikli ve Dr. Rahime Erbaş'a teşekkür ederim.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: btokgoz@istanbul.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6296-5068> (Makalenin Geliş Tarihi: 31.10.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 01.11.2019/Makale Kabul Tarihi: 23.01.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Ceza, cezalandırmanın amacı, suç önleme, devlet, ütopya*

**THE PURPOSE OF PUNISHMENT AND AN ASSESSMENT  
ON UTOPIAS IN THIS CONTEXT****Abstract**

*The main goal of this study is to explain the theories which have been put forward about the purpose of punishment and to examine the theories which are used in the Thomas More's Utopia and George Orwell's 1984, with analyzing these two books which are one of the examples of utopias. This issue is important in terms of demonstrating what is the purpose of punishment should be remembered, both during the process of law-making and the implementation of the regulations that foresee crime and punishment. In order to achieve the aim pursued with this work, first of all the legitimacy of punishment and the issue of jurisdiction were briefly discussed. Then the theories about purpose of punishment were tried to explain. After referring the concepts of state and utopia in brief, it has been tried to determine which theory can be based on the purpose of punishment in these two books. Meanwhile, it should be noted here that the concept of utopia is used as a higher concept which includes the negative design of the state, in other word dystopia, in addition to its positive meaning.*

**Keywords**

*Punishment, the purpose of punishment, crime prevention, state, utopia*

**Extended Abstract**

*In choosing the subject of this study, we have acted on the question of how can be based the aim of punishment not only in the existing states but also in the states that should have been or should not have been. The aim of this question is to show what is the purpose of this laws should be remembered in both of the phases of law-making and implementation of the laws which is foreseen crime and punishment. Both of these phases have crucial importance because of the basic principles of criminal law for determining if being a state which is desirable or undesirable.*

*First of all, we tried to briefly explain the legitimacy of the punishment and the issue of jurisdiction. Then we mentioned what is the theories on the purpose*

*of punishment. The first one of these theories is retribution theory and according to this theory, the punishment is the only purpose of punishment in itself. In addition, this purpose is to make the offender pay the redemption or to perform the punishment in order to fulfill the justice under every kind of conditions. According to the retribution theory, society must be protected with applying punishment, not from the person who committed a crime. In order to provide the protection of society, the offender must be removed from the society. Besides, according to these theories, the rehabilitation of the offender is not one of the purposes of punishment.*

*After referring the retribution theory, the deterrence theories were discussed. In terms of deterrence theories, the purpose of punishment is defined as a tool divided into two different theories as general prevention and special prevention. According to the general prevention theory, the purpose of punishment is to provide deterrence by preventing other individuals from committing a crime. According to special prevention theory, the purpose of punishment is to prevent the person who committed a crime from recidivism and provide to reintegration of him/her to the society through the rehabilitation of that person.*

*It should be noted here that, even if in order to ensure general prevention, the applying of punishment as a means of keeping the society under control, can harm the fundamental rights and freedoms, because punishment is the most severe legal sanction. In this respect, especially in modern criminal law of nowadays, the understanding that the “punishment should provide redemption” is largely abandoned. According to the purpose of prevention, punishment should be determined in such a way that the offender can be reintegrated to the society and proportionate to him/her culpability. Because the purpose of the prevention is to ensure that the punishment which is fulfilled only in this way. Moreover, as it is understood from practice and supported by criminological researches, there is no doubt that the penalties cannot be achieved the aim by having a frightening and deterrent effect, by being heavy or violent.*

*Eventually, we should state that it is not possible to deny, the aspect of redemption of punishment. But especially nowadays this is not enough to justify the punishment. Moreover, we should not act with a sense of justice that will vary according to each period and every country. Because it will not be possible to present an absolute and general scale by moving from a point that differs in this way.*

*In the last part of this study, we tried to evaluate the following two books: George Orwell's 1984 and Thomas More's Utopia. As a result of the analysis we made by adopting comparative method on the points, we have realized that is related to the purpose of punishment in the mentioned books, the theory*

*accepted in More's Utopia is the combined theory which contains both of the retribution and prevention theories. We have come to the conclusion that in Orwell's 1984, retribution theory is dominant.*

*Consequently, as in More's Utopia, we need to point out that in the modern criminal law understanding, the combined theory which considers retribution and prevention theories in an eclectic way is accepted. On the other hand, in Orwell's 1984, in a way incompatible with the modern criminal law, the retribution theory which acts on the view of redemption has been accepted. It has been determined that even the necessities of being human have been completely denied in this kind of system.*

## GİRİŞ

Bu çalışmada güttüğümüz temel amaç, öncelikle cezalandırmanın amacına ilişkin öne sürülmüş olan teorileri açıklamak ve bu bağlamda birer *ütopya* ve *distopya* örneği olan iki eseri birbiriyle karşılaştırmak suretiyle inceleyerek bu eserlerde hangi teorilerin benimsendiğini ortaya koymaktır. Ancak öncelikle belirtmemiz gerekir ki çalışmamızda ütopya kavramı, aşağıda kavrama ilişkin tanımı yaparken de ifade edeceğimiz üzere, bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Zira Türkçe’de her ikisi de ütopya olarak anılıyor olmasına rağmen, ütopya kavramı, *outopia* şeklinde “olmayan yer”; *eutopia* şeklinde ise “iyi ve güzel yer” anlamına gelmektedir. Bu bakımdan çalışmamızda ütopya kavramı, olumlu anlamdaki kullanımının yanı sıra, olumsuz anlamdaki devlet tasarımını (*distopya*) kapsayacak bir üst kavram olarak da kullanılmaktadır.

Söz konusu değerlendirmeyi yapacağımız eserler, benzer eserlere nazaran cezalandırmanın amacına dair verileri daha net biçimde barındırdığı gerekçesinden hareket ederek seçmiş olduğumuz, Thomas More’un *Ütopya* isimli eseri ile George Orwell’in *1984* isimli eseridir. Bu eserleri irdelemek suretiyle hem ideal olarak addedilen hem de olmasından korku duyulan devlet tasarımlarında cezalandırmanın hangi amacının esas alındığını ortaya koymamız mümkün olacaktır. Kanaatimizce bu husus, suç ve ceza öngören kanunların gerek yapılması gerek uygulanması aşamasında, cezalandırmanın amacının ne olduğunun unutulmaması gerektiğini ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca hangi devlet tasarımında hangi amacın benimsendiğinden yola çıkarak kanun koyucu ile uygulamacılara, söz konusu aşamalarda, olması istenen bir devletteki gibi mi yoksa olmasından korku duyulan bir devletteki gibi mi hareket etmekte olduklarını gösterebilme imkânımız olacaktır.

Çalışmamız ile güttüğümüz amacı gerçekleştirebilmek bakımından ilk olarak cezalandırmanın amacını sorgularken akla gelen ve cezalandırmanın amacının açıklanması ile sağlam bir zemine oturtulabilen *cezanın meşruiyetine* ve cezalandırma ile güdülen amacı aşmayacak ölçüde tanınabilecek *cezalandırma yetkisine* kısaca değinilecektir. Ardından cezalandırmanın amacına ilişkin teoriler açıklanacak ve bu açıklamalardan sonra da devlet ve ütopya kavramlarının ne anlama geldiğine kısaca yer verilecektir. Son olarak yukarıda adı geçen iki eseri incelemek suretiyle çalışma kapsamında seçilen bu eserlerde benimsenen yönetim biçiminin ve buna yönelik uygulamaların, cezalandırmanın amacına ilişkin hangi teori ile temellendirilebileceği tespit edilmeye çalışılacaktır.

## I. CEZALANDIRMA YETKİSİ VE CEZANIN MEŞRUIYETİ

Cezanın, toplumsal yaşamın ayrılmaz bir parçası olması dolayısıyla gerekliliği ve zorunluluğu hakkında ciddi tartışmalar bulunmamakla birlikte<sup>1</sup>, tanımlanması hususunda ortak bir noktaya varılamadığı görülmektedir. Söz konusu ihtilaf, cezanın zaruri unsurlarının tespit edilmesi noktasında gündeme gelmiştir<sup>2</sup>.

Ceza hukuku, kişilerin haklarına ve özgürlüklerine müdahale edilmesi noktasında başvurulan son çare (*ultima ratio*) olma niteliğini haiz olmalıdır. Zira hak ve özgürlüklerin en fazla sınırlanabildiği alanı teşkil etmektedir. Bu bakımdan kişi hak ve özgürlüklerini koruma görevi olan devletin, kişilerin gerek özgürlüklerine gerek malvarlıklarına ve yaşamlarına yönelik çeşitli yaptırımlar uygulamak suretiyle müdahalede bulunmasının meşru bir zemine oturtulması gerekmektedir. Ayrıca cezalandırmanın neden devlet tarafından yapılması gerektiği de cevaplanması gereken bir soru olarak gündeme gelmektedir<sup>3</sup>.

Kişilerin her türlü hak ve özgürlüklerine yönelik gerçekleştirilecek müdahalelerin oturtulacağı meşru zemin de *suç siyaseti* olarak ifade edilmektedir. Buna göre her devletin ceza hukuku mevzuatı, belirli bir suç siyasetine dayanmalıdır. Suç işlenmesinin önlenmesini mümkün hâle getirmenin temel yolu, ceza hukuku araçlarına başvurulması olacaktır<sup>4</sup>.

Bu noktada günümüze gelmeden evvel cezanın meşruiyetine ilişkin birtakım argümanlar öne süren görüşleri irdelemekte fayda vardır. Örneğin *J. J. Rousseau*, toplumsal sözleşme kuramına göre devletin gücünün, her bireyin kendi özgürlüğünün bir parçasından vazgeçmesi ile oluştuğunu ifade etmektedir. Zira birey, topluma girmesiyle birlikte, suç işlerse cezalandırılacağını da bu yetkinin topluma, bir diğer deyişle devlete devredildiğini

<sup>1</sup> **Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985, s. 150; **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, İstanbul, Beta, Eylül 1989, s. 7-8.

<sup>2</sup> Fakat cezanın sahip olması gerektiği ifade edilen hususlar şu şekilde belirtilmiştir: ahlâki ve insan onuruyla bağdaşır olma, suçlu yönünden etkili olma ve zorunlu hâller dışında suç işlemeyenler üzerinde etki göstermeme, bölünebilir olma, sonuçları bakımından tamir edilebilir olma ve devlete en az yükü getirme. Bkz. **Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 74-75.

<sup>3</sup> **Canton**, Rob: Why Punish? An Introduction to the Philosophy of Punishment, Palgrave, 2017, s. 60.

<sup>4</sup> **Dönmezer**, Sulhi: "Suç Siyaseti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 1-4, 1987, 1-33, s. 7.

baştan kabul etmiş olmaktadır<sup>5</sup>. Benzer şekilde *Beccaria* da devletin cezalandırma yetkisinin kaynağını toplumsal sözleşmede aramaktadır<sup>6</sup>. Bu bakımdan *Beccaria*'nın şu cümlesi büyük bir önem arz etmektedir: “*Her insan, kamusal/ortak emanete, özgürlüğün sadece olabildiğince küçük bir parçasını vermek istemiştir. Onu başkalarına karşı savunmaya zorlayan yalnızca bu parçadır. İşte bireylerin topluluk yararına vazgeçtikleri bu küçük parçaların toplamı, ceza verme hakkının temelini oluşturmaktadır*”<sup>7</sup>. Benzer şekilde *Montesquieu* da cezaların acımasızca olmasını eleştirmekte ve cezaların şiddetli olmasını adaletin ve toplumsal sözleşmenin ruhuna aykırı bulmaktadır<sup>8</sup>. Kaldı ki cezaların ağır ve şiddetli olmasının, sanılanın aksine<sup>9</sup>, caydırıcı olmakla herhangi bir ilgisi de bulunmamaktadır<sup>10</sup>.

Belirtilen görüşün aksi yönde ise *Foucault*, toplumsal sözleşmeyi bozan kişinin artık toplumun düşmanı hâline geleceğini ve basit bir suçun dahi tüm topluma saldırı sayılacağını belirtmiştir. Bu şekilde, cezalandırma yetkisini, “*hükümdarın intikamının alınması*” anlayışından, toplumun savunulması yönüne doğru çevirmiş ve bu yetkiye daha güçlü özellikler atfederek onun daha da korkutucu bir mahiyete bürünmesini sağlamıştır<sup>11</sup>. Zira ona göre iktidar, yalnızca devlet ile ilgili olmayıp toplumdaki her kesimin bünyesinde taşıyarak hayat verdiği zihinsel bir olgudur<sup>12</sup>. Kaldı ki sıradan insanların dahi

<sup>5</sup> **Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 24-25; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 74.

<sup>6</sup> **Aktaş**, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, 1-25, s. 5. Fakat belirtmek gerekir ki *Beccaria*, toplumsal sözleşmeyi savunduğu kadar toplumsal faydayı da savunmakta ve bu iki görüşü bir nevi birbiriyle bağdaştırmaktadır. Bkz. **Taner**, s. 27; **Yarsuvat**, Duygun: “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 32, Sayı: 1, 1966, 79-100, s. 83-84.

<sup>7</sup> **Beccaria**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2013, s. 29.

<sup>8</sup> **Karakaş Doğan**, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 38.

<sup>9</sup> **Hudson**, Barbara A.: Understanding Justice, 2. Baskı, Open University Press, 2003, s. 23-24.

<sup>10</sup> **Erem**, s. 161; **Canton**, s. 88; **Taner**, s. 28; **Hudson**, s. 24.

<sup>11</sup> **Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, (Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, 2006, s. 147-148.

<sup>12</sup> **İşıktaç**, Yasemin: “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, 625-638, s. 628.



bazı şartlar altında acımasız birer gardiyana dönüşmesi de bu hususu ortaya koymaktadır<sup>13</sup>.

*Jeremy Bentham* ise cezanın barındırdığı kötülüğe rağmen toplumun mutluluğunu azaltacak daha büyük kötülükleri önlemek amacıyla uygulanmasından hareket etmiş ve bu nedenle haklı ve meşru olduğunu ifade etmiştir<sup>14</sup>. *Bentham* ayrıca cezanın faydasının, suçun meydana getirdiği zarardan daha yüksek olması gerektiğinden<sup>15</sup> yola çıkmak suretiyle cezanın genel önleme amacı üzerinde durmuş ve bu şekilde sağlanacak caydırmanın, cezalandırmayı haklı kıldığını belirtmiştir<sup>16</sup>. Zira mevzu bahis faydanın, toplumun tamamının mutluluğunu kapsamaması gerektiğinden her bir birey bakımından ayrı ayrı değil, toplumun bütünü için mevcut olması gerekmektedir<sup>17</sup>. Benzer şekilde, toplumsal fayda görüşünü benimseyen *Feuerbach* da genel önlemeyi sağlayacak cezanın, bireylere psikolojik cebir uygulamak suretiyle yararlı olduğunu ve devletin hedeflediği toplum hayatını hukuk kurallarına göre kurmak ve korumak amacına hizmet edeceğini ileri sürmüştür<sup>18</sup>. *Franz von Liszt* ise cezanın, amaca uygun ve gerekli olduğu ölçüde haklı ve meşru olacağını ifade etmiştir<sup>19</sup>. Ayrıca toplumsal kontrolün sağlanabilmesi için cezanın kullanılmasında dikkatli olunması gerektiğini de

<sup>13</sup> Bu hususu somut olarak ortaya koyan ve “*Stanford Hapishane Deneyi*” olarak adı geçen deney, 1971 yılında Stanford Üniversitesi Psikoloji Bölümü Profesörü *Philip Zimbardo* tarafından yapılmıştır. Yirmi dört erkek üniversite öğrencisi ile yapılan ve iki hafta sürmesi planlanan bu deney, durumun kontrolden çıkması dolayısıyla altıncı gününde sonlandırılmıştır. Zira mahkûm rolünde olan gruptaki öğrenciler gerçek bir mahkûm psikolojisine bürünüp isyan çıkarmaya, gardiyan rolündeki öğrenciler de şiddete başvurup sadist eğilimler göstermeye başlamıştır. Deneye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.prisonexp.org/>, (Erişim tarihi: 08.10.2019).

<sup>14</sup> **Bentham**, Jeremy: *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, (Çev.: Ömer Saruhanlıoğlu- Uğur Kâşif Boyacı), İstanbul, Litera Yayıncılık, 2017, s. 159; **Aktaş**, s. 9; **Altınok Villem**, Derya: “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, 149-162, s. 156.

<sup>15</sup> **Fletcher**, George P.: “Basic Concepts of Criminal Law”, New York, Oxford University Press, 1998, s. 30; **Taner**, s. 29. *Rawls* ise adaletin sağlanması için suç işlenmesi sonucunda meydana gelen zarar ile cezalandırma sonucunda meydana gelen zarar arasında bir denge kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Hudson**, s. 48.

<sup>16</sup> **Bentham**, Jeremy: *Punishment and Deterrence*, Oxford, 1998, s. 56.

<sup>17</sup> **Bentham**, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 18.

<sup>18</sup> **Demirbaş**, *Ceza Hukuku*, s. 75.

<sup>19</sup> **Honig**, Richard: “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, (Çev.: M. Yavuz Abadan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 2, Sayı: 0, 1936, 413 – 426, s. 414.

vurgulamıştır<sup>20</sup>. Bu da suç işleyen kişiyi ıslah edip suç işlemeye meyilli olanları korkutmak ve ıslah edilemeyeceği anlaşılan suçluları da zararsız hâle getirmek suretiyle sağlanabilecektir<sup>21</sup>.

Tüm bu görüşler değerlendirildiğinde, elbette cezanın kendisinin de zarara neden olduğunu ve bünyesinde doğal olarak kötülük barındırdığını belirtmemiz mümkündür. Ancak daha büyük kötülüklerin önüne geçilebilmesini sağladığı müddetçe ceza, meşru ve gerekli olacaktır<sup>22</sup>. Ayrıca cezalandırma yetkisinin niçin devlete ait olduğu sorusunu da “*anti sosyal bir fiile sosyal bir tepki*” olarak nitelendirilen cezanın, devlet tarafından düzenlenmesi vasıtasıyla ceza hukukuna yön kazandırılmış olacağı şeklinde cevaplamak mümkündür<sup>23</sup>. Tarihsel gelişimi içerisinde bunu sağlayan husus da merkezî iktidarın güçlenmesi olmuştur<sup>24</sup>. Belirtmek gerekir ki tüm bunlara rağmen devletin cezalandırma yetkisinin değil, yalnızca ıslah etme yetkisinin bulunduğu da ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

Bazı yazarlar tarafından cezanın acı ve ızdırap verici olması gerektiği ifade edilirken bazıları da suçlunun ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması ile suç işlemeyi önleyici bir işleve sahip olması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir<sup>26</sup>. Ancak ıslahın, bireye zulmedilmesi ya da acı çektirilmesi ile ondan intikam alınması anlamına gelmediğini, aksine onu uslandırmak suretiyle bir daha suç işlememesini temin etmek şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekir<sup>27</sup>. Benzer şekilde, *Erem* tarafından “*suç işleyen kişinin ıslahını sağlamak için devletin kanunla belirleyip hükümle uyguladığı tedbir*” olarak tanımlanan cezanın, acı verici olması gerektiğine dair bir ifade yer almamaktadır. Zira yazara göre acı, cezanın zaruri unsurlarından biri olmayıp asgarî düzeye indirilmelidir<sup>28</sup>. Ancak elbette cezanın,

<sup>20</sup> **Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 745.

<sup>21</sup> **Yüce**, Turhan Tüfan: Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 9.

<sup>22</sup> **Bentham**, Punishment and Deterrence, s. 54-55; **Yüce**, s. 13-14.

<sup>23</sup> **Erem**, s. 151.

<sup>24</sup> **Işıқтаç**, s. 625.

<sup>25</sup> **Yarsuvat**, s. 98.

<sup>26</sup> **İçel**, Kayıhan/Sokullu, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener: Yaptırım Teorisi, İstanbul, 2000, s. 4.

<sup>27</sup> **Üzülmez**, İlhan: “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 1-4, 2001, 259-294, s. 263.

<sup>28</sup> **Erem**, s. 153.

doğası gereği bünyesinde acı ve zarar verici olma özelliklerini de çoğu zaman taşıdığı inkâr edilemeyecektir<sup>29</sup>.

Tarihi seyrine bakıldığında ise cezalar, irade serbestisini esas alan<sup>30</sup> *Klasik Okul* görüşünün benimsediği ödetme ve kefarete anlayışı dolayısıyla başlangıçta ölçüsüz olup daha sonra da gittikçe daha şiddetli bir hâl almıştır. Buna karşılık, cezayı toplumun korunması bakımından bir araç olarak gören *İtalyan Pozitivist Okulu*<sup>31</sup> tarafından savunulan ve ardından *Toplumsal Savunma Akımı* tarafından geliştirilerek toplumun korunmasından öte, kendine has bir dinamizmi olduğu belirtilen görüşlerin etkisi ile yumuşatılmaya başlamıştır<sup>32</sup>. Zira bu akım, cezanın kefarete teşkil etmesi anlayışına karşı çıkmaktadır<sup>33</sup>. Cezaların şiddeti bu şekilde gittikçe yumuşayarak nihayetinde günümüzdeki anlayışa ulaşılmıştır<sup>34</sup>.

Burada bahsi geçen hususlardan hareketle ceza hukukunun meşru görevinin, yalnızca hukuksal değerlerin korunmasını sağlamak olduğunu, devletlerin cezalandırma yetkisinin ise mutlak olmayıp haklı bir ölçü ile ve makul biçimde sınırlandırılması gerektiğini ifade etmemiz mümkündür. Zira cezalandırma yetkisi devletlere, kötülüğe meyilli olan kişilere acı verme ile bu kişileri küçük düşürme şeklindeki bir yetkiyi elbette ki tanımamaktadır<sup>35</sup>.

Cezalandırma yetkisini meşru kılan en önemli ölçütlerden biri, cezalandırmanın amacı olarak kendini göstermektedir. Zira devletin cezalandırma yetkisi, suç işlenmesini azaltmak ile ceza kanunlarına uygun davranılmasını ve insanların daha demokratik bir toplumda yaşamasını sağlamak amacıyla yöneliktir<sup>36</sup>. Demokratik bir toplumdan söz edilebilmesi için de

<sup>29</sup> **Cavadino, Michael/Dignan, James:** *The Penal System*, 4. Baskı, Sage Publications, 2007, s. 36.

<sup>30</sup> **Tümerkan, Somay:** “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 48, Sayı: 1-4, 1983, 51-71, s. 52.

<sup>31</sup> Pozitivist Okul taraftarları; Klasik Okulu, irade serbestisinin soyut bir kavram olması ve dolayısıyla da ahlâk ile ceza hukukunun birbirine karıştırdığı ile cezanın bir kefarete niteliğinde değil, toplumun korunması amacını taşıyan nitelikte olduğunu belirterek eleştirmiştir. Ayrıca buna göre Klasik Okul, mükerrir suçlulara verilecek cezanın ağırlaştırılması gerektiğini ifade etmesi ile kendisiyle çelişkiye düşmektedir. Zira mükerrir suçlular, suç işleme direnci azalmış kişiler olarak görülmektedir. Bkz. **Tümerkan**, s. 55.

<sup>32</sup> **Yarsuvat**, s. 84-88.

<sup>33</sup> **Tümerkan**, s. 60.

<sup>34</sup> **Karakaş Doğan**, s. 35-36.

<sup>35</sup> **Ünver**, s. 445-449.

<sup>36</sup> **Yüce**, s. 3-4.

devletin cezalandırma yetkisini kullanan kanun koyucunun yetkilerinin sınırsız olmaması gerektiği aşîkârdır<sup>37</sup>.

Burada son olarak belirtmemiz gerekir ki *Beccaria*, “yeryüzünde hiçbir insanın sırf diğerlerinin iyiliği uğruna kendi özgürlüğünün bir kısmından dahi olsa karşılıksız bir biçimde vazgeçmeyeceğini; bunun yalnızca **romanlarda yer alabilecek bir düş**” olduğunu ifade etmektedir<sup>38</sup>. Çalışmamızda birer ütopya ve distopya olma niteliğini haiz kitapları cezalandırmanın amacı bağlamında inceleme fikri de buradan yola çıkarak gündeme gelmiştir. Ancak bu incelemeye geçmeden evvel, cezalandırmanın amacına ilişkin teorilere değinmemiz gerekmektedir. Zira bu sayede, cezalandırma yetkisine yönelik yapılmış olan değerlendirmelerin yanı sıra, aşağıda birer örneğinin inceleneceği ütopyalarda ve distopyalarda cezalandırmanın amacının, bu husustaki teorilerden hangisi ile temellendirilebileceğini ortaya koymamız mümkün olacaktır.

## II. CEZALANDIRMANIN AMACINA İLİŞKİN TEORİLER

### A. Genel Olarak

Cezalandırmanın amacı, gerek cezanın ne olduğunun tanımlanması noktasında asli önemi haiz olması<sup>39</sup> gerekse de devletlerin yönetim şekliyle sıkı bir ilişki içerisinde bulunması suretiyle geçmişten günümüze kadar tartışılan bir husus olup<sup>40</sup> bu amacın ne olduğunun, tarihsel gelişimi içerisinde öncelikle iki başlık altında toplanması mümkündür<sup>41</sup>. İlk olarak cezanın, “ödetme” amacı taşıdığı ileri sürülmüştür. Mutlak teoriler adı altında toplanan bu görüşe göre her birey, işlemiş olduğu fiilin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bu sayede fail, kendi kendisiyle çatışacak ve maruz kaldığı yaptırımdan dolayı acı çekecektir. Bu şekilde adaletin tecelli etmesi sağlanacaktır<sup>42</sup>. İkinci olarak ise cezanın; toplum temelinde, bir diğer deyişle

<sup>37</sup> Karakaş Doğan, s. 41.

<sup>38</sup> Beccaria, s. 28.

<sup>39</sup> Bilgiç, Şükrü: Hapsedilme, İyileştirme ve Yeniden Suç İşleme, Vadi Yayınları, Ekim 2012, s. 28.

<sup>40</sup> Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 45.

<sup>41</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Sekizinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983, s. 593. Bazı yazarlar ise cezalandırmanın amacına ilişkin teorileri, yine iki başlık altında ve fakat neticeci teoriler ve neticeci olmayan teoriler şeklinde sınıflandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Maden, Mehmet: Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 5-72.

<sup>42</sup> Erem, s. 156.

genel ve bireysel temelde, bir başka deyişle özel olmak üzere “önleme” amacı taşıdığı belirtilmiştir<sup>43</sup>.

Mutlak teoriler bakımından ceza geçmişe yönelik bir etki gösterirken önleyici teoriler bakımından geleceğe yönelik bir etki göstermektedir<sup>44</sup>. Önleyici teorilere göre, suçun işlenmesinden sonra yapılması gereken iki şey vardır. Birincisi, faili topluma yeniden kazandırarak veya korkutarak ya da toplum dışına iterek yeniden suç işlemekten alıkoymaktır. İkincisi ise faili suç işlemekten alıkoymaktan öteye geçerek o failin işlediği fiilden dolayı cezalandırılması üzerinden toplumdaki diğer bireylerin suç işlemesinin önüne geçmektir. Günümüzde genel olarak kabul gören görüş ise bu iki amacı bir araya getiren karma görüştür<sup>45</sup>. Bu teori uyarınca söz konusu amaçların yalnızca biri değil, hepsi bir arada cezalandırmanın amaçları arasında yer almaktadır<sup>46</sup>.

## B. Mutlak Teoriler

Mutlak teorilere göre cezanın uygulanması, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir araç değil, amaç olma niteliğini haizdir. Ayrıca ceza, suçun işlenmesinden sonra ve suçun işlenmesi dolayısıyla gündeme gelmesi bakımından geçmişe yönelik olacaktır<sup>47</sup>. Öyleyse cezadan herhangi bir fayda ya da netice beklenmemelidir<sup>48</sup>. Zira bu teoriye göre cezalandırmanın amacı, suçlunun topluma karşı gerçekleştirdiği eylemi nedeniyle acı ve ızdırap duyması ve işlemiş olduğu kusurlu davranışın bedelini, bir diğer deyişle kefareтини ödemesidir<sup>49</sup>. Bu bakımdan cezanın verilmesiyle amaç da gerçekleşmiş

<sup>43</sup> **Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 89.

<sup>44</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 593-594; **Fletcher**, s. 33; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, s. 453.

<sup>45</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 595; **Özbek**, s. 92; **Yüce**, s. 12. Karma teori, bir diğer deyişle uzlaştırmacı teori, başka bir sınıflandırma uyarınca *eklektik teori* olarak da adlandırılmakta ve *Yeni Klasik Okul* kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sınıflandırma esas alındığında, *Klasik Okul* ile kastedilen ise mutlak teoriler ile nispi teorileri savunan görüşleri kapsamına alan okuldur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 29.

<sup>46</sup> **Özbek**, s. 93.

<sup>47</sup> **Byrd**, B. Sharon: “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence and its Threat, Retribution in its Execution”, Law and Philosophy, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1989, 151-200, s. 183; **Önder**, s. 8.

<sup>48</sup> **Erem**, s. 156; **Demirbaş**, Ceza Hukuku, s. 574; **Üzülmez**, s. 266; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 561.

<sup>49</sup> **Taner**, s. 30.

olacaktır<sup>50</sup>. Cezanın bizatihi amaç olarak görülmesi dolayısıyla da suç ve ceza arasında, failin çekmesi gereken acının ne olduğu ve bu acının nasıl çektirileceğinin belirlenmesi gerekliliği üzerinden bir bağ kurulduğu görülmektedir<sup>51</sup>.

Mutlak teoriler kapsamında yer alan **Adalet Teorisi** savunucusu olan *Kant*'a göre, suç işleyen kişiye ceza verilmesi, ahlâkın ve kanunun mutlak emri olup adaletin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Aksi takdirde toplumdaki her birey, işlenen suçun ortağı olacaktır<sup>53</sup>. Bununla birlikte cezaya; herhangi bir hukuki değeri, kişiyi veya toplumu korumak için değil, fail bir suç işlediği için hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>54</sup>. Ayrıca *Kant*, hiçbir faydası olmayacak olsa bile, adaletin gereği olarak devletin suçluyu cezalandırması gerektiğini ifade etmektedir. Bunu daha somut bir şekilde ortaya koymak adına da bir örnek verir. Bu örneğe göre, bir adada yaşayan halk, adayı tamamen terk edecek olsa dahi hapisanede kalan son mahkûmun cezası da infaz edilmeli, ada bunun ardından terk edilmelidir<sup>55</sup>.

Mutlak teorilerden bir diğeri<sup>56</sup> olarak da ifade edilen **Kefaret Teorisi** uyarınca ise cezanın esasını kefarete oluşturmaktadır. Bu bakımdan cezalar, geçmişe yönelik olmalı ve kötülük yapana bu kötülüğünün karşılığı, ceza ile ödetilmelidir<sup>57</sup>. Ayrıca kanunu ihlal eden kişiler cezalandırılmadığı takdirde, devletin kanun koymasına gerek kalmayacak ve aynı zamanda kişiler kanuna uygun da davranmayacaktır<sup>58</sup>. Bununla birlikte kefarete, yalnızca cezalan-

<sup>50</sup> **Centel**, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, 337-372 s. 337-338; **Altınok Villemin**, s. 154; **Karakaş Doğan**, s. 41-42.

<sup>51</sup> **Canton**, s. 60.

<sup>52</sup> **Fletcher**, s. 32; **Üzülmez**, s. 265.

<sup>53</sup> **Erem**, s. 156.

<sup>54</sup> **Öztürk/Erdem**, s. 453-454; **Yüce**, s. 5.

<sup>55</sup> **Hudson**, s. 53; **Özbek**, s. 90; **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 575.

<sup>56</sup> Mutlak teoriler, burada benimsediğimiz sınıflandırma yerine, ahlâkî kefarete ve hukukî kefarete şeklinde de ikiye ayrılmaktadır. Bu tasnifte adalet teorisi, ahlâkî kefarete; kefarete teorisi olarak adlandırdığımız ve esasen *Hegel* tarafından savunulan teori ise hukukî kefarete olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Erem**, s. 157. Bir diğer ayrıma göre de kefarete başta dinî anlama gelmekte iken *Kant* ile birlikte ahlâkî kefarete olarak kendini göstermiş; *Hegel* ile birlikte ise hukukî kefarete formuna bürünmüştür. Bkz. **Yarsuvat**, s. 82. Bunun yanı sıra kefareti dini, ahlâkî ve felsefî bir temele dayandıran görüş de mevcuttur. Bkz. **Taner**, s. 21. Bir diğer görüş ise kefareti, din ya da ahlâk kurallarının ihlali ile mantiki diyalektik ve estetik zaruret olmak üzere dörde ayırmaktadır. Bkz. **Önder**, s. 9-10.

<sup>57</sup> **Karakaş Doğan**, s. 42.

<sup>58</sup> **Erem**, s. 158.

dırma tehdidinde bulunulmasının etkili olması dolayısıyla kontrol sağlamanın bir aracı addedilmemektedir. Kefaret aynı zamanda kişilerin, cezanın infazı ile elde edilen caydırıcılığın toplum üzerindeki yansımaları sağlayacak bir araç olarak değerlendirilmesi dolayısıyla da kontrol sağlamanın bir aracı olarak görülmektedir<sup>59</sup>.

Ancak bu teoriler, benimsenmeleri durumunda tehlikeli sonuçlar doğurabilecek olmaları dolayısıyla haklı olarak eleştirilmiştir<sup>60</sup>. Zira her kusurlu davranışın mutlak surette cezalandırılması gerektiği kabul edildiği takdirde, çeşitli ahlâk kurallarına aykırılıkların da cezalandırılması gerektiği gibi bir sonuca varılacaktır. Bu da kişi özgürlüğünü gereksiz yere sınırlayacak olması bir yana, devletin görevi olmayan bir şeyi görev edinmesi anlamına da gelecektir<sup>61</sup>. Kaldı ki ahlâk anlayışı, toplumdaki topluma değiştiği gibi zaman içerisinde de farklı şekilde anlamlandırılabilir olup mutlak teoriler, günümüzdeki ahlâk anlayışı ile de örtüşmemektedir<sup>62</sup>. Bunun yanı sıra toplumun korunmasını ve failin yeniden topluma kazandırılmasını sağlayamaması dolayısıyla da mutlak teoriler eleştirilmiştir. Zira sırf adalet düşüncesi ile cezaya başvurulması, meşru bir amaç olarak kabul edilemeyecek ve bu bakımdan da ceza, meşruiyetini kaybedecektir<sup>63</sup>.

### C. Nispi Teoriler

*Protagoras*'tan bu yana savunulan bu teoriler, *Grotius*, *Montesquieu*, *Beccaria* ve *Feuerbach* tarafından geliştirilmiştir<sup>64</sup>. Esasen mutlak teorilerin zıddı olarak ortaya atılan ve genel itibarıyla genel ve özel önleme şeklinde bir ayrıma tâbi tutulan<sup>65</sup> nispi teorilere göre ceza, başka amaçlara ulaşmayı sağlayan bir araç niteliğini taşımakta olup faydalı olduğu takdirde başvuru-

<sup>59</sup> Byrd, s. 151, 184.

<sup>60</sup> Önder, s. 10.

<sup>61</sup> Demirbaş, Ceza Genel, s. 76; Üzülmöz, s. 266; Yüce, s. 6.

<sup>62</sup> Centel, s. 340.

<sup>63</sup> Öztürk/Erdem, s. 454.

<sup>64</sup> Cezaların geçmişe değil de geleceğe yönelik olması gerektiği hususunda öncülük eden kişi olarak bazı kaynaklarda *Grotius* gösterilse de esasında, ıslaha ilişkin fikirleri ve yapmış olduğu çeşitli benzetmeler dolayısıyla bu fikrin öncüsünün *Protagoras* olduğu belirtilmektedir. Honig, s. 418-419.

<sup>65</sup> Bununla birlikte, nispi teorilerin öncelikle genel ve özel önleme şeklinde ikiye ayrılıp ardından genel önlemenin pozitif ve negatif genel önleme şeklinde ikiye ayrılmakta olduğu da görülmektedir. Bir diğer tasnife göre ise caydırma üst başlık olarak ele alınmakta ve bu da ferdi caydırma, umumî caydırma, görelî caydırma ve kısmî caydırma şeklinde dörde ayrılmaktadır. Bkz. Maden, s. 10.

lacak bir yaptırım olarak tezahür etmektedir<sup>66</sup>. Bu hususu *Grotius*, “geçmiş bir vaziyetin tekrar iadesine imkân yoktur, belki ancak gelecektekinin önüne geçilebilir” demek suretiyle açıkça ortaya koymuştur<sup>67</sup>. Bu bakımdan ceza, gelecek için verilmekte ve cezalandırma vasıtasıyla ileride işlenecek olan suçlarla da mücadele edilmektedir. Ayrıca bu sayede, toplumun yanı sıra suçlunun kendisi de suçtan korunmaktadır<sup>68</sup>.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki bir zararın karşılığını zararlarla ödetmek şeklindeki anlayış, *Kant*’ın savunduğu görüşü eleştiren ve nispi teorileri benimseyen birtakım yazarlar tarafından, ikna edici olamamasından da öte, ilginç olarak nitelendirilmektedir. Zira bu şekildeki bir yaklaşım, *insanlara zarar vermenin yanlış olduğunu, insanlara zarar vermiş kişilere zarar vermek suretiyle öğretmek* anlamına gelmektedir<sup>69</sup>.

Önleme ya da caydırıcılık teorileri olarak da adlandırılan nispi teorilerin mutlak teorilere yönelttiği ve yukarıda ifade edilen eleştiriler bir kenara, nispi teoriler de birtakım eleştirilere maruz kalmaktadır. İlk olarak nispi teorilerin etkilerinin sınırlı olduğu ve abartılmasının oldukça kolay olduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Bunun yanı sıra, önleme yaklaşımının cezayı diğer yaptırımlardan ayırt edecek bir nitelik taşımadığı, zira diğer hukukî yaptırımlarda da önleme amacının mevcut olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca nispi teorilere; cezalandırmaya ilişkin tehdidin, suç işlemeye yönelmek konusunda kararlı olmayan kişiler bakımından etkisi olsa da suç işlemeye kesin karar vermiş ve suça büyük bir eğilimi bulunan kişileri suç işlemekten alıkoymayacağı şeklinde bir eleştiri de yöneltilmektedir<sup>71</sup>. Son olarak bu teorilere yöneltilen eleştiriler, devletin ceza verme gücünün sınırının belirlenmesinde yetersiz olduğu ve cezanın haklılık ve gereklilik nedenlerini açıklayamadığı noktalarında toplanmaktadır<sup>72</sup>.

## 1. Genel Önleme Teorisi

Genel önleme teorisi, kaynağı *Aristoteles* ve *Hobbes*’a kadar uzanan ve fakat bilimsel olarak “psikolojik zorlama” yahut “manevi cebir” şeklinde isimlendiren ve *Feuerbach* tarafından savunulan bir teori olarak kendisini

<sup>66</sup> **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 576. Bu bakımdan nispi teoriler faydacı teoriler olarak da anılmış olup bir diğer adlandırma da bağlantı teorileri şeklindedir. Bkz. **Önder**, s. 11.

<sup>67</sup> **Honig**, s. 419.

<sup>68</sup> **Karakaş Doğan**, s. 44.

<sup>69</sup> **Canton**, s. 63.

<sup>70</sup> **Cavadino/Dignan**, s. 38.

<sup>71</sup> **Erem**, s. 161.

<sup>72</sup> **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 577.



göstermektedir<sup>73</sup>. Genel önleme teorisi, hem hukuk bilinci oluşturarak hukuki güveni güçlendirmekte hem de bireyleri korkutmak suretiyle hukuka uygun davranışta bulunmaya yönlendirmektedir. Buradan hareketle genel önleme teorisinin, pozitif ve negatif olmak üzere ikiye ayrıldığı ileri sürülmüştür<sup>74</sup>.

Bu teoriye göre, cezaların kanunda var olması ve söz konusu suçların işlenmesi durumunda bu cezaların infaz edileceğinin bilinmesi, *potansiyel suçlu* olarak nitelendirilen ve henüz suç işlememiş ve fakat işleyebilecek olan kişileri korkutmakta ve suç işlemekten alıkoymaktadır<sup>75</sup>. Zira cezanın infaz edilmesi ile diğer insanlara da ibret verilmiş ve toplumsal ahlâk tazelenmiş olmaktadır<sup>76</sup>. Bunun gerçekleşmesi için ise cezaların infazının halka açık alanlarda gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü 19. yüzyıl ceza kanunlarını etkileyen *Feuerbach*'ın görüşüne göre, nasıl yapıldığı kimse tarafından bilinmeyen, örnek oluşturmayan ve cezalandırılma tehlikesini bilinçlerde güçlü bir biçimde yaratmayan azap çektirmenin herhangi bir anlamı olmayacaktır<sup>77</sup>. Benzer şekilde, *Bentham*'a göre de cezalandırmama sonucunda "*suç işleme yürekliliği*" gösterebilecek kişilerin suç işlemesinin yolu açık tutulmuş; cezalandırma sonucunda ise toplumun güvende olması sağlanmış olacaktır<sup>78</sup>. Öyleyse belirtmek gerekir ki toplumsal barışın sağlanması için suç işleyen kişilerin cezalandırılacakları inancının yerleştirilmesi ve bu sayede bireylere, suç işlenmesinin önlenmesine yönelik bir mesaj verilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>.

Genel önleme teorisinin benimsenmesi sayesinde, yukarıda açıklanan mutlak teorilerde görülen anlayışın aksine, hâlihazırda suç işlemiş kişiler bir yana, potansiyel suçluların da suç işlemekten alıkonulması mümkün olacaktır<sup>80</sup>. Önleme teorilerinin önemi, tam da bu noktada kendini göstermektedir<sup>81</sup>. Hatta bu önem daha da ileri götürülmekte ve genel önlemenin, "*cezanın tek haklı nedeni*" olduğu ileri sürülmektedir<sup>82</sup>.

<sup>73</sup> **Honig**, s. 422-423; **Önder**, s. 12; **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 576; **Koca/Üzülmez**, s. 562.

<sup>74</sup> **Fletcher**, s. 30; **Öztürk/Erdem**, s. 455-456.

<sup>75</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 595.

<sup>76</sup> **Erem**, s. 159.

<sup>77</sup> **Hudson**, s. 53.

<sup>78</sup> **Karakaş Doğan**, s. 45.

<sup>79</sup> **Demirbaş**, Ceza Genel, s. 580; **Yüce**, s. 17-18.

<sup>80</sup> **Bentham**, Ahlak ve Yasama İlkeleri, s. 148-149.

<sup>81</sup> **Canton**, s. 84.

<sup>82</sup> **Canton**, s. 101.

Ancak genel önleme teorilerine de çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Buna göre genel önleme teorisi, esas olarak ve yalnızca toplumu korumayı ve korkutmayı hedeflediğinden ceza verilen kişi bakımından insan onuru ile bağdaşmamaktadır. Bunun yanı sıra genel önleme teorisinin, cezaların süresini sınırlandırma noktasında bir ölçü getiremiyor olması, hem çok şiddetli cezalar verilmesi yoluna gidilmesi ile sonuçlanabilmekte hem de cezalandırmanın, devlet için bireyler üzerinde baskı kurmaya yönelik bir araç hâline getirilmesine neden olma riskini taşımaktadır<sup>83</sup>.

## 2. Özel Önleme Teorisi

Özel önleme teorisi ise yukarıda bahsedilen üç fonksiyona birden sahip kabul edilmektedir. Zira suç işleyen kişinin ıslahını da kapsayan bu teori benimsendiği takdirde dahi ıslahın bir ceza yerine geçemeyeceği aşikârdır. Bir diğer deyişle ıslah, suçluya verilecek cezanın bir alternatifi olarak değerlendirilmemelidir<sup>84</sup>. Cezanın verilmesindeki amaç, suçlunun ıslahını sağlamayı da kapsamalıdır<sup>85</sup>. Hatta bazı yazarlar tarafından cezanın amacını açıklayan esas şeyin ıslah olduğu belirtilmektedir<sup>86</sup>. Bunların temel sebebi de toplumun güvende olmasının, suç işleyen kişinin yarattığı riskin yönetilmesi gerekliliğini doğurmasıdır. Toplumun güvende olması da ancak suçlunun ıslahı ile mümkün olacaktır. Çünkü ıslah, toplumun sahip olduğu haklar ile suç işleyen kişinin hakları arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmayı sağlayabilecektir<sup>87</sup>.

Suç işleyen kişinin bu suçu işlemesinin nedeni irdelendiğinde, suçun nedenlerinin ne olduğuna ilişkin kriminolojik teorilere<sup>88</sup> değinmekte de

<sup>83</sup> Centel, s. 346-347.

<sup>84</sup> Canton, s. 123.

<sup>85</sup> Islah ifadesine bazı eserlerde *rehabilitasyon*, bazı eserlerde ise *iyileştirme* şeklinde yer verilmekte olup bu çalışmada, kullanım alanının yaygınlığı dolayısıyla ve daha kapsayıcı olduğu düşüncesiyle “ıslah” ifadesi tercih edilmiştir. Buna rağmen, kimi yazarlar tarafından ıslahın, “*rehabilitative sentencing*” şeklinde adlandırılmak suretiyle cezalandırmadaki temel amaçlardan biri hâline getirildiği de görülmektedir. Ayrıca ıslahın, kişinin şahsî özelliklerine göre yerine getirilmesi ile gerekli ve yeterli süre boyunca devam ettirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra ıslah, özgürlüğün kısıtlanması sonucunu da doğurabilecektir. Bkz. Ashworth, Andrew/von Hirsch, Andrew/Roberts, Julian: *Principled Sentencing*, Oregon, Hart Publishing, 2009, s. 6-8.

<sup>86</sup> Yarsuvat, s. 98. Keza yukarıda bahsi geçen *Toplumsal Savunma Akımı* tarafından ileri sürülen görüş de suç işleyen kişinin ıslahı suretiyle toplumun korunması gerekliliğini kabul etmektedir. Bkz. Tümerkan, s. 62.

<sup>87</sup> Işıқтаç, s. 627.

<sup>88</sup> Burada yer verilen sınıflandırma dışında etiketleme teorisi, altkültürel teori, kontrol teorisi, fırsat teorisi ve öğrenme teorisi olarak beş başlık altında toplanan yazarlar da

fayda vardır. Zira bu teoriler; biyolojik, psikolojik, sosyolojik ve sosyopsikolojik teoriler olmak üzere dört başlık altında toplanmakta olup<sup>89</sup> isimlerinden de anlaşıldığı üzere bu teoriler, genel olarak bireylerin kendilerine ya da toplumsal durumlarına ilişkindir. Bu bakımdan önem arz eden bir nokta da bu kişilerin suçlu olarak damgalanıyor olması gerçeğidir<sup>90</sup>. İşte özel önleme teorisi kapsamında suçlunun ıslahının gerçekleştirilmesi de söz konusu damgayı ortadan kaldırma amacına hizmet edecek ve bu sayede suçun önlenmesi için bir adım atılabilmiş olacaktır.

Islah ile caydırıcılığı birbirinden ayıran en önemli faktör; caydırıcılığın sağlanacağı, bir diğer deyişle önlemenin vuku bulacağı ve potansiyel suçlu olarak addedilen kişilerin rasyonel tercihlerine bağlı olarak suç işlediği varsayımında bulunulurken ıslah yaklaşımında, bu kişilerin, yardıma muhtaç kişiler olarak görülmesidir<sup>91</sup>. Bu şekildeki bir yaklaşımın benimsenmesi sayesinde kişiler, iradelerinden bağımsız bir biçimde iyileşmeye zorlanmış olmayacak, aksine davranışlarını daha doğru bir yönde geliştirmek üzere teşvik edilmiş olacaktır<sup>92</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu bakış açısına modern görüşlerde daha sık rastlanmaktadır. Geleneksel nitelikte olan görüşlerde ise suç işleyen kişide yeniden cezalandırılma korkusu yaratmak üzerinden sağlanan caydırıcılık ağır basmaktadır<sup>93</sup>.

Özel önleme teorisi bakımından ceza verilmesi suretiyle ilk olarak suç işleyen kişi korkutulmuş olacak ve böylece o kişinin bir daha suç işlememesi sağlanmış olacaktır<sup>94</sup>. Bu teori bakımından cezalandırmanın ikinci fonksiyonu, suç işleyen kişinin yeniden toplumsal hayata döndürülmesi olup bu husus, cezanın *yeniden sosyalleştirme etkisi (resocialization)*<sup>95</sup> olarak adlandırılmaktadır. Son olarak ise suç işleyen kişi, cezalandırıldığı süre boyunca toplumdan uzak tutulmuş olacaktır. Bu sayede toplum, bu kişinin işlemesi

---

mevcuttur. Bkz. **Braithwaite**, John: *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989, s. 16.

<sup>89</sup> Söz konusu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sokullu-Akıncı**, R. Fusun: *Kriminoloji*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2018, s. 163-215.

<sup>90</sup> **Sokullu-Akıncı**, s. 165.

<sup>91</sup> **Ashworth**, Andrew: *Sentencing and Criminal Justice*, 6. Baskı, Cambridge University Press, 2007, s. 82.

<sup>92</sup> **Cavadino/Dignan**, s. 43.

<sup>93</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 596.

<sup>94</sup> **Fletcher**, s. 30.

<sup>95</sup> Belirtmek gerekir ki yeniden sosyalleştirme etkisi; topluma kazandırma, zararın azaltılması, normalleşme ve insanı koruma gibi kavramları da kapsayacak şekilde tercih edilen iyileştirme kavramı ile eş anlamlı olarak da kullanılabilir. Bkz **Bilgiç**, s. 115.

muhtemel diğer suçlardan da geçici olarak dahi olsa korunacaktır<sup>96</sup>. Eğer bir suçlunun topluma yeniden kazandırılmayacağı değerlendirilmesinde bulunuluyorsa da artık bu kişinin zararsız hâle getirilmesi, bir diğer deyişle kişiye ölüm cezası verilmesi mümkün hâle gelecektir<sup>97</sup>.

Özel önleme teorisine de yöneltilen birtakım eleştiriler bulunmaktadır. Bilhassa yeniden sosyalleştirme etkisi dolayısıyla bu teorinin esasında kendi kendini reddettiği belirtilmektedir. Zira böyle bir durumda kişilere ceza verilmesi yerine güvenlik tedbirlerine başvurulması bir zorunluluk arz edecek olup bu teori, bu durumda ne şekilde hareket edilmesi gerektiğini açıklayamamaktadır<sup>98</sup>. Ayrıca bu teorinin, yeniden suç işleme tehlikesi taşımayan faillerin niçin cezalandırıldığını da açıklayamadığı belirtilmektedir. Zira böyle bir durumda cezaevi, yeniden suç işleme ihtimali olmayan kişiler bakımından adeta bir *suç okulu* hâline gelmektedir<sup>99</sup>.

#### D. Karma Teori

Mutlak ve nispi teorilere yöneltilen eleştirilerin haklı ve ikna edici olarak değerlendirilmesine rağmen bu teorilerde ileri sürülen görüşlerin aynı zamanda ve bir o kadar yerinde de bulunması dolayısıyla bu noktada ilk olarak karma teorinin neden ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir. Kaldı ki söz konusu teorileri birleştirme fikrinin gündeme gelmesi de bu düşünceden hareketle gerçekleşmiştir. Zira mutlak teoriler benimsendiğinde, katı ve amaçsız cezalar verilmesi; nispi teoriler benimsendiğinde ise orantısız ceza verilmesi ya da henüz işlenmemiş suçların da cezalandırılması tehlikesi doğabilecektir<sup>100</sup>.

Karma teorinin ortaya çıkmasının bir diğer nedeni de cezalandırma ile kimi zaman fayda sağlayacak amaçların yerine getirilemeyecek oluşudur. Zira bazı hâllerde cezadan beklenen faydadan ziyade, cezanın ödetici ve acı çektirici amacına başvurmak ön planda tutulabilmektedir<sup>101</sup>. Bu nedenle de söz konusu teoriler birbirleriyle bağdaştırılarak her birinin eleştirisiye matuf yönleri adeta törpülenmek suretiyle oluşturulan karma teori ileri sürülmüştür.

<sup>96</sup> Fletcher, s. 30.

<sup>97</sup> Honig, s. 414; Dönmezer/Erman, s. 597; Demirbaş, Ceza Hukuku, s. 581; Karakaş Doğan, s. 46; Dilberoğlu, A. Vedat: "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, 1517-1544, s. 1525-1526.

<sup>98</sup> Centel, s. 341.

<sup>99</sup> Fletcher, s. 31; Öztürk/Erdem, s. 455.

<sup>100</sup> Hudson, s. 56.

<sup>101</sup> Dönmezer/Erman, s. 594.

Belirtmek gerekir ki karma teori uyarınca da cezanın esasını temel olarak kefarete oluşturmaktadır. Fakat bu, tek başına yeterli olmayıp cezanın aynı zamanda genel ve özel önlemeyi de sağlaması, bir diğer deyişle hem toplumu koruması hem de suç işleyen kişileri adalete uygun olacak ölçüde suç işlemekten caydırması gerekmektedir<sup>102</sup>. Zira cezanın sadece kefarettten ibaret görülmesi, genel ve özel anlamda yetersiz olabilecektir<sup>103</sup>. Ceza hem geçmişe hem de geleceğe yönelik olmalı, toplumu suçtan korumayı ve suç işleyen kişileri ıslah etmeyi aynı anda amaçlamalıdır. Bu şekilde karma teoriyi savunanlar, mutlak teoriler ile önleme teorilerini bağdaştırmaktadır<sup>104</sup>. Buna göre, mutlak teoriler, adalet ilkesi lehine kişilerin hürriyetini kısıtlamakta; nispi teoriler ise fayda lehine kişilerin hak ve özgürlüklerini geri planda tutmaktadır<sup>105</sup>.

Karma teori uyarınca cezanın kefarete amacı önemli olmakla birlikte, cezanın mümkün olduğunca insanileştirilmesi gerekmektedir. Buradan anlaşılacak husus, işlenen suçun ağırlığıyla verilen cezanın şiddeti arasında bir orantı olması, bir diğer deyişle kusur ve meydana gelen zarar ile orantılı bir ceza verilmesidir<sup>106</sup>. Zira cezaların suça oranla çok ağır olması, iktidarın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak; buna karşılık çok hafif olması da toplumsal düzenin bozulması riskini beraberinde getirecektir<sup>107</sup>. Bunun yanı sıra, ağır cezalara mahkûm edilmiş kişilerin ıslaha ılımlı yaklaşımları ihtimali zayıflayacak ve orantısız biçimde ceza verildiğinde cezaların caydırıcılık etkisi azalacaktır<sup>108</sup>. Ayrıca kusur ile sınırlı olmak suretiyle verilecek cezanın, genel ve özel önlemeyi sağlaması amacıyla dahi olsa sınırlarının genişletilmemesi de bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>109</sup>.

Karma teori, oluşturulması aşamasında uygulanan yöntemlere göre ikiye ayrılmaktadır. Teorinin dış görünüşüne göre karma olduğunu ifade edenler, kefarete amacına öncelik vermekte iken; yararlı karma görüşü olarak adlandırılan

<sup>102</sup> **Taner**, s. 32-33; **Yüce**, s. 12.

<sup>103</sup> **Işıқтаç**, s. 628.

<sup>104</sup> **Bilgiç**, s. 29; **Koca/Üzülmez**, s. 562.

<sup>105</sup> **Erem**, s. 165.

<sup>106</sup> **Hofer**, Paul J./**Loeffler**, Charles/**Blackwell**, Kevin/**Valentino**, Patricia: Fifteen Years of Guidelines Sentencing: An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System is Achieving the Goals of Sentencing Reform, Kasım 2004, s. 11; **Önder**, s. 17-18; **Taner**, s. 32-33.

<sup>107</sup> **Işıқтаç**, s. 628.

<sup>108</sup> **Hudson**, s. 56; **Yüce**, s. 18-19.

<sup>109</sup> **Karakaş Doğan**, s. 51.

görüşe göre ise cezadan sağlanacak yarar ön planda tutulmalıdır<sup>110</sup>. Benzer yöndeki bir görüşte de “*toplumsal fayda ile sınırlı adalet*” anlayışı karşısında, “*adaletle sınırlı toplumsal fayda*” yaklaşımına rastlanmaktadır<sup>111</sup>. Buna karşılık bir diğer görüş, cezanın her bir amacına eşit oranda önem atfetmekte ve cezanın amacının kanunda belirtilmediği durumlarda önceliğin ihtiyaca göre belirleneceğini savunmaktadır<sup>112</sup>.

Bir başka sınıflandırma uyarınca ise karma teori; eşitlikçi, önleyici ve ödetici olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Eşitlikçi karma teori, farklı teorilerin eşit düzeyde geçerli olduğunu ifade etmekte iken önleyici karma teori, önleme yaklaşımını; ödetici karma teori ise ödetme anlayışını ön planda tutmaktadır<sup>113</sup>.

Nihayetinde belirtmek gerekir ki cezanın amacının, genel bir bakış açısıyla yararlı karma görüşten hareket ederek açıklanması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir. Zira suç oranlarının azaltılması; cezanın amacına ilişkin yukarıda açıklanan görüşlerin, neyin “*makul ceza*” olduğunun ve olmadığının uygun bir şekilde belirtilerek sınırlandırılması vasıtasıyla mümkün olacaktır<sup>114</sup>. Bir başka deyişle karma görüş, mutlak ve nispi teorilerin sakıncalı yönlerini gidermek bakımından cezanın, adaleti yerine getirmesi ve toplumu korumak adına verilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>115</sup>.

Karma teori benimsendiğinde, cezaların yumuşatılması ve takdiri hafifletici nedenlerin genişletilmesinin yanı sıra, modern ceza hukukunun bir gereği olarak failin kusuruna değer atfedilmesi ve cezanın belirlenmesinde derecelendirmeye gidilmesi de sağlanmış olmaktadır. Ancak kusurluluğun esasını manevi sorumluluğa dayandıran, kişinin yalnızca özgür iradeye ve ayırt etme gücüne sahip olması durumunda cezalandırılabilceğini savunan karma teori, *iradenin özgür olduğu varsayımından öteye geçememiş* olmasından bahisle eleştirilmiştir<sup>116</sup>. Ayrıca cezanın miktarı ile süresinin de suçun ağırlığına göre belirlenmesi dolayısıyla suç işleme oranı ile tekerrür oranının arttığı iddia edilmiştir<sup>117</sup>.

<sup>110</sup> Önder, s. 14.

<sup>111</sup> Taner, s. 32.

<sup>112</sup> Aktaş, s. 22; Karakaş Doğan, s. 50.

<sup>113</sup> Öztürk/Erdem, s. 457. Bununla birlikte, bu eserde, esasen karma teori kavramı yerine birleştirici teori kavramı kullanılmaktadır. Hakeza Yüce de birleştirici teori ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Yüce, s. 10.

<sup>114</sup> Hudson, s. 60.

<sup>115</sup> Üzülmez, s. 269; Demirbaş, s. 76.

<sup>116</sup> Üzülmez, s. 271; Artuk/Gökçen, s. 35.

<sup>117</sup> Artuk/Gökçen, s. 36; Karakaş Doğan, s. 51.

Sonuç olarak ifade etmemiz gerekir ki cezanın fonksiyonları ve cezalandırma ile güdülen amaç, kriminologlar tarafından da günümüze kadar ölçme, suç işlenmesinin önlenmesi, toplumun korunması ve ıslah gibi değişik şekillerde belirtilmiş olmakla birlikte; günümüzdeki eğilimle birlikte artık suç işleyen kişiyi toplumdan uzaklaştırmaktan ziyade, *ıslah* ve *mahkûmu topluma yeniden kazandırma* üzerinde durulduğu görülmektedir<sup>118</sup>. Ayrıca yukarıda değindiğimiz teoriler içerisinde modern ceza hukuku bakımından geçerliliğini koruyan ve birçok ülkenin hukuk sisteminde benimsenen teori de karma teoridir<sup>119</sup>.

### III. DEVLET VE ÜTOPYA

#### A. Devlet Kavramı

İlk olarak belirtmek gerekir ki *Robert Nozick*'in “Anarşi, Devlet ve Ütopya” isimli eserine başlarken yöneltmiş olduğu “*Eğer devlet olmasaydı, onu icat etmeye gerek duyulur muydu? İhtiyaç mı duyulurdu yoksa icat etmek zorunda mı kalıncırdı?*” şeklindeki sorular, esasen bu çalışmada ele alınan konunun önemini vurgulamaktadır<sup>120</sup>.

Arapça'dan dilimize geçen ve *egemenlik* yahut *iktidar* anlamlarına gelen devlet kelimesi yerine Latince “*status*” kelimesi birçok dilde kullanılmıştır. Kaldı ki *Machiavelli* de Prens adlı eserinde bu kavramı, *insanlar üzerinde emretme yetkisine sahip olmuş veya hâlihazırda sahip olan bütün hâkimiyetler* olarak tanımlamış ve bunun ya cumhuriyet ya da krallık şeklinde ortaya çıkacağını ifade etmiştir<sup>121</sup>.

Devleti bir toplum sözleşmesi olarak gören *Rousseau*, *Locke*, *Grotius*, *Spinoza* gibi filozofların düşünceleri ve tanımları bir kenara, devlet tanımları

<sup>118</sup> **Hudson**, s. 26; **Kıdıl**, Fahrettin: “Cezalandırmanın Amacı ve “Umut Hakkı” Bağlamında Koşullu Sahıverilme Yasakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 138, 2018, 39-78, s. 53.

<sup>119</sup> Buna karşılık, karma teorisinin esasında vadettiği şekilde mutlak teoriler ile nispi teorileri ortak biçimde bünyesinde eritmeyi başaran bir teori olmadığı ifade edilmektedir. Bu şekilde tüm teorileri bir araya getirip bağdaştıracak şekilde “*bütüncül teori*” ileri sürülmektedir. Bkz. **Maden**, s. 58. Bir diğer görüş uyarınca da günümüzde kabul edilen teori, kefaret amacı ile genel ve özel önleme amaçlarını kapsamakta olup bu teori “*uzlaştırıcı teori*” olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, s. 73.

<sup>120</sup> **Nozick**, Robert: Anarşi, Devlet ve Ütopya, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Nisan 2015, s. 31.

<sup>121</sup> **Şan**, Zuhâl: “Ütopyalarda Devlet Tasarımı: Platon, More, Campanella”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2010, s. 8-9.

içerisinde en benimsenmiş olan *Jellinek*'in sunmuş olduğu “egemenlik gücüyle aslen donatılmış, belli bir toprak parçası üzerinde yerleşik bir millet birliği” şeklindeki tanımdır. *Jellinek*'in üç unsur teorisine göre devlet; insan, toprak ve egemenlik unsurlarını bir arada bulunduran bir teşkilattır<sup>122</sup>.

Doğal hukuk bakış açısıyla ise devlet, *Platon*, *Cicero* ve *Aristoteles*'in benzer bir biçimde ifade ettiği üzere, *insanların ortak çıkarları/yararları doğrultusunda bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları topluluk* anlamına gelmektedir<sup>123</sup>.

Oysa *Kant*, bu düşünürlerden ayrılmakta ve devleti, *hukuku yapan ve koruyan* olarak tanımlamaktadır. *Kant*'ın ideal devlet şekli olarak ileri sürdüğü şekil cumhuriyet olmakla birlikte, ödev ettiği anlayışı dahi hukuk ve devlet kavramlarına ışık tutmaktadır. Zira *Kant*'a göre bir eylemin etik değeri, doğal hukuk etiğinde ifade edildiği üzere, objektif doğal düzende aklın *keşfettiği* yahut toplum sözleşmesi etiğinde belirtildiği üzere aklın *icat ettiği* ilkelerden değil; aklın kendi özerk alanı içerisinde zorunlu olarak ulaştığı *a priori* (deney öncesi) ilkelerden teşekkül etmektedir<sup>124</sup>.

## B. Ütopya Kavramı

“*Utopia* dediler başlangıçta adıma,  
ıssız olmamdan dolayı  
Şimdiyse Platoncu devletin rakibiyim işte,  
Ondan daha üstün belki de  
(çünkü onun sözcüklerle  
Anlattığını ben gerçekleştirdim sadece,  
Devlet adamlarıyla, iktidarla ve en iyi yasalarla),  
Haklı olarak olmalı adım şimdi *Eutopia*”<sup>125</sup>.

Geçmişten günümüze kadar birçok filozofun ve diğer alanlarda düşünceleriyle hem öncü olmuş hem de çeşitli düşünceleri sınıflandırıp derli toplu biçimde ortaya koymuş düşünürlerin cevaplamaya çalıştığı temel bir soru,

<sup>122</sup> **Gözler**, Kemal: *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s. 4.

<sup>123</sup> **Şan**, s. 10.

<sup>124</sup> **Şan**, s. 11-12.

<sup>125</sup> Ütopya'da, Yunanca “boş konuşan kişi” anlamına geldiği ifade edilen *Anemos* adındaki hayali bir şaire ait olduğu söylenen bu şiirin gerçek yazarı bilinmemektedir. Ancak şiirin Thomas More'a ait olması ihtimalinin yüksek olduğu düşünülmektedir. Bkz. **Dumlu**, Hediye: “Thomas More'un Ütopya'sında Adalet Kavrayışı”, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 2.



devletin neden ve nasıl ortaya çıktığı sorusudur. Hatta bundan evvel, yukarıda da belirtildiği üzere, devletin gerekli olup olmadığı dahi sorgulanmıştır. Bu noktada da ütopyaların ortaya atılması söz konusu olmuştur. Zira düşüncüler, devletin ortaya çıkışını meşru bir zemine oturtma ihtiyacının kısmen dahi olsa giderilmesi ile birlikte, artık ideal olan devleti aramaya koyulmuşlardır. Yalnız bununla da kalmamış, idealin belki de tam olarak zıddı diye nitelendirebileceğimiz ve gerçekleşmesinden korku duyulan devlet tasarımlarını, bir diğer deyişle *distopyaları* da ortaya koymuşlardır.

Çalışmamız kapsamında ele almayı amaçladığımız ütopyalara ilişkin değerlendirmeye geçmeden evvel, ütopya kavramına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. İlk olarak belirtmemiz gerekir ki “ütopya” denildiğinde esasen iyi anlamda ütopya kavramı akla gelmekte ise de bu kavram, bir üst kavram olarak addedilmelidir. Zira yukarıda yer verilen şiirden de anlaşıldığı üzere, Türkçe’de her ikisi de ütopya olarak anılmakta olmasına rağmen, Latince’deki *outopia/eutopia* kavramı, hem “olmayan yer” kavramını ifade etmek suretiyle iyi anlamda ütopyayı hem de *distopya* olarak adlandırdığımız korku duyulan ütopyayı kapsamaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz hususu destekler biçimde *Kumar*, ütopyanın hem hiçbir yerde olmayan yer (*outopia*) hem de iyi olan yer (*eutopia*) anlamına geldiğini ve bu şekilde, mümkün olmayan ve fakat insanın orada bulunmak için heves ettiği bir dünya olduğunu ifade etmektedir<sup>126</sup>. Bununla birlikte, ütopyaların tamamen kurgusal olduğunu ifade etmemiz de mümkün değildir. Zira her ne kadar bir kurgu şeklinde oluşturulmuş dahi olsa ütopyalar, açık bir biçimde teoride kalmamaktadır<sup>127</sup>. Burada ifade edilmek istenen, gerçekleşmesinden korku duyulan bu kurgunun, aslında gerçek hayatta da karşılaşılabilen birtakım hususları bünyesinde barındırıyor olmasıdır.

Öyleyse ütopya kavramının olumlu anlamıyla ideal toplum ve devlet tasarımları; olumsuz anlamıyla bir diğer deyişle distopya kavramıyla ise korku duyulan bir devlet tasarımı, totaliter ve baskıcı toplumlar ifade edilmektedir. Distopyalar; iyilik, doğruluk, güzellik, adalet ve mutluluk taşıyan ütopyaların aksine, karamsar olmaktan da öte, gerçekçi bir tedirginlik ile dünyaya yaklaşmaktadır. Ayrıca bu evren içerisinde insanı mutlu edecek şeylerin, her geçen gün daha da azaldığı ya da azalacağı konusunda bir öngöründe bulunmaktadır<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> **Kumar**, Krishan: Ütopyacılık, (Çev.: Ali Somel), İmge Kitabevi, 2005, s. 9.

<sup>127</sup> **Young**, Peter: “The Importance of Utopias in Criminological Thinking”, *The British Journal of Criminology*, Cilt: 32, Sayı: 4, 1992, 423-437, s. 428.

<sup>128</sup> <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ütopya> (Erişim Tarihi: 29 Ekim 2019).

## IV. ÜTOPYALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. George Orwell: Bin Dokuz Yüz Seksen Dört

Öncelikle belirtmek gerekir ki *Orwell*, yarattığı bu dünyadaki iktidarı, “acı çektirmek ve küçük düşürmek, insanın kafasını parçalamak ve istenen biçimde bir araya getirmek” olarak betimlemiştir. Söz konusu dünya, “yaşamının amacını zevk kabul eden aptal ütopyacıların tam tersi bir yer... Korununun, acının, işkencenin dünyası. Kendini geliştirdikçe daha da acımasızlaşan” bir yer olarak tasvir edilmiştir<sup>129</sup>.

*Orwell*'in bu eserinde iktidar kavramını temsil eden *Parti*, insanı asla yalnız bırakmaz ve her an onunladır. Bütün parti üyelerinin evlerinde ve iş yerlerinde onları gözetleyen bir tele ekran mevcuttur. Her an gözetlendiğini ve en ufak bir yanlışta dahi uyarılıp cezalandırılacağını bilen bir ruh hâli içerisinde bulundurulmuş bir kitle söz konusudur. En ufak bir tedirginlik bile “düşünce suçlusu” olmak için yeterlidir. İnsanlar asla partinin ve onun başındaki hayalî karakter olan *Büyük Birader*'in gözünden kaçamaz. Yaşamak demek, yalnızca partinin buyruklarına uymak ve onun ilkelerini benimsemek anlamına gelmektedir. Partinin, ülkenin her yerinde yazılı olan en temel ilkesi şu şekildedir: “Savaş barıştır, özgürlük köleliktir, bilgisizlik kuvvettir”<sup>130</sup>.

Parti üyesi herkes, partinin belirlediği ilkeleri benimsemek zorundadır. Parti asla onların düşünmesine izin vermez. Hiç kimse söylenenler dışında bir şey yapma hakkına sahip değildir. Kendilerine verilenle yetinmeleri gerektiğini benimsetmek, bu iktidarın temel ilkelerinden birisidir. İktidar, insanı; düşünceden eyleme, geçmişten geleceğe, doğumdan ölüme kadar kontrol altında tutmayı amaçlamaktadır. Nitekim bu amacını yerine de getirmektedir. Kitapta birkaç defa belirtildiği üzere, böyle bir anlayışın hâkimiyeti altında iken insan olarak kalmak oldukça zordur. Zira bu durum, dayatmadan çok daha öte, adeta ele geçirme anlamına gelmektedir. Söz konusu olan öyle bir egemenliktir ki insanların zihinlerinin içine kadar hâkim olmuştur ve onlara düşünmeleri gerekeni bile kendisi söylemektedir.

*Orwell*'e göre televizyonun yapımı ve hem alıcı hem de verici olarak kullanılmasını sağlayan teknik gelişmeler, özel hayata son vermiş ve gözetlenmesi gereken herkesin aralıksız bir biçimde denetlenmesini ve aynı zamanda sürekli bir resmî propaganda altında tutulabilmesini mümkün

<sup>129</sup> **Orwell**, George: Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Can Yayınları, Mart 2008, s. 233.

<sup>130</sup> **Orwell**, s. 11.

kılmıştır. Bu sayede herkesin devletin isteklerine boyun eğmesi ve her konuda düşünsel birliğin oluşması da temin edilmiştir.

Kişilerin düşünmelerinin dahi imkânsız hâle gelişini, eserde geçen şu cümleler çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır: “*Bir tele ekran görüş alanı içinde ya da genel bir yerde, düşüncelerini serbest akışına bırakmak hiç doğru değildi. En ufak bir şey; sinirsel bir tik, kederli bir görüntü, kendi kendine bir şeyler mırıldanma huyu, olağan dışılık ya da bazı şeylerin gizlendiği kanısını uyandırabilecek her şey sizi ele vermeye yetebilirdi. Yüzünüze uygunsuz bir anlatım vermek ceza gerektirecek bir suç sayılırdı*”<sup>131</sup>.

Kitap boyunca mütemediyen tekrar edildiği üzere, bir gün yakalanmak ve işlenen düşünce suçunun bedelini ödemek kaçınılmaz sondur<sup>132</sup>. Hatta şu cümle, ceza hukukunun temel ilkelerine ve güvencelerine aykırılığın boyutunun ne denli büyük olduğunu açıkça ortaya koymaktadır: “*Düşünce suçu ölüm tehlikesi yaratmaz, düşünce suçunun kendisi ölümdür*”<sup>133</sup>.

1984’te kanunların durumuna bakıldığı zaman, örneğin alelade bir dükkâna girmek ya da günlük tutmak gibi eylemler bile fark edilmesi durumunda yirmi beş yıl hapis ya da zorunlu çalışma kampına gönderilme cezasına ve hatta ölüm cezasına neden olabilecektir. Oysa bunlar, kanuna aykırı değildir. Zira artık kanun diye bir şey bulunmamaktadır. Öyleyse kanuna aykırılık da söz konusu olmayacaktır<sup>134</sup>. Bu husus, şu şekilde ifade edilmiştir: “*Okyanusya’da yasa yoktur. Saptandıkları zaman ölüme neden olabilecek düşünce ve davranışlar resmen yasaklanmamıştır. Sonu gelmeyen temizlikler, tutuklamalar, işkenceler, idamlar, işlenmiş suçları cezalandırmak için değil, gelecekte bir gün suç işleyebilecek kişileri ortadan kaldırmak içindir*”<sup>135</sup>.

Yukarıdaki ifadeden yola çıkarak, bir an için önleme amacının da yansımaları varmış gibi görünüyor dahi olsa, genel olarak 1984 distopyası içerisinde gerçek manada genel yahut özel önleme amacından bahsedebilmek mümkün değildir. Önleme gibi bir amacın güdülmediğini şuradan hareketle tespit etmek mümkündür: “*Sürekli hafif bir acı içerisinde olmasına özen gösteriyorlardı ama istedikleri derin bir acı değildi. Yüzünü tokatlıyor,*

<sup>131</sup> Orwell, s. 60.

<sup>132</sup> Bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Suç oluşturabilecek tek bir sözcük yazmamış olsa da yine de tüm suçları içine alan bir suç işlemek mümkündür: düşünce suçu. Bir süre saklanmak mümkün olsa dahi önünde sonunda yakalanacaksınızdır. Bunu engelleyemezsiniz.*” Bkz. Orwell, s. 94.

<sup>133</sup> Orwell, s. 32.

<sup>134</sup> Orwell, s. 13.

<sup>135</sup> Orwell, s. 185.

*kulaklarını büküyor, saçını çekiyor, onu tek ayak üzerinde durdurtuyor, tuvalete gitmesine izin vermiyor, gözleri kan içinde kalıncaya dek gözüne beyaz ışık tutuyorlardı. Bunlardaki amaç, onu aşağılamak, tartışma ve neden bulma konusundaki direncini ve yeteneğini kırmaktı. Gerçek silahları saatlerce süren sorgulamalardı*"<sup>136</sup>. Zira partinin cezalandırmayla güttüğü ve burada belirtilmiş olan amaç, açıkça anlaşılmaktadır ki somut olaydaki faili ya da toplumdaki diğer bireyleri suç işlemekten alıkoymak değildir. Tüm bunlar bir arada değerlendirildiğinde, kişilere acı çektirmek üzerine kurgulanmış bu cezalandırma sisteminde cezalandırmanın amacına ilişkin hangi teorinin benimsendiği sorusuna, bunun ancak mutlak teori olabileceği şeklinde cevap verilmesi mümkündür.

Yukarıda değinilen hususlar bir kenara, bu iktidarın ülkesinde herhangi bir şekilde insan ilişkisi ya da insanlar arasında sevgi, saygı ve güven gibi duygulara da yer yoktur. İktidarın bu şekilde birbirine güvenmeyen insanlar yaratması, kendi çıkarlarına hizmet etme amacını taşımaktadır. Zira burada duyulması gereken tek bir sevgi, saygı ve güven vardır; o da **Büyük Birader**'e yönelik olmak durumundadır.

Burada son olarak belirtmemiz gereken husus, 1984'te özel mülkiyetin kaldırılması gerektiğinin ifade edilmiş olmasıdır. Ancak buradaki amaç, servet ve ayrıcalığı Ütopya'da olduğu gibi ortadan kaldırmak değil, aksine onu ortak mülkiyet konusu hâline getirir gibi görünerek en kolay biçimde savunmak ve belli bir kesime özgülemektir.

Sonuç olarak, bu bölümde anlatılanları yukarıda açıklanan görüşler doğrultusunda değerlendirdiğimizde, tipik bir distopya örneği olan 1984'te yer alan mutlak teorilere ilişkin birçok ayrıntı dolayısıyla, distopyalardaki cezalandırmanın amacına ilişkin anlayışın, mutlak teorilerle açıklanabileceğini söylememiz mümkündür.

## B. Thomas More: Ütopya

Ütopya'nın birinci kitabında yer alan güncel politikalara ilişkin tartışmalarda İngiltere'deki ceza sisteminin eleştirildiği görülmektedir. Hırsızlık yapan fakir bir kişinin, bu suçu nedeniyle ölüm cezasına mahkûm edilmesini adil olmadığı gerekçesiyle eleştiren ve kendisi de bir hukukçu olan *More*, söz konusu adaletsizliklerin ve haksız uygulamaların kanunların gölgesine sığınarak gerçekleştirildiğini ifade etmektedir<sup>137</sup>. Cinayet ve hırsızlık gibi

<sup>136</sup> **Orwell**, s. 212.

<sup>137</sup> **More**, Thomas: Ütopya (Çev.: Necmiye Uçansoy), İstanbul, Bordo Siyah Yayınları, 2007, s. 31.

aynı ağırlıkta olmayan iki ayrı suç için de ölüm cezasının öngörülmüş olması ile hem haksızlık yapıldığını hem de caydırıcı olmaktan uzaklaştığını belirtmektedir<sup>138</sup>. Buradan hareketle de *More*, toplumsal savunma akımına mensup kabul edilmekte ve ölüm cezası yerine hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanması gerektiğini ifade etmesi bakımından da hümanizm akımı etkisi altında olduğu ileri sürülmektedir<sup>139</sup>.

*More*'a göre uygulanan cezaların, halkın yararını adaletle uzlaştırması gerekmektedir. Bir diğer deyişle cezalar, hem kendi içinde adil olmalı hem de toplum için faydalı olmalıdır<sup>140</sup>. Bununla birlikte, zengin azınlığın çıkarlarını korumaya hizmet eden hukuk ve insanlar arasındaki eşitsizliği haklı gösteren kanunlar, adaletsizliği meşrulaştırmanın bir amacı hâline gelmekte ve "ortak iyi" anlayışının bireysel çıkarlar tarafından yıpratılmasına neden olmaktadır. Buna sebep olan en büyük şey de *özel mülkiyet* olarak ifade edilmiştir<sup>141</sup>. Bu nedenle birinci kitapta özel mülkiyetin ortadan kaldırılması gerektiği, aksi takdirde *zenginliğin eşit ve adil bir dağılımının mümkün olmaması* bir yana, *milletin iyi bir biçimde yönetilmesinin* de söz konusu olamayacağı belirtilmektedir<sup>142</sup>. İkinci kitapta da ortak mülkiyete geçilmesi gerektiğini ifade etmek suretiyle bu şekilde oluşturulmuş bir toplum tasarımını ortaya koymaktadır. Özel mülkiyetin olmadığı en büyük göstergesi, Ütopya'da hiçbir kapının kilitlememesidir. Böylece herkesin her yere girmesini mümkün kılmak suretiyle hiçbir şeyin hiç kimseye ait olmaması sağlanmaktadır<sup>143</sup>.

Ütopyalıların erdemleri, "*çılgınlıklara yer vermeyen bir devlet düzeni içinde gördükleri eğitimden*" kaynaklanmaktadır. Ütopya'da öğretmenler, çocuklara yalnız bilgi vermekle kalmamakta, onlara, *her şeyden önce doğru dürüst düşünmesini* öğretmektedirler. Oysa yukarıda ele alındığı üzere, 1984'te bunun tam tersi bir durum söz konusudur. Zira düşünme şeklindeki eylem dahi bizatihi suç teşkil etmektedir.

<sup>138</sup> **Stillman**, Peter Gordon: "Justice, Crime, and Punishment in More's Utopia" Pablo Guerra (Ed.) *Utopía: 500 años*, Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 2016, 367-379, s. 369; **More**, Ütopya, s. 31, 42.

<sup>139</sup> **Yarsuvat**, s. 92.

<sup>140</sup> **More**, Ütopya, s. 31.

<sup>141</sup> **More**, Ütopya, s. 67; **Dumlu**, s. 94-95.

<sup>142</sup> **More**, Ütopya, s. 68.

<sup>143</sup> Bu husus Ütopya'nın İngilizce baskısında şu şekilde ifade edilmektedir: "*give admission to anyone, so that nothing at all is private*". Bkz. **More**, Thomas: *Utopia*, Broadview Press, Peterborough, 2010, s. 62.

Ütopyalılar, iyi ahlâkın ancak doğru düşünceden doğabileceğini bildikleri için tek amaçları, yalnız yöneticiler ile bilimle uğraşanların değil, tüm yurttaşların gerçek anlamda aydın olmasıdır. Ütopyalılar, sırf bu amaç uğruna gereksiz üretim yapmaktan kaçınıp çalışma saatlerini ellerinden geldiği kadar kısa tutmaktadırlar. Çünkü onların değer yargılarına göre, “*gerçek mutluluk, bilim ve sanatla zenginleşen insan düşüncesinin özgürce gelişmesi*”nden başka bir şey değildir ve yönetim biçimlerinin daha iyi olmasının da halkının daha mutlu olmasının da esas nedeni, yeniliklere ve bilgiye zihinlerini daima açık tutmalarıdır<sup>144</sup>.

Dikkat çeken bir diğer husus, *More*'un, kitabın geneli boyunca kendi çağının yönetimini eleştirmekte oluşu ve bu yönetimdeki eksikliklerin nasıl düzeltilebileceğini gösterme çabasıdır. Ayrıca devletin bir kurum olduğunu ve bu kurum içinde alınan kararların kişisel olmadığını da senato kavramıyla vurgulamaya çalışmaktadır. Zira bu senatonun bir araya geldiği toplantılar dışında karar alınması yasaklanmıştır<sup>145</sup>. Ayrıca bu toplantılarda da bir konu gündeme getirileceği zaman o konunun derhal konuşulması değil, bir sonraki toplantıya bırakılması şeklindeki prensip kabul edilmiştir. Böylece ivedilikle verilecek bir karar dolayısıyla düşünülmeden karar verilmesinin ve ardından kararından dönmek adına, haksız yere de olsa, söz konusu kararda diretilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır<sup>146</sup>. Bu noktada, 1984 ile ortak bir yön söz konusuymuş gibi görünse de 1984'teki kararların kolektif biçimde alınması ve bireysel karar verilmeyişinin esasen göstermelik oluşu ile belirli bir azınlık kitlenin çıkarlarına hizmet etmesi, Ütopya'daki durum ile farklılık arz etmektedir.

Ütopya'da herkesin kendi kendini savunması daha doğru sayıldığı için mahkemelerde avukat bulunmamaktadır. Avukatların olmayışı ve kanun sayısının azlığı sayesinde, çeşitli kanunî hileler ve kanunların kötü amaçlar uğruna kurnazca yorumlanması da önlenmiş olacaktır<sup>147</sup>.

Ütopya'daki adaletin bir diğer ilginç yanı da bir suç doğrudan işlemek ile yalnızca tasarlamak arasında hiçbir ayırım gözetilmemesi ve bir suç işlemeyi tasarlayanların, o suç işlemiş gibi cezalandırılmasıdır. Ütopyalılar bu konuda, “*Kötülük yapmak isteyen, sadece karşısına bir engel çıktığı için bu kötülüğü yapmamışsa niçin suçlu sayılmasın?*” şeklinde bir düşünceye sahiptirler. Buna benzer bir durum, 1984'te de söz konusu olup “*Partiye*

<sup>144</sup> **More**, Ütopya, s. 71.

<sup>145</sup> **More**, Ütopya, s. 81.

<sup>146</sup> **More**, Ütopya, s. 82.

<sup>147</sup> **More**, Ütopya, s. 66.

*düşman olduğu doğrudur ve Partinin görüşüne göre, düşünce ve eylem arasında fark yoktu”* cümlesinden de bu durum açıkça anlaşılmaktadır<sup>148</sup>.

Ütopya’da mevcut olan düzende; eğitilmelerine, geçim derterinin olmayışına, toplumun onlara verdiği güven duygusuna ve mevcut olan az sayıdaki kanunların doğruluğuna rağmen yine de suç işleyen kişiler, cezaların en ağırı olarak nitelendirilen cezaya mahkûm edilir ve köle olurlar. Suçluluklarının utanç verici simgesi olarak da boyunlarında altın zincirler taşıyan<sup>149</sup> bu kölelere verilen ceza, yenilecek hayvanları kesip yıkamak gibi zahmetli, iğrenilen ve ağır bulunan işleri yapmaları ve başkalarından daha fazla çalışmalarıdır<sup>150</sup>. Ele geçirdikleri savaş tutsaklarına dahi köleliği fazla onur kırıcı bir ceza olarak gören Ütopyalılar, yabancı ülkelerde suç işleyen kişileri de ara sıra köle olarak satın alırlar<sup>151</sup>. Ütopya, ideal bir toplum düzeni olarak kurgulanmış olmasına rağmen kölelik kurumuna yer verilmesi bakımından eleştirilmektedir<sup>152</sup>.

Ütopyalılar, biri suç işledi diye onu öldürmenin, hem bu kişiye haksızlık olduğuna, hem de topluma herhangi bir yarar sağlamadığına inanmaktadırlar. Köle durumuna düşüp özgürlüğünden yoksun kalmak ise bir suçlu için ölümden beter bir ceza anlamına gelmektedir. Üstelik bir köle hem topluma yararlı olup başkalarına aynı suçu bir daha işlememesi bakımından örnek olmaktadır hem de günün birinde *doğru yola gelmesi, iyileşmesi ve düzgün bir insan olması* imkânı bulunmaktadır<sup>153</sup>. İşte bu yüzden bir köle, artık pişman olduğunu ve iyiliğe doğru yöneldiğini davranışlarıyla kanıtarsa ya başkanın ya da halkın isteği üzerine kölelikten kurtulabilir. Zira hiçbir köle, *özgürlüğe kavuşma ihtimali hususunda umutsuzluğa sevk edilmemelidir*<sup>154</sup>. Değinen tüm bu hususlardan, Ütopya’daki cezalandırmaların, özel ve genel önleme amaçlarını bünyesinde barındırdığı ve dolayısıyla nispi teorilerin etkisi altında olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, bir türlü iyileşme göstermeyen ve sürekli suç işleyen köleler ölüm cezasına mahkûm edilmektedir. Bu husus, mutlak teoriler

<sup>148</sup> **Orwell**, s. 213.

<sup>149</sup> Bunun sebebi, Ütopya’da, esasında maddî değeri yüksek olan altın gibi değerli şeylere dahi çocuklar için oyuncak olarak kullanılması suretiyle değer atfedilmemesi ve bunlara verilen değer in de aşağılayıcı görülmesidir.

<sup>150</sup> **More**, Ütopya, s. 90.

<sup>151</sup> **Stillman**, s. 373-374.

<sup>152</sup> **Avineri**, Shlomo: “War and Slavery in More’s Utopia”, International Review of Social History, Cilt: 7, Sayı: 2, 1962, 260-290, s. 260.

<sup>153</sup> **More**, Ütopya, s. 46.

<sup>154</sup> **More**, Ütopya, s. 47.

bakımından cezalandırmanın bir amacının da suçlunun toplumdaki tasfiye edilmesi olduğundan yola çıkarak bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir. Buna göre, suçlu için uslandırıcı amacın gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi üzerine, cezalandırmanın başlıca amaçlarından biri olan toplumun korunmasının devreye sokulması verisinden hareket ederek bu hususu mutlak teoriler ile bağdaştırmamız mümkündür. Bu durumda da suçlunun ya toplumdaki uzaklaştırılması ya da tamamıyla tasfiyesi, bir diğer deyişle ölüm cezasına hükmedilmesi yoluna gidilecektir<sup>155</sup>. Buradan yola çıkarak Ütopya'da, cezalandırmanın amacı bakımından hem mutlak teorileri hem de önleme teorilerini birbirleriyle uzlaştırıp bağdaştırarak bünyesinde taşıyan karma teorisinin benimsendiği sonucuna ulaşmaktayız.

### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmanın konusunun seçilmesinde, cezalandırmanın amacının yalnızca var olan devletlerde değil, aynı zamanda olması ya da olmaması gereken devlet tasarımlarında da ne şekilde temellendirildiği sorusundan hareket edilmiştir. Bu sorunun cevaplanması ile gerek hâlihazırdaki kanunların uygulanması gerek yeni kanunların yapılması aşamalarında, şayet bu kanunlar suç ve ceza öngörüyorsa güdülecek amacın ne olduğunun unutulmaması gerektiğini ortaya koymak amaçlanmaktadır. Zira cezalar öngörülür ya da uygulanırken olması gereken ve istenen bir devletteki gibi mi yoksa olması istenmeyen ve hatta olmasından korku duyulan bir devletteki gibi mi hareket edileceği, hem doğurması muhtemel sonuçlar hem de ceza hukukunun birçok temel ilkesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Söz konusu amaca ulaşmak bakımından bu çalışmada, ilk olarak cezalandırma yetkisi ve bu yetkinin kaynağı ile cezanın meşruiyeti kısaca açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra ise cezalandırmanın amacına ilişkin teorilerin ne olduğuna ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Söz konusu teorilerden ilki mutlak teoriler olup bu teorilere göre cezalandırmanın kendisi, bizatihi amaç olarak görülmekte ve geçmişe yönelik olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bu amaç, faile fiilinin bedelini ödetmek (kefare) ya da adalet duygusuna hizmet edecek biçimde cezayı hangi koşul altında olursa olsun yerine getirmek şeklinde kendisini göstermektedir. Zira mutlak teoriler uyarınca cezalandırma vasıtasıyla korunması gereken, bu cezaya mahkûm edilen kişi değil, yalnızca toplum olmalıdır. Toplumun korunması için de mahkûmun toplumdaki uzaklaştırılması gerekmektedir. Ayrıca bu teoriler uyarınca

<sup>155</sup> Honig, s. 414; Dönmezer/Erman, s. 597; Demirbaş, Ceza Hukuku, s. 581; Karakaş Doğan, s. 46; Dilberoğlu, s. 1525-1526.



mahkûmun iyileştirilmesi de cezalandırma ile güdülen amaçlar arasında yer almamaktadır.

Cezalandırmanın amacına ilişkin teorilere yer verilen kısımda ikinci olarak ele alınan ise nispi teorilerdir. Genel önleme ve özel önleme olarak ikiye ayrılan nispi teoriler bakımından ceza, geleceğe yönelik olup bir araç olarak nitelendirilmektedir. Genel önleme teorisine göre cezalandırmanın amacı, toplumdaki diğer bireylerin suç işlemesinin önüne geçmek suretiyle caydırıcılığın sağlanmasıdır. Özel önleme teorisi uyarınca ise cezalandırmanın amacı, doğrudan kişinin kendisini suç işlemekten alıkoymak ve o kişinin ıslah edilmesi vasıtasıyla topluma yeniden kazandırılmasını sağlamaktır.

Burada belirtmek gerekir ki genel önlemeyi sağlayabilmek için dahi olsa, cezaların; toplumu kontrol altında tutmaya yönelik bir araç olarak kullanılması, en ağır hukukî yaptırım olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere telafisi imkânsız zararlar verebilecektir. Bu bakımdan bilhassa modern ceza hukukunda, cezaların ödetme amacı taşıması anlayışı büyük oranda terk edilmiştir. Önleme amacına göre ise verilecek ceza, failin topluma yeniden kazandırılmasını sağlayabilecek şekilde ve kusuru ile orantılı olacak ölçüde belirlenmelidir. Zira önleme teorileri, cezayı, ancak bu şekilde yerine getirilmesi koşuluyla benimsemektedir. Ayrıca uygulamadan anlaşıldığı ve yapılan kriminolojik araştırmalarla da desteklendiği üzere, cezaların korkutucu ve caydırıcı bir etkiye sahip olmasının, ağır olması ya da şiddet içermesi ile sağlanamayacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Nihayetinde belirtmeliyiz ki cezalandırmanın kefaret yönünü tamamen yadsımak mümkün değildir. Ancak bu, özellikle de günümüzde, cezalandırmayı tek başına haklı hâle getirmemektedir. Kaldı ki her döneme ve ülkeye göre farklılık gösterecek bir adalet anlayışıyla da hareket edilmemelidir. Zira bu şekilde farklılık arz eden bir noktadan hareket ederek mutlak ve genel geçer bir ölçünün ortaya konulması mümkün olmayacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise birer örnek olarak seçilen Thomas More'un *Ütopya* isimli eseri ile George Orwell'ın *1984* isimli eseri değerlendirilmiştir. Söz konusu eserlerde yer alan ve cezanın amacına ilişkin olduğu tespit edilen hususlar, çalışmada yer verilen teoriler çerçevesinde ele alınıp bu bakımdan birbirleriyle karşılaştırılarak analize tâbi tutulmuştur. Bu analiz sonucunda, *Ütopya*'da karma teorinin; *1984*'te ise mutlak teorinin hâkim olduğu kanaatine varılmıştır. Zira *1984*'te açıkça belirtildiği üzere, cezalandırmaya başvurulması ile güdülen esas amaç, gelecekte bir gün suç işleyebilecek kişileri ortadan kaldırmaktır. *Ütopya*'da bu noktaya ilişkin

argümanlar değerlendirildiğinde ise görülmektedir ki öngörülen cezalar, hem adalet duygusuna hitap etmeli hem de toplumun yararına olmalıdır.

Cezalandırmanın amacına ilişkin olarak her iki kitapta yer alan argümanların yanı sıra dikkat çeken bir diğer husus da *Ütopya*'da yer alan demokratik bir toplum modeline ilişkin motiflerdir. Zira bu eserde, içinde bulunulan dönemin yönetim biçimi eleştirilmekte ve yönetimdeki eksikliklerin nasıl düzeltilebileceğine ilişkin öneriler de ortaya konulmaktadır. Bu noktada vurgulanan husus, devletin bir kurum olduğu ve bu kurum içinde alınan kararların da kişisel nitelikte olmadığıdır. Kaldı ki *Ütopya*'da bir senato mevcut olup senatonun bir araya geldiği toplantılar dışında karar alınması mümkün olmadığı gibi, bu toplantılarda bir konu gündeme getirileceği zaman da o konu derhal görüşülmeyecek, görüşme sonraki toplantıya bırakılacaktır. Bu sayede, sonrasında geri dönülmesi zor olan bir kararın ivedilikle verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu durum, ilk bakışta 1984 ile ortak bir nokta gibi de görünse, 1984'te kararların kolektif biçimde alınması ve bireysel karar verilmeyişinin görünüşte olması ve esasında belirli bir zümrenin çıkarlarına hizmet ediyor olması dolayısıyla *Ütopya*'daki durum ile farklılık arz etmektedir.

Sonuç olarak 1984'te, modern ceza hukuku ile hiçbir surette bağdaşmayacak bir biçimde, kefarete teoriden hareket eden mutlak teorinin kabul edildiği ve ayrıca böyle bir yönetim altında kişilere sağlanması gereken asgarî düzeydeki güvencelerin tanınmadığı, hatta bu güvenceler bir yana, insan olmanın gereklerinin dahi tamamıyla yadsındığı tespit edilmiştir. Buna karşılık *Ütopya*'da, mutlak ve nispi teorileri eklektik bir biçimde ele alan karma teorinin kabul gördüğünü belirtmek mümkündür. Bu bakımdan günümüzde de devletler tarafından, modern ceza hukuku anlayışına uygun olup devletin yönetim biçimi açısından da tercih edilebilecek niteliği haiz olan *Ütopya*'da olduğu gibi, cezalandırmanın amacına ilişkin olarak karma teorinin benimsenmesinin yerinde olduğu sonucuna varılabilecektir.

## KAYNAKÇA

- Aktaş**, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, 1-25.
- Altınok Villemin**, Derya: “Ceza Kavramı, Nitelikleri, Amacı ve Sınıflandırılması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, 149-162.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Ashworth**, Andrew/**von Hirsch**, Andrew /**Roberts**, Julian: Principled Sentencing, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Ashworth**, Andrew: Sentencing and Criminal Justice, 6. Baskı, Cambridge University Press, 2007.
- Avineri**, Shlomo: “War and Slavery in More’s Utopia”, International Review of Social History, Cilt: 7, Sayı: 2, 1962, 260-290.
- Beccaria**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2013.
- Bentham**, Jeremy: Ahlak ve Yasama İlkeleri, (Çev.: Ömer Saruhanlıoğlu-Uğur Kâşif Boyacı), İstanbul, Litera Yayıncılık, 2017.
- Bentham**, Jeremy: Punishment and Deterrence, Oxford, 1998.
- Bilgiç**, Şükrü: Hapsedilme, İyileştirme ve Yeniden Suç İşleme, Ankara, Vadi Yayınları, Ekim 2012.
- Braithwaite**, John: Crime, Shame and Reintegration, Cambridge University Press, 1989.
- Byrd**, B. Sharon: “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence and its Threat, Retribution in its Execution”, Law and Philosophy, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1989, 151-200.
- Canton**, Rob: Why Punish? An Introduction to the Philosophy of Punishment, Palgrave, 2017.
- Cavadino**, Michael/**Dignan**, James: The Penal System, 4. Baskı, Sage Publications, 2007.
- Centel**, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, 337-372.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Dilberoğlu**, A. Vedat: “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, 1517-1544.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Sekizinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1983.
- Dönmezer**, Sulhi: “Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 1-4, 1987, 1-33, s. 7.
- Dumlu**, Hediye: “Thomas More’un Ütopya’sında Adalet Kavrayışı”, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985.
- Fletcher**, George P.: “Basic Concepts of Criminal Law”, New York, Oxford University Press, 1998.
- Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, (Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, 2006.
- Gözler**, Kemal: Devletin Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018.
- Hofer**, Paul J./**Loeffler**, Charles/**Blackwell**, Kevin/**Valentino**, Patricia: Fifteen Years of Guidelines Sentencing: An Assessment of How Well the Federal Criminal Justice System is Achieving the Goals of Sentencing Reform, Kasım 2004.
- Honig**, Richard: “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, (Çev.: M. Yavuz Abadan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 2, Sayı: 0, 1936, 413-426.
- Hudson**, Barbara A.: Understanding Justice, 2. Baskı, Open University Press, 2003.
- Işıқтаç**, Yasemin: “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, 625-638.
- İçel**, Kayıhan/**Sokullu**, Füsun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Ünver**, Yener: Yaptırım Teorisi, İstanbul, 2000.
- Karakaş Doğan**, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.
- Kıdıl**, Fahrettin: “Cezalandırmanın Amacı ve “Umut Hakkı” Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 138, 2018, 39-78.

- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kumar**, Krishan: Ütopyacılık, (Çev.: Ali Somel), İmge Kitabevi, 2005.
- Maden**, Mehmet: Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- More**, Thomas: Utopia, Broadview Press, Peterborough, 2010.
- More**, Thomas: Ütopya (Çev.: Necmiye Uçansoy), İstanbul, Bordo Siyah Yayınları, 2007.
- Nozick**, Robert: Anarşi, Devlet ve Ütopya, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Nisan 2015.
- Orwell**, George: Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Can Yayınları, Mart 2008.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, İstanbul, Beta, Eylül 1989.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018.
- Sokullu-Akıncı**, R. Fusun: Kriminoloji, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2018.
- Stillman**, Peter Gordon: “Justice, Crime, and Punishment in More’s Utopia” Pablo Guerra (Ed.) Utopía: 500 años, Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 2016.
- Şan**, Zuhale: “Ütopyalarda Devlet Tasarımı: Platon, More, Campanella”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2010.
- Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumî Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Tümerkan**, Somay: “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 48, Sayı: 1-4, 1983, 51-71.
- Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Üzülmez, İlhan:** “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 1-4, 2001, 259-294.
- Yarsuvat, Duygun:** “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 32, Sayı: 1, 1966, 79-100.
- Young, Peter:** “The Importance of Utopias in Criminological Thinking”, The British Journal of Criminology, Cilt: 32, Sayı: 4, 1992, 423-437.
- Yüce, Turhan Tûfan:** Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.



**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-	İktisata 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)<br>Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN |                            |
| 34-  | Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)  | Prof.Dr. Adil İZVEREN      |
| 35-  | Ticarî 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-  | İthalâtta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 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-<br>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<br>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<br>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<br>Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU<br>Dr. Oğuz SANCAKDAR<br>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 Tefik 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
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir