

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ISSN – 2148-6638

C.I S.1 Yıl:2015

Sahibi: Başkent Üniversitesi Adına:

**Prof. Dr. Ali HABERAL**

Başkent Üniversitesi Rektörü

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü:

**Prof. Dr. Kudret GÜVEN**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editör:

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Editör Yardımcısı:

Dr. Ahmet Cemil ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Yayın Sekreteri:

Nurcan ŞAHİN

Yazışma Adresi: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eskişehir Yolu  
Bağlıca Kampüsü Etimesgut/ANKARA

Tel: 0312 246 66 66/2181

Fax:0312 246 66 44

E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

## **Yayın Kurulu:**

- 1- Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
- 2- Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
- 3- Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
- 4- Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
- 5- Prof. Dr. Fikret EREN
- 6- Prof. Dr. Ülker GÜRKAN
- 7- Prof. Dr. Kudret GÜVEN
- 8- Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
- 9- Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
- 10- Prof. Dr. Ahmet MUMCU
- 11- Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
- 12- Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK
- 13- Öğr. Gör. Dr. Ahmet Cemil ÜNAL (Sekreter)

## BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Yazılar; "Microsoft Word" programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.

4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.

6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıma" hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

**Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:** Yazarın Soyadı, Adı, *Kitabın Adı*, Baskı, Basıldığı Yer, Yıl. Örn. GÜVEN, Kudret, General Principles of Turkish Law, B. 2, Ankara 2007. İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü: Örn. GÜVEN, s. 135. Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü: GÜVEN, Enerji, s. 80 ve GÜVEN, Kişilik Hakları, s. 65.

**Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:** Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, *Derginin İsmi*, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

GÜVEN, Kudret, Evlat Edinmeye İlişkin Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Yargıtay Dergisi*, C. 32, Sa. 4, s. 529-551. Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: Örn. GÜVEN, s. 530.

**İnternette alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:** GÜVEN, Kudret, Cinsiyet Değişiklikleri ve Hukuki Sonuçları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C.1, Sa.1, s. 110-148 ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim 10 Haziran 2014). Atıf da şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN, s. 115



## İÇİNDEKİLER

### ÖZEL HUKUK

- Dr. Rıza AYHAN**, Profesör  
Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin  
Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler 13-64
- Dr. Fikret EREN**, Profesör  
İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri 67-129
- Dr. Kudret GÜVEN**, Profesör  
Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması:  
Transseksüellik ve İnterseksüellik 133-176
- Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN**, Profesör  
İş Kanununda Fesih Bildirim Sürelerinin Tesbiti ve  
Hesaplanması 179-203
- Dr. Şafak NARBAY**, Doçent - **Buğra KESİCİ**, Araştırma  
Görevlisi  
Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat  
Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir  
Değerlendirme” 207-262
- Dr. Yasemin DURAK**, Yardımcı Doçent  
Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi 265-299
- Dr. Kürşat GÖKTÜRK**, Yardımcı Doçent  
Tam Hâkimiyette Denkleştirme Yapılmadığına İlişkin Bilginin  
Sorumluluğa Etkisi 303-325
- Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA**, Yardımcı Doçent –  
**F. Candan KAVŞAT**, Araştırma Görevlisi

Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının  
Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi 329-366

**Dr. Işık ÖZER**, Yardımcı Doçent  
Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu 369-399

**Dr. Ahmet Cemil ÜNAL**, Öğretim Görevlisi  
Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya  
Yansımaları 403-441

**Ümit Vefa ÖZBAY**, Araştırma Görevlisi  
Roma Hukuku Sözleşmeler Sisteminde Kullanım Ödüncü  
(Ariyet) Sözleşmesinin Yeri ve Tarafların Bu Sözleşmeden  
Doğan Borç ve Sorumlulukları 445-477

### KAMU HUKUK

**Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Profesör  
Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu 483-502

**Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**, Profesör – **Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ**,  
Yardımcı Doçent - **Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR**, Araştırma  
Görevlisi  
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza  
Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı 505-519

**Pınar DİKMEN**, Araştırma Görevlisi  
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi  
Kararlarında “Demokratik Toplum” 523-544

**Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR**, Araştırma Görevlisi  
Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu 547-586



# **ÖZEL HUKUK**



**Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret  
Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında  
Getirilen Yenilikler**

**Prof. Dr. Rıza AYHAN**



# Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler

Prof. Dr. Rıza AYHAN\*

## ÖZET

6102 sayılı Kanun henüz yürürlüğe girmeden, 26.06.2012 tarihinde 6335 sayılı Kanunla önemli değişikliklere uğramıştır.

Türk Ticaret Kanununun 4 ve 5'inci maddeleri de bu değişiklikten nasibini almış; bilhassa 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilerek, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki, "*görev ilişkisi*" olarak kabul edilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanununun 4 ve 5'inci maddelerine yapılan müdahaleler, bu değişiklikle sınırlı kalmamış; 09.02.2011 tarihli (Türk Ticaret Kanununun kabulünden 27 gün sonra) "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un (*Torba Kanun*) 13'üncü maddesinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında yaptığı değişiklikle, Ticaret Mahkemeleri tek hâkimli mahkeme hâline dönüştürülmüş; bu değişikliğin üzerinden çok geçmeden, 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı, yine "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (*Torba Kanun*) ile Ticaret Mahkemeleri tekrar heyet halinde mahkemeye dönüştürülmüştür. Yapılan değişiklikte Ticaret Mahkemeleri tekrar heyet halinde mahkemeye dönüştürülmekle kalmamış, yargılamaya da yeni esaslar getirilmiştir.

Bu çalışmamızda, Türk Ticaret Kanununun 4'üncü ve 5'inci maddelerine yapılan müdahaleleri ve müdahalelerin etkilerini tespiti gayret sarf ettik.

**Anahtar Kelimeler:** Ticarî dava, Çekişmesiz Yargı İşleri, Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası, Tek Hâkimli Ticaret Mahkemesi, Heyet Hâlinde Görev Yapan Ticaret Mahkemeleri.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

## According to Latest Amendments Renewals on Commercial Case and Jurisdiction on Commercial Courts

### ABSTRACT

Before the Code numbered 6102 entered into force, it was amended with significant changes by the Law numbered 6335 on 26.06.2012.

Article 4 and Article 5 of the Turkish Commercial Code also had their shares from this amendment; especially by amending Article 5 paragraph 3; the relation between Commercial Court of First Instance and Civil Court of First Instance accepted as "*subject matter jurisdiction relation*".

However, it should be stated that the interventions made on 4<sup>th</sup> and 5<sup>th</sup> articles of the Turkish Commercial Code were not limited with this change; with the amendment, made by the Article 13 of the law numbered 5235 "Law about Amending on Some Codes" (**Bag Law**) dated 09.02.2011 (27 days after the enactment of Turkish Commercial Code), on the Article 5 paragraph 2 of "the Law about Establishment, Subject Matter Jurisdiction and Competences of Courts of First Instance and Regional Courts of Justice"; the Commercial Courts had been converted to courts with a single judge; not long after this change, again with the "Law about Amendments on Some Laws" (**Bag Law**) dated 18.06.2014, numbered 6545, they were changed back into courts with the panel of judges. With the amendment; Commercial Courts were not only changed back into courts with the panel of judges, but also new bases were brought into adjudication.

On this study, we made efforts for determining the interventions and the effects of the interventions made on the Article 4 and Article 5 of the Turkish Commercial Code.

**Key Words:** Commercial Case, Ex Parte Proceedings, Subject Matter Jurisdiction of Commercial Courts, Commercial Court with a Single Judge, Commercial Courts with The Panel of Judges.

## GİRİŞ

Yaklaşık elli yıl uygulanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, hazırlandığı ve kabul edildiği dönemin öğretileri ile kuram ve yaklaşımlarını iyi bir şekilde yansıtan, sorunlara çağdaş, güvenilir ve işleyebilir çözümler getiren, bu alanda Türkiye'nin gereksinimlerini büyük ölçüde karşılayan, menfaatler dengesini hak ve adalete uygun bir tarzda kuran, modern hukuk yöntemlerinin ve kanun tekniklerinin başarıyla kullanıldığı bir Kanun olarak değerlendirilmiş; ancak gerekçede belirtilen kimi sebeplerle<sup>1</sup>, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır<sup>2</sup>.

Kurumları ve hükümleri bağlamında oluşan özgün öğretiler ve ufuk açan ilkesel içtihatlarla, Türk hukukunda örnek alınan, çağdaşları arasında saygın bir yeri olan, nesnel adalete dayanan çözümler sunarak *temel kanun konumunu kazanmış* olarak yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun hazırlanmasında da önemli bir rol oynamış, *6762 sayılı Kanunun temel felsefesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda da benimsenmiştir*.

Gerçekten de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Türk ticaret hukukuna birçok yenilikler getirmesine ve bilhassa "*şirketler hukuku*" kitabında önemli değişikliklere yer vermesine karşın, Kanunun temel esaslarında 6762 sayılı Kanunu örnek alınmış; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da 6762 sayılı Kanun gibi, "*ticari işletme*" esasına nazara alınarak kaleme alınmıştır<sup>3</sup>.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu getirdiği asli yenilikler "*şirketler kitabı*" içinde yoğunlaşmış; ancak *taşımının* ayrı bir kitap olarak kanunda yer almasından başka, "*kıymetli evrak kitabı*" hariç olmak üzere, diğer kitaplarda yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu bağlamdan olmak üzere, "*Başlangıç Hükümleri*" 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi muhafaza edilmiş; madde gerekçelerinde ifade edilen şekliyle, esaslı bir değişikliğe gidilmemiştir. Ancak 6102 sayılı Kanunda 6335 sayılı Kanunla yapılan değişik ve daha sonra 6545 sayılı **Torba Kanununun** getirdiği düzenlemeler, bu kısımda da önemli olarak nitelendirilebileceğimiz sonuçlar doğurmuştur.

---

<sup>1</sup> Bu husustaki değerlendirmeler için bkz., Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2007, s.3 vd.

<sup>2</sup> Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe, s.1.

<sup>3</sup> Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014, s.18-21.

Bu çalışmamızda, değişikliklerin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "Başlangıç Hükümleri" arasında yer alan, "Kanunun Uygulama Alanı" ve bilhassa "*Ticari Davalar ve Ticaret Mahkemeleri*" üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır.

### **I) Türk Ticaret Kanununun Uygulama Alanı**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun ilk beş maddesinde hükme bağlanan "Kanunun Uygulama Alanı" kısmında, "ticari hükümler" (m.1), "ticarî örf ve âdet" (m.2), "ticari işler" (m.3), "Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri ve Delilleri (m.4) ile "Ticari Davaların ve Çekişmesiz Yargı İşlerinin Görüleceği Mahkemeler" (m.5) yer almaktadır.

Bu düzenlemeleri, temas ettiği konuları esas alarak, aşağıdaki şekilde incelemenin mümkün olacağını düşünüyoruz.

#### **1) Ticari İş ve Ticari İşlerden Doğan İhtilâflara Uygulanacak Hükümler**

Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanununda evvela *ticarî hükümlerin* nelerden ibaret olduğunu (m.1/1) hükme bağlamış; daha sonra da "*ticarî örf ve âdet*" (m.2) ile "*ticari işler*" (m.3) kavramına yer vermiştir.

#### **A) Ticari Hükümlerle İlgili Düzenleme**

Türk Ticaret Kanununun 1'inci maddesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1'inci maddesinin tekrarı olarak kabul edilmiş<sup>4</sup>; *Türk Ticaret Kanunu, Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır* denilerek Türk Ticaret Kanununun hukukumuzdaki yeri belirtildikten sonra, maddenin birinci fıkrasında esasa müteallik olmayan iki değişiklik yapılmış ve madde aynen korunmuştur.

Bu değişikliklerin birincisi, 6762 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin birinci fıkrasında bulunan, "*bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen herhangi bir müesseseyi*" şeklindeki cümle parçasının yerine "*ticarî işletmeyi*" teriminin konulmasıdır. Bu değişikliğin sebebi olarak, önceki metinde sayılanların ticarî işletmenin uygulamadaki görünüş şekillerinin, ticarî işletmenin sıkça rastlanan özel biçimleri olmaları; merkez kavram ticarî işletme olmasına rağmen, kavramı ifade eden terimi kullanılması yerine onun türlerini saymanın kanun yapma tekniği ile bağdaşmadığı gösterilmiştir.

---

<sup>4</sup> Bkz., Genel Gerekçe, s.1.



Maddenin birinci fıkrasında yapılan ikinci değişiklik ise, 3'üncü madde ile gerekli uyumu sağlamak amacıyla, "*işlere*" sözcüğünün çıkarılması; yerine, "*işlemleri*" sözcüğünün konulmuş olmasıdır.

6102 sayılı Kanunun bu yeni şeklinde ticari hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmamış; 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, Türk Ticaret Kanunundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerin ticari hükümler olduğu aynen muhafaza edilmiştir<sup>5</sup>.

6102 sayılı Kanunda, Ticari hükümlerin uygulama sırasıyla ilgili olarak, 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, mahkemenin, *hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar vereceği* hükme bağlanmış (TTK m.1/2); *Türk Ticaret Kanunundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerin, ticari hükümler olduğu* kabul edilmiştir (TTK m1/1.c.2).

Hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari hükümlerden sonra uygulanması hükme bağlanan ticari örf ve âdetle ilgili düzenlemede de (TTK m.2), başkaca bir değişiklik yapılmadan dilin arılaştırılması yoluna gidilmiş; sadece ikinci fıkradaki "*şubesine*" kelimesinin yerine "*dalına*" kelimesinin konulmuş, bu değişikliğin amaca olduğu gibi Türkçeye de uygun bulunduğu ifade edilmiştir<sup>6</sup>.

## **B) Ticarî İşlerle İlgili Düzenleme**

Bir hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesinde ticari hükümlerin mi, yoksa genel hukuk hükümlerinin mi uygulanacağını kesin bir surette tespit ve tayin edilebilmesi, o işlem veya fiilin "*ticarî iş*" niteliğine bağlı olduğu için, "*ticarî iş*" kavramını belirlemek maksadıyla sevk edilen 3'üncü maddede, esasa müteallik olmayan iki değişiklik yapılmıştır.

İlk değişiklikle, 1'inci maddede olduğu gibi bu maddede de eski metindeki ticarî işletmeyi ifade eden üç ticarî işletme türü yerine, "*ticarî işletme*" kavramı konulmuş; ikinci değişiklikte ise, eski metindeki "*işler*" sözcüğü metinden çıkarılmıştır<sup>7</sup>.

Esasa ilişkin olmayan bu iki değişiklik haricinde maddede, 6762 sayılı Kanundaki düzenlemenin tekrarıdır.

---

<sup>5</sup> Bkz., 1'inci maddenin gerekçesi.

<sup>6</sup> Bkz., 2'nci maddenin gerekçesi.

<sup>7</sup> Bkz., 3'üncü maddenin gerekçesi.

Ancak belirtmek gerekir ki, *ticari iş* kavramı sadece Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesinde ele alınmamış; "*tacir olmanın hükümleri*" başlığı altında, Kanunun 19'uncu maddesinde, ticari işle ilgili olarak "*ticari iş karinesi*" ayrıca düzenlenmiştir.

Buna göre bir işin ticari iş sayılmasında, Türk Ticaret Kanununun 3'üncü ve 19'uncu maddelerinin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **a) Türk Ticaret Kanununun 3'üncü Maddesinde Düzenlenen İşler Ticarî İşlerdendir**

Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesinde, "*ticari işler*" başlığı altında, "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*" denilmiştir. Kanunun bu düzenlemesine nazaran TTK m. 3'e göre, ticari iş olarak kabul edilen işler, 6762 sayılı Kanun zamanında olduğu gibi, iki ana başlık altında incelenebilir. Bunlar:

#### **aa) Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen İşler**

Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesinde, bu Kanunda düzenlenen bütün işler, ticari işletmeyle veya tacirle ilgili olmasa dahi, kanun gereği ticari iş olarak kabul edilmektedir. Bu hâliyle, kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanununda öngörölmüş işleri, hukuki yapıları itibarıyla ister ticari iş niteliğinde olsun ister olmasın, sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için "*ticari iş*" olarak kabul ettiğini görüyoruz. Bu işler sadece Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için "*ticari iş*" sayılmaktadır<sup>8</sup>.

#### **bb) Ticari İşletme ile İlgili Bütün İşlem ve Fiiller**

Türk Ticaret Kanununun 3'üncü maddesine nazaran, Türk Ticaret Kanununda tanzim olunmamakla beraber, ticari işletmeyle ilgili bütün "*işlem ve fiiller*" de ticari iş olarak kabul edilmiştir. Bu işler, Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemiş olmakla beraber, ticari bir işletmeyi ilgilendirmelerinden dolayı "*ticari iş*" sayılmıştır<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ülgen, Hüseyin (Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Fusun): Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, N.177.

<sup>9</sup> Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2013, s.46-48.

Türk Ticaret Kanununun, “*ticari işletmeyi ilgilendiren işlem*” ifadesinden, “*ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlem*” anlaşılmalıdır<sup>10</sup>. Ticari işletmeyi esas alarak hükme bağlanan TTK m. 3 gereğince, bir işlem (hukuki işlem), Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemekle birlikte, ticari işletme ile ilgili ise, ticari iş olarak kabul edilmektedir. Buna göre meselâ *ticari işletme rehini*, Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemesine karşın, bir ticari işletmeyi ilgilendirdiğinden, ticari iş olarak kabul edilir. Bu halde, hüküm geniş yorumlanmalı, sadece ticari işletmelerin rehininden doğan ihtilaflar değil, ticari işletme rehini kurulması hazırlık çalışmaları da (tescilden kaçınmada olduğu gibi), ticari iş olarak kabul edilmelidir<sup>11</sup>.

Ticari işin belirlenmesinde TTK'nın 3'üncü maddesinde, hareket noktası olarak “*ticari işletme*” esas alınmış; ticari işletmeyi ilgilendiren bütün hukuki fiiller ve bu bağlamda, yerine göre haksız fiiller de ticari iş olarak kabul edilmiştir<sup>12</sup>.

Bununla beraber, Kanunun uygulaması bakımından, haksız fiilin de ticari iş olarak kabul edilmesi, çeşitli ihtimaller nazara alınarak tespit edilmelidir. Buna göre:

Haksız fiil, ticari işletmenin faaliyetinin icrası sırasında ika edilmişse; haksız fiil ticari işletmenin faaliyetinin icrası sırasında ika edildiği için, ticari iş olarak kabul edilmektedir. Ancak tüm haksız fiiller ticari iş sayılmaz. Esas itibarıyla Türk Ticaret Kanununda düzenlenen haksız fiiller ile her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili haksız fiiller ticari iş sayılır<sup>13</sup>.

Haksız fiilin tacir tarafından ticari işletmesi ile ilgili olarak işlendiği, ancak bu fiilden zarar gören kişinin tacir olmadığı durumda da, tacirin haksız fiili TTK m.3'e göre bir ticari iş sayılmasına rağmen, bu nedenle doğan uyuşmazlık neticesinde açılacak dava ticari bir dava olarak nitelendirilemez. Zira “*Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri ve Delilleri*” başlığı altında detaylı olarak anlatılmış olduğu üzere, bir davanın ticaret mahkemesinde açılabilmesi için *mutlak veya nispi ticari dava* olarak de-

---

<sup>10</sup> Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku- Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.63.

<sup>11</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.63.

<sup>12</sup> Y. HGK. 2002/4-12 E., 2002/6 K., 23.01.2002 tarihli kararı, (Kazancı).

<sup>13</sup> “Tüm haksız fiiller ticari iş sayılamaz. Ancak, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen haksız fiiller ile her iki tarafın ticari işletmeleriyle ilgili haksız eylemler ticari iş sayılabilir.” (Y.11.HD, T.10.11.1994, E.1994/2242, K.1194/74090), (Kazancı).

ğerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mutlak ticari davalar kanunda açıkça sayılmışken *nispi ticari davaların* varlığı için davanın her iki tarafının da tacir olması ve dava konusu ihtilafın her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi gerekmektedir.

### **b) Ticari İş Karinesi**

Ticarî işletme sisteminin taşıyıcı kolonlarından biri olduğu ve elli yıllık birikimle anlam kazandığı ifade edilen<sup>14</sup> TTK m.19, 6762 sayılı Kanunun 21'inci maddesini karşılamaktadır. Gerekçede, sübjektif sistemin bir ifadesi olan bu maddenin 1926 tarihli Kanundan 6762 sayılı Kanuna aynen alınmasının öğretilerde eleştirildiği; ancak eleştirilerin, hükümde ticarî işletmenin esas alındığı gerçeğini gözden kaçırdığı belirtilerek hüküm aynen muhafaza edilmiştir.

6762 sayılı Kanunun 21'inci maddesine karşılık gelen, "*Ticari iş karinesi*" başlığını taşıyan TTK m. 19'da iki karine kabul etmiştir.

### **aa) Tacirin Borçlarının Ticarî Olması**

Türk Ticaret Kanununun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının ilk cümlesine göre, "*bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır*". Tüzel kişiler bakımından mutlak olan bu karine, gerçek kişi tacir için iki hâlde söz konusu olmayacaktır (TTK m.19/1, c.2):

i) Gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi halinde borç adi sayılır. Ancak gerçek kişi tacir, bu bildirimde gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş ise, karşı tarafa bunu ispat hakkı tanımak isabetli olur.

ii) Gerçek kişi tacirin yaptığı işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç, yine adi sayılır<sup>15</sup>.

### **bb) Taraflardan Sadece Biri İçin "Ticari İş" Niteliğinde Sayılan Sözleşmeler**

Türk Ticaret Kanununun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan *sözleşmeler*, Kanunda aksine hüküm bulunmadığı sürece, diğer taraf için de *ticari iş* sayılmıştır.

Buna göre; taraflardan sadece biri için ticari sayılan işlerin ticari iş olarak kabul edilmesi ve Türk Ticaret Kanununun 19'uncu maddesinin

<sup>14</sup> Bkz., 19'uncu maddenin gerekçesi.

<sup>15</sup> Ülgen, Ticari İşletme Hukuku, N.182 vd.

2'nci fıkrasının uygulanabilmesi, **sözleşmeyle ilgili olmasına** ve **Kanunda aksine hüküm bulunmamasına** bağlıdır. Taraflar arasındaki ilişki, sözleşmeden kaynaklanmıyor; haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa, TTK m. 19/2'nin uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>16</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, ticari iş karinesi gereğince bir işin ticari iş sayılması, bu işlerden doğan ihtilâfların ticaret mahkemesinde görülmesi anlamına gelmez. Bir davanın ticaret mahkemesinde görülmesi, ticari iş sıfatına bağlı tutulmamış; davanın ticaret mahkemesinde görülmesi, davanın TTK m. 4 anlamında ticari dava olarak kabul edilmesi ile ilgili olduğu kabul edilmiştir.

## 2) Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri ve Deliller ile İlgili Düzenlemeler

Türk Ticaret Kanununda, 6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan "*Ticari Davalar ve Delilleri*", 6102 sayılı Kanunda "*Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri ve Delilleri*" olarak ele alınmış; hangi işlerin ticari dava konusu olabileceği, ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde deliller ile bunların sunulmasının tâbi olduğu usul belirlenmiştir (TTK m.4).

### A) Genel Olarak

Türk Ticaret Kanununda, ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri ile ilgili düzenleme yapılırken, ticari iş sayılan hususlardan doğan bütün dava ve taleplerin ticari dava veya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak kabulü yerine; niteliği ve bünyesi itibarıyla *hâkimin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren dava ve taleplerin* ticari dava veya ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi ilkesinden hareket edilmiş; Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki görev ilişkisi kesin kıstaslara bağlanmıştır<sup>17</sup>.

### a) Ticari Davalar

Özel hukuk alanında çıkan uyuşmazlıklarda, hangi davaların ticari dava sayılacağı, TTK m.4'de hükme bağlanmış; bazı davalar tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari sayılırken (*mutlak ticari davalar*), bazı davaların ticari sayılması, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğması (*nispi ticari davalar*),

<sup>16</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.63-65.

<sup>17</sup> Börü, Levent/Koçyiğit, İlker, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 7-8.

bazılarının ise en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartına bağlanmıştır (TTK m.4/1.son cümle).

### **aa) Mutlak Ticari Davalar**

Tarafların sıfatına ve dava konusu ihtilâfın ticari işletmeyle ilgili olup olmamasına bakılmaksızın ticari sayılan davalar, mutlak ticari dava olarak nitelendirilmekte ve *iki grupta* incelenmektedir<sup>18</sup>.

Mutlak ticari dava olarak kabul edilen *birinci grup* ticari davalar Türk Ticaret Kanununda hükme bağlanmış; Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir. *İkinci grup* mutlak ticari davalar, diğer bazı kanunlarda düzenlenmiş olmakla beraber, ticari dava olduğu düzenlendiği kanunda açıkça hükme bağlanan hukuk davalarıdır.

### **aaa)Türk Ticaret Kanununun Uygulamasından Doğan Hukuk Davaları**

Kanun koyucunun kabulüne göre, Türk Ticaret Kanununda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları (TTK m.4/1.a) ile 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ilâ ((f) bentlerinde düzenlenen davalar; tarafların tacir sıfatı taşıyıp taşımadıklarına, ticari işletme ile ilgili olup olmadıklarına bakılmaksızın ve başkaca koşul aranmaksızın mutlak ticari dava olarak kabul edilmiştir (TTK m.4/1.a).

Kanun koyucunun ticari dava olarak nitelendirdiği ikinci grup ticari davalar, TTK m.4'te tek tek belirlenmiş; tarafların tacir sıfatı taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın bu davaların mutlak ticari dava olduğu kabul edilmiştir (TTK m.4/1.a-f).

"*Mutlak ticari dava*" olarak nitelendirilen söz konusu davalar aşağıdakilerden ibarettir:

a) Türk Medeni Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işiyle uğraşanlar hakkındaki 962-969'uncu maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları,

b) Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları,

---

<sup>18</sup> Ülgen, Ticari İşletme, N.329 vd.; Arkan, s.97; Karahan, s.75.

i) Malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203'üncü maddelerinden doğan davalar,

ii) Rekabet yasağına ilişkin 444 ilâ 447'nci maddelerinden doğan davalar;

iii) Yayın sözleşmesine ilişkin 487 ilâ 501'inci maddelerinden doğan davalar<sup>19</sup>,

iv) Kredi mektubu ve kredi emri ile ilgili 515 ilâ 519'uncu maddelerinden doğan davalar,

v) Komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545'inci ve ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554'üncü maddelerinden doğan davalar,

c) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları

d) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları

e) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları.

Yukarıda belirttiğimiz davalardan başka, *diğer özel kanunlarda da bazı davalar*, kendi özel düzenlemelerinde ticari dava olarak kabul edilmiştir. Buna göre;

i) 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanununun uygulamasından çıkacak davalar,

ii) 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'na göre verilen oda veya borsadan çıkarma ve para cezalarıyla ilgili hususlardan doğan davalar,

iii) 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun bazı maddelerinde yazılı hususlardan doğan davalar,

---

<sup>19</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalar, ihtisas mahkemesinde görülür (FSEK m.76).

iv) Finansal kiralama sözleşmelerinden doğan davalar (3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m.31),

v) Kooperatifler Kanununda tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir (ve ticari işletme ile ilgili) olup olmamasına bakılmaksızın (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 99/I),

vi) İflâs davaları da mutlak ticari dava niteliğindedirler (İİK m.154/4).

### **bb) Nispi Ticari Davalar**

Bu davalar, şarta bağlı olarak ticari dava sayıldıkları için nispi ticari davalar olarak nitelendirilmektedirler<sup>20</sup>. Türk Ticaret Kanununun 4'üncü maddesi uyarınca, nispi ticari davaları ikiye ayırarak incelememiz mümkündür:

#### **aaa) Ticari İşletme ile İlgili Bazı Davalar**

Bazı hükümlerin uygulamasından doğan davalar, tarafların *ticari işletmesi ile ilgili* iseler ticari dava sayılırlar (TTK m.4/1, b.f, son cümle). Bunlar:

i) Türk Borçlar Kanununun Havale (TBK m.555–560) ve Vedia (Saklama) (TBK m.561–580) Hükümlerinden Doğan Davalar: Bu hususlardan doğan davaların ticari sayılması, hiç olmazsa bir tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması şartına bağlanmıştır.

ii) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haklardan Doğan Hukuk Davaları: Fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak başta 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili diğer mevzuattan doğan davalar, taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili iseler ticari dava sayılmaktadır (TTK m.4/1, b.f, son cümle).

#### **bbb) Her İki Taraf için Ticari Sayılan Hususlardan Doğan Hukuk Davaları**

Türk Ticaret Kanununun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının birinci cümlesinde "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları*"nında ticari dava olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, bir davanın ticari dava sayılabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar:

---

<sup>20</sup> Arkan, s.104; Ülgen, Ticari İşletme, N.351.



i) Davanın her iki tarafının da tacir olması ve

ii) Dava konusu ihtilafın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili bulunmasıdır.

Buna göre, davanın taraflarından biri tacir değilse dava ticari dava olmayacağı gibi; iki taraf da tacir olsa dahi, dava konusu ihtilaf ticari işletmeyle ilgili değilse dava yine ticari davaya vücut vermez<sup>21</sup>.

### **a) Çekişmesiz Yargı İşleri**

Medeni usul hukukunun konusunu oluşturan medeni yargı, çekişmeli ve çekişmesiz yargı olarak ikiye ayrılmaktadır. Çekişmeli yargı, özel huktan doğan ve mahkemelere intikal eden ihtilafların, hangi mahkemeler tarafından ve hangi usullere göre incelenip karara bağlanacağını düzenlerken; çekişmesiz yargı, mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında kural olarak bir çekişmenin bulunmadığı yargı işleridir<sup>22</sup>.

Kanun koyucunun 6335 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanununa dâhil ettiği *çekişmesiz yargı*, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır. Bunlar;

a) İlgililer arasında uyumsuzluk olmayan hâller,

b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller,

c) Hâkimin re'sen harekete geçtiği hâllerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382'nci maddesinin 2'nci fıkrasının "e" bendinde:

"1) Ticari defterlerin zıyı hâlinde belge verilmesi.

2) Acentenin müvekkili hesabına teslim aldığı malın Borçlar Kanununa göre satılması.

3) Kollektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini.

4) Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini.

---

<sup>21</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.111.

<sup>22</sup> Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 67.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.90.

5) Anonim şirkette aynı sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni.

6) Kıymetli evrakın iptali.

7) Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksiğinin tespit edilmesi; teslim edilememesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerine göre satılmasına karar verilmesi; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi.

8) Gemi ipoteğinde, malikin bulunamadığı hâllerde kayyım tayini.

9) Deniz raporu tanzimi.

10) Kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayini.

11) Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hâl ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi.

12) Müşterek avaryalarda dispeççi tayini ve dispecin mahkemece tasdiki.

13) Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini.

14) Kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini.”

İşlerinin, ticaret hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinden sayıldığı hükme bağlanmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382'nci maddesinin 2'nci fıkrasının “e” bendinde ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri örnek kabilinden sayılmıştır. Yapılan sayım tahdidi değildir; sayılanlar arasında yer almayan, ancak yukarıda belirtilen kısıtlara göre (HMK m.382/1) çekişmesiz yargı işlerinden olduğu kabul edilebilen diğer hâller de, çekişmesiz yargı işlerinden sayılmaktadır<sup>23</sup>.

Burada belirtmek gerekir ki, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununun 383'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece *Sulh Hukuk Mahkemesi* olduğu ifade edilmişse de; Türk Ticaret Kanu-

---

<sup>23</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 68.

nunda yapılan değişiklik ile dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın tüm ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine Asliye Ticaret Mahkemesinin bakmakla görevli olduğu hüküm altına alınmıştır (TTK m.4, 5).

### **c) Ticari Davalar ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Deliller**

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 187'nci maddesine göre, "İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz".

Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu düzenlemesine nazaran delil, çekişmeli vakıanın ispatı için başvuru vasıtalarıdır. Delilin konusu maddi vakıalardır; herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmadığından, bunları ispat için delil göstermek gerekmediği gibi, hukuk kuralları da delil konusu olmaz.

#### **aa) Ticari Davalarda Deliller**

Ticari davalarda deliller ile bunların sunulması 12.11.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu hükümlerine tâbidir (TTK m.4)<sup>24</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda senet ve yemin kesin delil olarak kabul edilirken; tanık ve bilirkişi beyanı ile keşif, takdiri delil olarak nitelendirilmiş; TTK m.4/2 gereğince ticari davalarda da aynı kuralın geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Ticari davalarda da, Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m.25/2). Kanunla belirtilen durumlar dışında hâkimin kendiliğinden delil toplayamaması, delillerin taraflarca getirilmesi sonucunu doğurur. Ancak hâkimin, keşif ve bilirkişi delillerine

---

<sup>24</sup> TTK'nu 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında atıf yapılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmış (HMK m.450); mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılmıştır (HMK m.447/2).

kendiliğinden başvurabileceği gibi, isticvaba da (tarafın sorguya çekilmesi) kendiliğinden karar verebilir; bu husustaki Hukuk Muhakemeleri Kanununu hükümleri ticari davalar için de geçerlidir<sup>25</sup>.

Bu genel düzenlemeler dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 222'nci maddesinde, "*Ticari Defterlerin İbrazi ve Delil Olması*"<sup>26</sup> ayrıca düzenlenmiş; Türk Ticaret Kanunu'nda ise "Fatura" ve "Teyit Mektubu" (TTK m.21) hakkında<sup>27</sup>, fatura ve teyit mektubunun delil olma niteliği ile ilgili özel hüküm vazedilmiştir<sup>28</sup>.

### **bb) Ticari Nitelikli Çekişmesiz Yargı İşlerinde Deliller**

Türk Ticaret Kanununun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında sadece "Ticari davalarda deliller ile bunların sunulması, 12.11.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu hükümlerine tâbidir" denilmiştir; ticari nitelikli çekişmesiz yargı işlerine atıf yapılmamıştır.

Ancak bilindiği üzere, "çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır" (HMK m.385/1). Basit yargılama usulünde de, "Taraflar dilekçeleri ile birlikte, *tüm delillerini* açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek *bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek* ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır" (HMK m.318). Bu hükümlerden anlaşılacağı gibi, çekişmesiz yargı işlerinde de deliller ile bunların sunulması, Hukuk Muhakemeleri Kanununu hükümlerine tâbidir<sup>29</sup>.

### **B) Türk Ticaret Kanunu ile *Ticari Davalar* Hakkında Getirilen Yenilikler**

6635 sayılı Kanunla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yapılan değişiklikle, "*ticari davalar ve delilleri*" düzenlemesine önemli yeniliklere gidilmiş ve bilhassa, konusu medenî yargı olan medenî usul hukukundaki *çekişmesiz yargı*, Kanunun 4'üncü maddesine dâhil edilmiştir. Ancak 6102 sayılı Kanunla getirilen yenilikler bununla sınırlı kalmamış, 4'üncü maddenin kimi fıkralarında da değişikliğe gidilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu düzenleme haricinde de, "*Ticari Davalar, Çekişmesiz Yargı İşleri*

<sup>25</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.299.

<sup>26</sup> Bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.630.

<sup>27</sup> Bkz., Arkan, s.149 vd.; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.178 vd.

<sup>28</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.180.

<sup>29</sup> Arkan, s.110.

ve Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası ve Delilleri” hakkında Türk Ticaret Kanunu dışındaki bazı kanunlarla da, önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>30</sup>.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki “*ticari davalar ve delilleri*” hakkında getirilen yeniliklerin aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür.

#### **a) Çekişmesiz Yargı İşleri Türk Ticaret Kanununa Dâhil Edilmiştir**

“Çekişmesiz yargı işleri”, 6335 sayılı “Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa dâhil edilmiş; maddi hukuk uyumsuzluğunun çözümlenmesi niteliğinde olmayan, fakat maddi hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasına içeren işler, çekişmesiz yargı işleri olarak Türk Ticaret Kanununa girmiştir.

#### **b) TTK m.19/1’e Atıf Yapılmamıştır**

6762 sayılı Kanunun “*ticarî davalar*” hakkındaki<sup>4</sup>üncü maddesinin birinci fıkrasında, “*21’inci maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları*” ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın bazı davaların “*ticari dava*” olduğu hükme bağlanmışken; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun aynı konuyu düzenleyen hükmünde, eski Kanunumuzun 21’inci maddesinin birinci fıkrasına karşılık gelen *19’uncu maddenin birinci fıkrasına atıf yapılmamış*, bu noktadan olmak üzere ticarî davaların kapsamı daraltılmıştır.

---

<sup>30</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.114.

### c) “Fikrî mülkiyet hukuku” Kavramına Yer Verilerek Hükmün Kapsamı Genişletilmiştir

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının 4’üncü bendinde, “*Alametifarika, ihtira beratı ve telif hakkına*<sup>31</sup> *müteallik mevzuattan*” doğan uyuşmazlıklar, mutlak ticari dava olarak nitelendirilmiştir<sup>32</sup>.

6102 sayılı Kanunda ise, TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “*Fikrî mülkiyet hukukuna*” ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir<sup>33</sup>.

### d) Ticarete İlişkin Yerler Ayrıca Sayılmıştır

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 135’inci maddesindeki, “*Borsalar, sergi, panayır ve pazar yerleri, antrepo ve ticarete mahsus diğer yerler hakkındaki hususi hükümler mahfuzdur*” hükmü, 6102 sayılı Kanuna alınmadığından, ticarete ilişkin yerlerin bu maddede sayılması gerekmiştir; esasa müteallik bir değişiklik olarak görülmemektedir.

<sup>31</sup> 6762 sayılı Kanunda, telif hakkından doğan TTK m.4/1.b.4’te mutlak ticari dava olarak zikredilirken, 4/1.b.6’da, ticari dava sayılması, en az bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi şartına bağlanmıştı. Bu düzenleme, 6102 sayılı Kanunda da yer almış; “Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır” denildikten sonra, ancak, *herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen* havale, vedia ve *fikir ve sanat eserlerine* ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır” denilmiştir.

<sup>32</sup> 1888 tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Almet-i Farikalar Nizamnamesi”nde düzenlenen *Alameti farika* (Marka), Nizamnamenin 551 sayılı “Markalar Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmış; Nizamnameyi yürürlükten kaldıran “Markalar Kanunu”nun yerine de, 1995 yılında 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında KHK” kabul edilmiştir.

Aynı şekilde, 1880 tarihli “İhtira Beratı Kanunu Muvakkati” de, 1995 tarihli, 551 sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK” ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>33</sup> Gerekçede bu tercihin sebebi, fikri mülkiyet kavramının “*TRIPS ile WIPO’nun terminolojisine uygun olarak interalia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir. Açıklanmamış bilgiler hariç fikrî mülkiyet kapsamına giren bütün konular Türk hukukunda düzenlendiği için, söz konusu bentte, sayma yöntemi yerine dalları ifade eden kavramın kullanılması gereklidir*” şeklinde açıklanmıştır.

### **e) Diğer Kredi Kuruluşlarına, Finansal Kurumlarla İlişkin Düzenlemelerde, Öngörülen Hususlardan Doğan Hukuk Davaları Ticarî Dava Sayılmıştır**

6762 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin (f) bendinde, "Bankalar ve ödünç para verme işleri kanunlarında tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticarî dava sayılır" denilirken; 6102 sayılı Kanunda bendin kapsamı genişletilerek, "diğer kredi kuruluşları ve finansal kurumlar" fıkraya dâhil edilmiştir.

Diğer kredi kuruluşları ve finansal kurumların fıkraya dâhil edilmesi gerekçede, "bugün finans sektöründe sadece bankalar ve ödünç para verme işleri ile uğraşanlar bulunmamakta, bu sektör sadece anılan kanunlarla düzenlenmemektedir. Bunların yanında, finansal kiralama, faktöring, özel ve genel finans şirketleri, forfaiting şirketleri başta olmak üzere çeşitli finans kurum ve kuruluşları da vardır. Bunları düzenleyen ayrıntılı bir mevzuat bulunmaktadır. Bende eklenen "diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara" ibaresi anılan şirketleri ifade etmektedir" şeklinde izah edilmiştir<sup>34</sup>.

### **f) 6762 Sayılı Kanununun 4'üncü Maddesinin Son Fıkrası Maddeden Çıkarılarak 6102 sayılı Kanunun 5'inci Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenmiştir**

6762 sayılı Kanuna 20.4.2004 tarihinde kabul edilen 5136 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle 4'üncü maddeye son fıkra olarak giren, "*İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir*" hükmü, mahkeme ile ilgili olduğundan, 4'üncü maddeden çıkarılarak, 5'inci maddenin ikinci fıkrasına ikinci cümle olarak eklenmiştir.

### **3) Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası**

Ticaret mahkemelerinin iş sahası hakkında getirilen yeniliklerin, hem 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun hem de 6545 sayılı *Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun* 45'inci maddesi ile değişik 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında esas alınarak ayrı

---

<sup>34</sup> Bkz., 4'üncü maddenin gerekçesi.

ayrı incelenmesi gerekir. Burada öncelikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ilgili düzenlemelerden bahsedilecektir.

### A) Genel Olarak

Bilindiği üzere, belirli bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden<sup>35</sup> hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara, medeni usul hukukunda, görev ve yetki kuralları denir.

*Görev*, bir davaya o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını belirlerken; *yetki*, davaya hangi yerdeki (Meselâ, Ankara mı? İstanbul mu?) görevli hukuk mahkemesi tarafından bakılacağını belirler.

Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzeninden sayıldığı için (HMK m.1), sözleşme ile görevli mahkeme değiştirilemez, Mahkemenin görevli olması dava şartları arasında sayıldığından (HMK m.114/1.c);Mahkeme, dava şartlarını, bu meydana görevli olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden (*exofficio*) araştırır; taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilir (HMK m.115/1)<sup>36</sup>.

Belirli bir dava hakkındaki görevli mahkeme tespit edilirken, özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerden önce geldiği için, öncelikle, o davanın genel mahkemelerin mi, yoksa özel mahkemelerin mi görevine girdiğinin tespit edilmesi gerekir. Mahkeme görevsizlik kararı vererek davadan el çekerken, görevli mahkemeyi bildirmeli ve dava dosyasının da

---

<sup>35</sup> 5235 sayılı Kanunla ülkemizde mahkemeler; ilk derece mahkemeleri, bölge adliye (istinaf) mahkemeleri ve Yargıtay olmak üzere üç dereceli hâle getirilmiştir. İlk derece hukuk mahkemeleri, *genel mahkemeler* ve *özel mahkemeler* olarak ikiye ayrılmaktadır (5235 s.K. m2). Özel mahkemeler teriminin karşısı olarak kullanılan *genel mahkemeler*, kanunda aksi yazılı olmadıkça Medenî Usul Hukukuna giren her türlü işe bakarlar; sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinden müteşekkildir. Asliye Hukuk Mahkemeleri, sulh hukuk mahkemeleri ile özel mahkemelerin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar. Asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, işbölümü değil görev ilişkisidir. Bu nedenle sulh hukuk mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye hukuk mahkemesinde açılırsa, asliye hukuk mahkemesinin taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile re'sen görevsizlik kararı vermesi gerekir.

<sup>36</sup> Alangoyo, Yavuz H./ Yıldırım, Kâmil, M./Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2009, s. 69-70.



görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir. Görevsizlik kararı nihai kararlardandır.

### **a) Ticarî Davalarda ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev**

Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir".

#### **aa) Ticari Davalarda Görev**

Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği üzere, *asliye ticaret mahkemesi, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın* tüm ticari davalara bakmakla görevlidir; sulh hukuk mahkemelerinin görevi kaldırılmıştır (HMK m.4; TTK m.5/1)<sup>37</sup>

Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki *görev ilişkisi* olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır (26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunun 2'inci maddesiyle değişik TTK m.5/3). 6335 sayılı Kanunun 2'inci maddesiyle yapılan bu değişiklik, Asliye Ticaret Mahkemelerini özel mahkeme hâline dönüştürmüştür<sup>38</sup>.

Bu düzenlemeyle, Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, görev ilişkisi hâline gelmiş; bu hallerde göreve ilişkin usul hükümleri uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, görev kuralları kamu dü-

---

<sup>37</sup> 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde, Kanunun 8'inci maddesinin uygulamasında, değer ve miktarı belli sınıрын altında kalan davalara sulh hukuk mahkemeleri baktığından, belli sınıрын altındaki ticari davalarda da sulh hukuk mahkemeleri görevli idi. Sulh hukuk mahkemelerinin görevlerini gösteren Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4'üncü maddesindeki yeni düzenleme sebebiyle, 4'üncü maddede ve özel kanunlarda sayılan davalar dışında kalan bütün davalar, değerine veya tutarına bakılmaksızın, asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğinden, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden itibaren, ticari davalarda sulh hukuk mahkemelerinin görevi kalmamıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği bu husus, Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinde de aynen benimsenmiş; aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevli olduğu kabul edilmiştir.

<sup>38</sup> Börü/Koçyiğit, s.507.

zenine ilişkin olduğundan hüküm kesinleşinceye kadar mahkeme tarafından re'sen dikkate alınır ve taraflarca da ileri sürülebilir. Buna göre, bir yargı çevresinde Asliye Ticaret Mahkemesi var ise ticari dava ile ilgili talepler bu mahkemede ileri sürülmek zorundadır. Buna karşılık; Asliye Ticaret Mahkemesinin bulunmadığı bir yerdeki ticari dava ve talepler, ilgili yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla görülecek olup, görevsizlik kararı verilemez (TTK m. 5/4; HMK m.2/2).

Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan bir diğer düzenleme de, deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkindir. Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir". Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bu yetkisine istinaden, İstanbul ve İzmir'de deniz ticareti ihtilâflarından doğan davalara bakmak üzere görevli mahkemeler belirlemiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, deniz ticaretinden ve deniz sigortalarından doğan ihtilâflara bakmak üzere görevlendirilen mahkemeler ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, *iş bölümü ilişkisidir; görev ilişkisi değildir*. Deniz ticaretinden ve deniz sigortalarından doğan ihtilâflara bakmak üzere görevlendirilen mahkemeler ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, iş bölümü ilişkisi ve iş bölümü ilişkisi itirazları da ilk itirazlardan olduğu için, ilk itirazda bulunulmaması hâlinde, asliye ticaret mahkemeleri de deniz ticaretinden ve deniz sigortalarından doğan ihtilâflara bakabilecektir.

### **bb) Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev**

Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin başlığına, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*çekişmesiz yargı işleri*" dâhil edilmiş; bu değişiklikten sonra, ticari nitelikteki tüm çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli mahkemenin, ticari davalarda olduğu gibi, Asliye Ticaret Mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir.

Asliye Ticaret Mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki ticari nitelikli çekişmesiz yargı işlerinde görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; Asliye Hukuk Mahkemesi, ticari

nitelikli çekişmesiz yargı işlerini görür (26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanununun 2'inci maddesiyle değişik TTK m.5/4).

### **b) Ticarî Davalarda ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yetki**

Ticarî davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde yetki, ticari davalara ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine hangi yerdeki görevli asliye ticaret mahkemesi (asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde hangi yerdeki asliye hukuk mahkemesi) tarafından bakılacağını belirlemektedir<sup>39</sup>.

#### **aa) Ticarî Davalarda Yetki**

"Yetki" kuralları, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 5 ve devamı maddelerinde hükme bağlanmıştır; bütün davalar (genel yetki) ve bazı davalar (özel yetki) olmak üzere ayrı ayrı ele alınarak, bazı davalarda yetki kurallarının kesin olduğu (kesin yetki) belirtilmiştir.

#### **aaa) Ticarî Davalarda Genel Yetki Kuralları**

Ticari davalarda da genel yetkili mahkemeler, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m.6). Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HMK m.7/1). Bununla birlikte, birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir (HMK m.7/2).

Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (HMK m.9)<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 24.03.2005 tarihli 188 sayılı ilke kararı ile asliye ticaret mahkemelerinin yetki alanını belirlemiş, bu kararını 6360 sayılı Büyükşehir Kanununun yürürlüğe girmesiyle revize etmiştir.

<sup>40</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, 117-118.

### **bbb) Ticarî Davalarda Özel Yetki Kuralları**

Kanun koyucu, genel yetki kuralları haricinde, genel yetkiyi kaldırmayan özel yetki kurallarını öngörmüş; bazı davaların özel yetkili mahkemelerde de açılabileceğini hükme bağlamıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki, kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki kuralları, genel yetki kurallarını ortadan kaldırmaz; davacı, davasını genel veya özel yetkili mahkemede açmak hususunda seçimlik hakka sahiptir<sup>41</sup>.

#### **(1) Sözleşmeden Doğan Davalarda Yetki**

Sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesiyetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir (HMK m.10). Buna göre, kamu düzenine ilişkin olmayan ve Borçlar Hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan bu davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilecektir. Bununla birlikte, tacirler veya kamu tüzel kişilerinin, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilmesi unutulmamalıdır (HMK m.17). Bu hâlde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır<sup>42</sup>.

#### **(2) Karşı Davada Yetki**

Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir (HMK m.13).

#### **(3) Şubenin Bulunduğu Yer Mahkemesinin Yetkisi**

Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HMK m.14/1). Bu kabule göre davacı, şubenin yapmış olduğu işlemlerden dolayı, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabileceği gibi ticari işletmenin merkezinin bulunduğu yer mahkemesine de dava açabilir.

<sup>41</sup> “Özel yetki genel yetkiyi ortadan kaldırmaz ise de, onun yanında varlığını sürdürür; dolayısıyla, dava davacının seçimine göre hem genel hem de özel yetkili mahkemede açılabilir.” HGK, 04.06.2003, 19-420/411, Karar için bkz., Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.139, dn.30.

<sup>42</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.118.; bu konuda bkz., Pekcanitez/Atalay/Özkes, , s.140-142.

#### ***(4) Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki***

Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir (HMK m.15/1).

Buna karşın, can sigortalarında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir (HMK m.15/2).

#### ***(5) Bir Yerde Geçici Olarak Oturanlara Karşı Açılacak Davalarda Yetki***

Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak veya taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, buldukları yer mahkemesi de yetkilidir (HMK m.8).

#### ***(6) Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki***

Haksız fiilden doğan ticari dava niteliğindeki davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir (HMK m.16).

#### ***(7) Diğer Kanunlardaki Özel Yetki Kuralları***

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 5'inci maddesinde, mahkemelerin yetkisinin, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tâbi olduğu hükme bağlanmış; kanun koyucu diğer bazı Kanunlarda özel yetki kurallarının bulunabileceğini de kabul etmiştir<sup>43</sup>. Bu özel yetki kurallarına, Türk Medeni Kanunun 25'inci maddesinin beşinci fıkrası ile 177'nci maddesini; İcra ve İflâs Kanununun 69'uncu maddesinin ikinci fıkrası ile 72/8, 89/3 ve 141/1, 154/3, 285/1 maddeleri örnek gösterilebilir.

---

<sup>43</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.119-120.

### ccc) Ticarî Davalarda Kesin Yetki Kuralları

Kanun koyucu, bazı yetki kurallarını, kamu düzenine ilişkin olduğu mülahazasıyla, kesin yetki kuralları olarak öngörmüştür; bu hâllerde davaların sadece öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılabileceğini kabul etmiştir (HMK m.18).

Bu esastan olmak üzere, iflâs davasındaki yetki ile ticaret şirketlerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili (HMK m.14/2) olmasından başka, can sigortalarında da, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir (HMK m.15/2). Ticari İşletme Rehni Kanununda da bu tarzda bir kesin yetki hâli düzenlenmiş; Ticari İşletme Rehni Kanununun uygulanmasından çıkacak anlaşmazlıkların halli ticari sicil bulduğu mahallin Ticaret Mahkemelerinin görevi dâhilindedir, denilmek suretiyle, bu yetkinin kesin yetki olduğu ifade edilmiştir (TİRK m2/2)<sup>44</sup>.

### ddd) Yetki Sözleşmesi

Kanun koyucu, belirli bir uyuşmazlık hakkında, aslında yetkili olmayan mahkemeyi yetkili kılmak için tarafların yetki sözleşmesi yapabileceğini hükme bağlamış; tacirler veya kamu tüzel kişilerinin, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabileceğini kabul etmiştir (HMK m.17).

Tarafların aslında yetkili olmayan mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları bu sözleşmeye yetki sözleşmesi adı verilmektedir.

Yetki sözleşmesinin geçerli olması bazı şartlara bağlanmış; yetki sözleşmesinin, tüm davalar için yapılamayacağı kabul edilerek, *tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan ticari nitelikli davalarda da yetki sözleşmesi yapılamayacağı* esası benimsenmiştir.

Yetki sözleşmesinin yazılı yapılması gerekir (HMK m.18/2); bu yazılı şekil geçerlik *şartıdır*. Bunun yanında, yetki sözleşmesinin yapılabilmesi

---

<sup>44</sup> Ayhan/Özdamar/Çağlar, s.120.

için, kesin yetki kurallarına tâbi bulunmaması<sup>45</sup> ve uyuşmazlığın ve yetkili mahkemenin belirli olması da şarttır<sup>46</sup>. Tarafların yetki sözleşmesiyle, birden fazla mahkemeyi de yetkili kılabilmeleri mümkündür (HMK m.18/2).

### **bb) Ticarî Nitelikli Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yetki**

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için *ta-lepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer* mahkemesi yetkilidir (HMK m.384). Çekişmesiz yargı işlerinde, mahiyeti gereği, yetki sözleşmesi yapılamayacağı gibi, çekişmesiz yargıda kesin yetkiye ilişkin bir durumun ortaya çıkması hâlinde, özel hükümlerin ayrıca dikkate alınması gerekecektir; bu tarz durumlarda kesin yetki sadece davalarda değil çekişmesiz yargı işlerinde de gözetilmelidir<sup>47</sup>.

### **B) 6102 Sayılı Kanunla Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler**

6762 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde hükme bağlanmış olan "*Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası*", 6102 sayılı Kanunun yine 5'inci maddesinde düzenlenmiş; ancak bilhassa 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte yeni bir görünüm kazanmıştır.

#### **a) Çekişmesiz Yargı İşleri Ticaret Mahkemelerinin İş Sahasına Dâhil Edilmiştir**

Bilindiği üzere, Medeni Usul Hukukunun konusu, medeni yargıdır; *medeni yargı* da, çekişmeli (nizalı) ve çekişmesiz (nizasız) yargı olarak ikiye ayrılmaktadır.

*Çekişmeli yargı*, özel hukuk alanında doğan ve mahkemelerin önüne gelen davaların, hangi mahkemeler tarafından ve hangi usullere göre incelenip karara bağlanacağını düzenleyen yargı koludur; çekişmeli yargının konusu davalardır.

---

<sup>45</sup> Tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar, HMK m. 17'de öngörülen bu sınırlamayı, ifa yeri belirlemek suretiyle aşabilmektedir. Bilindiği üzere, sözleşmede ifa yeri kararlaştırılmışsa, dava ifa yeri mahkemesinde de açılabilir.

<sup>46</sup> Bkz, Yargıtay 11.HD., 15.01.2009 T. ve 9531/203 sayılı kararı (Kazancı Bilişim ve İç-tihat Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Bkz., Madde ile ilgili Gerekçe.

HMK'nun 382-388'inci maddeleri arasında düzenlene çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki farkı belirten en önemli ölçüt, "*çekişme yokluğu*"dur. Buna göre, *çekişmeli yargı*, taraflar arasında ortaya çıkmış bulunan bir uyuşmazlık hakkında karar verilmesi talebi ile açılan davalarla meşgul olurken; *çekişmesiz yargıya* tâbi olan işlerde, ilgililer arasında kural olarak bir çekişme yoktur<sup>48</sup>.

Medeni yargının konusu olan "*çekişmesiz yargı işleri*" Türk Ticaret Kanununa, 6335 sayılı Kanunla girmiş; çekişmesiz yargı işleri de ticaret mahkemelerinin iş sahasına dâhil edilmiştir.

### **b) Ticarî Davalarda Sulh Hukuk Mahkemelerinin Görevi Kaldırılmıştır**

1086 sayılı Hukuk Usulü muhakemeleri Kanununun 1'inci maddesinde, "Mahkemelerin görevi kanunla" belirleneceği ve "Görev, dava olunan şeyin değerine göre belirtilmiş ise, görevli mahkemenin tespitinde, davanın açıldığı gündeki değer esas tutulmak üzere, aşağıdakimaddeler" hükümlerinin uygulanacağı; "Faiz, icra tazminatı ve giderler görevin tespitinde hesaba" katılmayacağı öngörülmüştü.

1086 sayılı Hukuk Usulü muhakemeleri Kanununun bu düzenlemesine göre, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görev, kural olarak dava konusu mal veya hakkın miktar veya değerine göre belirlenirdi (m.8).

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında da, "*Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya **sulh hukuk mahkemesi** ticari davalara dahi bakmakla*" vazifeli (görevli) olduğu öngörüldüğü için, dava ticari dava ise, sulh hukuk mahkemesi davanın ticari bir dava olduğunu göz önünde tutar, uyuşmazlığa ticari hükümleri uygular; ancak dava sulh hukuk mahkemesinde görülürdü.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunla, 6762 sayılı Kanununun bu uygulamasına son verilmiş; "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla" görevli olduğu hükmü getirilmiştir.

---

<sup>48</sup> Kuru/ Aslan/Yılmaz, s.67.



Kanun koyucunun bu kabulüne nazaran bundan böyle, “aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir” (TTK m.5/1).

### **a) Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi ve Diğer Hukuk Mahkemeleri Arasındaki İlişki Görev İlişkisi Hâline Getirilmiştir**

“Ticaret Mahkemesinin İş Sahası”nı belirleyen 6762 sayılı Kanunun 5’inci maddesinin birinci fıkrasında, “Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir” denildikten sonra, ikinci fıkrasında, “Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4’üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır”denilmiştir.

Bu hükme nazaran, sulh hukuk mahkemesinin görevi dışında kalan bütün davalarda, asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmekte; asliye hukuk mahkemelerinin görevine giren dava, ticarî dava veya hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek işlerde ise, ticaret mahkemesince bakılacağı ifade edilmektedir.

Buna göre, ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde, ticarî davalar ile hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek işlere, asliye hukuk mahkemelerinde bakılacağı; ayrı bir ticaret mahkemesi olan yerlerde ise, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ticari davalara da, o yerdeki ticaret mahkemelerinin bakılacağı kabul edilmektedir.

Kanun koyucu tarafından, ayrı bir ticaret mahkemesi olan yerlerde ise, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ticari davalara da, o yerdeki ticaret mahkemelerinin bakılacağı esas kabul edilmekle birlikte, “*münhasıran iki tarafın arzularına tâbi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki mahiyeti itibarıyla mahkemenin iş sahasına girip girmediğinin, yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyan*” olunabileceği belirtilerek, asliye hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin, görev olmadığı, sadece **işbölümü ilişkisi** olduğu ifade edilmiştir.

Ancak bu işbölümü ilişkisi, bir yerdeki birden fazla asliye hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümünden farklı olarak ele alınmış; Kanunla düzenlenen bu işbölümü ilişkisinde tarafların işbölümü itirazında bulunabileceği kabul edilmişti (6762 sayılı TTK m.5/3).

Bir davanın hukuki niteliğine göre, asliye hukuk veya ticaret mahkemesinin iş alanına girdiği veya girmediğine ilişkin itiraz olarak kabul edilen *işbölümü itirazı*, ilk itiraz olarak ileri sürülebilirdi (6762 sayılı TTK m.5/3; 1086 sayılı HUMK m.187 vd.).

İşbölümü itirazı varit görüldüğü takdirde dosyanın ilgili mahkemeye gönderileceği; bu mahkemenin davaya bakmaya mecbur olduğu; ancak, davanın mahiyetine göre tatbiki gerekli usul ve kanun hükümlerini tatbik edeceği, **ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesininin hükmün bozulması için yalnız başına kâfi bir sebep teşkil etmeyeceği** kanun koyucunun tercihleri arasında hükme bağlanmıştı.

*İşbölümü itirazı*, cevap süresi geçtikten sonra yapılmışsa veya mahkeme işbölümü itirazını yerinde görmemişse, işbölümü itirazı reddedilir; işbölümünün reddine ilişkin karar, nihaî karar olmadığı için yalnız başına temyiz edilemez, esas hükümle birlikte temyiz edilebilirdi.

Mahkemenin işbölümünü red kararı Yargıtay tarafından, tek başına bozma sebebi olarak nitelendirilmez; hüküm başka bir nedenle bozularsa, kararı işbölümüne de uyulmaması nedeniyle bozar ve dava dosyasını, işbölümüne uygun olarak asliye hukuk veya ticaret mahkemesine yollardı (1086 sayılı HUMK m.429/1).

İşbölümü itirazı, süresi içinde yapılmışsa veya mahkeme işbölümü itirazını yerinde görmüşse, işbölümü itirazı kabul edilir ve gönderme kararı verir; o davadan elini çekerdi. Nihaî bir karar mahiyetinde olan gönderme kararına itiraz edilemediği gibi, yalnız başına temyiz de edilemezdi.

Gönderme kararı üzerine, görevsizlik kararında olduğu gibi (1086 sayılı HUMK m.27, 193; TTK m.5/4), davacının kararın verildiği tarihten itibaren *on gün içinde*, gönderen veya gönderilen mahkemeye başvurması gerekirdi (1086 sayılı HUMK m.193/2-3); davacının kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde, gönderen veya gönderilen mahkemeye başvurmaması hâlinde dava açılmamış sayılırdı (1086 sayılı HUMK m.193/4).

Davacının kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde, gönderen veya gönderilen mahkemeye başvurması hâlinde, gönderilen mahkeme davaya bakmaya mecburdu; gönderilen mahkemede görülmeye başlanan dava yeni bir dava olarak kabul edilmez; gönderme kararını veren mahkemede açılan davanın devamı addolunurdu.

Ancak belirtmek gerekir ki, buraya kadar olan açıklamalar, münhasıran iki tarafın arzusuna tâbi olan işlerle ilgilidir; münhasıran iki tarafın arzusuna tâbi olmayan işlerle ilgili davalara, mutlaka Kanunda gösterilen mahkemelerde bakılması gerekirdi (6762 sayılı TTK m.5/3)<sup>49</sup>.

Kanun koyucu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri arasındaki *işbölümü ilişkisi uygulamasına son vererek*, aralarındaki ilişkiyi **“görev”** ilişkisi olarak kabul etmiş; göreve ilişkin (6100 sayılı HMK m.1 vd.; 20; 114/1.c;115) hükümlerin uygulanacağını hükme bağlanmıştır.

### **b) Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İlişki “Görev” İlişkisi Kabul Edildiğinden, “İşbölümü” İlişkinine Müteallik Hükümler Maddeye Alınmamıştır**

6762 sayılı Kanunun *“işbölümü itirazına”* müteallik hükümleri, asliye hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki bundan böyle *“görev”* ilişkisi kabul edildiğinden, TTK’nun 5’inci maddesine alınmamıştır.

### **c) AsliyeTicaret Mahkemesi Bulunmayan Yargı Çevresindeki Bir Ticari Davada Asliye Hukuk Mahkemesinin Görevi Devam Etmektedir**

Ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevrelerinde, asliye ticaret mahkemesinin görevine giren ticarî davalarda, 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu, 6102 sayılı Kanunda da kabul edilmiştir (TTK m.5/1).

Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, bir diğer ifadeyle, ticarî davanın asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla açılmaması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davayı görmeye devam eder (TTK m.5/4).

---

<sup>49</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz tarafından yazılan *“Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı”*, Ankara 2002, s.220 vd.

## **II) 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair(Torba) Kanununun 45'inci maddesi ile Getirilen Yenilikler**

6545 sayılı Kanunun başlığı, "*Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" olmasına karşın, birçok Kanunda olduğu gibi, Türk Ticaret Kanununda da değişiklikler getirmiştir.

Bu esastan olmak üzere, 6545 sayılı Kanunla değiştirilen, 5235 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasının düzenlemesine nazaran, Ticaret Mahkemelerini görev sahası genişletilmiş; 6102 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde düzenlenmiş olan "*Ticarî Davalar ve Çekişmesiz Yargı İşlerine*" ilâveler yapılmış; ticarî iş ve ticarî hükümlerle ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir.

### **1) 6545 sayılı Kanunla Ticari Davalar Hakkında Getirilen Yenilikler**

6545 sayılı Kanunla getirilen düzenlemede, konusu parayla ölçülebilen dava ve işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, *ticaret mahkemelerinin görevli* olduğu belirtilmiş; ancak, farklı bir yaklaşımla, dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işlerin ticaret mahkemelerinde heyet hâlinde görüleceği hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucunun bu kabulünde, ticari dava açısından TTK m.4 ile bir farklılığı bulunmamakta; ticari dava olarak nitelendirmede farklı bir usul öngörülmemektedir. Buna mukabil, konusu parayla ölçülebilen dava ve işlerin ticaret mahkemesinde görülmesi ve görülme usulünde yeni bir yaklaşım getirilmiştir. Bu yaklaşıma göre, konusu parayla ölçülebilen bu dava ve işlerin ticaret mahkemesinde görülebilmesi, 6102 sayılı Kanunda kabul edildiği üzere, yine ticari dava ve çekişmesiz yargı işi olmasına bağlanmış olmasına karşın; bu dava ve işlerin bir kısmı tek hâkimli ticaret mahkemesinde ve diğerleri heyet hâlinde çalışacak ticaret mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir.

6545 sayılı Kanununun 45'inci maddesi ile değiştirilen, 5235 sayılı Kanununun 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının düzenlemesinde ticari davalar yönünden *önemli olan*, TTK m. 4'te ticari dava sayılan dava ve işlere, yeni dava ve işler ilâve edilmesidir.

6545 sayılı Kanunla değiştirilen, 5235 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasında bu davalar, 6102 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinde olduğu gibi tek tek sayılmıştır. Bu davalar, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

### **A) İflâs, iflâsın ertelenmesi, iflâsın kaldırılması, iflâsın kapatılmasından kaynaklanan davalar**

İflâs hukukunda, iflâs davasına bakmak ve iflâsa karar vermek (İİK m. 154, 158, 173, 174, 177); kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda şikâyetin kaldırılması da dâhil olmak üzere, ödeme emrine itirazın kaldırılmasını inceleyip karara bağlamak görevi ticaret mahkemesininidir (İİK m, 156/3;174). Kanun koyucu bu düzenlemesiyle, icra hukukundaki bazı görevleri, iflâs hukukunda ticaret mahkemesine vermiş; ticaret mahkemesini, iflâs davasını her yönü ile incelemekle görevlendirmiştir<sup>50</sup>.

Benzer düzenleme, “Çekişmesiz Yargı İşleri”nin düzenlendiği HMK m.382’de de yer almaktadır. HMK’nun 382’inci maddesinde, , TTK m.5 gereğince Ticaret Mahkemesinde görülecek işler arasına aldığı iflâs, iflâsın kaldırılması ve iflâsın kapanmasına karar verilmesi işleri, “*çekişmesiz yargı işleri*” arasında sayılmış ve bu Ticaret Mahkemelerinde görülmesi gerektiğini hükme bağlanmıştır.

Ticaret mahkemelerinin, tüm ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinden doğan davalar ile çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli (TTK m.5/1) nazara alındığında bu davalar zaten ticari davadır.

Hâl böyle iken, Kanun koyucu bu değişikliklerle, İcra ve İflâs Kanununda yer alan ve HMK’nun 382’inci maddesinde, “*çekişmesiz yargı işleri*” arasında sayılarak, TTK m.5 gereğince Ticaret Mahkemesinde görülecek işler arasına aldığı iflâs, iflâsın kaldırılması ve iflâsın kapanmasına karar verilmesi işlerini, *çekişmeli yargı için deticarî* dava olarak kabul etmiş ve Ticaret Mahkemelerinde görülmesi gerektiğini *tekrar* hükme bağlamıştır.

Bu düzenlemenin nedeni anlaşılammakla birlikte, bilindiği üzere, “İflâs yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tâbi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflâsa tâbi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır” (İİK m.43).

Bu hükme göre, kural olarak sadece tacirler iflâsa tâbidir. Bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. İİK m.43/1’de, bu kural ve istisnalar iyi bir şekilde ifade edilmektedir. Buna göre iflâsa tâbi tutulanları üç grupta incelemek mümkündür: (1) *Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılanlar,*

---

<sup>50</sup> Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (İcra İflâs), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.473 vd.

(2) *Ticaret Kanunu gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tâbi bulunanlar* ve (3) *özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflâsa tâbi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar* (İİK m.44/2; TTK m.240; BankK m.110; SerPK m.98).

Buna göre, bu tür davaların ticarî dava sayılarak Ticaret Mahkemelelerinde görülecek olması, bilhassa tacir olmadıkları halde özel kanunlarına göre iflâsa tâbi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar açısından tereddütleri gidermeyi amaçlamaktadır diye düşünülebilir.

### **B) Konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalar**

İcra ve İflâs Kanununun 285 vd. maddelerinde hükme bağlanan konkordato, elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen ve mali durumu bozulmuş olan borçluları korumak ve bu durumda olan bir borçlunun alacaklıları arasındaki eşitliği sağlamak için kabul edilmiş; *ticaret mahkemesinin tasdiki* ile hüküm ifade eden bir cebri anlaşmadır<sup>51</sup>.

Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen *herhangi bir borçlunun*, mahkemeye gerekçeli bir dilekçe ve bir konkordato projesi vermesi gerekmektedir (İİK m.285/1). İcra ve İflâs Kanununun bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, adi konkordato hükümlerinden istifade etmek isteyen kişinin, tacir olması, borçlarının ticari işletme münasebetiyle olması gerekmez; herhangi bir borçlu konkordato talebinde bulunabilir. Konkordato talebinde bulunacak kişilerin iflâsa tâbi kişilerden olup olmaması, sadece uygulanacak hükümler açısından önemlidir. Buna göre, iflâsa tâbi olmayan kişiler ile iflâsa tâbi olmakla beraber, iflâs dışı konkordato yaparak iflâsını önlemek isteyen kişiler, İİK m.285-308 hükümlerine tâbi tutulurken; iflâs etmiş bir kişi, İİK'nun 309'uncu maddesi hükmünden istifade edebilecektir.

Konkordato ile ilgili düzenlemeye daha sonra, 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanunun 84'üncü maddesiyle 309'uncu maddeden sonra gelmek üzere "*III. Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*" ibaresi üst başlık olarak eklenmiş; konkordatonun bir türü olarak hukukumuzda girmiştir (İİK m.309/a-309/l).

Bu değişikliği takiben, 21.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5092 sayılı Kanun ile de, "*Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla*

<sup>51</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, (İcra İflâs), s.625 vd.

*Yeniden Yapılandırılması*” müessesesi de İcra ve İflâs Kanununa (m.309/m-309/ü) dâhil edilmiştir.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması, bütün borçluların istifade edeceği bir müessese olarak kabul edilmemiş; uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma hükümlerinden sadece sermaye şirketleri ve kooperatiflerin faydalanabileceği hükme bağlanmıştır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5’inci maddesinin yeniden düzenlenen üçüncü fıkrası ile getirilen hükümlerle, hem *konkordato* (İİK m.285 vd) hem de *uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma* (m.309/m-309/ü) doğan davaların (TTK m. 4’te sayılmamasına karşın), ticari dava sayılacağı; bu davaların ticaret mahkemelerinde görüleceği kabul edilmiştir.

### **C) 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasına ilişkin hususlardan doğan davalar**

Türk hukukunda tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen iç tahkim (HMK m.407-444) ile ülkemizde de yürürlükte olan, *4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda* düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, tahkim konusunda bunlardan başka düzenlemeler ve düzenlemelerin yanında, Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda vardır. Kaldı ki, yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınıp tanınmayacağı veya tenfiz edilip edilemeyeceği konusunda, gerek öğretilerde gerek Yargıtay kararlarında yoğun tartışmaların yapıldığı bilinmektedir<sup>52</sup>.

Kanun koyucu bu husustaki tereddütleri gidermek maksadıyla olsa gerek, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaları” ticari dava sayarak, ticaret mahkemelerinde görüleceğini hükme bağlamıştır.

---

<sup>52</sup> Bu hususta bkz., Pekcanitez/Atalay/ Özekes, s.904 vd.

### **3) 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 45'inci Maddesi ile Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler**

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 45'inci maddesi ile bilhassa Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası Hakkında yenilikler getirilmiştir. Bu yenilikleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

#### **A) Kanun Değişikliği ile Ticaret Mahkemelerinin Toplu Mahkeme Olduğu Hükmü Tekrar Getirilmiştir**

1879 yılında yürürlüğe konulan "*Mehakimi Nizamiyenin Teşkilat Kanunu Muvakkati*", 1924 yılında çıkarılan 469 sayılı "*Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun*" ile kaldırılmış; 469 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde, "*Hukuk mahkemelerinin, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeler*" olduğu hükme bağlanmıştı.

469 sayılı Kanunun 2'nci maddesinde, "İcabeden yerlerde mahakimi asliye mütaadditdevaire taksim olunur. Bu takdirde devair rüesasının biri reisi evvel, diğerleri reisi saniünvanını haiz olur" denilerek, asliye hukuk mahkemelerinin birden fazla dairelere bölünebileceği kabul edilerek, asliye hukuk mahkemelerinin bir dairesi olarak, toplu mahkeme niteliğindeki "ticaret mahkemeleri"nin kurulması imkânı sağlanmıştı.

469 sayılı Kanunu bu düzenlemesi doğrultusunda, 865 sayılı Ticaret Kanunumuzda, *çözümü hâkimin özel uzmanlığını gerektiren* kimi ticarî işlerden doğan uyuşmazlıkların, ticaret mahkemelerinde çözümlenmesi ilkesini kabul etmişti (Bkz., m.26, 28, 369, 381, 424 vb.).

Bu düzenlemelerden hareket eden kanun koyucu 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, "Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir" hükmünü vaz ederek asliye hukuk mahkemelerinin ticari davalarda görevli olduğunu ifade etmiş; ikinci fıkrada ise, "Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4'üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır" diyerek, kimi ticari davaların ticaret mahkemelerinde görüleceğini hükme bağlamıştır.



6762 sayılı Kanunun kabul ettiği sistemde, ticaret mahkemeleri ihtisas mahkemeleri olarak öngörülmekle birlikte, ticaret mahkemelerinin *tüm ticari uyuşmazlıklarda görevli mahkeme olmadığı; hâkimin özel uzmanlığını gerektiren* bazı davaların da ticaret mahkemelerinin görev sahasına girdiği görülmektedir (6762 sayılı TTK m.4-5).

469 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5235 sayılı, “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”da da, “hukuk mahkemelerinin, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleri” (m.4) olduğu belirtilerek, asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır”(m.5) hükmü benimsenmiş; ticarî konularda çıkan bazı uyuşmazlıkların, hâkimin uzmanlığı gerektiren bir husus olduğundan hareketle, ticaret mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür.

*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair* 6110 sayılı Kanunun 13’üncü maddesi ile 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5’inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış; Sulh hukuk, asliye hukuk mahkemelerinin yanında *asliye ticaret mahkemelerinin* de **tek hâkimli** olacağı hükme bağlanmıştır.

6110 sayılı Kanunun bu düzenlemesi ile Kanunun yürürlük tarihi olan RG de yayınlanmasıyla birlikte, 14.02.2011 tarihinden itibaren Ticaret Mahkemeleri de tek hâkimli mahkeme hâline getirilmiştir<sup>53</sup>.

Ancak bu uygulama fazla devam ettirilememiş; *Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair* **6545** sayılı Kanunun 45’inci maddesiyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanunun 5’inci

---

<sup>53</sup> 6110 Sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesi; “Bu Kanunla, 5235 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yetkilendirme veya tayin işlemleri yapılır ve bu mahkemelerin tek hâkimli olarak çalışmaya başlayacakları tarih belirlenerek Resmî Gazete’de ilân edilir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen ve ilân edilen tarihe kadar heyet hâlinde çalışmaya devam eder.” hükmüne yer verilmiş; uygulama, HSYK’nun 16.05.2011 tarihli kararı ile hayata geçirilmiştir.

maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmiştir.

Yapılan değişiklikle, ticaret mahkemeleri tekrar toplu mahkeme hâline getirilmiş; HSYK, 6545 sayılı *Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun* 45'inci maddesi ile değişik 5235 sayılı Kanunun 5'inci maddesi ile aynı Kanuna eklenen geçici 5'inci maddesi gereğince faaliyette bulunacak asliye ticaret mahkemelerinin sayısı ile faaliyete geçirilecekleri tarih ... HSYK Birinci Dairesinde görüşülerek 26.08.2014 tarihinde karara bağlanmış; ticaret mahkemeleri 15.09.2014 tarihinde tekrar toplu mahkeme hâline dönüştürülmüştür<sup>54</sup>.

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 45'inci maddesi ile değişik 5235 sayılı Kanunun 5'inci maddesi ile Ticaret Mahkemeleri **sadece** toplu mahkeme hâline getirilmemiş; Ticaret Mahkemelerinin hangi davalara nasıl bakacağı da hükme bağlanmıştır.

### **B) Ticaret Mahkemelerinde “Heyet Hâlinde Görülecek Davalar” ile “Tek Hâkimle Görülecek Davalar” Ayrımı Yapılmıştır**

Kanun koyucu, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5'inci maddesinin mülga üçüncü fıkrasını değiştirerek, Asliye Ticaret Mahkemeleri tek hâkimli mahkemeler olmaktan çıkarmış; ancak kimi davaların tek hâkimle görüleceğini hükme bağlayarak değişik bir düzenlemeye getirmiş; toplu mahkeme olan ticaret mahkemelerinin bazı davaları heyet hâlinde görmesi gerekmediği sonucuna varmıştır.

Kanun koyucu bu düzenlemeyle, ticaret mahkemelerinin, konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının

---

<sup>54</sup> HSYK Birinci Dairesinde görüşülerek 26.08.2014 tarihinde alınan kararda;  
 “1) İş, kadro ve ihtiyaç durumu gözetilerek, bir başkan ve yeteri kadar üye görevlendirilmek üzere Adana’da 1-2, Ankara’da 1-12, Ankara Batı’da 1, Antalya’da 1-3, Bakırköy’de 1-7, Bursa’da 1-2, Denizli’de 1, Eskişehir’de 1, Gaziantep’de 1, İstanbul 1-18, İstanbul Anadolu’da 1-7, İzmir’de 1-5, Karşıyaka’da 1, Kayseri’de 1, Kocaeli’nde 1, Konya’da 1-2, Mersin’de 1-2, Samsun’da 1, Trabzon’da 1’inci asliye ticaret mahkemelerinin faaliyetlerinin devam etmesine, bu mahallerde bulunan diğer asliye ticaret mahkemelerinin faaliyetlerini durdurulmasına,  
 2) Birinci bentte belirtilen asliye ticaret mahkemelerinin 15.09.2014 tarihinde faaliyete geçirilmelerine, bu mahallerde faaliyette bulunan diğer asliye ticaret mahkemelerinin 15.09.2014 tarihinde faaliyetlerinin durdurulmasına 26/08/2014 tarih ve 1875 sayı ile karar verilmiştir” denilmiştir.

üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın 5235 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında sayılan dava ve işleri heyet halinde; diğer dava ve işleri ise tek hâkimle görerek karara bağlayacağını kabul etmiştir.

Ticaret mahkemesinin görev alanına giren davaların büyük bir kısmının konusunun üçyüzbin Türk Lirasının altında olduğu nazara alınırsa, davaların büyük bir kısmının bundan böyle de tek hâkim tarafından görülüp karara bağlanacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu hâliyle, tekhâkim ile yargılamasının sadeliğinden istifade etmek isteyen kanun koyucu, ticarî davaları, *önemli ve daha az önemli* ayrımına tâbi tutarak, önemli ticari davaların heyet halinde yargılamasını arzu etmiş; önemli davaların üçhâkimin denetim ve gözetiminde yapılmasını hükme bağlamıştır.

### **C) Kanun Değişikliği ile Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahaları ile İlgili Yeni Hükümlere Yer Verilmiştir**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinde, "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" denilmek suretiyle, Ticaret Mahkemelerinin görevi belirlenmiş; Kanunun 4'üncü maddesi mucibince "ticarî dava ve çekişmesiz yargı işi" sayılan bütün yargı işlerine, asliye ticaret mahkemelerinin bakacağı hükme bağlanmıştır.

6545 sayılı Kanunla değiştirilen, 5235 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasının düzenlemesiyle Ticaret Mahkemelerini görev sahası genişletilmiş; 6102 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde düzenlenmiş olan "Ticarî Davalar ve Çekişmesiz Yargı İşlerine" ilâveler yapılmış; bazı davaların heyet hâlinde, bazılarının ise tek hâkimli olarak görüleceğini hükme bağlamıştır.

### **a) Heyet Hâlinde veya Tek Hâkimle Görülmek Üzere Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahasına Dâhil Edilen Dava ve İşler**

Kanun koyucu, 5235 sayılı Adli Yargılık Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5'inci maddesinin mülga üçüncü fıkrasını yeniden düzenleyerek, heyet hâlinde veya tek hâkimle görülecek dava ve işler ayrımına gitmiş ve bunların görev sahasını belirlemiştir.

### **aa) Heyet Hâlinde Görülmek Üzere Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahasına Dâhil Edilen Dava ve İşler**

Ticaret mahkemelerinin *heyet hâlinde* göreceği dava ve işler, konusu parayla ölçülen işler ile değerine bakılmaksızın bazı işler ayırımına tâbi tutulmuştur.

#### **aaa) Konusu parayla ölçülebilen dava ve işler**

Bilindiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, *dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın* malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli asıl mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (6100 sayılı HMK m.2/1).

Bu husus Türk Ticaret Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına **bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin tümticari davalara bakmakla görevli**" olduğu şeklinde hükme bağlanmış; sulh hukuk mahkemelerinin ticari davalarla ilgili olarak görevine son verildikten başka, ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, "**görev**" ilişkisi hâline getirilmiştir (TTK m.5/3).

Türk Ticaret Kanunundaki bu düzenleme ile asliye hukuk mahkemelerinin ticari davalarla ilgili olarak görevine son verilmiş olmasına karşın, kanun koyucu yaptığı bu son değişiklikle, dava değeri bakımından bir ayırımı giderek, "*konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ticaret mahkemelerinde bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülüp ve sonuçlandırılacaktır*" hükmünü getirmiş; ticaret mahkemelerinin bünyesinde, ismini koymadan, tekrarasliye hukuk mahkemeleri gibi tek hâkimle karar verecek bir düzenlemeyi getirmiş, "*konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk Lirası ve altında olan ticari dava ve işlere*" tek hâkimin bakacağını kabul etmiştir.

Ancak bu dava ve işlerin ticaret mahkemesinde görülebilmesi için, 6102 sayılı Kanunda kabul edildiği gibi, ticari dava ve çekişmesiz yargı işi olması gerekir.

#### **bbb) Dava değerine bakılmaksızın Kanunda gösterilen bazı davalar**

Bu davalar, 6102 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde olduğu gibi tek tek sayılmıştır.

**(a) İflâs, iflâsın ertelenmesi, iflâsın kaldırılması, iflâsın kapatılmasından kaynaklanan davalar ticari dava sayılarak, Ticaret Mahkemelerinin görev sahasına girdiği hükme bağlanmıştır**

Yukarıda belirtildiği üzere, zaten ticaret mahkemelerinde görülen bu davalar, 6545 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeyle, *iflâs, iflâsın ertelenmesi, iflâsın kaldırılması, iflâsın kapatılmasından kaynaklanan davalar*, TTK m.4'te hükme bağlanan ticari davalardan sayılarak, Ticaret Mahkemelerinin görev sahasına dâhil edilmiş; belki de, bilhassa tacir olmadıkları halde özel kanunlarına göre iflâsa tâbi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar açısından tereddütleri gidermiştir.

**(b) Konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalar ticari dava sayılarak, Ticaret Mahkemelerinin görev sahasına girdiği hükme bağlanmıştır**

Kanun koyucu, İcra İflâs Kanununa göre ticaret mahkemelerinde görülen, ancak TTK m.4 içinde ticari dava olarak sayılmayan "*konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davaları*" da ticari dava olarak kabul etmiş; bu davaların da ticaret mahkemelerinde heyet hâlinde yürütülüp sonuçlandırılacağı esasını benimsemiştir.

**(c) Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalar**

Türk Ticaret Kanununda bazı işler ile davalar, hâkimin kesin karara bağlayacağı iş ve davalardan sayılmıştır; bu hususlarda hâkimin verdiği karar kesindir. Bunlar:

(1) Kollektif Şirketlerde Ortaklarla tasfiye memurları arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar (TTK m.268/3).

(2) Komandit şirket ortakları komanditerlerin şirket envanteri, bilançosu ve finansal tabloları incelenmesi için uzman seçtiğinde bu uzmanın şahsı ile ilgili itirazlar olması durumunda mahkemeden uzman atanmasını istemine ilişkin davalar (TTK m.310/2).

(3) Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi ve başkanının bilgi alma hakkının engellenmesi sonucu açılan davalar (TTK m.392/4-5).

(4) Anonim şirketlerde denetçi seçilememesi nedeniyle denetçi atanması için ya da seçilen denetçinin görevinin engellenmesi nedeniyle açılacak davalar (TTK m.399/6-7).

(5) Anonim Şirket ile denetçi arasındaki görüş ayrılıkları çıkması sonucu açılan davalar (TTK m.405)

(6) Anonim Şirket genel kurulunun toplantıya çağrılmasına ilişkin dava (TTK m.410).

(7) Anonim Şirketlerde pay sahiplerinin genel kurulun toplanması veya gündeme madde konulması talepli davalar (TTK m.412).

(8) Anonim Şirketlerde bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen pay sahiplerinin açmış olduğu davalar (TTK m.437).

(9) Anonim şirketlerde pay sahiplerinin özel denetçi atanması istemlerine ilişkin davalar (TTK m.438-440).

(10) Anonim Şirketlerde Mahkemece atanan denetçilere bilgi verilmemesi üzerine açılan davalar (TTK m.441).

(11) Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Gerçek değerini belirlenmesi yönünde açılan davalar (TTK m.597).

(12) Limited şirketlerde ortakların bilgi alma ve inceleme hakkının engellenmesi sonucu açılan davalar (TTK m.614).

(13) Gemi adamlarına ve kurtaranın diğer adamlarına verilecek pay cetveline karşı açılan davalar (TTK m.1310)<sup>55</sup>.

Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan bütün hususlardan doğan hukuk davaları TTK m.4/1.a gereği zaten (mutlak) ticarî dava olarak kabul edilmişken, bu değişiklikte, bir kez daha, Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalar ticarî dava kabul edilerek; bu tür davalara da ticaret mahkemesinin *heyet hâlinde bakacağı* hükme bağlanmıştır.

#### **(d) Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalar**

Kanun koyucunun buradaki *şirketlerden* muradı, genel kurulu bulunan şirketlerdir. Genel kurulu bulunan şirketler, TTK m.124/2'de sermaye şirketi olarak tavsif edilen şirketlerdir. Sermaye şirketleri de Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş; TTK m.4/1.a hükmü gereğince de, Türk

---

<sup>55</sup> Tuztaş, Hüseyin, ulaşım adresi: [www.gençbaro.org](http://www.gençbaro.org)

Ticaret Kanununda düzenlenen işlerden doğan davalar, ticari dava sayılarak, bu davaların ticaret mahkemelerinde görüleceği TTK m.5'de hükme bağlanmıştır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 99'uncu maddesinin birinci fıkrasında da, "Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava" sayılacağı kabul edilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, Kanunda yapılan bu değişiklikte, ticaret mahkemelerinin görev sahasını genişletilmemiş; sadece bu davaların *heyet hâlinde* görüleceği hükme bağlanmıştır.

#### **(e) Şirket ve Kooperatif yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk(tazminat) davaları**

Bu davaların da, TTK m.4/1.a ve KoopK m.99/1 gereği ticari dava olduğu ve ticaret mahkemelerinde görüleceği tartışmasızdır; ticaret mahkemelerinin bu davalara *heyet hâlinde* bakacağı hüküm altına alınmıştır.

#### **(f) Şirket ve Kooperatif yönetim organları ve denetim organlarının azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalar**

Kanun koyucu, zaten ticari dava konusu olan şirket ve kooperatif organların azline ilişkin davalar ile şirkete ve kooperatife geçici organ atanmasına ilişkin davaların, ticaret mahkemelerinde *heyet hâlinde* görüşüleceği hükmünü getirmiştir.

#### **(g) Şirketin ve kooperatifin fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalar**

TTK m.4/1.a ve KoopK m.99/1 gereği ticari dava olan *şirketin ve kooperatifin fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davaların* da ticaret mahkemelerinde *heyet hâlinde* görüleceğini öngörmüştür.

#### **(h) Tahkim yargılamasından doğan davalar**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalar, ticari dava olarak kabul edilmiş; bu davaların da ticaret mahkemelerinde *heyet hâlinde* görüşüleceğini hükme bağlayarak, ticaret mahkemelerinin görev sahasına dâhil etmiştir.

**(1) Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler**

Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceği HMK m. 389'da hükme bağlanmıştır.

İhtiyati tedbirin, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği (HMK m.390/1) nazara alındığında, ticari davalara ilişkin olarak görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu bu kez, bu davaların ticaret mahkemelerinde *heyet hâlinde* görüşülmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş ihtiyati tedbirin özel bir çeşidi olan ihtiyati haciz, sadece para alacaklarına ilişkin davalarda veya icra takiplerinde söz konusudur. İcra ve İflâs Kanununda "*İhtiyati hacze 50'nci maddeye göre yetkili mahkeme tarafından karar verilir*" (İİK m.258) denilmiş olmasına karşın, atıf yapılan maddede yetkili mahkeme belirlenmiş; ihtiyati haciz için görevli mahkeme, Kanunda gösterilmemiştir.

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde sorun, ihtiyati haciz istemine konu olan alacağın miktarına ve niteliğine göre çözümlenmekteydi (HUMK m.8). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2'nci maddesinde, "*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir*" hükmü getirildiğinden, bundan böyle ihtiyati haciz ile ilgili uyuşmazlıklara, alacağın miktarına bakılmaksızın, asliye hukuk mahkemelerinde bakılması gerekmektedir.

Durum böyle olmakla birlikte, Yargıtay 4'üncü dairesi verdiği bir kararda<sup>56</sup>, "ihtiyati haciz talep edilebilecek mahkemenin asliye hukuk mahkemesi değil sulh hukuk mahkemesi olduğuna" dair yerel mahkemenin

---

<sup>56</sup> Yargıtay 4.HD., 07.12.2013 T., 17636/1888



kararını onaylamış; Yargıtay 17'nci hukuk dairesi ise, "ihtiyati haciz kararı vermekte yetkili ve görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesi olduğuna" hükmetmiştir<sup>57</sup>. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi ise verdiği bir kararda<sup>58</sup>, "alacaklı bankanın para alacağı yanında teminat alacağı için de ihtiyati haciz talebinde bulunabileceğini" belirterek "ihtiyati haciz konusunda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu" kabul etmiştir<sup>59</sup>.

Kanun koyucu yaptığı bu değişiklikle, tereddütleri ortadan kaldırmış, "dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de **heyet** tarafından incelenir ve karara" bağlanacağını kabul etmiştir.

### **bb) Mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülüp ve karara bağlanacak dava ve işler**

Ticaret Mahkemeleri tekrar toplu mahkeme hâline getirilmiş olmasına karşın, kanun koyucu, heyet ile görülüp karara bağlanması gereken davaları tek tek *sınırlı olarak saymış; yasada açıkça belirtilen davalar dışındaki tüm davaların* tek hâkim tarafından görülüp karara bağlanacağı esasını getirmiştir.

Ticaret mahkemelerinde heyet hâlinde görülecek dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar, mahkeme hâkimlerinden biri tarafından; diğer bir söyleyişle, tek hâkim tarafından görülüp karara bağlanacak davlardır.

### **b) Yargılamanın heyet hâlinde veya tek hâkimle yapılmasına karar verme yetkisi**

Kanun koyucu, açılan davanın, heyet halinde mi? yoksa tek hâkim ile mi? görüleceğine kimin karar vereceğini hükme bağlamamıştır. Ancak, *tek hâkimle görülecek davaların, başkan ve mahkeme üyeleri arasında, işlerde denge sağlanacak biçimde nasıl dağıtılacağıının, mahkeme başkanı*

<sup>57</sup> Yargıtay 17.HD., 14.12.2012 T., 3931/14099

<sup>58</sup> Yargıtay 11.HD., 14.01.2013 T., 18205/606; 22.10.2012 T., 14297/16782

<sup>59</sup> Yukarıdaki kararlar ve değerlendirme için bkz., Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.3, b.3, Ankara 2014, s.3985 vd.; Yargıtay 4, 11 ve 17'nci daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesi için" 18.07.2013 tarihinde yapılan bir başvuru Birinci Başkanlık Kurulunun 23.01.2014 tarih ve 10 sayılı kararı ile "konu ile ilgili olarak Daireler arasında uygulama yönünden görüş farklılığı olmadığı ve aykırı yöndeki münferit nitelikteki kararın süreklilik arz etmediği" gerekçesiyle, bu konuda "içtihatlar birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına" oybirliği ile karar verilmiştir (Bkz., age., s.3985-3986).

*tarafından önceden tespit edilmesi gerektiği* hükmünden hareketle; davanın heyet hâlinde mi? yoksa tek hâkimle mi? görüleceğine de **mahkeme başkanının** karar vereceği sonucuna varılabilir.

Bu kabule göre, davanın heyet hâlinde veya tek hâkimle görüşüleceğine karar verme yetkisi ile tek hâkimle görülüp karara bağlanması gereken davalarda, davanın mahkemenin hangi hâkimi tarafından görüleceğine karar verme yetkisi, mahkeme başkanına verilmiş; mahkeme hâkimleri arasında davaların dengeli bir biçimde dağıtılmasının sorumluluğu ve yetkisi mahkeme başkanına bırakılmıştır.

Bazı sorunların çözümü için, mahkeme başkanının bu yetkisinin yargısal bir faaliyet olup olmadığının tespiti önemlidir.

Genel kabule göre *yargısal faaliyet*, biri şekli diğeri maddi anlamda olmak üzere, iki noktadan hareketle tarif edilmektedir. Şeklî anlamdaki faaliyetin ölçüsü, faaliyette bulunan makamdır. Buna göre, mahkemelerin her türlü faaliyeti yargısalıdır. Ancak bu şekilde bir tarif, yargı kavramını açıklamakta yetersizdir. Zira mahkemelerin tüm faaliyetleri yargısal değildir; mahkemenin yargı faaliyetlerinin yanı sıra kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi gibi idari faaliyetleri de vardır.

Bir mahkeme faaliyetinin gerçekten yargısal olup olmadığını anlayabilmek için, yargının maddi anlamda tarifine başvurmak gerekir. Maddî anlamda yargı, maddi hukuk kurallarının, bağımsız hâkimler tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır. Yargı denilince, genellikle maddi anlamda yargı akla gelir; mahkemelerin idari faaliyetlerinde bu özellikler bulunmaz<sup>60</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, mahkeme başkanının açılan davanın, heyet halinde mi? yoksa tek hâkim ile mi? görüleceğine; tek hâkimle görüşülmesi hâlinde hangi üyenin davayı göreceğine ilişkin kararı yargısal faaliyet olarak değil, *idari bir işlem* olarak değerlendirilmelidir<sup>61</sup>.

İdari işlemlerde *usulde paralellik ilkesi* benimsenmiştir. Usulde paralellik ilkesine göre, bir işlemin yapılması için kullanılan usul, kanun aksini

<sup>60</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, s.56.

<sup>61</sup> İdari işlem, idarenin hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak ifade edilmektedir (Bu husustaki açıklamalar için bkz., Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2005, s.99 vd.).

öngörmemişse, o işlemin değiştirilmesi veya ilga edilmesi için de kullanılmalıdır<sup>62</sup>.

Mahkeme başkanının açılan davanın, heyet halinde mi? yoksa tek hâkim ile mi? görüleceğine; tek hâkimle görüşülmesi hâlinde hangi üyenin davayı göreceğine ilişkin kararının idari bir işlem olarak kabulü hâlinde, idari işlemlerde kabul edilen *usulde paralellik* ilkesi gereğince, ilk tevziden sonra yargılama başlamadan veya yargılamanın devamı esnasında davanın heyetten alınıp tek hâkime verilmesi veya tersinin olması yahut ilk tevzi üzerine dava kendisine verilen hâkimden alınıp diğer bir üyeye verilmesi mümkün görülmektedir; Kanunda böyle bir uygulamayı engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu tereddütleri gidermek uğruna, gerek heyete gerekse tek hâkime davaların dağıtılmasından sonra veya ticaret mahkemesi yargılamasının her aşamasında; heyet hâlinde görülüp karara bağlanması gereken davanın tek hâkim ile görülüp karara bağlanmasına ya da tek hâkimle yargılanmasına başlanan davanın heyet hâlinde yargılamasının devam edilmesine yahut davanın hâkiminin değiştirilmesine ilişkin kararların, mahkeme tarafından ve heyet hâlinde verilmesi gerektiğinin kabulünün daha doğru olacağı düşünülmektedir.

### **c) Heyet ile veya tek hâkimle görülecek dava ve işlerde heyet ile tek hâkim arasındaki kuralların niteliği**

Belirtmek gerekir ki, heyet halinde görülüp karara bağlanması gereken davanın tek hâkim ile görülüp karara bağlanmasına ya da tek hâkimle yargılanmasına başlanan davanın heyet halinde yargılamasının devam edilmesine karar verildiğinde, mahkemenin diğer üyelerinin ve tarafların itirazı hususunda da Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu hususta Kanunda bir hüküm bulunmamakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, davayı gören heyetin veya üyenin, *görevsizlik kararı* verebileceğinin; tarafların da davanın her safhasında davanın heyet hâlinde veya tek hâkimle görülmesi gerektiği yönünde görev itirazında bulunabileceğinin kabulü gerekir (HMK m.115/1).

---

<sup>62</sup> Usulde paralellik ilkesi, ilk işlemin negatif niteliğinde bir "karşıt işlem" in yapılması söz konusu olduğu durumlarda da uygulanabilen bir ilkedir. Usulde paralellik ilkesi, sadece ilk işleme ilişkin her işlemde değil, ilk işlemin karşıt işlemi niteliğinde olan işlemler için de geçerlidir (Bu husustaki açıklamalar için bkz., Gözler, s. 99 vd.).

Bu nedenle, heyet ve tek hâkim arasındaki ilişkinin “görev” ilişkisi olduğu söylenebilir.

Buradaki sorun, Hukuk Muhakemeleri Kanununda *bu tür bir görev ilişkisinin düzenlenmemiş* olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, kamu düzeni niteliğinde olan görev kuralları (m.1, c.2), dava şartlarından (m.114//1); mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa, kendiliğinden görevsizlik kararı verir (m.115/1). Görevsizlik kararı veren mahkeme, görevsizlik kararında, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir; dava dosyasını kendiliğinden görevli mahkemeye gönderemez. Dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilebilmesi veya davaya görevli mahkemede bakılabilmesi için, taraflardan birinin, *iki hafta içinde*, görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurması gerekir; aksi hâlde dava açılmamış sayılır (m.20). Görevsizlik kararı ile mahkeme davadan elini çeker; görevsizlik kararı nihaî bir karardır<sup>63</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki bu hükümlerin, heyet ve tek hâkim arasındaki ilişkilere uygulanması, aynı mahkeme içinde bir “görev” uyumsuzluğu sebebiyle, bazı sıkıntılara yol açabilecek mahiyette görülmektedir.

Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, görevsizlik kararı veren mahkeme, görevsizlik kararında, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir. Taraflardan birinin, *iki hafta içinde*, görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurması gerekir; aksi hâlde dava açılmamış sayılır (HMK m.20). Kaldı ki, görevsizlik kararı, kanun yoluna gidilmeksizin kesinleşmiş ise, bu görevsizlik kararı, dosya kendisine gönderilen mahkemeyi de bağlamaz (HMK m.23); davya kendisine gönderilen mahkeme de, kendisinin görevli olmadığına, bilâkis asıl görevli mahkemenin, dava dosyasını gönderen mahkeme olduğuna karar verebilir. İki mahkemenin aynı dava hakkında göreve ilişkin olarak verdikleri kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleştiği takdirde, görevli mahkeme, ilgisine göre bölge adliye mahkemesince veya Yargıtay’ca belirlenir (HMK m.22/2).

Bu tür bir uygulama, davasını yetkili ve görevli mahkemede açmış olan davacının mahkemedен beklentisini geciktireceği gibi, kimi zaman

---

<sup>63</sup> Bu hususta açıklamalar için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, s.127 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.132 vd.

telâfisi imkânsız zarara da sebebiyet verebilir. Bu nedenle, mahkeme içindeki bu ilişkinin mahiyetinin kanun koyucu tarafından bir an evvel düzenlenmesi; bu düzenleme yapılmayacaksa, mahkeme içindeki bu sorunların, HMK'daki *görevsizlik kararı* hükümlerine göre değil, heyet hâlinde kendi içinde görüşülerek çözülmesi isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Kurumları ve hükümleri bağlamında oluşan özgün öğretiler ve ufuk açan ilkesel içtihatlarla, Türk hukukunda örnek alınan, çağdaşları arasında saygın bir yeri olan, nesnel adalete dayanan çözümler sunarak *temel kanun konumunu kazanmış bir Kanun* olarak değerlendirilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, gerekçede belirtilen kimi sebeplerle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun hazırlanmasında da önemli bir rol oynamış, *6762 sayılı Kanunun temel felsefesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda da benimsenmiştir.*

Diğer Kanunlar gibi, *temel kanun* konumunu kazanan Kanunların da değiştirilmesi gerekebilir. Kanun koyucu kimi gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun değiştirilmesi gerektiği kanaatine vararak, 90'lı yıllardan başlamak üzere, hazırlık çalışmalarına başlamış; 2000 yılının Nisan ayından itibaren beş yıl çalışan bir komisyon teşekkül ettirmiştir. Kurulan komisyon tarafından hazırlanan metin, 2005 yılının Kasım ayında Adalet Komisyonuna gönderilmiştir. Aradan üç yıl geçmesini müteakip, temel Kanun olarak görüşmelerine başlanan Tasarının ilk 76 maddesi kabul edildikten sonra, Tasarının görüşmelerine ara verilmiş; nihayet 13.01.2011 tarihinde yapılan toplantıda, kalan maddeler hızlı bir şekilde kabul edilmiş ve Tasarı kanunlaşmış, Kanunun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

Ancak 6102 sayılı Kanun henüz yürürlüğe girmeden, 26.06.2012 tarihinde 6335 sayılı Kanunla, 6102 sayılı Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Türk Ticaret Kanununun 4 ve 5'inci maddeleri de bu değişiklikten nasibini almış; bilhassa 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilerek, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki, "*görev ilişkisi*" olarak kabul edilmiştir.

Burada belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanununun 4 ve 5'inci maddelerine yapılan müdahaleler, bu değişiklikle sınırlı kalmamış;

09.02.2011 tarihli (Türk Ticaret Kanununun kabulünden 27 gün sonra) “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un (**Torba Kanun**) 13’üncü maddesinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında yaptığı değişiklikle, *Ticaret Mahkemeleri tek hâkimli mahkeme* hâline dönüştürülmüş; bu değişikliğin üzerinden çok geçmeden, 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı, yine “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (**Torba Kanun**) ile Ticaret Mahkemeleri tekrar toplu mahkeme hâline dönüştürülmüştür. Yapılan değişiklikte Ticaret Mahkemeleri tekrar toplu mahkeme hâline dönüştürülmekle kalmamış, yargılamaya da yeni esaslar da getirilmiştir.

Kanun Koyucunun yetkisi dâhilinde yapılan bu değişikliklerin, kanun koyucunun tercihi olduğunu kabul etmekle birlikte, yapılan değişikliklerin, mevzuat hazırlama usul ve esaslarına uygun olmadığını düşünüyorum.

Mevzuat hazırlamanın, bu bağlamda kanun yapmanın kendine has bir usulü bulunmaktadır. Bu usul, aynı zamanda, Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan bir “*Yönetmelik*” ile de mevzuat hâlini almıştır.

Temel Kanun görünümünü kazanan Türk Ticaret Kanununu yakından ilgilendiren değişikliklerin, en azından “*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Yönetmeliği*”ne uygun olarak hazırlanmasını gönül arzu ediyordu; ancak bu hususlara dahi riayet edilmediği gözlemlenmektedir.

19.12.2005 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek, 17.02.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan “**Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Yönetmeliği**”nin 4’üncü maddesinde yer alan, “*Taslaklar üst hukuk normlarına aykırı olamaz. Taslaklar düzenleme amacına uygun olarak hazırlanır. Taslaklar hazırlanırken yargı kararları göz önünde bulundurulur. Taslaklar hazırlanırken düzenlenen alanlara ilişkin mevzuatın tamamı gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişiklikler yapılır veya anılan hükümlerden ihtiyaç duyulanlar taslağa alınarak ihtiyaç duyulmayan hükümler yürürlükten kaldırılır. Çerçeve taslaklarda, ilgili mevzuata işlenemeyecek ve onun dışında kalarak tek metin olma özelliğini bozacak hükümlere yer verilmez. Taslakların kapsam maddesi, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta düzenlenir; taslağın kapsamı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmuyorsa, taslakta ayrıca kapsam hükmüne yer verilmez. Taslağın madde metinleri kısa ve anlaşılır biçimde düzenlenir, araç içinde açıklayıcı hükümlere yer verilmez*” şeklindeki hükmü, temel kanun görünümünü almış Türk Ticaret Kanununa yapılan

müdahalelerde pek de nazara alınmamış; müdahaleler ya süratli bir şekilde, diğer kanunlara etkisi düşünülmeden ya da alışılmamış bir tarzda, “*torba kanunlar*” ile yapılmıştır.

Bu bağlamda, 6335 sayılı Kanunla getirilen TTK’nun 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik bir yenilik ve önemli bir değişikliktir. Bu değişikliğin etkisi henüz yeterince değerlendirilmeden bu defa da 6545 sayılı Kanunla, *görev kuralları nazara alınmadan getirilen değişiklik*, yargılamada yeni sorunlara yol açabilecek mahiyettedir, kanaatindeyim.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR:**

- Alangoyo, Yavuz H./ Yıldırım, Kâmil, M./Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2009
- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014
- Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku- Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- Börü, Levent/Koçyiğit, İlker, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013
- Gözler, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Bursa 2005
- Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 201
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (İcra İflâs), Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2007
- Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.3, b.3, Ankara 2014
- Ülgen, Hüseyin (Teoman, Ömer/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Nomer, Ertan, N. Füsün): Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.



# **İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri**

**Prof. Dr. Fikret EREN**



# İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri

Prof. Dr. Fikret EREN\*

## ÖZET

Türk Borçlar Kanununda borç sözleşmelerinde tip özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Nitekim, TBK. m. 26'ya göre taraflar kanunda öngörülen sınırlar içinde bir sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Bu maddede düzenlenen içerik özgürlüğü, aslında sözleşme özgürlüğünün en önemli yönünü oluşturmaktadır. İçerik özgürlüğüne düzenleme özgürlüğü de denilmektedir.

İçerik özgürlüğü bilhassa tip özgürlüğü ilkesini içermektedir. Bu ilke uyarınca taraflar kanunla düzenlenmiş isimli bir sözleşmeyi ya da herhangi bir yasada henüz düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşmeyi yapmaya serbestçe karar verebilirler,

Aşağıda, isimsiz bazı sözleşme türleri, özellikle franchise sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, lisans sözleşmesi, sulh sözleşmesi vb. sözleşmeler ele alınacaktır.

**ANAHTAR KELİMELER:** Sözleşme özgürlüğü, içerik özgürlüğü, isimli sözleşmeler, isimsiz sözleşmeler, franchise sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, lisans sözleşmesi, sulh sözleşmesi vb.

## Innominatverträge

### der AUSZUG

Im Obligationenrecht herrscht das Prinzip der Typenfreiheit hinsichtlich der schuldrechtlichen Verträge. Gemäss Art. 26 OR können die Parteien den Inhalt des Vertrages in den grenzen des Gesetzesbeliebig feststellen. Der wichtigste Aspekt der Vertragsfreiheit ist die in diesem Artikel niedergelegte Inhaltsfreiheit. Inhaltsfreiheit wird auch als Gestaltungsfreiheit genannt.

---

\*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

Die im Gesetz geregelten Verträge werden Nominatverträge bezeichnet, während die nicht geregelten, Innominatverträge sind. Innominatverträge sind deshalb Verträge, die weder im OR noch in einem Spezialgesetz eine eigene Regelung erfahren haben.

Inhaltsfreiheit schliesst insbesondere das Prinzip der Typenfreiheit ein. Nach diesem Prinzip entscheiden die Parteien einen gesetzlich geregelten Nominatvertrag oder nicht geregelten Innominatvertrag abzuschliessen.

Wir behandeln nachfolgende einige Innominatkontrakte, wie insbesondere der Franchisevertrag, der Factoringvertrag, der Lizenzvertrag, der Vergleichsvertrag usw.

**der Schlüsselwort:** Vertragsfreiheit, Inhaltsfreiheit, Nominatverträge, Innominatverträge, Franchisevertrag, Factoringvertrag, Lizenzvertrag, Vergleichsvertrag usw.

## I-FRANCHİSE SÖZLEŞMESİ

### 1) Kavram ve tanım:

Franchise sözleşmesi modern ekonomik hayatın bir ürünüdür. Bu sözleşmenin kökeni A.B.D.'dir. Franchise sözleşmesi, İkinci Dünya Savaşı'ndan ve özellikle 1950 ve 1960'dan sonra Avrupa ülkelerine de yayılmıştır. Bu sözleşmenin amacı, bir yandan büyük işletmelere, ürettikleri mal ve hizmetlerin satımı için kolay ve güvenilir dağıtım ve pazar imkanları bulurken, diğer yandan da küçük işletmelere küçük sermayeyle ucuz ve sağlam üretim ve satım imkanları sağlamaktır<sup>1</sup>.

Franchise sözleşmesinin Türkçe karşılığı henüz bulunamamıştır. Sözleşmenin Türkçe'de de bu isimle adlandırılmasının şimdilik uygun olacağı kanısındayız. Sözleşmenin tarafları, franchise veren ve franchise alandır.

Franchise sözleşmesi, ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında, franchise verenin franchise alana, kendi imaj, isim, marka ve işareti altında, mevcut pazarlama ve organizasyon sistemlerini, ticari ve teknik deneyim ve bilgilerini kullanmak suretiyle mal ve hizmet edimlerinin satım ve sağlanmasına, pazar sürümlerinin artırılmasına ilişkin belirli bir iş konseptinden yararlanma hakkını sürekli olarak devretmeyi üstlendiği kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir.

Yargıtay'a göre, "Franchise sözleşmesi, bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütününe dayanan, birbirinden bağımsız iki taraf arasında kurulan bir sözleşmedir. Franchise veren, sahip olduğu ve kalitesi kanıtlanmış olan başarılı bir markayı, ismi ve bunların satış, dağıtım veya işletme hakkını belirli bir bedel karşılığında franchise alana vermektedir."

Kırca'ya göre "Franchise sözleşmesi konusu bir mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup, bununla mal

---

<sup>1</sup> Bucher, BT, sh.42; Tercier/Favre, N.8013; Honsell, BT sh.451; Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N.131; Baudenbacher, sh. 370 vd.; Huguenin, N.3876; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.2; Kırca, sh. 15 vd.; Gürzumar, sh. 1vd.; Ayata, sh.2 vd.

ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise veren; adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlanır. Franchise veren bu sözleşme ile ayrıca mal ve/veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklamlar) yapmak, bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirip, bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlandıracak şekilde bu organizasyona dahil etmek yükümlülüklerini üstlenir. Franchise alan ise, ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile yükümlüdür."

Gürzumar'a göre de, "Franchise sözleşmesi, franchise verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise-alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani sözkonusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise hem (sözkonusu sistemin içerdiği ve franchise-verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlememiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir."

Görülüyor ki, franchise sözleşmesi, franchise alanın ödemeyi üstlendiği bir bedel ve kendisine yararlanma hakkı devredilen konsept ve sistemde üretilen ürün ve hizmetin sürüm, pazarlama ve satım alanını genişletme borçları karşılığında, franchise verenin, belirli bir bölgede veya yerde tekel halinde veya başkalarıyla birlikte kendisine, ticaret unvanı, işletme adı, markası, işaret, amblem ve sembolü altında belirli bir malı üretme veya satma ya da belirli bir hizmeti görme yetkisini vermeyi borçlandığı, karşılıklı borç doğuran sürekli, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir<sup>2</sup>. Bu sözleşme ile franchise veren, kendi işletmesiyle ilgili belirli

---

<sup>2</sup> Engel, CDS, sh.731; Huguenin/Weiss-HK OR (Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht "OFK", 2. Auflage 2009 Zürich), Innominatkontrakte N.74, 77; Müller, N.3042.

bir mal veya hizmetin üretim, dağıtım, satım ve pazarlamasına ilişkin teknik ve ticari bil ve deneyimleri, organizasyon yöntemini, özellikle işletme ve pazarlama sistem ve anlayışını (konseptini) verme, işletme adının, firmasının (ticaret unvanının), amblem ve markasının kullanılması hakkını devretme yükümlülüğü altına girmektedir<sup>3</sup>. Buna karşılık, franchise alan da sözleşme konusu şeyin, mal veya hizmetin üretilmesi, sürümü, satım ve pazarlanması için franchise veren tarafından geliştirilen konseptte (anlayışa) göre kendi ad ve hesabına hareket etmek, kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlüdür.

Bugün franchising yoluyla tüm dünyaya yayılmış olan en büyük işletmelere örnek olarak Coca-Cola, McDonalds, Hilton, Sheraton gibi dünya devlerini göstermek mümkündür.

Franchise sözleşmesi, kanunlarda düzenlenmiş isimli sözleşmelerin unsurlarını içerebileceği gibi, isimsiz sözleşmelerin unsurlarını da içerebilir. Nitekim bu sözleşme genellikle satış, kira veya ürün kirası, hizmet, acenta, vekâlet, adi ortaklık gibi isimli sözleşmelerle, lisans, know-how ve tek satıcılık gibi isimsiz sözleşmelerin unsurlarını içermektedir. Franchise sözleşmesi, isimli ve isimsiz sözleşmelerin unsurlarından oluştuğu için niteliği itibariyle kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir<sup>4</sup>.

## **2)Franchise sözleşmesinin nitelikleri:**

***a)Franchise sözleşmesi iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşmedir.***

Franchise sözleşmesi, iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların asli edim yükümlülükleri (asli borçları) birbirinin karşılığını oluşturur ve değişim ilişkisi içinde bulunur<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Guhl/Koller, § 40, N. 7.

<sup>4</sup> Bkz. karş. Schlupe, sh. 855; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.; Tercier/Favre. N.8021; Huguenin, N.3879; Wildhaber-CHK OR (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht "CHK", Volume 2, Zürich/Basel/Genf 2007) Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.4; Huguenin/Weiss-HK OR Innominatkontrakte N.77; Müller, N.3043: BGE 118 II 157-160.

<sup>5</sup> Tercier/Favre, N.8019; Müller, N.3042.

***b)Franchise sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir.***

Bu sözleşmmede taraflardan her biri üstlendiği edimi diğer tarafın üstlendiği edim karşılığında yerine getirmeyi borlandığı için franchise sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir<sup>6</sup>.

***c)Franchise sözleşmesi rızai bir sözleşmedir.***

Sözleşmenin kurulması tarafların üstlendikleri edimlerin teslim ve ifasına değil de, karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmasına bağlı olduğundan, franchise sözleşmesi rızai bir sözleşmedir.

***d)Franchise sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.***

Franchise sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla, franchise verenin franchise alana sürekli yardım etme, sınai haklarını kullandırma, tavsiyede bulunma yükümlüğü, asli edim yükümlülüğü olarak sözleşme boyunca süreklilik gösterdiği gibi, franchise alanın sürümü artırma yükümü de sözleşme süresince devam eden sürekli edim yükümlülüğüdür. Tarafların süreklilik gösteren edimlerinin ifası, tüm sözleşme süresince durmadan devam ettiği için franchise sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir<sup>7</sup>.

Taraflar sözleşmeyi diledikleri gibi belirli veya belirsiz bir süre için yapabilirler.

***e)Franchise sözleşmesi çerçeve bir sözleşmedir.***

Çerçeve sözleşme, taraflara daha sonra tamamlayıcı diğer sözleşmeleri yapma hak ve borcunu yükleyen genel içerikli bir sözleşmedir.

Franchise sözleşmesinde sözleşme konusu mal veya hizmetlerin sürümünde yapılacak işbirliğini hedef alan temel hak ve yükümlülükler sadece genel hatlarıyla düzenlenir, ayrıntıya girilmez<sup>8</sup>. Genel hatlarıyla düzenlenen bu çerçeve sözleşme ileride işletme donanımı için malların teslimi, hammaddenin temini, eğitim esaslarının belirlenmesi, destekleme,

<sup>6</sup> Tercier/Favre. N.8019; Müller, N3042.

<sup>7</sup> Martinek, sh. 318, 325; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.129; Tercier/Favre. N.8019; Honsell, BT sh.451; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.5; Huguenin/Weiss-HK OR Innominatkontrakte N.77; Müller, N.3042.; Kırca, sh. 21; Gürzumar, sh. 26, Aydoğdu/Kahveci, sh.30-31.

<sup>8</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.133; Gürzumar, sh. 28.



tanıtım gibi konularda yapılacak tamamlayıcı sözleşmelere bir temel teşkil eder. Meselâ, franchise konusu ürün veya hammaddelerin türüne, bunların ne kadar ve kimden alınacağına ilişkin hususlar franchise sözleşmesinde genel hatlarıyla belirtilir. Daha sonra da sözleşmede belirlenen genel ilkeler göz önünde bulundurularak taraflar arasında tamamlayıcı sözleşmeler kurulur<sup>9</sup>.

### **3)Sözleşmenin tarafları:**

Franchise sözleşmesinin tarafları, franchise veren ve franchise alanıdır. Franchise alan, franchise verenden bağımsız bir kimsedir. Dolayısıyla, franchise alan kendi ad ve hesabına çalışır. Bu yönüyle franchise alan, vekil, işçi, acente ve komisyoncudan farklıdır.

Sözleşmenin tarafları gerçek kişi olabilecekleri gibi, tüzel kişi de olabilirler.

### **4)Franchise sözleşmesinin unsurları:**

#### **a)Sistem (konsept) unsuru:**

Franchise sözleşmesi, bir üretim, dağıtım ve satım sistem veya konseptini (anlayışını) ifade eder. Bu sistem ya da konsept tarafların bir çok edim yükümlülüklerini içerir. Bu anlamda sistemi, bir edimler paketi olarak tanımlamak da mümkündür. Bu sistem, üç temel kısımdan oluşur. Bunlar; pazarlama konsepti, franchise organizasyonu ve maddi olmayan mallar paketidir<sup>10</sup>.

Pazarlama anlayışı, franchise verenin pazarlama politikasını belirlemek için tespit ettiği malları ve hizmetleri temin etme, türünü, standartlarını ve fiyatını belirleme, reklamlar, işletme bölgelerinin tespiti, iş kıyafetleri, dağıtım ve taşımacılık ilkelerinden oluşmaktadır.

Sistem içinde yer alan önemli bir nokta da sınai ve fikri haklarla maddi olmayan mallardır. Franchise veren franchise sözleşmesi ile franchise alana bu hak ve malların kullanılmasını, bunlardan yararlanılmasını devretme borcunu üstlenir. Bu tür hak ve mallar; franchise verene ait mal veya hizmetin markası, işletme adı, amblem, sembol, logo, işletme yerlerinin donanımı ve dekorasyonu, personelin giyeceği kıyafet türleri, teknik ve mesleki bilgileri içeren know-how'dan ibarettir.

---

<sup>9</sup> Kırca, sh. 22.

<sup>10</sup> Topçuoğlu, sh. 116; Aydoğdu/Kahveci, sh.31.

Franchise sisteminde franchise organizasyonunda önemli bir yer alır. Franchise organizasyonu, franchise alan ile veren arasındaki iç ilişkileri düzenlemektedir. Bunlar arasında taraflara düşen yükümlülükler, sözleşme konusu işletmenin türü, franchise verenin denetim ve yönetim fonksiyonu, kazanç ve verimlilik tabloları gibi örgütsel, yönetsel ve finansal düzenlemelerden oluşur.

**b) Bedel (Ücret) unsuru:**

Franchise sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Bu nedenle, franchise alan, franchise verene bir bedel (ücret) ödemek zorundadır.

Franchise alanın ödeyeceği bedel, başlangıçta ödenen bedel ile daha sonra dönemsel olarak ödenen bedel olmak üzere ikiye ayrılır<sup>11</sup>.

**c) Dikey birliktelik unsuru:**

Franchise sözleşmesinde taraflar, sözleşme konusu mal ve hizmetlerin dağıtım ve satımını sağlamak amacıyla bir araya geldikleri için taraflar arasında bir birliktelik oluşmaktadır. Ancak, tarafların ekonomik durumları birbirinden farklı olduğu için bu birliktelik yatay değil, dikey (vertical) bir birlikteliktir. Keza, bu birliktelik bir ortaklık niteliğinde de olmayıp, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklindedir. Bu sisteme katılan franchise alanlar, birliği geliştirirler, pazardaki rakipleri karşısında bir "grup" oluşturur ve böylece büyük bir çalışma ve rekabet birliği meydana getirirler.

Franchise alan ile franchise veren arasındaki işbirliğinin çok sıkı olması gerekmektedir. Sistemin üyesi olan bir işletmenin her olumlu veya olumsuz durum ve davranışı bütün sisteme yansımaktadır. Bu nedenle sistem üyeleri arasında menfaat birliği vardır.

Taraflar arasındaki dikey işbirliğinin en önemli unsurlarından biri de imaj birliğidir. İmaj, bir işletmenin toplumda, kamu oyununda sahip olduğu ün, güvenilirlik, görünüş ve müşteri çevresi gibi değerlerin toplamıdır. Franchise sözleşmesinde imajın içeriğini aynı marka, ad, sembol ve tanıtıcı reklamların kullanılması oluşturur.

Franchise veren tarafından geliştirilen imaj, franchise alanların kullanımına sunulmaktadır. İmaj birliği sayesinde müşteriler sunulan mal ve hizmetin kalitesine güvenmektedirler. Bu nedenle imaj birliğinin menfaat

---

<sup>11</sup> Tercier/Favre. N.8017, 8019; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff/ Franchisevertrag, N. 22; Müller, N.3042:Kirca, sh. 31; Aydoğdu/Kahveci, sh.32; Ayata, sh.12.

birliği ile doğrudan alâkası vardır. Franchise sisteminin üyelerinden birinin yaratacağı kötü imaj, imaj birliği nedeniyle tüm üyelerin menfaatlerini doğrudan etkiler.

#### **d)Anlaşma unsuru:**

##### **aa)Genel bilgi:**

Taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmak suretiyle sözleşmeyi kurarlar. Taraflar sözleşmenin hem objektif hem de sübjektif tüm esaslı noktaları üzerinde anlaşmak zorundadırlar.

##### **bb)Tarafların ehliyeti:**

Franchise sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen bir sözleşme olduğu için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Ayırt etme gücü olan küçük ve kısıtlılar bu sözleşmeyi ancak yasal mirasçıları kanalıyla yapabilirler. Tarafların bu sözleşmeyle üstlendikleri edimler, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimler olmadığı için bu sözleşmenin yasal veya iradî temsilci aracılığıyla kurulması da mümkündür.

##### **cc)Sözleşmenin şekli:**

Franchise sözleşmesi, yasalarda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olmadığı için tâbi olacağı şekle ilişkin bir hüküm de yoktur. Bu durum karşısında franchise sözleşmesinin geçerliliği TBK. m. 12 uyarınca herhangi bir şekil şartına tâbi değildir<sup>12</sup>. Ancak, marka veya patent lisansını içeren franchise sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir<sup>13</sup>. Genel işlem şartları içeren franchise sözleşmesinin, özellikle de genel işlem şartlarının yazılı olması gerekir.

#### **5)Franchising çeşitleri:**

##### **a)Genel bilgi:**

Franchise sözleşmesi, üretim franşayzı, dağıtım franşayzı ve hizmet franşayzı olmak üzere üçe ayrılır<sup>14</sup>. Üretim franchise sözleşmesine, sınıai franchise sözleşmesi veya mal franchise sözleşmesi; dağıtım franchise

---

<sup>12</sup> Huguenin, N.3887; Tercier/Favre. N.8027; Müller, N.3050.Yargıtay'a göre de bu sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir:Y19HD 20.01.2011, E.2010/6178, K.2011/455 (Karar için bkz. Ayata, sh.18, N.64).

<sup>13</sup> Kırca, sh. 35;Ayata, sh.18; Yargıtay da bu görüştedir. Kararlar için bkz. Kırca 35.

<sup>14</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.132; Huguenin, N.3877 ; Müller, N., 3040 vd.; Huguenin/Weiss-HK OR Innominatkontrakte N.75; Bessis, sh.17.

sözleşmesine, ticari franchise sözleşmesi, hizmet franchise sözleşmesine de servis sağlama franchise sözleşmesi demek de mümkündür<sup>15</sup>.

Franchise sözleşmesinin ilk şartı, bir üreticinin, yani franchise verenin ürettiği malları, belirli bir bölgede satmak ve satım sonrasında gerekli servisi vermek için bir satıcı ile sözleşme yapmaktır. Burada kullanılan üretici sözcüğü, franchises veren, satıcı sözcüğü de franchise alan kimseyi ifade etmektedir. Bu sözleşme uyarınca franchise alan hem malı satacak hem de satıştan sonra bu mallar için gerekli hizmeti sunup sağlayacaktır. Franchise veren, ayrıca bir yandan kendi ticaret unvanını, işletme adını, markasını, amblemini kullanma hakkını franchise alanın kullanımına sunmak, diğer yandan da, franchise alanla yardımcılarının eğitilmesini sağlamakla da yükümlüdür<sup>16</sup>.

Franchise alan, sözleşme konusu malı pazarlayıp satma, satıştan sonra da ayrıca bu malların alıcılarına servis verme borç ve imtiyazına sahiptir. Bu nedenle, franchise veren, bu sözleşme ile franchise alanı ve yardımcılarını, satım sonrasında satılan mallara yapacakları servis için eğitme yükümlülüğünü de üzerine almaktadır<sup>17</sup>. Bir araba veya buzdolabı ya da çamaşır makinası üreticisi, bu ürünlerini belirli bir bölgede satması ve satıştan sonra da servis vermesi için başka bir kimseyle anlaşmışsa, bu sözleşme niteliği itibariyle bir franchise sözleşmesidir<sup>18</sup>.

### ***b) Üretim franchise sözleşmesi:***

Üretim franchise sözleşmesinde, franchise alan, franchise verenin talimatlarına göre, onun üreteceği malları kendisi üretir ve bunları onun markası altında satar<sup>19</sup>. Aslında bu tür franchise sözleşmesinde her iki taraf da yani, hem franchise veren hem de franchise alan sanayicidir. Franchise alan sözleşme uyarınca franchise verenden aldığı yetkiye dayanarak sözleşme konusu malı, önce üretmekte, sonra da franchise verenin markası altında satmaktadır. Meselâ ülkemizde Coca-Cola; Efes Pilsen, Tubborg vb. gibi mallar bu sözleşme türüne göre üretilip satılmaktadır.

<sup>15</sup> Engel, Contrats, sh.731; Müller, N.3040.

<sup>16</sup> Akyol, sh.42 vd.; Kırca, sh. 38 vd.; Ayata, sh.22.

<sup>17</sup> Kırca, sh. 40; Akyol, sh.40; Ayata, sh.23.

<sup>18</sup> Akyol, sh.41-42.

<sup>19</sup> Engel, Contrats, sh.731; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.132; Müller, N. 3049; Bessis, sh.19.

***c) Hizmet franchise sözleşmesi:***

Hizmet franchise sözleşmesinde ise franchise alan, franchise verenin ticaret unvanı, işletme adı ve markası altında; onun talimatlarına uygun olarak sözleşme konusu hizmeti sağlar. Hizmet franchise sözleşmelerine örnek olarak otelcilik, lokantacılık, fast food işletmeciliği ve araba kiralama hizmetlerini gösterebiliriz<sup>20</sup>. Ülkemizde görülen Hilton, Sheraton otelcilik, Avis araba kiralama hizmetleri, McDonald's ise fast food işinde yapılmış olan başlıca hizmet franchise sözleşmesi örnekleridir.

***d) Dağıtım franchise sözleşmesi:***

Dağıtım franchise sözleşmesinde ise, franchise veren sanayici olup, belirli bir malın üreticidir. Buna karşılık, franchise alan bu malı kendi işletmesinde üretmez; o, franchise verenin ürettiği malı, onun markası altında satmakla yetinir<sup>21</sup>. Hatta doktrinde dağıtım franchiseinde bir alt ayırım daha yapılmakta ve buna göre "üretici françayzı" ile "dağıtıcı françayzı"nden söz edilmektedir. Her iki tür franchiseda da franchise alan satdığı malı üretmezken, üretici françayzında franchise veren, malı üretip franchise alana vermekte, o da franchise verenin markası altında bu malı satmaktadır. Dağıtıcı françayzında ise franchise veren de üretici değildir; o, genellikle toptan satıcı veya dağıtıcıdır. Bu sözleşmeye göre franchise veren, kendi franchise vereninden dağıtmak üzere aldığı malları, kendi ticaret markası altında satmak üzere franchise alana vermektedir<sup>22</sup>.

**6) Diğer sözleşmelerden farkı:*****a) Tek satıcılık sözleşmesinden farkı:***

Üretim franchise sözleşmesiyle tek satıcılık sözleşmesi arasında çok yakın bir benzerlik vardır. Nitekim hem franchise alan hem de tek satıcı, üstlendikleri işi kendi ad ve hesaplarına görmektedirler<sup>23</sup>. Bununla birlikte, her iki sözleşme arasında önemli farklar da vardır. Her şeyden önce, franchise alan, tek satıcıya oranla franchise verenin satış sistemi ve konseptine daha çok bağlanmış, onun dağıtım organizasyonu ile daha çok bütünleşmiştir<sup>24</sup>. Bunun sonucu olarak da franchise verenin franchise alana karşı borçları daha çok olduğu gibi, onu kontrol etme hakkı

<sup>20</sup> Kırca, sh. 39; Ayata, sh.23.

<sup>21</sup> Bessis, sh.18.

<sup>22</sup> Bessis, sh.18.

<sup>23</sup> Huguenin, N.3883; Müller, N.3047.

<sup>24</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.153; Tercier/Favre. N.8023; Müller, N.3047; Huguenin, N.3883; Gürzumar, sh.25; Ayata, sh. 34.

da bulunmaktadır. Ayrıca, tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı, yapımcıdan sözleşme konusu şeyi (meselâ araba, traktör gibi maddi bir malı) satın almak, sonra da belirli bir bölgede tekel halinde satıp, bu malın sürümünü artırmak zorundadır. Oysa franchisingde franchise alan, ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında maddi mallardan daha çok franchise verenin ticaret unvanını, işletme adını, markasını, sembol, amblem, know-how gibi bazı sınai haklarıyla maddi olmayan malarının kullanma hakkını elde eder<sup>25</sup>. Taraflar arasında yapılan franchise sözleşmesiyle devredilen hakkın, özellikle sözleşme konusu maddi olmayan mal ve hizmetin franchise alan tarafından kazanılması sonucunu doğurmaz. Esasen franchise sözcüğü de etimolojik anlamda kazanmayı değil, verilen imtiyazı ifade eder. Bu nedenle sözleşme konusu malın kazanılması, ancak tarafların bunu sözleşmede ayrıca kararlaştırmaları halinde söz konusu olur<sup>26</sup>.

### ***b) Lisans sözleşmesinden farkı:***

Lisans sözleşmesi, lisans verenin, lisans alanın ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında ona fikri veya sınai bir hakkı ya da maddi olmayan bir malı kullanma ve ondan yararlanma hakkını verir. Meselâ bir patent hakkından yararlanmanın devrinde durum böyledir. Oysa franchise sözleşmesi ile franchise veren, franchise alana franchise sistemine ilişkin bir çok unsuru devretmeyi borçlanır. Bu unsurlar arasında patent hakkından yararlanmadan başka, işletme adı, ticaret unvanı, marka, know-howdan yararlanmanın devri de bulunmaktadır<sup>27</sup>. Ayrıca, burada da franchise alan, lisans sözleşmesinde lisans alana oranla franchise verenin satış ve organizasyon konseptiyle daha çok bütünleşmiş, ona daha çok bağlanmıştır. Bu bütünleşme ve bağlanma franchise verenin franchise alanı kontrol etme, ona talimat verme yetkilerinden de kolayca anlaşılmalıdır<sup>28</sup>. Ayrıca, franchise sözleşmesinde franchise alanın franchise verene karşı, franchise konusu mal veya hizmetin satışını artırıp geliştirme yükümlülüğü vardır. Oysa lisans sözleşmesinde lisans alanın böyle bir yükümlülüğü (borcu) bulunmamaktadır.

### ***c) Adi ortaklık sözleşmesinden farkı:***

Adi ortaklık sözleşmesinde iki veya daha çok kimse ortak bir amacı gerçekleştirmek için emek ve sermayelerini birleştirirler. Buna karşılık

<sup>25</sup> Engel, Contrats, sh.731-732; Tercier/Favre. N.8023.

<sup>26</sup> Engel, Contrats, sh.732.

<sup>27</sup> Guhl/ Koller, § 40, N.7; Engel, Contrats , sh.732; Müller, N.3048.

<sup>28</sup> Martinek, sh. 268 vd.; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.9; Tercier/Favre. N.8024; Huguenin, N.3884; Müller, N.3048.

Franchise sözleşmesinde taraflarda ortak bir amacı gerçekleştirmek fikri yoktur. Burada taraflar arasında sadece ticari bir işbirliği vardır. Taraflar karşılıklı borç altına girerler; franchise veren, işletmesinin adını, ticaret unvanını, hizmet ve ürününün markasının kullanılmasını devrederken, franchise alan belirli bir ücret ödemeyi, sürümünü artırmayı üstlenir.

#### ***d)Acenta ve komisyondan farkı.***

Acenta ve komisyoncu, üstlendiği işi kendi adına, müvekkil veya vekalet veren hesabına görürken, franchise alan, kendi ad ve hesabına iş görür<sup>29</sup>.

#### **7)Tarafların borçları:**

Bu başlık altında aşağıda franchise sözleşmesinin taraflara yüklediği başlıca borçlar incelenecektir.

#### ***a)Franchise verenin borçları:***

***aa)Franchise verenin, franchise alana yararlanacağı hakları, maddi olmayan malları devir ve teslim borcu:***

Franchise veren, her şeyden önce franchise alana, sözleşme konusu haklarla maddi olmayan malları, kullanması, bunlardan yararlanması için devir ve teslim etmek zorundadır. Söz konusu haklar, özellikle marka, patent, endüstriyel tasarım ve model gibi fikri haklar; maddi olmayan mallar ise, franchise verenin işletme adı, ticaret unvanı, sembol, amblem ve işareti, logosu, bayrağı, işletme deneyimleri, üretim sırları, know-how ve benzerleridir<sup>30</sup>.

Franchise veren, franchise alana franchise sözleşmesiyle kurmasına imkan sağladığı işletmeyi, devrettiği maddi olmayan malları (hak ve imtiyazları) belirli bir bölge ve zamanda tek elden (münhasıran) işletme, kullanma ve onlardan yararlanma hakkı tanımak zorundadır. Dolayısıyla, franchise veren franchise alana münhasır işletme hakkı tanıdığı bölge, yer ve zamanda başkalarıyla franchise sözleşmesi yapmaktan kaçınmak durumundadır. Buna "alan garantisi" demek de mümkündür. Franchise

---

<sup>29</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.134; Huguenin, N.3881-3882; Müller, N.3046, 3049.

<sup>30</sup> Schlupe, sh. 855; Engel, Contrats, sh.733; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.139; Tercier/Favre, N. 8035; Huguenin, N.3889; Müller, N.3055 ; Baudenbacher, sh.377; Kırca, sh. 114; Gürzumar, sh. 114; Aydoğdu/Kahveci, sh.32.

veren ayrıca söz konu bölge ve yerde franchise konusu mal ve hizmeti başkalarına satmamak, onlara bunları sağlamamakla da yükümlüdür<sup>31</sup>.

***bb)Franchise verenin franchise alanı destekleme borcu:***

Franchise veren franchise alanın işletmesinin kurulmasında, donanımında ve işletilmesinde ona yardım etmek, onu desteklemek zorundadır. Bu yardımlar bilhassa işletme yerinin, işletme binasının, donanım malzemelerinin ve personelin tespit, bulunma ve seçiminde, kredi temininde söz konusu olur<sup>32</sup>. Franchise verenin bu konulardaki yardımı işletmenin imajını olumlu yönde etkiler, sürümün artmasına katkıda bulunur.

***cc)Franchise verenin franchise konusu hak ve malların, işletme konsept ve sisteminin elverişliliğini garanti borcu:***

Franchise veren, franchise alana karşı franchise sisteminin, özellikle pazarlama, dağıtım ve satış konseptinin elverişliliğini garanti etmek zorundadır. Franchise verenin ayrıca franchise sistemini sürekli geliştirme, yenilikleri izleme ve böylece yeni durumlara uyarlama yükümlülüğü vardır.

***dd) Haklarla malların promosyon ve aleniliğini sağlama ve geliştirme borcu:***

Amaçlanan ticari ve ekonomik başarıyı sağlamak, sürümü artırmak için franchise veren, franchise alana devir ve teslim ettiği etigi haklarla maddi olmayan malların alenilik ve promosyonunu geliştirmek zorundadır<sup>33</sup>.

***ee)Eğitim, öğüt, bilgi ve talimat verme borcu:***

Franchise veren, franchise alana fikri ve sınai hak ve maddi olmayan mallardan, özellikle know-how gibi teknik ve ticari bilgi ve deneyimlerden en iyi şekilde yararlanma, işletmeden en yüksek verimi alma, sürümü artırma için gerekli bilgileri, tavsiyeleri, danışmanlık ve talimatları vermek, onu bu konularda eğitmek ve yeni bilgilerle donatmak zorundadır<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Tercier/Favre, N.8037; Engel, Contrats, sh.793; Amstutz/Morin/Schluemp-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.141; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.14; Huguenin, N.3889; Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.382; Müller, N.3056.

<sup>32</sup> Kırca, sh. 136 vd.; Aydoğdu/Kahveci, sh.32.

<sup>33</sup> Engel, Contrats, sh.793; Tercier/Favre, N.8013; Müller, N. 3058.

<sup>34</sup> Tercier/Favre, N.8039; Engel, Contrats, sh.794; Huguenin, N.3889; Müller, N. 3058.



***ff)Sözleşme konusu mal ve hizmetin üretim ve sunumu için gerekli mal, malzeme, araç ve gereci teslim borcu:***

Franchise sözleşmesinde franchise verenin franchise alana işletme konusu mal ve hizmetin üretim ve sunumu için gerekli mal, malzeme, araç ve gereci teslim borcu kararlaştırılmışsa, franchise veren bunları franchise alana temin ve teslim zorundadır<sup>35</sup>. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa franchise verenin de böyle bir borcu yoktur. Bu durumda franchise alan söz konusu mal, malzeme ve araç ve gereci piyasada dilediği kimse-den alabilir.

***gg)Devredilen mutlak haklarla maddi olmayan malların üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunması borcu;***

Franchise veren, franchise alana yararlanmasını devrettiği hak ve malların malik ve sahibi olduğu için, bunları üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korumak, bu amaçla gerekli davaları açmak zorundadır<sup>36</sup>.

***b)Franchise alanın borçları:***

***aa)Kararlaştırılan bedeli ödeme borcu:***

Franchise alanın en önemli borcu sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeme borcudur<sup>37</sup>. Taraflar ücreti sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler.

Ücret genellikle, başlangıçta ödenen giriş ücreti, sözleşme yürürlüğe girdikten sonra ödenmeye başlanan dönemsel ücret ve reklam ücreti olmak üzere üçe ayrılır<sup>38</sup>.

Giriş ücreti, işletmenin kurulmasında yapılan masraf, hak ve maddi olmayan mallardan yararlanmanın devri, üretim, pazarlama ve sürüm yöntemlerine ilişkin know-how aktarımı karşılığında franchise alanın

---

<sup>35</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.141; Huguenin, N. 3889.

<sup>36</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.139; Huguenin, N.3889; Müller, N.3057.

<sup>37</sup> Schlupe, sh. 855; Engel, Contrats, sh.;793; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.140; Tercier/Favre, N.8042; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchi-severtrag, N.22; Müller, N.3060; Huguenin, N.3890; Baudenbacher, sh.378.

<sup>38</sup> Tercier/Favre, N.8042; Engel, Contrats, sh.793 vd.; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.142; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.22; Müller, N.3060; Kirca, sh.145.

franchise verene ödediği bir meblağdır. Giriş ücreti, sözleşme süresince bir defa başlangıçta ödenen belirli bir ücrettir<sup>39</sup>.

Sonraki ücret ise, franchise alanın cirosu üzerinden dönemsel olarak ödenen ücrettir. Bu ücret, franchise verenin franchise alanı sürekli olarak destekleyip koruması, maddi olmayan malları kullandırıp bunlardan yararlandırması karşılığında ödenir. Taraflar sonraki ücreti genellikle sözleşmede, franchise alanın yıllık cirosunun belirli bir yüzdesi olarak belirler<sup>40</sup>.

Franchise yönteminde ortak reklam önemlidir. Ortak reklam giderlerinden franchise alanın payına düşen kısma da reklam ücreti denir. Bu ücret ya peşin olarak belirlenir ve ödenir ya da ciro üzerinden belirli bir pay olarak ödenir.

***bb)Sözleşme konusu mal ve hizmetin sürüm ve satımını sağlama ve artırma borcu:***

Franchise alan, sözleşme konusu mal ve hizmetin sürümünü sağlamak, geliştirip artırmakla yükümlüdür<sup>41</sup>. Bu amaçla franchise veren taraftan verilen bilgi, görüş ve talimatlara uymak, bunları uygulamak zorundadır. Ayrıca franchise alan, franchise verenin bu borçların ifasını denetleme hakkını kabul etmek zorundadır<sup>42</sup>.

Franchise alan mal ve hizmet sürümünü artırmak için sürekli olarak piyasa araştırmaları yapmalı, müşteri çevreleriyle iletişim kurmalı, bölgede gerekli tanıtım reklamlarına başvurmalıdır<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Schlupe, sh. 855; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff, N.142; Müller, N.3060.

<sup>40</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.142; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N 22; Müller, N. 3060; Kırca, sh. 147.

<sup>41</sup> Schlupe, sh. 856; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.143; Müller, N.3062.

<sup>42</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.143; Müller, N.3062.

<sup>43</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.;143 Kırca, sh.149.

***cc)Franchise alanın, gayri maddi malları kullanma ve geliştirme borcu:***

Franchise alan, franchise verenin kendisine sunmuş olduğu maddi olmayan malları, örneğin franchise verenin işletme adını, markasını, amblem ve logosunu kullanmak, franchise verenin bu hususta yapacağı denetimleri kabul etmek; personeli bu hususta eğitmek zorundadır<sup>44</sup>.

***dd) Franchise alanın, mal ve hizmetleri franchise verenden sağlama borcu:***

Franchise alan, sözleşmede kararlaştırılmışsa, mal ve hizmet üretiminde ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin tamamını veya asgari bir kısmını franchise verenden veya onun tarafından belirlenen üçüncü kişiden sağlamak zorundadır<sup>45</sup>.

***ee)Franchise alanın, franchise veren tarafından sözleşme konusu mal ve hizmetin tespit edilen fiyatını kabul borcu:***

Franchise alan, sözleşme konusu mal ve hizmet hakkında gerekli hallerde franchise veren tarafından tespit edilen fiyatı kabul etmek veya onun bu husustaki tavsiyelerine uymak zorundadır.

***ff)Franchise alanın franchise verenin menfaatlerini koruma, özellikle özen, sır saklama, hesap verme ve sadakat borcu.***

Franchise sözleşmesi taraflar arasında özel bir güven ilişkisi yaratmaktadır. Bu güven, franchise sözleşmesi sürekli borç ilişkisi olması nedeniyle sözleşme süresince kesintisiz devam etmektedir. Dolayısıyla tarafların, özellikle de franchise alanın franchise verene karşı, onun menfaatlerini koruma, sırlarını saklama, gerektiğinde hesap verme gibi güven ve sadakate dayanan borçları vardır<sup>46</sup>.

**8)Franchise sözleşmesinin sona ermesi:**

Franchise sözleşmesi, olağan ve olağanüstü sebeplerle sona erebilir.

---

<sup>44</sup> Tercier/Favre, N. 8043; Schlupe, sh.856, 858; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.142; Huguenin, N. 3891; Müller, N. 3061; Gürzumar, sh. 155 vd.; Kırca, sh. 151 vd.

<sup>45</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.144; Müller, N.3062.

<sup>46</sup> Martinek, sh. 308 vd.; Tercier/Favre, N. 8045; Müller, N. 3062; Kırca, sh. 156 vd.; Gürzumar, sh. 16 vd.

### ***a) Sözleşmeyi sona erdiren olağan sebepler:***

#### ***aa) Belirli sürenin dolması:***

Taraflar sözleşmede belirli bir süre öngörmüş olabilirler. Böyle bir süre öngörülmüşse, sözleşme bu sürenin dolmasıyla herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşmeler olağan fesih yoluyla sona erdirilemez. Bunlar, sürenin dolmasından önce ancak olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilirler<sup>47</sup>.

Taraflar sözleşmede süre uzatım hakkını da kararlaştırabilirler. Böyle bir halde, uzatma süresi taraflarca belirlenmişse, sürenin dolmasıyla sözleşme "belirli bir süre" için uzatılmış olur. Sözleşmede uzatma süresi belirlenmemiş veya sözleşmenin sona ermesine rağmen taraflar ilişkiye devam ediyorlarsa, sözleşme "belirsiz bir süre" için uzatılmış olur. Zira birinci halde, zaten taraflar sözleşmenin uzayacağını kararlaştırmak suretiyle açıkça uzatmayı kabul etmişlerdir. İkinci halde ise, sürenin bitmesine rağmen tarafların sözleşme ilişkisini sürdürmeleri, sözleşmeyi uzatma iradesinin varlığına karine teşkil eder. Bu suretle sözleşme tarafların örtülü iradeleriyle uzatılmış olur. TBK. m. 430/II bu konuda örnek oluşturabilir<sup>48</sup>.

#### ***bb) Olağan fesih:***

Olağan fesih, taraflardan birinin süresi belirli olmayan bir franchise sözleşmesini, herhangi bir sebebe dayanmaksızın tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla geleceğe etkili olarak sona erdirmesidir. Ancak, bunun için belirli bir fesih süresine uymak gerekir. Taraflar sözleşmede açıkça bir fesih süresi belirlememişlerse, bu süre TBK. m. 640/I'e kıyasen 6 ay olmalıdır<sup>49</sup>. Belirsiz süreli franchise sözleşmesi, olağan fesih yoluyla, irade beyanın karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda değil, 6 aylık sürenin bitmesiyle sona erer. Ayrıca olağan fesih hakkının kullanılması,

---

<sup>47</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.152; Huguenin, N. 3892. Bununla birlikte taraflar, belirli süreli sözleşmelerde de, olağan feshi, açıkça sona erme sebebi olarak kararlaştırabilirler.

<sup>48</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.151; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N25; Huguenin, N. 3892 vd.

<sup>49</sup> Schlupe, sh. 856; Engel, Contrats, sh.795; Honsell, BT, sh. 452; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.152; Huguenin, N. 3895; Wildhaber-CHK OR Vor Art. 184 ff. Franchisevertrag, N.28; Müller, N.3067; Baudenbacher, sh. 379;Kırca, sh. 186.

dürüstlük kuralına, özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmamalıdır<sup>50</sup>.

***b) Sözleşmeyi sona erdiren olağanüstü sebepler:***

***aa) Sözleşmenin önemli sebeplere dayanılarak olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi:***

Olağanüstü fesih, ister belirli ister belirsiz süreli olsun sürekli borç ilişkilerini vaktinden önce, fesih irade beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda geleceğe etkili olarak sona erdiren bir sebeptir. Sürekli borç ilişkisi kuran franchise sözleşmesi de önemli (haklı) sebeplerin varlığı halinde olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilir<sup>51</sup>. Hakim, haklı sebebin varlığını her somut olayda serbestçe değerlendirebilir. Meselâ, franchise alanın bedel ödeme ve sürümü arttırma borçlarını yerine getirmemesi, rekabet yasağına aykırı davranması gibi haller, franchise veren yönünden sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren önemli bir sebep olarak değerlendirilebilir<sup>52</sup>.

Sözleşmenin önemli sebeple feshi için karşı tarafın kusurlu olması şart değildir. Sözleşmeye devam etmeyi, taraflardan biri için çekilmez kılan bir sebebe dayanmak yeterlidir. Meselâ uzun süreli ekonomik verimsizlik hali, tarafların kusuru olmaksızın oluşan önemli bir sebeptir.

Franchise sözleşmesinin ağır şekilde ihlali, meselâ franchise alanın izinsiz olarak haksız rekabette bulunması da önemli bir sebep olup sözleşmenin sona ermesine sebep olabilir<sup>53</sup>.

***bb) Sözleşmenin taraflardan birinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi nedeniyle sona ermesi:***

Franchise sözleşmesi tarafların kişisel yetenek ve ehliyetleri göz önünde tutularak yapılır. Bu nedenle, aksi açıkça öngörülmemişse, taraflardan birinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi, iflas etmesi veya ödeme güç-

---

<sup>50</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.153.

<sup>51</sup> Tercier/Favre, N. 8053; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.155; Müller, N. 3068; Huguenin, N.3897.

<sup>52</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.3899.

<sup>53</sup> Huguenin, N. 3899; Tercier/Favre, N.8053; 184ff, N.155.

<sup>53</sup> Tercier/Favre, N.8053; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.155.

süzlüğüne düşmesi halinde franchise sözleşmesi, kural olarak kendiliğinden sona erer<sup>54</sup>. Taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisi kuran bir sözleşme olması ve vekalet sözleşmesine ait bir unsur taşınması nedeniyle TBK. m. 513, kıyas yoluyla vekâlet sözleşmesine uygulanabilir.

Ancak franchise verenin kişiliğinin değil, onun sahip olduğu franchise sisteminin önem taşıdığı sözleşmelerde franchise verenin ölümü veya ehliyetinin kaybı ya da iflâs etmesi, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine neden olmamaktadır<sup>55</sup>.

Franchise alanın veya franchise verenin iflası da sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açabilir.

## II-FAKTORİNG SÖZLEŞMESİ:

### 1) Tanım ve unsurları:

Factoring; vadeli, özellikle taksitle satış yapan firmaların bu satıştan doğan alacaklarının tamamını veya bir kısmını, ödeyeceği bir bedel karşılığında faktor adı verilen bir factoring şirketine devretmek (satmak) suretiyle kısa vadeli fon sağladıkları özel bir finansman tekniğidir<sup>56</sup>. Factoring yoluyla devralınan alacakların yönetimi, özellikle bu alacakların defter, kayıt ve muhasebesinin tutulması, takip ve tahsil faktor tarafından yapılmaktadır. Factoring sözleşmesinin tarafları, müşteri ve faktordur.

Factoring sözleşmesi, 21/11/2012 tarih ve 6361 sayılı Finansal kiralama, factoring ve finansman şirketleri Kanununda yalnız yetersiz ve kısmi bir tanım yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Kanunun "Amaç" başlığını taşıyan 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı; finansal kuruluş olarak faaliyet gösteren finansal kiralama, factoring ve finansman şirketlerinin kuruluş ve çalışma esasları ile finansal kiralama, factoring ve finansman sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir." denilmektedir. Kanunun 38. maddesinde de factoring sözleşmesi tanımlanmıştır. Bu tanıma göre,

"Factoring sözleşmesi; mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, factoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya factoring

<sup>54</sup> Honsell, BT, sh453; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.154.

<sup>55</sup> Kırca, sh. 186.

<sup>56</sup> Bkz. Köse, S./ Oy, O./Alkım, Süleyman; Factoring, İstanbul 2008 sh. 3.

garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir." Kanuna göre faktoring işlemlerini yapacak kuruluşlar, bankalar ve faktoring şirketleridir.

Faktoring sözleşmesinin temelini, müşteri alacaklarının faktor tarafından bir bedel karşılığında devralınarak muhasebeleştirilip takip ve tahsili, müşteriye finansman sağlama, en önemlisi de devralınan alacakların borçlularının ödeme gücünü garanti etmesi oluşturur. Müşterinin, üçüncü kişi borçludan alacağını tahsil etmesi ve bu amaçla gerekli işlemleri yapması için bu alacağı bir bedel karşılığında devretmeyi, devralan faktorun da bir ücret karşılığında alacağı tahsil için gerekli işlemleri yapmayı, özellikle alacakların muhasebe, defter ve kayıtlarını tutmayı, alacağı takip ve tahsil etmeyi, ödememe riskini üstlenip tahsilden önce alacak tutarının belirli bir kısmını peşin olarak ödemeyi borçlandığı sözleşmeye, faktoring sözleşmesi denir<sup>57</sup>. Kocaman'a göre de faktoring, faktor tarafından, müşterinin üçüncü kişi borçlu karşısındaki mal tesliminden veya işgörme/hizmet ediminden doğan alacaklarını, karşılığını alacağın tahsili tarihinden önce peşin olarak ödeyerek, alacağın tahsil edilememesi riskinin ve müşteri için borçlunun muhasebesinin tutulması, ihtar işlemleri gibi işgörme/hizmet edimlerinin üstlenilmesi suretiyle devir ve satın alınmasıdır<sup>58</sup>.

Faktoring sözleşmesiyle müşteri, faktora üçüncü kişi borçlulardaki alacaklarının tamamını veya bir kısmını devretmektedir. Dolayısıyla, "Ticari ve hukuki anlamda faktor, mal satımı ve hizmet arzı ile uğraşan işletmelerin bu satımları dolayısı ile doğmuş ya da doğacak alacaklarını temellük ederek tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık peşin ödemelerde bulunarak finansal kolaylıklar sağlayan, aynı zamanda mali, ticari ve idari konularda işletmeye verdiği hizmetler karşılığı ücrete hak kazanan kişi ya da kuruluş"tur<sup>59</sup>. Faktor, bir faktoring şirketi şeklinde bir bankanın veya sermaye ya da finans kuruluşunun kurduğu bir kredi kuruluşudur. Müşteri ise, iç ve dış piyasada vadeli mal satan veya hizmet sağlayan bir işletmedir.

---

<sup>57</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.93; Tercier/Favre, N.8060; Huguenin, BT, N. 3909; Müller, N.3073; Özakman, Cumhuriyet; Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989; sh.13; Akyol, sh. 11 vd.; Kocaman, Arif; Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara 1992, sh. 21; Kazmacı, Özge Uzun, Faktoring Sözleşmesi, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, sh.42.

<sup>58</sup> Kocaman, sh.21.

<sup>59</sup> Özakman, sh.13.

Factoring, ekonomik işbölümünün özel bir türüdür. Factoringin amacı; müşteriye ait işletmenin muhasebe, defter ve kayıtlarının tutularak bürokratik işlemlerden kurtulması, alacaklarının vadeden önce tahsil edilerek, bir yandan kısa vadeli finansman gereksiniminin karşılanması, diğer yandan da ödenmeme riskinin üstlenilmesidir<sup>60</sup>.

Factoring sözleşmesi, niteliği itibariyle bir genel alacak tahsili sözleşmesi ve taraflar arasında sürekli borç döüuran bir borç ilişkisidir<sup>61</sup>.

## **2)Factoring sözleşmesinin özellik ve nitelikleri:**

***a)Factoring sözleşmesi iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşmedir:***

Factoring sözleşmesinde faktor ve müşterinin üstlendikleri asli edimler birbiriyle değiştirilmekte, bir tarafın borçlandığı asli edim, diğer tarafın borçlandığı asli ediminin karşılığını oluşturmaktadır<sup>62</sup>. Gerçekten de, bu sözleşme ile müşteri, faktorun ödemeyi üstlendiği bedel karşılığında üçüncü kişi borçlulardaki alacaklarını faktora devretmeyi borçlanmaktadır. Bu sözleşmede müşterinin üçüncü kişi borçlulardaki alacaklarını faktora devretme borcu, onun asli edimini; faktorun da müşteriye buna karşılık bir bedel ödemeyi borçlanması, onun asli edimini oluşturmaktadır.

***b)Factoring ivazlı bir sözleşmedir:***

Bu sözleşmenin iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme olmasının doğal sonucu, ivazlı (karşılıklı) bir sözleşme olmasıdır. Dolayısıyla, factoring sözleşmesinde taraflardan her birinin edimi, diğer tarafın ödemeyi üstlendiği edimim karşılığını oluşturmaktadır.

***c)Factoring rızai bir sözleşmedir:***

Sözleşmenin kurulması için tarafların borçlandıkları edimleri yerine getirmeleri gerekmez, sadece bu noktalarda karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması yeterlidir.

---

<sup>60</sup> Huguenin, N. 3912; Erni, Rudolf, Factoring nach schweizerischem Recht, Zürich 1994, sh. 5 vd.; Kazmacı, sh.6 vd.

<sup>61</sup> Rey, Heinz; Die Behandlung des Factoringvertrages im Schweizerischen Recht, in: Kramer (Hrsg), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl. 1992, sh. 297.

<sup>62</sup> Tercier/Favre. N.8071; Müller, N.3086.



**d) Faktoring sürekli borç doğuran bir sözleşmedir:**

Faktoring sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir<sup>63</sup>.

**III-Faktoring sözleşmesinin hukuki niteliği:**

Faktoring sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle karma bir sözleşmedir. Doktrindeki hakim görüş bu sözleşmeyi çift edimli bir karma sözleşme olarak nitelendirmektedir<sup>64</sup>.

Faktoring sözleşmesinde yer alan isimli sözleşmelere ait başlıca unsurlar, özellikle alacak satımı, alacak devri, vekâlet ve tüketim ödücüne ilişkin unsurlardır.

**3) Faktoring işlemi ve müstakbel alacakların toptan devri sorunu:**

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemlerinde geçerli olan belirlilik ilkesi karşısında, acaba müstakbel alacakların toptan tümünün devrini ifade eden faktoring işleminde, belirlilik ilkesi zedelenmekte mi, yoksa her alacak doğduğu zaman münferiden devir mi edilmeli, yoksa toptan devir de mümkün ve yeterli midir? Hakim görüşe göre devir zamanında alacağın miktarı ve borçlunun şahsı belirlenebiliyorsa, belçirlik ilkesi korunmakta olduğu için müstakbel alacakların toptan devri mümkün ve geçerlidir<sup>65</sup>.

**3) Faktoring sözleşmesinin tâbi olduğu şekil:**

Faktoringte temel unsur alacağın devri olduğu için sözleşmenin tabi olduğu şekil de adi yazılı şekildir (TBK. m. 184). FFFK. M. 38/II'ye göre de

<sup>63</sup> Honsell, BT, sh.448; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.67; Kazmacı, sh.65 vd.

<sup>64</sup> Schluep, sh.834; Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.96; Engel, Contrats, sh.798; Tercier/Favre. N.8073; Honsell, BT, sh.448; Rey sh. 295 vd.; Jenny-CHK OR Vor. Art. 184 ff./Factoring, N.13; Huguenin, N.3921; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.67; Akyol, sh. 19; Kocaman, sh. 129-130; Özakman, sh. 88 vd.; Tiryaki, Betül, Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, 9 Eylül Üni. Huk. Fak. D. Cilt 8, Sa. 2, 2006, sh.211; Şener, Oruç Hami; Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu, Ankara 2005, sh. 16.

<sup>65</sup> Doktrindeki tartışmalar için bkz. Gauch/Schluep/Emmeniger, N. 344 vd.; Bucher, AT, sh. 544; Schwenger, AT, N. 90.27 vd.; Huguenin, N. 3937; Girsberger-BSK OR Art. 164, N. 41 vd.; BGE 122 III 361 E.4c; 113 II 163 E.2.

faktoring sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Söz konusu şekil faktoring sözleşmesinin geçerlilik şartıdır<sup>66</sup>.

#### **4) Faktoring çeşitleri**

Aşağıda başlıca faktoring çeşitleri incelenecektir.

##### **a) Açık faktoring- Gizli faktoring:**

Alacağın devrinin borçluya bildirilip bildirilmemesine göre faktoring açık faktoring, gizli faktoring olmak üzere ikiye ayrılır<sup>67</sup>. Gizli faktoringde alacağın devredildiği borçluya bildirilmezken, açık faktoringte bildirilmektedir.

Uygulamada açıkfaktoring kuraldır. Bu tür faktoringte faktora devredilen alacakla ilgili olarak borçluya, bundan böyle söz konusu alacağa ilişkin ödemelerin ancak faktor'a yapıldığı takdirde, borçtan kurtulmanın mümkün olacağı bildirilir. Bu bildirim TBK m. 186 uyarınca devrin borçluya ihbar edilmesi anlamına gelir<sup>68</sup>.

##### **b)Gerçek faktoring- Gerçek olmayanfaktoring**

Faktoringte önem arzeden ayırım gerçek faktoring, gerçek olmayan-faktoring ayrımıdır<sup>69</sup>. Burada esas sorun, faktorun devraldığı alacağı borçludan tahsil edememesi halinde, müşteriye rücu edip edemeyeceği sorunudur. Faktor, müşteriden devraldığı alacağı borçludan tahsil edemediği takdirde, bunu geri istemek için müşteriye rücu edebiliyorsa, gerçek olmayan faktoring söz konusu olur<sup>70</sup>. Buna karşılık faktor, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde devraldığı alacakla ilgili yapmış olduğu ödemeyi müşteriden geri istememe riskini üstlenmişse, gerçek faktoring söz konusu olur. Başka bir deyişle, gerçek faktoringte, borçlunun borcunu ödememe, dolayısıyla alacağın tahsil edilememe riskini, faktor

<sup>66</sup> Schlupe, sh. 835; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.99.; Tercier/Favre, N. 8077; Honsell, BT, sh.449; Huguenin, N. 3929; Jenny-CHK OR Vor. Art. 184 ff/Factoring, N.19; Müller, N.3091; Özakman, sh. 68; Kazmacı, sh.76.

<sup>67</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.96; Huguenin, N. 3927; Şener, O.H.; Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005, sh. 9.

<sup>68</sup> Şener, sh.l 1.

<sup>69</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.96; Jenny-CHK OR Vor Art. 184 ff. Faktoring, N.8; Huguenin, N. 3923 vd.; Kazmacı, sh. 17; Şener, sh. 11.

<sup>70</sup> Huguenin, N.3924.Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.;96; Tercier/Favre, N.8066; Kazmacı, sh.17. Ne var ki, cazibesi olmadığı için gerçek olmayan faktoringe uygulamada pek raslanmamaktadır.

üstlenmektedir<sup>71</sup>. Bu nedenle de, alacağın tahsil edilememesi halinde faktör, müşteriden rücu yoluyla herhangi bir tahsilat yoluna gidemez.

Uygulamada belirli bir miktara kadar rücu etmeme, belirli miktardan sonra rücu etme gibi karma bir yola da başvurulduğu görülmektedir<sup>72</sup>.

### ***c)Ulusal faktoring-uluslararası faktoring***

Faktör ve müşteri Türkiye’de ikamet ediyorlar ve ulusal piyasadaki alacaklar üzerine işlem yapıyorlarsa ulusal, yabancı faktör ve yabancı müşteri alacakları işlem konusu oluyorsa uluslararası faktoring söz konusu olur<sup>73</sup>.

### **5)Faktoringin fonksiyonları:**

Faktoring işleminin ekonomik anlamda üç fonksiyonu vardır. Bunlar, finansman, hizmet ve teminat fonksiyonudur. Bu fonksiyonlardan yalnız hizmet fonksiyonu tümfaktoring türlerinde ortak fonksiyon olup, diğer fonksiyonlarfaktör için ihtiyaridir.

#### ***a)Finansman fonksiyonu:***

Faktoringin ilk fonksiyonu finansman fonksiyonu, yani kredi sağlama fonksiyonudur. Gerçekten de, faktoringin en önemli fonksiyonu finansmandır .

Ticari hayatta alış veriş yapan, örneğin bir mal satın alan alıcıya, satış bedelini, yani borcunu ödemek için 45, 60 veya 90 günlük bir süre verilir. Bu durum, alıcıya belirli bir kredi sağlarken, satıcının da likidite (nakit para) durumunda kısmi bir açık meydana getirmektedir. İşte müşteri (satıcı), faktoring sözleşmesi yapmak suretiyle elinde (işletmesinde) vadeli olarak toplanan bu alacakları henüz muaccel olmadan faktora devretmek (satmak) suretiyle ondan aldığı paralarla bu açığı kapatmaktadır. Dolayısıyla, faktoring müşteriye alacaklarını vadesinden önce tahsil imkanı vermek suretiyle ona finansman sağlamaktadır<sup>74</sup>. Bu fonksiyona

---

<sup>71</sup> Tercier/Favre, N.8066; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.96; Huguenin, N.3923; Şener, sh. 12; Kazmacı, sh.17 vd.

<sup>72</sup> Huguenin, N. 3926.

<sup>73</sup> Jenny-CHK OR Vor Art. 184 ff. Faktoring, N.11; Huguenin, N. 3928; Müller, N.3083 vd.; Kazmacı, sh.12.

<sup>74</sup> Schlupe, sh. 842; Cavin, sh. 174; Honsell, BT sh.447; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art.184ff, N.;113; Huguenin, N. 3913 vd.

eş anlamda olmak üzere “alacak yönetimi fonksiyonu” da denilmektedir<sup>75</sup>.

***b) Alacak yönetimi (Hizmet) fonksiyonu:***

Faktoringin diğer bir fonksiyonu da hizmet fonksiyonudur. Gerçekten de faktör, faktoring sözleşmesiyle müşterilerinden devraldığı fatura ve senetlerin muhasebesiyle arşiv ve kayıt işlemlerinin tutulması, alacak ve borçların takip ve tahsili işleri bir düzene konulmuş olmaktadır<sup>76</sup>.

***c) Teminat fonksiyonu:***

Faktoringin bir diğer fonksiyonu da teminat fonksiyonudur. Faktoring bu fonksiyonuyla alacağın borçlu tarafından kasten veya ödeme güçsüzlüğü ya da diğer herhangi bir sebeple ödenmeme riskini karşılar. Bu nedenle, faktoringe, borcun ödenmeme riskinin teminatı da denilmektedir<sup>77</sup>.

**6) Tarafların borçları:**

***a) Faktörün borçları:***

Faktoring sözleşmesi uyarınca faktör genellikle, müşteriye peşin alım parası ödeyerek alacakların tamamını veya bir kısmını devralır, devraldığı bu alacakları deftere geçirir, bunların muhasebesini tutar, borçluların istihbaratını yapar, sonra da devraldığı bu alacakları tahsil eder. Tahsil aşamasında bir sorun çıktığı takdirde gerekli icra takiplerini yapar, davaları açar. Bunlarla sonuç alamadığı, dolayısıyla alacakları tahsil edemediği takdirde, borçluların ödememe veya ödeyememe risklerini üstlenir<sup>78</sup>.

Yukardaki bu genel açıklama ışığında faktörün borçları, ilke olarak aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

---

<sup>75</sup> Jenny-CHK OR Vor. Art. 184 ff/Factoring, N.4.

<sup>76</sup> Jenny-CHK OR Vor Art. 184 ff. Faktoring, N.4; Engel, Contrats, sh.797; Huguenin, N. 3916 vd.; Müller, N.3079 ; Kazmacı, sh.22 vd.

<sup>77</sup> Jenny-CHK OR Vor Art. 184 ff. Faktoring, N.6; Huguenin, N. 3918 vd.; Müller, N.3080 ; Erni, sh. 20 vd.; Kazmacı, sh.29 vd.

<sup>78</sup> Erdemol, Halûk, Factoring ve forfaiting, İstanbul 1992, sh.1.

**aa)Faktorun, müşterinin alacaklarını devralma, bunları deftere geçirme, özellikle de müşterinin borçlularının borçlarının muhasebesini tutma borcu<sup>79</sup>:**

**bb)Faktorun devraldığı alacakların sözleşmede kararlaştırılan be-delini müşteriye ödeme borcu<sup>80</sup>.**

**cc)Faktorun, gerçek faktoringte müşterinin borçlularının borçlarını ödememe veya ödeyememe riskini (ödeme güçsüzlüğüne düşme riskini) üstlenme borcu<sup>81</sup>:**

Böyle bir halde, gerçek faktoringte faktor, müşterinin borçlularından tahsil edemediği alacaklar için müşteriye rücu edemez.

**dd)Faktorun devraldığı alacakları tahsil edememe riskine karşı devredenden teminat (deposit) olarak bir miktar para almışsa, sözleşme sonunda bu teminatı geri verme borcu:**

**b)Müşterinin borçları:**

**aa)Müşterinin, işletmesinden mal ve hizmet alan borçlularına karşı sahip olduğu alacakları faktora devretme borcu:**

Factoring sözleşmesinde müşteri, işletmesinden mal veya hizmet alan borçlularına karşı sahip olduğu mevcut veya müstakbel alacaklarının tamamını veya bir kısmını ya da belirli bir bölgedeki alacaklarının tamamını faktora devretmek zorundadır<sup>82</sup>.

**bb)Müşterinin, alacak yönetimine kkarşılık faktora ücret (komisyon) ödeme borcu:**

Müşterinin diğer bir borcu da, faktorun alacak yönetimiyle ilgili yapacağı hizmete karşılık ona ödemeyi üstlendiği komisyon (ücret) borcudur<sup>83</sup>. Bu borcun miktarı genellikle alacağın belli bir yüzdesi olarak gösterilir.

---

<sup>79</sup> Tercier/Favre. N.8081; Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.100; Jenny-CHK OR Vor. Art. 184 ff/Factoring, N.21; Müller, N.3094: Erni, sh. 14, 38, 96.

<sup>80</sup> Schluép, sh. 835; Tercier/Favre. N.8082 vd.;Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.100; Huguenin, N. 3931; Erni, sh. 100, 104; Müller, N.3096.

<sup>81</sup> Schluép, sh. 836; Tercier/Favre. N.8082;Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.100; Huguenin, N. 3931; Erni, sh. 103; Müller, N.3097.

<sup>82</sup> Müller, N.3101.

<sup>83</sup> Müller, N.3104.

***cc)Müşterinin, avans olarak verdiği alacak için faktora ödemeyi üstlendiği faiz borcu:***

Aynı şekilde müşteri, devrettiği alacaklar muaccel olmadan önce faktör tarafından kendisine avans olarak verilen alacağa (finansmana) karşılık ona faiz vb. gibi bir ad altında bir karşılık ödemek zorundur<sup>84</sup>.

***dd)Müşterinin, alacakların varlığını ve borçluların ödeme gücüne sahip olduğunu garanti borcu<sup>85</sup>:***

Müşteri, alacağı bir edim karşılığında faktora devrettiği takdirde, ona alacakların devir sırasında varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur (TBK. m. 191/I). Dolayısıyla, müşteri, faktora karşı alacağın varlığından sorumludur. Ayrıca dürüstlük kuralı, müşteriye alacakları sakatlayacak, zayıflatacak her türlü davranıştan uzak kalmayı emreder<sup>86</sup>.

***ee)Müşterinin, faktora karşı, devrettiği alacaklar üzerinde üçüncü kişilerin ileri süreceği üstün hak iddialarına karşı garanti borcu(zapttan sorumluluk)<sup>87</sup>.***

Müşteri, faktora karşı, devrettiği alacaklar üzerinde üçüncü kişilerin ileri süreceği üstün hak iddialarına karşı garanti borcu altında olup, bu yüzden meydana gelecek zapttan sorumludur.

**6-Factoring sözleşmesinin sona ermesi:**

Factoring sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla, sürekli her sözleşme gibi, bu sözleşme de olağan sebeplerle sona ereceği gibi, olağanüstü sebeplerle de sona erebilir.

Factoring sözleşmesi belirli süreli yapılmışsa, bu sürenin dolmasıyla herhangi bir bildirme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme olağan fesih yoluyla sona erdirilemez. Buna karşılık, böyle bir sözleşme olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilir.

Taraflar belirli sürenin dolmasına rağmen sözleşmeyi örtülü olarak sürdürüyorlarsa, belirsiz süreli bir sözleşme söz konusu olur.

<sup>84</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.101.

<sup>85</sup> Huguenin, N.3934.

<sup>86</sup> Huguenin, N.3934.

<sup>87</sup> Girsberger-BSK OR Art. 171, N.7; Müller, N.3106.

Faktoring sözleşmesi belirsiz süreli yapılmışsa, şartlarına uymak kaydıyla olağan fesih veya olağanüstü fesih yoluyla her zaman sona erdirilebilir. Taraflar sözleşmede olağan fesih ve bunun süresini belirleyebilirler. Bu takdirde karşılaştırılan bu süreye uymak suretiyle sözleşme feshedilebilir<sup>88</sup>. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa, hâkimden hukuk yaratma yoluyla uygun bir fesih süresi belirlemesi talep edilebilir. Hâkim için uygunluğuna göre bir fesih süresi belirleyebilir<sup>89</sup>.

Faktoring sözleşmesi, vekâlet unsurunu içermekle birlikte, vekaletin taraflarca her zaman geri alınması maddesi bu sözleşmeye uygulanmaz. Çünkü müşterinin veya faktörün vekâleti geri alma tehdidi sözleşmenin diğer tarafını sürekli olarak huzursuz eder.

Faktoring sözleşmesi sürekli borç içeren bir sözleşme olduğu için, taraflar önemli sebeplerin varlığı halinde olağanüstü fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilirler<sup>90</sup>. Sözleşmenin devamını dürüstlük kuralına göre taraflardan biri için çekilmez hale getiren her olay, önemli olay sayılır. Sebebin önemli olup olmadığına hâkim karar verir.

### III- LİSANS SÖZLEŞMESİ

#### 1) Tanımı:

Lisans verenin, fikri veya sınai bir haktan veya diğer maddi olmayan bir maldan belirli veya belirli olmayan bir süre için yararlanmayı, ödeyeceği bir bedel karşılığında lisans alana devretmeyi üstlendiği sözleşmeye, lisans sözleşmesi denir<sup>91</sup>. Burada kullanılan lisans sözcüğü, fikri ve sınai hak gibi maddi olmayan bir haktan veya know-how gibi maddi olmayan bir maldan üçüncü kişilerin yararlanmasına izin vermeyi ifade eder.

Lisans sözleşmesiyle lisans veren, lisans alana, ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında, fikri veya sınai bir hak veya maddi olmayan bir mal üzerindeki yararlanma yetkisini belirli veya belirli olmayan bir süre için kısmen ya da tamamen devretmeyi üstlenmektedir.

---

<sup>88</sup> Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff. N, 106.

<sup>89</sup> Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.106; Huguenin, N.3942.

<sup>90</sup> Schluép, sh.836; Schluép/Amstutz-BSK OR Einl. Vor Art.184 vd., N. 107; Huguenin, N.3943; Erni, sh.112.

<sup>91</sup> Bucher, BT, sh. 37; Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR Einl. Vor Art. ff, N.238; Honsell, BT, sh.457 vd.; Tercier/Favre. N.7950; Huguenin, N. 3787; Zenhäusern-CHK OR Vor Art.184 ff/Lizens- und know-how-Vertrag, N.1; Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.373; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.130; Müller, N.2954: Hilty, sh. 6 vd.;Ortan, sh. 2 vd.; Özdemir, sh.30; Özsoy, sh. 21 vd.

Lisans sözleşmesinin tarafları lisans veren ve lisans alandır. Bunlar tüzel kişi olabilecekleri gibi, gerçek kişi de olabilirler. Tarafların birden çok kişi olmaları da mümkündür.

## **2)Lisans sözleşmesinin unsurları:**

Yukardaki tanıma göre lisans sözleşmesinin unsurları şunlardır:

### ***a)Bir haktan veya maddi olmayan bir maldan yararlanmanın devri:***

Lisans veren lisans alana hukuken mutlak olarak korunan gayri maddi bir mal üzerindeki haktan veya fiilen korunan maddi olmayan bir maldan yararlanmayı belirli bir süre devretmek zorundadır<sup>92</sup>. Mutlak korunan hak, fikri veya sınai haktır.

### ***b)Buna karşılık lisans alan da lisans verene bir ücret-bedel ödemelidir.***

Lisans sözleşmesi, karşılıklı dolayısıyla ivazlı bir sözleşmedir. Bu nedenle, lisans alanın da lisans verene karşı edim olarak bir ücret ödemesi gerekir.

## **3)Konusu:**

Lisans sözleşmesi, fikri veya sınai haklar ya da maddi olmayan mallar üzerinde kurulur. Dolayısıyla, lisans sözleşmesinin konusu hukuken mutlak olarak korunan fikri ve sınai haklarla fiilen korunan maddi olmayan mallardır. Sınai haklara, patent hakkı, marka hakkı, endüstriyel tasarım hakkı, fikri haklara da fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar gibi mutlak haklar örnek gösterilebilir. Bilgisayar yazılım programları da fikri haklar çerçevesinde korunan değerler olup lisans sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler<sup>93</sup>. Maddi olmayan mallar ise, know-how, üretim, iş ve işletme sırları, veri bankası, henüz tescil edilmemiş buluşlar gibi fiilen korunan

---

<sup>92</sup> Müller, N.2956.

<sup>93</sup> Honsell, BT, sh.459; Huguenin, N.3791; Hilty, sh.16 vd.



değerlerdir<sup>94</sup>. Lisans alan, bilgisayar yazılım programı üzerinde yararlanma hakkına sahip olmakla birlikte, onu başkalarına satamaz. Ayrıca yazılım programlarını kopyalamak da yasaktır<sup>95</sup>.

#### **4)Hukuki niteliği:**

Lisans sözleşmesi, ilke olarak kendine özgü (sui generis) isimsiz bir sözleşmedir. Ancak, bu sözleşmenin bazen karma bir sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkündür<sup>96</sup>. Lisans sözleşmesi isimli sözleşmelerden adi kira, özellikle ürün kirası, satış, vekalet ve adi ortaklık sözleşmelerinin unsurlarını içerir.

#### **5)Lisans sözleşmesinin nitelikleri:**

***a)Lisans sözleşmesi ilke olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.***

İlke olarak edim ve karşı edim içeren lisans sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>97</sup>. Uygulamada daha çok bu tür lisans sözleşmelerine raslanmaktadır. Ancak, istisnai de olsa, eksik iki tarafa borç yükleyen lisans sözleşmeleri de vardır.

#### ***b)Lisans sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir.***

Lisans sözleşmesi, ilke olarak lisans alanın üstlendiği bir ücret karşılığında yapıldığı için ivazlı bir sözleşmedir. Ancak, bedel bu sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir<sup>98</sup>.

#### ***c)Lisans sözleşmesi rızai bir sözleşmedir.***

Lisans sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Dolayısıyla, tarafların karşılıklı irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktaları hakkında birbirine

---

<sup>94</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art. ff, N.238; Honsell, BT sh.458; Bucher, BT, sh. 37; Honsell, BT, sh.457 vd.; Huguenin, N. 3787; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.130; Hilty, sh. 6 vd.; Honsell, BT, sh.459; Huguenin, N.3791; Hilty, sh.16.

<sup>95</sup> Honsell, BT, sh.459.

<sup>96</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N.242; Engel, Contrats, sh. 774; Tercier/Favre. N.7961; Honsell, BT, sh.458 ; Huguenin, N.3799 ; Müller, N.2968: Hilty, sh. 155 vd., 160, 167; Tandoğan, I/1, sh.64;Ortan, sh. 39;Özdemir, sh. 53-54;Özsoy, sh. 90; BGE 115 II 257; 92 II 299-300.

<sup>97</sup> Tercier/Favre. N.7959; Huguenin, N.3787-3788;3800;Özsoy, sh.63 vd.

<sup>98</sup> Huguenin, N.3788; Tercier/Favre. N.7959; Hilty, sh. 6 vd.

uygun olması halinde bu sözleşme kurulmuş olur. Sözleşme konusu patent veya markadan yararlanılmaya başlanması sözleşmenin kurulması için şart değildir.

**d) Lisans sözleşmesi, sürekli borç içeren bir sözleşmedir.**

Lisans sözleşmesi ilke olarak sürekli borç doğuran bir sözleşmedir<sup>99</sup>. Ancak, süreklilik, bu sözleşmenin özgün bir unsuru değildir. Çünkü fikri haklarda istisna da olsa, ani edimli, dolayısıyla bir defalık yaralanım hakkı veren lisanslar da vardır. Meselâ, bir sanat eserinin bir defa gösterime sunulmasında durum böyledir<sup>100</sup>.

Lisans sözleşmesi belirli veya belirli olmayan bir süre için yapılabilir<sup>101</sup>.

**6) Lisans sözleşmesinin tâbi olduğu şekil:**

Lisans sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla taraflar bu sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilirler<sup>102</sup>. Ancak, uygulamada lisans sözleşmesi daha çok yazılı veya noter kanalıyla resmi şekilde yapılmaktadır.

**7) Lisans sözleşmesinin çeşitleri:**

Lisans sözleşmesi; konusuna ve meydana getirdiği etkiye göre çeşitlere ayrılmaktadır.

**a) Konusuna göre çeşitleri:**

Lisans sözleşmesi, konusuna göre, özel kanunlarla korunan maddi olmayan hakları veya maddi olmayan malları konu edinmesine göre üçe ayrılır.

**aa) Özel kanunlarla korunan maddi olmayan mallar üzerindeki hakları konu edinen lisans sözleşmesi:**

Bunlar, patent lisans sözleşmesi, marka lisans sözleşmesi, tasarım lisans sözleşmesi, sanat eseri lisans sözleşmesi gibi sözleşmelerdir<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Honsell, BT, sh.458 ; Tercier/Favre. N.7959; Huguenin, N.3799; Özdemir, sh. 66; Özsoy, sh.66.

<sup>100</sup> Huguenin, N.3799.

<sup>101</sup> Huguenin, N.3788.

<sup>102</sup> Huguenin, N.3814.

<sup>103</sup> Tercier/Favre. N.7595; Müller, N.2961.

**bb) Maddi olmayan malları konu edinen lisans sözleşmeleri:**

Bunlar da, know-how lisans sözleşmesi, üretim ve işletme sırları lisans sözleşmesidir<sup>104</sup>.

**cc) Karma lisans sözleşmesi;**

Bunlar da haklarla fiili durumları içeren lisans sözleşmeleridir.

**b) Meydana getirdiği etkiye göre çeşitleri:**

Lisans sözleşmesi, meydana getirdiği etki alanına göre de münhasır lisans sözleşmesi, basit lisans sözleşmesi ve tek lisans sözleşmesi olmak üzere üçe ayrılır.

**aa) Basit lisans sözleşmesi:**

Basit lisans sözleşmesinde lisans veren sözleşme konusu sınai veya fikri hak ya da maddi olmayan mal üzerinde yalnız lisans alana değil, başkalarına da yararlanma hakkı verebilir. Hatta bu haktan kendisi de yararlanabilir<sup>105</sup>.

**bb) Münhasır lisans sözleşmesi:**

Lisans konusu hak veya maddi olmayan mal üzerindeki yararlanma hakkını yalnız lisans alana devir borcunu içeren sözleşmeye, münhasır lisans sözleşmesi denir. Bu tür lisans sözleşmesinde lisans konusu hak ve mal üzerinde üçüncü bir kişinin, hatta lisans verenin de yararlanma hakkı yoktur<sup>106</sup>.

**cc) Tek lisans sözleşmesi:**

Tek lisans sözleşmesi, münhasır lisans sözleşmesi ile basit lisans sözleşmesi arasında yer almaktadır. Tek lisans sözleşmesinde lisans veren kullanma hakkını yalnız tek bir lisans alana verir, üçüncü kişilere bu hak verilmez. Ancak, lisans veren sözleşme konusu hak ve malı kullanma hakkını kendisi için de saklı tutabilir<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Tercier/Favre. N. 7956; Müller, N.2961.

<sup>105</sup> Huguenin, N.3810; Orta, sh. 151; Özdemir, Sh. 13; Özsoy, sh.44.

<sup>106</sup> Huguenin, N.3811; Orta, sh. 151-152; Özdemir, Sh. 12; Özsoy, sh.45.

<sup>107</sup> Özdemir, sh. 14.

### ***c)Gerçek lisans sözleşmesi- gerçek olmayan lisans sözleşmesi***

#### ***aa)Gerçek lisans sözleşmesi:***

Hukuken mutlak şekilde korunan fikri veya sınai hakları konu edinen lisans sözleşmesine, gerçek lisans sözleşmesi denir<sup>108</sup>. Meselâ patent lisans sözleşmesi, marka lisans sözleşmesi gibi.

#### ***bb) Gerçek olmayan lisans sözleşmesi:***

Buna karşılık, lisans sözleşmesi konusu know-how veya üretim sırrında olduğu gibi yalnız fiilen korunan bir mal ise, bu sözleşmeye de, gerçek olmayan lisans sözleşmesi denilmektedir<sup>109</sup>.

### **7)Lisans sözleşmesinin bazı sözleşmelerden farkı:**

Lisans sözleşmesi, satış sözleşmesinden evvelâ konusu itibariyle farklıdır. Satış sözleşmesi maddi ve maddi olmayan malları konu edinirken, lisans sözleşmesi yalnız maddi olmayan malları konu edinir. Ayrıca satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Oysa lisans sözleşmesi ilke olarak sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

Lisans sözleşmesi kira sözleşmesinden de konusu yönünden ayrılmaktadır. Gerçekten de, kira sözleşmesi maddi malları konu edinirken lisans sözleşmesi yalnız fikri ve sınai haklarla maddi olmayan malları konu edinmektedir.

Lisans sözleşmesi franchise sözleşmesinden defarklıdır. Gerçi franchise sözleşmesinin içerdiği unsurlar arasında lisans sözleşmesi unsuru da bulunmaktadır. Gerçekten de, franchise alan franchise sözleşmesinde maddi olmayan mal üzerindeki haktan veya know-how gibi maddi olmayan bir maldan yararlanmak için lisans sözleşmesi yapmaktadır. Ancak, franchise sözleşmesi içinde lisans sözleşmesi öyle çok da önemli bir yer ilşgal etmemektedir. Franchise sözleşmesinde franchise alan, franchise verenin satış konsepti ve organizasyon fikri ile bütünleştiği için bu sözleşme, lisans sözleşmesinin sınır ve boyutlarını aşmaktadır<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Zenhäusern-CHK OR, Vor Art. 184 ff. Lizens-und know-how-Vertrag, N.2; Hilty, sh.14 vf.

<sup>109</sup> Zenhäusern-CHK OR, Vor Art. 184ff., Lizens-undknow-how-Vertrag, N 2; Hilty, sh. 14.

<sup>110</sup> Huguenin, N.3808.

**8) Tarafların borçları:****a) Lisans verenin borçları:**

**aa) Lisans verenin, lisans alana lisans konusu hak veya mal üzerinde Sözleşmede kararlaştırılan yararlanmayı sağlama ve sözleşme süresince de bu durumda bulundurma borcu:**

Lisans sözleşmesi, lisans verenin lisans alanın fikri veya sınai bir haktan ya da maddi olmayan bir maldan yararlanmasını sağlamayı üstlendiği bir sözleşmedir. Bu nedenle, lisans verenin ilk borcu, lisans alanın sözleşme konusu hak veya maddi olmayan maldan ekonomik olarak yararlanmasını sağlamaktır<sup>111</sup>. Bu yararlanmanın sağlanması için de lisans verenin lisans alana karşı sözleşme süresince lisans konusu hak ve mal üzerindeki yararlanma hakkını ileri sürmekten feragat etmesi gerekir. Lisans veren, lisans alanın hak ve maldan sözleşmeye uygun olarak yararlanmasını hem hak ve malın teslimi sırasında hem de sözleşme boyunca sağlamak zorundadır<sup>112</sup>.

**bb) Lisans verenin, lisans konusu mutlak hakkı (sınai veya fikri hakkı) veya maddi olmayan malı (know-how vb), ilgili sicile veya yere tescil ettirme ya da tevdi etme, bunun için gerekli harç ve ücretleri ödeme borcu:**

Lisans verenin, sözleşme konusu hak ve malı lisans alanın yararlanmasına sunma ve sözleşme süresince de bu şekilde tutma borcunun doğal uzantısı olarak, söz konusu hak ve malları ilgili sicillere veya yerlere tescil ettirmesi veya tevdi etmesi ve bunlar için ödenmesi gereken harç ve ücretleri ödemesi gerekir.

**cc) Lisans verenin zapttan ve ayıptan sorumluluğu.**

Lisans veren, lisans konusu hak veya malın, meselâ patent, marka veya know-how'ın varlık veya niteliğini garanti edip, bunları sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemişse, lisans alana karşı TBK. m. 112'ye göre sorumlu olur. Ayrıca böyle bir durumda, lisans verene karşı kiraya veya

---

<sup>111</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. Vor Art. 184ff, N.250; Tercier/Favre. N.7981; Müller, N. 2981; Huguenin, N.3815-3816; Ortan, sh. 174.

<sup>112</sup> Tercier/Favre. N.7983; Huguenin, N.3817; Müller, N.2982; Ortan, sh.174 vd.

ürün kirasına ya da satışa ilişkin zapt veya ayıptan sorumluluk hükümleri de seçimlik olarak kıyas suretiyle uygulanabilir<sup>113</sup>.

***b) Lisans alanın borçları:***

***aa) Lisans alanın lisans bedelini ödeme borcu:***

Lisans sözleşmesi, ilke olarak lisans bedelini ödeme borcu içeren ivazlı bir sözleşmedir<sup>114</sup>. Lisans alan, sözleşmede kararlaştırılan lisans bedelini ödemekle yükümlüdür. Tarafların anlaşmasına göre lisans bedeli çeşitli türlere ayrılabilir. Bunlar arasında uygulamada başlıca, götürü bedel, asgari bedel, parça başına bedel, sürümle veya elde edilen gelirle orantılı bedel olmak üzere çeşitli bedel türlerine rastlanmaktadır<sup>115</sup>.

***bb) Lisans konusu hak ve malın varlığını tehlikeye sokacak her türlü davranıştan kaçınma borcu:***

Lisans alan, sözleşme konusu hak ve maldan, bunların niteliklerine uygun olarak özenle yararlanmak, onu kullanmak, mal ve hakka zarar verici her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır<sup>116</sup>.

***cc) Lisans alanın lisans konusu hak ve malı, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma borcu:***

Lisans sözleşmesi, lisans alana herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir hak değil, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran nispi ve şahsi bir hak (alacak hakkı) vermektedir. Dolayısıyla, üçüncü bir kişi sözleşme konusu hak ve mala bir müdahalede bulunursa, şahsi hak sahibi olan lisans alanın bu kişiye karşı dava açma hakkı yoktur<sup>117</sup>. Bu kişiye karşı ancak mutlak hak sahibi sıfatıyla ihlâl ve müdahale edilen patent, marka veya tasarım ya da fikri hakkın sahibi patent veren dava açabilir. Ancak, uygulamada böyle olumsuz durumlara meydan vermemek için lisans veren lisans sözleşmesinde lisans alana dava açma hakkı tanımaktadır<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N. 309; Honsell, sh.444 ; Zenhäusern-CHK OR, Vorb Art. 184ff., N.38 vd.; Huguenin, N.3826 vd.; Ortan, sh. 191 vd.; 216 vd.

<sup>114</sup> Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N.251; Zenhäusern-CHK OR Vor Art.184 ff, Lizens-und know-how-Vertrag, N. 29.

<sup>115</sup> Huguenin, N.3819-3820; Müller, N.2984; Ortan, sh. 243 vd.

<sup>116</sup> Müller, N.2985; Tercier/Favre, N.;7988.

<sup>117</sup> Honsell, sh.460. Aksi görüş için bkz. Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N.315.

<sup>118</sup> Müller, N.2985; BGE 113 II 190-192

**9) Lisans sözleşmesinin sona ermesi.**

Lisans sözleşmesi sürekli borç doğuran her sözleşme gibi ya olağan sebeplerle ya da olağanüstü sebeplerle sona erer.

**a) Lisans sözleşmesinin olağan sebeplerle sona ermesi:**

Taraflar sözleşmede bir süre belirlemişlerse lisans sözleşmesi bu sürenin dolmasıyla, herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Belirli sürenin sona ermesine rağmen taraflar sözleşmeyi örtülü olarak sürdürüyorlarsa, sözleşme belirsiz süreli bir sözleşme olarak varlığını devam ettirir.

Ayrıca taraflar aralarında yapacakları bir bozma sözleşmesi (ikale) ile de sözleşmeyi sona erdirebilirler.

Lisans hakkının şeklen korunmasının sona ermesiyle de sözleşme ortadan kalkabilir. Aynı şekilde, süresiz ve gerçek olmayan bir lisans sözleşmesi, lisans verenin ya da lisans alanın maddi olmayan mal üzerindeki fiili tekelinin ortadan kalkmasıyla da sona erer<sup>119</sup>.

Lisans sözleşmesi belirsiz süreli ise, olağan fesih yoluyla da sona erdirilebilir. Olağan fesih hakkının kullanılması, fesih süresine uymayı gerektirir. Fesih süresi taraflarca sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, kanunda da yer alabilir.

**b) Lisans sözleşmesinin olağanüstü sebeplerle sona ermesi:**

Önemli (haklı) bir sebebin varlığı halindelisans sözleşmesi olağanüstü fesih yoluyla sona erdirililabilir. Burada TBK. m. 639/1-7 esas alınabilir<sup>120</sup>. Dürüstlük kurallarına göre sözleşmenin devamını taraflardan biri için çelikmez hale getiren her olay önemli sebep sayılır<sup>121</sup>. Önemli olayın mevcut olup olmadığına hâkim karar verir.

Ayrıca, borç ilişkisinin varlık ve devamı yönünden tarafların kişilik unsurlarının önem taşıdığı hallerde, taraflardan birinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi ile de sözleşme sona erer.

---

<sup>119</sup> Huguenin, N.3831.

<sup>120</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR Einl. vor Art. 184 ff., N 311; Honsell, sh.444 ; Huguenin, N. 1487.

<sup>121</sup> Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.257; Huguenin, N.3832.

## IV-SULH SÖZLEŞMESİ:

### 1)Tanımı:

İhtilâflı veya belirsiz bir hukuki ilişki hakkında taraflardan birinin bu ilişkiden kaynaklanan hakkının belirli bir kısmından vazgeçmeyi üstlenmesine karşılık, diğer tarafın da bu ilişkiden doğan hakkının yalnız belirli bir kısmını karşı edim olarak kabul etmeyi üstlendiği sözleşmeye, sulh sözleşmesi denir<sup>122</sup>. Başka bir deyişle sulh sözleşmesi, tarafların, bir hukuki ilişki hakkında aralarında çıkan bir uyuşmazlığı veya belirsizliği gidermek için birbirlerine karşılıklı ödümler (tavizler) vererek yaptıkları sözleşmedir<sup>123</sup>. Tarafların bağlayıcı nitelikteki karşılıklı ödümlerinin (tavizlerinin) içeriği, bir borcu tanıma veya bir borcu ibra ya da bir borcun üstlenilmesi olabilir<sup>124</sup>. Ayrıca tanımdan da anlaşıldığı gibi, sulh sözleşmesiyle yalnız bir hukuki ilişki hakkındaki uyuşmazlıklar değil, aynı zamanda belirsizlikler de çözümlenip giderilmektedir<sup>125</sup>. Sulh sözleşmesi sayesinde mahkemelerin işi azalmakta, uyuşmazlıklar çok daha kısa ve ucuz bir şekilde sona ermekte, aralarındaki uyuşmazlığa bizzat taraflar son verdiği için sonuç onları daha çok memnun ve tatmin etmektedir.

### 2)Sulh sözleşmesinin özellik ve nitelikleri:

Yukarıdaki tanıma göre sulh sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı, ani edimli ve rızai bir sözleşmedir.

<sup>122</sup> Guhl/Koller, § 40, N.5; Engel, Contrats, sh.798; Tercier/Favre, N.8103; Honsell, BT sh.470; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.170; Huguenin, N.4038; Müller, N. 3274; Neese, M., Der Vergleich, Zürich, 1999, sh.1; Tandoğan, I/1, sh.14; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.31; Zevkliler/Gökyayla, sh.12; Aydoğdu/Kahveci, sh.35; BGE 132 III 737, E.1.3; 130 III 49; 105 II 277.

<sup>123</sup> Burada yapılan tanım Alman Medeni Kanunu (BGB) § 779 ile de örtüşmektedir. Bkz. Fikentscher/Heinemann, N.348; Guhl/Koller, § 40, N.5; Bucher, BT, sh. 45; Honsell, BT, sh.470; Huguenin, N.4038; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N. 170; Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.398; Müller, N.274:Tandoğan, I/1, sh.14; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, sh.23; Feyzioğlu, Özel Hükümler, sh.40; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.31; Zevkliler/Gökyayla, sh.12; Ulsan İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD 1971, Sa.7, sh.149 vd.; BGE 132 III 737, E. 1.3; 130 III 49; 105 II 277.

<sup>124</sup> Fikentscher/Heinemann, N. 348; Huguenin, N.4039; BGE 4C.268/2005 E.2.1.

<sup>125</sup> Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.398.



**a) Sulh sözleşmesi bir borç sözleşmesidir:**

Gerçekten de, sulh sözleşmesi her şeyden önce bir borç sözleşmesidir. Çünkü bu sözleşme ile her iki taraf da birbirine karşı konusu bir hak veya şeyden ödün vermek suretiyle bir borç altına girmektedir.

**b)Sulh sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.**

Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, sulh sözleşmesi, ilke olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>126</sup>. Bu sözleşmede taraflardan her birinin edimi diğer tarafın ediminin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır. Bu karşılıklı ilişki içinde tarafların edimleri birbiri ile değiştirilmektedir. Gerçekten de, sulh sözleşmesinde her iki taraf da karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunup, birbirine ödün verdikleri için sulh sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

**c)Sulh sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir:**

Sulh sözleşmesi, ivazlı bir sözleşmedir. Çünkü bu sözleşmede taraflardan her biri kendi edimini, diğer tarafın vermeyi üstlendiği bir ödün (karşı edim) karşılığında borçlanmaktadır.

**d) Sulh sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir.**

Sulh sözleşmesi, tarafların üstlendikleri edimleri (ödünlere) henüz yerine getirmeden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulduğu için rızai bir sözleşmedir.

**e)Sulh sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.**

Taraflar borçlandıkları edimi zamanın akışı içinde dönemsel ya da sürekli değil, yalnız bir defa ifa etmekle borçlarını yerine getirilmiş olacakları için sulh sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.

**3)Sulh sözleşmesinin hukuki niteliği:**

Sulh sözleşmesi, isimsiz bir sözleşmedir. Gerçekten de, sulh sözleşmesinin adı çeşitli kanunlarda geçmekle birlikte<sup>127</sup>, kanun koyucu bu sözleşmenin tanımını, unsurlarını, çeşitlerini, tarafların borçlarını hiç bir

---

<sup>126</sup> Schlupe, 949;Tercier/Favre, N.8113; Meier-Hayoz, SZJ 1953, sh.117; Engel, Contrats, sh. 799; Müller, N.3287. Karşı veya farklı görüşler için bkz. Gauch, sh.7; Huguenin, N.4039; Neese, sh.2.

<sup>127</sup> Bkz. TMK. 462/1-8; HMK. 74; TBK. m. 504/III.

verde düzenlemediği için sulh sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir<sup>128</sup>. Sulh sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir<sup>129</sup>.

#### **4)Sulh sözleşmesinin unsurları:**

##### ***a)Uyuşmazlık ve belirsizlik unsuru:***

Yukarıda yapılan tanıma göre sulh sözleşmesi, her şeyden önce taraflar arasında, üzerinde uyuşmazlık veya belirsizlik içinde buldukları bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirir. Taraflardan birinin hukuki ilişki hakkında uyuşmazlık veya belirsizlik içinde bulunması yeterli olup, onun bu konuda ayrıca dava açması gerekli değildir. Hukuki ilişki hakkındaki uyuşmazlık veya belirsizlik, fiili veya hukuki sebeplere dayanabilir<sup>130</sup>.

Taraflar, fiili veya hukuki bir durum hakkında farklı hukuki sonuçlar doğuracak birbiriyle zıt ve değişik görüşler ileri sürerlerse, aralarında uyuşmazlık var demektir. Buna karşılık, bir hukuki ilişkinin konusu, içeriği, süresi vb. yönleri taraflar için açık değilse, belirsizlik söz konusu olur<sup>131</sup>.

##### ***b)Karşılıklı ödün (taviz-fedakârlık) unsuru:***

Sulh sözleşmesinin ikinci önemli unsuru, tarafların her ikisinin de birbiri lehine fedakârlıkta bulunması, birbirine karşılıklı ödün vermesidir. Karşılıklı ödün verme yeterli olup, verilecek ödümlerin birbirine eşit olması şart değildir<sup>132</sup>. Taraflardan yalnız birinin diğer tarafa ödün vermesi, onun iddiasını tamamen veya kısmen kabul etmesi halinde, karşılıklı fedakârlık mevcut olmadığından, ortada sulh sözleşmesi değil, yerine göre borç ikrarı, ibra veya bağışlama söz konusu olur<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Honsell, BT, sh.470; Tercier/Favre, N.8114; Huguenin, N. 4041; Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.398; Müller, N.3284. Oysa Alman Medeni Kanunu (BGB) § 779 sulh sözleşmesinin tanımını yapmış bulunmaktadır.

<sup>129</sup> Gauch, Der aussergerichtliche Vergleich, sh, 4; Engel, Contrats, sh. 860; Tercier/Favre, N. 8114; Honsell, BT, sh.472; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.173; Huguenin, N.4041; Neese, sh.5; Müller, N.3285; Tandoğan, I/1, sh.13 vd.; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.29; Zevkliler/Gökyayla, sh.12.

<sup>130</sup> Bucher, BT, sh. 45; Tercier/Favre, N.8107; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.171. Müller, N. 3276.

<sup>131</sup> Honsell, BT, sh.470; Müller, N. 3276.

<sup>132</sup> Tercier/Favre, N.8112; Gauch, sh. 6 vd.; Müller, N.3279.

<sup>133</sup> Bucher, BT, sh. 45; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.171; Tercier/Favre, N.8112; Müller, N.3279; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.32.

**c)Uyuşmazlık ve belirsizliğe son verme iradesi:**

Sulh sözleşmesinden söz edebilmek için hiç kuşkusuz, tarafların uyuşmazlık ve belirsizliği sona erdirmeye iradesine sahip olmaları gerekir<sup>134</sup>.

**d)Anlaşma unsuru:**

Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında, özellikle de edim ve karşı edimin birbiriyle değiştirilmesi üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmuş, dolayısıyla, anlaşmış olmalıdırlar.

Sulh sözleşmesi yapma ehliyeti yönünden tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yaptıkları sulh sözleşmesinin geçerli olması, vasinin rızası dışında sulh hâkiminin de iznine bağlıdır (TMK. 462/I-8). Kendisine yasal danışman atanmış kimse- nin yaptığı sulh sözleşmesini yasal danışmanın onaması gerekir. Kısıtlıya kayyım atanmışsa, sulh hâkimi izin verdiği takdirde yasal danışmanın onayına gerek yoktur<sup>135</sup>.

İradi temsilde temsilcinin temsil edilen adına sulh sözleşmesi yapabilmesi, bu konuda vekâletnamede özel yetkiye sahip olmasına bağlıdır (HMK. 74; TBK. m. 504/III).

**5)Sulh sözleşmesinin çeşitleri:**

Sulh sözleşmesi, mahkeme içi sulh (kazai sulh) sözleşmesi, mahkeme dışı sulh (iradi sulh=maddi sulh) sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır. Mahkeme içi sulh, mahkemede yapılır. Bu tür sulh, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 313-315 arasında düzenlenmiş olup buradaki hükümlere tâbidir. HMK. m. 313/I'e göre "Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. " Mahkeme içi "Sulhte genellikle, davacı talep sonucunun bir kısmından feragat eder ve davalı da, davacının talep sonucunun diğer (kalan) kısmını kabul eder ve böylece (kısmi feragat ve kısmi kabul ile) sulh sözleşmesi (anlaşması) meydana gelir."<sup>136</sup> Mahkeme içi sulh sözleşmesinin geçerliliği, bunun mahkemece tutanağa geçirilmesine ve taraflarca imzalanmasına bağlıdır

<sup>134</sup> Bucher, BT, sh.45;Tercier/Favre, N.8110; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.171; Müller, N.3278.

<sup>135</sup> Tandoğan, 1/1, sh.18; BGE 99 II 366.

<sup>136</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, Ankara 2011, sh. 534.

(HMK. m. 154/I-ç). Mahkeme içi sulh ilke olarak bir usul hukuku sözleşmesi olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanununa tâbidir.

Mahkeme dışı sulh ise, tarafların mahkeme dışında yaptıkları bir sözleşme olup, tamamen maddi hukuka, özellikle de sulhün mahiyetine aykırı düşmediği ölçüde Türk Borçlar Kanunundaki genel hükümlere tâbidir<sup>137</sup>. Bu bağlamda, irade beyanlarının birbirlerine uygunluğuna, özellikle sözleşmenin kurucu unsurlarıyla geçerlilik ve etkinlik unsurlarına, sözleşmenin hukuka veya ahlâka aykırılık ya da başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle butlanına, Türk Borçlar Kanunundaki genel hükümler uygulanır<sup>138</sup>.

Sulh sözleşmesi, aldatma ve korkutma altında yapılmışsa, bu konuda da TBK. m. 30 vd.nda yer alan genel hükümler uygulanır. Buna karşılık esaslı yanılma halinde bir ayırım yapmak gerekir. Sözleşme konusu uyumsuzluk ve belirsizliğe konu olan sebeplerde yanılma, iptal hakkı vermez. Buna karşılık yanılma, uyumsuzluk veya belirsizlik dışındaki bir sebebe dayanmaktaysa, sözleşmenin iptali istenebilir<sup>139</sup>.

Sınırlı olmak şartıyla sulh sözleşmesine aşırı yararlanmaya ilişkin hükümler uygulanabilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, ilke olarak bu görüştedir<sup>140</sup>.

Sulh sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, ödemelik def'ini düzenleyen TBK. 97 ve 98 ile temerrüt ve kusursuz imkansızlığa ilişkin TBK.123-125 ve 136. maddeleri de bu sözleşmeye uygulanabilir<sup>141</sup>.

### **6) Taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki ilişkiler hakkında sulh sözleşmesi yapabilirler. Bu nitelikte olmayan ilişkiler sulh sözleşmesine konu olamazlar**

Taraflar, ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki ilişkiler hakkında sulh sözleşmesi yapabilirler. Buna karşılık, serbestçe

<sup>137</sup> Guhl/Koller, §40, N.5, Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh. 398; Müller, N.3286: BGE 130 III 49 E. 1.2; 110 II 46.

<sup>138</sup> Guhl/Koller, § 40, N.5.

<sup>139</sup> Bucher, BT, sh. 46-47.

<sup>140</sup> BGE 54 II 188. Bkz. Bucher, BT, sh. 47.

<sup>141</sup> Tercier/Favre, N.8113; Engel, Contrats, sh. 799; Müller, N.3287. Aksi görüş için bkz. Gauch, sh. 3287.

tasarruf edemeyecekleri konularda taraflar sulh sözleşmesi yapamazlar<sup>142</sup>. Tarafların tasarruf edemeyecekleri konular arasında özellikle evlenme, boşanma, soybağının reddi, velâyet gibi konular gelir. Bunlar dışında taraflar yalnız alacak hakları konusunda değil, aynı haklar veya miras hakları konusunda da sulh sözleşmesi yapabilirler<sup>143</sup>. Taraflar sulh sözleşmesinin kapsam ve içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler.

**7)Sulh sözleşmesi, bünyesinde hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi içermektedir:**

Mahkeme dışı sulh sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemidir. Dolayısıyla, her tasarruf işlemi gibi, hukuki bir sebebi, özellikle de borçlandırıcı bir işlemi içerir. Bu bakımdan sulh sözleşmesi, taraflar birbirlerinin taleplerini kabul ettikleri oranda borç doğurucu sözleşme; kendi taleplerinden vazgeçtikleri oranda da tasarruf sözleşmesi niteliğindedir<sup>144</sup>. Gerçekten de, sulh sözleşmesi aynı zamanda bir tasarruf sözleşmesidir. Çünkü bu sözleşmeyle taraflardan her biri, "sulh olan devreder=qui transigit alianet" kuralı gereğince kendisine ait olduğunu iddia ettiği hakkın bir kısmından feragat etmek suretiyle hakkın bu kısmına kesin ve nihai olarak etkide bulunmakta, onu ortadan kaldırmaktadır. Bir hakkı kurmak, değiştirmek, ortadan kaldırmak o hakka doğrudan doğruya etkide bulunmak, dolayısıyla söz konusu hak üzerinde tasarruf etmektir. Bu nedenle, sulh sözleşmesiyle her iki taraf da ihtilâflı ve belirsiz hak üzerinde tasarrufta buldukları için fiil ehliyeti yanında tasarruf yetkisine de sahip olmaları gerekir<sup>145</sup>.

Sözleşmenin tâbi olduğu şekle gelince; sulh sözleşmesi hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi olduğu için bu sözleşmenin şeklini, borçlandırıcı kısımla tasarrufi kısım yönünden ayrı ayrı incelemek gerekir. Sözleşmesinin borçlandırıcı kısmının geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. TBK. m. 13 uyarınca burada şekil serbestisi geçerlidir. Taraflar sözleşmenin bu kısmını diledikleri gibi, sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapabilirler. O kadar ki, uyumsuzluk konusu hukuki ilişki

---

<sup>142</sup> Huguenin, N. 4045, Neese, sh. 8; Tandoğan, I/1, sh.18; Zevkililer/Gökyayla, sh.13; Aydoğdu/Kahveci, sh.37.

<sup>143</sup> Engel, Contrats, sh. 801.

<sup>144</sup> Bucher, BT sh. 46; Huguenin/Weiss-HK OR, Innominatkontrakte, N.173.

<sup>145</sup> Tercier/Favre, N. 8134.

şekle tâbi olsa bile, sulh sözleşmesinin geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir<sup>146</sup>. Buna karşılık, sulh sözleşmesinin tasarruf işlemi kısmı, meselâ taşınmaz bir malın mülkiyetinin devrine veya bir irtifak hakkının kurulmasına ilişkin kısmı resmi şekilde, alacağın devrinin ise, yazılı şekilde yapılması gerekir<sup>147</sup>. Aynı şekilde taraflar sulh sözleşmesiyle şekle bağlı bir sözleşmeyi değiştiriyorlarsa, sözü geçen sözleşmenin şekline uymak zorundadırlar<sup>148</sup>. Bunun gibi, taraflar TBK. m. 17 uyarınca iradi şekli kararlaştırmışlarsa, sulh sözleşmesini kararlaştırılan şekilde yapmaları gerekir.

### 8)Sulh sözleşmesinin yorumu:

Sulh sözleşmesinin içeriği tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre yorumlanır. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespiti mümkün olmazsa, güven teorisine başvurulmalıdır<sup>149</sup>.

### 9) Sulh sözleşmesinin butlan ve iptali:

Diğer sözleşmeler gibi hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı sulh sözleşmesinin butlan ve iptal nedeniyle geçersizliği ileri sürülebilir. Butlan yönünden sulh sözleşmesinin içeriğinin hukuka ve ahlâka aykırılığı ya da imkansızlığı söz konusu olabilir. Meselâ suspayı sözleşmesi, batıl sulh sözleşmesinin uygulama hallerinden birini teşkil eder<sup>150</sup>. Butlan zamanasına tâbi değildir; her zaman ileri sürülebilir. Hâkim, dosyadan butlan şartlarının mevcut olduğu kanısına varırsa, bunu re'sen gözönünde tutmak zorundadır. Sulh sözleşmesi hukuka veya ahlâka aykırılık nedeniyle hükümsüz hale gelirse, eski hukuki durum ve ilişki tekrar canlanır.

İrade sakatlığı ve aşırı yararlanmaya ilişkin hükümler de sulh sözleşmesine doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilir. Sulh sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için aşırı yararlanma hükümleri doğrudan doğruya uygulanmalıdır<sup>151</sup>. Sulh sözleşme-

<sup>146</sup> Guhl/Koller, § 40. N.5; Honsell, BT sh.472; Huguenin, N.4047; Müller-Chen/Girsberger/Furrer, sh.398; Tandoğan, 1/1, sh.15; BGE 106 II 222 E.2;100 II 144; 95 II 419.

<sup>147</sup> Bucher, BT, sh. 46; Gauch, sh. 10; Honsell, BT sh.472; Huguenin, N. 4047; Tandoğan, 1/1, sh.15.

<sup>148</sup> Tercier/Favre, N.8141.

<sup>149</sup> Huguenin, N. 4053; 58; Hünerwadel, Patrick; Der Ausergerichtliche Vergleich, Bern/Stuttgart 1989; sh. 58.

<sup>150</sup> Gauch, sh. 19; Neese, sh. 27; Huguenin, N. 4048; BGE 123 III 101 E.3.3.1.

<sup>151</sup> Bkz. Huguenin, N.4049; Gauch, sh. 19 vd.; BGE 4C 254/ 2004 E.3.3.1.

sine irade sakatlığına ilişkin hükümler de uygulanır. Ancak, temel yanılmasının neden olduğu iptal iddialarında, sulh sözleşmesi bir uyuşmazlık ya da belirsizliğe son verme amacı güttüğü için hâkimin bu konuda daha dikkatli olması gerekir<sup>152</sup>. Sulh sözleşmesi, aşırı yararlanma veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilirse eski hukuki durum veyailişki tekrar canlanır<sup>153</sup>. İrade sakatlığı nedeniyle iptal süresi bir yıl, aşırı yararlanma nedeniyle ise, bir ve beş yıldır. Söz konusu sureler nitelikleri itibariyle hak düşürücü sürelerdir.

### 10)Sulh sözleşmesinin hüküm ve sonuçları:

Her sözleşme gibi sulh sözleşmesi de bağlayıcı, kurucu ve borç doğurucu etkiye sahiptir. Bu nedenle, taraflar üstlendikleri edimleri yerine getirmek zorundadırlar. Taraflardan biri borcunu yerine getirmezse, diğer taraf TBK.m. 97 ve 98'e göre ödemelik def'ini ileri sürebileceği gibi, m. 123-125'e göre temerrüt hükümlerine de başvurabilir. Temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme halinde eski hukuki durum ya da ilişki yeniden canlanır<sup>154</sup>. Bununla birlikte, bazı yazarlara göre sulh sözleşmesinin amacı bir uyuşmazlık veya belirsizliği ortadan kaldırmak olduğu için temerrüt halinde sözleşmeden dönmeyi kabul etmek bu sözleşmenin amacına aykırı düşer. Dolayısıyla, temerrüt halinde sulh sözleşmesinden dönme kabul edilmemelidir<sup>155</sup>.

Bazı yazarlara göre mahkeme dışı sulh sözleşmesinin, erteleyici veya bozucu şartla yapılması mümkündür<sup>156</sup>. Buna karşılık, bazı yazarlara göre sulh sözleşmesi, tarafların sulh yoluyla üstlendikleri edimleri bu sözleşmeye uygun olarak ifa edecekleri yolunda bir şartı içerir. Taraflar veya içlerinden biri, bu sözleşmeyle üstlendiği edimi sulha uygun olarak ifa etmezse, sulh sözleşmesi ortadan kalkar ve daha önceki durum geri döner. Bu takdirde bu kimse hakkında sulh sözleşmesinin ihlâli nedeniyle değil, ilk sözleşmenin ihlâli nedeniyle tazminat davası açılmalıdır<sup>157</sup>.

TBK. m. 156/II'ye göre bir alacağın yazılı olarak tanınması (ikrarı) halinde yeni zamanaşımı süresi daima on yıldır. On yıllık yeni sürenin uygulanmasına ilişkin hüküm, sulh sözleşmesine de uygulanmalıdır. Çünkü

<sup>152</sup> Tercier/Favre, N.8156 vd..

<sup>153</sup> Huguenin, N.4056.

<sup>154</sup> Engel, Contrats, sh. 803, 860, 864.

<sup>155</sup> Huguenin, N.4055; Neese, sh. 32.

<sup>156</sup> Tandoğan, I/1, sh.18.

<sup>157</sup> Bucher, BT, sh. 46.

bu sözleşmeyle de çekişmeli veya belirsiz bir borç-alacak tanınmış bulunmaktadır<sup>158</sup>.

Burada borcun yenilenmesine de kısaca temas etmekte yarar vardır. Sulh sözleşmesi kendiliğinden borcun yenilenmesi sonucunu doğurmaz. Bu nedenle de, yapılan sulh sözleşmesi sonunda ihtilâflı veya belirsiz eski borç yenilenmiş olmaz. Buna karşılık, bazı yazarlar sulh sözleşmesinin, konu edildiği borcu yenileme etkisine sahip olduğunu ileri sürmektedirler<sup>159</sup>. Federal Mahkeme de yenilemeyi ilke olarak kabul etmektedir<sup>160</sup>. Bize göre, taraflar sulh sözleşmesinin yenileme sonucunu doğurmasını istiyorlarsa, bunu sözleşmede açık olarak belirtmelidirler. Zira TBK.m. 132/II'ye göre mevcut borç için bazı işlemlerin yapılması, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz<sup>161</sup>.

Mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhun aksine kesin hüküm niteliği taşımadığı için icraî bir etkisi yoktur<sup>162</sup>. Buna karşılık, mahkeme içi sulh kesin hüküm niteliğinde olduğu için bunun icra kabiliyeti vardır. Alacaklının müteselsil borçlulardan biriyle yapmış olduğu sulh sözleşmesi diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz.

## V-SATIŞ İÇİN BIRAKMA SÖZLEŞMESİ:

### 1)Tanım, unsur ve niteliği:

Satım için bırakanın, mülkiyeti kendisine ait olan bir malı, tespit ettiği bedele, üçüncü bir kişiye kendi ad ve hesabına satması amacıyla satım için alana bırakmayı; satım için alanın da bırakılan malı belli bir süre içinde ya satın parasını ödemeyi ya da aynen iade etmeyi üstlendiği sözleşmeye, satım için bırakma sözleşmesi denir<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> Huguenin, N.4057; Guhl/Koller, § 39, N.7; Neese, sh. 35.

<sup>159</sup> Bucher, BT, sh. 46; Huguenin, N.4056.

<sup>160</sup> BGE 105 III 273, 277.

<sup>161</sup> Engel, Contrats, sh. 804; Tercier/Favre, N. 8150.

<sup>162</sup> Tercier/Favre, N. 8151.

<sup>163</sup> Guhl/Koller, § 40, N.8; Oftinger, Karl; Der Trödelvertrag, Zürich 1937, sh.19; Cavin, sh.176; Bucher, Eugen; Der Trödelvertrag, sh. 95; Amstutz/Morin/Schluemp-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N. 163; Tercier/Favre. N.;Huguenin, N.4009; Müller, N.3239; Tandoğan, I, sh. 19; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.33; Zevkliler/Gökyayla, sh.15; Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hülümler, C. II, 3. Bası, İstanbul 2013, sh.10; Aydoğdu/Kahveci, sh.33.



Satım için bırakma sözleşmesi, son zamanlarda kitlesel tüketim mallarının pazarlama ve satımında uygulaması bol, güncel bir sözleşme haline gelmiştir. Gerçekten de, günümüzde bu sözleşmeye bilhassa saat, takı, kosmetik, gazete, kitap, kaset, disk, sanat eserleri, ikinci el taşınır malların satımında çok sık başvurulmaktadır<sup>164</sup>.

Satım için bırakma sözleşmesi her iki taraf için de bazı yararlar taşımaktadır. Bu suretle satım için bırakan kendi adına bir dağıtım ve satım ağı kurmadan alıcı bulmakta, satım için alan da herhangi bir karşılık ödemedi ve satılıp satılmama riskini üstlenmeden bir mala kavuşmaktadır<sup>165</sup>.

Bu sözleşmeye göre, satım için alan kişi, bırakılan malı sözleşmede belirlenen süre içinde kararlaştırılan bedele satarsa, aldığı satış bedelini ödemek, aksi halde satamadığı malı, satım için bırakan kimseye aynen geri vermekle yükümlüdür<sup>166</sup>.

Satım için alan taraf, malı ister ucuz ister pahalı satsın, sözleşmede kararlaştırılan parayı, bırakana ödemek zorundadır. Bu kişi, malı kararlaştırılan paradan daha ucuza sattığı takdirde, aradaki farkı bırakana ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, mal daha yüksek fiyata satılırsa, aradaki fark satım için alana kalır.

Malı satım için alan kimse, bir vekil veya komisyoncu değildir; tam aksine aldığı malı kendi ad ve hesabına, kendi yararına satan bir kimse-dir<sup>167</sup>. Satım için alan kişi, malı kendisi satın alabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de satabilir.

Satım için bırakma sözleşmesi, yalnız taşınıruları konu edindir; taşınmaz mal bu sözleşmeye konu olmaz<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> Bucher, Trödelvertrag, sh98.; Cavin, sh.176; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.164; Huguenin, N.4013;Müller, N.3242.

<sup>165</sup> Huguenin, N.4013; Bucher, Trödelvertrag, sh. 99; Tercier/Favre. N.7860;Müller, N.3242.

<sup>166</sup> Tandoğan, 1/1, sh.20; Feyzioğlu, Özel, sh. 48; Bilge, sh.8.

<sup>167</sup> Huguenin, N.4010.

<sup>168</sup> Bucher, Trödelvertrag, sh. 98; Oftinger, sh.38 vd.; Huguenin, N.;4020 Tandoğan, I/1, sh. 19; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.33. Taşınmazların da bu sözleşmeye konu olabileceği hakkında bkz. Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N169.

## 2) Satış için bırakma sözleşmesinin özellik ve nitelikleri:

### *a) Satış için bırakma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir:*

Satım için bırakma sözleşmesinde her iki taraf da bazı edimleri üstlendikleri için bu sözleşme niteliği itibariyle şarta bağlı, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>169</sup>. Satım için alan kimse, teslim aldığı malı satarsa, satış bedelini malı bırakana ödeyeceği için sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini kazanır. Çünkü bu takdirde, satım için bırakan, şeyi satım için alana teslim borcunu, satım için alan da bedeli satım için bırakana ödeme borcunu üstlenmekte; böylece, tarafların edimleri karşılıklı bir değişim ilişkisi içine girmektedir. Burada satış için bırakma sözleşmesi tam anlamıyla devir borcu doğuran bir sözleşme hüviyetini kazanmaktadır. Satış için alanın malı satıp bedeli satış için bırakana vermesi halinde satış için bırakma sözleşmesi, geciktici şarttan bağlı, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>170</sup>. Bu takdirde sözleşmeye, TBK. m. 97, 98, 123-125 ve 136. maddeleri uygulanır. Buna karşılık, satım için alan, şeyi satamadığı için satım için bırakana aynen geri vermek zorunda kalırsa, aslî edim niteliğinde bir bedel ödeme borcu yerine tali (ikincil) edim niteliğinde şeyi geri verme borcu üstlenmiş olduğundan, sözleşme eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini alır<sup>171</sup>.

### *b) Satış için bırakma sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir:*

Satım için bırakma sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir<sup>172</sup>. Bu nedenle, sözleşmenin meydana gelmesi için şeyin satım için alana teslim edilmesi şart olmayıp; taraf irade beyanlarının sözleşmenin esaslı noktalarında karşılıklı ve birbirine uygun olması yeterlidir.

## 3) Satış için bırakma sözleşmesinin hukuki niteliği:

Satış için bırakma sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bizim de katıldığımız hakim görüşe göre kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir<sup>173</sup>.

<sup>169</sup> Bkz. Tercier/Favre. N.7866; Huguenin, N.4011; Tandoğan, I/1, sh.20; Bilge, sh. 10; Ak-yol, sh.52; BGE 89 II 214.

<sup>170</sup> Tercier/Favre. N.7866; Huguenin, N.4011; Tanoğan, I/1, sh.20; Bilge, sh. 10.

<sup>171</sup> Oftinger, sh. 50 vd.; Tercier/Favre. N.7866 Huguenin, N.4011.

<sup>172</sup> Tandoğan, I/1, sh. 20.

<sup>173</sup> Oftinger, sh. 19 vd.; Guhl/Koller, § 40, N.8; Bucher, BT, sh.28 vd.; Bucher, Trödelver-trag, sh. 99 vd.; Tercier/Favre. N.7868 vd.; Huguenin, N.4014; Müller, N.3245 vd. Buna

Satış için bırakma sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Taraflar bu sözleşmeyi sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapabilirler<sup>174</sup>,

#### **4) Satış için bırakma sözleşmesinin bazı sözleşmelerden farkı:**

##### ***a) Satış sözleşmesinden farkı:***

Hem satış için bırakma sözleşmesi hem de satış sözleşmesi, her iki sözleşme de mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte, satış için bırakma sözleşmesinde malın mülkiyeti, üçüncü bir kişiye satması amacıyla satış için alana devredilmektedir. Oysa satış sözleşmesinde malın mülkiyeti önce bir başkasına olmaksızın doğrudan doğruya alıcıya devredilmektedir. Diğer taraftan satış sözleşmesinde alıcı, satıcıya yalnız satış bedeli ödeme borcu altına girerken, satış için bırakma sözleşmesinde satış için alan ya satış bedelini ödeme ya da malın mülkiyetini devretme şeklinde seçimlik bir borç altına girmektedir<sup>175</sup>.

Satış için bırakma sözleşmesinde malı satın satış bedelini bırakana ödeme asıl edim, satamayıp malı ona iade etme, yedek edim de olabilir. Bu takdirde seçimlik borç değil, seçimlik yetki söz konusu olur. Somut olayda seçimlik borç mu, yoksa seçimlik yetki mi olduğu durumun özellik ve şartlarına göre belirlenir<sup>176</sup>.

##### ***b) Vekâlet sözleşmesinden farkı:***

Satış için bırakma sözleşmesi bir devir borcu doğuran sözleşme iken, vekâlet sözleşmesinin böyle bir fonksiyonu yoktur. Diğer taraftan, vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin ya doğrudan ya da dolaylı temsilcisidir. Vekil, vekâlet verenin doğrudan temsilcisi ise, onun ad ve hesabına bir iş görürken, dolaylı temsilcisi olması halinde kendi adına, vekâlet veren hesabına hareket eder. Oysa satış için bırakma sözleşmesinde, satış için alan kimse doğrudan doğruya kendi ad ve hesabına hareket eder<sup>177</sup>.

---

karşılık, doktrinde eski ve azınlıktaki bir görüş, bu sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı satış olarak nitelendirmektedir. Bu görüşte: Cavin, sh. 177.

<sup>174</sup> Amtutz/Morin/Schluep-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.169; Müller, N.3253; Huguenin, N.4019.

<sup>175</sup> Huguenin, N.4016; Müller, N3249.

<sup>176</sup> Huguenin, N.4024.

<sup>177</sup> Müller, N. 3250; Huguenin, N.4017.

***c)Simsarlık sözleşmesinden farkı:***

Simsar, taraflar arasında bir satış sözleşmesinin ya kurulması imkânının hazırlanmasına ya da kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir. Oysa satış için bırakma sözleşmesinde satış için alan kimse üçüncü kişi alıcıyla birlikte satış sözleşmesini bizzat kurar<sup>178</sup>.

***d)Komisyonculuk sözleşmesinden farkı:***

Satış için alan kimse kendi hesabına hareket eder. Dolayısıyla, üçüncü kişi alıcıdan almış olduğu satış bedeli hakkında satış için bırakana bilgi verme borcu yoktur. Oysa komisyon sözleşmesinde komisyoncu vekâlet veren hesabına hareket eder. Satış komisyoncusu ve satış için alan, malı kendi adlarına satarlar<sup>179</sup>.

**4)Tarafların borçları:**

***a)Satım için bırakanın borçları:***

***aa)Şeyin zilyetliğini devretme borcu:***

Satış sözleşmesinde satıcı gibi, satış için bırakma sözleşmesinde de satış için bırakan, şeyin zilyetliğini satım için alana devretmek zorundadır. Burada zilyetlik fiilen teslim yoluyla devrolunur. Hükmen veya havale yoluyla teslim yeterli değildir<sup>180</sup>. Zira bu gibi devir hallerinde satım için alanın, şeyi alıcı üçüncü kişilere göstermesi, hatta devretmesi mümkün değildir.

***bb)Şeyin mülkiyetini geçirme borcu:***

Bırakılan şeyin üçüncü kişiye satımı ile teslimi aynı anda olabileceği gibi, farklı anlarda da olabilir. Şeyin satılmasıyla teslimi aynı anda gerçekleşmişse, mülkiyet doğrudan doğruya üçüncü kişi alıcıya geçer. Bu durumda satım için alan, hiç bir zaman şeyin mülkiyetini kazanmaz. Buna karşılık, şeyin zilyetliği satıştan sonra devredilecekse, mülkiyet, satımın yapıldığı anda satım için alana; teslim anında da alıcı üçüncü kişiye geçer<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Huguenin, N.4019; Müller, N.3252.

<sup>179</sup> Müller, N. 3251.

<sup>180</sup> Oftinger, sh. 48-49;Tandoğan, I/1, sh.24.

<sup>181</sup> Oftinger, sh. 85-95; Tandoğan, I/1, sh. 24.

Malı kendisinin almak istemesi halinde, bu hususa ilişkin irade beyanı, satım için bırakana ulaştığı anda, şeyin mülkiyeti, satım için alana geçer.

***cc)Hasar sorunu:***

Hasar yönünden şeyin zilyetliğinin devri ile satış sözleşmesinin yapıldığı ana göre bir ayırım yapmak gerekir. Satış için bırakma sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte, satış için bırakan, şeyin zilyetliğini henüz satış için alana teslim etmemişse, hasar bırakana aittir. Çünkü taşınır satışlarında hasar zilyetliğin devrine kadar satıcıya, dolayısıyla satış için bırakana aittir. Buna karşılık satış için bırakan, şeyin zilyetliğini alana devretmişse, bu andan itibaren hasar artık alana geçer. Satış için alanın, üçüncü kişi alıcı ile satım sözleşmesini yapıp şeyin zilyetliğini ona devrettiği anda da hasar alıcıya geçer.

***dd)Ayıptan ve zapttan sorumluluk:***

Bırakılan şeydeki ayıp, şey üçüncü kişiye satılmadan önce henüz satım için alanda bulunurken ortaya çıkmışsa, alan kimsenin onu geri verme (iade) yetkisi bulunduğundan bu yetkiyi kullanarak malı, derhal bırakana iade etmesi gerekir. Şey, üçüncü kişiye satılmışsa alıcı, satım için alana (satıcıya); satım için alan da satım için bırakana karşı ayıptan doğan haklarını kullanabilirler. Satım için alanın seçimlik hakları bir halde kısıtlanmıştır. Buna göre, şeyi satın alan üçüncü kişinin, bedelin indirimi yolunu seçmesi halinde, satım için alan, sözleşmeyi artık feshedemez<sup>182</sup>.

Satış için bırakma sözleşmesine, niteliği elverdiği oranda satım sözleşmesindeki zapttan sorumluluk hükümleri kıyas yoluyla uygulanır<sup>183</sup>.

***b)Satım için alanın borçları:***

***aa)Kararlaştırılan bedeli ödeme veya şeyi iade borcu:***

Satış için bırakma sözleşmesinde şeyi satım için alan, ilke olarak malı satıp bedelini ödeme edimi ile satmayıp veya satamayıp malı iade etme edimi arasında seçimlik bir borç altındadır; o, ya malı satıp bedeli öder ya da malı iade eder. Seçim hakkını kullanma, satım için alana aittir. Bu hak niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Satım için alan, se-

---

<sup>182</sup> Tandoğan, I/1, sh. 26.

<sup>183</sup> Tandoğan, I/1, sh.26.

çimlik hakkını kullanıp seçeneklerden birini seçtikten sonra, durum kendisi için kesinlik kazanır ve artık o bu seçiminden dönemez. Seçimlik hakkın şarta bağlanması da mümkün değildir.

Satım için alan, bir süre belirlenmişse bu sürenin dolması halinde, süre belirlenmemişse uygun bir zaman içinde seçim hakkını kullanmadığı takdirde, satım için bırakan, ona seçimini yapması ve bu seçime göre borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verebilir. Satım için alan bu süre içinde de seçimini yapıp ona göre borcunu ifa etmezse, satım için bırakan, BK.m.125'te tanınan seçimlik haklardan birini kullanabilir<sup>184</sup>.

Satım için alan, malı üçüncü bir kişiye satabileceği gibi, kendisi de alabilir.

## VI-TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ:

### 1)Kavram:

Tek satıcılık sözleşmesi (TSS), yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde tam iki tarafa borç yükleyen sürekli bir sözleşme olup, bununla yapımcı, ürettiği malın tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede, belirli bir süre tekel hakkına sahip olarak satmak üzere tek satıcıya teslim etmeyi, tek satıcının da bu malları teslim alıp, kendi adına ve hesabına satarak, bedelini ödemeyi ve bunların sürüm ve satımını artırmayı üstlendiği bir sözleşmedir<sup>185</sup>.

TSS, iki tarafa tam borç yükleyen, ivazlı ve rızai, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

### 2)Unsurları:

Yukardaki tanımdan da anlaşıldığı üzere tek satıcılık sözleşmesinin başlıca dört unsuru vardır. Bunlar, yapımcının, tek satıcıya satım tekeli hakkını verme; tek satıcının da yapımcıya karşı sözleşme konusu ürünü yalnız ondan alma ve bu ürünün pazarlama, sürüm ve satımını sürekli

<sup>184</sup> Tandoğan, I/1, sh. 27.

<sup>185</sup> Schlupe, sh.841; Engel, Contrats, sh.; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff, N.112; Tercier/Favre. N.7884; Honsell, BT, sh.454; Müller, N.2990; Huguenin, N.;Tandoğan, I/1, sh. 27-28; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.35; İşgüzar, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, sh.14; Gümüş, sh. 9; Gökyayla, Cemile Demir; Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri) 2. Baskı, İstanbul 2013, sh. 7.

olarak artırma; taraflar arasında çerçeve sözleşme ilişkisi kurma ve niha-yet tek satıcının kendi ad ve hesabına hareket etme unsurlarıdır<sup>186</sup>.

**a) TSS'nin, tek satıcıya satım tekeli verme unsuru:**

Tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının (üretici veya ithalatçının) tek satıcıya tanıdığı en önemli yetki, tek satıcının belirli bir bölgede sözleş-mede öngörülen malı belirli bir süre tekel halinde satma hakkıdır<sup>187</sup>. Bu büyük imkan nedeniyle tarafların, tek satıcılık sözleşmesinde, her şeyden önce satım konusu malın çeşidini, miktarını, fiyatını, ödeme tarzını, satım bölge ve zamanını açıkça belirtmeleri gerekir.

Satım tekeli, her şeyden önce sözleşme konusunu oluşturan mal ve hizmetin çeşidi yönünden belirlenip tanınmalıdır. Gerçekten de, taraflar sözleşmesinin konusunu oluşturacak malın çeşidini açık olarak belirle-mek zorundadırlar. Özellikle yapımcı, birden çok mal üretiyorsa, bunlar-dan hangisinin tek satıcılık sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu, kes-in sınırlarla belirlemelidir. Bu belirlemenin önemi, bilhassa yapımcının tek satım konusu mallarla sözleşmenin yapıldığı sırada veya sonradan rekabet edecek başka mallar üretmesi halinde kendisini gösterir. Yapımcı-nın daha sonra ürettiği malların da sözleşme konusu olup olmayacağı, do-layısıyla tek satıcının bunları da tekel halinde satım hakkına sahip olup ol-mayacağı hakkında tarafların anlaşmaları yararlı olur. Sözleşmede bu ko-nuda bir hüküm yoksa, bu mallar kapsam dışı kalır<sup>188</sup>.

Satış tekeli, her satış döneminde satılacak malın miktarı yönünden de sözleşmede belirlenmelidir. Böylece, yapımcının teslim etmeyi, tek satıcı-nın da satın almayı üstlendiği asgari miktar sözleşmenin esaslı bir unsuru oluşturur<sup>189</sup>. Uygulamada tarafların sözleşmede her satış dönemi için genellikle asgari satış miktarını belirledikleri görülmektedir. Bu belirlemeye uygun olarak yapımcı, öngörülen miktarı teslim etmek, tek satıcı da bu miktarı teslim almak zorundadır. Taraflar satım dönemini, sözleşme konusu malın türüne vs.ye göre belirlerler. Bu dönem, ay, sezon,

---

<sup>186</sup> Huguenin, N3836. Keza bkz. Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.112; Müller, N2993-2994; Jacobs-CHK OR Vor Art. 184 ff/Alleinvertriebsvertrag, N. 25 vd.; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.36 vd.; İşgüzar, sh.14 vd.; Gökyayla C. D., sh.17 vd.

<sup>187</sup> Huguenin, N.3836; Müller, N.2994; Tandoğan, I/1, sh.28 vd.; İşgüzar, sh.16 vd.

<sup>188</sup> Tandoğan, I/1, sh.30; İşgüzar, sh.18.

<sup>189</sup> Tandoğan, I/1, sh.30; Bénédicte, Martine; Le contrat de convention de vente exclusive, Lausanne 1975, sh. 33; 37 vd.

yarım yıl olabileceği gibi, yıl da olabilir. Her satış dönemi için teslim edilecek mal miktarını taraflar içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye bırakabilecekleri gibi, ileride yapacakları bir anlaşmaya da bırakabilirler<sup>190</sup>. Taraflar ileride anlaşamazlarsa, hâkime başvurabilirler. "Hâkim, gereğinde bilirkişilere başvurarak ve piyasanın koşullarını göz önünde tutarak, hakkaniyete ve iyi niyet kurallarına uygun biçimde bu miktarı tespit edecektir"<sup>191</sup>.

Sözleşmede tek satıcılık hakkının süresinin de belirlenmiş olması gerekir. Sınırsız süreli tek satım sözleşmesi, tarafların, özellikle ekonomik özgürlük ve kişiliğine aykırı olduğu için geçersizdir. Ancak, tek satım sözleşmesinin kısa bir süre için yapılması da sözleşmenin niteliğine uygun düşmez. Zira tek satıcının, bu sözleşme ile "...üstlendiği sürümü artırma yükümlülüğü uzun vadeli bir planlama, yatırım ve organizasyon.." işidir<sup>192</sup>.

Satış tekeli, satımın yapılacağı yer, coğrafi alan yönünden de açık bir şekilde belirlenmelidir. Tekel alanı; tüm dünya, bir veya bir kaç kıt'a, ülke; bölge, il veya ilçe olabileceği gibi, bir mahalle, bir köy de olabilir<sup>193</sup>. Yapımcı, tek satıcıya tanınmış olan bu yerde sözleşme konusu malı kendisi satamayacağı gibi, üçüncü kişilere de bu malları satamaz, sattıramaz. Burada "doğrudan satım yasağı" söz konusudur. Tek satıcılık sözleşmesiyle söz konusu malları satım hakkı, tekel olarak, münhasıran tek satıcıya tanınmıştır. Satıcıya belirli bir yerde tekel hakkının tanınması, bu sözleşmenin en esaslı unsurunu oluşturur. Esasen sözleşme, sırf bu unsur nedeniyle ki, "tek satıcılık sözleşmesi" adını almıştır.

***b)TSS'nin taraflar arasında sürekli borç doğuran bir çerçeve sözleşme ilişkisi kurma unsuru:***

Belirli bir mal üreten yapımcı, bu malın düzenli ve sürekli bir şekilde pazarlanıp satılmasını ister. Her yapımcı (üretici), sınai, ticari veya zirai alanda yatırım yapan, faaliyette bulunan bir işletme sahibi; bir tacirdir. Bir malın düzenli bir şekilde satılması ise ancak sürekli sözleşmelerle

---

<sup>190</sup> Tandoğan, I/1, sh.30-31.

<sup>191</sup> Tandoğan, I/1, sh.30-31.

<sup>192</sup> Tandoğan, I/1, sh.29.

<sup>193</sup> Bénédicte, sh. 34; İşgüzar, sh. 8; Tandoğan, I/1, sh. 29.



mümkün olur<sup>194</sup>. İşte, bu ihtiyacı gidermek, üretilen malın düzenli ve sürekli satımını sağlamak için, hukuk dünyası sürekli bir sözleşme tipi olarak tek satıcılık sözleşmesini icat etmiştir.

Bu sözleşmede tarafların yükledikleri bazı aslî edimler vardır. Bu sözleşmede tek satıcının üstlendiği başlıca aslî edim yükümü, yapımıcının menfaatini koruma, sözleşme konusu malın sürümünü artırma; buna karşılık yapımıcının aslî edim yükümü ise, tek satıcının faaliyetini destekleme, sözleşme konusu malı, sözleşme bölgesinde satmama, diğer kişilere de böyle bir satım hakkı tanımadır<sup>195</sup>. Bu edimler nitelikleri icabı sürekli edimlerdir.

Tek satıcılık sözleşmesi, bir çerçeve sözleşmedir. Yapımcı ile tek satıcı aralarında önce bu çerçeve sözleşmeyi yaparlar. Yapımcı ve tek satıcı bu sözleşme ile sürekli bir iş ve borç ilişkisi içine girerler. Bu sözleşme çerçevesinde yapımcı ve tek satıcı aralarında her defasında belirli miktarda mal için bireysel (münferit) satım sözleşmesi yaparlar.

***c)TSS'de tek satıcının, kendi ad ve hesabına hareket etme unsuru:***

Tek satıcı, ekonomik yönden bağımsız bir işletme sahibi olup, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satar<sup>196</sup>. Tek satıcı, acenta olmadığı gibi, yapımıcının komisyoncusu, vekil veya yardımcısı ya da onun bir şubesi de değildir. Satımın kâr ve zararı; işletmenin sürüm riski tek satıcıya aittir. Bu nedenle, tek satıcının yapımcı ile tek satıcılık sözleşmesini yaparken, sözleşme konusu ürünün piyasa durumunu, sürüm ve pazarlamasını iyi araştırıp, sözleşme şartlarını ona göre teklif etmesi; sözleşme kurulduktan sonra da sözleşme konusu ürünün piyasada tutulması, aranması, sürekli olarak satımının artırılması için her türlü faaliyet, tanıtma ve girişimde bulunması gerekir. Tek satıcı, işlerinde basiretli (ile iriyi gören) bir işadamı gibi hareket etmek zorundadır.

Yapımcı da kendi ad ve hesabına üretimde bulunan; tek satıcıdan bağımsız bir kişidir; onun malvarlığı, işletme kâr ve riski, tek satıcıya bağlı ve bağımlı değildir.

---

<sup>194</sup> Huguenin, N.3826; İşgüzar, sh.14 vd.

<sup>195</sup> Tandoğan, I/1, sh.32.

<sup>196</sup> Huguenin, N.3836; Müller, N. 3011; İşgüzar, sh.15 vd.

**d) TSS'nın, tek satıcıya, pazarlama, sürüm ve satımı artırma yükü yüklemesi unsuru:**

Tek satıcılık sözleşmesi, tek satıcıya, sözleşme konusu mal ve ürünün pazarlama ve satımını artırma borcu yükler<sup>197</sup>. Zira tarafların, özellikle yapımıcının tek satıcılık sözleşmesi ile güttüğü amaç, tek satıcıya tanıdığı satım tekel hakkı karşılığında ürettiği veya ithal ettiği mal ve ürünün tek satıcı tarafından sürüm ve satımının sürekli olarak artırılmasıdır. Esasen sözleşme konusu mal ve ürünler, genellikle belli bir markaya sahip, belirli bir alıcı zümresi bulunan, piyasada tanınmış olan mal ve ürünlerdir<sup>198</sup>. Bu nedenle de tek satıcının, mevcut satım ve sürümü artırmak için daha fazla tanıtma ve reklam faaliyetlerinde bulunması; böylece yeni ve geniş pazarlar bularak malın sürüm ve satımını daha da artırması gerekir. Tek satıcı, bunun için piyasadaki mal durumunu ve alıcıların isteklerini sürekli izlemek, satım (tekel) bölgesinde gerekli piyasa araştırması; müşteri propagandası yapmak zorundadır<sup>199</sup>. Buna "tek satıcının satım ve sürümü artırma yükümü" veya "tek satıcılık sözleşmesinin sürümü artırma unsuru" denilmektedir<sup>200</sup>.

Tek satıcının satım ve sürümü artırma faaliyeti, tekel bölgesinde yapımıcının markasına olan güvenin artırılmasını, tüketicilerin sözleşme konusu mal hakkındaki görüş ve düşüncelerinin olumlu yönde gelişmesini sağlamayı gerektirir<sup>201</sup>. Bu itibarla, "tek satıcı sadece zaman zaman beliren fırsatlardan yararlanarak satım yapmakla yetinmemeli, aksine yapımıcının mamullerini mümkün olduğu kadar geniş çapta pazarlama olanakları araştırmalıdır. Tek satıcı, sözleşme konusu malların sürümünü artırma faaliyetinde bulunurken kendisinden basiretli bir tacirin göstermesi gereken özenle hareket etmesi beklenir"<sup>202</sup>.

**3) Sözleşmenin hukuki niteliği:**

Tek satıcılık sözleşmesi, kanunda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Doktrinde sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı ya-

<sup>197</sup> Jacobs-CHK OR Vor Art. 184 ff/Alleinvertriebsvertrag, N.1; Huguenin, N.3838; İşgüzar, sh.18 vd.

<sup>198</sup> İşgüzar, sh.18.

<sup>199</sup> Tandoğan, I/1, sh.33.

<sup>200</sup> İşgüzar, sh.18-19; Tandoğan, I/1, sh.33.

<sup>201</sup> İşgüzar, sh.18.

<sup>202</sup> İşgüzar, sh.18-19.

zarlara göre, tek satıcılık sözleşmesi, satım sözleşmesi veya acente sözleşmesi ya da işgörme sözleşmesidir<sup>203</sup>. Buna karşılık diğer bir görüşe göre bu sözleşme, satış, vekâlet, garanti, ortaklık ve acenta sözleşmelerinin unsurlarından oluşan bir karma sözleşmedir<sup>204</sup>. Doktrin ve uygulamada hâkim olan görüşe göre ise, tek satıcılık sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir<sup>205</sup>. Bize göre de, özellikle tekel hakkı tanıyan unsuruyla kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir edim içerdiği için bu sözleşme kendine özgü bir sözleşmedir.

Tek satıcılık sözleşmesi, birbirinden bağımsız iki sözleşmeyi ya da birbiriyle değiştirilen iki ayrı edim çiftini içerir. Bunlardan birincisi çerçeve sözleşme, ikincisi ise, bireysel (tekel) satım sözleşmeleridir. Bireysel satım sözleşmeleri, çerçeve sözleşmenin uygulamasını ve içeriğini oluştururlar. Gerçekten de, birinci edim çifti; çerçeve sözleşmenin konusunu içerir Bu da yapımcının sözleşme bölgesinde belli malların satım tekelini tek satıcıya bırakma; bu bölgede söz konusu malları kendisinin satmama yükümlülüğü ile başkalarına da sattırmama yükümlülüğünü üstlenmesine karşılık, tek satıcının da sözleşme bölgesinde malın sürümünü artırma borcunu üstlenme edimlerinden ibarettir<sup>206</sup>. Buna karşılık, ikinci edim çifti ise, bireysel sözleşmelerin konusunu oluşturur. Bu da yapımcının, sözleşme konusu malı tek satıcıya teslim etme borcu ile tek satıcının bu malı teslim alma ve bedelini ödeme borcundan ibarettir<sup>207</sup>. Tekrar vurgulayalım ki, birinci edim çifti, sözleşmenin çerçeve sözleşme; ikinci edim çifti ise, çerçeve sözleşmenin uygulama alanını oluşturan bireysel sözleşmeleri kapsamaktadır.

Bireysel sözleşmelere satım sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanır.

---

<sup>203</sup> Bu görüş için bkz. İşgüzar, sh.19 vd.

<sup>204</sup> Bkz. Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.115; Honsell, BT, sh.455. Geniş bilgi için bkz. İşgüzar, sh.30 vd.

<sup>205</sup> Guhl/Koller, § 40, N.6; Bucher, BT, sh.240; Cavin, sh.174; Engel, Contrats, sh.764; Gatschi-BK OR Art.418a, 418b, N.11 c; Tercier/Favre/Bugnon, N.7894; Huguenin, N.3844; Tandoğan, I/1, sh. 40; İşgüzar, sh.28 vd., 36; Gökyayla C. D., sh.30; BGE 100 II 450; 89 II 30; 88 II 170-171; 78 II 32, 74.

<sup>206</sup> Tandoğan, I/1, sh.40; İşgüzar, sh.28.

<sup>207</sup> Tandoğan, I/1, sh.40-41; İşgüzar, sh.28.

TTS, Türk Borçlar Kanununda geçerli şekil serbestisi ilkesine uygun olarak geçerlilik yönünden herhangi bir şekil şartına tâbi değildir<sup>208</sup>. Taraflar bu sözleşmeyi diledikleri gibi sözlü, yazılı ve resmi şekilde yapabilirler.

#### **4) Tarafların borçları:**

##### **a) Tek satıcının borçları:**

##### **aa) Asgari miktarda mal alma ve bedelini ödeme borcu:**

Tek satıcının ilk borcu, sözleşmede belirlenen miktarda malı almaktır<sup>209</sup>. Sözleşmede böyle bir belirleme yoksa olayın özelliklerine göre asgari miktarda mal teslim alma ve bunun bedelini ödeme borcudur. Asgari miktarda mal teslim alma borcu, tekel hakkının karşılığı oluşturur.

##### **bb) Malın dağıtım, sürüm ve satımını artırma borcu:**

Tek satıcı, tekel hakkına sahip olduğu bölgede satım konusu malın dağıtım, sürüm ve satımını sürekli olarak artırmak, bunun için gerekli özeni göstermek, özellikle tanıtım faaliyetlerinde bulunmak, yatırım yapmak zorundadır<sup>210</sup>. Bu borç, tek satıcıya, müşteri çevresini artırma borcu yükler. Özenin derecesi, sözleşmeye; sözleşmede bir hüküm yoksa basiretli bir tacirin göstereceği özene göre belirlenir<sup>211</sup>.

##### **cc) Sadakat borcu:**

Tek satıcılık sözleşmesi, tek satıcıya, yapımcıya karşı sadakat borcu yükler. Sadakat borcu, tek satıcıya yapımcının menfaatini koruma, onun ürettiği veya ithal ettiği mal ve ürünler hakkında edinmiş olduğu sırları saklama, yapımcının ürün ve malları ile rekabet edebilecek başka malları satmama gibi bir takım alt borçlar yükler<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> Engel, Contrats, sh.764; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.117.

<sup>209</sup> Schlupe, sh.845; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.119; Hon-sell, BT, sh.454; Tercier/Favre. N.7922; Huguenin, N.3859; İsgüzar, sh.69; Tandoğan, I/1, sh.42-43; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.38-39.

<sup>210</sup> Engel, Contrats, sh.765; Cavin, sh.174; Schlupe, sh.;Schlupe, sh.846; Tercier/Favre. N.7923 vd.; Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.119;Huguenin, N.3858.

<sup>211</sup> Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.39; Tandoğan, I/1, sh.43; İsgüzar, sh.72.

<sup>212</sup> Huguenin, N.3861; Müller, N.3027 vd. Tandoğan, I/1, sh.44; İsgüzar, sh.79 vd; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.39-40.

**dd) Bilgi verme borcu:**

Tek satıcılık sözleşmesi, sürekli bir sözleşmedir. Bu nedenle tek satıcının, zaman içinde zaman içinde yapımçıya satım, pazar ve müşteri çevresi hakkında bilgi vermesi gerekir<sup>213</sup>.

**ee) Yapımcının talimatlarına uyma borcu:**

Sözleşmenin sürekli sözleşme niteliğinden doğan diğer bir borç da tek satıcının, yapımıcının talimatlarına uyması borcudur<sup>214</sup>.

**ff) Müşteri hizmetlerini yerine getirme borcu:**

Tek satıcının, kaynağını çerçeve sözleşmeden alan bu borcunun muhatabı doğrudan doğruya yapımıcıdır<sup>215</sup>.

**b) Yapımcının borçları:****aa) Düzenli şekilde mal teslim borcu:**

Yapımcı, sözleşmeye uygun olarak sözleşme konusu malı kararlaştırılan miktarda tek satıcıya düzenli bir biçimde teslim etmek zorundadır<sup>216</sup>.

**bb) Yapımcının sözleşme bölgesinde satım yapmama borcu:**

Bu borç, sözleşme ile tek satıcıya tanınmış olan tekel hakkının doğal sonucudur. Bu nedenle, yapımcı, sözleşme bölgesinde sözleşme konusu malı gerek dolaylı olarak ve gerekse doğrudan doğruya satamaz<sup>217</sup>. Dolaylı satıma, üçüncü bir kişiye verilen satım yetkisi örnek teşkil eder. Ayrıca, tek satıcının satım bölgesine, yapımcının diğer bölgelerdeki tek satıcılarının da mal göndermemeleri gerekir.

**cc) İşbirliği ve destekleme yapma borcu:**

Bu borç uyarınca yapımcı, tek satıcıya bilgi vermek, gerekli belge ve malzemeyi sağlamak zorundadır<sup>218</sup>.

---

<sup>213</sup> İşgüzar, sh.;75; Tandoğan, I/1, sh.44-45.

<sup>214</sup> Tandoğan, I/1, sh.45.

<sup>215</sup> İşgüzar, sh.76 vd.; Tandoğan, I/1, sh.46 vd.

<sup>216</sup> Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.118; Müller, N.3016 Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.40; Tandoğan, I/1, sh.48; İşgüzar, sh.;85 vd.

<sup>217</sup> Amstutz/Morin/Schluep-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.118; Schluep, sh.845; Huguenin, N. 3852; İşgüzar, sh.92 vd.; Tandoğan, I/1, sh.50 vd.

<sup>218</sup> Müller, N.3019; Tandoğan, I/1, sh.49 vd.; İşgüzar, sh.;89 vd.

#### 4) Sözleşmenin sona ermesi:

TSS, belirli süreli yapılabileceği gibi, belirsiz süreli de yapılabilir. Sözleşme, belirli süreli yapılmışsa, sürenin dolmasıyla herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Belirli süreli TSS olağan fesih yoluyla sona erdirilemez. Bununla birlikte, taraflar isterlerse sözleşmede bunu kararlaştırabilirler. Ancak, bu takdirde bir fesih süresinin de belirlenmesi gerekir.

Belirli süreli TSS olağanüstü fesih yoluyla da, özellikle sözleşmenin sürdürülmesi taraflardan biri için çekilmez hale gelmişse, sona erdirilebilir<sup>219</sup>.

Taraflar belirli süreli TSS'yi süre dolmasına rağmen örtülü olarak sürdürebilirler. Bu takdirde sözleşme belirsiz süreli sözleşme niteliğini kazanır.

Taraflar sözleşmeyi belirsiz süreli de yapabilirler. Belirsiz süreli bir sözleşme, ancak olağan veya olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebilir. Olağan fesih için fesih süresine uymak gerekir. Taraflar sözleşmede fesih süresi öngörmüşlerse, buna uymak gerekir. Böyle bir süre öngörülmemişse, TTK. m. 121 kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu maddeye göre uygulanacak fesih süresi 3 aydır.

Olağanüstü fesih, önemli sebeplere dayanan fesihtir. Hakkında önemli sebep bulunan taraftan dürüstlük kurallarına göre sözleşmeyi sürdürmesi beklenemez. Çünkü böyle bir sebep sözleşmeyi onun için çekilmez hale getirmiştir. Olağanüstü feshe imkan veren önemli sebebin varlığı halinde, fesih irade beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kendiliğinden sona erer. Burada sözleşmenin sona ermesi, fesih süresinin geçmesine bağlı değildir. Olağanüstü fesihte zaten fesih süresi de söz konusu olmaz.

Taraflardan birinin ölmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi, iflâs etmesi halinde TSS, tarafların kişisel durumu esas alınarak yapılmışsa, kendiliğinden sona ermelidir. Bu konuda TBK.m.513 kıyas yoluyla uygulanabilir.

Önemli sebebin mevcut olması halinde, tek satıcılık sözleşmesi bu sebebe dayanılarak feshedilebilir. Örneğin, yapımçı, tek satıcıya tanıdığı tekel bölgesinde aynı tür malı bizzat satar ya da başka birisine sattırır; bu durum tek satıcı için oneli sebep olup, o, sözleşmeyi derhal feshedebilir. Buna karşılık, tek satıcı da sözleşme konusu malın tanıtım, pazarlama ve

---

<sup>219</sup> Huguenin, N.3867.

satımını artırmaz, sözleşmede belirlenen aşgari ürün alma miktarını giderek düşürür veya sözleşmede kararlaştırılan ürün alım fiyatını indirmeye; ödeme tarzını değiştirmeye kalkarsa, yapımcı, tek satıcılık sözleşmesini öneli sebeple feshedebilir.

Tek satıcılık sözleşmesi, sürekli sözleşmedir; bu nedenle, fesih geçmişe değil, geleceğe etkili sonuçlar doğurur.

Yapımcının sözleşmeyi sona erdirmesi halinde tek satıcı durumun haklı göstermesi halinde ondan müşteri tazminatı (denkleştirme) isteyebilir<sup>220</sup>. Hakimin hukuk yaratma yoluna başvurarak tek satıcıya böyle bir tazminat hakkı tanınması adalet gereğidir<sup>221</sup>. Kaldı ki, İsviçre de olduğu gibi bu konuda acenta sözleşmesinden (TTK m. 122) yararlanılabilir<sup>222</sup>. Önemli sebebe dayalı haklı fesih halinde de haklı nedenle fesheden taraf yararına uygun bir tazminat talebinin tanınması gerekir. Bu konuda hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, meselâ TBK. m. 417/I, elverdiği ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilir<sup>223</sup>.

Sözleşmenin sona ermesi halinde tek satıcı, yapımcı tarafından sürümü artırmak için kendisine verilmiş olan belge ve malzemeleri, stokta mal bulunmaktaysa onları yapımcıya iade etmek zorundadır<sup>224</sup>. Diğer taraftan, sözleşmenin sona ermesiyle tek satıcının rekabet yapmama borcu da doğar<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> Bkz. Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.126; Müller, N.3013.Huguenin, N.3869; İşgüzar, sh.160; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.43.

<sup>221</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh.55.

<sup>222</sup> Bkz. Amstutz/Morin/Schlupe-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.126; Müller, N.3013.Huguenin, N.3869; BGE 134 II 497, 499 E.4.

<sup>223</sup> Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.42-43.

<sup>224</sup> İşgüzar, sh.169-170; Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.44.

<sup>225</sup> Yavuz/Acar/Özen, BH Özel Hükümler, sh.44.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- Akyol, Şenol; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1. Fasikül İstanbul 1984.
- Amstutz/Morin/Schluép-BSK OR Basler Kommentar zum ObligationenrechtI, 5.A.2011 Baseli.
- Ayata, Yeçim; Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, İstanbul 2015.
- Aydoğdu/Kahveci; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı Ankara 2014.
- Bilge, Necip; Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Bucher Eugen; Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A. Bern 1988.
- Bucher, Eugen, Der Trödelvertrag.
- Cavin Pierre; Schweizerisches Privatrecht. Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse VII/1 Basel/Stuttgart 1977.
- Engel, Pierre; Contrats de droit suisse, 2. A. Bern 2000.
- Feyzioğlu N. Feyzi; Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, 4.Bası İstanbul 1992.
- Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10.a.; Berlin 2006.
- Gautschi-BK OR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1964, 1967
- Gökyayla, Cemile Demir; Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2.Baskı. İstanbul 2013
- Guhl/Koller; Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., 2000.
- Gümüş M. Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler C.I, 3. Bası İstanbul 2013.
- Gürzumar B. Osman; Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.
- Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm İstanbul 1992.
- Honsell Heinrich; Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A. 2010.
- Huguenin Claire; Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil. Zürich/Basel/Genf 2012.
- İşgüzar Hasan; Tek Satıcılık Sözleşmesi Ankara 1989.
- Kazmacı, Özge Uzun, Faktoring Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- Kırca Çiğdem; Franchise Sözleşmesi Ankara 1997.



- Kocaman Arif; Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği Ankara 1992.
- Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ders Kışabı, 22. Bası Ankara 2011 Müller Müller Christoph; Contrats de droit suisse, Berne 2012.
- Müller-Chen/Girsberger/Furrer; Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2011.
- Ortan, A. Necip; Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara 1979.
- Özakman Cumhur; Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989.
- Özdemir, Saibe Oktay; Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukukunun Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.
- Özsoy, Saadet Hande, Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2011.
- Schlupe, Walter; Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 2.Band Basel/Stuttgart 1979.
- Tandoğan Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1 İstanbul 2008.
- Tercier/Favre, Les contrats spéciaux éd.4, Gêneve/Zurich/Bâle 2009.
- Yavuc/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10 Baskı İstanbul 2014.
- Zevkliler/Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 12. Bası Ankara 2013.



**Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve  
Korunması: Transseksüellik ve  
İnterseksüellik**

**Prof. Dr. Kudret GÜVEN**



# Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik Ve İnterseksüellik

Prof. Dr. Kudret GÜVEN\*

## ÖZET

Bu çalışmanın konusu; cinsel kimlik üzerindeki hak kavramı ile bu hakkın korunmasına ilişkin esasları incelemek ve bu kapsamda transseksüellerle interseksüellerin hukuki durumunu değerlendirmektir. Bu suretle Türk Medeni Kanunu'nun 40.ncı maddesi ile düzenlenen cinsiyet değişikliği ameliyatlarında aranılan ön koşulların, transseksüeller ve interseksüellerin içinde bulunduğu tıbbi gerçeklere uygulanıp uygulanmayacağı tartışılarak bu konuda yeni bir yasal düzenleme yapılması gereği ve sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Cinsel kimlik, transseksüellik ve interseksüellik.

## Concept and Protection of Rights on Sexual Identity: Transsexuality and Intersexuality

## ABSTRACT

The subject of this study is to examine the concept and protection of rights on sexual identity and within this scope to evaluate the legal status of transsexuals and intersexuals. By this way the pre-requisites about transgender surgeries regulated in the 40th Article of Turkish Civil Code are discussed whether those conditions are applicable to the medical realities or not, in which the transsexuals and intersexuals do locate and at the end reached to a result that a new regulation is to be made on this subject.

**Key Words:** Sexual identity, Transsexuality, Intersexuality

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni-Borçlar Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## 1. Genel Olarak

Cinsel kimlik üzerinde hak kavramı ne yazık ki hukukumuzda sıkça kullanılan bir ifade değildir. Kişilik haklarına dahil kişilik değerleri (isim gibi kanunda istisnaen düzenlenenler hariç) ilmi ve yargı içtihatları ile belirlenirken ne yazık ki cinsel kimliğin bu değerlerden biri olduğu gerçeğine yer verilmemekte, hiçbir bilimsel eser ve yargı kararında kişinin cinsel kimliği üzerinde hakkı olduğu ve bunun bir kişilik değeri olarak kişilik hakları kapsamında korunması gerektiği yolunda değerlendirme yapılmamaktadır.

Oysa cinsel kimlik (sexual identity) kişinin vücut bütünlüğünde saklı, ancak ondan ayrı bir değer olarak onu tamamlayan en önemli özelliklerinden biridir ve ancak bir hak konusu yapıldığında hukuken korunabilir.

Cinsel kimlik çeşitli unsurlardan oluşur. Bunlardan ilki; kişinin doğarken sahip olduğu biyolojik (anatomik) cinsiyetidir. Kadın ve erkek olarak dünyaya gelen kişi bu biyolojik cinsiyeti ile uyumlu hak ve fiil ehliyetine sahip olur.

Cinsiyet (sex) bir insan vücudunda var olan ve maddi olarak cinsiyet organları ile dışarıya vuran unsurlara kanıtlanabilen ve gözlemlenebilen bir özelliktir. Cinsiyete kural olarak devamlılık gösteren, vazgeçilemeyen, değiştirilemeyen veya çoğu objektif nitelikteki kriterlerle ifade edilen (örneğin doğurganlık gibi) bir kavram olarak algılanır. Cinsiyet vücuttan ayrı olarak ele alınamamakta, kişinin dışa yansıyan görünümü ile bağlantı kurularak cinsel kimliğin “dış kimlik” yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle cinsiyet denince öncelikle fiziki cinsiyet akla gelmektedir.

Cinsiyet, uzun süre değiştirilemez bir objektif unsur gibi düşünülmüşse de, bu konuda ortaya çıkan çeşitli psikolojik ve fiziki ihtiyaçlara cevap vermek üzere ve tıp alanındaki gelişmelere paralel olarak cinsiyetin sonradan değiştirilmesi de mümkün hale gelmiştir. Burada psikolojik cinsiyetten bahsedilebilir. Bu anlamda cinsel kimlik bazı hallerde sonradan değişikliğe uğrayan, dönüşen fiziki cinsiyeti de konu edinebilir. Nitekim “hermafrodit” olarak bilinen en yaygın türü ile çift cinsiyetlilerin (interseksüellerin) daha sonra gelişen hakim cinsiyete döndürüldüğü haller bunlardan birisidir. Diğeri ise transeksüellere mahsus cinsiyet değiştirme halleridir (MK. Md.40) ki cinsel kimlik üzerindeki hak kavramına ve korunması gereğine pratikte ihtiyaç gösteren en önemli örneği bunlar teşkil etmektedir. Fizyolojik olduğu kadar daha çok psikolojik öğelerden

oluşan transseksüellik bu nedenle hukuken korunmaya ve incelemeye değer görülmektedir.

Cinsel kimliğe dahil unsurlardan ikincisi ise cinselliktir (gender). Cinsellik cinsiyetten farklıdır. Cinsiyet kişinin fiziki bir özelliği iken, cinsellik onun cinsiyetine bağlı olarak gelişen, sosyal ve hukuki önermelerle şekillenen ve aktif olarak kişinin vücudu ile gerçekleştirdiği eylemler bütünüdür.

Cinselliği oluşturan faktörler çeşitli şekillerle de ele alınmıştır. Bunlar kromozomlar, dış genital organlar (testis, vajina), iç genital organlar, psikolojik faktörler, hormonlar ve ikincil cinsel özellikler (saç uzatma, sakal çıkması, göğüs büyütme gibi kadın ve erkek cinsiyeti arasındaki görüntü farklılaşması yarattığı düşünülen şeyler) olarak sayılmaktadır<sup>1</sup>. Cinselliği kişinin fiziksel yapısı tarafından hormonlanmış "cinsiyet beyni"nin (sex brain) ürettiği bir sonuç olarak kabul edenler de vardır<sup>2</sup>. Bu itibarla cinselliğin, içine sosyal düzenin ve fizyolojik yapının da soku labildiği, insan beyninde gelişen ve cinsiyet kavramının pratiğe geçirilmesi olgusu olarak tanımlanması doğru olacaktır. Cinsellik bu bağlamda cinsel kimliğin "iç kimlik" yönünü yansıtır. Bu tanım bizi cinsel kimliğin üçüncü unsuruna götürmektedir.

Cinsel kimliğe dahil unsurlardan üçüncüsü ise cinsel yönelmedir. Esasen cinsel yönelmeler kişinin beyninde saklı cinsel iradesinin bir parçası olarak gelişen tercihlerden ibarettir. Bu tercihin korunması, onun iradesinin korunması anlamına gelir. Cinselliğin pratiği cinsel tercihle mümkün olduğuna göre, cinsel tercih korunmaksızın fiziki cinselliğin korunmasından bahsedilemez. Zira aksi bir düşünce, düşünce özgürlüğünü tanıırken ifade özgürlüğü tanımamaya benzeyeceğinden hukuken kabul edilemez. Bu itibarla farklı cinsel tercihleri bulunanların hukuki durumu ise ayrıca incelenmesi gereken özellikte kişilik haklarını ilgilendiren enteresan bir konu teşkil etmektedir.

Cinsel tercih bir kimsenin cinselliğini yaşaması anlamına gelir. Kişi cinsel dürtüleri ve aklı doğrultusunda alışılmış, klasik ve olağan cinsel tercihlerde bulunabileceği gibi, (heteroseksüellik)cinselliğini bu çizgiler dışında da kullanabilmektedir (örneğin homoseksüellik gibi).

---

1 KOGAN, Terry S. Transsexuals, Intersexuals and Same-Sex Marriage (Heinonline 18 BYU 1 Pub.L.371 2003-2004) s.373.

2 Bkz. Harvard Journal of Law and Gender 2006, s.29; s.54; Transsexualism <http://en.wikipedia.org/wiki/Transseksual>, s.1.

Bu ön değerlendirmelerden çıkarılacak sonuca göre cinsel kimlik kavramı, kişinin cinsiyeti ve cinselliğine ilişkin çeşitli unsurları içeren karmaşık bir yapıya sahiptir. Cinsel kimliği tanımlamada yaşanan bu zorluk bugün dahi onu oluşturan bu unsurların farklı biçimde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır.

Bir kimsenin biyolojik cinsiyeti ile psikolojik cinsiyetinin uyumlu olması halinde bu bir hukuki, ahlaki ve sosyal sorun olarak ortaya çıkmaz. Erkek veya kadın fizyonomisinde olan ve bu görünür cinsiyet ile barışık olanlar cinsel yönelmelerini de bu cinsiyete uygun olarak yaparlar. Ancak fizyolojik cinsiyet ile psikolojik cinsiyet arasındaki uyumsuzluk baş gösterir ise kişi ciddi bir sorunla karşı karşıya kalmaktadır. Transseksüellik, interseksüellik işte bir kimsenin vücudundaki cinsiyet ile çeşitli unsurların etkisi altında bulunan beyindeki cinsiyeti arasındaki bu karmaşanın yol açtığı bir sorun yumağı oluşturmaktadır.

Bu durumda sorulması gereken şey; hukukun cinsel kimliği salt bir kişilik değeri olarak mı koruduğu ve bu bağlamda sadece biyolojik ve psikolojik cinsiyeti uyumlu olanları, örneği heteroseksüelleri mi? yoksa bundan farklı cinselliğe ve kimliğe sahip olanları da korumak zorunda olup olmadığı? sorusudur.

Esasen öncelikle korunması gerekenler sözü edilen iki cinsiyet arasında sıkışan, beyni ve vücudunun önermelerinden hangisine ayak uyduracağını bilemeyen bu kimselerdir. Nedenine gelince heteroseksüel cinsel yönelme içinde olanlar, hukukun çizdiği normlara uygun olarak karşı cinsi ile evlenir, hür türlü medeni hakkını erkek-kadın olarak kullanır (askerlik) cinselliğiyle ilgili bir ahlaki bir önermeyle ters düşmez, toplumun kabul ettiği birer kişi olduklarından bunların cinsel kimlikleri yönünden sorunlu oldukları söylenemez. Sorun diğerlerindedir ve hukukun özellikle onlara ilişkin çözüm üretmesi gerekir.

Zira transseksüeller ve interseksüeller kendilerinin cinsiyeti hakkında az çok bir belirsizlik içindedirler. Nüfusta kayıtlı oldukları hukuki cinsiyet farklıdır, kendilerini hissettikleri psikolojik cinsiyet farklıdır. Genital organları biyolojik yapılarına uygun ancak psikolojik olarak hissettikleri cinsiyetten farklıdır. İnterseksüel anomali, psikolojilerdeki bozukluktan değil cinsel organlardaki bozukluktan kaynaklanmaktadır. Garip (ambiguous) cinsel organla doğar, biyolojik olarak dengesizdirler. Onlar transseksüellerde olduğu gibi doğuştan normal özellik taşıyan bir iç ve dış genital organa da sahip değildir. Cinselliğini ortaya koymada bu biyolojik cinsiyeti ile uyumlu cinsel yönelme de bulunabileceği gibi cinsiyetini



seçip operasyon geçirdikten sonra tersi de olmaktadır. Kaldı ki onun durumu zaman içinde de değişmekte, hukukun bu değişikliğe ayak uydurması da güçleşmektedir. Bu nedenle her ikisine bağlanan hüküm ve sonuçlar da değişkenlik göstermektedir. Örneğin interseksüel operasyonunun her zaman gerekmediği kabul edilirken transseksüel için tek çözüm yolunun ameliyat olduğu kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

Yine erkek-kadın cinsiyeti kavramlarının günlük hayattaki karşılığı, transseksüellik ve interseksüellik kavramları ile bağdaşmamaktadır. Bu ise en fazla evlilikte ortaya çıkan bir sorun teşkil etmektedir interseksüelin operasyon geçirmesi ihtimalinde bile yaptığı bir evlilikte cinsiyeti hukuki çekişme konusu yapılabilmektedir. Zira cinsiyet düzeltme operasyonlarının her zaman heteroseksüel bir ilişkiye yol açmadığı gerçeği karşısında evlilikten beklenen normal ilişkiden uzak sonuçlarla karşılaşması da mümkündür. Doğuşta erkek olarak nüfusa kaydedilen bir interseksüelin, iç ve dış genital organları bozuk olduğu için geçirdiği cinsiyet değiştirme ameliyatı ile kadın olmuş ve kadın cinsiyeti ile evlenmiş olmasına rağmen hala eski alışkanlıklarını sürdürmesi rastlanan hallerdendir.

Bütün bu ön açıklamalardan çıkarılacak sonucu göre transseksüeller ve doğuştan sahip oldukları anomali nedeniyle interseksüeller (ki en çok bilinen hali hermafroditlerdir) de standarda uymasa dahi cinsel kimlikleri ve kimliği oluşturan cinsiyet, cinsellik ve cinsel yönelmeleri itibarıyla hukukun ilgi ve koruma alanına alınmak zorundadır. Hukuk herkes için vardır, transseksüel ve interseksüel bunun dışında tutulamaz.

## II. Transseksüel ve İnterseksüel Ayırımı

### A. Transseksüellik

#### 1. Tıbbi Açıdan Transseksüellik:

Transseksüelliği tıbbi açıdan fiziksel, genetik, hormonal ve merkezi sinir sistemine bağlı faktörlerle değerlendiren bilim adamları bunların transseksüellik üzerinde tek başına etkinliğini kanıtlayamamışlardır<sup>4</sup>. Tıp literatürüne bakıldığında transseksüellik cinsel kimlik bozuklukları (gender identity disorders) veya psikoseksüel bozukluklar (psycho-

---

<sup>3</sup> DIAMOND, Milton/SIGMUNDSON, Keith: Sex Reassignment at Birth. A Long-term Review and Clinical Implications. Archives Pediatrics and Adolescent Medicine 1997, s.298.

<sup>4</sup> KAPLAN, Harold I./SADOCK Benjamin J.: Modern Synopsis of Psychiatry, London 1983, s.545.

sexual disorders) adı altında incelenen psikiyatrik vakalar arasında sayılmıştır<sup>5</sup>.

Transseksüellik, ergenliğe ermiş bir kimsenin doğumu ile sahip olduğu cinsiyeti ile ilgili olarak duyduğu ısrarlı rahatsızlık ve uyumsuzluk olarak tanımlanır<sup>6</sup>. Buradaki uyumsuzluk kişinin beyni ile vücudu arasındadır. Transseksüel, kendisinin doğuştan sahip olup da nüfus sicili itibarıyla kayıtlı olduğu cinsiyetten farklı bir (psikolojik) cinsiyetle özdeşleşmiştir. Onun düşüncesine göre vücudu onun içindeki fiziki cinsiyet ve cinselliğini yansıtmamaktadır. Bu nedenle tıbbi veya cerrahi tedaviye ihtiyaç duymakta, vücudunun içinde saklı gerçek cinsiyetini daha iyi yansıtacak bir hale getirilmesini istemektedir. Bu bağlamda transseksüel yapıda olan kimse karşıt cinsten yaşamak ve karşıt cinsten birisi olarak kabul edilmeyi istemektedir. Samimi ve karşı koyulmaz bir duyguyla istenen bu arzuyu gerçekleştirmenin ise bir yolu vardır, o da operasyon ve hormonal tedavidir.

Bu noktada cins ve cinsiyet ayrımı yapılmakta, transseksüelliğin karşıt cinsten (opposite sex) olma isteği duymayıp farklı cinsiyetten (another gender) olma arzusu içinde olduğu ifade edilmektedir. Cins, insanda erkek ve dişi olmak anlamını taşıyıp biyolojik ve anatomik bir özellik gösterir. Cinsiyet ise daha çok sosyo kültürel bir kavramdır ve insanları erkek ve kadın olarak ayırır. Transseksüellerin özlediği karşı cins, yani erkek ve dişi olmak değil, karşı cinsiyette olmaktır. Yoksa bu yapıda olan kimse de girmek istediği cinsiyetin kendisine sadece sosyal açıdan bir değişiklik getireceğini bilmekte, biyoloji ve anatomik olarak bir erkek veya dişi olmayacağını (örneğin çocuk sahibi) olmayacağını bilincindedir.

Transseksüellerin tedavisinde uzun süre ve ısrarla psikoterapi tercih edilmemiştir. Ancak bu tedavinin olumlu sonuç doğurduğuna dair fazla kayda rastlanmadığı gerçeği karşısında doktorun son yapacağı tedavinin bu transseksüel oyuna katılmak olduğu ifade edilmektedir. Tıp adamlarını bu düşünceye sevk eden olgu, cinsiyet değiştirme ameliyatı yapılan çoğu erkek transseksüelde sonucun başarılı olması, hastanın topluma kazandırılması sorunlarından arınarak kişilikleri geliştirmiş birer insan olarak sosyal ilişkilerini yürütebilir hale gelmiş olmalarıdır. Şu halde özetle-

<sup>5</sup> Bkz. GÜVEN, Kudret. Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniv. Hukuk Fakülte Dergisi C. 1, s.1, 1997, s.46, dn.1'de anılan yazarlar

<sup>6</sup> GELDER, Michael/GATH, Dennis/MAYOU, Richard: Oxford Textbook of Psychiatry, 1989, s.590.

mek gerekirse bir transseksüele yapılan tüm hormonal, kimyasal, biyolojik ve psikolojik tedavi yöntemlerinin etkisiz hallede tıbbın başvuracağı tek kalıcı, radikal ve geçerli yöntem olarak cinsiyet değiştirme operasyonları kalmaktadır. Bu tür tıbbi müdahalelerin beden bütünlüğü üzerinde yapılması nedeniyle bir taraftan kişinin bir kişilik değeri olan genel sağlığını ve onun bir parçası olan psikolojik sağlığını yakından ilgilendirmesi, diğer taraftan da yaşam hakkının bir parçası olarak bir temel özgürlük olarak korunması gerektiği için buna ilişkin esasları düzenlemek hukukun işi olarak görülmektedir.

## ***2. Sosyal Açıdan Transseksüellik***

İlk kez 1966 yılında Christine Jorgensen isimli transseksüele Dr. Christian Hamburger tarafından uygulandığı için Christine operasyonu olarak adlandırılan cinsiyet değiştirme operasyonlarının fizyolojik temellere dayandırılması görüşü bu durumda olanların çoğu tarafından kabul edilmiştir.

Fizyolojik temel görüşünü savunan Harry Benjamin<sup>7</sup>, transseksüelliğin kişinin doğumundan önce beynini saran bir bağ olduğunu düşünmüştür. Ona göre transseksüellik, kendilerini orta cinsiyete (middlesex) sahip görenlerin içinde bulunduğu durum olmayıp, konjenital doğuma bağlı olarak ortaya çıkan ve beyinde yer aldığı için başkaları tarafından görülmeyen ve bir kimsenin beyni ile bedeni arasındaki cinsellik konusunda ortaya çıkan bir uyumsuzluktur. Bunun temel semptomu tek tip bir depresyon, anksiyete ve hatta psikolojik acıdır ki buna cinsel diyaspore (gender-dysphoria) adı verilir. Basitçe söylemek gerekirse transseksüeller gerçek cinsiyetlerinin beyinlerinin kabul ettiği ve özdeşleştiği cinsiyet olduğunu ve içlerinde hissettikleri cinsiyeti dışı vurmak için fiziki cinsiyetlerini değiştirilmesini istemektedirler. Tedavi edilmezlerse bu düşünce onlarda akli ve duygusal problemlere ve bazen bunu kabul etmeyenlerden intikam almaya bile yol açabilmektedir.

Transseksüeller kendilerini özdeş gördükleri cinsiyetle kalıcı bir sosyal rol oynamayı arzular. Bu nedenle vücutları üzerinde çeşitli tıbbi değişiklikler yapılmasını isterler. Bu fiziki değişiklikler cinsiyet düzenleyici terapi ve hormonal terapi ile cinsel organ üzerindeki operasyon ile sağlanır.

---

<sup>7</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Transseksüel>, s.1.

Bir kimsenin sahip olduğu fiziksel cinsiyet ve sosyal görünümünden diğerine döndürülmesi için yapılacak tüm işlemler genellikle uzun yıllar almaktadır.

Transseksüeller uygulanacak tıbbi tedavi hormon düzenleme terapi-leri ile başlar. Kadın cinsiyeti ile özdeşleşen transseksüellerden genital ameliyattan önce en az bir yıl süre ile hedeflediği cinsiyetin bir üyesi olarak yaşaması beklenir. Bu dönem gerçek yaşam sınavı-gerçek hayat deneyimi (real life test-realt life experience) olarak isimlendirilir. Bu süre hastanın henüz operasyona hazır olmadığı yolundaki psikoterapist önerisi doğrultusunda uzatılabilir. Erkek cinsiyeti ile özdeşleşen kadınların ise genellikle testosteron tedavisinin başlangıcından itibaren iki ve üç sene süre ile klitorisin yeterince büyümesi için beklemesi gerekmektedir. Ayrıca phalloplasti (penis yapımı) hysterectomi (iç genital organların çıkarılması) yaptırınlar da görülmektedir. Kadın transseksüeller arasında daha sonra bu operasyonu istemeyenler çoğunluktadır. Ancak erkek transseksüellerin çoğu orchiectomi ve daha sonra vajinoplasti yaptırılmaktadırlar. Bu operasyonların kuşkusuz riski de vardır, genital bölgede sinir harabiyeti gibi operasyon riskleri ve belli fiziksel deformasyonlar yaşanmaktadır. Operasyon maliyetlerinin (ortalama 80.000 USD)yüksekliği de bunların tercih edilmesine olumsuz etki yapmaktadır.

Transseksüelliğin bilimsel olarak incelendiği ülkelerde bu kavram için alternatif terminoloji geliştirme girişimlerine rastlanmaktadır. Transseksüeller arasında kısa bir ifade ile T harfinin “trans” yerine kullanıldığı görülmektedir. Yine erkekken kadın olanlar için MTF, kadıken erkek olanlara FTM harfleri ile isimlendirme yapılmaktadır. Bu ifadeler bu kavramı psikiyatri ve tıbbın dışına taşımak çabasından doğmaktadır. Yaygın olarak ABD’de kullanılan bu ifadenin İngiltere’de kullanılmadığı bilinmektedir. Bazıları (transsexed) transcinsiyetli ibaresini transseksüel tabirine tercih etmektedir. Bunun sebebi, transseksüel bir tür tabiri içindeki “seksüel” ibaresinin yanıltıcı biçimde transseksüelliği cinsel yönelme olarak gösterdiğini oysa bunun yanıltıcı olduğu şeklinde gösterilmektedir. Latincesi “psychopatia transexualis” olan transseksüellik tabiri

ilk kez Alman Hirschfeld tarafından 1923’de kullanılmıştır (transseksualizm)<sup>8</sup>. Harry Benjamin bu konuyu kamuya açık bir derste ilk defa, 1969’da anlatmıştır<sup>9</sup>.

Transseksüelliğin cinsel kimlik bozukluğu adı altında ele alınması 1970 yılında Laub ve Fisk tarafından yayınlanan çeşitli çalışmalarda mümkün olmuştur<sup>10</sup>.

Güvenilir bir istatistik olmamakla beraber 1994 yılında ABD’de erkek olmuş 30.000 kadın olmuş 100.000 hasta bulunduğu zikredilmiştir. 2007 yılında yapılan Olyslager-Conway araştırmasında ise dünyada 45.000 erkek olmuş, 80.000 kadın olmuş transseksüelden bahsedilmiştir<sup>11</sup>.

Transseksüellerin sosyal açıdan benimsenmesi kolay olmamış ve kısa vadede de olmayacağı benzenmektedir. Cinsel yönelmenin ayrımcılık sebebi sayılmaması yolunda geçmiş kültüre sahip ülkelerde dahi bu yol sıkıntılı olmuştur. Transseksüellerin de dahil olduğu farklı cinsel tercih sahibi olanların bu özelliklerinin öğrenilmesinden sonra uğradıkları tecavüz ve öldürme olaylarının toplumların farklı kesimlerinde reaksiyonla karşılaşmakla beraber hala devam ettiği görülmektedir. Bu bağlamda dünyanın bir kesiminde “20 Kasım” günü, öldürülen transseksüelleri anma günü olarak kutlanmaktadır.

Bugün hâlâ Amerika’da cinsiyet değiştirenlerin adeta cadı avına tabi tutulduğu eyaletlerden bahsedilmektedir. Tennessee eyaletinde cinsiyet değişikliği kesin olarak yasaklanmış, diğer bazılarında ise hapis cezası ile cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul edilmiştir. Cinsiyet değiştirip kadın olan erkeklerin buna rağmen erkek hapisanesine, erkek olan kadınların da kadın hapisanesine koyulduğu görülmektedir<sup>12</sup>.

Cinsiyet değiştirenlerin çoğu dışlanma, eleştirilme, çeşitli hak ihlalleri ile karşılaşır<sup>13</sup>. Bu bağlamda transseksüeller arasında işsizlik oranı

---

<sup>8</sup> HIRSCHFELD, Magnus: Die Intersexuelle Konstitution. Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, 1923.

<sup>9</sup> BENJAMIN, Harry: Introduction Transsexualism and Sex Reassignment, Baltimore 1969.

<sup>10</sup> LAUB, D.R. /FISK, N.M.: A Rehabilitation Program for Gender Disorder Syndrome by Surgical Sex Change, Plastic Reconstructive Surgery, 1974, S.53, s.388-403.

<sup>11</sup> OLYSLAGER, Femke/ CONWAY, Lynn: On the Calculation of the Prevalence of Transsexualism, WPATH 20th International Symposium, Chicago, Illinois, 2007.

<sup>12</sup> SPADE, Dean: Documenting Gender, Hastings Law Journal, Vol. 59, No:1, 2008, s.141.

<sup>13</sup> BERKELEY, James: Employment and Labour Law 2001, s.465, 466.

%70 civarında tespit edilmiştir. Düzenli ücret alabilecekleri işlerde çalışan transseksüellerin en yüksek orana sahip oldukları şehir olarak Washington DC. de bu oran %58, San Fransisco'da %64 olarak kaydedilmiştir<sup>14</sup>. Bu ameliyatı geçirenlerin üçte biri ev bulmak konusunda dışlandıklarını ifade etmektedirler<sup>15</sup>.

Cinsiyetlerini değiştirenlerin bir kısmı evlilik ve bir çocuğun sorumluluğunu üstlenme gibi geleneksel sosyal tercihlerde bulunmaktadır. Bunlar bazen evlat edinme veya koruyucu aile olma yoluna gitmektedir. Hatta evlatlıklarını transseksüellerden seçmeyi ve onların da gerçek cinsel özelliklerine uygun olara yaşamalarına yardım etmeyi tercih etmektedirler. Bazı transseksüellerin cinsiyet değiştirmeden önce çocukları bulunmaktadır. Zira transseksüellerin anatomik ve fizyolojik bozuklukları bulunmadığından çocuk yapma yetenekleri de mevcuttur. Bunlarda iktidarsızlık yoktur, sadece başka bir cinsiyeti kabul etme ve gelecekte sahip olmak istedikleri başka bir vücuda özlem hali vardır<sup>16</sup>. Bu nedenle daha önce sahip olunan çocukların cinsiyet değiştiren anne ve babasıyla yaşamaya devam etmeleri veya yakın ilişki halinde olmaları da söz konusudur.

Kanunun ülkemiz açısından incelenmesi sonucunda ise transseksüeller karşısındaki olumlu duyarlılığın çok olduğu söylenemez. Bu tutum 1926-1988 tarihleri arasında görüldüğü gibi, transseksüelliğin kabul görmediği 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 1988'de 3444 s. kanun ile yapılan değişiklikle 29 maddesine eklenen II'nci fıkrası ile düzenlediği dönemde de devam etmiştir<sup>17</sup>. Bu anlayışın bir sonucu olarak cinsiyet değiştirenlere velayet hakkının verilmemesi gerektiği veya sadece çok istisnai mutad olmayan durumlarda verilebileceği şeklinde ortaya çıkan görüşler de bunun bir kanıtı olarak zikredilmelidir. Bugün yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi ile yapılan düzenlemenin 29 madde II. fıkrasından da geride bir çizgiye taşındığı düşünüldüğünde kanunun sosyal yapıyı yansıttığı kabul olunacak ve bugünkü

---

<sup>14</sup> Bu konudaki istatistikleri yansıtan çalışmalar için bkz. LETELLIER, Patrich/LEVIS, Yosenio: <http://www.sfgov.org/site/uploadedfiles/sfhummanrights/docs/econ/pdf>; Jessica M.Xavier. <http://www.glaa.org/archive/2000tgeedsassessment1112.shtm>.

<sup>15</sup> SPADE: s.158.

<sup>16</sup> ASHER, Noa Ben: The Necessity of Sex Change: Stuggle for Intersex and Transsex Liberties (<http://heinonlineorg.29> Haru JI § Gender 51 2006)

<sup>17</sup> Bu döneme ait değerlendirmeler için Bkz. GÜVEN: s.55, dn. 5.

sosyal değerlendirmelerde de ne yazık ki 1988'den önceki düşüncelerden dahi geriye gidildiği tespit edilecektir.

Nitekim Diyanet İşleri Bakanlığının yayınladığı Cenaze Hizmetleri Rehberinde; "cinsel organı kesilmiş ya da yumurtaları alınmış erkeklerin, erkekler tarafından yıkanması gerektiği" belirtilirken transseksüellere ilişkin olumsuz yaklaşımın hala devam ettiği açıkça görülmektedir. Yine aynı rehberde, cinsiyeti anlaşılamayan (hünsa: hermafrodit: interseks) kişilerin ise yıkanmayacağı, sadece teyemmüm ettirileceği kaydedilmiştir<sup>18</sup>. Bunun özellikle insan hakları yönünden hukuka aykırılığı bir tarafa, toplumda giderek "transofobi" veya "interseksofobi" geliştiğini göstermesi bakımında da hassasiyetle üzerinde durulması gerekmektedir.

## **B- İnterseksüellik**

### **1. Tıbbi Açıdan**

İnterseksüeller, bozuk bir cinsiyet organı ile doğan ve bu nedenle cinsiyeti doğuştan net olarak tayin edilemeyen kimselerdir. Her ne kadar bunların cinsiyeti nüfus kütüğüne yazılmakta ise de bu burada cinsiyetin kesinlik kazanmadığı kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Zira çocuğun cinsiyeti daha sonra karşıt cinsin özelliklerini taşır hale gelebilmekte ve ona uygun tıbbi müdahale yapılması gerekebilmektedir.

İnterseksüellik anatomik bir patolojiyi ifade eder. İnterseksüeller standarda uygun bir cinsel yapıya sahip değildir. Standart<sup>20</sup> erkek ve dişi cinsinden farklı anatomiye sahip olan interseksüellerin, üçüncü bir cinsiyet olmadıkları<sup>21</sup> onların iç veya dış cinsel organlarında veya kromozonlarında biyolojik farklılıklar bulunduğu kabul olunmaktadır. Atipik rahim veya testisler, küçük penis veya normal ölçülerde olmayan uzun ve geniş klitoris sahibi çocuklar interseksüel kabul olunur. Yine ne erkek ne dişi olarak nitelendirilemeyecek düzeyde bozuk cinsel organı bulunanlarda bu gruba dahildir.

<sup>18</sup> Bu konudaki tartışmalar için Bkz. 31.7.2008 tarihli Hürriyet; 13.12.2013 tarihli Milliyet Gazeteleri.

<sup>19</sup> SCHWAB, Antoinette. Sowohl Mann als Auch Frau. Neue Zürcher Zeitung. 3.5 2002, s.99.

<sup>20</sup> Tipik fiziki standart erkek çocuklarda penis uzunluğunun 2 cm.den küçük olmaması, kız çocuklarda klitorisin 0.9 cm.den büyük olmamasıdır.

<sup>21</sup> ISNA (Intersex Society of North America) interseksüelliği, üçüncü bir cinsiyet olarak kabulü görüşünü reddetmiştir (Bkz. Harvard Journal of Law & Gender. 2006, c.29, s.67)

İnterseksüellik tanısının koyulmasında cinsiyet kromozonlarından da yararlanılabilmektedir. Bazen bir çocuğun cinsel organlarında dıştan gözlemlenebilen bir bozukluk (ambiguity) olmadığı hallerde, kromozonal farklılıklar nedeniyle interseksüel olarak görülmesi mümkündür. XX veya XY şeklindeki olağan kromozomların dışında farklı, örneğin X, XXY veya XX/XY, XO/XY şeklinde ortaya çıkan kromozomlarda doğanlar da interseksüeldir<sup>22</sup>.

Hormonlar da bazı hallerde interseksüelikle oluşturmaktadır. Hormonal bozuklukların yol açtığı bazı rahatsızlıkların (AİS – Androgen İnsensivite; CAH – Congenital Adrenal Hyperplasia) da çocukta interseksüelliğe yol açtığı görülmektedir<sup>23</sup>.

## 2. Sosyal Açıdan

İnterseksüellik, transseksüelliğe oranla sosyal açıdan daha fazla kabul gören bir durumdur. Öyle ki transseksüeller için cinsel operasyonu zorunlu görenler, interseksüellerin bu tür cinsiyet değiştirme müdahalelerini yaptırarak zorunda olmadıklarını savunmuşlardır.

İnterseksüel hakları korumak amacıyla kurulan önemli bir sivil toplum örgütü olan ISNA (İntersex Society of North America) erken genital operasyonlarını durdurmayı savunmaktadır. Derneğin görüşüne göre<sup>24</sup> ağrıyı kesme veya bir hastalığı önleme gibi tıbbi bir gereklilik bulunmadıkça bozuk genital organlarla doğan çocukların erken düzeltme ameliyatı yapılmasına karşı oldukları ifade edilmiştir. Ailelere, bu tür genital bozukluklarla doğan çocuklarının fiziki farklılıklarını kabul etmelerini sağlayacak manevi destek ve vasıtalar verilmesi gerektiği, erken yaşta operasyon yaptırmanın tek çıkar yol olmadığı görüşü vurgulanmıştır.

Bu tür operasyonların yapılmasına ancak çocuğun “üstün yararı” gerekiyorsa (Çocuk Hakları Sözleşmesi md.3) ve çocuğun bu konuda kendi iradesi var ise (Çocuk Hakları Sözleşmesi Md.12) buna olanak sağlanması

<sup>22</sup> SCHWAB: s.99.

<sup>23</sup> WISNIEWSKI, Amy. B.; Complete Androgen Insensitivity Syndrome: Long Term Medical Surgical and Psychosexual Outcome Clinical Endocrinology and Metabolism 2000, s. 2664 vd.

<sup>24</sup> CHASE, Cheryl: “Cultural Practice” or “Reconstructive Surgery”? YS. Genital Cutting, the Intersex Movement and Medical Double Standards, the Intersex Movement and Medical Double Standards in Genital Cutting and Transnational Sisterhood: Disputing US. Polemics. 2002, s.126, 128, 139.



uygun bulunmaktadır<sup>25</sup>. Bir interseksüel çocuğun genital organlarının nasıl görülmesine ve buna ilişkin tıbbi müdahaleye sadece velisinin ve doktorun karar vermesi onun anatomisine karşı işlenmiş bir haksız fiil sayılmaktadır<sup>26</sup>.

ISNA'nın başlattığı bu yaklaşım büyük ölçüde kabul görmüştür. Bu görüşü benimseyenlere göre; herkes erkek veya dişi cinselliği ile yetiştirilmeli, üçüncü bir cinsiyet (orta cinsiyet) olarak büyütülmemelidir. Ana babalar çocuklarını genital anormallikleri olsa bile erkek veya kız çocuk olarak görmeli, onları nötr bir cinsiyette algılamamalıdır. Veliler, çocuklarının cinsiyetlerinin belirli hale gelmesini sağlamak üzere oyuncak, oyun, arkadaş ve gelecek seçimi gibi davranış ve duygularını açıklamakta özgür hareket etmelerine izin vermelidirler<sup>27</sup>.

Interseksüellikte erken operasyona karşı yürütülen sosyal muhalefet bu görüşlerini çocukluk dönemine ait olmak üzere açıklamaktadır. Yoksa kendisinden rıza alınabilecek olgunluğa erişmiş ergin bir interseksüelin seçme hakkını kullanarak cinsiyet değiştirmesine olanak sağlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

İnterseksüellikte erken operasyon aleyhtarlığı cinsiyeti biyolojik odaklı bir anlayış ile açıklamaya çalışmaktadır. Şöyle ki bir kimsenin cinsel kimliği, insanın atalarından miras yoluyla edinilen genlerle ve embriyo genlerle oluşur. Erkek hormonları beyni ve aklı seksüalize eder, kadın hormonları kadın cinselliğini geliştirir<sup>29</sup>. Bu nedenle eğer en büyük cinsiyet organı olan beyin bu şekilde gelişmişse bir erkek penissiz veya mikro penisli olsa dahi erkek olabilir, kız çocuğu bir anomali sayılacak büyüklükte klitorise sahip olmasına rağmen bir dişi olarak cinsel tatmini yakalayabilir. Bu nedenle interseksüellerin erken yaşta cinsiyet düzeltme

---

<sup>25</sup> CRC-Convention of the Rihts of the Child (Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin) 3.md.si; çocukla ilgili herhangi bir eylemin, nereden gelirse gelsin çocuğun üstün yararını birincil amaç olarak edinmesini öngörür. Sözleşmenin 12. Md.si ise çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşlerinin alınması gerektiğini düzenlemektedir.

<sup>26</sup> DREGER, Alice D.: A History of Intersexuality: From the Age of Gonads to the Age of Consents. *Clinical Ethics* 1998, s.9, s.345, s. 352.

<sup>27</sup> DIAMOND/SIGMUNDSON: Management of Intersexuality: Guidelines for Dealing with Persons with Ambigios Genitalia, *Archives Pediatric & Adolescent Medicine*, 1997, s.1047-1048.

<sup>28</sup> DIAMOND/SIGMUNDSON: s.1049.

<sup>29</sup> HUGH, Paul Mc.: *Surgical Sex. First Things* 2004, S.147, s.34, 37.

operasyonlarına tabi olmaları zararlı ve gereksiz olabilir ve uygun olmayan penise rağmen bir erkek, uygun olmayan vajinasına rağmen kadın olarak cinsel kimliğini sürdürebilir. Cinselliği beyinde belirlenmiş kişi, gelecek hayatındaki erkekliği ve dişliliği de şekillendirecektir<sup>30</sup>.

Erken cinsiyet düzeltme operasyonlarının sonuçta cinsiyet ve cinselliğin uyumsuzluğu anlamına gelen transseksüelliğe yol açacağından korkulmaktadır. Zira pek çok olayda, doğumdaki belirleyici özellikleriyle erkek olarak görülen ve nüfus siciline bu cinsiyette yazılan interseksüel çocukların, küçük yaşta penisleri kesilerek kız çocuk olarak yetiştirilmelerine rağmen daha sonra buluğ (puberte) çağında kendisini erkek olarak görmeye başladıkları görülmüştür<sup>31</sup>. Yapılan ameliyatların bir kısmında da cinsel haz duymayan kadın veya erkekte olmayan erkekler yaratılmıştır<sup>32</sup>. Bu durumda tıbbın geriye dönülmeyecek bir yanlışlık yaptığı açıkça görülmektedir. Bir kimsenin geleceğini tayin etme (self-determinasyon) hakkı ile de bağdaşmayan bu sonuca yol açmamak için erken operasyonlardan kaçınılması gerektiği öne sürülmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 40.ncı maddesinin sözü itibariyle "cinsiyet değişikliğini" transseksüel yapıda olanlara tanınan bir hak olarak düzenlediği görülmekte olduğundan, interseksüellerin de kanunun bu maddesi kapsamında görüldüğü sonucu çıkarılmaktadır. Oysa yukarıda açıklamaya çalışıldığı üzere interseksüellik (en bilinen türü itibariyle hermafroditler: hünsa) ile transseksüeller birbirinden farklı olup, farklı düzenlemelere tabi tutulması gerekir. İleride de açıklanacağı üzere interseksüellerin transseksüellerden farksız görülmesi, bu nedenle aynı şartlar altında TMK 40 md. göre cinsiyet değiştirmelerine olanak sağlanması, yasa organı eliyle işlenen en büyük haksızlık olacaktır.

Interseksüellerin bu madde kapsamına dahil edilmediği, hakkında bir düzenleme yapılmadığı, bu konuda bilinçli bir boşluğu kanun bulunduğu kabul edilecek olduğunda ise bunlara cinsiyet değiştirme yolu kapatacak, doğumla gelen şanssızlığa kişinin ömür boyu katlanmasına yol açacaktır. İnterseksüellere düzeltme ameliyatı yolunun kapatılmasına yol açacak bu görüş bir başka olumsuz yaklaşımla da desteklenebilir o da bu tür ameliyatların zorunlu olmadığı sonucuna ulaşırsa bir estetik operasyon olduğu kabul olunacaktır ki bunun da sosyal güvenlik mevzuatı

<sup>30</sup> Bkz. Harvard Journal of Law & Gender. C.29, 2006, s.90, 91.

<sup>31</sup> CALAPINTO, John, As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised As A Girl, 2000; DIAMOND/SIGMUNDSON: s.151.

<sup>32</sup> Bkz. SCHWAB: s.99.

itibariyle devletçe karşılanamayan müdahaleler kapsamında interseksüellerin kolay kolay başvuramayacakları bir yol olması üzüntü verici görülecektir.

Üstelik interseksüeller için, transseksüellere bakımından sürdürülen ahlaka ve hukuka aykırılık iddialarının<sup>33</sup> ileri sürülememesi ve onların doğumlarında meydana gelen bu patolojinin düzeltilmesi uygun görülerek daha toleransla karşılanması gerekirken bunun yasa ile açıkça düzenlenmeyerek veya karışıklığa yol açacak şekilde düzenlenmesinin bir talihsizlik olduğu kabul olunmalıdır. Anayasanın 17. md.si; “herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu” öngörür. Bu bağlamda interseksüellerin doğumda belirlenen cinsiyetlerini sabit bir zemine oturtmak, fiziksel, entelektüel, psikolojik ve sosyal varlığının tamamlayıcısı olan cinselliğini<sup>34</sup> seçme hakkını kullanarak bu cinsel kimliği ile bundan sonraki yaşamı şekillendirmesi en doğal anayasal hak olarak görülmelidir.

### **I. Transseksüellerin ve İnterseksüellerin Cinsel Kimlikleri Üzerindeki Haklarının Korunması: Cinsiyet değişikliği:**

Cinsiyet değiştirme, buna ihtiyaç duyan transseksüel ve interseksüellerin cinsel kimliğine dahil olan cinsiyeti, cinselliği ve cinsel yönelmesi üzerindeki haklarını korumanın en radikal çözüm yolu olarak kabul edilmektedir. Zira bu kişilerin bu değişikliği yapmaksızın cinsiyetlerinin iradelerine uygun hale gelmesi (transseksüellerde) ve netleşmesi (interseksüellerde) cinselliklerinin tartışmasız hale gelmesi, cinsel yönelmelerinin hukuk, ahlak gibi sosyal önermelerle uygun görülmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bunların cinsel kimliklerinin korunması buna dahil unsurların en geniş biçimde korunmasını gerekli kılacaktır ki onların da tıpkı diğer insanlar gibi “insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulması” (Ana. Md.17/III; AİHS md.2) mümkün olabilsin.

#### **1. 3444 sayılı Kanundan Önceki Dönem:**

4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile 1926 tarihli Medeni Kanun’un 29. md.ne II. fıkra halinde eklenen düzenlemeden önce cinsiyet değiştirme bir hak olarak değerlendirilmemekteydi.

<sup>33</sup> Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip. Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir Mi? İstanbul 1986, dn.33 de anılan yazılar.

<sup>34</sup> GOLDMANN, Howard H.: General Psychiatry, 2 Ed. California 1988, s.425.

Bu dönemde bazı hukukçular cinsiyet değiştirme ameliyatlarını hukuka aykırı görmekte<sup>35</sup> ve bu görüşlerini aşağıdaki gerekçelere dayandırmaktaydılar.

Buna göre; “cinsiyet değiştirme ameliyatlarının transseksüelin kimliğini değiştirmedeği, tersine cinsel kimliğin devam ettiği, her ne kadar bunların dış görüntüleri itibariyle karşı cinsin özelliklerine kavuşturulmasına rağmen o cinsin üreme organlarını edinemedikleri ve üreme yeteneklerinin de bulunmadığı, dolayısıyla bunların cinsiyet değiştirmelerinin hukuka aykırı olduğu” ileri sürülmekteydi.

Yargıtay da bu görüşe paralel biçimde verdiği bir kararda<sup>36</sup> özetle ifade etmek gerekirse; “kişilik hakkı üzerinde tasarruf anlamına gelen cinsiyet değiştirme isteğinin MK md.23 hükmüne aykırılık teşkil edeceği, cinsiyet değişikliğinin kanuna karşı hile hallerine kapı aralamış olacağı, üçüncü olarak da hukuk düzeninin amacının çift organla doğmuş (hünsa) olup da zamanla gelişen cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşturulanların işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamak olduğu” görüşünü benimsemiştir.

Bu gerekçelerin sırasıyla cevaplandırılması gerekirse;

- a) Cinsiyet değiştirme isteğinin, kişilik haklarının iç korunması bağlamında MK. md 23’e aykırılığının transseksüeller ve interseksüeller bakımından ileri sürülmesi her zaman haklı görülemez. Zira bu tür ameliyatların hemen hepsi, tıbbi açıdan koyulan ve bu konuda tereddüt göstermeyen bir tanı sonucunda yapılmakta ve nihai amacı kişinin beyninde gelişen cinselliği ile nüfusta kayıtlı olduğu ve görünürde kabul olunan cinselliği arasındaki uyumsuzluğu gidermeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle yapılacak ameliyatlar, kişinin kişilik varlığını daha iyi ifade edebilmesi bakımından zorunlu görülmektedir. Bununla, üstün nitelikli bir özel yararın gerçekleştiği tartışmasız görüldüğü gibi topluma entegrasyonlarının sağlanması bakımından “üstün nitelikli bir kamusal yararın” elde edildiği de ileri sürülebilir. Bu ise MK.24 II. fıkrasına göre yapılan ameliyatların hukuka uygunluk sebebi sayılmasına yol açacaktır.
- b) Cinsiyet değişikliğinin kanuna karşı hile yoluna başvurma kapısını aralamış olacağı yolundaki gerekçenin de hayatın olağan

<sup>35</sup> Bzk. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU: s.33 de sayılan yazarlar.

<sup>36</sup> Y.2 HD 27.3.1986 t. ve E: 86/651; K:86/5256 s.K (YKD 1986, s.1112).

akışı ile bağdaştığı söylenemez. Zira cinsiyet değişikliği ameliyatları sıradan tıbbi müdahaleler değildir ve katlanılması çok zor, ızdıraplara yol açan bir sürece ihtiyaç göstermektedir. Kişinin örneğin askerden kaçma gibi basit bir saik ile dış genital organlarında değişiklik yapılmasını isteyeceği, karşıt cinsin organlarını taktırması iç genital organlarını çıkartılması, göğüs yaptırması, adem elması operasyonu yaptırması, yan etkilerini göze alarak hormonal tedavi görmesi gibi bir dizi müdahaleyi göze alması düşünülemez. Bunları yaptırmaktan kaçınmıyor, hatta bazen nefret ettiği cinsel organını kendisi kesmek suretiyle ölümü göze alıyorsa bu kişinin cinsiyet değiştirme iradesinde samimi olduğu, kanuna karşı hile yapmadığı sadece mevcut cinselliğini terk etmekte ısrarlı bulunduğu anlamına gelmektedir.

- c) Cinsiyet değişikliğinin sadece çift organla doğan hünsalara tanınması görüşü de tıbbi gerçeklerle bağdaşmadığı gibi, transseksüellerle interseksüeller arasında anlaşılmaz bir ayırımı yol açacağı için kabul edilemez. Kaldı ki interseksüellik de sadece çift organla doğanlara has bir kavram değildir bununda çeşitleri vardır. Yüksek Mahkemenin sözünü ettiği çift cinsel organla doğmuş olanlar interseksüelliğin bir türüdür, ancak bunun dışındaki anatomik bozukluklarla doğmuş olanlar da bu kavrama dahil edilir. Bu bağlamda fazlasıyla küçük bir penise sahip olan oğlan çocuğu normalden geniş ve uzun klitorise sahip kız çocuğu interseksüel sayılmakta ve ileride göstereceği cinsel gelişmeye göre (cinsel organında değişme olması halinde) psikolojik olarak kendisini içinde hissettiği cinsiyete dönüştürebilmektedir. Zira interseksüel birisinin iç ve dış organları ve/veya kromozomları tek ve net bir cinsiyeti işaret etmeyebilir ve gerektiğinde psikolojisine uygun olarak evliliğine en uygun olan cinsiyeti onun iradesine uygun olarak tayin etme yoluna gidebilir<sup>37</sup>. Şu halde cinsiyet değiştirme hakkını sadece görünürdeki cinsel organ bozukluklarına ve hatta sadece çift organla doğanlara tanıyıp, sair cinsel organ veya kromozom bozukluklarına (ambiguity) sahip olanlara vermemek bir haksızlık oluşturacaktır. Zira hukukun nihai amacı cinsel organlardaki her anatomik patoloji halini, aynı hukuki sonuçlara tabi tutmak suretiyle bunlar arasında eşitlik sağlamak olmalıdır.

---

37 KOGAN: s. 403.

- d) Yüksek Mahkemenin bu kararına esas alınan teorik görüşlerin de eleştiriye açık olduğu söylenmelidir. Zira bu görüşler cinsiyet değiştirme ameliyatlarının kişiye üreme yeteneği vermediği savunarak<sup>38</sup> hukuka aykırı oldukları ifade ederken, üreme yeteneğinin cinsel kimliğin vazgeçilmez unsurlardan olmadığı farkında değillerdir. Transseksüel ve interseksüeller cinsiyetlerini ameliyatla değiştirdiklerinde cinsiyetleri düzeltilmekte, cinsellikleri “cinsiyet beynine” uygun olarak belirginleşmekte, cinsel yönelmesi yeni cinselliği ile örtüşür hale gelmektedir. Kısacası kişi bu ameliyatla yeni cinsel kimliğine kavuşmaktadır. Ondan beklenen üreme yeteneğine sahip olması değil, bu kimliği ile hukuki varlığını sürdürmesidir. Aksi bir düşünce çocuk yapma yeteneği bulunmayan (infertil) erkek ve kadınların cinsiyetini tartışmalı hale getirir ve (onları da erkeği kadın-kadını erkek sayma gibi akıl dışı bir durum yaratırız) ki bu hukuk eliyle yaratılan bir garabet olacaktır, kabulü mümkün değildir.

## 2. 3444 Sayılı Kanun Dönemi

4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanununun 29.ncu maddesine eklenen II.nci fıkra, cinsiyet değişikliğini hukuka uygun hale getirmiştir.

Buna göre; “Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilindeki gerekli düzeltme yapılacağı” esası benimsenmiştir.

MK.29.md.nin II.fıkrası ile hukuken mümkün kılınan cinsiyet değiştirme hakkı yapılan düzenleme taşıdığı eksiklikler nedeniyle (ben de dahil olmak üzere) eleştirilmiştir<sup>39</sup>.

Bu eleştiriler özetle gözden geçirilecek olursa;

- a) Cinsiyet değiştirme hakkının hangi cinsel kimlik bozukluklarına tanındığının şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmediği için karışıklığa yol açacağı,
- b) Cinsiyet değiştirmeye sebebiyet veren cinsel kimlik bozukluklarına tanı koyabilmesi için bunun devam süresinin açıklığa kavuşturulması gerektiği,

<sup>38</sup> Bkz. Yukarıda dn.35.

<sup>39</sup> Bkz. GÜVEN: s.59-67.

- c) Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının belli bir yaş sınırına bağlanmasından ziyade kişinin ergenlik dönemine girmiş bulunması şartının yasada aranmasının uygun olacağı, zira ergenliğe erişmekle cinsel organların fizyolojik gelişimi sağlayacağı ve cinsel yönelmenin ortaya çıkacağı,
- d) Maddede ifade edilen “dava”nın ne zaman açılacağının açık olarak anlaşılamadığı, bunun bir eksiklik olduğu davada verilen kararın tespit hükmü niteliği taşıdığından ameliyattan önce veya sonra davanın açılması ve kararın alınmiş olması arasında fark gözetilmesi gerektiği,
- e) Cinsiyet değiştirmede evli olmanın bir engel teşkil etmemesi gerektiği<sup>40</sup> zira transseksüellerin iktidarsız olmadığı, evlenmiş ve çocuk sahibi olmalarına rağmen transseksüelliğin ortaya çıkabileceği, interseksüellerin (hermofroditlerin) evlenmelerine de sıkça rastlandığı,
- f) Maddede üreme yeteneğinden yoksun olma şartının aranmaması genel olarak olumlu görülürken, esasen bu şartın arandığı ülkelerde dahi bunun doğuştan itibaren bu yetenekten yoksun olmak şeklinde anlaşılmaması, tıbbi müdahaleden sonra bu yeteneğin ortadan kaldırılması anlamını taşımasının uygun olacağı, zira cinsiyet değişikliğinin tam bir kastrasyon (iğdiş etme) olduğu, bunun cinsiyet değiştirmeyle birlikte ortaya çıktığı, bu nedenle ameliyatın bir koşulu olarak aranmayacağı,
- g) “Cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi” hükmünün mahkemenin takdirine göre oluşturulacak uzman hekimlerden oluşan sağlık kurulları biçiminde, gerek görülüdüğünde ise adli raporlarla kanıtlanması şeklinde anlaşılması gerektiği,
- h) Görevli mahkeme konusunda açıklık bulunmadığı, kural olarak ahvali şahsiyeye ilişkin davalar 1086 sayılı HMUK’nun 1711 sayılı kanun ile değişik 8 md. uyarınca Sulh Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girmekte ise de, cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise davanın ona da yöneltilmesi ve evliliğin bu kararla kendiliğinden sona ermesi nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olmasının isabetli olacağı, görüşleri ifade edilmiştir.

---

<sup>40</sup> Aksi görüş için bkz. ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası TBBD. 1988, s.278-279, 285.

### **3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Transseksüellik ve İnterseksüellik:**

Cinsiyet değişikliği 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda 3444 sayılı Kanun ile eski Medeni Kanun'un 29 ncu maddeye eklenen II fıkra hükmünden farklı olarak yeniden kaleme alınmıştır. Türk Medeni Kanun'unun 40. Maddesi ile getirilen bu yeni ve özel bir hükümle cinsiyet değişikliği, bu hali ile değişikliğe bağlı pek çok sorunun çözümlenmediği, eski kanun döneminden bile daha geri bir noktaya çekildiği bir görüntü arz etmektedir.

#### **a) Genel olarak değerlendirme**

Bu noktada ifade etmek gerekirse kanun koyucunun konuyu düzenlerken tutucu bir yaklaşımla hareket ettiği ve adeta cinsiyet değişikliği ameliyatlarını imkânsız hale getirmeyi amaçladığı hissedilmektedir. Transseksüellikle ilgili tıbbi gerçekler, bu yapıda olanların içinde bulunduğu cinsel bozukluk (sexual disorder-gender dysphoria), bunun kişide meydana getirdiği özel bir depresyon ve heyecan hali, psikolojik ızdırap ile toplumda yol açtığı suçta yatkınlık, toplum hayatı ile uyumsuzluk gibi sosyal olumsuzluklar hiç dikkate alınmamıştır.

#### **b) Kapsamı bakımından değerlendirme**

Maddede cinsiyet değişikliği sadece transseksüellere tanınmış, interseksüellerden hiç bahsedilmemiştir. Bu suretle maddenin sözünden iki yorum ortaya çıkarılabilir; birincisi kanun koyucunun transseksüellik ile interseksüellik arasında bir fark gözetmediği, ikincisi ise cinsiyet değiştirme yolunun interseksüellere açık olmadığıdır ki her ikisinin de kabul edilebilir bir görüş olmadığı açıktır. Zira yukarıda da açıklandığı gibi<sup>41</sup> transseksüellik ile interseksüellik birbirinden farklı patolojileri ifade eder. Transseksüelin içinde bulunduğu cinsel çarpıklık onun psikolojisi ile biyolojik cinselliği (hukuki cinselliği) arasındadır. İnterseksüelin sahip olduğu cinsel çarpıklık ise onun biyolojik cinselliği ile hukuki cinselliği arasında yaşanmaktadır. İnterseksüellikte cinsel iç ve dış organları ve kromozomları itibariyle Standard dışı olan, her iki cinsiyetin özelliklerini taşıyan veya hiçbir cinsiyetin özelliğini taşımayan anormal cinsellikle doğan kişiler nüfusa "olsa olsa" hesabıyla kadın veya erkek olarak kaydedilmektedir. Daha sonraki gelişmeye göre hangi cinsiyetin özellikleri hakim hale gelirse ve bu değişiklik hukuki (nüfustaki) cinselliğin değiştirilmesi gerekiyorsa o cinsiyete geçişin sağlanması için cinsiyet değiştirme yoluna

<sup>41</sup> Bkz. Yukarıda s. 11-12.



gidilmektedir. Doğuşta nüfusa kız olarak kaydedilen bir kimse ergenlik döneminde diğer cinsiyette gelişme göstermişse cinsiyetinin yeniden düzenlemek üzere operasyona tabi tutulması gerekmemektedir.

İnterseksüelliğin ayrıca düzenlemeye tabi tutulması gereğinin bir başka haklı sebebi de her iki halde uygulanan ameliyatların türü ve kapsamının farklı olmasıdır. Transseksüellerde ameliyat, kişinin özlem duyduğu ve esasen kendisini o cinsiyette hissettiği hale getirmek amaçlıdır ve daha fazla sayıda müdahaleyi gerektirmektedir. Kastrasyon, penisin kesilmesi, testislerin alınması, yapay vajina yapılması veya kadın transseksüellerde penis takılması (phalloplasty), yumurtalık ve rahim alınması, göğüs aldırması ameliyatları bunlar arasında sayılabilir. İnterseksüeller bakımından ise daha çok düzeltici ameliyatlar uygulanmakta, biyolojik faktörlerde dengesizlik var ise buna yönelik tedaviler yapılmaktadır. Örneğin bozuk görümlü penis veya vajina düzeltilmekte klitoris büyük ise küçültülmekte vajina yok veya kısa ise bunun normalleşmesi sağlanmaktadır. Hatta bazı interseksüellik hallerinde ameliyattan kaçınma halinde hormonal tedavi ile bozukluğun katlanılabilir hale gelmesi sağlanabilmekte, bu durumda cinsiyet değiştirme zorunluluğu dahi ortadan kalkmakta, kişi bu suretle nüfustaki cinsiyet kaydını devam ettirmektedir. Örneğin nüfusta erkek olarak kayıtlı bir interseksüel en az 6 aylık bir tedavi sonucunda klitorisinin enine ve boyuna büyümesi sağlanmış, penisle aynı fonksiyonu sağlaması mümkün hale getirilmiştir. Öyleki kendisini erkek kabul eden bu şansın yaptığı heteroseksüel evliliğin geçersizliği iddiası reddedilerek evliliğinin sürdürülebilir olduğuna karar verilmiştir<sup>42</sup>. Zira bugün kabul edilen görüş evlilik ilişkisi yönünden interseksüellerin kendi cinsiyetini seçme olanağına sahip oldukları yolundadır<sup>43</sup>.

İnterseksüeller, doğuştan sahip oldukları bozuk genital organları ile cinsiyetleri açısından baştan beri bir belirsizlik içindedirler. Transseksüellerin ise genital organlarında her hangi bir bozukluk, eksiklik yoktur. Anatomik yapıları itibarıyla düzgün olan transseksüeller bu organlarının temsil ettiği cinsiyeti reddetmekte, ondan rahatsız olmaktadırlar. Kendilerini karşıt cinsiyetin ablukası altında hissetmekte<sup>44</sup> aslında ait olmadığı bu cinsiyetinden ve bu cinse ait organından kurtulmak eğilimindedirler. İnterseksüelin sorunu da esasen cinsel organı ile ilgilidir. Ancak bu sorun,

---

<sup>42</sup> KOGAN, s.386.

<sup>43</sup> KOGAN. s.409 ve dn.149.

<sup>44</sup> ÖZTÜREL, Adnan: Transseksüalizm ve Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD. 1981, C.37, S.1-4, s.263.

organının bozuk olması nedeniyle biyolojik nedenlere dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlarda doğuştan var olan bu anatomik bozukluğun, daha sonra belirgin hale gelen cinsiyete uygun olarak dönüştürülmesi söz konusudur. Yoksa anatomik bozukluk olmaksızın, karşıt cinse çevril şeklindeki bir istek interseksüellerde yoktur, böyle bir ısrarlı düşünce ancak transseksüellikte söz konusudur.

Transseksüellikte cinsiyetin değiştirilmesi talebini belirleyen unsur kişinin psikolojisine hakim olan duygulardır, bu konuda fiziki bir dürtü ve zorunluluk yoktur. İnterseksüellikte ise kişiyi cinsiyet değişikliğine zorlayan unsur sahip olduğu fiziki özelliklerdir. Burada interseksüelin cinsiyeti değiştirilirken her halde onun cinsel organında hakim olan unsur ön plana alınacaktır. Örneğin doğuştan nüfusa kız olarak kaydedilen interseksüel daha sonra erkek cinsiyetine yatkın hale gelmedikçe (örneğin penis oluşmadıkça) sırf bunu istediği için cinsiyeti erkeğe dönüştüremez.

Transseksüellikte interseksüellik arasındaki fark gözetilmesi gerektiğine ilişkin gösterebileceğimiz bir başka kanıt ise her ikisinin ortaya çıkması konusundaki farklılıktır. İnterseksüellik doğuştan var olan bir patolojiyi ifade ederken, transseksüelliğin hangi yaşta ortaya çıkacağı belli değildir. İleri yaşlarda da transseksüel eğilimler görülmektedir<sup>45</sup>.

TMK.40 md.de sadece transseksüellerden bahsedilmiş olduğu için interseksüellerin cinsiyet değiştirmeyeceği yolundaki yorum ise, bunların birbirinden farksız görülmesinden de beter bir garabete yol açacaktır.

Şöyle ki transseksüellik aleyhinde kullanılan çeşitli görüşlerin temelinde, cinsiyet değiştirme ameliyatına transseksüeli zorlayan faktörün onun psikolojisi, duygu ve düşünceleri olduğu, yani buna bir ölçüde kendilerinin sebebiyet verdiği anlayışı yatar<sup>46</sup>. Transseksüelin vücudunda yapılan radikal ve geriye dönülmez değişikliğin sorumluluğu kendisine aittir. O, cinsiyetinin değiştirilmesini isterken, esasen doğuştan sahip olduğu doğal kromozom yapısı ile uyuşmayan bir değişikliği arzulamaktadır. Yapılan ameliyatla cinsiyetini oluşturan ve hiçbir anormallik taşımayan kromozomları ile cinselliği arasında bir uyumsuzluk oluşturmaktadır. Oysa interseksüeller iç ve dış genital organları ile kromozomlarındaki

<sup>45</sup> 64 Yaşında 4 çocuk 11 torun sahibi İngiliz işadamı Michael geçirdiği ameliyat sonucu cinsiyet değiştirerek kadın olmuş ve Michelle ismini almıştır (bkz. Hürriyet gazetesi 20.1.2009).

<sup>46</sup> KOGAN: s.410.

çarpıklıkla doğmakta, bunun düzeltilmesini istedikleri için daha kolay kabul görmekte ve bu durumdan sorumlu tutulmamaktadır. İnterseksüel yapı doğumda var olduğuna göre bundan doğrudan doğruya onu yaratan “Allah”ın sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Hatta bunların herkese tanınan evlenme hakkından yoksun bırakılmasının da bu nedenle düşünülemeyeceği savunulan görüşler arasındadır.

Halbuki yaradan tarafından kişiye doğumla bağlanan cinsiyetin ameliyatla veya ilaçla değiştirilmesinin hoş görülmesinin teolojik kaygılarla söz konusu edilemeyeceği kabul olunmaktadır<sup>47</sup>.

Sonuç olarak söylemek gerekirse felsefi açıdan hoş görülmeyen transseksüelliğe nispetle cinsiyet değiştirmelerine daha toleransla yaklaşılacak interseksüellerin, cinsiyet değişikliği başlıklı TMK 40 md.de kapsam dışı bırakıldığı yanlış bir yorum olacaktır. Bu nedenle maddenin olabildiği ölçüde evleviyetle (a fortiori) interseksüellere de uygulanacağı kabul olunmalıdır.

### ***c. Kanunun Aradığı Maddi Şartlar Bakımından Değerlendirme***

TMK.nun 40 maddesi ile cinsiyet değiştirmede aranan maddi şartlar şunlardır;

- Cinsiyet değiştirmek mahkemenin iznine bağlıdır,
- Cinsiyet değiştirmek isteyen kimse şahsen başvuruda bulunmalıdır,
- İzin verilebilmesi için istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş bulunması gerekir,
- İstem sahibinin evli olmaması icap eder,
- İstem sahibinin transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir,
- İstem sahibinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunun (transseksüel yapıda olduğunun kanıtlanmasında izlenen yola uygun olarak) belgelenmesi zorunludur,
- Cinsiyet değiştirme operasyonunun gerçekleşmesi şarttır,
- Bu operasyonun gerçekleştiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde mahkemenin nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar vermesi gerekmektedir.

---

<sup>47</sup> KOGAN: s.380-381.

Bu şartları tek tek incelemektense maddi şartlar ve şekli (usule ilişkin) şartlar şeklinde iki gruba ayırarak incelemek doğru olacaktır.

### ***c.1 Cinsiyet Değiştirmenin Maddi Şartları:***

**c.1.1.** Cinsiyet değiştirmek için 18 yaş sınırı öngörülmüştür. Buna göre cinsiyet değiştirme talebinde bulunmak ancak 18 yaşını tamamlamış (doldurmuş) olanlara tanınmıştır. 18 yaş sınırı bazı hukukçuların<sup>48</sup> da önerdiği bir şart ise de bu yaşın her somut olaya her zaman uygun olmadığı altını çizmek doğrudur. Zira transseksüelliğin hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığı için daha erken yaşlarda (örneğin ergenlikte) ortaya çıkan transseksüellik hallerinde cinsiyet değiştirme olanağının 18 yaşından önceye alınmasında yarar vardır<sup>49</sup>. Nitekim bazı bilim adamlarının zikrettikleri olaylarda<sup>50</sup> 9 yaşından beri kendisini kadın hissetmeye başlayan erkeklerin ameliyatla kadın cinsiyeti kazanmalarına şahit olduğuna göre, burada önemli olan yaş değil transseksüel tanının koyulmasıdır ki bu da ergenlik dönemine (puberto) girilmesiyle mümkün görülmektedir.

Transseksüellik tanısının koyulması en az iki yıllık<sup>51</sup> bir süreci gerekli kılmaktadır. Bir kimse en az 2 yıl süre ile cinsiyet karakterlerinden kurtulma ve karşı cinsin cinsiyet özelliklerini kazanma üzerinde devamlı ve ısrarla kafa yoruyor ve bu konuda girişimlerde bulunuyorsa transseksüel olarak tanımlanabilmektedir. Nitekim Tıp bunun için herhangi bir yaş sınırı aramamakta, kişinin ergenlik dönemine girmiş olmasını yeterli saymaktadır<sup>52</sup>.

Cinsiyet değişikliği yaşının 18'den aşağıya çekilmesi, bu kimsenin değişen yeni cinsel kimliği ile gireceği hukuki ilişkilerin selameti bakımından da önem taşımaktadır. 17 Yaşında evlenmeye hak kazanan bir kimsenin transseksüel olduğunu evlendikten sonra 18 yaşında hissetmeye başlaması halinde kendisine evli olduğu için cinsiyet değiştirme hakkı verilmemesinin ortaya çıkaracağı sorunları hesaba katmak gerekir. Bu ne-

<sup>48</sup> WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge: Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı, Transseksüellerin Hukuki Durumu, AHFD 1993, C.43, S.3-4, s.148.

<sup>49</sup> Bkz. GÜVEN: s.62 de de aynı görüşü benimsemiştik.

<sup>50</sup> ÖZTÜREL: s.269-282.

<sup>51</sup> Alman Transseksüellik Kanunu'nun 8 inci paragrafi en az üç yıldan beri transseksüel yapıda olma şartını aramaktadır.

<sup>52</sup> ÖZTÜREL: s.263.

denle TMK 40 md.si ile aranılan “18 yaşını doldurmuş olmak şartının” kaldırılarak cinsel kimliğin kazanılma aşaması olan “ergenlik dönemini tamamlamak” gibi değiştirilmesinin konunun hassasiyeti bakımından daha doğru olduğu kanaatindeyim<sup>53</sup>. Bu görüş TMK.nun 40.ncı maddesi ile aranılan şartlara uymamakla beraber a priori (evleviyetle uygulanma) esası gereği tabi olan interseksüeller bakımından özellikle savunulabilir özelliktedir.

**c.1.2** TMK.nun 40.md si cinsiyet değiştirmek isteyen evli olmaması şartını aramaktadır. 3444 sayılı Kanun ile eski Medeni kanun’un 29.nci md.ne eklenen II fıkrasında böyle bir şart aranmamış iken, şimdiki bu düzenlemede “evli olmama” şartının aranması tıbbi gerçeğe örtüşmediği gibi, günlük hayat tecrübelerine de uymamaktadır. Nitekim Alman Transseksüeller Kanununda başlangıçta var olan bu şartın daha sonra kaldırıldığı görülmektedir.

Transseksüelliğin herhangi bir yaşta ortaya (§8) çıkabileceği ve bunun evliler arasında da görülebileceği bilinen bir gerçektir. Zira transseksüeller fiziken normal bir anatomik yapıya sahiptir ve cinsel olarak iktidar sahibidirler. Onların sorunu fiziki değil psikolojiktir. Cinsel organları hariç genel olarak fiziki varlıklarından şikâyetçi değildirler. Cinsel organlarından memnun olmamaları ise kendilerini o cinsiyette değil, karşıt cinsiyette görmemelerinden kaynaklanmaktadır. Kendisini karşıt cinsten görmesine rağmen evlenen veya evlendikten sonra bu patolojinin içine düşen kimselerin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemesi, bu sorunun ortaya çıkardığı problemleri artırmaktan başka bir sonuç doğurmaz. Kendisine izin verilmeyenlerin otomutilasyon (kendi kendini iğdiş etmez) yoluna başvurduğu haller az değildir.

Bu noktada transseksüellin evliliğini boşanma veya geçersizlik gibi nedenlerle sona erdirebileceği ve ondan sonra mahkemenin iznini talep etmesi önerilebilir. Ancak bu yolların sorunu çözmekten uzak olduğu açıktır. Söyle ki transseksüelin açtığı davalarda evlilik birliğinin-temelden sayılması sebebine dayanılabilir. Bu durumda, eşinin boşanmaya razı olma ve anlaşmalı boşanmayı (TMK.166/III) kabul etmemesi durumunda

---

<sup>53</sup> Nitekim gecikmesi halinde telafisi imkânsız sonuçlar doğacaksa uzman görüşü almak suretiyle 18 yaşından önce de değişikliğe izin verilebileceği görüşü için Bkz. TEKİN, Nurullah: Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değiştirme Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi. Terazi Aylık Hukuk Dergisi. S.39 2009, s.108; KAYA, Murat. Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları Mecmua. Ankara 2008, s.73

kusuru daha ağır (hatta kusurun tamamı ona ait) görülebilecek ve boşanmanın gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Davanın reddi kararının kesinleşmesinden itibaren 3 yıl içinde ortak hayat kurulamamış, eşler bir araya gelmemişse, transseksüelin istemi üzerine boşanmaya karar verilebilir de bu sürecin uzunluğu (yaklaşık yedi yıl) bunun çıkar bir yol olmadığını ortaya koymaktadır.

Boşanma davasının transseksüelin eşi tarafından açılması düşünüldüğünde yine çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Eş açtığı davayı TMK. 163 md. ile düzenlenen "haysiyetsiz hayat sürme" sebebine dayandırmaz. Zira transseksüellik bir ahlaksızlık sayılmayacağından onun haysiyetsiz hayat sürdürdüğünden bahisle açılacak boşanma davasının karara bağlanması mümkün değildir. Evlilik hayatının çekilmez hale geldiğini iddia eden eşin TMK. 166 md. uyarınca açtığı boşanma davasında da yine ispat zorlukları ortaya çıkarılabilecek, bu nedenle sonuç alınamama olasılığı söz konusu edilebilecektir. Örneğin kendisini karşıt cinsten kabul etse değil sağlıklı anatomik yapısı nedeniyle cinsel olarak kocalık veya karılık görevini kusursuz yerine getirdiğini kanıtlayan transseksüelin bu konudaki kusurunun kanıtlanması mümkün görülmemektedir.

Transseksüelin evliliğinin geçersiz kılınması ise ancak TMK.nun 149/2 bendi uyarınca yanılma sebebi ile mümkündür<sup>54</sup>. Buna göre evlenmeden önce transseksüel yapıda olan bir kimsenin bu halde olduğunun fark edilmemesi, onunla birlikte yaşamayı çekilmez bir duruma sokacak nitelikte önemli bir yanılma teşkil edebilir ve öğrenilmesinden itibaren 6 ay, evlilikten itibaren 5 yıl içinde eşi tarafından nispi butlan konusu yapılabilir. Nispi butlan, sadece iradesi sakatlanmış eşin başvurabileceği bir hukuki yol olduğundan eşin bu yolu tercih etmemesi halinde transseksüel için cinsiyet değiştirmenin yolu yine kapanacaktır. Başka bir deyişle transseksüelin geleceği eşinin iki dudağı arasında bağlanmaktadır ki kişinin kendi geleceğini kendisinin tayin etmesi (self determination) kapsamında görülen cinsiyet değiştirme hakkının, AİHS.nin 8.nci md.sine aykırı olarak ortadan kaldırıldığı iddia edilebilir.

Evlendikten sonra ortaya çıkan transseksüellik hallerinde ise ne evliliğin butlanından ne de yokluğundan bahsedilemez. Zira geçersizlik, evlenme anında var olan geçersizlik sebepleri nedeniyle başvurulabilen bir

---

<sup>54</sup> Transseksüellik, "davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır bir tehlike oluşturan bir hastalık teşkil etmediğinden" bu durum kendisinden gizlene eş TMK. 150/2. bendi gereği yanılma sebebiyle nispi butlan davası açamaz.

hukuki yoldur, sonradan meydana gelen sebepler, kanunda düzenlenen koşulları gerçekleştirmişse ancak boşanma sebebi olur<sup>55, 56</sup>. Bu nedenle taraflar arasında cins ayrılığının ortaya kalkması nedeniyle yokluktan bahsedilemeyeceği gibi<sup>57</sup> TMK. 145 md.de sınırlı sayılı olarak sayılan mutlak butlan sebepleri de gerçekleşmediğinden evliliğin kesin hükümsüzlüğüne de karar vermek mümkün değildir.

Transseksüeller için yapılan bu tartışmalar öncelikle interseksüeller bakımından da geçerlidir. İnterseksüellik çeşitli şekillerde ortaya çıkar ve bu yapıda olan bir kimsenin nüfusa kayıtlı olduğu cinsiyeti ile evlenmesi için hiçbir yasal engel yoktur. Bir kimsenin interseksüel olduğu, çoğu kez evlenme sonucunda anlaşılır, zira aileler çocuklarının bu yapısal bozukluğunu açıklamaktan kaçınabilmektedirler. Özellikle kırsal kesimde cinsellik tabu olduğundan, annesinin bildiği, şüphelendiği bir durumun babadan dahi saklandığı görüldüğünden bunun ilk kez tespiti eşi tarafından yapılmaktadır<sup>58</sup>.

Bu nedenler birlikte ele alındığında transseksüellik ve interseksüel olma özelliğinin evlilikte ortaya çıkması veya anlaşılması halinde cinsiyet değiştirmenin “evli oldukları” için yasaklanması yerine, eski Medeni Kanun’un 29/II fıkrası uyarınca “cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden son bulacağına” ilişkin hükmün yeni TMK da benimsenmesinde yarar bulunduğunu ifade etmek gerekir.

**c.1.3.** TMK.nun 40 maddesi ile aranılan bir başka maddi şart, cinsiyet değiştirmek isteyeninin “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması” olarak ifade edilmiştir.

Bu şart da transseksüelliği açıklayan tıbbi tanımlarla ters düşmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere transseksüellerin gerek iç genital organları gerekse dış genital organlarında ve bunların fonksiyonlarında

---

<sup>55</sup> Aynı görüş için bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.96.

<sup>56</sup> Transseksüelliğin ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinden yok evlilik haline geleceğini kabul eden aksi görüş için bkz. ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979, s.179; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1988, s.65

<sup>57</sup> AKINTÜRK, Turgut, nişanlanmada cinsiyetin değişmesi halinde nişanın kendiliğinden sona ereceğini kabul etmiş (bkz. Aile Hukuku, Ankara 2006, s.45) ise de bizde bu durum nişanın sona erdirilmesi için haklı bir sebep teşkil eder ve transseksüelin nişanlısına nişandan tek taraflı dönme hakkı verir.

<sup>58</sup> Bunun, eşin cinsel niteliğinde yanılma (hata) nedeniyle nisbi butlan (iptal) sebebi (TMK.m.149/2; EMK.m.116) sayılacağına ilişkin Bkz. Y.HKG 18.1.1969 t.ve 67-2-835 E, 69/835/52 K sayılı karar (özel dosya).

herhangi bir bozukluk yoktur. Bunlar heteroseksüel ilişki içinde de bulunabilir ve çocuk sahibi olabilirler. Esasen transseksüellerin cinsel tercihleri, transseksüelliği çoğu kez belirleyici bir faktör de sayılmaz. Hiçbir cinsel deneyime girmeyen aseksüel transseksüeller bulunduğu gibi, kendisini karşıt cinsten gördüğü için homoseksüel ilişkiler sürdürenler veya operasyon geçirene kadar geleneksel heteroseksüel ilişkilere devam eden transseksüeller de vardır.

Burada transseksüelliğin, fiziki cinsel anomaliyi ifade eden interseksüellikle karıştırıldığını zannetmekteyiz. Zira interseksüellik, doğuştan var olan bir hilkat garabetidir ve iç ve dış genital organlarda bozukluk veya üremeyi imkânsız hale getirecek biçimde kromozomlarda karışıklıkla eş değer görülür. Bunların çoğu hallerde normal olarak heteroseksüel ilişki sürdürmesi mümkün olmayabilir, erkeklerin ereksiyon veya penetrasyonundan, kadınların yumurtlaması, cinsel haz duyması ve eşi ile standart bir ilişkiye girmesi, girse bile hamile kalmasından söz edilemeyebilir. Bu nedenle interseksüeller bakımından bu şartın aranmasının makul ve uygulanabilir bir hali bulunduğu söylenebilir. Ancak bu şart transseksüelliğin doğasına aykırıdır ve bu durumda olanların ameliyat şansını ortadan kaldırmaktan başka bir amaç ve sonucu bulunamaz. Bu cümleden olarak “cinsiyet değiştiren kimselerin” sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması şartını cinsiyet değiştirme ameliyatların yapılmasından önce aranılan bir şart olarak değil, bu ameliyatların sonucunda aranılacak bir şart olarak değerlendirmenin daha doğru bir yaklaşım olacağı düşünülmelidir.

Esasen üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksunluk, cinsiyet değiştirme ameliyatının doğal sonucudur. Cinsiyet değişikliği tam bir kastrasyonudur<sup>59</sup>. Bu kapsamda yapılan müdahalelerin çeşitleri çok ise de bunların yeknesak biçimde herkese aynı şekilde yapıldığı söylenemez. Maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle cinsiyet değiştirmek isteyen kişi bunlardan bir veya birkaçını yaptırma yoluna gidebilmektedir. Bunların içinde olmazsa olmaz niteliği taşıyan operasyonlar iç ve dış üreme organlarının kesilmesi<sup>60</sup> ve olabildiğinde karşıt cinsle ait organ görüntüsüne kavuştu-

---

<sup>59</sup> Bkz. GÜVEN: s.65

<sup>60</sup> Cinsiyet değiştirme kapsamında yapılacak ameliyatlar; göğüs takılması veya kesilmesi (mastectomy); adem elmasının çıkartılması; penis kesilmesi (penectomy); testislerin çıkarılması (orchiectomy); vajina yapımı (vaginoplasty); penis yapımı (phalloplasty) iç genital organların alımı (hysterectomy) olarak sıralanmaktadır.



rulmasıdır. Örneğin bir çeşit ters-yüz ameliyesinden bahsedilmesi bu nedendir. İç ve dış üreme organlarındaki bu operasyonel değişme, onun hem eski hem de dönüştüğü cinsiyetiyle çocuk sahibi olmasını imkânsız hale getirir. Aksi halde cinsiyeti düzeltilen bir kimsenin çocuk sahibi olması gibi ters bir durumla karşılaşılacağı endişe verici görülmüştür<sup>61</sup>.

**c.1.4.** Cinsiyet değiştirebilmek için transseksüel yapıda olmak gerekmektedir. Transseksüellik, cinsel kimlik bozuklukları (gender identity disorders) veya psikoseksüel bozukluk (psycho-sexual disorders) adı altında incelenen bir patolojidir<sup>62</sup> ve sosyal olarak cinsel diyaspora (gender dysphoria) olarak<sup>63</sup> isimlendirilen bir olgudur.

Transseksüellik tanısının koyulması tıbbi ilgilendiren bir husus olmakla beraber kısaca ifade etmek gerekirse; kişinin anatomik cinsiyeti hakkında sürekli bir rahatsızlık duyması, doğumla kazandığı cinsiyetin kendisine uygun olmadığı, karşıt cinsiyetin kendisini istila ettiği kanaatine samimiyetle sahibi olması, bu konudaki duygu ve düşünce eylemlerinin en az 2 yıldır devam ediyor olması<sup>64</sup> kişinin ergenlik dönemine (puberto) girmiş olması, cinsel anomalinin fiziki (genital organlarda) bozukluktan veya kromozom bozukluğundan kaynaklanmaması (interseksüellik olmaması) ile bu tür duygu ve düşüncelerin şizofreni ve benzeri ruhsal bozukluklardan kaynaklanmaması şartıyla klinik tanı koyulabilmektedir.

İnterseksüeller bakımından aranılan tıbbi tanı ise kuşkusuz fizyolojik cinsel bozukluğun bulunduğu şeklinde koyulacaktır.

## ***C.2 Cinsiyet Değiştirmenin Şekli Şartları:***

Türk medeni Kanunu'nun 40.ncı maddesi ile düzenlenen cinsiyet değiştirme iki aşamalı bir yargı işlemine ihtiyaç göstermektedir. Bu yönü ile cinsiyet değiştirme şartları bakımından önemli ölçüde Alman Transseksüeller Kanununu esas alan<sup>65</sup> kanun koyucumuzun, şekli şartlar bakımından usul ekonomisine aykırı biçimde ondan ayrıştığı görülmektedir. Zira

<sup>61</sup> WILL/ÖZTAN: s.247.

<sup>62</sup> GOLDMAN: s.442; GELDER/GATH/MAYOU: S.590.

<sup>63</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/transsexual>

<sup>64</sup> 2 yıllık süre kanunen öngörülen bir süre olmayıp tıbben aranılan bir süredir. Almanya'da bu süre kanunen 3 yıl olarak tayin edilmiştir. (Alman Transseksüeller Kanunu. §8)

<sup>65</sup> BAŞARA, Gamze Turan: Türk Medeni Kanununun 40 ncı maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, TBBD 2012, S.103 s.249.

Almanya’da cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak için mahkemeden önceden izin alınması gerekmemektedir (Alman Transseksüeller Kanunu – Transsexuellengesetz 8).

### c.2.1 Birinci Aşama: Mahkemeden İzin Alınması Davası

Cinsiyet değiştirme ameliyatları mahkemeden alınacak izne tabidir. Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyet değiştirilmesine izin verilmesini isteyecektir. Bu hak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için burada kanuni temsil hükümleri uygulanamaz. Bu kişi vesayet olsa dahi vasisinin izni gerekmediği gibi vesayet makamından TBK.m.462 veya denetim makamından TBK.m.463’e göre izin alma yoluna da gidilemez. Mahkeme iznin verilebilmesi için başvuruda bulunanın kanunun aradığı koşulları taşıyıp taşımadığını araştıracaktır. Başvuruda bulunan kişide kanunun aradığı koşulların bulunduğu bir eğitim ve araştırma hastanesinin “Cinsel Kimlik Değerlendirme Komisyonu”ndan alınacak kurul raporuyla belgelenmesi şarttır ve mahkeme bu koşullar gerçekleşmişse izin vermek zorundadır.

Burada hakime takdir yetkisi tanınıp tanınmadığı sorusu akla gelebilirse de kanımca mahkeme eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak rapor ile bağlı olmak ve kural olarak gerekli izni vermek zorundadır. Ancak mahkemeyi şüpheye düşürecek bir durum söz konusu olursa, bilirkişi sıfatıyla adli tıp kurumundan rapor alma yoluna gidilebilmelidir.

İzin kararı inşai nitelikte olup nihai bir karar özelliği taşır. İzin verilmesine veya talebin reddine ilişkin kararın temyizi mümkündür, temyiz edilmemek veya temyiz edilse dahi Yargıtay’ca onanmak suretiyle şeklen kesinleşir.

Cinsiyet değiştirme davaları niteliği itibariyle kamu düzeni ile ilgilidir ve çekişmesiz yargıya dahildir. Bu nedenle Nüfus İdaresi ve Cumhuriyet Savcısının da davaya katılması gerekmektedir. Eksik hasım ile hüküm kurulması bozma sebebi sayılmaktadır<sup>66</sup>.

Cinsiyet değiştirme davaları asliye hukuk mahkemelerinde görülür (6100 s. HMK md.382/2a5;383 e atfen 5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu md.36. Maddenin kaleme alınmasından çıkarılacak sonuca göre, iznin alınması için mahkemeye yapılan başvuru ile bu izne bağlı olarak yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra mahkemeye açılacak nüfus sici-

<sup>66</sup> Y.2.HD.29.3.2002 t. ve 2002/3556 E. ve 2002/4451 K.sayılı karar (özel dosya)

linde düzeltme yapılmasına ilişkin davanın birbirinden farklı davalar olduğu ve her iki mahkeme arasında organik bir bağ bulunmadığı, her iki mahkemenin ayrı mahkemeler olduğu kanaati edinilmektedir. Başka bir deyişle izin veren asliye hukuk mahkemesi ile ameliyattan sonra nüfusta gerekli düzeltme kararı verecek mahkeme aynı mahkeme değildir. Kesinleşmiş izin kararına bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatını yaptıran transseksüelin, bu kez yeniden açacağı ayrı bir dava ile nüfusta gerekli düzeltmenin yapılmasını talep etmesi gerekmektedir. Yoksa iki dava arasında bir bağlantı kurularak, nüfus kaydında değişiklik yapılması talebinin de izini veren mahkemece karşılanacağı ileri sürülmesi mümkün değildir.

**c.2.2. İkinci Aşama: Nüfusta cinsiyet düzeltmesinin yapılmasına ilişkin dava**

Verilen izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı yapıldıktan sonra transseksüelin bu ameliyatın yapıldığını resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemek suretiyle asliye hukuk mahkemesine başvurarak (HMK 2/1) nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasını talep etmesi gerekmektedir.

Buna ilişkin açılacak dava da çekişmesiz yargı kapsamında görülür, verilecek karara karşı temyiz yolu açıktır, karar temyiz edilmemek veya edilmiş ise onanmak suretiyle kesin hüküm teşkil eder.

Mahkemenin nüfusta cinsiyet düzeltilmesine karar vermesi için resmi sağlık kurulunda alınacak bir sağlık kurulu raporuna ihtiyaç vardır. Bu rapor ile transseksüelin, birinci aşamada alınan izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatının yapıldığının doğrulanması icap etmektedir. Bu bağlamda ameliyatın yapıldığına dair tek bir imzalı doktor yazısı yasanın aradığı nitelikte bir rapor sayılmaz<sup>67</sup>.

Bu noktada ne türde ve kapsamda bir ameliyatın amaç ve tıbbi yöntemlere uygun kabul edileceği sorusu üzerinde durmak gerekir.

Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir kararda<sup>68</sup>; "23.11.2004 tarihinde TMK 40/I uyarınca verilen ve temyiz edilmeyerek kesinleşen izin kararından sonra geçirilen tıbbi operasyon sonrası erkek olan transseksüel

---

<sup>67</sup> Y.2.HD 6.10.2003 t. ve 2003/11898 E, 2003/2737 K. Sayılı karar (özel dosya)

<sup>68</sup> Y.2.HD. 13.2.2006 t. ve 2005/17485 E ve 2006/1343 K. tarihli kararı (özel dosya)

hakkında düzenlenen raporda” Labium minuslarının çıkartıldığı, vajinanın kapalı olduğu, ürolojik olarak erkek dış genital organlarına (penis ve testis) sahip olmadığı, üreme fonksiyonlarının bulunmadığı, genital bölgesinin kadın görünümüne sahip olmadığı, biyolojik cinsiyetinin psikolojik cinsel kimliğine uygun olarak değiştirilmesinin ruh sağlığı açısından gerekli olduğunun açıklandığı, ancak davacının sunduğu Şişli Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Plastik Cerrahi Uzman Doktoru imzalı yazıda: Davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine geçebilmesi için gerekli ameliyatlardan birincisini olduğu, kadınlık iç ve dış organlarının alınarak fiziksel kadın kimliğinin sonlandırıldığı, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatının hastaya erkek cinsel organının takılması olduğu, bunun da tıbbi açıdan mümkün bulunduğu” ifade edildiği “davacıya cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının da yapılan Türk Medeni Kanununun 40/2. Madde uyarına tıbbi yöntemlere uygun Resmi Sağlık Kurulu Raporu sunması için imkân tanınıp, bunun sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu gerekçeyle davanın reddinin doğru bulunmadığı” hükmüne ulaşılmıştır.

Bu karardan çıkarılacak sonuçlara göre bir kere, ikinci aşamada açılacak davada sunulması gereken resmi sağlık kurulu raporunda, yapılan ameliyatın cinsel kimlik değişikliğine (gender identity change) yol açacak nitelikte bir dönüştürme müdahalesinin (convertive surgery) yapıldığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kavramın içine cinsiyet düzeltme ameliyatlarının (sex reassignment or corrective surgery) tamamı sokulmaktadır. Yapılması gereken operasyonlar kişinin cinsiyetinin anatomik yapısını geriye dönmeyecek biçimde değiştirmektir. Değişiklik sadece cinsel görüntüyü değiştirici nitelikte olmayacak kişinin cinsel fonksiyonunu yerine getirmesini de sağlayıcı nitelikte olmak zorundadır. Bu itibarla birinci aşamada yapılması gereken iç genital organların alınmasını takiben dış genital organların da cinsel ilişki kurmayı mümkün kılacak biçimde şekillendirilmesi sağlanacaktır. Şu halde bunlar yapılmadıkça (erkeğe dönüşmede phalloplasty, kadına dönüşmede vaginoplasty) TMK 40/II fıkrasında aranan şartların tamamlanmadığı kabul olunacaktır<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Bir transseksüelin cinsiyetini belirlemede psikolojik faktörlerin biyolojik faktörler üzerinde çok fazla etkinliğe sahip olduğu görüşüne sahip olanlar, bu insanların cinsel organlarının mutlak surette klasik çizgiler taşıması gerekmediğini düşünürler. Zira Cinselliğin amacı evlilik ise, cinsel organların yetersizliği evlenme için mutlak engel sayılamaz. Nitekim üreme yetenek ve yeterliliği evliliğin ön koşulu olmayıp, bunları

Bu karardan çıkartılacak ikinci sonuç ise bu davalarda mahkemenin, cinsiyet değişikliği talebinde bulunan transseksüele, TMK. 40/II.nci fıkrasındaki bu şartı gerçekleştirme için süre vermesinin uygun olacağı, ikinci aşamada aranan ameliyatların başvuru anında yapılmamış olmasının davanın reddi sebebi sayılmaması gerektiği hususudur. Her ne kadar söz konusu karara verilen karşı oyda, davacının yasanın aradığı koşullara uygun raporu elde ettiğinde davayı açmasının mümkün olduğundan bahisle davanın reddi uygun görülürse de mahkemenin davacıya resmi sağlık kurulu raporu sunması için imkân tanınmasının doğru olduğu düşünülmektedir. Bunun usul ekonomisine de uygun düşeceği açıktır.

Nüfus sicilinde cinsiyete ilişkin gerekli düzeltmenin yapılmasına dair verilecek karar da inşai nitelikte bir karardır.

Cinsiyet değişikliği davasının gerekçeli hükmü, başvuruda bulunan nüfusta kayıtlı olduğu sicile bildirileceği gibi Cumhuriyet Savcılığı'na da tebliğ olunarak görüldü şerhi alınmalıdır. Bu eksiklik, bozma sebebi teşkil etmemekle beraber eksikliğin giderilmesi için dosyanın mahkemeye iadesini gerektirmektedir<sup>70</sup>.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin davalarda taleple bağlılık esası geçerlidir (6100 s. HMK. Md 26). Hakim talep olunandan fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceğinden, başvuruda bulunan MK 40/I'e göre cin-

---

normal insanlarda aramadığımızı göre (kısırlar, menopoza giren kadınlar çocuk sahibi olamazlar) transseksüellerinde penetrasyonu ve üremeyi sağlayacak cinsel organlara sahip olmaları şartı koşulmamalıdır. (Yaşlılıkta ereksiyon ve üremesinin mümkün olmaması halinin bir evlenme engeli teşkil etmemesi gibi). Transseksüelin cinsiyet değiştirmeden beklediği cinsel yeterlilikten çok daha fazla bir şeydir; o da onun duyguları ile vücudu arasındaki uyumun (hormonization) sağlanmasıdır. Cinsel fonksiyonun kusursuz yerine getirilmesi için yapılacak (2nci aşama) ameliyatların maliyeti çok yüksek, komplikasyonları da çok olduğundan transseksüellerin bunu her zaman istemedikleri görülmektedir. Zaten özellikle kadın iken erkek olan bir transseksüel bu ameliyatı olsa bile cinsel fonksiyonunu yerine getirmede takılan penisin erkek genital özelliği taşımadığı açıktır. Bu sadece görüntüyü değiştirmekte, görüntü testine esas alınmaktadır. Transseksüellikte psikolojik cinsellik her şeyden önemli bir belirleyici faktör ise, o zaman vücudun bununla mutlak uyumlu olmasını neden arıyoruz? Gerçek bir transseksüellik, o kimsenin o yapıda olması ön koşuluna bağlıdır, onun varlığından emin olmak için böyle pahalı ve acılı bir ameliyata neden gerek duyulduğu anlaşılabilir. (KOGAN, s.378, 379, 381, 384, 325, 387, 398, 389, 390)

<sup>70</sup> Y.2HD.24.4.2003 t ve 2003/4877 E ve 2003/6018K sayılı kararı (özel dosya)

siyet değiştirmeye izin verilmesini istemesine rağmen, onun nüfus kaydında MK. 40/II göre değişiklik yapılmasına karar vermesi bozma sebebi sayılacaktır<sup>71</sup>.

### ***C.3 Fiilen Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması***

Cinsiyet değiştirme ve bu değişikliğe bağlı olarak yapılacak sicil düzeltmeleri kural olarak TMK 40 maddesi ile düzenlenen prosedüre tabi kılınmıştır. Buna göre birinci aşamada açılacak dava ile ameliyata izin verilecek (TMK 40/I) bu izne dayanılarak gerekli cinsiyet değiştirme ameliyatını gerçekleştirildiği resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanmak şartıyla işletilecek ikinci aşamada mahkemeye yapılan başvuru üzerine mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmelerini yapılmasına karar verilecektir (TMK 40/II).

Ancak globalleşen dünyada, TMK.nun 40/I.nci fıkrasında öngörülen iznin bu prosedür kapsamında alınmaksızın ameliyatın yurtdışında gerçekleştiği hallerde veya bunun yabancı mahkeme kararına bağlandığı hallerde ortaya çıkan sorunun nasıl çözümleneceği sorusunun da cevaplandırılması gerekmektedir. Bu nedenle konunun ikiye ayrılarak incelenmesi icap etmektedir.

**c.3.1** TMK.40/I.fıkrası hükmünü yerine getirmeksizin yurtdışında cinsiyet değiştirme ameliyatı olan bir Türk vatandaşının TMK 40/II fıkrası uyarınca nüfusu sicilinde düzeltme talebinde bulunması halinde, mahkemenin izin için aranılan şartların bulunup bulunmadığını incelemeksizin talep doğrultusunda karar vermesi mümkün değildir.

Burada yapılması gereken şey, kural olarak hakimın söz konusu talebin cinsiyet değişikliğine izin talebini de kapsadığı yolunda edineceği bir anlayışla, izin için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile kanıtlanmasını isteyerek, buna uygun ameliyatın yapıldığına da kanaat getirmiş olmak şartıyla davanın kabulü yolunda hüküm kurmak olacaktır. Hakim söz konusu davada TMK 40 md.nin her iki fıkrasında aranılan koşulları bir arada aramak suretiyle hem izin, hem de düzeltme kararı verebilecektir.

---

<sup>71</sup> Y.2HD 4.10.211 t ve 2010/11100 E. ve 2011/14833 K sayılı kararı (özel dosya); Y.2HD 20.4.2006 t ve 2005/20746 E ve 2006/5916 K sayılı kararı (özel dosya)

Burada hakimin taleple bağılılık esasından bahisle (HMK md.26) nüfus sicilinde düzeltme talep edilmişken, sadece buna ilişkin karar verilebileceği, davanın önceki aşamada alınması gereken izin kararı bulunmadığından kabul edilemeyeceği kanımca bu görüş, sağlam bir gerekçeye dayanmadığından kabul edilemez. Burada gerçekleşmiş, geriye dönülemez bir fiili durum söz konusudur. Zira cinsiyet değişikliğinin salt TMK 40 md.de gösterilen prosedür izlenmeden yapılmış bulunması tek başına Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmamaktadır<sup>72</sup>. Önemli olan cinsiyet değiştirmenin koşullarının gerçekleştiğinin yargılamanın herhangi bir aşamasında tespit edilmiş olmasıdır. Aksi takdirde TMK. 40 md.ne bir “ceza hükmü niteliği” kazandırmış oluruz ki bu sonucun hukuken desteklenmesi mümkün değildir.

**c.3.2.** Cinsiyet değişikliğine dair yabancı mahkemelerce verilen kararların Türkiye’de tanınıp tanınmayacağına ilişkin sorunun incelenmesine gelince, cinsiyet değişikliği ve isim değişikliği vatandaşı olduğu ülke (Almanya) hukukuna göre karara bağlanmış olan transseksüelin açtığı yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin davanın kabulü gerekmektedir. Zira bu konuda verilen Yargıtay kararlarına göre<sup>73</sup>; “Türk asıllı davacının erkek iken gerçekleştirilen ameliyat sonucu kadın cinsiyetine geçtiği tarihte davacının Türk vatandaşı olmayıp Alman vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre karara bağlandığı, cinsiyet değişikliğinin TK 40 md.de gösterilen prosedür izlenmeden yapılmış bulunması ve kararın dayandığı doktor raporunun bu maddede sayılan hususları ihtiva etmiyor olmasının tek başına Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı” gerekçesiyle buna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını istemekte hukuki yararı bulunan davacının talebinin kabulü ile bu iki kararın tanınmasının (5718 s. MÖHUK. Md.58) hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir.

Bu karar yurtdışında yaşayan ve oturduğu ülkenin (Almanya) vatandaşı olan bir Türk transseksüelin, Alman kanunlarına göre edindiği mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tanınmasına ilişkin olması, tanımanın sadece bu özelliği taşıyan bir yabancı uyruklu transseksüelleri kapsadığı yorumunu haklı kılmaz. Başka bir anlatımla yurtdışında yerleşmiş, ancak yabancı ülke vatandaşı olmamış Türk vatandaşlarının da bu

---

<sup>72</sup> Y.2HD. 21.12.2009 t. ve 2009/9678 E. ve 2009/22090 K.sayılı kararı (özel dosya)

<sup>73</sup> Y2 HD. 21.12.2009 t. 2009/9678 E. ve 2009/22090 K sayılı kararı (özel dosya); Y.2HD. 20.1.2010 t. ve E:2008/19620, K: 210/1034 (RKD.2010, S.5 s.802-803)

olanaktan yararlanmak istemesi halinde yargının yaklaşımının ne olacağı sorusu da cevaplandırmaya muhtaçtır.

Bazı hukuk sistemlerinde başlangıçta (Almanya ve İsveç gibi) cinsiyet değiştirme hakkı sadece ülke vatandaşlarına tanınmıştır, bazılarında ise belli bir süreden beri (örneğin Hollanda'ya en az 1 yıldır) geçerli bir oturma iznine sahip olan yabancıların da bu haktan yararlandırıldığı görülmüştür<sup>74</sup>. Ancak daha sonra Almanya'da da bu şart daha liberal bir anlayışla genişletilmiştir. Alman Transseksüeller Kanunu'nun §8 paragrafında, bu hakkın Alman vatandaşı veya federal sınırlar içinde oturan bir vatansız ya da göçmen olanlara da tanınmış olması sevindiricidir. Bu şekilde Türk vatandaşı olup da yerleştiği ülke kanunlarına göre veya milli kanunu olan Türk hukukuna göre (MÖHUK md.9) cinsiyet değiştirme ameliyatı geçiren ve buna ilişkin mahkeme kararı alan bir transseksüelle ilgili kararın tanınmasının sağlanıp sağlanmayacağı tartışma götüreren bir konudur.

Kanımızca yabancı mahkeme kararının tanınmasının; başvuru sahibinin vatandaşlığı uyarınca ilgisi olmamalıdır. Yabancı ülkedeki Türk vatandaşının yine bulunduğu ülke kanunları ile veya kendi milli kanunu ile aranılan şartları gerçekleştirerek yaptırdığı cinsiyet değişikliği o ülke kanunlarına göre karara bağlanmışsa, bu kararın MÖHUK md.58 uyarınca tanınmaması için herhangi bir sebep görülmemektedir.

Hatta bu görüş ek gerekçelerle de desteklenebilir. Şöyle ki cinsiyet değişikliğini düzenleyen gerek eski Medeni Kanun'un 49/II fıkrasında, gerekse TMK 40ncı maddesinde cinsiyet değiştirmek isteyen Türk vatandaşı olması şartını aramamıştır. Kaldı ki kanımca bu hakkın sadece Türk vatandaşlarına tanınmamış olması liberal ve çağdaş bir yaklaşım sergileyip, isabetli görülmektedir. Bu itibarla Türkiye'de cinsiyet değişikliği ameliyatı olan bir yabancıyı kendi ülkesinde tanımaya ihtiyacı olan bir kararı Türkiye'den temin etmesi mümkün olduğuna göre, bir Türk vatandaşının da yabancı bir ülkede olduğu cinsiyet değiştirme ameliyatı nedeniyle elde ettiği kararın Türkiye'de tanınması mümkün olmalıdır.

#### **IV. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un İnterseksüeller Bakımından Özelliği:**

Türk Medeni Kanunu'nun 40 ncı maddesinin sözünden cinsiyet değişikliği "transseksüel yapıda" olanlara tanındığı sonucu çıkmakta ise de,

---

<sup>74</sup> WILL /ÖZTAN: s.249



interseksüellikle transseksüelliğin birbirinden çok farklı özellikler taşımasına rağmen her ikisinde de cinsiyet değiştirme ameliyatına ve nüfus sicilinde düzeltme yapılmasına ihtiyaç duyulması nedeniyle interseksüellerin de bu madde kapsamında işlem gördüğü bilinmektedir.

Ancak interseksüellerin gerekli ameliyatlar yapıldıktan sonra nüfus sicilinde düzeltme yapılmasına olanak sağlayın TMK 40ncı maddesinin, transseksüeller bakımından aranılan şartlar itibariyle aynı hükümlere tabi tutulması düşünülemez. Şöyle ki;

1. İnterseksüeller farklı ehliyet koşullarına tabi tutulmalıdır: TMK 40 md.si I.nci fıkrası ile düzenlenen cinsiyet değişikliğine izin talebi, cinsiyet değiştirmek isteye kimsenin şahsen başvurması suretiyle yapılır. Başka bir deyişle cinsiyet değiştirme talebi şahsa sıkı surette bağlı bir hak kullanımını niteliği taşımaktadır. Kanun zaten cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için 18 yaşını doldurmuş olma (reşit olma) şartını da aradığından, yaşı küçük bir transseksüel adına kanuni temsilcisinin cinsiyet değiştirme izni istemesinden söz edilemeyecektir.

Ancak konu interseksüeller bakımından incelendiğinde, interseksüellerin cinsiyet düzeltme ameliyatı olması için asgari 18 yaş sınırını doldurmasının beklenmesi doğru olmayabilir. Daha alt yaşlarda ergenlik dönemini tamamlayan bir interseksüelin kanuni temsilcisinin başvurusu üzerine nüfus siciline kayıtlı olan cinsiyetten farklı cinsiyete dönüştürülmesine izin verilme-  
lidir.

Nitekim Yargıtay'ın 19.4.2012 tarihli bir kararında<sup>75</sup> çift cinsiyetli bir çocuğun velileri tarafından yapılan başvuru sonucunda mahkemece verilen düzeltici operasyon kararı ile tıbbi müdahalede bulunulduğu ifade edilmiştir.

2. İzin kararına esas alınan raporun içeriği farklıdır. İnterseksüel için alınacak ameliyata izin kararında aranılan raporda, onun transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğuna ilişkin bir değerlendirmeden söz edilemez. Buna ilişkin bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu, interseksüelin hangi hakim cinsiyete dönüşmesi gerektiğine ilişkin görüş ve tespitleri içermelidir. Esasen bu raporda cinsiyetin değiştirilmesinden çok,

---

<sup>75</sup> Y. 18 HD. 19.4.2012 t. ve 2012/80 E, 2012/4125 K. sayılı kararı (özel dosya)

düzeltilme ameliyatına izin verilmesini haklı kılabilecek olgular belgelenmektedir.

3. Transseksüele yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatları onun üreme yeteneğini ortadan kaldırma sonucunu doğurur. Oysa interseksüelin geçireceği ameliyat onun sürekli biçimde üreme yeteneğine sahip olması amacıyla gerçekleştirildiğinden transseksüellerde aranılan bu şartın onlar bakımından aranması anlamsızdır;

İnterseksüel yapıda olan kimsenin ya iç genital organlarında, ya dış genital organlarında ya da kromozomlarında bir patoloji söz konusudur. Bunların bir veya birkaçının bir arada bulunması interseksüelin üreme yeteneğini ortadan kaldırabilir. Bu nedenle bunlarda yapılacak bir kısım ameliyatlar sanılanın tersine interseksüelin (mümkünse) üreme yeteneğine kavuşturulması amacına hizmet eder. Örneğin sadece dış genital organında anomalisi bulunan bir interseksüelin, ergenlik çağında hakim hale gelen cinsiyetine uygun olarak dış genital organında düzeltme yapıldığında onun normal yoldan cinsel ilişkiye girmesi, çocuk sahibi olması (üreme yeteneğine kavuşması) sağlanmış olur.

Evli olmama şartı interseksüeller bakımından da aranmaması gerekir:

Cinsiyet ve cinselliğin tabu olduğu ve evlilik öncesi cinsel tecrübenin ahlaki nedenlere reddedildiği ülkelerde interseksüelliğin anlaşılmasının evlendikten sonra ortaya çıkma ihtimali fazladır.

4. Bu durum evlilikte anlaşılmış ve evlilikle bağdaşmayan bir fiziki anomali taşıyan interseksüele bu yolun kapatılması, insan haklarına aykırılık teşkil edecektir.
5. İnterseksüel hakkında verilen karar, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile düzenlenen (md.36) kayıt düzeltme davası niteliği taşır;

İnterseksüeller cinsiyeti doğuştan sahip olduğu anomali nedeniyle netleştirme ve "olsa olsa" anlayışıyla nüfus siciline kaydedilmektedir. Zira bir kimsenin cinsiyeti de, diğer kişisel bilgiler gibi aile kütüklerinde bulunması zorunlu olan bilgilerdir (Nüfus Hizmetleri Kanunu md.7/c). Başka bir deyişle hiç kimsenin nüfus kayıtlarında cinsiyet hanesi boş bırakılamaz.

Ancak bir interseksüelin cinsiyetinde asla kesinlik yoktur, daha sonra değişmesi ihtimali vardır. Bu değişikliğin düzeltici ameliyatla yapılması sonucunda, nüfus kaydının da düzeltilmesi mahkeme kararıyla sağlanır (TMK.39, 40/II)

TMK.nun 40/II nci maddesinde: “mahkemenin gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verir” şeklinde yer alan ifade cinsiyet değiştirme davalarının, bir kayıt düzeltme davası niteliği taşıdığı yolunda bir yorumu ortaya çıkarırsa da, kanımca transseksüellerin cinsiyet değişikliğine ilişkin karar yanlış bir kaydın düzeltilmesini değil, bu dava ile gerçekleşen bir şahsi hal değişikliğinin nüfus kütüğüne işlenmesini ifade etmektedir. Zira kayıt düzeltme davaları esas itibariyle nüfus sicilindeki maddi bir hatanın düzeltilmesi için açılr. Mahkemenin vereceği karar ile örneğin yanlış yazıldığı iddia edilen ismin düzeltilmesi (TMK md.27) veya doğum tarihinin değiştirilmesi sağlanabilir. Şahsi hal davalarında ise bir yanlışlığın düzeltilmesi değil kişinin aile içindeki konumundaki özelliklerin nüfus kaydı itibariyle değiştirilmesi talep olunmaktadır. Dava sonucunda elde edilen hüküm inşai nitelikte olup, ayrıca kayıt düzeltme davası açmaya gerek olmaksızın mahkeme kararı ile ortaya çıkan şahsi hal değişikliğinin nüfusa işlenmesi mümkün olmaktadır<sup>76</sup>.

Bu nedenle kişinin nüfus itibariyle içinde bulunduğu şahsi hali (cinsiyeti) TMK. 40/II maddesi uyarınca değişikliğe uğrayan transseksüelin uğradığı değişikliğin nüfus kütüğüne kaydı söz konusudur. Burada bir hata değil, mahkeme kararı ile şahsi halinde bir farklılık yaratılmaktadır. Tıpkı düzgün soy bağına sahip olarak nüfusa kaydedilen çocuğun açılan soy bağının reddi davası ile düzgün nesepli olmaktan çıkarılmasında olduğu gibi, nüfus itibariyle erkek olarak transseksüelin cinsiyeti düzeltilmişinde TMK. 40/II göre açılacak davada verilen karar ile şahsi halinde bir değişiklik meydana gelecek ve bunun nüfusa işlenmesinden bahsedilebilecektir.

## V. Transseksüeller ve İnterseksüellerin İsim Değiştirilmesi:

Cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenlerin isim değiştirmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından bu konunun genel hükümlere göre adın değiştirilmesi kapsamında (TMK.27) ele alınması söz konusudur.

TMK 27/I fıkrası hükmü ad değiştirilmesini haklı sebeplere dayanması halinde ve mahkeme kararı ile mümkün görmektedir. Transseksüel

<sup>76</sup> Aksi görüş için bkz. AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, C.1, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2013, s.496

ve interseksüellerde ad değişikliği bu anlamda hukuken haklı görülebilecek bir sebep teşkil eder. Çünkü cinsiyet değiştiren kimsenin, yeni cinsel kimliğine uygun düşecek bir ad ile anılmasını istemesi, onun sosyalizasyonu bakımından gerekli görülebilir.

Ad değiştirme talebi cinsiyet değiştirenin iradesine bağlı olarak kullanılabilen bir haktır; yoksa cinsiyet değiştirme adın kendiliğinden değiştirilmesini haklı göstermez. Başka bir anlatımla cinsiyet değişikliği nedeniyle nüfus sicilinde düzeltme talebi ile açılan ikinci aşama davasında ad değişikliği talebinde bulunulmamışsa, mahkemenin buna dair karar alması düşünülemez. Örneğin hem erkek, hem kadınlara koyulabilen adlara (Deniz, Turan, Servet, İlhan gibi) sahip olan transseksüel veya interseksüelin bunu istememesi olağandır.

Ad değişikliğinin istendiği hallerde ise mahkemenin bunu karara bağlaması zorunludur.

Ad değişikliği başlangıçta talep edilmemiş olmakla beraber, cinsiyet düzeltme davası açıldıktan sonra istenmesi halinde de mahkemenin bu talebi HMK.nun 176-181 maddeleri çerçevesinde ıslah hükmünde değerlendirmesi mümkündür. Bu konuda HMK.nun 176/2 bendi uyarınca ad değiştirmek isteyen ancak bir kez ıslah yoluna başvurmasına izin verilecektir.

Ad değişikliği, cinsiyet düzeltme davası ile birlikte istenmemiş, (HMK.177/I) artık yapılacak şey daha sonra TMK 27/I fıkrasına göre adın değiştirilmesi davası açmaktır. TMK 40/II'ye göre açılan davada bu hakkın kullanılmamış olması, bu hakkın bir daha kullanılmayacağı anlamına gelmez. Zira ad üzerindeki hak kişilik haklarından ve bundan vazgeçmek mümkün değildir (MK. Md.23)

Ad değiştirilmesi davası ile cinsiyet değiştirilmesi davası ayrı ayrı açılmışsa, her iki davanın birleştirilmesi suretiyle her iki değişiklik hükmünün tek bir kararda yer almasının sağlanması, usul ekonomisi bakımından yerinde olacaktır.

## SONUÇ

Cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK.nun 40 ncı maddesi, 21 yüzyılda tıp ve hukuk ilminin ulaştığı noktanın gerisinde kalan bir yaklaşımla bilimsel gerçekler ile çelişen maddi koşullar taşıyacak şekilde kaleme alınmıştır. Madde ayrıca iki aşamalı bir dava öngörmek suretiyle uygulayacak usul şartlarını da aşırı biçimde zorlaştırmış görülmektedir.

Transseksüelliği tanımlayan esaslara uymayacak biçimde cinsiyet değiştirme izninin verilmesi için aranılan şartlar arasında 18 yaşını doldurmuş olmak, evli olmamak, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmak koşulların sayılmış olması maddenin kapsamını son derece daraltmış, cinsiyet değişikliğini adeta imkânsız hale getirmiştir.

Oysa transseksüeller fiziki cinsiyetleri ile psikolojik cinsiyetleri arasında uyumsuzluk bulunan kişilerdir ve anatomik olarak evlenme, çocuk sahibi olma yeteneğine sahiplerdir ve bu patolojinin hangi yaşta çıkacağı belli olmadığından bu hüküm ileri yaşa sahip transseksüeller bakımından adeta bir girdap haline gelmektedir. Transseksüellik tanısı, tıbbi verilerle ve tıbbın zorunlu ve kaçınılmaz gördüğü hallerde koyulabildiğine göre cinsiyet değişikliğinin hukuken bu denli zorlaştırılması “hukukun insan için var olduğu” yolundaki ulvi anlayışa ters düşmektedir. Nitekim Alman Transseksüeller Kanunu’nun § 8 paragrafında ilk kabul edildiği tarihte aranılan “evli olmama” şartından vazgeçilmiş olması da böyle bir ihtiyaçtan kaynaklanmış gözükmektedir. Bu nedenle önerim tıbbi gerçekleri red anlamına gelen 40.md.nin bu doğrultuda değiştirilmesidir.

TMK. 40 md.sinin sadece “transseksüel yapıda olanları” kapsayacak şekilde kaleme alınmış olması ve interseksüellere ilişkin hüküm içermemesi de büyük bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. İnterseksüeller, doğuştan belirgin olmayan veya bozuk bir cinsel yapıda olduklarından, daha sonra cinsel gelişimlerini tamamladıklarında nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyetten farklı bir cinsel özellik kazanırlarsa cinsiyetlerinin buna göre değiştirilmesi ve nüfus itibarıyla gerekli düzeltmelerin yapılmasına ihtiyaç duyan kimselerdir. Bunlardaki anomali iç veya dış genital organları veya kromozomlarındaki bozukluktan kaynaklandığı için interseksüeller için hukuken cinsiyet değiştirmeden bahsedilmekle beraber fiziken bir cinsiyet düzeltme söz konusudur. Bu belirgin özellikleri itibarıyla interseksüellerin transseksüellerden farklı hükümlere tabi tutulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun bu farklılıkları görmezden gelerek o fortiori ilkesi gereği MK 40 ne tabi tutması garabetinden bir an önce dönmesi gerekir.

Transseksüeller ve interseksüellerin hukuki durumunu düzenleme gereği, kişilik değerlerinden olan cinsel kimlik üzerindeki hakkın korunması bağlamında özel önem taşımaktadır. Bu korumanın kapsamı cinsel kimliği oluşturan cinsiyet, cinsellik ve cinsel yönelme unsurlarının tamamını içermeli, transseksüel ve İnterseksüel durumda olanların hukuki statüsünü çağdaş değerlere uygun bir yapıya kavuşturacak şekilde olma-

lıdır. Hukuk sadece olağan sayılabilecek hal, tavır ve özellikte olanları değil, bu sınırların dışında olanları da koruduğu ölçüde saygınlık kazanır. Dileğim transseksüel veya interseksüellerin de özel durumlarını dikkate alan, tıbbi gerçek ve gereksinimlerine cevap veren tek aşamalı bir dava sistemine dayalı ve ayrıca ayrımcılık yasağına (AİHS. Md.14) aykırı sayılabilecek esaslardan uzak bir yasal çerçeveye en kısa zamanda kavuşturulmasıdır.

**KAYNAKÇA**

- AKINTÜRK, Turgut:** Aile Hukuku, Ankara 2006.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya:** Türk Medeni Hukuku, C.1, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2013.
- ASHER, Noa Ben:** The Necessity of Sex Change: Stuggle for Intersex and Transsex Liberties Haru JI § Gender, 2006, s.51-98. (<http://heionlineorg.29>)
- BAŞARA, Gamze Turan:** Türk Medeni Kanununun 40 ncı maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, TBBD 2012, S.103 s.245-266.
- BENJAMIN, Harry:** Introduction Transsexualism and Sex Reassignment, Baltimore 1969.
- BERKELEY, James:** Employment and Labour Law, 2001.
- CALAPINTO, John:** As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised As A Girl, 2000.
- CHASE, Cheryl:** "Cultural Practice" or "Reconstructive Surgery"? YS. Genital Cutting, the Intersex Movement and Medical Double Standards, the Intersex Movement and Medical Double Standads in Genital Cutting and Transnational Sisterhood: Disputing US. Polemics, 2002, s.126-148.
- DIAMOND, Milton/SIGMUNDSON, Keith:** Sex Reassignment at Birth. A Long-term Review and Clinical Implications. Archives Pediatrics and Adolescent Medicine 1997, s.298-304.
- DIAMOND, Milton/SIGMUNDSON, Keith:** Management of Intersexuality: Guidelines for Dealing with Persons with Ambigios Genitalia, Archives Pediatric & Adolescent Medicine, 1997, s.1046-1050.
- DREGER, Alice D.:** A History of Intersexuality: From the Age of Gonads to the Age of Consents, Clinical Ethics, 1998.
- FEYZİOĞLU, Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- GELDER, Michael/GATH, Dennis/MAYOU, Richard:** Oxford Textbook of Psychiatry, 1989.
- GOLDMANN, Howard H.:** General Psychiatry, 2 Ed., California 1988.
- GÜVEN, Kudret:** Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniv. Hukuk Fakülte Dergisi, C.1, S.1, 1997, s.45-80.
- HIRSCHFELD, Magnus:** Die İntersexuelle Konstitution. Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen, 1923.
- HUGH, Paul Mc.: Surgical Sex. First Things 2004.
- KAPLAN, Harold I./SADOCK Benjamin J.:** Modern Synopsis of Psychiatry, London 1983.

- KAYA, Murat:** Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, Mec-mua, Ankara 2008, s.55-89.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütü-ğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir Mi?, İstanbul 1986.
- KOGAN, Terry S.:** Transsexuals, Intersexuals and Same-Sex Marriage (Heinon-line, 18 BYU J Pub. L.371 (2003) s.371-418.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim:** Aile Hukuku, İstanbul 1988.
- LAUB, D.R./FISK, N.M.:** A Rehabilitation Program for Gender Disorder Synd-rome by Surgical Sex Change, Plastic Reconstructive Surgery, 1974, S.53, s.388-403.
- OLYSLAGER, Femke/ CONWAY, Lynn:** On the Calculation of the Prevalence of Transsexualism, WPATH 20th International Symposium, Chicago, Illinois, 2007, s.1-26.
- ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, Ankara 1979.
- ÖZTÜREL, Adnan:** Transseksüalizm ve Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD. 1981, C.37, S.1-4, s.253-292.
- SCHWAB, Antoinette:** Sowohl Mann als Auch Frau. Neue Zürcher Zeitung, 3.5 2002.
- SPADE, Dean:** Documenting Gender, Hastings Law Journal, Vol. 59, No:1, 2008.
- TEKİN, Nurullah:** Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değiştirme Ameliya-tının Hukuki Açidan Değerlendirilmesi, Terazı Aylık Hukuk Dergisi, S.39, 2009, s.97-114.
- WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge:** Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı, Transsek-süellerin Hukuki Durumu, AHFD 1993, C.43, S.3-4, s.227-268.
- WISNIEWSKI, Amy. B.:** Complete Androgen Insensitivity Syndrome: Long Term Medical Surgical and Psychosexual Outcome Clinical Endocrinology and Metabolism, 2000.
- ZEVKLİLER, Aydın:** Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası TBBD. 1988, s.258-285.



# **İş Kanununda Fesih Bildirim Sürelerinin Tesbiti ve Hesaplanması**

**Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN**



# İş Kanununda Fesih Bildirim Sürelerinin Tesbiti ve Hesaplanması

Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN\*

## ÖZET

Bildirimli fesih hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile bildirim sürelerinin bitiminde sona erdirmeye ilişkin, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş Kanununda, bildirim karşı tarafa yapılmasından itibaren işlemeye başlayan bildirim süreleri, işçinin kıdemine göre iki, dört, altı, sekiz hafta olarak belirlenmiştir. Ancak bu süreler sözleşme ile arttırılabilir. Bildirimin karşı tarafa yapılmasından sonra geçecek bildirim sürelerinin sonunda iş sözleşmesi sona erer. Bildirim süresinin hesabında dikkate alınacak olan çalışma süresinin tesbitinde, işçinin işe başladığı gün ile, fesih bildiriminin muhataba ulaştığı gün arasında geçen süre dikkate alınır. İş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede bildirim süreleri işlemez. Makalemizde bildirim sürelerin tespiti ve hesaplanması konusu ele alınmıştır.

**Anahtar Sözcükler:** Fesih, Bildirimli Fesih, Bildirim Süresi, Çalışma Süresi, İş Sözleşmesi, Bildirimin Ulaşması

## Determination and Calculation of the Notification Period at Labor Law

### ABSTRACT

Right of recession with notification is a right that lead to disruptive novelty by ending the indefinite-term of employment contract with unilateral declaration at the end of the notification period. In Labor Law, it is stated that after the notification to the opposite party is completed, notification period starts and varies depending on employee's seniority. This period can be for two, four, six, eight weeks and can be extended by an agreement. After completion of the notification and at the end of the notification period, employment contract expires. In order to determine the duration of the notification period, the running time is calculated by considering the time passed between the beginning day of the employee's

---

\* Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

employment and the day of the rescission notification has reached to the employees. In case of an existing hold on employment contract, the notification period does not apply. In our article, the determination and calculation of the notification period is covered.

**Keywords:** Rescission, Rescission with Notification, Notification Period, Running Time, Employment Contract, Receipt of Notification.

## GİRİŞ

Fesih, iş sözleşmesini tek taraflı olarak derhal veya belli bir bildirim süresinin geçmesinden sonra sona erdirmeye ilişkin, karşı tarafa ulaştığı andan itibaren, geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuçlarını hasıl eden bir irade açıklamasıdır. Fesih hakkı her iki tarafa tanınmış olup, iş sözleşmesini tek taraflı olarak ve karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın sona erdirmeye imkan veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>1</sup>.

Fesih, bildirimli ve bildirimsiz olarak iki şekilde yapılabilir. Bildirimsiz fesih, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı sebebe dayanarak derhal sona erdirmeye yönelik bir irade açıklamasıdır. (İş K.m.24, 25; TBK.m.435). İş sözleşmesinin sona ermesi için bir sürenin (bildirim süresi) geçmesi gerekmez. Feshe ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaştığı anda sözleşme geleceğe yönelik olarak sona erer. Bu nedenle “derhal fesih”, “bildirimsiz fesih”, “haklı fesih”, “olağanüstü fesih” tabirleri kullanılmaktadır.

Bildirimli, olağan fesih ise, iş sözleşmesini fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren belirli bir sürenin geçmesinden sonra sona erdiren bir fesihtir (İş K.m.17; TBK.m.432). Kural olarak haklı bir nedene dayanma zorunluluğu yoktur. Ancak, belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayalı olarak işveren tarafından bildirimli feshinde, İş Kanununun 18. maddesinde feshin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

Bildirimli fesihte, iş sözleşmesi kanunda öngörülmüş bulunan bildirim sürelerinin bitiminde sona erer. İş sözleşmesi bu süre esnasında de-

---

<sup>1</sup> Vischer, Frank; Der Arbeitsvertrag; 3. Aufl. Basel 2005, s.229; Portmann, Wolfgang – Stöckli, Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht; 3.Aufl., Zürich/Basel, 2013, s.191; Brunner, Christiane - Bühler, Jean Bernhard - Waeber, Jean Michel; Kommentar zum Arbeitsvetragsrecht; 2.Aufl. Basel 1997, s.166; Brühwiler, Jurg, Kommentar zum Einzelarbeitsvetrag OR Art. 319-343; 2.Aufl., Bern 1996, s.298; Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi; İstanbul, 1955, s.41; Ekonomi, Münir, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku; 3.B, İstanbul, 1984 s.165 vd.; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 10.B., İstanbul 2014, s.509 vd; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku 4.B., İstanbul 2012, s.352; Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26.B, s.203; Kaplan, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler) 6.B., Ankara 2012, s.27; Mollamahmutoğlu, Hamdi –Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012, s.807; Aktay, Nizamettin –Arıcı, Kadir –Kaplan Senyen, E.Tuncay; İş Hukuku, 6.B., Ankara 2013, Kaplan, s.173; Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s.15; Akyiğit, Ercan; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3.B., Ankara 2008, s.610

vam ettiği için, işçi ve işveren açısından kanunda öngörülen yükümlülükler aynen devam eder. Bu nedenle bildirim sürelerinin başlangıç ve sona eriş tarihinin tesbiti önem arz eder.

Makalemizde, uygulamada uyuşmazlıklara neden olan bildirim sürelerinin tesbitine ilişkin sorunlar ve bu sürelerin hesaplanması konuları üzerinde durulmuştur.

## **I. Bildirim Sürelerinin Belirlenmesi**

### **1. Genel Olarak**

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafça karşı tarafa kanunda belirtilen veya taraflarca kararlaştırılan bildirim sürelerine uygun olarak bu iradenin bildirilmesi ile sona erdirilebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tarafların tek yanlı irade beyanları ile serbestçe feshi ilkesi, kişilik haklarının korunması ilkesine<sup>2</sup> ilişkin kanuni düzenlemenin sonucudur (TMK.m.23, 24; Art. 27 ZGB)<sup>3</sup>.

Zira, tarafların süresi belirsiz bir sözleşmeyle süresiz bir şekilde bağlanmaları kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz. Ayrıca taraflar belirsiz süreli iş sözleşmesiyle uzun süre bağlı kalmak istemeyebilir. İşçi işyeri ve iş değiştirmek, işverende örneğin, ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde yeniden yapılanma gereği işçi çıkarmak isteyebilir<sup>4</sup>.

Ancak iş sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi hakkının karşı tarafa zarar vermemesi gerekir. Sözleşme tarafları, özellikle ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçi, ağır sonuçlarla karşılaşabilirler. Bu nedenle, iş sözleşmesi bildirimli fesih ile sona erdirilmek istenen tarafa, iş sözleşmesinin sona erdirileceğinin önceden bildirilmesi gerekir. İşçi bu sürede yeni bir iş arama, işverende yeni bir işçi bulma imkanına sahip olur. İş Kanununda, fesihte uyulması gerekli bildirim süreleri öngörülmüştür (İş K.m.17). Ayrıca bu süreler içinde işçiye yeni bir iş arama izni verilmesi (İş K.m.27) ve bildirim sürelerine uyulmamasının yaptırımı da (ihbar tazminatı) kanunda düzenlenmiştir (İş K.m.17). Bildirimli fesih hakkının taraflarca amaca ve doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması halinde ise kötü niyetli fesih sözkonusu olur (İş

<sup>2</sup> Süzek, s.512; Narmanlıoğlu, s.350

<sup>3</sup> Brühwiler, Art. 334 N.8; Nitekim, belirli süresi on yılı aşan belirli süreli iş sözleşmelerinin, on yıldan sonra sözleşme taraflarınca her zaman ve altı aylık fesih öneline uyulmak koşuluyla fesih hakkı da tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanır (BK.m.430/I, Art. 334 Abs 3 OR).

<sup>4</sup> Süzek, s.512; Narmanlıoğlu, s.351

K.m.17/VI). İş Kanununda sadece işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının yaptırımı öngörülmüştür. Sözleşmenin işçi tarafından kötü niyetle feshinde ise işveren genel hükümlere göre tazminat talep edebilir.

## **2. Fesih Bildirim Süresi Kavramı ve Hukuki Niteliği**

Fesih bildirim süresi, kanunen veya sözleşme ile belirlenen ve fesih bildiriminin gönderilmesi ile iş ilişkisinin sona ermesi arasında bulunması gerekli zaman süresidir. Fesih zamanı (Kündigunstermin) ise, iş ilişkisinin sona erdiği andır (örneğin ayın son günü)<sup>5</sup>.

Bildirim sürelerinin tanınmasının amacı, tarafların kendilerini iş sözleşmesinin sona ermesine hazırlamalarıdır. Örneğin, işçinin yeni bir iş araması, işverenin de yeni bir işçi bulması bu sürede gerçekleşebilir. Bildirim süresi içinde iş sözleşmesi sona ermez. İş ilişkisi bu sürenin sonuna kadar devam eder. Hukuki açıdan bildirim süresinin amacı, bildirim karşı tarafa ulaştığı andan itibaren iş sözleşmesini ortadan kaldırmak değil, belli bir süre geçtikten sonra (örneğin ulaştıktan dört hafta sonra), iş sözleşmesini sona erdirmektir<sup>6</sup>.

Bildirimli fesih, iş ilişkisini geleceğe yönelik (ex.nunc) sonuçlar meydana getirecek şekilde sona erdirir. Fesih bildirim karşı tarafa ulaştığı ve onun hakimiyet sahasına girdiği andan itibaren hüküm ifade ettiği için tek taraflı olarak geri alınamaz. Ancak irade beyanı karşı tarafa ulaşmadıysa veya ulaşmakla beraber henüz karşı tarafça öğrenilmediyse geri alınma imkanı olabilir (TBK.m.10)<sup>7</sup>. Karşı tarafa ulaşmış bir fesih bildiriminden geri dönülmesi ancak tarafların anlaşmasıyla mümkün olabilir<sup>8</sup>. Fesih, bildirim süresi sona ermemişse, taraflar anlaşarak feshi ortadan kaldırırlar. Bu durumda eski sözleşme devam eder<sup>9</sup>.

İş sözleşmesi bildirim süreleri esnasında devam ettiği için işçi ve işveren açısından kanunda öngörülen yükümlülükler aynen devam eder. Ayrıca işveren işçiye yeni bir iş arama izni vermekle yükümlüdür (İş K.m.27). İşçinin de bildirim süresi vererek bildirimli fesih yapması halinde de işveren tarafından, yeni iş arama izninin verilmesi gerekir.

---

<sup>5</sup> Rehbinder Art. 355 a N.1;

<sup>6</sup> Portmann - Stöckli, s.195 N.669; Kaplan, Borçlar Hukuku. 6. Bası, Ankara 2012, s.30

<sup>7</sup> Oğuzman, s.134; Ekonomi, s.157; Çelik, s.208; Süzek, s.515; Narmanlıoğlu, s.359, Molamahmutoğlu - Astarlı s.815; Kaplan, Fesih, s.2 vd.

<sup>8</sup> Brühwiler, Art. 335 N.1

<sup>9</sup> Schweingruber, Edwin; Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1974 Art. 336 N.3; Kaplan, Fesih, s.27

Bildirim süresi verilmesi halinde iş arama izninin kullandırılması konusunda 27. maddede işverenin yükümlülüğü yerine getirmemesinin yaptırım getirilmiş, ancak iş arama izninin kullandırılmamasının bildirim önelini geçersiz kılp, kılmayacağı yolunda bir açıklık getirilmemiştir. İş arama izninin kullandırılmaması bildirim önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz, ancak yaptırım söz konusu olur (m.27/3). Yargıtay'a göre "somut olayda ihbar öneli usulüne göre verilmiştir. İş arama izni ayrı bir alacak kalemi olup, iş arama izninin verilmemesi ihbar önelinin geçerliliğini etkilemez"<sup>10</sup>.

Diğer taraftan kanunda getirilen düzenlemeye göre, işveren bildirim sürelerinin geçmesini beklemeden, bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.17/5). Bu hüküm sözleşmenin sona erme zamanının tesbiti açısından önemlidir. Yargıtay, işverenin işçinin bildirim süresine ilişkin ücretini ödeyerek iş sözleşmesini feshettiği durumlarda, iş ilişkisinin fesih ile sona erdiğini, bu nedenle işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklarını talep edemeyeceğini, ancak işverenin kanunda öngörülen bu hakkı işçiyi bildirim süresi içinde elde edebileceği haklardan yararlandırmamak amacıyla kötüye kullanması durumunda, işçinin bildirim süresi içinde gerçekleşecek haklardan faydalanabileceğini kabul etmektedir<sup>11</sup>. Bu görüş, hükmün amacı ve işçiyi koruma ilkesi ile bağdaşmaz. İş sözleşmesi peşin ödeme ile feshedilse bile, işçi bildirim süresi içinde çalıştırılmış olması halinde elde edeceği bütün hakları almalıdır<sup>12</sup>. Yargıtay, daha sonra verdiği kararlarda ise, işverenin bildirim süresine uymadan ve bildirim süresine ilişkin ücreti ödemeksizin ve kötü niyetle peşin ödeme yaparak iş sözleşmesini feshetmesi halinde iş ilişkisinin bildirim süresinin sonuna kadar devam edeceğine karar vermiştir<sup>13</sup>.

Kanundaki düzenlemede (m.17/5), sadece işverene tanınan bildirim sürelerine ilişkin ücretin ödenerek iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı işçiye tanınmamıştır. Yargıtay, işveren tarafından bildirim süresi verilerek

<sup>10</sup> 9.HD. 05.02.2014 E.2011/53724, K.2014/3398; Y.9.HD. 24.03.2014 E.2012/5627, K.2014/9702

<sup>11</sup> Y. 9.HD. 24.12.1982 E.9330, K.10107 İşv. Derg. XXI, S.5. Şubat 1984, s.18.

<sup>12</sup> Çelik; s.219; Süzek, s.527; Ekonomi, s.177 vd. ; Narmanlıoğlu, s.359; Mollamahmuttoğlu - Astarlı, s.841; Kaplan (Aktay - Arıcı - Kaplan), s.179, 180

<sup>13</sup> Y. 9.HD. 01.03.2004 E.13738, K.3888 sayılı karar ve eleştirisi için bkz. Taşkent, Savaş; Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 57-61



İş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçinin bildirim sürelerinde çalışmadan bu süreye ilişkin ücreti istemesine ilişkin sözleşme hükmünün geçerli olacağını eski tarihli bir kararında kabul etmiştir<sup>14</sup>. Kanunun 17. maddesinde yer alan kurallar kamu düzeni hükümleridir<sup>15</sup>. Bu nedenle bildirim sürelerini ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalar geçerli olmaz. Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını hasıl eder. Bildirim süresi içinde hizmet sözleşmesi aynen devam eder.

İşçinin bildirim süresi içinde iş görme edimini ifa etmeden, bu süreye ilişkin ücretini talep etme hakkı kanunda öngörülmemiştir. Ancak taraflar sözleşmede bu hususta anlaşmışlarsa ve bu sürelerle ilişkin ödemenin, işçinin hak kaybına uğramayacak bir şekilde belirlenmesi koşuluyla geçerli olacağı kabul edilebilir<sup>16</sup>. Zira Yargıtay, işverenin bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin ödeyerek iş sözleşmesini feshetmesini derhal fesih olarak kabul ederek, bu süreye ilişkin haklardan işçinin yararlanabilmesini, işverenin bu süreye ilişkin ücreti tam ve peşin ödememesi ve işverenin kötü niyetli olarak peşin ödeme yaparak sözleşmeyi feshetmesi koşullarına bağlamaktadır<sup>17</sup>.

### **3. Kanuni Bildirim Süreleri**

#### **a- İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda Getirilen Düzenlemeler**

İş Kanununda fesih bildirim süreleri işçinin hizmet süresine (kıdemine) göre kanun koyucu tarafından belirlenmiştir (İş K.m.17/II). Bu düzenlemeye göre, bildirim süreleri, işyerinde altı aya kadar çalışmış işçiler için iki, altı ay ile bir buçuk yıl çalışmış işçiler için dört, bir buçuk yıl ile üç yıl çalışmış işçiler için altı hafta, üç yıldan fazla çalışmış olan işçiler için sekiz haftadır. Bildirim süreleri, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasından itibaren işlemeye başlar. Bildirimli fesih kural olarak bildirim sürelerinin işlemesinden sonra iş sözleşmesi sona erer. Bildirim süreleri hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihlerde geçerlidir. Deniz İş Kanununda, İş K.m.17 de öngörülen bildirim süreleri kabul edilmiş (DİK.m16/B), Basın İş Kanununda ise, işçi ve işveren açısından farklı bildirim süreleri öngörülmüştür (BİK.m.6/4, 7). İş-

---

<sup>14</sup> Y. 9.HD. 26.01.2000 E.296, K.561 sayılı karar için bkz. Engin, Murat; Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2000, s.1-89, s.36

<sup>15</sup> YHGK. 29.05.1963 E.4/39, K.59.bkz. Kaplan, Fesih, s.63, dipn.110

<sup>16</sup> Engin, s.37; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.841

<sup>17</sup> Bkz. Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.841 ve dipn. 519, 520 de belirtilen kararlar.

verenin fesih bildiriminin tesbitinde gazetecinin çalışma süresi esas alınmıştır. Gazetecinin bildirim süresi ise, çalışma süresine bakılmaksızın bir ay olarak tesbit edilmiştir (BİK.m.7).

İş Kanunlarında getirilen düzenlemeye göre, bu süreler asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir (İş K.m.17/3, DİK.m.16/C, BİK.m.8).

Deneme süreli iş sözleşmelerinde ise, taraflar deneme süresi içinde belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın, yani herhangi bir bildirim süresi vermeden<sup>18</sup> ve tazminat ödemeksizin sona erdirebilir (İş K.m.15/2; TBK.m.433).

Belirli süreli iş sözleşmesi on yıldan uzun süreli ise, taraflardan her biri, on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder (TBK.m.430/3; Art. 334 OR).

Türk Borçlar Kanununda da bildirim süreleri işçinin hizmet süresi dikkate alınarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta, bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta olarak belirlenmiştir (m.432/2). Kanunda getirilen düzenlemeye göre, bildirim süreleri asgari olup sözleşme ile arttırılabilir (m.432/3)<sup>19</sup>.

Ayrıca bildirim sürelerinin, her iki taraf içinde aynı olması zorunludur. Ancak sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan bildirim süresi uygulanacaktır (m.432/5)

### ***b- Akti Bildirim Süreleri***

İş Kanunu ve diğer İş Kanunlarında getirilen düzenlemelere göre, kanunda belirtilen süreler asgari olup, bu süreler iş veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir (İş K.m.17/3, DİK 16/C, BİK.m.8). Benzer düzenleme Borçlar Kanununda da yer almıştır (TBK.m.432/3). O

<sup>18</sup> İsviçre Borçlar Kanununda deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen düzenlemede ise, iş ilişkisinin bir aylık deneme süresi içinde yedi gün bildirim süresi vermek suretiyle feshedebileceği öngörülmüştür. (Art. 335 b OR).

<sup>19</sup> İsviçre Borçlar Kanununda da fesih bildirim süreleri birinci hizmet yılı için bir ay, iki yıl ile dokuzuncu yıla kadar hizmet yılı için iki ay, daha fazla hizmet yılı için ise üç ay olarak kabul edilmiştir. Herbir ilgili ayın sonunda iş sözleşmesi feshedilebilir (Art. 335 c OR). Bildirim süreleri yazılı anlaşma, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile değiştirilebilir. Bir aylık hizmet süresinde, bir ayın altında bildirim süresi, ancak toplu iş sözleşmeleri ile belirlenebilir. Brunner- Bühler- Waeber, Art. 335 c 5

halde, bu sürelerin kısa olarak belirlenmesi veya tamamen ortadan kaldırılması veya işçinin bu sürelerden feragat etmesi söz konusu olamaz; buna ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir. Ayrıca bu süreler bölünerek de kullanılamaz<sup>20</sup>. Zira İş Kanununun fesih sürelerine ilişkin 17. maddesi emredici niteliktedir; ancak maddedeki emredicilik mutlak olmayıp, nisbi nitelikte olduğundan, 17. maddede tanınan hallerin kapsamı toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri ile işçi lehine genişletilebilir. Aksi takdirde kanunda belirtilen yasal süreler uygulanır. Geçersiz olan hükümler nedeniyle sözleşmenin tümünü geçersiz kabul etmek (TBK.m.27/2) kanun koyucunun bu süreleri kabul ediş gayesine aykırı olacağından sadece sürelerle ilgili hükümleri geçersiz kabul etmek gerekir.

### ***c- Bildirim Sürelerinin Arttırılması***

#### ***aa- Kanundaki Düzenleme***

İş Kanununda getirilen düzenlemede bildirim sürelerinin arttırılabileceği öngörülmüş, ancak işçi ve işveren açısından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması konusunda bir açıklık getirilmemiştir (İş K.m.17/3).

İsviçre Borçlar Kanununun 335 a (Art.335 a Abs.I OR) hükmünden alınarak düzenlenen TBK.m.432/5 maddesine göre, fesih bildirim süresinin her iki taraf içinde aynı olması zorunludur, farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması halinde, her iki tarafa en uzun bildirim süresi uygulanır.

Bu konu İsviçre, Alman ve diğer Hukuk Sistemlerinde<sup>21</sup> olduğu kadar Türk Hukukunda da tartışmalıdır.

Önceleri İsviçre Federal Mahkemesi eşit olmayan fesih sürelerini geçersiz sayıyordu<sup>22</sup>. Zira fesih sürelerinin eşit olması kuraldır. İşçinin iktisaden zayıf ve bağımlı olan taraf olması nedeniyle işçiyi güvence altına alan bir önlemdir. Daha sonra Federal Mahkeme, sözleşme ile işverene işçinkinden daha uzun bir bildirim süresinin tanınması halinde, her iki taraf içinde daha uzun bildirim süresinin uygulanması yönünde karar vermiştir<sup>23</sup>. Eşitlik kuralına uymayan söz-

---

<sup>20</sup> Narmanlıoğlu, s.361; Süzek, s.516; Akyiğit, s.618

<sup>21</sup> Alman ve diğer hukuk sistemlerindeki tartışmalar için bkz. Kaplan, Fesih, s.52 vd.

<sup>22</sup> BGE 42 11 247 bkz, Kaplan, Fesih, s. 52

<sup>23</sup> BGE 92 180 bkz, Kaplan, Fesih, dip.74

leşmeleri geçersiz saymayarak ve aykırı hüküm yerine kanuni bildirim sürelerinin uygulanmayıp, sözleşmedeki daha uzun olan önelin her iki tarafa da uygulanması yönündeki Federal Mahkeme kararına göre, 1972 de İsviçre Borçlar Kanunu m.347/f.3 maddesi değiştirilerek, işçi ve işveren için değişik sürelerin kabulü halinde uzun olan bildirim süresinin uygulanmasını öngören 336/abs.2 maddesi yürürlüğe konulmuştur (şimdi Art. 335 a OR).

Ancak Schweingruber'e göre, bu değişiklik uygulama ve mahkemelerin tutumuna göre netice verecektir. Yazara göre, bildirim sürelerinin eşit olmaması halinde en uzun bildirim süresinin uygulanacağına ilişkin bu emredici hükmün, işçiyi işverene karşı koruması daimi olmaz. Örneğin, personel eksikliğinin hissedildiği dönemlerde işveren için uzun bildirim süresi, işçi için kısa bir bildirim süresi, işçi için haksızlıklara yol açabilir. Örneğin, işçi yeni işyerinde tecrübe sahibi olmak isteyebilir. Bu nedenle hangi bildirim süresinin daha faydalı olacağı, olaya göre araştırılarak, uygun olan bildirim süresini seçmek yerinde olur<sup>24</sup>.

İş Kanununda bildirim sürelerinin asgari olduğu sözleşmeler ile arttırılabileceği öngörülmüştür (m.17/3). Yukarıda da ifade edildiği gibi bu madde nisbi emredici nitelikte olduğu için işçi lehine değiştirilmesi, yani sözleşmeler ile bildirim sürelerinin işçi lehine düzenlenmesi gerekir. Türk Borçlar Kanununun 432. maddesinin 5. fıkrasında yer alan eşitlik kuralının ihlâli halinde, yani sözleşmede farklı süreler kabul edilmişse, tarafların iradeleri dikkate alınarak ve ekonomik yönden zayıf olanların korunması ilkesinden hareket ederek en uzun olan önelin kabulü gerekir. Zira TBK.m.432/5 hükmünde yer alan eşitlik ilkesini mutlak olarak almayıp iş hukukunun temel ilkesinin işçinin işverenden daha kötü duruma düşmesini önlemek olduğu düşüncesinden hareketle işçi lehine işverenin uyacağı süreyi daha uzun tutmak yerinde olur<sup>25</sup>. Bu takdirde bildirim sürelerinin

<sup>24</sup> Schweingruber, Art. 336; Vischer, 233.

<sup>25</sup> Yargıtay, işveren bakımından daha uzun bildirim sürelerinin tesbitinin mümkün olduğu görüşündedir. Y9.HD.23.11.1993 E.1993/9065, K.1993/16893 Mollamahmutoglu - Asarlı, s.819, dipn.432; Soyer, BK.m.432/3, 5 hükmünün iş kanunlarına tabi iş ilişkileri hakkında da geçerli olduğunu ifade ederek bildirim önelerinin asgari olup sözleşmelerle arttırılabileceğine ilişkin düzenlemede işçiyi daha kısa bildirim süresi ile "bağlı tutma olanağının açık bırakılmasının" en uygun çözüm olduğu görüşündedir. Polat, M.Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku

kanunda düzenleniş amacına uygun hareket edilmiş olur. Ancak uzun olan sürenin uygulanması işçinin aleyhine olacaksa, kısa olan süreyi her iki taraf için de uygulamak yerinde olur.

Diğer taraftan, işçi ve işveren tarafından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılmayacağı ilkesinin istisnasına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 335 a Abs. II maddesinde getirilen düzenleme, Türk Borçlar Kanunu m.432 de yer almamıştır. Getirilen düzenlemeye göre, işveren iş ilişkisini ekonomik nedenlerle feshederse veya buna uygun niyetini açıklamışsa, taraflar anlaşarak, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi için kısa olan bildirim süresi tesbit edebilirler (Art. 335 a Abs II OR). Amaç, işçinin yeni bir işe girmesini mümkün kılmaktır. Ekonomik nedenler; birleşme, verimli hale getirme, sipariş azalması veya personel sayısında azaltmaya gitme zorunluluğu gibi işyerinin sevk ve idaresine ve devamlılığına ilişkin nedenlerdir. Bu nedenlerin işçinin, davranışları veya verimliliği ile ilgisi yoktur<sup>26</sup>.

### ***bb- Bildirim Sürelerinin Çok Yüksek Olarak Belirlenmesi***

Bildirim sürelerinin asgari olduğu ve taraflarca arttırılabilmesi imkanının tanınmış olması, ancak ne kadar arttırılabileceği hususunda bir açıklık olmayışı uygulamada bildirim sürelerinin çok yüksek olarak belirlenmesine neden olmaktadır. İş K.m.17 de, ihbar önellerine bir üst sınır tanınmaması, bu artışın sınırsız olarak yapılabileceği anlamına gelmez. Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan otuz altı haftalık bildirim süresine ilişkin uyuşmazlık hakkında verdiği yeni tarihli bir kararında, toplu iş sözleşmesi yapma hakkının Anayasanın 53. maddesinde tanınan bir hak olmakla birlikte bu hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağını, ihbar öneline uyulmaması halinde ödenecek ihbar tazminatının yüksek oluşunun işverenin fesih hakkını önemli ölçüde sınırladığını, ihbar tazminatının İş Kanunundaki düzenleme amacını aştığını, işçilere yasanın tanıdığı koruma sınırlamasının aşıldığını ifade ederek ihbar tazminatı tutarından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerektiği yolunda karar vermiştir<sup>27</sup>.

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, “eğer toplu iş sözleşmesinde yer alan aşırı yüksek bildirim süreleri (ihbar tazminatları), iş aktini süreli

---

Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 11 Y.6.5.22 s.12. 22, s.15; Süzek, BK.m.432/5 hükmünün İş Kanununa tabi iş akitlerinde uygulanmayacağı, sadece TBK.na tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacağı görüşündedir. s.517; Aynı şekilde Mollamahmutoglu /Astarlı; s.820

<sup>26</sup> Vischer, s.233

<sup>27</sup> Y.9HD. 12.06.2013 E.2011/23582, K.2013/18093

fesih hakkının kullanılmasını dolaylı olarak olanaksız hale getiriyor diğer deyişle anayasal sözleşme özgürlüğünü ihlal ediyorsa ve toplu iş sözleşmesi hakkının kötüye kullanılması durumunu oluşturuyorsa geçersizdir (STİST 83/5)". Bu durumda ilgili hükmün geçersizliği kararlaştırılabilir ve geçersiz hükmün yerine İş K.m.17 de getirilen yasal bildirim süreleri uygulanır<sup>28</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, fahiş bildirim süreleri işçilerin yararına da olsa kamu yararının aleyhine olup geçerli olamaz. Kanun boşluğu giderilinceye kadar hakimın taktir hakkını kullanarak sözleşme hükmüne müdahalesi uygun olur<sup>29</sup>.

Başka bir görüşe göre, bildirim sürelerinin belirlenmesi toplu iş sözleşmesi taraflarına bırakılmıştır. "İlke niteliğinde" bir üst getirilerek "bildirim sürelerindeki artış ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamını geçemez" demek yerinde olmaz<sup>30</sup>.

Görüşümüze göre, TİS de getirilen taraflarca fahiş olarak kararlaştırılmış ihbar önellerini, MK.m.2/II de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının, hakkın tanınış amacı dışında kullanılmasını yasaklayan düzeltici ve düzenleyici fonksiyonu<sup>31</sup> kapsamında, hakim sözleşmeye müdahale ederek<sup>32</sup> düzeltilebilir. Hakimın bu düzeltme yetkisi hukuka uygun ve yerindedir. Hakim bu düzeltmeyi yaparken, Borçlar Hukuku mevzuatımızda sürekli uzun süreli ilişkilerden olan TBK.m.620 ve devamında düzenlenmiş olan, adi şirketlerde öngörülmüş bulunan azami altı aylık feshi ihbar süresini (TBK.m.640) kıyasen dikkate alarak, TİS'deki bildirim sürelerini üç yıldan fazla devam eden hizmet ilişkileri için 24 hafta üst sınırı

---

<sup>28</sup> Süzek, s.520

<sup>29</sup> Mollamahmutoğlu - Astarlı, s.821

<sup>30</sup> Taşkent, Savaş; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Kamu -İş Dergisi Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.159-203, s.169; aynı görüşte, Şahlanan, Fevzi; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Türk -İş Yayını, 136. 137 s.137; Bakırcı, Kadriye; Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi, Sicil, Mart 2007, Y.2. S.5 s.106-114

<sup>31</sup> Honsell, Heinrich; Basler Kommentar zum ZGB; 2. Auf, Basel-Genf-München 2012, Art. 2 N.51

<sup>32</sup> Kaplan, İbrahim; Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi 2.B. Ankara 2007, s.11; Kaplan, E.Tuncay; Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasının Üst Sınırı Sorunu, Sicil, Mart 2008, S.9, s.10-13, s.13.

ile sınırlandırılması şeklinde düzeltme yapabilir. Böylece ihbar tazminatı talepleri de azami 24 haftalık bildirim süresi ile sınırlandırılmış olur<sup>33</sup>.

## **II. Bildirim Süresinin Hesabına Esas Olarak Hizmet Süresinin Tesbiti**

### **1. Hizmet Süresinin Tesbiti**

Fesih bildirim öneli, iş ilişkisinin devamı süresine göre kademeli olarak kanun koyucu tarafından öngörülmüştür (İş K.m.17). Diğer iş kanunlarında da bildirim süresinin tesbitinde çalışma süresi esas alınmış, gazetecinin fesih süresi ise çalışma süresine bakılmaksızın bir ay olarak tesbit edilmiştir (BİK.m.7).

İş Kanununda getirilen düzenlemeye göre, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki iş ilişkisidir (m.2). Akit teorisine göre iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yapılması ile meydana gelir. Katılma teorisine göre ise, iş ilişkisi işçinin fiilen işyerinde işe başlaması ile doğar<sup>34</sup>. Türk İş Hukukunda iş sözleşmesinin yapılması ile iş ilişkisinin doğacağı kabul edilmektedir. Ancak her olayın özelliği dikkate alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu da bu düştünceden hareket ederek, kıdem tazminatının hesabında işçinin işe başlamasının esas alınacağını öngörmüştür. Fesih bildirim sürelerinin hesabında işçinin çalıştığı süreyi de tesbit ederken sözleşmenin yapılış tarihi mi, yoksa işçinin fiilen işe başladığı tarihin mi esas alınacağı tartışmasına girmeden olaya göre karar vermek gerekir. İşçi sözleşmede belirtilen günde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle (örneğin sağlık nedenleri ile) başlayamazsa veya işveren işçiyi geç başlatırsa, hizmet süresinin sözleşmede kararlaştırılan günde başladığını kabul etmek gerekir. Ancak işçi kendi kusuruyla belirtilen tarihten sonra işe başlarsa, hizmet süresi fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesap edilecektir<sup>35</sup>. Yargıtay, fesih bildirim önellerinin tesbitinde işçinin sözleşme süresinde fiilen çalıştığı sürenin önemli olduğu görüşündedir<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Alman Medeni Kanununun hizmet akdi ile ilgili 624. paragrafında feshi ihbar önellerinin üst sınırı 24 hafta olarak öngörülmüştür. Bu üst sınır toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitleri ile aşılamaz Soergel-Kraft, BGB § 624; 12. Aufl. Stuttgart- Berlin- Köln, 1997, Rz. 1-2

<sup>34</sup> Çelik, s.82; Süzek, 516

<sup>35</sup> Oğuzman, s.184; Çelik, s.83

<sup>36</sup> Y.9.HD. 17.09.2009 E.29103/K.26743. Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 2008, S.4, s.656 vd.

Diğer taraftan bildirim süresinin tesbitinde dikkate alınacak çalışma süresinin başlangıcı işçinin işe başladığı, emeğini işverene arz ettiği tarih; çalışma süresinin sonu ise fesih bildirimının muhataba ulaştığı tarihtir. Bu iki tarih arasında yer alan süre çalışma süresidir. Bildirim sürelerinin tesbitinde sadece çalışma süresi dikkate alınacak, iş sözleşmesinin devam ettiği bildirim süreleri ise hesaba katılmayacaktır. Ayrıca işçinin işe başladığı gün ile fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı gün arasında geçen sürede hastalık, gebelik, kaza, işçinin kusuru dışında tutuklanması<sup>37</sup>, kanuni bir görev, tatil ve izin süreleri ile deneme süresi çalışılmış gibi dikkate alınacaktır<sup>38</sup>.

Ayrıca mevsimlik işlerde Yargıtay'a göre, işçinin "çalıştığı günler veya yasaya göre çalışılmış gibi sayılan günler ve aylar toplanarak çalışma süresi tesbit" edilecektir<sup>39</sup>.

## ***2- Bildirim Süresinin İşlemesini Engelleyen Durumlar***

Çalışma süresine göre belirlenen bildirim süreleri, kanunda belirtilen hallerde ve askı durumlarında işlemez, (TBK.m.432/6); önceden işlemeye başlamışsa bu durumların ortaya çıkması halinde durur<sup>40</sup>. Diğer bir ifadeyle, işverenin fesih hakkı, işçinin askerlik, hastalık veya iş kazası nedeniyle ve hamilelik durumunda, yani geçici olarak iş görme edimini ifa edemediği durumlarda kanunen zaman yönünden sınırlandırılmış olup, yapılacak fesih bildirimini hiçbir hukuki netice doğurmaz. Bu sınırlamalar işçi lehine düzenlenmiştir ve emredici olup sözleşme ile sınırlandırılmayacağı gibi tamamen kaldırılamaz. Ancak işçi lehine genişletilebilir. Bildi-

---

<sup>37</sup> Yargıtaya göre, kusuru dışında tutuklanan işçinin tutukluluk süresi kıdem süresine katılmaz. Bkz. Narmanlıoğlu, s.556, dipn. 629 da belirtilen kararlar. Aynı şekilde Yargıtay, işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin kıdem hesabında dikkate alınmayacağı görüşündedir. Bkz. Y.9.HD. 20.4.2009, E. 2009/42879 K. 2009/11009, s.669 N.323; Çil, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (B.3). Ankara 2010

<sup>38</sup> Ekonomi, s.328; Çelik, s.332; Narmanlıoğlu, s.363, s.554; ; Süzek, s.516; Mollamahmut oğlu/Astarlı, s.817

<sup>39</sup> Y. 9.HD. 14.04.1980 E.3546 K.3257; Narmanlıoğlu, s.363, dipn. 92

<sup>40</sup> Mollamahmut oğlu - Astarlı, s.821; Süzek, s.498; Narmanlıoğlu, s.364



rim süreleri askı süresinin sonunda işlemeye başlar. Bu sürede kural olarak<sup>41</sup> ücret ödenmez<sup>42</sup>. İşveren, sözleşmenin askıya alınmasına neden olan sebep dışında, haklı nedenle, örneğin sadakat borcuna aykırılık nedeniyle, iş sözleşmesini feshedebilir.

Muvazzaf askerlik dışında, manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır (İş K.m.31/1.2). İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için işte en az bir yıl çalışmış olması gerekir. Bu iki aylık (en fazla doksan gün) askı süresi içinde taraflar belirsiz süreli iş aktini feshederse, bildirim süreleri işlemez; askı döneminin sona ermesinden itibaren işlemeye başlar. İş sözleşmesinin askıya alınma sürecinde ücret ödenmez (İş K.m.31/4).

İş Kanununun 25/I. b-a maddesine göre, işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işverenin iş sözleşmesini bildirimden önce fesih hakkı, devamsızlığın, 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta geçmesinden sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddeye göre, kadın işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olup, çoğul gebelikte doğum önce çalıştırılmasının yasak olduğu süreye iki hafta süre eklenir. Belirtilen sürelerde kadın işçinin iş sözleşmesi askıdadır; ancak bu sürelerin geçmesi ile işverenin bildirimden önce fesih hakkı doğar. Ayrıca, işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürede ücret işlemez. Yargıtaya göre, işçinin raporlu olduğu sürede işveren fesih bildiriminde bulunmuşsa, fesih bildirimini rapor süresinde hukuki sonuç doğurmaz; rapor

<sup>41</sup> Ancak İş K.m.24/III ve 25/III de getirilen zorlayıcı nedenlerle iş aktinin askıya alınması durumunda işçilere bir hafta süreyle yarım ücret ödenir (m.40). Ayrıca, maktu aylık ücretli işçilere hasta izinli veya sair nedenlerle mazeretli oldukları hallerde de aylıkları tam olarak ödenir (m.49, 4).

<sup>42</sup> Türk Borçlar Kanununun 409 maddesine göre, uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. İsviçre Borçlar Kanununda ücret ödenebilmesi için, iş ilişkisinin üç aydan fazla sürmüş veya üç aydan fazla bir süre için yapılmış olması öngörülmüştür. Ayrıca ödenecek ücretin miktarının belirlenmesinde, sınırlı bir süreye düşen ve ayına ilişkin ödemelerinde dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (Art. 324 a OR). Geniş bilgi için bkz. Kaplan E.Tuncay, İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engellleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, 2011, s.592

süresinin bitiminde fesih gerçekleşir. Bu sürede yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden işçinin yararlandırılması gerekir<sup>43</sup>.

Yıllık izinlere ilişkin İş K.m.59/2 de getirilen düzenlemeye göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde 17 nci maddede belirtilen bildirim süreleri ile yıllık ücretli izin süreleri iç içe giremez. O halde, bildirim süresi yıllık izin süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar. Kanunda sadece işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi durumunun öngörülmesi nedeniyle, Yargıtay, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi durumunda bildirim süreleri ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceğinin kabulü gerekeceği görüşündedir<sup>44</sup>.

Kanuni grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalır (STİSK.m.67/3). Bu süre esnasında fesih bildiriminde bulunulsa dahi bildirim süreleri işlemez. Diğer taraftan bu süre kıdemin hesabında dikkate alınmaz.

Yine zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi bir hafta askıda kalır (İş K.m.24/III; İş K.m25/III). Ayrıca işçinin gözaltına alınması ve tutuklanması halinde devamsızlığın sürdüğü 17 nci maddede belirtilen bildirim süreleri esnasında, işçinin evlenmesi, ana veya babanın, eşin, kardeş yahut çocukları ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin sürelerinde de (İş K.m.46/III) iş sözleşmesi askıda kalır.

Diğer taraftan, işveren tarafından yapılan ücretsiz izne çıkma önerisinin yazılı olarak yapılması ve işçilerin bu öneriyi altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmesi halinde, iş sözleşmesi askıya alınmış olur<sup>45</sup>. Ancak askı süresi taraflarca belirli bir süreye bağlanmamışsa veya belli bir süreye bağlanmışsa, her iki durumda da olayın özelliği dikkate alınarak geçici makul bir süreden sonra işçiler iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilirler<sup>46</sup>. Yargıtay, ücretsiz izin süresinin kararlaştırılmadığı hallerde makul sürenin aşılması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedileceğini kabul etmektedir<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Çelik, s.212 dipn. 41 ve 42'de belirtilen kararlar

<sup>44</sup> Y.9HD. 05.09.2010, E.2008/33424 K.2010/22100 Bkz. Mollamahmutoğlu - Astarlı, s.822 dipn.441; Akyiğit, s.616

<sup>45</sup> Süzek, 490

<sup>46</sup> Süzek, s.491, 492

<sup>47</sup> Y.9HD. 30.03.2006, 28789/8012. Süzek, s.492 dipn.39

### III. Bildirimsiz Fesihle Kısa Bildirim Süresinin (Sosyal Süre-Sozialfrist) Tanınması

İsviçre Hukukunda bildirimsiz (haklı nedenle) fesihle bir sosyal süre (Sozialfrist), yani bildirimli fesihle sözleşme ile belirlenen bildirim süresinden daha kısa bir bildirim süresinin kabul edilip edilemeyeceği sorunu tartışmalıdır.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre; bildirimsiz fesihle iş sözleşmesini fesheden işveren, feshin sonuçlarını hafifletmek için, bildirimli fesihdeki bildirim sürelerinden daha kısa bir bildirim süresi (Sozialfrist) verebilir. Bu sürenin uzunluğunu fesheden işveren tesbit eder. Ancak, işveren yapılan feshin bildirimsiz fesih olduğunu açıkça belirtmelidir. Eğer söylemezse yapılan fesih bildirimli fesih olarak kabul edilebilir. Belirlenen sürenin, bildirimli fesih süresinden daha kısa olması gerekir. Ayrıca fesheden, süre sonuna kadar iş ilişkisinin çekilmez bir hale geldiği intibasını uyandırmalıdır. Zira, kısa bildirim süresi tanınmış olmasına rağmen fesih bildirimsiz fesihtir. Karşı taraf (işçi) bu süreyi kabul etmek zorunda değildir. Kabul etmezse iş ilişkisi derhal sona erer<sup>48</sup>.

Bir başka görüş ise; sosyal nedenlerle bildirimli feshe ilişkin sürelerden daha kısa bildirim süreleri ile fesih yapılamayacağını, kanunun iş ilişkilerinin haklı nedenlerle feshinde, kısaltılmış bildirimli fesih süreleri ile sona erdirilmesine ilişkin bir çözüm getirmediğini kabul etmektedir. Güven ilişkisi objektif kriterlere ve zarar gören tarafın subjektif kriterlerine göre derinden sarsılmış ise, iş ilişkisinin bildirimsiz olarak derhal feshi yegane yol olarak görülebilir. Böyle bir durumda ise, bildirimli feshin kısaltılmış fesih süresi ile belirlenen süreden önce sona erdirilmesi yerine, iş sözleşmesini sona erdirme sözleşmesi (Aufhebungsvertrag) yapılması kararlaştırılabilir (Art. 115 OR). Ancak sözleşmeyi sona erdirme sözleşmesinin yapılması tavsiye edilir<sup>49</sup>.

Sosyal sürenin (Sozialfrist) tanınabileceğini kabul eden bir diğer görüşe göre; bildirimsiz fesih, iş ilişkisini derhal veya sosyal sürenin sona ermesi ile hüküm ve sonuçlarını hasıl eder. Eğer, taraflardan biri için bildirimsiz fesih şartları oluşmuşsa, feshedebilir; ancak bildirimsiz olarak feshetmek zorunda değildir. Fesih hakkı olan taraf fesihten vazgeçebilir

---

<sup>48</sup> Rehbinder, Manfred; Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 337. N.19

<sup>49</sup> Brühwiler Art.337 OR N.12

veya diğer tarafa bildirimli fesihle belirlenen fesih bildirim sürelerinden daha kısa süre sosyal bildirim süresi (Sozialfrist) tanıyabilir. Bu durumda ise bildirimsiz fesih değil, sosyal süreli bildirimsiz fesih sözkonusu olur<sup>50</sup>. Sosyal sürenin tanınması, iş sözleşmesi feshedilenin menfaati düşünülerek yapılmıştır. Şüphesiz bu konuda feshedilenin iradesine baskı yapılmaz<sup>51</sup>.

Diğer bir görüşe göre; bildirimsiz fesihle iş ilişkisi, fesih bildiriminden karşı tarafa ulaşması ile sona erer. Bildirimsiz, haklı nedenle fesih için başka bir çözüm, yani özellikle bildirimli fesihle öngörülen bildirim sürelerinden daha kısa bildirim sürelerinin belirlenmesi mümkün değildir. Zira kanun tek taraflı olarak kanuni veya akti bildirim sürelerinin kısaltılmasına müsaade etmemektedir<sup>52</sup>.

Görüşümüze göre; bildirimli fesih için öngörülen sürelerden daha kısa süreler belirlenerek belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi mümkün değildir. Haklı nedenlerle belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri feshe yönelik irade açıklamasının karşı tarafa, karşı tarafın bilgi sahasına ulaşması ile sona erer. Haklı nedenlere dayanarak işveren ve işçi iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilirler. Bunun, sosyal bildirim süresi tanınmak suretiyle, uzatılması mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yerinde görülmemek gerekir. Ayrıca böyle bir sürenin tanınması, mevcut iş ilişkisine etkisinin hüküm ve sonuçların tesbitinde, hukuki sorunlar ortaya çıkarabilir.

Diğer taraftan TBK.m.435 de getirilen tanıma göre, haklı sebep, “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek durum ve koşullardır” (Art. 337 Abs. 2 OR). O halde, hizmet ilişkisinin çökilemeyecek hale gelmesinin tesbitinde işin çeşidi, tarafların sosyal durumları sözleşmenin süresi, karşı tarafın tutumu gibi değişik hususlar dikkate alınmalıdır. İş münasebeti sürdürülebilecek gibiyse bildirimsiz (haklı nedenle) feshe gidilmemelidir. Böyle bir durumda taraflarca anlaşarak hizmet aktini sona erdirmeye ilişkin bir anlaşma (ikale) yapılması durumunda ise, bir fesih sözkonusu değildir ve fesih ile ilgili koruyucu hükümler burada uygulanmaz. Ayrıca tarafların sona erdirme sözleşme-

<sup>50</sup> Porttmann - Stöckli, s.219, N.745, 746, 749

<sup>51</sup> Porttmann - Stöckli, s.196, N.676

<sup>52</sup> Brunner - Bühler - Waeber, Art. 337 OR N.12

sinde aksi kararlaştırılmamışsa tazminat istemeleri de mümkün değildir<sup>53</sup>. Zira taraflar anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirdikleri için belirli süreli akitlerde sürenin bitimine kadar beklenilmez. Belirsiz süreli akitlerde ise, bildirim sürelerine uyulmaması nedeniyle tazminat istenmesi mümkün değildir. İhbar ve kıdem tazminatı iş sözleşmesinin feshine bağlı ödemelerdir<sup>54</sup>. Ancak aksi kararlaştırılabilir. Yargıtayda bir kararında "tarafların bozma sözleşmesine ihbar ve kıdem tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmalarının da mümkün olacağına hükmetmiştir<sup>55</sup>.

#### IV. Bildirim Sürelerinin Hesaplanması

İş Kanununda fesih bildirim süresinin ne zaman sona erdiğinin, yani iş sözleşmesinin sona erdiği tarihin kesin olarak belirlenmesinin gayesi, öncelikle sözleşme süresinin tesbitidir. Diğer taraftan fesih bildirim süresi esnasında işçiye yeni iş arama, işverene de yeni bir işçi bulma imkanı verir.

Fesih bildirim önelleri, fesih bildiriminde bulunulan günü izleyen günden başlar. Ancak Anayasa Mahkemesi sürelerin hesabında, sürenin başlangıcı olan günün de hesaba katılması görüşündedir<sup>56</sup>. Belirsiz süreli iş sözleşmesi, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren işlemeye başlayan bildirim sürelerinin bitiminde sona erer.

Fesih bildiriminin hüküm ve sonuçlarının hasıl edebilmesi, bildirim karşı tarafa ulaşmasına bağlıdır. Bildirim süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>57</sup>. Bildirim karşı tarafın hakimiyet sahasına ulaşması için

---

<sup>53</sup> Ekonomi, s.163

<sup>54</sup> Mollamahmutoğlu /Astarlı, s.712;

<sup>55</sup> Y.9.HD. 25.05.2011, E.2010/1650, K.2011/15378 İşveren (Yargıtay Kararları) Özel Eki, Mayıs-Haziran, s.4; Yargıtay bir başka kararında da "işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla feshi gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanması şüphesinin" ortaya çıktığını, bu nedenle irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapmak konusunun "makul yararının" bulunup bulunmadığının araştırılması gerekliliğini, "makul yarar" ölçüsünün, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmasını belirtmiştir. Y.9.HD. 21.04.2008, E.2007/312, K.2008/9600

<sup>56</sup> Any.Mah. 08.12.1966 5/45 (RG. 28.06.1967, 12633)

<sup>57</sup> Brühwiler, Art. 335 N.3/a; Akyiğit, s.616; Narmanlıoğlu s.362; Kaplan, Fesih, s.16 Yargıtaya göre de, "hizmet aktinin feshi, bu yöndeki irade beyanının karşı tarafa ulaşması

gereken herşey yapılmışsa geçerli bir fesih bildirimini sözkonusu olur. Muhatap tarafından bunun geç öğrenilmesi durumu değiştirmez<sup>58</sup>.

Feshe yönelik irade açıklamasının, iş ilişkisini sona erdirecek kadar açık ve şüpheye yer vermeyecek kadar belirli olması gerekir<sup>59</sup>. Ayrıca fesih bildirimini gönderen tarafın, feshin iş ilişkisini hemen mi, yoksa belli bir sürenin geçmesinden sonra mı sona erdireceğini belirtmesi gerekir. Kural olarak fesih yenilik doğuran haklardan olduğu için şarta bağlı olarak yapılamaz<sup>60</sup>. Şartsız feshin gayesi, fesih bildirimini yapılan tarafı belirsiz bir hukuki durumda bulunmaktan korumaktır.

İş Kanununun 109. maddesinde, bu kanunda öngörülen bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerektiği, bildirim yapılan kişinin bunları imzalamaması halinde, durumun o yerde tutanakla tesbit edileceği öngörülmüştür. 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat bu kanun hükümlerine göre yapılır. Yazılı olarak yapılması koşulu ispat koşuludur. Ancak geçerli nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, fesih bildirimini yazılı yapılması geçerlilik koşuludur (İŞK.m.19/I).

Yargıtay'a göre "fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması bunu örnek verilebilir"<sup>61</sup>

Fesih bildiriminden muhatabın haberi varsa veya doğruluk dürüstlük kuralı gereğince bildirim ulaştığı anlaşılıyorsa yahut muhatap fesih bildirimini havi mektubu postacıdan veya tebliğ memurundan almayı reddederse, fesih beyanı kabulün reddedildiği anda ulaştığı sayılır. Yine işçi işverene haber vermeden tatile çıkarsa, bildirim işçinin son adresine

---

ile hukuki sonuçlarını doğuran hukuki bir işlemdir". HGK 12.06.1991, E.91/9-287 K.91/349 Narmanlıoğlu, s.363 Dipn.89

<sup>58</sup> Süzek, s.515

<sup>59</sup> Schweingruber, s.227; Süzek, s. 513

<sup>60</sup> Brunner - Bühler - Waeber. Art. 335 N.4; Brühwiler, Art. 335; Rehbindler, Art. 335 N.6 Oğuzman, s.172; Süzek, s.513 ve dipn. 28 de belirtilen Yargıtay kararları; Çelik, s.207; Narmanlıoğlu, s.358; İstisnai olarak şarta bağlı feshin geçerli sayılabilmesi hakkında bkz. Schweingruber, s.227; Kaplan, Fesih, s.24 vd.

<sup>61</sup> Y.9.HD. 12.06.2013, E.2011/23582, K.2013/18093

yapılır. Eğer fesih bildirim işçinin hakimiyet alanına ulaşırsa, muhataba ulaşılmış sayılır<sup>62</sup>.

7201 sayılı Tebligat Kanununun 10. maddesine göre tebligat tebliğ yapılacak şahsa bilinen son adresinde yapılır.11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 7201 sayılı Kanunun 10. maddesine ilave edilen 2. fıkrasına göre bilinen en son adrese tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebliğ yapılamaması halinde muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adres olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır (Yön. m.16/1, 2)<sup>63</sup>.

Kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa; tebliğ kendisi ile aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır (m.16). Muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kimsenin onsekiz yaşından aşağı olmaması gerekir (m.27).

7201 sayılı Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraya göre, gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış ise, tebligat memuru tebliğ olunacak evin bulunduğu muhtar heyetine, ihtiyar heyeti azasına veyahut zabıta amirine imza karşılığında teslim eder ve ihbarnameyi gösterilen adresteki binasına kapısına yapıştırır, yapıştırma tarihi tebliğ tarihi sayılır.

Muhatap o adreste bulunmazsa veya muhatabın veya kendisine tebligat yapılacak kişi tebellüğden kaçarsa evrak o yerin muhtarına, ihtiyar heyeti ve meclis üyesine imza karşılığı verilir. Tebliğ memuru ihbarnameyi gösterilen adresteki kapıya yapıştırır. Adresin kapısına yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılır (Yön.m.31)<sup>64</sup>.

Diğer taraftan, fesih bildirim süresinin son gününün tatil günlerine gelmesi durumuna ilişkin bir düzenleme İş Kanununda yoktur. Borçlar Kanununun 93. maddesinin birinci fıkrasında (Art. 78 OR) de getirilen düzenlemeye göre, ifa zamanı veya sürenin son günü kanunlarda tatil olarak

---

<sup>62</sup> Brühwiler, Art. 335. N.3/b

<sup>63</sup> RG. 19.01.2011 27820

<sup>64</sup> 7201 sayılı Kanunun 7. maddesine 6099 sayılı Kanun ile eklenen düzenlemeye göre, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek tebligat yapılmasını isteyen kişiye elektronik yolla tebligat yapılabilir. Tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günü sonunda yapılmış sayılır. (m.70)

kabul edilen bir güne rastlarsa kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer. 93. madde hükmüne göre, bir günlük kanuni süre uzatımı söz konusu olur. Ancak, emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile aksinin kararlaştırılması mümkündür<sup>65</sup>.

Bu madde edim yükümlülüklerinde sınırsız uygulanır. Ancak maddi edimin ifasına ilişkin bir hüküm olduğu için, iş sözleşmesinin feshinde uygulanmaz. Fesih bildirimindeki adrese ulaşamama bir edimin ifası yerine geçmez<sup>66</sup>. Sözleşme ile tesbit edilen sürelerde m.93 hükmü (Art. 78 OR) uygulanmaz<sup>67</sup>. Zira fesih bildirim süresi tatil günlerine rastladığı takdirde, ortada fiilen maddi bir edim yükümlülüğü söz konusu olmadığı için, yani işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğü bulunmadığından iş sözleşmesi tatil gününde sona erer; herhangi bir kanuni süre uzatımı söz konusu olmaz. Bunun hukuki sonucu ise, işçinin, fesih bildirim süresinin tatil gününe rastladığına ilişkin bir talep hakkının olamayacağıdır.

İş Kanununda işçinin kıdemine göre belirlenen sürelerde hafta esaslı kabul edilmiştir. Haftaların hesaplanmasında kanunda bir açıklık getirilmediği için, Borçlar Kanununun buna ilişkin hükmünün uygulanması gerekir. TBK. m.92/1. b.2 (Art. 77 OR) hükmüne göre, "hafta olarak belirlenmiş süre, son haftanın sözleşmenin kurulduğu güne ismen uyan gününde dolmuş olur"<sup>68</sup>. TBK.m. 92/1.b.2 (Art. 77 OR), bütün hukuki fiillerde sürelerin hesaplanmasını düzenlemektedir. Borçların ifa edilmediği pazar ve tatil günleri bu günlerin hesabında dikkate alınır. Ancak taraflar tatil günlerinin hesaba katılmamasını sözleşme ile öngörebilirler. Bu takdirde bildirim süreleri bu günlerde işlemez<sup>69</sup>.

## SONUÇ

Fesih bildirim süreleri, İş Kanununda işçinin kıdemine göre iki, dört, altı, sekiz hafta olarak düzenlenmiştir. Ancak bu süreler asgari olup sözleşmelerle arttırılabilir. Bu konuda bir sınırlama getirilmemiş olması, bildirim sürelerinin çok yüksek olarak belirlenmesine neden olmaktadır. İş Kanununda yapılacak bir düzenleme ile TBK.m.620 ve devamında düzenlenmiş adi şirketlerde öngörülmüş olan azami altı aylık feshi ihbar süresi

<sup>65</sup> Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2013, s.955

<sup>66</sup> Brühwiler Art. 335 N. 3a

<sup>67</sup> Honsell -Vogt -Wiegand, Art 78 IV. 1, 2, 3, 4

<sup>68</sup> İsviçre Hukukunda aylık fesih bildirim sürelerinin hesap edilmesinde, feshi takip eden ayın sonu kabul edilmiştir. (Art. 335 c Abs. 1 OR)

<sup>69</sup> Honsell -Vogt -Wiegand, Art. 77 N. 1, 2



(TBK.m.640) kıyasen alınmalıdır. Böylece, ihbar tazminatı talepleri de azami 24 haftalık bildirim süresi ile sınırlandırılmış olur.

İş Kanununda, işçi ve işveren açısından farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması konusunda bir açıklık yoktur. TBK.nun 432/5 maddesine göre, fesih bildirim sürelerinin her iki taraf içinde aynı olması zorunludur. Farklı bildirim sürelerinin kararlaştırılması halinde her iki tarafa da en uzun bildirim süresi uygulanır. Maddede yer alan eşitlik ilkesini mutlak olarak almayıp, işçi lehine işverenin uyacağı süreyi daha uzun tutmak yerinde olur. Ancak, uzun olan sürenin uygulanması işçinin aleyhine olacağına kısa olan süreyi her iki taraf içinde uygulamak uygun olur.

Bildirim süreleri iş sözleşmesinin kaza, hastalık, gebelik ve doğum, ücretli izin gibi nedenlerle askıda kaldığı sürede işlemez. Bildirim süreleri, fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı anda işlemeye başlar. Sürelerin sona erdiği tarihte iş sözleşmesi sona erer.

Diğer taraftan bildirimsiz fesihte, sosyal nedenlerle bildirimli fesihteki bildirim sürelerinden daha kısa bildirim sürelerinin (sosyal süre) tanınıp tanınmayacağı İsviçre Hukukunda tartışmalıdır. Bildirimsiz fesihte işçi ve işveren iş sözleşmesini haklı nedenlere dayanarak her zaman sona erdirebilir. Sosyal süre tanınması mevcut kanuni düzenlemeler karşısında yerinde görülmemektedir. Ayrıca, böyle bir sürenin tanınmasının mevcut iş ilişkisine etkisinin hüküm ve sonuçları, yeni hukuki sorunlar ortaya çıkarabilir.

**KAYNAKÇA**

- AKTAY, Nizamettin - ARICI Kadir – KAPLAN SENYEN, E. Tuncay; İş Hukuku, 6.B, Ankara 2013
- AKYİĞİT, Ercan; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2.B. Ankara 2008
- BAKIRCI, Kadriye; Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi, Sicil, Mart 2007 Y.2. S.5, s.106-111
- BRUHWILER, Jürg; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag OR. Art. 319-343, 2. Aufl, Bern 1996
- BRUNNER, Christiane -BÜHLER, Jean Michel –WAEBER Jean Bernard; Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2. Aufl. Basel 1997
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 26.B. 2013
- ÇİL, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (3.B.) Ankara 2010
- EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, 3.B, İstanbul 1984
- ENGİN, Murat; Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.1-89
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası. Ankara 2013
- HONSELL, Heinrich –VOGT, Nedim Peter –WİEGAND, Wolfgang (Hrsg); Obligationenrecht Art. 1-529 OR 5. Aufl. Basel/Bern/Zürich, 2011
- HONSELL, Heinrich; Basler Kommentar zum ZGB; 2. Aufl.; Art. 2 N:51; /Genf/München, Basel 2012.
- KAPLAN E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987
- KAPLAN E. Tuncay; Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasının Üst Sınırı Sorunu Sicil, Mart 2008, S.9, s.10-13
- KAPLAN, E. Tuncay; İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.567-595
- KAPLAN, İbrahim; Borçlar Hukuku (Genel Hükümler); 6. B. Ankara 2012
- KAPLAN, İbrahim; Hakim Söleşmeye Müdahalesi, 2.B. Ankara 2007
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi -ASTARLI, Muhittin; İş Hukuku, 5.B. Ankara 2012
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, 4.B. İstanbul 2012
- OĞUZMAN, M. Kemal; Türk Borçlar Hukuku ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş Aktinin" Feshi, İstanbul 1955

- POLAT, M. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni Türk Borçlar Kanunu” Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Y.6. S.22 s.12-22
- PORTMANN, Wolfgang - STÖCKLI, Jean Fritz; Schweizerisches Arbeitsrecht 3.Aufl. Zürich-Basel, 2013
- REHBİNDER, Manfred; Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Art. 331-355, Bern, 1992
- SCHWEİNGRUBER, Edwin; Kommentar zum Arbeitsrecht, Bern 1974
- SOERGEL - Kraft; BGB § 624. 12. Aufl. Stuttgart- Berlin – Köln, Rz 1-2
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 10 B. İstanbul 2014
- ŞAHLANAN, Fevzi; İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara 2010, s.136-137
- TAŞKENT, Savaş; Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s.57-61
- TAŞKENT, Savaş; İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, s.159-203
- VİSCHER, Frank; Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. Basel 2005



**Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan  
Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili  
Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”**

**Doç. Dr. Şafak NARBAY**

**Arş. Gör. Buğra KESİCİ**



# Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine “Kısa Bir Değerlendirme”

Doç. Dr. Şafak NARBAY (\*)  
Arş. Gör. Buğra KESİCİ (\*\*)

## ÖZET

Rekabet hukuku ihlâllerinin özel hukuk alanındaki sonuçları, tazminat sorumluluğu ve geçersizlik şeklinde tasnif edilebilecek iki ayrı yaptırımdan oluşmaktadır. Rekabet hukukunun ihlâli dolayısıyla zarar görenler, maruz kaldıkları haksız fiil sebebiyle oluşan zararların tazminini talep edebilirler. Tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi her ne kadar genel hükümler bağlamında çerçevesi belirlenebilen bir konu görünümünde olsa da gerçekleştirilen “mevzuat reformu”, konunun maddi hukuk ve usul hukuku boyutuyla değerlendirilmesini gerekli hale getirmiştir. Konunun ele alınması bakımından ikinci gerekçe ise, doktrinde öne sürülen farklı görüşlerin mevcudiyeti ve bu anlamda netliğin sağlanabilmesi ihtiyacıdır. Bu minvalde, rekabet hukukunun arz ettiği özellikler de nazara alınmak suretiyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun görev ve yetkiye dair öngördüğü genel nitelikteki yeni hukukî rejim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ticarî dava kavramı ve hususiyetle görev bahsi özelinde ihdâs edilen yeni düzenlemeler, nihayet, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un getirdiği tartışılmaya değer yeni hukukî müesseseler ve mukayeseli hukuktaki genel uygulama dikkate alınarak konu, detaylı bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Rekabet hukuku, haksız fiil sorumluluğu, tazminat davaları, ticarî dava, görevli mahkeme.

---

(\*) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, narbays@yahoo.de

(\*\*) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, kesicibugra@hotmail.com

## **“A Brief Assessment” on Courts of Jurisdiction and Authority in Action for Damages Arising from Breach of Competition Law**

### **ABSTRACT**

Results of competition law breaches in private law area comprise two different structures which can be classified as an action for damages and invalidity in general lines. Those who incur damages because of a breach of competition law may demand the compensation of the damages resulting from the wrongful act they suffered. Although the determination of the court of jurisdiction and authority in action for damages filed by the sufferer seems to be a matter of which the framework can be determined according to the general provisions, the “legislation reform” implemented made it possible to assess the matter with its procedural law and material law dimensions. A second reason in terms of the addressability of the matter is the presence of different views introduced in the doctrine and derivability of clarity in this context. Based upon this, it has been attempted to assess the matter in detail with consideration to the new juridical regime of general nature provided by the Code of Civil Procedure number 6100 on jurisdiction and competence, the new regulations created as specific to the commercial litigation concept and specially jurisdiction in the Turkish Commercial Code number 6102, and finally, the new judicial institutions and general practices in comparative law introduced by the new Law number 6502 on the Protection of the Consumer which is worthy of discussion also with consideration to particulars presented by the competition law.

**Key Words:** Competition law, tort liability, action for damages, commercial litigation, court of jurisdiction.



## I. GİRİŞ: KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunda, zarar gören kişiler tarafından açılacak tazminat davalarının hangi ve neredeki mahkeme nezdinde ikâme edileceği temel bir öneme sahiptir. Bilindiği gibi, rekabet hukukunun ihlâli halinde idarî yaptırımların uygulanmasında münhasıran Rekabet Kurulu yetkili ve görevli olup (4054 s. RKHK md. 20, 27); RKHK'nın maddi yasaklayıcı hükümlerinin ihlâlinden doğan tazminat ile önleme ve durdurma gibi tazminat dışındaki diğer talepler (*action for damages*) ve geçersiz işlemlere (*invalidity*) yönelik taleplere bakmakla yetkili kılınan yegâne görevli mercii, hukuk (*adliye*) mahkemeleridir<sup>1</sup> (4054 s. RKHK md. 57).

---

<sup>1</sup> ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007, s. 784; AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000, s. 194; SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sempozyumu (Editör: Kerem Cem SANLI), İstanbul, 2013, s. 45; SANLI, Kerem Cem, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara, 2003, s. 201-202; TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001, s. 312; TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 49, 52; ŞAHİN, Murat, Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul, 2013, s. 232; YİĞİT, İlhan, Rekabet İhlâllerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul, 2013, s. 312; ATEŞ, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013, s. 181; BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, s. 162; EĞERCİ, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Ankara, 2005, s. 253-254; GÜRZUMAR, Osman Berat, Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 (Editör: Cavid ABDULLAHZADE), Ankara, 2006, s. 176; İKİZLER, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, 2005, s. 359; İNAN, Nurkut/PİKER, Mehmet, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007, s. 103; İNAN, Nurkut, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, 2004, s. 56; ÖZ-SUNAY, Ergun, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi (Editör: N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN), Ankara, 2005, s. 146; AKSOY, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Uzmanlık Tezleri Serisi

Rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna dair sonuçların tanzim edilmiş olduğu RKKH md. 57-59 hükümlerinde görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi hususuna dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu zaviyeden bakıldığında, genel hükümlerden istifade edilmek suretiyle görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekecektir. Diğer taraftan rekabetin bozulması ve kısıtlanması dolayısıyla ortaya çıkan zararlar, “haksız fiil” (*tort liability*) temeline dayandığından, açıklamalarımızda sorumluluğun bu vasfı da göz önünde bulundurulacaktır (4054 s. RKKH md. 57-59; 6098 s. TBK md. 49 vd.).

Çalışmamızda, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan haksız fiil sorumluluğunun maddi hukuk esasları ve özellikle Rekabet Kurumu ile adli yargı mercileri arasındaki ilişkiye dair açıklamalar, konunun kapsamı dışına çıkılmaması adına, “bilinçli olarak” ihmâl edilecek ve gerekli olduğu nispette aktarılacaktır. Bu çerçevede; giriş ve konunun incelenme plânının kaleme alındığı bu ilk bölümü müteakip ikinci bölümde, özellikle zarar gören kişilerin kapsamı bakımından, “davacı sıfatı” (*hostility*) ve “dava konusuna” (*matter in dispute*) göre görevli mahkemenin belirlenmesi hususu üzerinde durularak, hususiyetle ticaret ve tüketici mahkemelerinin görevli olup olmadığı tartışılmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümde, genel ve özel mevzuattaki ilgili hükümler incelenerek, önem arz ettiği düşünülen hususlar ışığında yetkili mahkemenin tespiti değerlendirme konusu haline getirilecektir. Nihayet dördüncü ve son bölümde ise, ikinci ve üçüncü bölümlerde aktarılan veriler etrafında özellikle maddi hukuk boyutuyla varılan sonuçlar, bu konudaki “*de lege ferenda*” tespit ve değerlendirmelerimiz eşliğinde paylaşılacaktır.

---

No: 52, Ankara, 2004, s. 55-58; GÜNAY, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara, 2014, s. 186; GÜNAY, Cevdet İlhan, Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara, 2010, s. 1541; GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 763; ÖZTUNALI, Aydın, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2014, s. 167-168; SEKMEN, Orhan, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2013, s. 101; TAŞPINARLI, Caner, Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 91.

## II. ÇEŞİTLİ TASNİFLER EŞLİĞİNDE: GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

### 2.1. Görev Bahsi Bakımından “Özellik Gösteren” Hususlar.

Muhakeme hukukunda geniş anlamda görev, bir davaya “konu bakımından” hangi mahkemenin bakacağı durumunu betimler. Görev, kamu düzeninden olup; görev kuralları, kıyas veya yorum yoluyla genişletilemez yahut değiştirilemez<sup>2</sup> (6100 s. HMK md. 1/1, c. 2). Kanunda açıklık bulunmayan hallerde, görev genel mahkemelere aittir. Görev dava şartları arasında yer aldığından, taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve ileri sürülmesi dahi, mahkeme tarafından “kendiliğinden” (*ex officio*) dikkate alınır<sup>3</sup> (6100 s. HMK md. 114/1-c). Diğer yandan, mahkemelerin görevinin kamu düzeninden olması ve tarafların görev üzerinde tasarrufta bulunamamaları nedeniyle, taraflar görevli bir mahkemenin görevsiz veya görevsiz bir mahkemenin görevli olduğu yönünde yazılı veya sözlü, açık veya zımnî bir görev sözleşmesi yapamazlar<sup>4</sup>. Yine, tarafların belli bir süre içerisinde görev itirazında bulunmaması da görevsiz bir mahkemenin görevli hâle gelmesine yol açmaz<sup>5</sup>.

---

2 ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 1997, s. 139 vd.; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014, s. 3; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 45; ÖZBAY, İbrahim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 41. Ayrıca bkz. KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 195, 212.

3 ALANGOYA, Yavuz H./YILDIRIM, Kâmil, M./DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 69-70; KARSLI, s. 196, 219; UMAR, s. 3, 15; YILMAZ, Şerh, s. 45. Bu yönüyle görev, usulî müktesep hakkın istisnalarından birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla daha evvel mahkemenin görevsizliği konusunda herhangi bir karar verilmemiş olsa dahi, istinaf veya temyiz aşamasında bu hususun “kendiliğinden” nazara alınması önünde herhangi bir engel yoktur.

4 YILMAZ, Şerh, s. 45-46; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2013, s. 123; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013, s. 153-154; KARSLI, s. 219; UMAR, s. 15. Görevli mahkemenin belirlenmesine dair metodolojik bir çalışma için bkz. TUTUMLU, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukuku Sorunları, Cilt I, 3. Bası, Ankara, 2010, s. 39-42.

5 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 154.

Genel olarak belirtilmesinde fayda olacağı üzere, “görevli ve yetkili mahkemenin” tespiti açısından rekabetin kısıtlanmasının teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı (4054 s. RKHK md. 4) ile veya hâkim durumun kötüye kullanılması (4054 s. RKHK md. 6) suretiyle gerçekleştirilmesi “belirleyici bir etkiye” sahip değildir<sup>6</sup>. Zira taraflar arasındaki ilişki rekabetin ihlâli sebebiyle oluşan zararın tazminine, dolayısıyla özünde haksız fiil temeline dayanmaktadır<sup>7</sup>.

6 RKHK'nın “Birleşme veya Devralma” kenar başlıklı 7 nci maddesine aykırı bir davranışın çok sınırlı bir takım hallerde zarara yol açması ihtimali karşısında, oluşan bu zararın 57 nci madde çerçevesinde haksız fiil hukuku kurallarına göre giderilmesinin teorik ve pratik mülahazalar etrafında mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira, bir kere burada, kişilerin uğradığı zararların giderilmesi, 7 nci maddenin amacının kapsamında değildir. Diğer yandan, 7 nci maddenin koruma amacının, zararın giderilmesinden ziyade “önlenmesi” olduğu ve hâkim durumun oluşturulması veya güçlendirilmesi halinde 6 ncı maddenin mevcudiyeti nazara alındığında, tazminat sorumluluğunun oluşmayacağına benimsenmesi en makul çözüm yolu olarak tezahür etmektedir. Kaldı ki, 7 nci madde ile yapılması öngörülen “önleyici” (*ex ante*) denetim eşliğinde maddenin “koruma amacının” piyasa yapısının korunması ile sınırlı olduğu, dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunu kapsamı dışı bırakmadığı gerekçesiyle tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Benzer yönde görüş bildiren yazarlar ve görüşlerinin detayı için bkz. dolaylı olarak AKSOY, s. 50; dolaylı olarak BADUR, s. 162; GÜRZUMAR, Özel Hukuk, s. 150-151; İNAN, Eleştirel Bakış, s. 48; dolaylı olarak İNAN/PİKER, s. 105-106; dolaylı olarak ÖZSUNAY, s. 15 vd.; SANLI, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 216-218; SANLI, Genel Bakış ve Sorunlar, s. 38-39; YİĞİT, s. 5-9. RKHK md. 7'nin emredici vasfından hareket eden aksi görüşteki yazarlar ve görüşlerin detayı için bkz. ATEŞ, s. 307; ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 784; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 739-740; TEKİNALP, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2005, s. 261; dolaylı olarak İKİZLER, s. 359; SAYHAN, İsmet, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 5, Cilt 5, Sayı 2005/3, s. 41-42; SEKMEN, s. 40; ŞAHİN, s. 157-158; TOPÇUOĞLU, s. 310.

7 Doktrinde genel kabul gören görüş, 4054 sayılı RKHK'nın emredici hükümler içerdiği ve Rekabet Kurulu'nun görev alanında düzenlenen konularda “tahkime” gidilemeyeceği yönündedir. Dolayısıyla, 4054 sayılı RKHK kapsamında ihlâl tespiti nedeniyle bir anlaşmanın geçersizliği, bu anlaşmanın muafiyet alıp alamayacağı ya da bir birleşme ve/veya devralma işlemine izin verilip verilemeyeceğinin tespit ve takdiri, Kurulun yetkisindedir. Ancak, konumuzla bağlantısı dolayısıyla, hakemlerin ihlâl tespitine dayanarak, RKHK md. 56 vd. maddelerinde öngörülen “özel hukuk yaptırımlarına” hükmedebilmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı önemle belirtilmelidir. Bunun gerekçesi ise kuşkusuz, rekabet hukukunun ihlâlinin özünde bir haksız fiil olması ve haksız fiilden kaynaklanan uyumsuzlukların, tahkime elverişli olması, daha iyi bir

Ayrıca, kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında RKHK’da açık dayanağı olan herhangi bir ayrıma yer verilmediğinden, kamu teşebbüslerine karşı açılacak tazminat davalarının da hukuk mahkemelerinde ikâme edilmesi gerekecektir<sup>8</sup>.

## 2.2. Genel Görevli Mahkeme.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı olarak, malvarlığı ve şahıs varlığı haklarına dair davalarda asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayrımı, dava konusu miktar veya değere “bağlı olmaksızın” düzenlenmiştir. Buna göre, malvarlığı ve şahıs varlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun miktarı veya değeri önem arz etmeksizin genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir<sup>9</sup> (6100 s. HMK md. 2/1).

Bu çerçevede, HMK md. 2/2’de yer alan genel düzenleme uyarınca, rekabet hukukunun ihlâlinde doğan tazminat davalarının “malvarlığı haklarına” ilişkin olduğu gözetilerek, genel görevli mahkeme kural olarak, “asliye hukuk mahkemesi” olacaktır. Ayrıca, tazminat dışındaki diğer talepler olarak nitelendirilebilecek “önleme ve durdurma” talepleri bakımından da görevli mahkemenin kural olarak asliye hukuk mahkemesi olacağı vurgulanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, HMK’nın

---

ifade ile taraf iradeleri kapsamında yer alan mesele olması hasebiyle tarafların tahkime başvurabileceğinin kabulüne dayanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve öngörülen opsiyonlar hakkında etraflı izahat için birçokları yerine bkz. ULUÇ, Didem, Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 132, Ankara, 2012, s. 43 vd.; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 813-822, özellikle bkz. s. 821-822. Şahin, eserinde, henüz ihlâl dair bir Kurul kararının bulunmadığı evrede de, tarafların ihlâlin özel hukuk sonuçlarına dair tahkim sözleşmeleri yapabilmelerinin mümkün olması gerektiğini belirtmektedir. Karş. ŞAHİN, s. 290-292. “Arabuluculuk” ve “uzlaşmanın” mümkün olduğu ve teşvik edilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 292.

<sup>8</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 763; ŞAHİN, s. 232. Benzer şekilde YILMAZ, Şerh, s. 58.

<sup>9</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 122. HMK md. 2 hakkındaki eleştirilerin genel çerçevesi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 142. Asliye hukuk mahkemelerinin görevi “asıl” olmakla birlikte, yeni HMK ile getirilen ayırım doğrultusunda, kanunda belirlenen bazı davalar, çalışma konumuzdan ayrık olarak, dava konusunun miktar veya değerine bakılmaksızın, sulh hukuk mahkemelerinde görülecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. YILMAZ, Şerh, s. 64-82; KARSLI, s. 216-219; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 118-120; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 147-153; UMAR, s. 18 vd.; ÖZBAY, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 38 vd.

öngördüğü sistemle birlikte, artık “sulh hukuk mahkemelerinin” bu tür uyuşmazlıklarda görevli olma ihtimali kalmamıştır (6100 s. HMK md. 4).

### 2.3. Mukayeseli Uygulama: ABD ve AB Rekabet Hukukundaki “Genel Durum”

ABD antitröst hukukunda dava konusunun değer veya miktarına bakılmaksızın rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davaları bölge mahkemeleri (*civil action in the US District Courts*) nezdinde görülmektedir<sup>10</sup> (Clayton Act. Art. 4). Bölge mahkemeleri nezdinde özel hukuk alanındaki sonuçlar özelinde ikâme edilen davaların büyük bir çoğunluğu, üç kat tazminat (*treble damages*) ve tedbir mahiyeti de bulunan yasaklama kararlarından (*injunctions*) müteşekkildir<sup>11</sup>. AB’deki Komisyon odaklı idarî denetim sisteminden farklı olarak, gelişmiş bir federal mahkeme sisteminin benimsenmiş olduğu ABD’de, yargılamaların konusu genellikle eyalet kanunları ile federal kanunlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ya da farklı eyaletlerin vatandaşları arasındaki ihtilaflardan oluşmaktadır<sup>12</sup>. Federal mahkemeler tarafından verilen kararların temyiz mercii ABD Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court of the United States*) olup, mahkemece verilen kararlar, temyiz edenin bağlı bulunduğu “coğrafi bölgedeki” ilk derece bölge mahkemelerini bağlayıcı bir etkiye (*binding effect*) sahiptir<sup>13</sup>.

AB rekabet hukukunda ise görevli mahkemenin belirlenmesi, üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan düzenlemelere göre tayin

---

<sup>10</sup> JONES, Clifford A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, United Kingdom, 1999, s. 16. Diğer yandan, potansiyel davacı ve/veya davacıların, öncelikle, davayı eyalet veya federal mahkemeler nezdinde açıp açmayacaklarını belirlemesi gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda ABD yargılama sistemine özgü çeşitli “çıkarımlar” ve dava açılmasından önceki prosedürel müracaat yolları için ayrıca bkz. HAUSFELD, Michael D., Initiation of a Private Claim, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edited by Albert A. FOER, Jonathan W. CU-NEO, Cheltenham, UK, 2010, s. 111-123.

<sup>11</sup> JONES, Private Enforcement, s. 16. Bu konuda istatikselsel bilgi için bkz. s. 81-82. Ayrıca, Amerikan antitröst hukukunda hem ihtiyati tedbirler, hem de tecavüzün önlenmesi ve durdurulmasına dair davalar açık bir şekilde hükme bağlanmıştır (Clayton Act. Art. 16).

<sup>12</sup> JONES, Private Enforcement, s. 20. Yargılama usulü ve jüri sisteminin detayları için ayrıca bkz. s. 22.

<sup>13</sup> JONES, Private Enforcement, s. 21. Ayrıntı için bkz. s. 20-22.

edilmektedir<sup>14-15</sup>. Doğrudan anlatımla, rekabet hukuku ihlâllerine dayanan tazminat taleplerinde hangi mahkemenin görevli olacağı AB'ye üye olan her devletin ulusal hukukuna göre çözümlenecektir. Örneğin İngiliz hukukunda, "potansiyel davacı" konumundaki kimseler için bu konuda iki farklı müracaat yolu öngörülmüştür. Buna göre ilk seçenek, davacının, Yüksek Mahkeme (*High Court*) nezdinde bağımsız bir dava ikâme etmesi halidir. Burada rekabet otoritesi tarafından ihlâlin mevcudiyeti (*infringement*) yönünde verilen herhangi bir karar olmadığından doktrinde bu başvuru yoluna "standalone action" (*bağımsız dava*) adı verilmektedir<sup>16</sup>. İkinci opsiyon olarak ise, sektörel düzenleyici olarak OFT (*Office of Fair Trading*) veya Komisyon'un ihlâlin mevcudiyeti yönündeki kararına istinaden Yüksek Mahkeme veya özel bir ihtisas mahkemesi olarak Rekabet Temyiz Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal*) nezdinde dava ikâme edebilme yoluna başvurulabilmesi öngörülmüştür. Burada ise, rekabetin ihlâli evvelce tespit edildiği için

---

<sup>14</sup> BASEDOW, Jürgen, Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law, International Competition Law Series Vol. 25, Private Enforcement of EC Competition Law Edited by Jürgen BASEDOW, 2007, s. 231; JONES, Alison/SUF-RIN, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Third Edition, 2007, s. 1304; VAN BAEL, Ivo/BELLIS, Jean-François, Competition Law of The European Community, Fifth Edition, United Kingdom, 2010, s. 1212 vd.; COLINO, Sandra Marco, Competition Law of the EU and UK, Seventh Edition, New York, 2011, s. 125; WHISH, Richard, Competition Law, Sixth Edition, New York, 2009, s. 292; JONES, Private Enforcement, s. 93.

<sup>15</sup> BERRISCH, Georg/JORDAN, Eve/ROLDAN, Rocio Salvador, EU Competition and Private Actions for Damages, Northwestern Journal of International Law & Business, 2003-2004, s. 587-588 (HeinOnline Database). Ayrıca bkz. *Case 234/89, Delimitis v. Henninger Bräu [1991] ECR I-9351 at §47*. Anılan karardan hareketle ulaşılan usulî çıkarımlar ve yetki bahsi hakkında ayrıca bkz. GRONING, Jochem, National Judges in a Modernised Community Law System: A Special View to Procedural Aspects, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, Edited by Claus Dieter EHLERMANN & Isabela ATANASIU, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001, s. 584-585, 590-591. Ayrıca, Avrupa Topluluğunu kuran anlaşmanın 81 ve 82 nci maddelerinin uygulanmasına dair 1/2003 sayılı Tüzük hakkında kapsamlı bilgi edinebilmek için bkz. ERSOY, Çiçek, Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, Sayı: 16, s. 3-41.

<sup>16</sup> WHISH, s. 300. Ayrıntılı açıklama için bkz. WHISH, s. 300-307; COLINO, s. 137-140.

“follow-on action” (*müteakip dava*) prosedürünün söz konusu olduğu belirtilmektedir<sup>17</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu rekabete aykırılığı tespit ettikten sonra, zarar görenler bakımından oluşan “zararların tazminine” hükmedemez. Benzer şekilde Avrupa Birliği’nde Komisyon’un yetkisi de bu şekildedir. Doktrinde, Komisyon’un her ne kadar oluşan zararı giderme gibi bir yetkisi bulunmasa da; oluşan zararın tazmin edilmesi ile ilgili olarak zarar veren davalı ve/veya davalıları mağduriyetlerin giderilmesi noktasında teşvik edebileceği ve bu durumun Komisyon tarafından davalıya verilecek idarî para cezası bağlamında bir “indirim sebebi” (*extenuating circumstances*) olabileceği dile getirilmektedir<sup>18</sup>. ABD antitröst hukukunda ise Federal Ticaret Komisyonu’na (*Federal Trade Commission*) ihlâl halinde ödenmiş meblağların iadesine karar verme yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin hemen hemen hiç kullanılmadığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>.

Dava konusu ve davacının hukukî statüsüne göre, tazminat davasına konu edilen uyuşmazlık, özel mahkemelerin görev alanına da girebilir<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> JONES/SUFRIN, s. 1341; WHISH, s. 300. Ayrıntılı bilgi için bkz. WHISH, s. 307-309; COLINO, s. 136-137. AB Komisyonu tarafından verilen kararların denetimi ilk derece mahkemesi (*Court of First Instance*) nezdinde gerçekleştirilmektedir. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın “hukukî denetimi” ise Adalet Divanı (*Court of Justice*) tarafından yapılmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. VAN BAEL/BELLIS, s. 1185.

<sup>18</sup> Bu yönde WHISH, s. 292 ve orada anılan Komisyon kararları; JONES, *Private Enforcement*, s. 93.

<sup>19</sup> ÖZSUNAY, s. 118-119; İKİZLER, s. 359’dan naklen HEMPEL, Rolf, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, Baden-Baden, 2002, s. 238. Ayrıca bkz. JONES, *Private Enforcement*, s. 14 vd. ABD’de Sherman Act, Clayton Act ve FTC Act’in uygulanmasında yetkili merciler olan United States Department of Justice (DOJ) ve FTC hakkında bilgi için bkz. JONES, *Private Enforcement*, s. 14-16; HAUSFELD, s. 111-114.

<sup>20</sup> RKKH md. 56 vd. maddelerinde yer alan tazminat hakkına dair düzenlemelerde, toplu tazminat talep etme imkânı veren herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu minvalde, RKKH md. 56 vd. maddeleri gereğince, zarar gören kişiler, bireysel olarak dava açarak, ihlâlî, zararı ve zararlı ihlâl arasındaki nedensellik bağıını ispat etmeleri koşul ve kaydıyla, tazminat elde etme olanağına sahip olabileceklerdir. Konumuz bakımından yapılan izahatler, kural olarak, toplu davalar bakımından da muteber olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Türk hukuku bakımından yapılan öneriler için birçokları yerine bkz. KOYUNCU, Tuğçe, *Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 128, Ankara, 2012, s. 71 vd.; ÖZBAY, İbrahim, *Grup Davaları*, Ankara, 2009, s. 209 vd.; rekabet hukuku bağlamında özellikle bkz. s. 244-255.



Bu çerçevede, sırasıyla asliye ticaret mahkemeleri ve tüketici mahkemelerin görevli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

#### 2.4. Ticaret Mahkemelerinin Görevli Olması

Ticarî dava (*commercial litigation*), bir başkası tarafından ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan hakkın ticarî bir hak olması ya da haksız talebe veya talep tehlikesine maruz konunun “ticarî vasıfta” olması halinde söz konusu olur<sup>21</sup>. Bir davanın ticarî dava sayılmasına bağlanan en önemli sonuç kuşkusuz, bahse konu olan davanın, asliye ticaret mahkemesinde görülmesi ve buna bağlı olarak özel bir takım ispat ve “usul kurallarına” (*rules of procedure*) tabi olmasıdır<sup>22</sup>. Burada özellikle vurgulanması gereken, ticarî iş kavramı ve kriterleri ile ticarî dava ve türlerinin birbirlerine “paralel” kavramlar olmayıp, her ticarî işin, niteliği itibarıyla ticarî davaya konu olmayacağıdır<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Tanım için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 249, 259; DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, Ticari Davalar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 100.

<sup>22</sup> ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara, 2014, s. 96; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2012, s. 111; BERZEK, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 34; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2013, s. 72; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari Davaların Saptanması ve Davanın Ticari Olmasının Önemi, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 23 vd.; DELİDUMAN/ORUÇ, s. 101. Ticarî dava bahsi bakımından toplu bir etüd ve yargı kararları için bkz. BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Davalar, Ankara, 2013, s. 7 vd.; ERİŞ, Gönen, Gereksizli-Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt I, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 346-856; DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt: I, 4. Bası, İstanbul, 2004, s. 67 vd.; ERCAN, Tayfun, Ticaret Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2014, s. 505-539; YENİOCAK, Umut (Editör), Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2014, s. 83 vd.

<sup>23</sup> Nitekim TTK sisteminde ticarî davaların nitelendirilmesinde ticarî iş kriterinden ziyade, “tacir” ve “ticarî işletme” kavramlarının rol oynadığı görülmektedir. Buna göre, her ticarî iş, ticarî davaya konu teşkil etmediği gibi; her ticarî davanın konusu da ticarî iş değildir. TTK'nın sistematiği göz önünde bulundurulduğunda, ticarî iş sayılan hususlardan doğan bazı davaların ticarî dava olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bu yönde KAYA, Arslan (ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/NOMER ERTAN, Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009, N. 329; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 73; AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Ankara, 2014, s. 100; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 7, 8; ERDOĞAN, Abdullah, Ticari Davalar, Regesta Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2013/1, s. 59-60.

Rekabeti ihlâl eden taraf ve/veya taraflar bakımından yaklaşıldığında, kurgulanabilecek senaryoların neredeyse hemen hemen tamamında fail olan teşebbüs ve/veya teşebbüsler, tacir olacaktır (TTK md. 12, 16). İhlâl sebepleri olan eylemin karakteristik özelliği bir kenara bırakılacak olursa, bundan doğrudan zarar gören kişiler de -tabiatı gereği- rakip teşebbüsler olacağı için “kural olarak”, onlar açısından da benzer bir yorumda bulunmak mümkündür<sup>24</sup>. Keza, ara teşebbüslerin de büyük ölçüde tacir sıfatını haiz olacağı dikkate alındığında, aynı yorumun onlar bakımından da yapılabileceği kuşkusuzdur<sup>25</sup>. Bu minvalde, tazminat davalarının taraflarının hususiyetle “tacir” (*merchant*) konumunda bulunan kişiler olacağı rahatlıkla söylenebilir<sup>26</sup>.

TTK md. 4’e göre, ticarî davaların esas itibarıyla üç grup altında ele alınabilmesi olanaklıdır. Bunlar, tarafların sıfatına ve işin ticarî işletmeyle (*concern*) ilgili olup olmadığına bakılmaksızın kanun gereği ticarî sayılan davalar (*mutlak ticarî davalar*) ile ticarî sayılması için en azından bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi gereken davalar (*yarı nispi ticarî davalar*) ve her iki taraf için de ticarî sayılan hususlardan doğan davalar (*nispi ticarî davalar*) şeklinde tasnif edilebilir<sup>27</sup>. Anılan üç kategoriden herhangi birine girmeyen bir davanın ticarî dava olarak vasıflandırılabilme imkanı yoktur<sup>28</sup>. Bu açıklamadan hareketle yapılabilecek ilk tespit, TTK’da

<sup>24</sup> SANLI, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 235.

<sup>25</sup> Benzer şekilde ARI, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2004, s. 235; SANLI, Genel Bakış ve Sorunlar, s. 45; YİĞİT, s. 313.

<sup>26</sup> Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung*) 87/2 hükmü uyarınca, bu tür davalar, Mahkemelerin Kuruluş Kanunu’nun 93-114 hükümleri gereği “ticarî konular” olarak kabul edilir (ARI, s. 235, dn. 184’ten naklen).

<sup>27</sup> Yapılan tasnifler için bkz. ARKAN, s. 97; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 329; POROY/YASAMAN, s. 115; İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 10. Baskı, İstanbul, 1993, s. 29-30; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Konya, 2012, s. 84; DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul, 2007, s. 124; YILMAZ, Şerh, s. 56 vd.; BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment, H., Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s. 54; BERZEK, s. 35-37; ÇEKER, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Adana, 2012, s. 57; KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2013, s. 116; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2013, s. 71; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 8; DELİDUMAN/ORUÇ, s. 102; BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2013, s. 114-118.

<sup>28</sup> KARAYALÇIN, s. 259. Ticarî davaların hükme bağlanmasında, Türk hukuk sisteminin, Alman hukuk sisteminden etkilendiği söylenebilir. Zira, Alman Mahkemeler Teşkilatı

belirlenen ölçütlerin, ticarî davaların örnekleyici olarak düzenlendiğini gösteriyor olması ve haksız fiil hükümlerine dayanılarak açılan davalar konusunda bağımsız ve ayrı bir kriterin kabul edilmediğidir.

#### 2.4.1. Mutlak Ticarî Davalar Bakımından

Tarafların sıfatına, uyuşmazlığın konusuna, ticarî işletme ile ilgili olup olmamasına ve alacağın veya borcun kaynağına bakılmaksızın tahdidî (*sınırlı*) olarak ticarî sayılan bu davalar, *i.*) TTK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, *ii.*) diğer kanunlarda düzenlenmiş olmakla birlikte TTK'da ticarî dava olarak sayılan hukuk davaları (6102 s. TTK md. 4/1, a-f), *iii.*) TTK dışında düzenlenmekle birlikte, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen diğer hukuk davaları ve nihayet, *iv.*) ticaret hukukuna ilişkin olarak HMK'da tanzim olunan çekişmesiz yargı işleri olarak kategorize edilebilir<sup>29</sup> (6100 s. HMK md. 382).

Bu kapsamda bir davanın ticarî davaya vücut verip vermediği belirlenirken takip edilmesi gereken metodolojiye uygun ve ilk olarak, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat sorumluluğunun “mutlak ticarî dava” çerçevesinde ele alınamayacağını belirtilmesi gerekir. Zira, RKHK'da konu ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasının yanı sıra, TTK md. 4'te de RKHK'dan doğan özel hukuk uyuşmazlıklarındaki davaların mutlak ticarî dava olarak öngörüldüğüne dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır<sup>30</sup>. Dolayısıyla rekabet hukukunun ihlâlinden doğan bir tazminat davasının ticarî davaya vücut verip vermeyeceği belirlenirken mutlak ticarî dava ölçütünden istifade edilemeyecektir.

---

Kanunu (*Gerichtsverfassungsgesetz*) §95'te sayılan hususlardan doğan işlerin ticarî davaya vücut vereceği ve vermeyeceği sarih olarak hukukî düzenlemeye kavuşturulmuştur. İsviçre'de ise İsviçre Medeni Usul Kanunu (*Schweizerische Zivilprozessordnung*) md. 6 hükmü gereğince, taraflardan birinin ticarî iş ile ilgili faaliyeti taraflardan sadece birini etkiliyorsa veya taraflardan her ikisi de ticaret siciline kayıtlı ise, ortaya çıkacak uyuşmazlık ticarî vasıfta olup; ticaret mahkemesinde görülmesi gerekecektir. Bu yönde bkz. BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 8-9.

<sup>29</sup> ARKAN, s. 97 vd.; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 331; TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990, s. 102-103; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 100 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 71; ERDOĞAN, s. 60.

<sup>30</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 764; ŞAHİN, s. 233; YİĞİT, s. 313.

### 2.4.2. Nispi Ticarî Davalar Bakımından

Nispi ticarî davalarda, uyuşmazlığın taraflarının tacir olması ve uyuşmazlığın, tarafların ticarî işletmeleri ile ilgili bir husustan kaynaklanması gerekir. Bu şartlar “kümülatif” olarak sağlanmadıkça, konunun ticarî iş niteliğinde olması veya TTK md. 19’da düzenlenen ticarî iş karinesi dolayısıyla diğer taraf için de ticarî iş nitelendirilmesinde bulunulması, davanın ticarî dava olmasına sebebiyet vermez. Bu kapsamda, davanın taraflarından biri tacir değilse dava ticarî dava olmayacağı gibi; uyuşmazlığın her iki tarafı da tacir olsa dahi, dava konusu ihtilaf ticarî işletme ile ilgili değilse, dava yine ticarî davaya vücut vermeyecektir<sup>31</sup>.

Rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat davalarının ticarî bir dava olarak vasıflandırılabilmesi için; her iki tarafın da tacir ve aynı zamanda uyuşmazlığın tarafların ticarî işletmesi ile ilgili olması gerekir. Burada, sorumluluğun vasıf ve mahiyeti nazarı itibara alındığında “haksız fiilden” kaynaklanması özellik arz etmez<sup>32</sup>. Zira, her iki tarafın tacir ve davaya konu olan uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesi ile ilgili olması koşul ve kaydıyla, nispi ticarî dava olarak görülmesi ve uyuşmazlığın ticaret mahkemesi nezdinde çözüme bağlanması olanaklıdır<sup>33</sup>. Diğer yandan, tarafların “tüzel kişi tacir” olduğu senaryolarda, uyuşmazlığın her iki tarafın ticarî işletmesini ilgilendirme kriterini aramak kanaatimizce çok anlamlı olmayacaktır. Zira tüzel kişi tacirlerin

---

<sup>31</sup> KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 351; İMREGÜN, s. 30; KARAHAN, s. 86-87; ÇEKER, s. 59; KAYAR, s. 118; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 56; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 24-25; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 73; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 100.

<sup>32</sup> KARAYALÇIN, s. 258; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 352; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 76. Ayrıca bkz. Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi’nin, 11.12.2001 tarih ve E. 7114, K. 9791 sayılı kararı (YKD, 2003, Cilt: 29, Sayı: 5, s. 728-729).

<sup>33</sup> KARAYALÇIN, s. 258; ARKAN, s. 104-105; DOĞANAY, s. 58; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 76; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 111; YILMAZ, Şerh, s. 58; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 73. Bazı özel haksız fiil durumları ise bundan istisnadır. Söz gelimi, “haksız rekabet” (6102 s. TTK md. 54 vd.) ve deniz ticaret hukukundaki “çatma” gibi (6102 s. TTK md. 1286 vd.). Belirtilmesinde fayda olacağı üzere, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan ticarî vasıftaki tazminat davalarında “yazılı yargılama usulü” uygulanacaktır. Benzer cihette ARKAN, s. 110-111; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 352; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 900.

yaptıkları her iş, “adi iş” sahaları bulunmadığından, mahiyeti gereği ticarî işletmelerini ilgilendirmek zorundadır<sup>34</sup>.

Rekabet hukukunda teşebbüs (undertaking); “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” şeklinde tasvir edilmiştir<sup>35</sup> (4054 s. RKHK md. 3). RKHK’da verilen tanımın genişliği dikkate alındığında, teşebbüs kavramı ile ticarî işletme kapsam dâhilinde olabileceği gibi; gerçek bir kişi dahi teşebbüs olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, her olayda bir ticarî işletmeden söz edebilmek mümkün olamayabilir. Bu kapsamda, somut olayın gösterdiği özellikler değerlendirilmek suretiyle haksız fiilden kaynaklanan bir dava, haksız fiil, her iki tarafın da ticarî işletmesi ile ilgili ise ve RKHK anlamında bir teşebbüs,

---

<sup>34</sup> DOĞANAY, s. 57-58. Açıklamamızı tevsik eden benzer yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. “Her iki tarafın da tacir olduğu ve her iki tarafın da ticarî işletmesini ilgilendiren ve TTK’da düzenlenmeyen bir haksız fiilden dolayı da dava ticarî davadır.” Yargıtay 7 nci Hukuk Dairesi’nin, 24.04.2006 tarih ve 2006/1028 E. 2006/1293 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 04.11.2014).

<sup>35</sup> “Teşebbüs” kavramı hakkında birçokları yerine bkz. AKINCI, Ateş, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001, s. 260-263. Yeri gelmişken değinilmesinde fayda olacağı üzere, kavram olarak ticarî işletme, RKHK’da düzenlenen “teşebbüs” kavramından farklı bir kavramı betimlemektedir. Zira, teşebbüs kavramı, kapsamı oldukça “geniş” bir kavram olup; kamu ya da özel bir kuruluş olup olmadığına ya da ne şekilde finanse edildiğine bakılmaksızın, ekonomik faaliyetlerde bulunan her türlü “işletmeyi” bünyesi dâhiline almaktadır. Diğer yandan teşebbüsler, yalnızca kâr elde etmek için kurulan ekonomik ve teknik birimler de değildir. Söz gelimi, devlet hastahaneleri, kâr amacı gütmeyen teşebbüslere emsal olarak zikredilebilir. Ancak örneğin, otel, satış mağazası ve süpermarketler, ticarî işletme ve teşebbüslerin tüm özelliklerini haizdir. Buradan yola çıkarak, her ticarî işletmenin bir teşebbüs olduğu; ancak, her teşebbüsün, bir ticarî işletme olmadığı sonucuna varılabilir. Ayrıca bkz. TTK md. 11’in gerekçesi. Bkz. PULAŞLI, Hasan, İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırma, Notlu ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticarî Mevzuat, Ankara, 2013, s. 10-11.

tacir sıfatını haizse ticarî dava olarak kabul edilecektir<sup>36</sup>. Aksi takdirde, uyuşmazlığın konu olduğu dava, adi bir dava olarak görülür<sup>37</sup>.

### 2.4.3. Yarı Nispi Ticarî Davalar Bakımından

Havale, vedia (saklama) ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların ticarî nitelikte sayılması için bir ticarî işletme ile ilgili olması yeterlidir (6102 s. TTK md. 4/1). Bu konulara ilişkin davaların ticarî nitelikte sayılması için bunların “taraplardan birinin” ticarî işletmesiyle ilgili olmasına gerek dahi yoktur. Kanunda açıkça “herhangi bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi” kriteri yeterli kabul edilmiştir<sup>38</sup>. Burada aranan ilgi, mutlaka ticarî işletmenin taraf sıfatını haiz olmayı dahi gerektirmez, bizzat işletmenin uyuşmazlık konusu olması halinde de uyuşmazlığın ticarî işletmeyle ilgili olması şartı sağlanmış olacaktır<sup>39</sup>. Ancak, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarının bu tür bir bağlantıya vücut vererek, ticarî dava formatında öngörülmesi *prima facie* olanaklı görünmektedir.

<sup>36</sup> Örneğin, iki telekomünikasyon şirketi arasında davacının zarara uğradığı iddiasıyla açılan bir tazminat davası, İstanbul 49 uncu Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde karara bağlanarak, Yargıtay tarafından onanmıştır. İstanbul 49 uncu Asliye Ticaret Mahkemesinin 09.04.2012 tarih ve 2011/181 E. 2012/97 K. sayılı; Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi'nin 25.03.2014 tarih ve 2012/15359 E. 2014/5834 K. sayılı kararları (Şahsi Arşiv).

<sup>37</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 764; ŞAHİN, s. 233-234. 6762 sayılı eTK'nın 4 üncü maddesinin ilk cümlesinde, 21 inci maddenin birinci fıkrasına atıf bulunmaktaydı. Doktrinde bu fıkranın, tacir sıfatının sonuçlarını düzenlemesi ve tacirin borçlarının ticarî işletmesi ile ilgili ve bu bakımdan ticarî iş olarak kabul edileceği hükmünü koyması dolayısıyla nisbi ticarî dava olarak adlandırılan bu davalar hakkında görüş ayrılıkları mevcuttu. 6102 sayılı TTK ile birlikte eleştiri konusu haline getirilen gönderme kaldırılarak, bu anlamdaki netlik sağlanmaya çalışılmıştır. Benzer yönde POROY/YASAMAN, s. 121; KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 36; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 75; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 8; DELİDUMAN/ORUÇ, s. 102.

<sup>38</sup> ARKAN, s. 97, 103; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 349; POROY/YASAMAN, s. 120; KARAHAN, s. 87; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 75; KAYAR, s. 119; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 73. Bir tarafta fikrî mülkiyet hukuku mevzuatından doğan davalar mutlak ticarî dava sayılırken, diğer taraftan özel mevzuatında anılan davaların ihtisas mahkemelerinde görüleceğinin ifade edilmiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. KENDİGELEN, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 37.

<sup>39</sup> KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 349; BERZEK, s. 37; KARAHAN, s. 87; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 73; ERDOĞAN, s. 71.

Önemle vurgulamak gerekir ki, TTK'da 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki "görev" ilişkisi haline getirilmiştir<sup>40</sup>. Bu sebeple asliye ticaret mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye hukuk mahkemesinde ya da asliye hukuk mahkemesinde açılması gereken bir dava asliye ticaret mahkemesinde açılırsa, mahkeme "kendiliğinden" (*ex officio*) görevsizlik kararı verecek ve bu durumda HMK'nın göreve dair hükümleri (6100 s. HMK md. 20-23) tatbik kabiliyeti kazanacaktır<sup>41</sup> (6335 sayılı K. md. 2/3<sup>42</sup>).

Diğer yandan, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın, asliye ticaret mahkemesi, tüm ticarî davalara ve ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir<sup>43</sup> (6102 s. TTK md. 5/1). Ticarî davalara asliye veya ticaret mahkemelerinde bakılmasından bağımsız olarak, ticarî hükümler uygulanacaktır (6102 s. TTK md. 5/3). Ancak, bir yerde ayrı asliye ticaret mahkemesi kurulmuşsa, o yerde asliye hukuk mahkemesinin görevine giren ticarî dava ve işlerin asliye ticaret mahkemesinde görülmesi esas olarak benimsenmiştir. Ayrı ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde ise, ticaret mahkemesinin görevine giren dava ve işler, o yerdeki asliye hukuk mahkemelerinde görülür<sup>44</sup>. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok

---

<sup>40</sup> 6335 sayılı Kanun öncesi asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisini ele alan ayrıntılı bir çalışma için bkz. AL, Şengül, Son Gelişmeler Işığında Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009, s. 27-71.

<sup>41</sup> POROY/YASAMAN, s. 112; ERİŞ, s. 742 vd. Doktrinde *Kendigelen*, TTK md. 5/1'de yer alan "asliye ticaret mahkemesi" ibaresinin kullanılmasını eleştirmiş ve bu ifadenin, asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunu gündeme getirebileceğini ifade etmiştir. Devam eden süreçte, konu doktrindeki öngörülere uygun olarak, 6335 sayılı Kanun (30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı RG) değişikliği ile "görev" ilişkisi haline getirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Değişiklikler-Yenilikler ve İlk Tespitler, s. 21, 38-39; ARKAN, s. 109. TTK md. 4 ve 5 hakkındaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, 2007, s. 21-23.

<sup>42</sup> Eklemeliyiz ki, 6335 sayılı Kanunla TTK'ya eklenen geçici md. 9 hükmü uyarınca, bu Kanunun göreve ilişkin hükümleri, 1.7.2012'den önce açılmış olan davalarda uygulanmayacak, bu davalar, açıldıkları tarihte yürürlükte olan hükümlere tabi olacaktır.

<sup>43</sup> Ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işleri hakkında bkz. BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 347 vd.; ERDOĞAN, s. 69-70; KAYAR, s. 119-121; KARAHAN, s. 82-84; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 112-116, 121-122.

<sup>44</sup> 18.06.2014 tarihinde kabul edilen 6545 sayılı Kanun ile asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunacağı hükme

asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kaldığı yerlerde asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran TTK'dan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir<sup>45</sup> (6102 s. TTK md. 5/2). Keza, ayrı ticaret mahkemesi bulunmayan bir yerde, dava asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla açılmış ise, davanın açıldığı asliye hukuk mahkemesi görevsizlik kararı veremez. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticarî davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi davaya devam eder<sup>46</sup> (6102 s. TTK md. 5/4; 6100 s. HMK md. 2/2).

### **2.5. Önem Arz Eden Bir Sorun: Rekabet Hukukunun İhlâli Dolayısıyla İkâme Edilecek Tazminat Davalarında Tüketici Mahkemeleri Görevli “Olmalı” Mıdır?**

Rekabetin kısıtlanmasından dolayı “rakip teşebbüslerin” veya rekabeti ihlâl eden teşebbüsün “müşterilerinin” zarara uğrayacağı tartışmaya açık değildir. Nitekim RKHK'da anılan iki grubun dava açma yetkisini haiz olduğu sarîh olarak düzenlenmiştir (4054 s. RKHK md. 58). Bununla birlikte, gerek rakip teşebbüslerin gerekse müşterilerin, oluşan bu zararlarını kendi müşterilerine ve nihayetinde tüketicilere yansıtmaları durumunda tüketicilerin, tazminat davasının davacısı

---

bağlanmış ve dava değeri “üçyüzbin lirayı aşan” dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın iflâs, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davaların, TTK'da hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı belirtilen davaların, şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına dair davaların, yönetim-denetim organları aleyhine ikâme edilecek sorumluluk davalarının, fesih, infisah ve tasfiyeye dair davaların, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yapılan tahkim yargılamasında tahkim şartına dair itirazlara, iptal davaları ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaların, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülüp, nihayete erdirileceği öngörülmüştür (6545 s. Kanun md. 45). Rahatlıkla anlaşılabilceği üzere, belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar, tabiatıyla mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Yapılan bu değişikliklerle birlikte, asliye ticaret mahkemelerini sonucu önem arz eden belli bazı davalar bakımından “yeniden” heyet mahkemeleri haline getirildiği dile getirilebilir.

<sup>45</sup> Bu yönde bir görevlendirmenin ardından mahkeme, başka hiçbir ticarî davaya bakmayacak, “münhasıran deniz ticareti ve sigortası” ile ilgili davaları görmekle meşgul olacaktır. ARKAN, s. 108; ayrıca bkz. 6102 s. TTK md. 5 ile ilgili Hükümet Gerekçesi.

<sup>46</sup> Bu konuda bkz. ARKAN, s. 106 vd.; ERİŞ, s. 742 vd.; YILMAZ, Şerh, s. 54 vd.; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 505. Değınmek gerekir ki, ticaret mahkemelerinin yetkisi, bulunduğu ilin ilçelerini de kapsar. Bu yönde bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin, 20.09.1985 tarih ve E. 4409/K. 4707 sayılı kararı (BATİDER, Cilt: XII, Sayı: 4, s. 138).



olabilecekleri hususu Türk hukukunda tartışmalıdır. Bu konuda RKHK'da açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, bizim de iştirak etmekte olduğumuz doktrindeki baskın görüş, RKHK'nın lâfızı itibariyle sınırlayıcı olmayan bir ifadeye sahip olduğu, zararın yansıtıldığı tüketicilerin dava açma haklarının bulunduğu, zira bunların RKHK'nın "koruma amacı" (*purpose for the protection of the norm*) kapsamında yer aldığı gerekçesiyle "tüketicilerin" davacı sıfatını haiz oldukları yönündedir<sup>47-48</sup>.

Takdir edilebileceği gibi, nihai alıcı konumundaki tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda nispi ticarî dava özelinde gerekli olan ölçütlerin sağlanması mümkün değildir<sup>49</sup>. Dolayısıyla tüketicilerin açacağı davalarda; genel görevli mahkeme olarak asliye hukuk mahkemelerinin mi, yoksa bir ihtisas mahkemesi sıfatıyla tüketici mahkemelerinin mi

---

<sup>47</sup> Benzer gerekçe ve mülahazalarla ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 784-785, 787; AKINCI, s. 381; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 181; ATİLA, Metin Hakan, Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009, s. 107-108; GÜRZUMAR, Özel Hukuk, s. 148, 156-157; İKİZLER, s. 364; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 742; CENGİZ, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006, s. 421-422; ARI, s. 232-233; KORTUNAY, Ayhan, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından "De Lege Ferenda" Düşünceler, Rekabet Dergisi, 2009, 10 (1), s. 124-125; aynı yönde KORTUNAY, Ayhan, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri, Rekabet Kurumu, s. 112; İNAN, Nurkut, Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Ekim 1999, s. 16, 17; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 39; ÖZSUNAY, s. 145; SEKMEN, s. 97-98; ŞAHİN, s. 245-246; YİĞİT, s. 295-302. Aksi yönde SANLI, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 226 vd.; SAYHAN, s. 57-60.

<sup>48</sup> Amerikan antitröst hukukundaki uygulama için ayrıca bkz. HOVENKAMP, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, Third Edition, 2005, s. 617, 619. AB'deki genel tablo için bkz. MONTI, Giorgio, EC Competition Law, Cambridge, 2007, s. 431-434. Ayrıca bkz. Directive 2014/104/EU of The European Parliament and of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Text with EEA relevance, 2014, s. 12 (Art. 3/1). Direktif'in anılan düzenlemesi gereğince, Üye Devletler, rekabet hukukunun ihlâli nedeniyle meydana gelen zararlardan mağdur olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişinin, bu zarar için tam tazminat alabilmesini sağlar.

<sup>49</sup> Ayrıca ek bilgi mahiyetinde olmak üzere, TTK md. 4 uyarınca ticarî dava sayılan bir davanın, taraflarından birinin "tüketici" olduğu hallerde, diğer kanunlarda farklı bir düzenleme olsa dahi davanın tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekeceğini belirtelim (6502 s. TKHK md. 83/2, 73/1). Benzer yönde ARKAN, s. 107; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 78; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 138.

görevli olacağı hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. 4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde konu tartışmalı idi. Doktrinde taraftar bulan bir görüş, nihai kullanıcı konumundaki tüketicilerin tazminat davalarını 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 23 ve 3/h maddelerinden hareketle, tüketici işleminin mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlemi kapsadığı, dolayısıyla rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarında da tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hususunu dile getirmekte idi. Anılan görüşe göre, tüketicinin tarafı olduğu bir hukukî işlem söz konusu değilse, ortada tüketici işlemi de olamayacağı için davanın genel görevli mahkemede açılması gerekmektedir<sup>50</sup>. Buna karşılık diğer görüş, genel hükümler ve haksız fiil sorumluluğu muvacehesinde, tüketicilerin zarar gördüğü ihtilaflarda davanın, tüketici mahkemeleri nezdinde değil, asliye hukuk mahkemeleri nezdinde açılması gerektiğini belirtmekteydi<sup>51</sup>. 6502 sayılı TKHK'da öngörülen yeni "hukukî müesseseler" etrafında konunun ayrıca tartışılması gerekeceği açıktır.

### 2.5.1. "Tüketici İşlemi" Kavramı ve Kapsamı

TKHK, tüketicinin şahıs varlığı kapsamındaki bütünlük değerlerinin, malvarlıksal değerlerinin ve genel olarak ekonomik menfaatlerinin korunması; tüketicinin aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi; tüketicinin kendi değer ve çıkarlarını koruma yönünde bizzat veya örgütlü olarak harekete geçmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır (6502 s. TKHK md. 1). Diğer yandan, TKHK her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar (6502 s. TKHK md. 2). TKHK bağlamında "tüketici işlemi" ise; *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî*

<sup>50</sup> ARI, s. 235. Aynı yöndeki gerekçe ile YİĞİT, s. 314-315.

<sup>51</sup> Bu yönde özellikle bkz. SEKMEN, s. 103. Karş. DENİZ, Seda/POLAT, Belit/YILMAZ, Başak, Rekabet Hukukundan Doğan Tazminat Davalarına Genel Bir Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, Cilt: 86, Sayı: 2012/3, s. 169; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 764.

*işlemi*” ifade eder<sup>52</sup> (6502 s. TKHK md. 3). Nihayet, *“Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir”* (6502 s. TKHK md. 73/1).

Rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat davalarının tüketici mahkemeleri nezdinde görülebiliyor görülemeyeceği açısından belirleyici olan husus kanaatimizce, davanın tarafları arasındaki hukukî ilişkinin niteliğidir. Bilindiği üzere, TKHK kapsamına tüketicinin taraf olduğu *“hukukî işlemler”*; dolayısıyla mal ve hizmet piyasalarında tüketiciler ile satıcılar ve sağlayıcılar arasındaki sözleşme ilişkileri girmektedir<sup>53</sup>. Tüketicinin tarafını oluşturduğu haksız fiiller, TKHK kapsamı dışındadır<sup>54</sup>. Nitekim, 6502 sayılı TKHK’da aksi yönde bir düzenleme yer almamasından hareketle, Yargıtay’ın yerleşik görüşünün de bu şekilde olduğu söylenebilir<sup>55</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda taraflar arasındaki ihtilaf, bir hukukî işlem veya muameleden değil, bilâkis, haksız fiil sonucu oluşan zararın

---

<sup>52</sup> Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 663 vd. Tüketici işlemi kavramı hakkında ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, İstanbul, 2014, s. 8-18.

<sup>53</sup> ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2004, s. 447.

<sup>54</sup> ASLAN, İ. Yılmaz, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2014, s. 10; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 446-447; TUTUMLU, Mehmet Akif, Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara, 2006, s. 162; KIRMIZI, Mustafa, 6100 sayılı Yeni HMK Değişiklikleriyle Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki, Ankara, 2011, s. 613 vd. Dolaylı olarak DERYAL, Yahya, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2008, s. 63-64. Aksi yönde olduğu anlaşılan YAVUZ, Nihat, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2007, s. 986.

<sup>55</sup> Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi’nin, 14.03.2005 tarih ve 1672/2573 sayılı kararında durum; *“Davacı ile davalılar arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle uyumsuzluğın, genel hükümler çerçevesinde ve (Asliye Hukuk Mahkemesinde) çözümlenmesi gerekir”* şeklinde ifade edilmiştir. Benzer olarak, Yargıtay 13 üncü Hukuk Dairesi’nin, 12.04.2005 tarih ve 17713/6304 sayılı kararında da; *“Bir hukukî işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukukî işlemin olması gerekir. Haksız fiilin bu yasa kapsamında olmadığı açık ve belirgindir”* denilmek suretiyle karar ittiha-zında bulunularak, meselenin netliğe kavuşturulduğu anlaşılmaktadır. TUTUMLU, Görev ve Yetki Sınırları, s. 162, dn. 21. Anılan kararların tam metinleri ve eserde yer alan ilgili diğer kararlar için ayrıca bkz. TUTUMLU, Görev ve Yetki Sınırları, s. 191 vd.

tazmini amacıyla doğmaktadır. Her ne kadar tüketici işlemi dolayısıyla tüketicilerin olumsuz anlamda etkilenmesi söz konusu olsa da, sözleşmenin gerisinde yatan rekabet hukukuna aykırı davranış, “haksız fiil” olarak varlığını koruyacaktır<sup>56</sup>. Diğer yandan buradaki dayanak fiilin, tüketici işlemi ile “bağlantısı” bulunmamaktadır<sup>57</sup>. Hâl böyle olunca, prensip olarak, TKHK’da yer alan hukukî işlem kavramının, amacını aşar bir şekilde ve lâfzı itibariyle yorumlanarak, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat sorumluluğuna dayanak olan davalarda da tüketici mahkemelerinin görevli olduğundan bahsedilememesi gerekir.

Bu noktada anlaşılabilirliğin tesisi bakımından somut bir örnekle konuyu netleştirmek yerinde olacaktır. Örneğin, ilgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsten aşırı fiyatlandırma (*excessive pricing*) yoluyla mal satın alan bir tüketicinin uğramış olduğu fiilî zarar (*overcharge injuries*) dolayısıyla açacağı davanın asliye hukuk mahkemesi nezdinde görülmesi gerekir. Burada ilk önce, hukukî işlem kavramı bakımından meseleye netlik kazandırılması gerekir. Bir kere, aşırı fiyatlandırma şeklindeki uygulamalarda, eylemin kaynağı, bir hukukî işlem değil biza-tihi haksız fiilin kendisidir. Tüketici mahkemelerinin görev alanı bakımından da belirleyici olan nokta burasıdır. Diğer taraftan, alıcının, tüketici sıfatıyla giriştiği hukukî işlem her ne kadar satım sözleşmesi olarak nitelendirilse de aşırı fiyatlandırma şeklindeki eylemin mahiyeti itibariyle bir haksız fiil olması karşısında, tüketici işlemi ile doğrudan irtibatı bulunmadığından, tüketici mahkemelerinin görevli olduğundan söz edilemeyecektir<sup>58</sup>. Sonuç itibariyle bu kapsamdaki ilk tespit, haksız fiil şeklinde vücut bulan rekabet ihlâli ile sözleşme ilişkisinin birbirinden “ayrı ve bağımsız” bir şekilde tezahür ettiği olmalıdır.

<sup>56</sup> Aynı yönde bkz. SEKMEN, s. 102-103.

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz. SEKMEN, s. 103.

<sup>58</sup> Yargıtay 13 üncü Hukuk Dairesi’nin, 03.07.2012 tarih ve 2012/13626 E. 2012/17293 K. sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, Son Erişim Tarihi: 01.11.2014). Bahsi geçen kararda Yargıtay, tüketicinin mesken abonelik sözleşmesinin tarafı olması karşısında, kaçak elektrik kullanımı her ne kadar bir haksız fiil olsa da, burada temelde bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyetinden hareketle davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce burada uyuşmazlığın, sözleşmeden kaynaklanan kısmı yönünden özel kanun-genel kanun ilişkisi gözetilerek, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Konumuzu ilgilendiren belirleyici nokta ise, ihlâlde bulunan teşebbüs ile tüketici arasında temelde tüketici işlemi olarak vasıflandırılabilir bir sözleşme ilişkisi bulunsa dahi anılan eylemin hukukî mahiyeti itibariyle haksız fiil olduğu ve sözleşme ilişkisi ile bağlantısı

### 2.5.2. “Haksız Ticarî Uygulamaların” Genel Çerçevesi

6502 sayılı TKHK'nın konumuz bakımından ihdâs ettiği yeni hukukî müessese, haksız ticarî uygulama kavramıdır (*unfair commercial practices*). TKHK'da haksız ticarî uygulamalar; “*Bir ticarî uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir*<sup>59</sup>” şeklinde betimlenmiş olup, devamla, örnekleyici (*tadadî*) olduğu anlaşılır şekilde “*Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamaların haksız ticarî uygulama olarak*” kabul edileceği belirtilmiş ve idarî olarak da tüketiciye yönelik haksız ticarî uygulamaların yasaklandığı ifade edilmiştir<sup>60</sup> (6502 s. TKHK md. 62/1). Ayrıca, ticarî uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi hâlinde, ticarî uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticarî uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür (6502 s. TKHK md. 62/2). Diğer taraftan, yorum tekniği açısından yaklaşıldığında, her ne kadar TKHK'nın Altıncı Kısmı başlığı altında, “*Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar*” çerçevesinde, haksız ticarî uygulama kavramının ticarî reklamlarla sınırlı bir uygulama alanı bulabileceği düşünülebilirse de özellikle madde metninde yer alan, “*Haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirildiği hâllerde bu Kanunun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır*” şeklindeki ifade, haksız ticarî

---

bulunmaması karşısında, belirtilen Yargıtay kararında olduğu hâliyle yorum yapılamayacağıdır. Aksi takdirde, tüketici işlemi ile bağlantısı kurulamayan rekabet ihlâllerinin genişletici bir yorumla TKHK kapsamına alındığı sonucuna varılabilir ki bu durum, TKHK'nın *ratio legis*'i ile bağdaşmaz (bu yönde daha açık bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 13 üncü Hukuk Dairesi'nin, 09.02.2005 tarih ve 15450/1981 sayılı kararı, TUTUMLU, Görev ve Yetki Sınırları, s. 213).

<sup>59</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanarak, kamuoyunun görüşüne sunulan Ticarî Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmelik Taslağı'nın 31 inci maddesinin 2 nci fıkrası aynen şu şekildedir: “*Tüketiciye yönelik ticari uygulamalar ile tüketicinin bilinçli olarak karar verme yeteneğini azaltarak normal şartlar altında taraf olmayacağı bir tüketici işlemine taraf olmasına neden olan davranışların, tüketicilerin ekonomik davranışlarını önemli ölçüde bozduğu kabul edilir*”. Ayrıca bkz. Yönetmelik Taslağı md. 31/3.

<sup>60</sup> Örnek için bkz. AYDOĞDU, Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul, 2014, s. 15; AYDOĞDU, Murat, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2014, s. 18; İLGÜN, Candaş, Açıklamalı-Gerekçeli 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2014, s. 9-10, 156-158.

uygulama kavramının reklam aracılığı olmaksızın da gündeme gelebileceğini göstermektedir (6502 s. TKHK md. 62/3).

Haksız ticarî uygulamaların TKHK kapsamına sokulmasının sebebi, tüketicilerin hukukî işlemlerde bulunurken özgür iradelerini tam olarak kullanmalarını ve etki altında kalmadan karar verebilmelerini temin etmektir<sup>61</sup>. Bu kapsamda ticarî uygulamanın, ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete dair ekonomik davranış biçimini bozmaması gerekir<sup>62</sup>. Böylelikle, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticarî veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamaların da Kanun kapsamında değerlendirilmesi sağlanmıştır<sup>63</sup>. Tüketicieye mal veya hizmetin niteliği hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar aşamasında olduğu durumlarda, karara etki edecek vasıftaki bilgilerin kendisinden saklanması örnek olarak zikredilmektedir<sup>64</sup>. Anılan örnekten hareketle haksız ticarî uygulamaların vücut bulduğu hallerde tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcının sorumluluğunu doğurabilecek hallerin istisnaî olarak ortaya çıkacağı ve fakat; idarî yaptırımların sıklıkla uygulama alanı bulabileceği belirtilebilir<sup>65</sup>.

Haksız ticarî uygulamalar açısından mehzaz mevzuat konumundaki Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi<sup>66</sup>, rekabete aykırı anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar, bojkot ve mal

<sup>61</sup> Madde Gerekçesi, s. 79. Aynı yönde VAN BOOM, Willem H., *Experiencing Unfair Commercial Practices: An Introduction*, Erasmus Law Review, 2012, s. 233 (HeinOnline Database).

<sup>62</sup> Madde Gerekçesi, s. 79.

<sup>63</sup> Gerekçedeki örnekte, tüketici kredisi verilmeden evvel tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya malın satışından sonra o mala dair satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek ihtilaflarda TKHK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylelikle hukukî işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticarî uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Madde Gerekçesi, s. 37.

<sup>64</sup> Madde Gerekçesi, s. 79.

<sup>65</sup> ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, s. 29.

<sup>66</sup> Directive 2005/29/EC of 1 May 2005, OJ 2005 L 149/22 (Unfair Commercial Practices Directive). Hangi hallerde haksız ticarî uygulamaların gündeme gelebileceği hakkında 11 Mayıs 2005 tarih ve 2005/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin "ek listesi" (black list) yol göstericidir.

vermeyi kesme gibi rekabet hukuku müesseselerini, her ne kadar tüketici tercihlerini olumsuz yönde etkilese de kapsamı dâhiline almaz<sup>67</sup>. AB’de mesele daha ziyade Direktif ile “haksız rekabet” (*unfair competition*) düzenlemeleri arasındaki münasebet açısından ele alınmaktadır<sup>68</sup>. Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi ile evveleminde amaçlanan haksız ticarî uygulamalara karşı tüketicilerin “ekonomik menfaatlerinin” korunmasıdır (bkz. Unfair Commercial Practices Directive Art. 3). Bu yapılırken, aynı zamanda haksız rekabete yönelik olan meşru menfaatler de koruma kapsamına girecek, piyasadaki bütünleşme sağlanacak ve böylelikle, adil rekabetin tesisi kolaylaşacaktır<sup>69</sup>. Ancak, rakiplerin haksız rekabetten korunması Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi’nin dolaylı bir etkisi (*indirect effect*) olarak mülhaza edilebilir<sup>70</sup>. Direktif’in uygulanabilmesinin önkoşulu (*precondition*), tüketicilere verilen ekonomik zararlardır. Bir ticarî uygulama yalnızca rakiplere zarar vermekte ancak tüketicilere zarar vermemekteyse, bu durum, Direktif’in uygulanma amacının dışında kalır<sup>71</sup>. Bu durumun bir sonucu olarak, üye devletlerdeki haksız rekabet standartlarını ihlâl eden bir davranış Direktif’in kapsamı dâhilinde sayılmamaktadır<sup>72</sup>.

Haksız ticarî uygulamaların kapsam ve veçhesine, rekabet ihlâllerinden doğan zararların girip giremeyeceği hususu ile ilgili olarak TKHK’da tam anlamıyla bir açıklık yoktur. Nitekim, 6502 sayılı TKHK’da da “haksız fiillerin” Kanun’un kapsamı dâhilinde olduğuna dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Konu, doktrin ve yargı kararları ile netlik kazanacak olsa da, burada Kanun’daki ifadenin oldukça geniş bir alana sirayet etmesi ve haksız ticarî uygulamaların muhatabının tüketiciler olması karşısında, rekabet ihlâllerinden kaynaklanan tazminat davalarında tüketici mahkemelerin görevli olacağı rahatlıkla ileri

---

<sup>67</sup> Unfair Commercial Practices Directive, §9, s. 2. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. HOWELLS, Geraint/MICKLITZ, Hans-W./WILHEMSSON, Thomas, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, 2006, s. 70.

<sup>68</sup> ABBAMONTE, Giuseppe B., *The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of The New European Consumer Protection Approach*, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 12, 2005-2006, s. 700 (HeinOnline Database).

<sup>69</sup> ABBAMONTE, s. 700.

<sup>70</sup> ABBAMONTE, s. 700.

<sup>71</sup> HOWELLS/MICKLITZ/WILHEMSSON, s. 263; AYDOĞDU, *Tüketici Kılavuzu*, s. 15, 197-199.

<sup>72</sup> ABBAMONTE, s. 700. Bu konuda verilen örnek için bkz. ABBAMONTE, s. 700-701.

sürülebilir<sup>73</sup>. Ancak, *de lege ferenda* bir bakış açısıyla, TKHK'nın amacına (*ratio legis*) göre anılan hükmün kapsamı ve koruduğu hukukî menfaatlerden hareketle “dar yorumda” bulunarak sonuca varmak ve bu manada rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat sorumluluğunun temelde sözleşme öncesi veya sonrası olmak üzere, TKHK'nın kastettiği tüketiciye yönelik uygulamaların değil, “niteliği” ve “maksadı” itibariyle haksız fiil hükümlerine dayanak oluşturduğunu ve tüketici hukuku bağlamında haksız fiillerin istisnâî karakterini gözden kaçırmamak zaruri bir görünüm arz etmektedir. Bu çerçevede, kanaatimizce, davacı tüketici sıfatını haiz olsa dahi davanın, tüketici mahkemeleri nezdinde değil, genel görevli mahkeme olan “asliye hukuk mahkemelerinde” görülmesi gerekir<sup>74</sup>.

Nihayet, anılan başlık altında kısaca da olsa, tüketicilerin gördükleri zararlar hasebiyle ikâme edecekleri tazminat davalarında yargılamanın tüketici mahkemeleri nezdinde görülmesinin, maddi hukuk ve usul hukuku bağlamında avantaj ve dezavantajlarının değerlendirilmesi hususu gündeme getirilebilir. Bu noktada ilk bakışta, tüketici yargılaması bağla-

<sup>73</sup> Ticarî Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmelik Taslağı'nın tanımlar kenar başlıklı 4'üncü maddesi ile haksız ticarî uygulama; “*Mesleki özenin gereklerine uymayan ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, bir mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozan veya bozma ihtimali olan her türlü ticari uygulama*” şeklinde tanımlanmış iken (Yönetmelik Taslağı md. 4/1-d); tüketiciye yönelik ticarî uygulama kavramı, “*Bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak ticari uygulamada bulunan tarafından gerçekleştirilen eylem, ihmal, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere her türlü ticari uygulama*” şeklinde tasvir edilmiştir (Yönetmelik Taslağı md. 4/1-ö). İlâveten, TKHK md. 62/4'e uygun olarak hazırlanan Taslağın ekinde yer alan listedeki örnekler de bu anlamda fikir verebilir. Görülebileceği gibi anılan düzenlemeler, bu anlamda “oldukça” geniş bir çerçevenin çizilmesine imkân tanır mahiyettedir.

<sup>74</sup> Rekabet hukukunun ihlâlî dolayısıyla zarar gören ve dava açan tüketicilerin genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi nezdinde dava ikâme etmesi gerektiği sonucuna vardıldıktan sonra, tüketicilerin kendi yerleşim yerlerinde dava açabilmelerinin sağlanmasına dair yeni bir düzenleme önerisinde bulunulması gerektiği düşünülebilir. Ancak, aşağıda ayrıntıları ile değinileceği üzere, HMK md. 16 zarar gören kişinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağını açık hukukî düzenlemeye kavuşturduğundan, zarar gören tüketicilerin, yerleşim yerlerindeki asliye hukuk mahkemesinde dava ikâme edebilmesi önünde herhangi bir engel bulunmadığı belirtilmelidir. Burada ilâveten, dava açmaya teşviki sağlayabilmek adına tüketiciler tarafından açılacak davalarda harçtan muaf tutulma hususunun gündeme getirilmesi mülahaza edilebilir. Aynı hususu dile getiren ARI, s. 251.



mında öngörülen “*basit yargılama usulü*” (6502 s. TKHK md. 73/4’ün somut atfıyla 6100 s. HMK md. 316-322) ve genel bir ilke olarak “*tüketici lehine yorum ilkesi*” gereği, tüketicilerin lehine öngörülen avantajların görmezden gelinmesi mümkün değildir<sup>75</sup>. Ancak, rekabet hukuku ihlâllerinin birer haksız fiil niteliğinde olduğu ve tüketici mahkemelerinin rekabet hukuku ve uygulaması ile ilgili uzmanlık sahibi olmadığı; diğer yandan, hukuk politikası bakımından yargılamanın tüketici mahkemeleri nezdinde görülmesini öngören bir düzenlemenin yargılama mekanizmasını, “tüketici lehine” dönüştürdüğünü söylemenin tartışılabilir olduğu açıktır. Kanaatimizce, bu konuda yaşanabilecek tartışmaların önüne geçebilmek adına, RKHK’da öngörülecek düzenleme ile meselenin hukukî zemine kavuşturulmasında fayda bulunduğu dile getirilebilir.

## 2.6. Diğer İhtisas Mahkemelerinin “Görevli” Olması.

İhtisas mahkemelerinin görev alanına giren bir ihtilafın bulunması durumunda tazminat davasının hangi mahkemede açılacağı hususu ayrıca sorgulanabilir. Örnek kâbilinden olmak üzere, deniz ticareti veya taşıma hukukuna dair olan ihtilaflarda da RKHK’ya aykırılığın ileri sürülebilmesi olanaklıdır. Nitekim Yargıtay, deniz taşıma işine dair kartel oluşturulduğu ve rekabet ihlâlinden zarara uğranıldığı iddiasının ileri sürüldüğü bir olayda, dolaylı olarak da olsa Denizcilik İhtisas Mahkemesi’nin görevli olduğuna karar vermiştir<sup>76</sup>. Bu yönüyle, ticaret ve tüketici mahkemeleri dışındaki ihtisas mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların kaçınılmaz olarak, ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan görevli yargı kolunun değiştiği durumlarla da karşılaşılabilmesi ihtimal dâhilindedir. Burada özellikle, RKHK md. 9/4’e göre aleyhinde ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan teşebbüslere karşı yürütülen soruşturma neticesinde, teşebbüslerin herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varılması halinde, koşullarının ayrıca oluşması durumunda, maruz kalınan zararların tazminine yönelik taleplerin hususi

---

<sup>75</sup> Burada belki, zararın “belirlenebildiği” kurgular bakımından, Tüketici Hakem Heyetleri’nin (6502 s. TKHK md. 66 vd.) önlerine gelen ihtilafa bakma mevcudiyetinin ve buna dair sair diğer sorunların karışıklığa açabileceği hususuna kısaca temas edilebilir.

<sup>76</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 767; ŞAHİN, s. 234-235. Ayrıca bkz. Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi’nin, 10.10.2007 tarih ve 2006/9834 E. 2007/12673 K. sayılı kararı. Bu konuda tafsilatlı açıklama için bkz. GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 767.

olarak “idare mahkemelerinin” görev alanına gireceği belirtilmelidir<sup>77</sup> (2577 s. İYUK md. 12, 13).

## 2.7. Olması Gereken Hukuk Bakımından Doktrindeki Önerilerin “Konuya Yaklaşımı” ve Konuya Dair “Kişisel Görüşümüz”

Konu ile ilgili olarak Türk doktrininde yöneltilen önerilerin esas itibariyle, üç başlık altında toplanabilmesi olanaklıdır. Bu kapsamda yapılan **ilk öneri**, rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarının genel görevli mahkemelerde görülmesinin, anılan mahkemelerin bu alanda ihtisas sahibi olmadığı gözetilerek, tazminat davalarının “etkinliğini” (*efficiency*) önemli ölçüde azaltabileceği, dolayısıyla ayrı bir ihtisas mahkemesi kurulması gerektiğidir<sup>78</sup>. **İkinci öneri** ise, özellikle hukukî güvenliğin sağlanabilmesi bakımından, ikâme edilecek davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmasıdır<sup>79</sup>. Nihayet, bu veçhede yapılan **üçüncü öneri** de rekabet hukukunun baskın karakteri dikkate alınarak, bu tür davalarda asliye ticaret

<sup>77</sup> TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 52, dn. 127. Rekabet Kurumu'nun idarî yetkileri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. ASLAN, Zehreddin/BERK, Kahraman, Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, İstanbul, 2000, s. 69 vd.

<sup>78</sup> ARI, s. 235, 251; ATEŞ, s. 181. Benzer şekilde aktarımda bulunan YİĞİT, s. 315. Muka-yeseli hukukta, uygulama yeknesaklığının sağlanabilmesi açısından, sorunları ortaya koyduktan sonra, hukukî ve idarî yaptırımların denetimi bakımından aynı yönde öneride bulunarak, benzer düzenlemenin Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) §87'de bulunduğunu belirten LAGE, Santiago Martinez/BROKELMANN, Helmut, Article 81 (3) Before National Courts: The CAMPASA Doctrine of the Spanish Supreme Court and Articles 84 and 85 Revisited, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, Edited by Claus Dieter EHLERMANN & Isabela ATANASIU, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001, s. 607-608. Yazarlar, bu konudaki diğer çözüm önerilerini, İspanya Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanan “CAMPASA Doktrini” ve “idarî özerkleştirme” (*administrative decentralisation*) prosedürü şeklinde ortaya koymaktadır. Anılan prosedür hakkında bilgi için bkz. LAGE/BROKELMANN, s. 608-612.

<sup>79</sup> *Aslan*, hazırlanmış olduğu Kanun Tasarısı'nın tazminat hakkı kenar başlıklı 12 nci maddesi ile RKKH md. 4, 6, 7 ve 9'a aykırılık halinde, aynı nitelikli davalara aynı mahkemelerde bakılmasını temin açısından tümü için görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olmasını öngörmektedir. Bahsi geçen öneride idarî yardımlar bakımından idare mahkemelerinin değil, adlî mahkemelerin görevli olduğunun öngörüldüğünü belirtelim. Ayrıca bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekeçesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi (Editör: N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN), Ankara, 2005, s. 67-68.

mahkemelerinin bir dairesinin görevlendirilmesinin amaca uygun olacağıdır<sup>80</sup>. Hemen belirtelim, görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda RKHK'da değişiklik yapılmasını öngören Kanun Tasarısı'nda konu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>81</sup>.

Bu konuda öncelikle rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında hangi mahkemelerin görevli olması gerektiği üzerinden meseleye yaklaşılması gerekir. Evvelce de izaha çalışıldığı üzere, rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davaları ekseriyetle "ticarî" bir karakter gösterir. Dolayısıyla bu alandaki ihtisaslaşma ve RKHK'nın özel hukuk alanındaki sonuçlarına dair hükümlerdeki uygulamayı yeknesak hale getirebilmek adına, tarafların sıfatına ve uyumsuzluğun ticarî işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu açık düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Bunun içinse, doğrudan RKHK md. 57-59 hükümlerine yapılacak ilâveyle anılan maddelerin uygulanmasından doğan ihtilafların, asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği eklenmek suretiyle "özel bir mutlak ticarî dava" kriteri öngörülmesi sağlanabileceği gibi; TTK md. 4'e yapılacak ilâve ile RKHK md. 57-59 arasındaki ihtilafların asliye ticaret mahkemeleri nezdinde görülmesi hükme bağlanarak, özel hukuk ayağından doğan uyumsuzlukların "mutlak ticarî dava" haline getirilmesi düşünülebilir<sup>82</sup>.

İhtisaslaşma hususuna gelince, doktrinde "olması gereken hukuk" bakımından yapılan önerilerin haklılık payı tartışılmazdır. Ancak Türk

---

<sup>80</sup> SEKMEN, s. 103. Bu konudaki "nitelikli" tartışmalar için ayrıca bkz. BÜLBÜL, Aslı, Civil Law Claims on the Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of US, EU and Turkish Laws, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 93-96.

<sup>81</sup> RKHK'da değişiklik yapılmasını öngören 23.01.2014 tarihli Kanun Tasarısı. Burada belki, Tasarı'nın 31 inci maddesi ile RKHK'nın 57 nci maddesine ilâve edilen yeni düzenlemeye değinmek yerinde olur. Anılan düzenleme, "*İhlâlden etkilenen ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlâlin sona erdirilmesini veya yakın ihlâl tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır*" şeklindedir. Görülebileceği gibi, zarar görme "tehlikesi" bulunan kişiler lehine olacak şekilde bir subjektif hak ihdâs edildiği ve konuya dair taleplerin hukuk mahkemesinden talep edilebileceği açık düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu konuda AB'deki önerilere toplu bir bakış için bkz. EHLERMANN, Claus Dieter/ATANASIU, Isabela, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001, s. 475 vd.

<sup>82</sup> Burada çalışacak kişilerin, rekabet hukuku alanında eğitim almış olmalarının yararlı olacağı aşikârdır. Benzer yönde bkz. ARI, s. 251.

hukuku bakımından dava açmayı teşvik eden üç kat tazminat (4054 s. RKHK md. 58/2) ve ispat yükü (4504 s. RKHK md. 59) ile ilgili kolaylaştırıcı düzenlemelerin mevcudiyetine rağmen, gerek rekabet hukuku bilincinin henüz istenen düzeye ulaşmaması gerek Yargıtay'ın dava açılabilmesi için Rekabet Kurulu kararının mevcudiyetini arayan "çekimsiz yaklaşımı" dolayısıyla açılan dava sayısı arzu edilen seviyeye ulaşmamıştır<sup>83-84</sup>. Kuşkusuz ki burada farklı sebeplerin sıralanabilmesi de olanaklıdır. Ancak, belirtilen hukukî gerçeklik karşısında rekabet hukukunun özel hukuktaki sonuçları bakımından görevli olacak bir mahkemenin kurulmasının öngörülmesi idarî maliyeti nazara alındığında, oldukça radikal bir öneri olacaktır<sup>85</sup>. Dolayısıyla, en azından "kısa vadeli" bir opsiyon olarak, görevli mahkemenin büyük bir çoğunlukla asliye ticaret mahkemesi olacağı düşünüldüğünde, asliye ticaret mahkemelerinin bir dairesinin görevlendirilmesinin rasyonel bir çözüm yolu olacağı söylenebilir. Yukarıdaki önerimize paralel olarak mutlak ticarî dava kriterinin benimsenmesi halinde, en azından dava sayısı beklenen düzeye ulaşınca kadar bu alandaki yargılama süreçlerinin entegrasyonunun sağlanması mümkün olabilecektir. Açılan dava sayısının, özel bir mahkemenin görevlendirilmesini gerektirecek

<sup>83</sup> Burada kısaca, Yargıtay'ın RKHK'ya aykırılığı değerlendirme yetkisini yalnızca Rekabet Kurulu'na hasrettiği kararları ile mahkemelerin, Kurul kararı olmaksızın RKHK'ya aykırılıktan ötürü tazminata hükmetmelerinin engellenmiş olduğunu, bu halde tabiatıyla davacının önce Kurul'dan karar almasının gerektiğini; ancak bu yaklaşımın, rekabet hukukunun özel hukuk ayağının gelişimini örselemesi ve ikili yaptırım sisteminden beklenen faydaları sağlamayacağını, dolayısıyla hukuk politikası açısından doğru olmadığını ve netice itibarıyla özel hukuk yaptırımlarının ve rekabet hukukunun etkinliğini önemli ölçüde sekteye uğratacağı kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetinelim. Bu konudaki Yargıtay kararları, isabetli değerlendirme ve çözüm önerileri için birçokları yerine bkz. SANLI, Genel Bakış ve Sorunlar, s. 61-74.

<sup>84</sup> Bu durum ülkemizde, rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının tazminat ve önleme ile durdurma davaları aracılığıyla doktrindeki deyimiyle "kılıç" olarak kullanılması yerine, sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda "kalkan" olarak kullanıldığının tercih edildiğini göstermektedir denilebilir. Anılan terminoloji için bkz. WILS, Wouter, P.J., Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, World Competition, Vol. 26, Issue 3, 2003, s. 473. Başka bir açıdan yaklaşıldığında, mevcut yasal düzenlemelerin, rekabet hukuku alanında tazminat davası açmakta yeterli teşvikinin bulunmadığı şeklinde bir sonuca da varılabilmesi olanaklı görünmektedir.

<sup>85</sup> Rekabet Kurulu tarafından verilen kararların yargısal (idarî) denetimi ile RKHK'nın özel hukuk alanındaki sonuçlarının tamamının birlikte özel bir ihtisas mahkemesi nezdinde görülebilmemesinin hâlihazırdaki hukukî düzenlemeler nazarı itibarıyla alındığında, ancak tek bir temyiz ihtisas mahkemesinin mevcudiyeti halinde mümkün olabileceğini belirtelim. Karş. ATEŞ, s. 180.

seviyelere ulaşması halinde, ayrı bir ihtisas mahkemesinin kurulması gerekeceği ise kanaatimizce her türlü izahtan varestedir.

### III. GENEL VE ÖZEL YETKİ KURALLARI IŞIĞINDA: YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

**3.1. Giriş Kompozisyonu.** Muhakeme hukukunda yetkili mahkeme, bir davaya -coğrafi açıdan- hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağı sorusunun cevabı ile ilgilenir<sup>86</sup>. Yetki meselesi, görevden farklı olarak hukukumuzda kural olarak, kamu düzenine (*public order*) ilişkin görülmemiştir<sup>87</sup>. Bu kapsamda genel yetki kuralı, özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, açılan bütün hukuk davaları için yetkili olan mahkemeyi gösteren kuraldır<sup>88</sup>. Kesin yetkili bir mahkemenin öngörülmediği durumlarda, açılan bütün özel hukuk davalarına genel yetkili mahkemede bakılabilir. Yalnızca belirli dava ve işler için öngörülen yetki kurallarına ise, özel yetki kuralları denilir<sup>89</sup>. Belirtilmesinde fayda olacağı üzere, kural olarak, özel yetki, genel yetkiyi ortadan kaldırmaz. Bu takdirde, davacı davasını dilerse özel yetkili mahkemede, dilerse genel yetkili mahkemede açabilir. HMK'nın 6 ncı maddesi ile genel yetkili mahkeme, 7 ilâ 16 ncı maddeleriyle ise, özel yetki kuralları hükme bağlanmıştır<sup>90</sup>. Diğer taraftan yetki bahsi, kesin olan ve olmayan yetki ile kamu düzenine dair olan ve olmayan yetki şeklindeki çeşitli tasnifler eşliğinde ele alınmaktadır<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> Bu konuda birçokları yerine bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 194; KARSLI, s. 226.

<sup>87</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 163; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 150.

<sup>88</sup> ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 83; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 130; KARSLI, s. 227.

<sup>89</sup> ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 83; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 167-168; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 130.

<sup>90</sup> Doktrinde, özel yetki kuralları da kendi içerisinde kesin olan ve olmayan kurallar şeklinde tasnif edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için birçokları yerine bkz. KARSLI, s. 231 vd.

<sup>91</sup> Dava konusu uyumsuzluğu çözmek bakımından Kanun tarafından yalnızca tek bir mahkemenin belirlendiği hallerde yetkinin, kesin yani "münhasır" olduğu belirtilmelidir. Mahkemelerin yetkisinin kesin olduğu hallerde, yetki aynı zamanda kamu düzenine ilişkin yetki hallerini de kapsamına almaktadır. Ancak bazı hallerde kanun koyucu, kamu düzeniyle ilgili ihtilaflarda birden fazla mahkemeyi yetkili kılmış olabilir. Bu gibi hallerde, mahkemelerin yetkisi kesin yetki çerçevesinde değerlendirilmez. Ayrıca kesin yetki, bir dava şartı olup (6100 s. HMK md. 114/ç); bu halde yetki sözleşmesi (6100 s. HMK md. 17-18) yapılamaz. Kanunun açıkça belirttiği kesin yetkili

RKHK’da yetki bahsi ile ilgili özel bir düzenleme mevcut olmadığından, yetkiye dair genel kuralların uygulama alanı bulacağı açıktır (6100 s. HMK md. 5). Bu çerçevede ilk olarak, taraflar arasındaki tazminat davasına temel olan “hukukî ilişki” nazara alınarak, haksız fiilden kaynaklanan davalarda yetkili olan mahkemelerin, rekabet hukukunun ihlâlinden doğan tazminat davalarının görülmesinde de yetkili olacağı vurgulanmalıdır.

### 3.2. “Özel” ve “Genel Yetkili Mahkemenin” Belirlenmesi

HMK md. 16 uyarınca haksız fiilden doğan davalar, dört ayrı yer mahkemesinde açılabilir. Bunlar, (i.) haksız fiilin işlendiği yer<sup>92</sup>, (ii.) zararın meydana geldiği yer, (iii.) “önleme” amacına hizmet etmek üzere, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer ve (iv.) nihayet, davacının lehine bir düzenleme olarak, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir.

Öncelikle, HMK md. 16’da yer alan özel yetki kuralının, kesin ve kamu düzenine dair bir yetki kuralı olmadığı belirtilmelidir<sup>93</sup>. Dolayısıyla, rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında zarar gören kişilerin (rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler, tüketiciler), HMK md. 16’da gösterilen yerlerden birinde veya genel yetki kuralı olarak,

---

haller dışındaki hallerde ise, mahkemenin yetkisi kesin değildir. Bu takdirde, davanın, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkeme veya kanunda belirtilen birden çok mahkemenin herhangi birinde ikâme edebilmesi olanaklıdır. Böyle bir halde, davanın yetkili olmayan mahkemede açılması durumunda davalı “ilk itirazda” bulunabilir (6100 s. HMK md. 116/1-a). Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Şerh, s. 86-96.

<sup>92</sup> 1086 sayılı HUMK döneminde verdiği kararlarında Yargıtay, kısaca, haksız fiilin vuku bulunduğu yerden, zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer mahkemesinin anlaşılacağını belirtmiştir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesi’nin, 23.11.2000 tarih, 2000/11274 E., 2000/10453 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 04.11.2014). Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 227; UMAR, s. 62; KARSLI, s. 234-235. Bu sebeple, danişıklı ilişkilerin gerçekleştirildiği veya danişıklı ilişkilerin hedeflediği sonuçların meydana geldiği yer mahkemelerinin tazminat davalarında yetkili olacağı belirtilmelidir. Bu konuda bkz. İKİZLER, s. 359-360; YİĞİT, s. 315; ARI, s. 236; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 764-765; SEKMEN, s. 104-105.

<sup>93</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 142; YILMAZ, Şerh, s. 188. Ayrıca bkz. Yargıtay 3 üncü Hukuk Dairesi’nin, 26.02.2001 tarih ve 2001/1406 E., 2001/1838 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihi: 04.11.2014).

teşebbüslerin Türkiye'deki "yerleşim yeri" mahkemesinde dava ikâme edebilmesinin mümkün olacağı belirtilmelidir<sup>94</sup> (6100 s. HMK md. 6/1).

Davalının yerleşim yerindeki mahkeme ile haksız fiilin ortaya çıktığı yer mahkemesinin yetkisi arasında hukukî manada öncelik-sonralık ilişkisi yoktur<sup>95</sup>. Dolayısıyla birden çok yetkili mahkemenin bulunması halinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça (6100 s. HMK md. 17), kural olarak, davacı seçim hakkını serbestçe kullanarak, yetkili mahkemeyi seçer (*right of choice*) ve davasını o mahkemede açabilir. Bu yönüyle özel yetki kuralları, davacıya, genel yetkili mahkemenin yanı sıra "alternatif" mahiyette yetkili mahkeme sunmaktadır denilebilir. Ancak, TMK md. 2 ve HMK md. 29'da düzenlenen dürüstlük (*iyiniyet*) kuralı, genel bir kural olması hasebiyle burada da uygulama alanı bulacaktır<sup>96</sup>.

Anılan düzenlemenin, rekabet hukukuna uyarlanması halinde "danışıklı ilişkinin işlendiği", "danışıklı ilişki sonucunda zararın meydana geldiği" veya "gelme ihtimalinin bulunduğu" ve son olarak, "danışıklı ilişki sonucunda zarar görenin (*davacının*) yerleşim yeri mahkemesinin" yetkili olduğu söylenebilecektir. Diğer yandan, rekabet ihlalleri bakımından haksız fiilin işlendiği yer, ihlâl konu olan eylemin vasıf ve mahiyeti ile eylemin yol açtığı zarara göre değişiklik gösterecektir. Söz gelimi, aşırı fiyatlandırma uygulamalarında, haksız fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer, "malın satın alındığı" yerdir. Bu kapsamda tazminat davasının, malın satın alındığı yerde açılması gerektiği de pekâlâ söylenebilir<sup>97</sup>.

Başka bir örnek, iki veya daha fazla teşebbüs tarafından uyumlu eylemde (*concerted practice*) bulunmak suretiyle rekabetin kısıtlandığı kurgularda, uyumlu eylemlerin sonucu olan rekabetin kısıtlanması hangi

<sup>94</sup> SANLI, Genel Bakış ve Sorunlar, s. 45; SANLI, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 235; GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, Kayseri, 2007, s. 222; YİĞİT, s. 315; ARI, Buket, Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti, Rekabet Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 01, 2013, s. 23; KARSLI, s. 227 vd.; ÖZBAY, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 52.

<sup>95</sup> YILMAZ, Şerh, s. 195.

<sup>96</sup> ARI, s. 236; YILMAZ, Şerh, s. 97. Davacı davasını yetkisiz mahkemede açarsa, ona ait olan seçim hakkı davalıya geçmiş olur. Keza, davalının yetki itirazında bulunurken birden fazla yetkili mahkeme belirtmesi halinde yapılan itiraz geçerli olmasına karşın, yetkili mahkemeyi seçme hakkı yeniden davacıya intikal eder. YILMAZ, Şerh, s. 99. Ayrıca bkz. Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi'nin, 23.10.2007 tarih ve E. 10480, K. 13250 sayılı kararı (ERİŞ, s. 779-780).

<sup>97</sup> Örnek için bkz. SANLI, Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 235, dn. 402.

bölgede görülüyorsa, o bölgedeki görevli mahkemelerden birinde tazminat davası açılabilir<sup>98</sup>. Diğer yandan, uyumlu eylem yoluyla fiyatı artan ürünün Türkiye çapında pazarlanan bir ürün olması ihtimalindeyse, ülke genelinde görevli olan herhangi bir yer mahkemesinde dava açılabilmesi de mümkündür<sup>99</sup>.

Gerçek kişiler bakımından yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerken (4721 s. TMK md. 19/1); tüzel kişilerin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde (tüzük, ana sözleşme<sup>100</sup> veya vakıf senedi gibi) başka bir hüküm bulunmadıkça, işletmenin yönetildiği yani merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (4721 s. TMK md. 51). Bununla birlikte tüzel kişiliğin işlerinin yönetildiği yer, kuruluş belgesinden farklı bir yere tekabül etmekteyse, orası yerleşim yeri olarak kabul edilmelidir<sup>101</sup>. İlâveten, şubenin yaptığı işlemlerden doğan davalarda taraf olarak şubenin bağlı olduğu teşebbüs davalı olarak gösterilecek olmakla birlikte, dava, merkezin bulunduğu yer dışında, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir<sup>102</sup> (6100 s. HMK md. 14/1).

Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme ise, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Ancak diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına dair dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de ikâme edilebilir (6100 s. HMK md. 9/1). Daha önceki açıklamalarımızda her ne kadar aksi yönde düşüncemizi ortaya koymuş olsak da tüketicilerin davacı olduğu kurgularda, davanın, tüketicinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilirliği belirtilmelidir<sup>103</sup> (6502 s. TKHK md. 73/5).

<sup>98</sup> İKİZLER, s. 360. Ticarî davalardaki “yetki” düzenlemeleri hakkında ayrıca bkz. BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 512 vd.; KAYA (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), N. 367-368.

<sup>99</sup> İKİZLER, s. 360. Bu değerlendirmenin, rekabet hukukunun amacı ve korumak istediği menfaate uygun olduğu yönünde bkz. SEKMEN, s. 105.

<sup>100</sup> Ticaret ortaklıklarının ana sözleşmelerinde “ortaklık merkezinin” yazılması zaruridir. Bu konuda bkz. 6102 s. TTK md. 213, 305, 339, 567 ve 576. Ayrıca bkz. 1163 s. Kooperatifler K. md. 4/1.

<sup>101</sup> YILMAZ, Şerh, s. 104; KARSLI, s. 230.

<sup>102</sup> Ayrıca bkz. 6100 s. HMK md. 13: “Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir”.

<sup>103</sup> Belirtmek gerekir ki, 6502 sayılı TKHK sadece bir özel yetki kuralı öngörmüş olup; bu kural, genel yetkiyi tamamıyla bertaraf etmiş değildir. Böyle bir halde, tüketiciler isterlerse özel yetkiye dayalı olarak kendi yerleşim yerlerinde, isterlerse genel yetki kuralı gereğince davalının ikâmet ettiği yerde dava ikâme edebilirler.



Ayrıca, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan bir kimse de, davalının yerleşim yerinde veya kendi yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilir (4721 s. TMK md. 25/5). Bu durumda, hem haksız fiilin işlendiği yer hem de davacının yerleşim yeri özel yetkili mahkemelerdir; genel yetki yanında birinde veya ötekinde dava açılabilir<sup>104</sup>. Bunun içinse, danışıklı ilişkinin, ekonomik varlığa sahip olma ve bu varlığını sürdürme serbestisini ortadan kaldıracı bir davranış vasfında olması gerekir. Bu duruma örnek olarak, boykot yahut diğer ayırımıcı davranışlar verilmektedir<sup>105</sup>.

Doktrinde, 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu periyotta, genellikle rekabetin kısıtlanmasının "etkilerinin görüldüğü" yerde davacının yerleşim yerinin bulunduğu ve bu durumun zarar görenleri dava açmaya teşvik edici bir motivasyon sağlayacağına dair örnekler aktarılmaktaysa da HMK md. 16'da yapılan açık düzenleme ile zarar gören davacının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili kılınmış olması karşısında, kanaatimizce, anılan tartışmaların teorik ve pratik düzlemde herhangi bir önemi kalmamıştır<sup>106</sup>.

### 3.3. Ortak Yetkili Yer Mahkemesi ve "Rekabet Hukuku Bağlamındaki Açılımı"

Rekabet hukukunun ihlâline vücut veren anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararlarının büyük bir çoğunlukla birden fazla tarafın mevcudiyetini gerektirmesi (*unilateral conducts*) dolayısıyla zarara sebep olanlar, oluşan zarardan "müteselsilen" (*joint and several liability*) sorumludur (4054 s. RKHK md. 57). Bu sebeple, RKHK'nın ihlâlinin

---

<sup>104</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 171, dn. 44.

<sup>105</sup> Bu konuda bkz. TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 52-53. Boykot niteliğindeki davranışlar haklı bir savunma argümanı olarak görülemez ve bir teşebbüsün ekonomik varlığının yok olmasına neden olduğu sürece kişilik haklarına saldırı olarak vasıflandırılır. Aynı yönde ARI, s. 237. Diğer taraftan, mahkeme, yetki bakımından yapacağı incelemede, öncelikle davaya konu olan fiilin, haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığını araştıracaktır. Ortada haksız fiil mevcut değilse, diğer yetki kuralları gereğince yetkili bulunmadıkça, mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerekeceği belirtilmelidir. Bu yönde ayrıca bkz. YILMAZ, Şerh, s. 187.

<sup>106</sup> Benzer yöndeki açıklamalar için bkz. SULLIVAN, Thomas E./HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Law, Policy and Procedure, Cases, Materials, Problems, Fourth Edition, 1999, s. 77. Kuşkusuz bu yöndeki bir tespit, "etki prensibinin" doğal bir sonucu olarak tezahür etmektedir. Bu yönde TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 53; ŞAHİN, s. 235; ARI, s. 236-237; TAŞPINARLI, s. 92; SEKMEN, s. 104-105; YİĞİT, s. 315.

birden fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde yetkili mahkemenin ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Usul hukukunda kural olarak, davalı sayısı birden fazla ise, davanın bunlardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılması mümkündür (6100 s. HMK md. 7/1). Ayrıca, davalıların birden fazla olması, dava arkadaşlığı (*joinder of parties*) anlamına gelir. Davalılardan birinin yerleşim yerinde dava açılabilmesi kuralı açısından dava arkadaşlığının ihtiyarî veya zorunlu olması farklılığa sebebiyet vermez<sup>107</sup>. Ancak bu kuralın istisnâsı, davalıların tamamı hakkında dava sebebine göre kanunda, ortak yetkiyi taşıyan bir mahkemenin belirtilmesi durumunda gündeme gelir. Davalı sayısının birden fazla olduğu hallerde, davanın HMK md. 7/1 uyarınca bunlardan herhangi birinin yerleşim yerinde değil, “ortak yetkili yer” olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde açılması gerekir<sup>108</sup>. Bu husus kesin yetki olup; davacının bu konuda seçim hakkı yoktur<sup>109</sup>.

Özellikle değinilmesi gereken bir diğer husus, ortak yetki kuralının uygulanabilmesinin, davada bütün davalılar bakımından aynı dava sebebinden kaynaklanan ortak bir yetkinin bulunması koşuluna bağlı olmasıdır. Doğrudan anlatımla, bütün davalılar bakımından hukukî sebep, haksız fiil olmalıdır. Aksi takdirde ortak yetki kuralı uygulanamaz<sup>110</sup>. Söz gelimi, üç ayrı teşebbüsün anlaşarak, satılacak ürünün fiyatını tespit etmeleri halinde, anılan teşebbüslere karşı açılacak tazminat davasında yetkili mahkeme, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi olarak belirlenecektir. Kuşkusuz ki böyle bir halde davalıların hepsine karşı, davalılardan birisinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılmaz. Ancak, davacı rekabeti ihlâl eden her üç teşebbüse birlikte

<sup>107</sup> YILMAZ, Şerh, s. 109.

<sup>108</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 135; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 166. Benzer yönde ARI, s. 236.

<sup>109</sup> YILMAZ, Şerh, s. 193, 196; ÖZBAY, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 42. Davacı, tazminat davasını yetkili olmayan bir mahkemede ikâme eder ve davalı buna karşı ilk itirazda bulunmazsa, davanın açıldığı yetkisiz mahkeme, yetkili hale gelir. Ancak bu kural, haksız fiil sebebiyle birden fazla kişi hakkında ortak yetkili mahkemede dava açılması halinde geçerli değildir. Zira, ortak yetkili mahkeme, kesin yetkili mahkeme olup; bu durum dava şartı teşkil ettiğinden, mahkemece re’sen nazara alınır.

<sup>110</sup> KARSLI, s. 227; YILMAZ, Şerh, s. 112.

değil de ayrı ayrı dava açmak isterse, davalıların her birinin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilmesinin önünde bir engel yoktur<sup>111-112</sup>.

Belirtilmesinde fayda bulunan bir diğer husus, “yapay yetki” (*artificial competence*) yaratmak amacıyla rekabet ihlâlinden zarar gören davacının davayı, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek için açması halidir. Bu halde, mahkeme, davalının “yetki itirazı” üzerine, o davalı hakkındaki davayı ayırarak, onun bakımından yetkisizlik kararı verir (6100 s. HMK md. 7/2, md. 116/1-a).

### **3.4. Temel Hatları İtibariyle: AB Rekabet Hukukundaki “Güncel Gelişmelerin” Ortaya Konulması.**

Rekabet hukuku ihlâllerine dayalı zararların etkin biçimde tazmin edilmesinin önündeki engellerin kaldırılması amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Direktif<sup>113</sup>, 44/2001 sayılı Brüksel (I) Tüzüğü’nü değiştiren, “*Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve*

---

<sup>111</sup> YILMAZ, Şerh, s. 112.

<sup>112</sup> Buna karşılık Yargıtay, ortak yetkili mahkemenin yetkisinin “kesin yetki” olmadığı görüşündedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi’nin, 04.02.2013 tarih ve 624/1833 sayılı kararı (YILMAZ, Şerh, s. 113, dn. 50). Doktrinde de ortak yetkili mahkemenin HMK md. 16’ya göre belirlenebildiği hallerde, davalılarından birinin yerleşim yeri mahkemesinde de diğer davalılara karşı dava açılabileceği hususunun ayrıca belirtildiğini ifade edelim. Bu takdirde ortak yetkili mahkeme, kesin yetkili mahkeme olmamalıdır. Bu yöndeki bir yorum için bkz. KARSLI, s. 228, 230-231. Karş. Ortak yetkili yer mahkemesinde dava açılmasının davacı ve davalılar bakımından oldukça maliyetli olacağı yönündeki yorum için bkz. UMAR, s. 37, 62.

<sup>113</sup> Directive 2014/104/EU of The European Parliament and of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Text with EEA relevance, 2014, s. 3 vd.

*Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1215/2012 sayılı Tüzük*<sup>114</sup> hükümlerine atıfta bulunduğu görülmektedir<sup>115</sup>. Dolayısıyla Direktif'in uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaflarda, 1215/2012 sayılı Tüzük tatbik kabiliyeti kazanacaktır<sup>116</sup>.

Tüzük hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, rekabet hukukunun ihlâlinden zarar gören potansiyel davacılar usul ekonomisi ilkesi (*rule of procedural economy*) çerçevesinde, geniş bir "seçenek yelpazesi" tanındığı belirtilebilir. Bu kapsamda, Tüzüğe tabi olarak, üye bir devlette ikâmet eden kişilere uyrukları ne olursa olsun, üye devletin mahkemelerinde dava açabilme yetkisi tanınmıştır (Regulation No. 1215/2012, Art. 4/1). Ayrıca, ikâmet ettikleri üye devletin vatandaşı olmayan kişiler, üye devletin vatandaşları için geçerli olan yargı yetkisinin kurallarıyla yönetileceklerdir (Regulation No. 1215/2012, Art. 4/1). Tüketiciler bakımından, bir tüketicinin bir sözleşmenin diğer tarafı aleyhindeki davayı, o tarafın ikâmet ettiği üye devletin mahkemelerine ya da ikâmetgaha bakılmaksızın, kendi yerleşim yeri mahkemelerine götürebilmesi de öngörülmüştür (Regulation No. 1215/2012, Art. 18). Konumuz açısından önem arz eden husus ise, haksız fiilin mevcudiyeti durumunda; *i.*) zararlı olayın meydana geldiği veya *ii.*) gelebileceği yer mahkemelerinde de dava açılabilmesi imkânının öngörülmüş olmasıdır<sup>117</sup>. Böylelikle AB rekabet huku-

---

<sup>114</sup> Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, recast, OJ L 351, 20.12.2012, s. 6.

<sup>115</sup> Directive, §44, s. 8. Ayrıca bkz. Directive, Art. 15/2. Benzer şekilde, Direktif Tasarısı'nda da üye devletlerin Tüzüğün öngördüğü koşullarda rekabet hukukunun ihlâlinden doğan zararların giderilmesini konu edinen davalarda yetkili olacağı ve verilen kararların diğer üye devletler tarafından tanınarak, uygulanacağı ifade edilmiştir. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. COM(2013) 404, 11.6.2013, s. 5. İlâveten, Direktif'te vurgulandığı gibi, yetkili mahkeme ve diğer mahkemeler arasındaki iletişimin "gerekliliğine" de temas edildiği görülmektedir. Proposal for a Directive, s. 18.

<sup>116</sup> Regulation, s. 6.

<sup>117</sup> KOMNIMOS, Assimakis P., EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts, Oxford and Portland Oregon, 2008, s. 251. Kavram ve kararlar hakkında bkz. KOMNIMOS, s. 251-252. Karş. 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü md. 5/3. Bu yöndeki Adalet Divanı kararı için bkz. Case 21/76: [1976] ECR 1735, [1977] 1 CMLR 284 (*Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*).

kunu ihlâl eden bir fiilin, birden fazla ülke pazarını etkileyebileceği gerçeğinden hareketle, üye devlette ikâmet eden bir kişiye, başka bir üye devlette dava açabilme olanağı tanınmıştır<sup>118</sup> (Regulation No. 1215/2012, Art. 7).

Direktif'te üye devletlerdeki yetkili mahkemeler arasındaki iletişime dair olmak üzere de çeşitli hükümler sevk edilmiştir. Kısaca değinmek gerekirse, farklı üye devlet mahkemeleri huzurunda devam eden herhangi bir dava, 1215/2012 sayılı Tüzüğün 30 uncu maddesi dâhilinde "ilişkili" olarak görülebilir<sup>119</sup>. Bu hüküm altında ilk tedbir koyan dışındaki ulusal mahkemeler davayı tehir edebilir veya belli şartlar altında yargı yetkisini reddedebilir<sup>120</sup>. Direktif, anılan hüküm altındaki hak ve yükümlülükler hâle getirilmeden uygulanmalıdır<sup>121</sup>. Diğer yandan, üye devlet mahkeme-

---

Anılan kararda bizatihi, "zarara yol açan olayın meydana geldiği" veya "zararın meydana geldiği yer" ifadeleri kullanılmıştır. Bu yönde bkz. KERSE, C.S., EC Antitrust Procedure, Third Edition, London, 1994, s. 379 ve dn. 39.

<sup>118</sup> AB mevzuatında geçmiş tarihli düzenlemelerde öngörülen opsiyonlar hakkında bilgi için bkz. Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules (presented by the Commission) {SEC(2005) 1732}, Brussels, 19.12.2005, COM(2005) 672 final, s. 10; Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2005) 672} final, Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732, s. 67-68. Ayrıca bkz. BASEDOW, s. 234; KERSE, s. 379; 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü hakkında bilgi için bkz. KOMNIMOS, s. 250-254. Rekabet hukukunun ihlâlinde kaynaklanan tazminat talepleri tamamiyle 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü'nün kapsamı dâhilindedir. Belirtmek gerekir ki, hukukî ve ticarî uyuşmazlıklar Tüzüğün kapsamı dâhilinde bulunmakla birlikte, idarî ihtilaflar (*administrative matters*) kapsam dışında bırakılmıştır. Bu yönde KOMNIMOS, s. 250. Ayrıca bkz. SCHREIBER, Till, Private Antitrust Litigation in the European Union, The International Lawyer, Vol. 44, No. 4, 2010, s. 1161-1162 (HeinOnline Database). ABD'de yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından bkz. Clayton Act. §12. Buna göre, Clayton Act §12'nin de geniş bir yetki dairesi çizdiği söylenebilir. Konu hakkında kısa bilgi ve değerlendirme için bkz. AREEDA, Phillip/KAPLOW, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Fifth Edition, New York, 1997, s. 91; N. 150, dn. 161.

<sup>119</sup> Directive, §44, s. 8. "Where related actions are pending in the courts of different Member States, any court other than the court first seised may stay its proceedings." (Regulation No. 1215/2012, Art. 30). Bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin sebebi kuşkusuz ki tutarsız kararların (*inconsistent judgments*) önüne geçilmesinin engellenmesi gâyesidir. Bu yönde bkz. KOMNIMOS, s. 254.

<sup>120</sup> Directive, §44, s. 8.

<sup>121</sup> Directive, §44, s. 8.

lerinden biri, bir diğer “yetkili” üye devlet mahkemelerinden delillere erişim veya doğrudan delil talebinde bulunursa, 1206/2001 sayılı Konsey Tüzüğü<sup>122</sup> hükümlerinin uygulanacağı da belirtilmiştir<sup>123</sup>.

### 3.5. Yetki Sözleşmesinin Mevcut Olduğu Kurgular Üzerine “Kısa Bir Bakış”

Tacir veya kamu tüzel kişisi olmak koşul ve kaydıyla, tarafların, belli bir dava için kanunen yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmeye, “yetki sözleşmesi” denir<sup>124</sup>. Taraflarca, aksi kararlaştırılmadıkça dava, sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemede açılır (6100 s. HMK md. 17). Diğer yandan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz (6100 s. HMK md. 18/1). Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır (6100 s. HMK md. 18/2). Burada ayrıca vurgulanması gereken, tarafların bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılacağı ve yetki sözleşmesinin kanunen yetkili kılınan genel veya özel mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırdığı, dolayısıyla “münhasır” (*exclusive*) mahiyette olduğudur<sup>125</sup>. Ancak kuşkusuz ki tarafların, aksi yönde düzenlemede bulunabilmesi önünde herhangi bir engel yoktur.

Rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunda, tabiatı gereği ihlâlde bulunan teşebbüs ve/veya teşebbüslerle, zarara uğrayan kişiler arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından, hemen hemen çoğu kurguda yetki sözleşmesinin varlığından söz edebilmek de olanaklı olmayacaktır<sup>126</sup>. Ancak, rekabet

<sup>122</sup> OJ L 174, 27.6.2001, s. 1. Benzer şekilde Proposal for a Directive, s. 24.

<sup>123</sup> Directive, §17, s. 4. Delillerin açıklanması ile ilgili olarak ayrıca bkz. Directive, Art. 5/1.

<sup>124</sup> Yetki sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesi olarak önce HMK’daki hükümlere, bunlar dışında ise TBK hükümlerine tabi olacaktır. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152.

<sup>125</sup> Yetki sözleşmesi ve şartları hakkında kapsamlı bilgi edinebilmek için bkz. YILMAZ, s. 197-212; UMAR, s. 64-80; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152-156; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 176-185; KARSLI, s. 237-245; ÖZBAY, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 52-54.

<sup>126</sup> ŞAHİN, s. 236. Konu, AB’de uluslararası boyutu olan talepler bakımından, davacı ve davalının sözleşmesel bir ilişki içerisinde bulunduğu transactional situations (*işlem-sel durumlar*) ve sözleşme ilişkisinin mevcut bulunmadığı non-transactional situa-

hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında mahkemelerin yetkisi “kamu düzeni” esasına göre belirlenmediğinden, anlaşmanın tarafı olan hâkim konumdaki üretici veya sağlayıcı teşebbüslerin, daha zayıf konumda bulunan bayilerle yapmış olduğu sözleşmelerde, kimi zaman, rekabeti ihlâl eden hükümlere yer verildiği ve hukuka aykırı hükümlerin müzakere edilme olanağı bulunmaksızın bayilere dikte edildiği ve uygulatıldığı haller söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde, sözleşme hükümlerini tartışma olanağı bulunmayan tarafın haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep etme hakkı olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>127-128</sup>.

Yukarıda kısaca belirtilen türden kurguların yaşandığı dikey anlaşmalarda, güçlü konumdaki üretici firmaların genel olarak kendi

---

tions (*işlemsel olmayan durumlar*) ayrımı üzerinden detaylandırılmaktadır. Yine, sözleşmesel bir ilişkinin mevcudiyeti halinde, “tahkim klozları” da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. BASEDOW, s. 231-235.

<sup>127</sup> Kısaca değinilmesinde fayda olacağı üzere, rekabete aykırı yatay anlaşmalarda tarafların ihlâli, sözleşmenin tarafı olarak kendi özgür iradeleriyle gerçekleştirdiği kabul edildiğinden, bu tip bir anlaşmanın tarafının, RKHK md. 57 hükmü çerçevesinde tazminat davası ikâme edebilmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte, anılan kuralın “istisnasız” bir şekilde uygulanması adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu kapsamda, hâkim durumda olan sağlayıcıdan mal almak ve bunun için de onun kararlarına uymak zorunda olan zayıf konumdaki alıcıların, söz konusu dikey anlaşmanın hükümlerini sağlayıcı ile tartışma imkânı bulmadan kabul etmek durumunda kalmalarından hareketle tazminat talep etmelerinin olumlu karşılanması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir halde yapılan sözleşmede zarara uğrayanın rızasının mevcudiyeti kabul edilse dahi, bir tarafın sözleşmeyi diğer tarafa dayatması halinde zarara uğrayanın rızasının bir “hukuka uygunluk sebebi” olarak değerlendirilmeyerek, rekabet hukukunun ihlâli sonucu oluşan zararın tazmini talebi mümkün olmalıdır. Bu konuda bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 784, 786; ARI, s. 232; GÜRZUMAR, Özel Hukuk, s. 164, dn. 117; İKİZLER, s. 364; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 744 vd.; SAYHAN, s. 58-61; ŞAHİN, s. 237, 240-245; ÖZSUNAY, s. 130, 141; YİĞİT, s. 302-305; JONES/SUFİRİN, s. 1334-1337.

<sup>128</sup> Yargıtay’ın “dikey anlaşmalarda” zarara uğrayan sözleşme tarafının tazminat taleplerini kabul ettiği yönündeki kararları için bkz. Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi’nin 21.04.2005 tarih, 2004/9634 E., 2005/4463 K.; Yargıtay 13 üncü Hukuk Dairesi’nin 25.12.2002 tarih ve 2002/12626 E., 2002/14028 K.; Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi’nin 23.06.2006 tarih ve 2005/3755 E., 2006/7408 K. sayılı kararları (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son Erişim Tarihleri: 04.11.2014). Ayrıca bkz. Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi’nin 01.11.1999 tarih ve 1999/3350 E. 1999/6364 K. ve 29.11.2002 tarih ve 2002/2827 E. 2002/7580 K. sayılı kararları (GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 747). Kararlar için ayrıca bkz. MOROĞLU, Erdoğan/KENDİGELEN, Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2010, s. 1447-1448.

yerleşim yerinin olduğu yer mahkemelerini yetkili kıldıkları görülmektedir. Kuşkusuz bu tip hallerde, sabit fiyat şartı veya yeniden satış fiyatı belirlemeye yönelik dikey anlaşmalarda yer alan yetki klozu da dikey anlaşmanın kendisi gibi “geçersiz” olacağından, yetkili mahkemenin yukarıda ifade etmeye çalıştığımız genel kurallar eşliğinde tespit edilmesi gerekecektir<sup>129-130</sup>. Ancak yukarıdaki ayrıma paralel olarak, dikey kısıtlamanın sözleşmenin tamamını geçersiz kılmadığı kurgularda, taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesinin geçerli olduğu da mülahaza edilebilir<sup>131</sup>. Pek tabii, ikinci ihtimal, ilk ihtimale göre

<sup>129</sup> Bilindiği gibi, sözleşmedeki bir hükmün RKHK’ya aykırı olması dolayısıyla geçersiz olması halinde, bu durumun, sözleşmenin geçerliliğine etkisi ile ilgili RKHK’da herhangi bir hüküm yoktur. Özel düzenleme içeren bir kanunda konuya ilişkin hüküm bulunmadığı ve aksi yönde bir düzenleme yapılmadığına göre, TBK’da yer alan genel hükümler çerçevesinde meselenin netliğe kavuşturulması gerekir (benzer şekilde AKINCI, s. 334; BADUR, s. 161; SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000, s. 433; ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 773). Bu kapsamdaki “genel kural” ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğidir. Ancak, somut olayın göstereceği özellikler saklı kalmak kaydıyla, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (6098 s. TBK md. 27/2).

<sup>130</sup> Benzer yöndeki bir yorum için bkz. ŞAHİN, s. 236-237.

<sup>131</sup> Acaba, rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında, HMK md. 10 uygulama alanı bulabilir mi? sorusunun -kısaca da olsa- tartışılması gerekebilir. Bilindiği üzere, borçlar hukukuna dair sözleşmelerden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde ikâme edilebilir (6100 s. HMK md. 10). İfa yeri, iki tarafın açık veya örtülü iradeleriyle tespit edilir (6098 s. TBK md. 89). İfa yeri mahkemesinin yetkili olabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu kapsamda ifade edilebilecek ilk koşul, taraflar arasındaki hukuksal ilişkinin malvarlığına dair bir sözleşme ilişkisi (*contractual relationship*) şeklinde vücut bulmasıdır. İkinci koşul ise, taraflar arasındaki sözleşmenin davanın açıldığı sırada “mevcut” ve “geçerli” olmasıdır (bu konuda bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 169-170; KARSLI, s. 232-233; YILMAZ, Şerh, s. 124; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 96; tartışmalar için ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 226; UMAR, s. 42). Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinde farklı bir görüş, taraflar arasındaki ilişkiye göre, sözleşmeye dayanan uyumsuzlukların, sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde de dava edilebileceğini belirtmektedir (bu yönde bkz. TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 52-53 ve dn. 128; aynı doğrultuda TAŞPINARLI, s. 91). Yukarıda, rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunun temelde bir haksız fiil ilişkisine vücut verdiğini belirtmiştik. Burada zarar, yalnızca belirli bir alacaklıya karşı sözleşmeden doğan bir borcun ihlâlinden değil, “herkese karşı uyulması zorunlu bir hukukî görevin ihlâlinden” doğmakta olup, RKHK md. 57’ye aykırılık dolayısıyla tazminatı



nadiren görülebilecek bir senaryo ile karşılaşma olasılığını gündeme getirecektir.

### 3.6. Kısaca: “Yabancılık Unsuru” İhtiva Eden Uyuşmazlıklar Açısından

Açılması muhtemel bir davada yabancılık unsurunun mevcudiyeti halinde, yetkili mahkemenin, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre tespit edileceği belirtilmelidir<sup>132</sup>. Bu çerçevede, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin edecektir<sup>133</sup> (5718 s. MÖHUK md. 40). Ancak, sigorta, tüketici ve iş sözleşmelerinden farklı olarak rekabet hukukunun ihlallerine dair özel bir yetki kuralı benimsenmiş değildir. Dolayısıyla yukarıda aktarıldığı gibi, yetkili mahkemenin HMK kurallarına göre belirlenmesi gerekecektir<sup>134</sup>.

---

gerektirmektedir (rekabet hukuku bağlamında bkz. AKINCI, s. 358; ARI, s. 215; SEKMEN, s. 28). Zarar gören ile zarar veren arasında bir borç ilişkisi bulunmadığı gibi, bir borç ilişkisinin mevcudiyeti halinde de sorumluluğun niteliği değişmez (AKINCI, s. 358). Buradaki tazminat, rekabet hukuku kurallarına aykırı işlem ve eylemlerde bulunanların, rekabet hukuku ihlallerinden dolayı rekabetin bozulması nedeniyle üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararların tazmin edilmesidir. Dolayısıyla temeldeki ilişkiden hareket edildiğinde, bu tip tazminat davalarında HMK md. 10'un uygulama alanını tartışmanın *de lege ferenda* pek de gerekli olmadığı söylenebilir. Konunun önemine binaen geçersizlik ve geçersizliğin taraflar açısından sonuçlarına dair ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için ayrıca bkz. SANLI, Geçersizlik, s. 400-425; SANLI, Genel Bakış ve Sorunlar, s. 19-36; AKINCI, s. 329-355; ARI, s. 196-211; GÜRZUMAR, Osman Berat, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabii Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Sayı: 12, Ekim-Kasım-Aralık, 2002, s. 60 vd.; GÜRZUMAR, Özel Hukuk, s. 117-133; GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 716 vd.; ayrıca bkz. 734-738; AKSOY, s. 55; ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 770-783; TOPÇUOĞLU, s. 289-292. Borçlar hukuku bağlantısı bakımından genel bilgi için pek çokları yerine bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 339 vd.

<sup>132</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 765; YILMAZ, Şerh, s. 84 vd. Yabancı teşebbüslerin sebebiyet verdiği rekabet kısıtlamaları bakımından, Türkiye'deki mal veya hizmet piyasalarını etkileyen danişıklı ilişkilerde tazminat davalarının, rekabeti kısıtlayıcı etkinin görüldüğü yer mahkemelerinde açılabilmesi yönünde bkz. ARI, s. 236-237; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 53.

<sup>133</sup> GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 765. İç hukukta, rekabet hukukunun özel hukuk bakımından sonuçları çerçevesinde ikâme edilecek davalarda yetkili mahkeme, örneğin, Alman ve Hollandalı iki şirketin kartel oluşturarak Türkiye'deki rekabeti ihlâl etmeleri durumunda, yetkili olacaktır. Örnek için ayrıca bkz. GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 765.

<sup>134</sup> ARI, Buket, s. 23.

Ayrıca, yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflarda, MÖHUK'a göre yer itibarıyla yetkinin "münhasır yetki" (*exclusive competence*) esasına göre tayin edilmemiş olduğu hallerde, taraflar, aralarında yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyumsuzlukların yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler<sup>135</sup>. Anlaşma yazılı delille ispatlanması halinde muteber olacaktır. Dava ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması durumunda yetkili Türk mahkemesinde görülür. İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları, tüketici sözleşmesine dair davalar ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalardaki yetkili mahkemenin yetkisi, tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez (5718 s. MÖHUK md. 47). Uygulanacak hukuk (*applicable law*) konusu, çalışmamızın kapsamı dışında yer almaktadır<sup>136</sup>.

Doktrinde "olması gereken hukuk" bakımından yaklaşan bir bakış açısıyla, yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında özel bir düzenleme yapılmasının ve "davacının" yerleşim yeri mahkemesinin "özel yetkili" mahkeme olarak belirtilmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>137</sup>. Nihayet, benzer yöndeki bir düzenleme Clayton Act'nin 4 üncü maddesinde de yer almaktadır<sup>138</sup>. Burada rekabet ihlallerinin karakteri gereği doğru olanın, haksız fiil olayının "her bir unsurunun" gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmek olduğu söylenebilir<sup>139</sup>. Ancak HMK md. 16'nın genel yetki kurallarına ilâveten öngörmüş olduğu

<sup>135</sup> Bağlantılı olarak bkz. MÖHUK md. 38, 48. Bu konuda ayrıntılı bilgi için GÜVEN, Rekabet Hukuku, s. 765-766.

<sup>136</sup> Bu konuda ayrıca bkz. BASEDOW, s. 241 vd.; KOMNIMOS, s. 239 vd.; SCHREIBER, s. 1162-1163; TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1977, s. 55 vd.; HUYSAL, Burak, Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, No: 02, s. 69 vd.; ARI, Buket, s. 3 vd. Haksız fiillerden doğan kanunlar ihtilafı hususunda ayrıca bkz. ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 397 vd.; NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2013, s. 346 vd.

<sup>137</sup> SULLIVAN/HOVENKAMP, Antitrust Law, s. 76-77; ARI, s. 237; SEKMEN, s. 105; YİĞİT, s. 316.

<sup>138</sup> SULLIVAN/HOVENKAMP, Antitrust Law, s. 76-77.

<sup>139</sup> Örneğin Alman hukukunda haksız fiilin gerçekleştiği yer bakımından, haksız fiil olayının önemli bir unsurunun gerçekleştiği yer (*Handlungsort*) veya fiilin tamamlandığı yer (*Erfolgsort*) kriter olabilir. Buna karşılık zararın gerçekleştiği yer (*sogennanten Schadensort*), yani fiilin tamamlanmasından sonra müteakip ihlâl sonuçlarının ortaya çıktığı üçüncü bir yer, asli malvarlığı zararlarının ortaya çıktığı yer, yetkili mahkeme bakımından kriter olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 101, dn. 66a.

özel vasıftaki hukukî himayenin, ayrıca düzenleme yapılmasına gereksinim duyulmayacak şekilde fonksiyonel olduğu belirtilmelidir.

#### **IV. SONUÇ: “TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER”**

Bu çalışmada, rekabet hukukunun ihlâli halinde ikâme edilecek tazminat davalarının hangi görevli ve yetkili mahkeme nezdinde ikâme edilmesi gerektiğini belirlemeye çalıştık. Bu bağlamda çalışmamız sırasında tespit ettiğimiz önemli hususları ve vardığımız temel sonuçları, konuya ilişkin “*de lege ferenda*” gözlemlerimizle, sırasıyla, aşağıdaki şekilde takdim edebiliriz:

**4.1.** Rekabet hukukunun ihlâlinin haksız fiil sorumluluğuna temel teşkil ettiği nazara alındığında, rekabetin kısıtlanmasının, RKHK md. 4 veya 6'nın ihlâli suretiyle gerçekleştirilmesi, görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde esasa etki etmez. Bu minvalde, rekabet hukukunun ihlâlinin doğan tazminat davalarında genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenecektir.

**4.2.** Rekabet hukukunun ihlâlinin kaynaklanan tazminat davalarında asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması bakımından öngörülen hukukî zemin gereği, mutlak ticarî dava ve yarı nispi ticarî dava ölçütlerinden yararlanabilme olanağı yoktur. Bu kapsamda, nispi ticarî dava vasıflandırmasında bulunabilmek için uyumsuzluğun her iki tarafını teşkil eden teşebbüslerin tacir olması ve ihtilafın her iki tarafın ticarî işletmesi ile ilgili olması gerekir. Ancak bu takdirde açılan davaların, nispi ticarî davaya vücut vererek asliye ticaret mahkemeleri nezdinde görülebilmesi olanaklı hale gelecektir.

**4.3.1.** “Tüketici işlemi” kavramı açısından yaklaşıldığında, ihlâlin mahiyeti itibariyle hukukî işleminden ayrı ve bağımsız bir şekilde haksız fiil olarak vasıflandırılacağı, diğer yandan, buradaki haksız fiil ile tüketici işlemi arasında doğrudan irtibat bulunmadığı kanaatimizce tartışmaya açık değildir. Hâl böyle olunca, haksız fiillerin TKHK kapsamı dışında kaldığı nazarı itibara alınarak, tüketici mahkemelerinin görevli olamayacağının tespiti kaçınılmazdır.

**4.3.2.** 6502 sayılı TKHK ile hukukumuza giren “haksız ticarî uygulama” kavramı perspektifinden yaklaşıldığında ise, hükmün kapsamı ve koruduğu hukukî menfaatlerden hareketle dar yorumda bulunarak sonuca varmak ve bu manada rekabet hukukunun ihlâlinin doğan tazminat sorumluluğunun temelde sözleşme öncesi veya sonrası olmak üzere TKHK'nın kastettiği tüketiciye yönelik uygulamaların değil,

“niteliği” ve “maksadı” itibariyle haksız fiil hükümlerine dayanak oluşturduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu çerçevede tüketicilerin, rekabeti ihlâl eden haksız ticarî uygulamalara muhatap olmaları halinde tüketici mahkemelerinin görevli mahkeme olamayacağı sonucuna varılmaktadır.

**4.4.1.** Rekabet hukukunun ihlâlinden kaynaklanan tazminat davaları ekseriyetle ticarî karakterdedir. Dolayısıyla bu alandaki ihtisaslaşma ve RKHK'nın özel hukuk alanındaki sonuçlarına dair hükümlerindeki uygulamayı yeknesak hale getirebilmek adına, tarafların sıfatına ve uyumsuzluğun ticarî işletme ile ilgili olup olmadığına bakmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması kararlaştırılabilir. Bunun içinse, iki ayrı alternatif sunulabilir. Buna göre ilk olarak, doğrudan RKHK md. 57-59 hükümlerine yapılacak ilâveyle anılan maddelerin uygulanmasından doğan ihtilafların, asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği eklenmek suretiyle özel bir mutlak ticarî dava kriteri öngörülmesi mümkündür. İkinci olarak, TTK md. 4'e yapılacak ilâveyle, RKHK md. 57-59 arasındaki ihtilafların asliye ticaret mahkemeleri nezdinde görülmesi hükme bağlanarak, uyumsuzlukların mutlak ticarî dava haline getirilmesi sağlanabilir.

**4.4.2.** Ülkemizde rekabet hukukunun özel hukuktaki sonuçları bakımından görevli olacak bir mahkemenin kurulmasının öngörülmesi idarî ve iktisadî maliyeti dikkate alındığında, oldukça radikal bir öneri olacaktır. Dolayısıyla, en azından “kısa vadeli” bir seçenek olarak, görevli mahkemenin büyük bir çoğunlukla asliye ticaret mahkemesi olacağı düşünüldüğünde, asliye ticaret mahkemelerinin bir dairesinin görevlendirilmesinin şimdilik daha rasyonel bir çözüm yolu olacağı söylenebilir.

**4.5.** Yetki bakımından zarar gören kişilerin (tüketiciler, ara teşebbüsler, rakip teşebbüsler) kural olarak, HMK md. 16'da gösterilen yerlerden birinde veya genel yetki kuralı olarak, teşebbüslerin Türkiye'deki “yerleşim yeri” mahkemesinde (6100 s. HMK md. 6/1) dava ikâme edebilmesi olanaklıdır. Ancak, davalı sayısının birden fazla olduğu kurgularda, ortak yetkili yer mahkemesi, “haksız fiilin işlendiği yer” mahkemesi olarak tezahür edecektir.

**4.6.** Nadiren karşılaşılabilecek nitelikte olsa da yetki sözleşmelerinin mevcudiyeti halinde, somut olay özelinde yapılacak değerlendirme neticesinde dikey anlaşmaların ayakta kalıp kalmadığına göre yorumda bulunularak, sözleşme ile yetkilendirilen mahkemelerin yetkili olduğu veya

olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak ekseriyetle, yetki sözleşmelerinin de sözleşmenin kendisi gibi geçersiz olacağı öngörülmektedir.

**4.7.** Rekabet hukuku ihlâllerinin karakterine göre yetkili mahkeme açısından RKHK'da düzenleme yapılması ayrıca tartışılabilir. Kanaatimizce burada rekabet ihlâllerinin karakteri gereği doğru olanın, haksız fiil olayının "her bir unsurunun" gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmek olduğu dile getirilebilir. Ancak HMK md. 16'nın genel yetki kurallarına ilâveten öngörmüş olduğu özel vasıftaki hukukî himayenin, ayrıca düzenleme yapılmasına gereksinim duyulmayacak şekilde işlevsel olduğu belirtilmelidir.

## YARARLANILAN ESERLER

### A.) Kitap, Makale ve Tebliğler

- ABBAMONTE**, Giuseppe B., The Unfair Commercial Practices Directive: An Example of The New European Consumer Protection Approach, Columbia Journal of European Law, Vol. 12, 2005-2006, s. 695-712 (HeinOnline Database).
- AKINCI**, Ateş, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001.
- AKSOY**, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara, 2004.
- AL**, Şengül, Son Gelişmeler Işığında Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009, s. 27-71.
- ALANGOYA**, Yavuz H./**YILDIRIM**, Kâmil, M./**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, 2009.
- AREEDA**, Phillip/**KAPLOW**, Louis, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Fifth Edition, New York, 1997.
- ARKAN**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara, 2014.
- ARI**, Buket, Rekabet İhlallerinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti, Rekabet Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 01, 2013, s. 3-41.
- ARI**, Zekerriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2004.
- ASLAN**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007 (**ASLAN**, Rekabet Hukuku).
- ASLAN**, İ. Yılmaz, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2014 (**ASLAN**, Tüketici Hukuku).
- ASLAN**, İ. Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekeçesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi (Editör: N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN), Ankara, 2005, s. 41-101.
- ASLAN**, Zehreddin/**BERK**, Kahraman, Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, İstanbul, 2000.
- AŞÇIOĞLU ÖZ**, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000.

- ATEŞ**, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013.
- ATİLA**, Metin Hakan, Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009.
- AYDOĞDU**, Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul, 2014 (**AYDOĞDU**, Tüketici Kılavuzu).
- AYDOĞDU**, Murat, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2014, s. 1-62.
- AYHAN**, Rıza/**ÖZDAMAR**, Mehmet/**ÇAĞLAR**, Hayrettin, Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Ankara, 2014.
- BADUR**, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001.
- BAHTİYAR**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2013 (**BAHTİYAR**, Ticari İşletme).
- BAHTİYAR**, Mehmet, Ticari Davaların Saptanması ve Davanın Ticari Olmasının Önemi, Makaleler II, İstanbul, 2008, s. 23-33.
- BASEDOW**, Jürgen, Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law, International Competition Law Series Vol. 25, Private Enforcement of EC Competition Law Edited by Jürgen BASEDOW, 2007, s. 229-255.
- BAŞTUĞ**, İrfan/**ERDEM**, Ercüment, H., Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 1993.
- BERRISCH**, Georg/**JORDAN**, Eve/**ROLDAN**, Rocio Salvador, EU Competition and Private Actions for Damages, Northwestern Journal of International Law & Business, 2003-2004, s. 585-600 (HeinOnline Database).
- BERZEK**, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul, 2013.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2013.
- BOZKURT**, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2013.
- BÖRÜ**, Levent/**KOÇYİĞİT**, İlker, Ticari Dava, Ankara, 2013.
- BÜLBÜL**, Aslı, Civil Law Claims on the Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of US, EU and Turkish Laws, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü, Ankara, 2006.
- CENGİZ**, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006.

- COLINO**, Sandra Marco, Competition Law of the EU and UK, Seventh Edition, New York, 2011.
- ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM**, Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2012.
- ÇEKER**, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Adana, 2012.
- DELİDUMAN**, Seyithan/**ORUÇ**, Yakup, Ticari Davalar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 99-109.
- DENİZ**, Seda/**POLAT**, Belit/**YILMAZ**, Başak, Rekabet Hukukundan Doğan Tazminat Davalarına Genel Bir Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, Cilt: 86, Sayı: 2012/3, s. 165-181.
- DERYAL**, Yahya, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2008.
- DOĞANAY**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt: I, 4. Bası, İstanbul, 2004.
- DOMANİÇ**, Hayri/**ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, 2007.
- EĞERCİ**, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Ankara, 2005.
- EHLERMANN**, Claus Dieter/**ATANASIU**, Isabela, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001.
- ERCAN**, Tayfun, Ticaret Kanunu Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2014.
- ERDOĞAN**, Abdullah, Ticari Davalar, Regesta Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2013/1, s. 57-79.
- ERİŞ**, Gönen, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt I, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- ERSOY**, Çiçek, Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu, Rekabet Dergisi, S. 16, s. 3-41.
- GRONING**, Jochem, National Judges in a Modernised Community Law System: A Special View to Procedural Aspects, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, Edited by Claus Dieter EHLERMANN & Isabela ATANASIU, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001, s. 579-592.
- GÜRZUMAR**, Osman Berat, Özel Hukuk Açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu 7-8 Ekim 2005 (Editör: Cavid ABDULLAHZADE), Ankara, 2006, s. 115-184 (**GÜRZUMAR**, Özel Hukuk).



- GÜRZUMAR**, Osman Berat, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Sayı: 12, Ekim-Kasım-Aralık, 2002 (**GÜRZUMAR**, Geçersizlik Rejimi).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, İstanbul, 2014.
- GÜNAY**, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara, 2014.
- GÜNAY**, Cevdet İlhan, Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara, 2010 (**GÜNAY**, Şerh).
- GÜVEN**, Pelin, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008 (**GÜVEN**, Rekabet Hukuku).
- GÜVEN**, Pelin, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri, 2007, s. 213-263.
- HAUSFELD**, Michael D., Initiation of a Private Claim, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law, Edited by Albert A. FOER, Jonathan W. CUNEO, Cheltenham, UK, 2010, s. 111-124.
- HEMPEL**, Rolf, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden, 2002.
- HOVENKAMP**, Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, Third Edition, 2005.
- HOWELLS**, Geraint/**MICKLITZ**, Hans-W./**WILHEMSSON**, Thomas, European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive, 2006.
- HUYSAL**, Burak, Yabancı Unsurlu Rekabet İhlâllerinde Uygulanacak Hukuk, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, No: 02, s. 69-95.
- İKİZLER**, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, 2005.
- İLGÜN**, Candaş, Açıklamalı-Gerekçeli 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara, 2014.
- İMREGÜN**, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 10. Bası, İstanbul, 1993.
- İNAN**, Nurkut/**PİKER**, Mehmet, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007.
- İNAN**, Nurkut, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, 2004, s. 43-67 (**İNAN**, Eleştirisel Bakış).
- İNAN**, Nurkut, Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, Ankara.
- JONES**, Alison/**SUFRIN**, Brenda, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, Third Edition, 2007.

- JONES**, Clifford A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, Great Britain, 1999 (**JONES**, Private Enforcement).
- KARAHAN**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Konya, 2012.
- KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968.
- KARSLI**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, 2011.
- KAYA**, Arslan (**ÜLGEN**, Hüseyin/**TEOMAN**, Ömer/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**NOMER ERTAN**, Füsün), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009.
- KAYAR**, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2013.
- KENDİGELEN**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011 (**KENDİGELEN**, Değişiklikler-Yenilikler-İlk Tespitler).
- KERSE**, C.S., EC Antitrust Procedure, Third Edition, London, 1994.
- KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.
- KIRMIZI**, Mustafa, 6100 sayılı Yeni HMK Değişiklikleriyle Hukuk Mahkemelelerinde Görev ve Yetki, Ankara, 2011.
- KOMNIMOS**, Assimakis P., EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts, Oxford, Portland Oregon, 2008.
- KORTUNAY**, Ayhan, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından “De Lege Ferenda” Düşünceler, Rekabet Dergisi, 2009, 10 (1), s. 81-138.
- KORTUNAY**, Ayhan, AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, 4-5 Nisan 2008, Kayseri, Rekabet Kurumu, s. 89-118.
- KOYUNCU**, Tuğçe, Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 128, Ankara, 2012.
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2013.
- LAGE**, Santiago Martinez/**BROKELMANN**, Helmut, Article 81 (3) Before National Courts: The CAMPSA Doctrine of the Spanish Supreme Court and Articles 84 and 85 Revisited, European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy, Edited by Claus Dieter EHLERMANN

& Isabela ATANASIU, The Robert Schuman Centre at the European University Institute, Oxford Portland Oregon, 2001, s. 593-612.

**MONTI**, Giorgio, EC Competition Law, Cambridge, 2007.

**MOROĞLU**, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, 2007.

**MOROĞLU**, Erdoğan/**KENDİGELEN**, Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Baskı, İstanbul, 2010.

**NOMER**, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2013.

**OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 663 vd.

**ÖZBAY**, İbrahim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013 (**ÖZBAY**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu).

**ÖZBAY**, İbrahim, Grup Davaları, Ankara, 2009.

**ÖZSUNAY**, Ergun, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi (Editör: N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN), Ankara, 2005, s. 117-155.

**ÖZTUNALI**, Aydın, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2014.

**PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013.

**POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul, 2012.

**PULAŞLI**, Hasan, İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı, Notlu ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticarî Mevzuat, Ankara, 2013.

**SANLI**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sempozyumu (Editör: Kerem Cem SANLI), İstanbul, 2013, s. 15-82 (**SANLI**, Genel Bakış ve Sorunlar).

- SANLI**, Kerem Cem, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara, 2003, s. 211-277 (**SANLI**, Haksız Fiil Sorumluluğu).
- SANLI**, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000 (**SANLI**, Geçersizlik).
- SAYHAN**, İsmet, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı, Ankara Barosu Fıkrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 5, Cilt 5, Sayı 2005/3, s. 29-61 (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmma-kale/2005-3/2.pdf>; Son Erişim Tarihi: 30.11.2014).
- SCHREIBER**, Till, Private Antitrust Litigation in the European Union, The International Lawyer, Vol. 44, No. 4, 2010, s. 1157-1172 (HeinOnline Database).
- SEKMEN**, Orhan, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2013.
- SULLIVAN**, Thomas E./**HOVENKAMP**, Herbert, Antitrust Law, Policy and Procedure, Cases, Materials, Problems, Fourth Edition, 1999 (**SULLIVAN/HOVENKAMP**, Antitrust Law).
- ŞAHİN**, Murat, Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul, 2013.
- TAŞPINARLI**, Caner, Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- TEKİL**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990.
- TEKİNALP**, Ünal, Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2005, s. 259-267.
- TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1977.
- TOPÇUOĞLU**, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001.
- TOPÇUOĞLU**, Metin, Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 5-59 (**TOPÇUOĞLU**, Üç Kat Tazminat).
- TUTUMLU**, Mehmet Akif, Medeni Usul Hukuku Sorunları, Cilt I, 3. Bası, Ankara, 2010.
- TUTUMLU**, Mehmet Akif, Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara, 2006 (**TUTUMLU**, Görev ve Yetki Sınırları).

- ULUÇ**, Didem, Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 132, Ankara, 2012.
- UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 1997.
- VAN BAEL**, Ivo/**BELLIS**, Jean-François, Competition Law of The European Community, Fifth Edition, United Kingdom, 2010.
- VAN BOOM**, Willem H., Experiencing Unfair Commercial Practices: An Introduction, Erasmus Law Review, 2012, s. 233-236 (HeinOnline Database).
- WHISH**, Richard, Competition Law, Sixth Edition, New York, 2009.
- WILS**, Wouter, P.J., Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, World Competition, Vol. 26, Issue 3, 2003, s. 473-488.
- YAVUZ**, Nihat, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2007.
- YENİOCAK**, Umut (Editör), Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2014.
- YILMAZ**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013 (**YILMAZ**, Şerh).
- YİĞİT**, İlhan, Rekabet İhlâllerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul, 2013.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2004.

## **B.) YABANCI BELGELER**

- Unfair Commercial Practices Directive**, 2005/29/EC of 1 May 2005, OJ 2005 L 149/22.
- Regulation (EU) No. 1215/2012** of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, recast, OJ L 351, 20.12.2012.
- Directive 2014/104/EU of The European Parliament** and of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, Text with EEA relevance, 2014
- Proposal for a Directive** of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. COM(2013) 404, 11.6.2013.

**Green Paper**, Damages actions for breach of the EC antitrust rules (presented by the Commission) {SEC(2005) 1732}, Brussels, 19.12.2005, COM(2005) 672 final.

**Commission Staff Working Paper**, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2005) 672} final, Brussels, 19.12.2005, SEC(2005) 1732.

### **C.) Elektronik Veritabanları**

HeinOnline (<http://home.heinonline.org>)

Westlaw International (<http://westlawinternational.com>)

Swisslex (<https://www.swisslex.ch>)

Oxford University Press Journals ([www.oxfordjournals.org](http://www.oxfordjournals.org))

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı ([www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr))

# **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**

**Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK**





# Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK\*

## ÖZET

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenmiş talih ve tesadüfe bağlı isimli sözleşmelerdendir. Bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda yer aldığı için isimli sözleşmelerdendir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi hem Borçlar Hukuku nitelikli hem de Miras Hukuku nitelikli düzenlenebilmektedir. Bu sözleşme ile bakım alacaklısı, bakım borçlusunu sağlamaktadır. Bakım borçlusunu da bunun karşılığında bakım alacaklısından bazı malvarlığı değerlerini devralmaktadır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oranlılık bulunması durumunda önel verilerek sona erdirilir. Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması veya başka önemli sebeplerle sözleşmenin devamının imkânsız hâle gelmesi ya da güçleşmesi durumunda sözleşme önel verilmeksizin feshedilir.

**Anahtar Kelimeler:** Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım alacaklısı, bakım borçlusunu, miras sözleşmesi, ömür boyu gelir sözleşmesi.

## Agreement for Lifelong Support

### ABSTRACT

Agreement for lifelong support is from contracts the named which depending on luck and chance, and arranged in No. 818 The Code of Obligations which repealed and in No. 6098 The Turkish Code of Obligations as well. This contract is one of the named contract for be involved in Turkish Obligations Law. Agreement for lifelong support can be arranged both Law of Obligation qualified and Inheritance Law qualified. With this contract, the maintenance creditor is to ensure that he made with care for until death thanks to the agreement signed with the maintenance debtor. The maintenance debtor also is to takes over that some of the values of assets from the maintenance creditor in exchange for this. Until his death look agreement is terminated by be given grace period in the event of

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

there is a significant disproportion between the acts of the parties. Contract is annulled without be given grace period in the event of the continuation of the contract of the impossible to come or to be difficult with the violation of the contractual debt or other important reasons.

**Keywords:** Agreement for lifelong support, maintenance creditor, maintenance debtor, inheritance contract, lifelong annuity contract.

## GİRİŞ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi eskiden çok yaygın olmamakla birlikte artık varlığını günümüzde daha çok hissettirmektedir. Zira artık insanlar toplum yapısının da değişmeye başlamasıyla yaşlandıklarında kendilerinin bakımını garanti altına almak istemektedirler. Özellikle yargı kararlarına bakıldığında konu ile ilgili hiç de azımsanmayacak sayıda olaylar olduğu gözlemlenmektedir. Yargı boyutunda özellikle muvazaa iddiaları ve tenkis göze çarpmaktadır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusuna devredilmesi gereken malvarlığının taşınır ya da taşınmaz oluşuna göre sözleşmeyi yapabilecek kişiler konusunda tartışmalar yaşanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da yer alan ölünceye kadar bakma sözleşmesi Kanun metninin sadeleşmesi ile artık çok daha anlaşılır hale gelmiştir. Her ne kadar madde metinlerinde bir değişiklik olmasa da ölünceye kadar bakma sözleşmesi günümüzde uygulamayı çok daha fazla meşgul eden bir sözleşme tipi olmaktadır.

## I- TANIMI VE TERMİNOLOJİSİ

### A) TANIMI

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tanımı TBK. m. 611 f. 1'de yapılmıştır. Bu tanıma göre "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir."

Yapılan bir tanıma göre de "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bir malvarlığı ediminin devri karşılığında bir kimsenin hayatı sonuna kadar bakılmasını gerektiren talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir<sup>1</sup>."

Mehaz Kanun'a göre "Ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle bakım alacaklısı, bakım borçlusuna bir varlık ya da tek varlık değerleri geçirmek,

---

<sup>1</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, 3.Baskı İstanbul 1977, s. 1171 - 1172. Diğer tanımlar için bkz. HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992, s. 548; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 723; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 4, 1.Baskı, Ankara 1992, s. 1476; Geniş bilgi için bkz. KORKMAZ, Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, ylt., Ankara 2008; DÜNDAR, Mustafa, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, ylt., Ankara 2006.

bakım borçlusunu da bakım alacaklısına yaşama süresince bakım, özen sağlamak borcuna girer.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

## **B) TERMİNOLOJİSİ**

Türk Borçlar Kanunu'nun 611. maddesinin başlığı ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları ise bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu olarak adlandırılmıştır. Bu kavramlar sözleşmeyi ve tarafları anlaşılır bir biçimde ifade etmiştir<sup>3</sup>.

Bir görüş ise ölünceye kadar bakma sözleşmesi terimi yerine sağlığınca bakma sözleşmesi; bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu yerine sağlığınca bakılan ve sağlığınca bakım terimlerini kullanmıştır<sup>4</sup>.

## **II- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI**

### **A) SÖZLEŞMENİN KARŞILIKLI OLMASI**

#### ***1- Miras Hukukuna Tabi Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde***

Miras Hukukuna tabi bu sözleşmede bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu malvarlığı değeri taşıyan bir edimi karşılıklı olarak ifa etmek zorundadır. Bu sözleşme ivazlı olmasına rağmen TBK. m. 97 anlamında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme değildir. Bakım alacaklısı, bakım borçlusunu mirasçı atamakla bir borç altına girmez; aksine mirasçı atanması ile ölüme bağlı bir tasarruf yapmış olur. Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunu, bakım alacaklısına ölünceye kadar bakma yükümü altına girerken; bakım alacaklısı sözleşmenin kurulması ile birlikte edimini yerine getirmiş olduğundan bu anlamda bir borcu bulunmamaktadır<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik-Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir- Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri, Çeviren: İsmet Sunğurbey, Ankara 1964, s. 442, m. 521, f. 1.

<sup>3</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1170 – 1171; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 370; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 723; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 725; HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 550 – 552; ERTÜRK, Nezih, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Türkiye Noterler Birliği Dergisi 1983, S. 39, s. 34 – 39.

<sup>4</sup> KARAHASAN, s. 1475.

<sup>5</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1173; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 548; KARAHASAN, s. 1477; KORKMAZ, s. 19; DÜNDAR, s. 28.

## **2- Borçlar Hukukuna Tabi Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde**

Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunmaktadır. Bakım borçlusuna, bakım alacaklısına hayatta olduğu sürece ona bakma ve özen gösterme borcunu üstlenmektedir. Burada, bakım borçlusuna kendisine devredilecek malvarlığı değerinin karşı edimi olarak vaatte bulunur<sup>6</sup>.

Bakım alacaklısı da bakım borçlusuna malvarlığı değeri taşıyan bir edimin ifasını üstlenir. Bakım alacaklısının malvarlığı değerlerinin mülkiyetini devretmesine gerek yoktur. Mallar üzerinde borçluya bir intifa hakkının tanınması da yeterlidir<sup>7</sup>.

### **B) BAKIM BORÇLUSUNUN BAKIM ALACAKLISINA HAYATI BOYUNCA BAKMAYI TAAHHÜT ETMESİ**

Bakım borçlusuna, sağ olduğu sürece bakım alacaklısına bakmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük alacaklının yaşadığı sürece bağlıdır<sup>8</sup>. Eğer borçlunun yükümü başka bir zamanla sınırlanmışsa örneğin 10 yıl süreyle bakım alacaklısının bakılacağı belirtilmişse, ortada ölünceye kadar bakma sözleşmesi bulunmamaktadır.

Bakım borçlusuna, bakım alacaklısının bütün ihtiyaçlarını sağlamak zorundadır. Besleme ve bakma kavramlarında bakım alacaklısının kişisel gereksinmelerinin giderilmesi ve yaşanması için gereken bütün araçların temin edilmesi amacı vardır. Bakım alacaklısının ihtiyacının yalnız bir kısmının giderilmesi TBK. m. 611 vd. uygulanması için yeterli değildir<sup>9</sup>.

Bakım borçlusunun edimlerinin bakım alacaklısının gereksinimleri temel alınarak belirlenecek yerde, daima nesnel olarak saptanması, örneğin ikamet için belirli bir binanın ve besleme hususunda da tamamen belirli miktarda buğday ve etin tesliminin üstlenilmesi halinde de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin hükümleri uygulanmaz<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> KORKMAZ, s. 18; DÜNDAR, s. 28.

<sup>7</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1174; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 548; KARAHASAN, s. 1477; KORKMAZ, s. 9.

<sup>8</sup> DÜNDAR, s. 24.

<sup>9</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 521, N. 4; HATEMİ/SEOZAN/ARPAÇI, s. 548; TUNÇOMAĞ, s. 1178; KARAHASAN, s. 1478; BİLGE, s. 370; DÜNDAR, s. 26.

<sup>10</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1178; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 521, N. 4; KARAHASAN, s. 1478.

### **C) SÖZLEŞMENİN TALİH VE TESADÜFE BAĞLI OLMASI**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun edimi belirli değildir. Alacaklının yaşayacağı süreyi ve yaşadığı sürece ortaya çıkacak ihtiyaçları önceden tespit etmek mümkün değildir<sup>11</sup>. Bakım alacaklısının yaşama süresine göre, bakım borçlusunun edimi az ya da çok kapsamlı olabilir. Bakım borçlusunun edimi belirli değil fakat belirlenebilir niteliktedir. Bu nedenle de ölünceye kadar bakma sözleşmesi talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerdendir.

### **III- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ**

#### **A) MİRAS HUKUKUNA TABİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ**

Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakım alacaklısının ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Bu sözleşmede taraflar edimlerini hayatta iken yerine getirmek zorundadırlar. Oysa eve ve benzeri mallara bağlılık, bakıma muhtaç olan kişiyi, mallarını devir karşılığında bir bakım alacağı elde etmekten bazen alıkoymaktadır<sup>12</sup>. TBK. m. 611 miras hukuku nitelikli bakım sözleşmesi imkânını da tanımaktadır. TBK. m. 611 f. 2'ye göre "Bakım borçlusu, bakım alacaklısı tarafından mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır." Bu düzenleme ile bakım alacaklısı ölünceye kadar mallarını elinde tutma imkânına sahip olmaktadır. Şu halde, bakım alacaklısının ediminin niteliğine göre edim, ölüme bağlı tasarruf içinde yer almışsa miras hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinden söz edilir<sup>13</sup>.

Bir görüşe göre; Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin olması için mutlaka TMK. m. 516 f. 2 anlamında mirasçı atanması gerekmemektedir. Bu hükme göre "Bir kişinin, mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı atanması sayılır." Buradaki mirasçı terimi vasiyetçiyi de içine almalıdır. TBK. m. 611'deki mirasçı teriminin kapsamına ön ve art mirasçı da girer. Ayrıca, bakım alacaklısının borçludan başka bir kişiyi mirasçı ataması durumunda da üçüncü kişi yararına yapılmış bir miras sözleşme vardır<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1178 – 1179; KARAHASAN, s. 1478; YAVUZ, s. 725 – 726; HATEMİ/SE-ROZAN/ARPACI, s. 548 – 549; KORKMAZ, s. 16; DÜNDAR, s. 29.

<sup>12</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1179.

<sup>13</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1180; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 521, N. 1; DÜNDAR, s. 33.

<sup>14</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1180 – 1181; Karahasan, s. 1479 – 1480.

Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmeleri hakkında miras sözleşmesi uygulanır. Fakat TMK. m. 547'deki yollamaya göre bazen Borçlar Hukuku hükümleri uygulanabilir. Örneğin, miras sözleşmesine dayanarak tasarrufu yapan kimsenin yaşamında belirli bir edim isteme hakkı olan kişi, o edim yerine getirilmediği veya ifası sağlanmadığı takdirde Borçlar Hukuku hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir.

### **B) BORÇLAR HUKUKUNA TABİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ**

Bakım alacaklısının edimi sağlıkta hüküm doğuran bir işlem içinde ise Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi vardır. Bu sözleşmede bakım alacaklısı ve bakım borçlusunu karşılıklı olarak borç altına girerler<sup>15</sup>.

Sözleşmede tarafların hak ve yükümlülüklerini TBK. m. 611 vd. hükümlerine göre saptamak gerekir. Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesine, düzenlenmesi dışında miras hukuku kuralları uygulanmaz. Şekle aykırılık nedeniyle açılacak iptal davalarında TMK. m. 557 değil, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır. Ayrıca, Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin diğer bir niteliği devrolunan malvarlığı mülkiyetinin borçluya geçmesi için gerekli tasarruf işlemlerinin yapılmasıdır<sup>16</sup>.

## **IV- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

### **A) MİRAS HUKUKUNA TABİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin hukuki niteliği çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir<sup>17</sup>: İlk olarak Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bir tarafında mirasçı ataması veya vasiyetçi tayini; karşı tarafında ise, miras bırakanın hayatının sonuna kadar bakımı söz konusudur. Burada sağlıkta hüküm doğuran bir işlem ile ölüme bağlı bir tasarruf vardır.

İkinci olarak Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde her iki taraf ancak diğeri edimini ifa ettiği takdirde, sözleşmeyle

<sup>15</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 521, N. 2; TUNÇOMAĞ, s. 1182; KARAHASAN, s. 1478.

<sup>16</sup> DÜNDAR, s. 32.

<sup>17</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1183 - 1184; YAVUZ, s. 725 - 726; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 548.

bağlı olmak ister. Taraflardan birinin edimi düşerse diğer tarafın da edimi düşer. Bu sözleşmede edimler arasında hukuki anlamda karşılıklı bir bağlılık vardır. Bu nedenle mirasçı ataması ve vasiyetçi tayini ile bakım vaadi birlikte bulunurlar ve yine birlikte düşerler.

Üçüncü olarak Miras Hukukuna tabi bakım sözleşmesi talih ve tesadüfe bağlıdır. Bu sözleşmede bakım alacaklısının yaşayacağı süre ve bu süre içerisinde ortaya çıkacak ihtiyaçları önceden belirli değildir.

Sonuç olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi bir yanı ile Miras Hukukuna, diğer yanı ile Borçlar Hukukuna ilişkin iki taraflı karma nitelikte bir sözleşmedir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesine hem Türk Borçlar Kanunu, hem de Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Sağlıkta hüküm doğuran bir işlem ile ölüme bağlı bir tasarruf yapıldığı için de karma niteliktedir. Bakım borçlusu, bakım borcunu alacaklı hayatta iken yerine getirirken bakım alacaklısının borcu ölümünden sonra hükümlerini meydana getirir.

## **B) BORÇLAR HUKUKUNA TABİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin hukuki niteliği çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir<sup>18</sup>: İlk olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı bakım borcu varken; bakım alacaklısının da bakım borçlusuna bir mamelek veya bazı malların devri borcu vardır.

İkinci olarak Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Üçüncü olarak Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi satım, bağışlama, ölünceye kadar gelir veya miras sözleşmesi değildir. Bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun özel kısmında yer alan sözleşmelerle eşitlik ilkesi içinde bulunan, bağımsız ve ayrı bir sözleşmedir. Bu nedenle bazı yazarlar ölünceye kadar bakma sözleşmesinin sui generis (kendine özgü) bir sözleşme olduğunu söylemişlerdir. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeleri oluşturan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kanunda düzenlendiği için isimli sözleşmelerdendir. Bu nedenle sui generis fikrine katılmak pek mümkün görünmemektedir.

<sup>18</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1185; KÖSEÖĞLU, Haluk, Ölünceye Kadar Bakma Akdi ve Şekil Unsuru, Ankara Barosu Dergisi, 1970, C. 27, S. 2, s. 259.



## **V- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI**

### **A) KUMAR VE BAHİS SÖZLEŞMESİNDEN FARKI**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kumar ve bahis sözleşmesine göre farklılıklar oluşturmaktadır. İlk olarak kumar ve bahis sözleşmesi, eksik borç doğmasına neden olan bir sözleşmedir<sup>19</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise her iki taraf için tüm hüküm ve sonuçlarıyla talep hakkı veren birer borç doğmaktadır.

İkinci olarak kumar ve bahis sözleşmesinde amaç eğlenmek, fikri veya bedeni mahareti geliştirmek, kazanç temin etmek veya bir bahse katılmak iken<sup>20</sup>; ölünceye kadar bakma sözleşmesinde amaç bir edim karşılığında bakım alacaklısının hayatı boyunca bakımını güvence altına almaktır<sup>21</sup>.

Üçüncü olarak kumar ve bahis sözleşmesinde taraflar aralarında kazanana bir edim vermeyi üstlenmektedir<sup>22</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısı, bakım borcunu kabul edene bir edim üstlenmektedir.

Dördüncü olarak kumar oynamak risk yaratır<sup>23</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise risk oluşturmaz. Bu sözleşme ile bakım alacaklısı kendisini hayat boyunca bakım yönünden güvence altına almaktadır.

### **B) SİGORTA SÖZLEŞMESİNDEN FARKI**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, sigorta sözleşmesiyle kıyaslandığında çeşitli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. İlk olarak sigorta sözleşmesinde<sup>24</sup>, sigortacı prim karşılığında sigorta ettirenin risklerini taşımayı ve risk gerçekleştiğinde prim ödemeyi taahhüt eder. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım borçlusu malvarlığının devri karşılığında bakım alacaklısına bakmayı taahhüt eder.

---

<sup>19</sup> YAVUZ, s. 717.

<sup>20</sup> YAVUZ, s. 717 – 718.

<sup>21</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1179.

<sup>22</sup> YAVUZ, s. 717.

<sup>23</sup> YAVUZ, s. 718.

<sup>24</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1179.

İkinci olarak sigorta sözleşmesinde, sigortalı ekonomik çıkarlarını bir riske karşı sigortalamaktadır. Bakım alacaklısı da bakım ihtiyacını bir malvarlığını devretmek yoluyla sağlamaktadır<sup>25</sup>.

Üçüncü olarak sigorta sözleşmesi talih ve tesadüfe bağlı değildir. Sigorta edilen risk bellidir. Risk gerçekleştiğinde meydana gelen zararın hangi süre içerisinde karşılanacağı da belirlenmiştir. Burada tarafların talih ve tesadüfünden bahsedilemez. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise bakım alacaklısının yaşayacağı süre ve bu süre içerisinde ortaya çıkacak ihtiyaçları belli olmadığı için talih ve tesadüfe bağlı sözleşmedir.

Dördüncü olarak sigortada bir miktar paranın ödenmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım sağlama söz konusudur. Beşinci ve son olarak ise sigorta sözleşmesinde olduğu gibi, bakım borçlusu yapacağı çok sayıda bakma sözleşmeleriyle üzerine aldığı rizikoyu dağıtma olanağına sahiptir.

### **C) ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİNDEN FARKI**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile en fazla benzerlik oluşturan sözleşme ömür boyu gelir sözleşmesidir. Her iki sözleşmede talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerdendir. Ancak aralarında farklılıklar da bulunmaktadır. İlk olarak ömür boyu gelir sözleşmesinde gelir borçlusu gelir alacaklısına dönemi edimlerde bulunmakla yükümlüdür. Bu edimler para olabileceği gibi, temel ihtiyaç maddeleri de olabilir<sup>26</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım borçlusu bakım alacaklısına bakmakla yükümlüdür. Ömür boyu gelir sözleşmesinde gelir borçlusunun ifa edeceği edimle gelir alacaklısının bakımına katkıda bulunmaktadır.

İkinci olarak ömür boyu gelir sözleşmesinin konusu olan irattan anlaşılması gereken düzenli aralıklarla tekrarlanan bir edimdir<sup>27</sup>. Buna karşılık ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun edimi düzenli aralıklarla tekrarlanmamakta; sözleşmenin yapıldığı andan başlayıp bakım alacaklısının ölümüne kadar devam etmektedir.

---

<sup>25</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1179.

<sup>26</sup> YAVUZ, s. 722; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 733; KORKMAZ, s. 9; DÜNDAR, s. 20.

<sup>27</sup> YAVUZ, s. 722; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 734; KORKMAZ, s. 22; DÜNDAR, s. 22.

Üçüncü olarak ömür boyu gelir sözleşmesi gelir alacaklısının ya da gelir borçlusunun yaşamına bağlı olabildiği gibi, üçüncü bir kişinin yaşamına bağlı olarak da yapılabilir<sup>28</sup> (TBK. m. 607). Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakım alacaklısının yaşamına bağlıdır.

Dördüncü olarak ömür boyu gelir sözleşmesi ivazlı olabileceği gibi ivazsızda olabilir<sup>29</sup>. Oysa ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Beşinci olarak ömür boyu gelir sözleşmesinin TBK. m. 608'e göre yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu sözleşmede gelir alacaklısının edimi bir taşınmazın devrini içeriyorsa, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir<sup>30</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise TBK. m. 612'ye göre miras sözleşmesi şeklinde yapılmalıdır. TMK. m. 545'e göre miras sözleşmesi resmi vasiyetname şeklinde yapılmak zorundadır.

Altıncı olarak ömür boyu gelir sözleşmesinde borçlunun gelir ödeme borcunu üçüncü kişi de ifa edebilirken, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusu borcunu kendisi ifa etmek zorundadır<sup>31</sup>.

Yedinci ve son olarak ömür boyu gelir sözleşmesinde gelir alacağı, tarafların kişisel gereksinimleri göz önünde tutulmaksızın kesin olarak saptanır. Buna karşılıklı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacağı, bakım alacaklısının ihtiyaçlarına göre saptanır<sup>32</sup>.

#### **D) MİRAS SÖZLEŞMESİNDEN FARKI**

Miras sözleşmesi ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi arasında da farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bir bakım borcu vardır. Miras sözleşmesinde ise bakım borcu bulunmamaktadır<sup>33</sup>. Miras bırakan miras sözleşmesi ile mirasını veya belirli bir malını başkasına bırakmayı taahhüt edebilir.

<sup>28</sup> YAVUZ, s. 722; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 734.

<sup>29</sup> YAVUZ, s. 722 – 723; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 734.

<sup>30</sup> YAVUZ, s. 722; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 734.

<sup>31</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1387.

<sup>32</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1388.

<sup>33</sup> OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, 6.Baskı, İstanbul 1995, s. 130; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s. 97; AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara 1989, s. 137; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 96; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 169; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 258; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 215; SE-ROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 193.

İkinci olarak miras sözleşmesinde sadece bir taraf ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorsa, miras sözleşmesi bir yönlüdür. Miras sözleşmesinde iki taraf da ölüme bağlı tasarruf yapıyorsa miras sözleşmesi iki yönlü yani karşılıklıdır<sup>34</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bir taraf ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır.

Üçüncü olarak atanan mirasçı, miras bırakanın ölümünde tıpkı kanuni mirasçılar gibi külli halef olarak terekede hak sahibi olur. Bununla beraber miras sözleşmesi ile atadığı mirasçıyı miras bırakanın hayatında malvarlığını devretmesine özel sonuçlar bağlayan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı malvarlığını, kendisine bakacak atanmış mirasçısına hayatta devredebilir<sup>35</sup>.

### **E) VASİYETTEN FARKI**

Vasiyet, miras bırakanın, mirasçı ataması söz konusu olmaksızın bir kimseye bir malvarlığı menfaati kazandırdığı ölüme bağlı tasarruftur. Miras bırakan bir kimsenin yeme ve barınma ihtiyacının karşılanması vasiyet ederse infak vasiyetinden bahsedilir. Buna da ölünceye kadar bakma sözleşmesinin hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Öncelikle vasiyette mirasçı ataması söz konusu değildir<sup>36</sup>. Oysa Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde mirasçı ataması söz konusu olabilir.

İkinci olarak lehine vasiyet yapılan kimse vasiyeti ifa ile yükümlü şahsa karşı bir alacak hakkı kazanır<sup>37</sup>. Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise mirasçı atanan kimse miras bırakana külli halef olur. Üçüncü olarak vasiyet tek taraflı bir hukuki işlemdir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise iki taraflı bir sözleşmedir.

---

<sup>34</sup> OĞUZMAN, s. 133; AYAN, s. 99; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 138; DURAL/ÖZ, s. 98; İMRE/ERMAN, s. 173; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 258.

<sup>35</sup> OĞUZMAN, s. 138; AYAN, s. 99; DURAL/ÖZ, s. 97; İMRE/ERMAN, s. 115; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 222; ÖZTAN, s. 250; SEROZAN/ENGİN, s. 265.

<sup>36</sup> OĞUZMAN, s. 140; AYAN, s. 101; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 104; DURAL/ÖZ, s. 138; İMRE/ERMAN, s. 115; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 224; ÖZTAN, s. 251; SEROZAN/ENGİN, s. 266.

<sup>37</sup> OĞUZMAN, s. 140; AYAN, s. 101; DURAL/ÖZ, s. 139; İMRE/ERMAN, s. 115; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 225; ÖZTAN, s. 251; SEROZAN/ENGİN, s. 267.

## F) BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Bağışlama bir sözleşme olup, bununla bağışlayan, bir karşı edim elde etmeksizin bağışlanana sağlararası bir işlemle kendi malvarlığından bir kazandırmada bulunmayı taahhüt eder<sup>38</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bağışlama sözleşmesi arasında da farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle bağışlama sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir<sup>39</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. İkinci olarak yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalarda sözleşmenin ifası ancak bağışlayanın ölümünden sonra talep edilebilir. Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de bakım alacaklısının ölümünden sonra bakım borçlusu alacağını talep edebilir. Fakat burada bakım borçlusunun bakım borcu vardır.

Üçüncü olarak bağışlama sözleşmesinde amaç karşı tarafa karşılıksız bir kazandırma sağlamaktır<sup>40</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısının amacı kendisine bakılmasının sağlanmasını ve bunun karşılığında ise mallarının devrini gerektiren bir sözleşmedir.

## G) HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında da benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Her iki sözleşme de tarafların karşılıklı anlaşma ve güvenine dayanmakta ve taraflar arasında belirli bir bağlılık ilişkisi yaratmaktadır. Farklılıklar bakımından ise ilk olarak hizmet sözleşmesinde işçi hizmet görmeyi<sup>41</sup>, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım borçlusu bakım alacaklısının bakımını üstlenmektedir.

<sup>38</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 342; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 187; YAVUZ, s. 164; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 165; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 275.

<sup>39</sup> TANDOĞAN, s. 342; YAVUZ, s. 165; ARAL, s. 187; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 165; KORKMAZ, s. 24; DÜNDAR, s. 15.

<sup>40</sup> TANDOĞAN, s. 342; YAVUZ, s. 164; ARAL, s. 192; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 167; GÜMÜŞ, s. 275; DÜNDAR, s. 15.

<sup>41</sup> YAVUZ, s. 384 – 385; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 419; KORKMAZ, s. 25.

İkinci olarak hizmet sözleşmesinde işveren hizmet karşılığında ücret vermeyi<sup>42</sup>, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısı bakım borçlusuna bazı malların devrini öngörmektedir.

Üçüncü olarak hizmet sözleşmesi belirli bir süre için yapılabilir<sup>43</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise belirli süreli olamaz. Zira bakım alacaklısının ne zaman öleceği bilinemez.

Dördüncü olarak hizmet sözleşmesinde işçi işi bazı şartlarla başkasına yaptırabilir<sup>44</sup>. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım borçlusu işi bizzat kendisi yapmak zorundadır.

## **VI- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI**

### **A) MADDİ ŞARTLAR**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulabilmesi için maddi ve şekli şartlara ihtiyaç vardır. Maddi şartlar bakımından aranan ilk şart bakım alacaklısının gerçek kişi olmasıdır. Çünkü tabi ihtiyaçlar ve ölüm insanlar için söz konusudur<sup>45</sup>. İkinci olarak bakım alacaklısı küçük ya da kısıtlı<sup>46</sup> ise yasal temsilcilerinin sulh ve asliye mahkemelerinden izin alması gerekir. Aksi halde sözleşme sonuç doğurmaz. Bu kural Borçlar Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi için geçerlidir. Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısının ergin olması gerekir (TMK. m. 503). Yasal temsilcileri onlar adına bu sözleşmeyi yapamazlar<sup>47</sup>.

Üçüncü olarak akrabalar arasında yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, sözleşme yükümleriyle Aile Hukukundan doğan yükümler arasında aykırılık çıkarsa bu akrabalığın göz önünde bulundurulması gerekir.

<sup>42</sup> YAVUZ, s. 385 – 386; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 420.

<sup>43</sup> YAVUZ, s. 385; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 419.

<sup>44</sup> YAVUZ, s. 395; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 427.

<sup>45</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1187; YAVUZ, s. 727; ERTÜRK, s. 35; KARAHASAN, s. 1480; KORKMAZ, s. 28; DÜNDAR, s. 42.

<sup>46</sup> HGK. 07.05.2014, E. 2013/1-2382 K. 2014/617 (UYAP).

<sup>47</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1187 – 1190; YAVUZ, s. 726; ERTÜRK, s. 35; KARAHASAN, s. 1481; ÇANDARLI, Zahit, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi ve Feshi İhbarı, Ankara Barosu Dergisi, 1949, C. 5, S. 68, s. 13; KORKMAZ, s. 28.

Dördüncü olarak bakım alacaklısı evli ise eşi ve bakım borçlusunu kişisinin bir arada oturması gerekir<sup>48</sup>. Beşinci olarak bakım borçlusunu gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Çünkü bakım ve özen edimi tüzel kişiler tarafından da yerine getirilebilir. Bu durum TBK. m. 612'den çıkarılmaktadır<sup>49</sup>.

Altıncı olarak bakım borçlusunu küçük ya da kısıtlı ise TMK. m. 463 b. 4'e göre sulh (vesayet) ve asliye (denetim) mahkemesinden izin alması gerekir. Yedinci ve son olarak bakım borçlusunu evli ise 4. bentte ifade edilenler burada da geçerlidir. Fakat bakım borçlusunu sonradan evlenmişse bakım alacaklısı sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedilebilir.

## B) ŞEKLİ ŞARTLAR

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin şekli TBK. m. 612'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz (f. 1). Sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir (f. 2)."

Ancak bakım alacaklısı bakım kurumuna taşınmaz devretmeyi üstlenirse, o zaman resmi şekle uymak zorunludur. Adi yazılı şekil sadece Borçlar Hukukuna tabi bakım sözleşmesinde geçerlidir. Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi varsa borçlu devletçe tanınmış bir kurum olsa bile yine miras sözleşmesi şeklinde yapılır<sup>50</sup>.

Ayrıca devletçe tanınmış bir kurum olmakla beraber sözleşme önceden tespit edilen şartlara uygun olarak yapılmamış, sözleşme şartlarını taraflar farklı olarak tespit etmişlerse ya da devletçe tanınmamış bir kurum ile yapılmışsa adi yazılı şekil yeterli olmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekecektir<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Burada evli kişinin eşine bağımsız bir ev açması konusu tartışmalara neden olabilir.

<sup>49</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1194; YAVUZ, s. 726; ERTÜRK, s. 36; KARAHASAN, s. 1482; KORKMAZ, s. 32.

<sup>50</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1197; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 549; YAVUZ, s. 726; BİLGE, s. 372; KARAHASAN, s. 1484; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 726; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 522, N. 6; ERTÜRK, s. 36; ÇANDARLI, s. 14; KÖSEOĞLU, s. 260; KORKMAZ, s. 37 vd.; DÜNDAR, s. 55, 71.

<sup>51</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1201; YAVUZ, s. 726; KARAHASAN, s. 1487 – 1488; AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org).

Miras sözleşmesinin şekli TMK. m. 545 f. 1'de belirtilmiştir. Buna göre "Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir." TMK. m. 545 f. 2'de ise "Sözleşmenin tarafları, arzularını resmi memura aynı zamanda bildirirler ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalarlar."

TMK. m. 532'ye göre resmi vasiyetname düzenleme yetkisi sulh hâkimlerine, noterlere veya kanunen bu işle görevlendirilen kimselere verilmiştir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi karşılığı olarak verilen ivazlar arasında taşınmaz bulunmadığı takdirde sözleşmeyi sulh hâkimi veya noter yapabilecektir<sup>52</sup>. İvazlar arasında taşınmaz varsa İçtihadı Birleştirme Kararına "sözleşmelerden birinin ölünceye kadar bakma ve onu görüp gözetmek şartıyla diğerlerine bir taşınmaz mal temlikini kapsamak üzere yapmak istediği sözleşmeleri düzenlemeye sulh hâkimleriyle, noterler ve tapu sicil muhafızları veya memurları yetkili ve ödevlidirler<sup>53</sup>." Yargıtay'ın bu kararı ile sulh hâkimi, noterler ve tapu sicil memurları taşınmaz içeren ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabileceklerdir. Bakım alacaklısının edimi yalnızca taşınır mallara ilişkin ise, sözleşmeyi düzenlemeye sulh hâkimi ya da noterler yetkili olup tapu sicil memurları bu konuda yetkili değildirler<sup>54</sup>.

Resmi memur ve şahitlerde aranacak nitelikler TMK. m. 536'da düzenlemiştir. Buna göre aranan şartlar<sup>55</sup> ilk olarak fiil ehliyetine sahip olmak, ikinci olarak bir ceza mahkemesince siyasi ve medeni haklardan yasaklanmasına karar verilmemiş olmak, üçüncü olarak okuma ve yazma bilmek, dördüncü olarak bakım alacaklısının eşi olmamak, beşinci ve son olarak ise bakım alacaklısının alt soyu ve üst soyu, kardeşi ve bunların eşi olmamaktır.

Resmi senedin düzenlenmesi için taraflar, resmi memura iradelerini beyan edecekler; resmi memur beyan edilen arzuları yazacak veya yazdıracak ve yazılı metni okumaları için taraflara verecektir. Bundan sonra

<sup>52</sup> BİLGE, s. 372; AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org)

<sup>53</sup> İBK. 10.12.1952, E. 4 K. 5 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org)

<sup>54</sup> KARAHASAN, s. 1484; TUNÇOMAĞ, s. 1201; KÖSEOĞLU, s. 260; KORKMAZ, s. 41; Geniş bilgi için bkz. DÜNDAR, s. 58 vd.

<sup>55</sup> OĞUZMAN, s. 110; AYAN, s. 100; AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org); KORKMAZ, s. 44 - 45.



taraf lar, resmi memur ve şahitlerin huzurunda sözleşmeyi imzalayacaklardır. Eğer taraflardan biri ya da her ikisi okuma yazma bilmiyorlarsa yetkili memur, tanıklar önünde senedi kendilerine okur. Senedin böylece okunduğu, tanıkların senet altına yazacakları şerh ile doğrulanmalıdır. Senedin resmi memur önünde okunması geçerlilik şartıdır. Sözleşmeyi resmi memur da tarih atıp imzaladıktan sonra, ölüme bağlı tasarrufta bulunan sözleşmenin arzusuna uygun olduğunu şahitlerin huzurunda beyan edecek ve bundan başka şahitler de bu hususu ve kendisini miras sözleşmesi yapmaya ehil gördüklerini şerh verip imza edeceklerdir<sup>56</sup>.

Yargıtay'ın verdiği bir karara göre "...taniğin okuryazar olmadığı ve mühürle ifadesini onayladığı görülmektedir. Bu hali ile vasiyet geçersizdir. Öte yandan, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflara borç yükleyen sözleşmelerden olduğu için bakım görevini üstlenen kişinin beyanının tespiti de zorunludur. Oysa bu kurala uyulmamış, borç altına girenlerin iradeleri tevsik olunmamış, hatta muamelede hazır bile bulunmamışlardır. O halde işbu belge vasiyet olarak geçerli olmadığı gibi, ölünceye kadar bakma şartı ile yapılmış bir mukavele niteliği de almamıştır<sup>57</sup>."

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, resmi şekle uyulmadan yapılmışsa hükümsüz olacaktır. Sözleşmenin, yasada belirtilen biçimde yapılmamış olması fakat bunun sözleşme ifa edildikten sonra taraflarca ileri sürülmesi veya taraflar sağlığında ileri sürmedikleri halde mirasçılarının ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz<sup>58</sup>.

## VI- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN GEÇİRİLMESİ

Bakım alacaklısının borcu TBK. m. 611'e göre bir malvarlığı yahut bazı malların devrini gerektirmektedir. Bakım alacaklısının edimi taşınmaz olsa bile, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tamam olması ve geçerliliği için tescil gerekmez<sup>59</sup>. Fakat bakım borçlusu, sözleşmeye dayanarak adına tescil yapılması için bakım alacaklısından istemde bulunabilir.

<sup>56</sup> Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, s. 134; AYAN, s. 100; KARAHASAN, s. 1485 – 1486; ERTÜRK, s. 36 – 37; TUNÇOMAĞ, s. 1204 – 1215; DURAL/ÖZ, s. 104 – 105; ÖZTAN, s. 216 AKARTEPE, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, www.e-akademi.org; ÇANDARLI, s. 14; KORKMAZ, s. 45 vd.; DÜNDAR, s. 63 vd.

<sup>57</sup> 2. HD. 05.07.1985, E. 5117 K. 6403 (YKD, 1986, C. 12, S. 2, s. 200 – 201).

<sup>58</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 726; KARAHASAN, s. 1488; TUNÇOMAĞ, s. 1228; 1. HD. 31.03.1981, E. 2762 K. 4252 (YKD, 1982, C. 8, S. 10, s. 1394).

<sup>59</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1216; KARAHASAN, s. 1522.

Bakım borçlusuna, bakım alacaklısından önce öldüğü takdirde devredilen taşınmazın bakım alacaklısına döneceğine dair koşul ile yapılmış ölüncüye kadar bakma sözleşmesi tapuya tescil edilmez. Tescil hiçbir şarta ve kayıta bağlı tutulamaz<sup>60</sup>. Bakım alacaklısı tescil talebine yanaşmazsa, bakım borçlusuna sözleşmeye dayanarak mülkiyetin kendisine tanınması için dava açabilir.

## **VII- TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI**

### **A) BAKIM ALACAKLISININ HAK VE BORÇLARI**

#### ***1- Bakım Alacaklısının Hakları***

##### ***a) Hakların Niteliği***

Ölüncüye kadar bakma sözleşmesi<sup>61</sup> sonucunda bakım alacaklısı bakım borçlusuna karşı ikamet, beslenme ve benzeri haklar elde eder. Bakım alacaklısı bu hakları devredemez<sup>62</sup>. Çünkü TBK. m. 619 f. 1 emredici niteliktedir.

İkinci olarak bakım alacaklısının sahip olduğu haklar haczedilmez. Bakım alacaklısına ifa edilmiş edimler ise haczedilebilir. Bakım alacaklısının sahip olduğu hakların kişiye bağlılığı bu hakların rehin edilmesine de engeldir<sup>63</sup>.

Üçüncü olarak bakım alacaklısının hakları TBK. m. 144 kapsamı içinde düşünülürse bu haklar takas edilemez<sup>64</sup>. Dördüncü olarak bu hakkın bizzat bakım borçlusuna tarafından ifa edilmesi gerekir<sup>65</sup>.

##### ***b) Hakların Kapsamı***

BK. m. 614 tamamlayıcı bir hukuk kuralı içerdiği için taraflar bakım alacaklısının haklarını diledikleri gibi tespit edebilirler.

---

<sup>60</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1217.

<sup>61</sup> Geniş bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1241 – 1243; YAVUZ, s. 727 vd.; BİLGE, s. 376; KARAHASAN, s. 1489.

<sup>62</sup> KORKMAZ, s. 53; DÜNDAR, s. 77.

<sup>63</sup> KORKMAZ, s. 54; DÜNDAR, s. 78.

<sup>64</sup> KORKMAZ, s. 56; DÜNDAR, s. 79.

<sup>65</sup> DÜNDAR, s. 80.

### **aa) İkamet**

Bakım alacaklısı bakım borçlusunun ailesi içinde yaşar (TBK. m. 614 f. 1). Borçların ödenmesi bakım alacaklısının, bakım borçlusunun ev topluluğuna girmesi yoluyla olur; bununla birlikte bakım alacaklısının ihtiyaçlarının giderilmesi başka bir yoldan da olabilir<sup>66</sup>.

Bakım borçlusu tüzel kişi ise aile içinde yaşamadan bahsedilemez. Bakım alacaklısının bakım borçlusundan uygun ikamet isteme hakkı kişisel bir haktır. Bu haktan yalnızca bakım alacaklısı yararlanır. Bakım alacaklısının akrabaları yararlanamaz<sup>67</sup>. Bakım alacaklısına ikamet için özel bir yer verilmesi ise bakım borçlusunun durumuna bağlıdır.

### **bb) Beslenme ve Giydirilme**

TBK. m. 614 f. 2'ye göre "Bakım borçlusu, bakım alacaklısına özellikle uygun gıda ve konut sağlamak, hastalığında gerekli özenle bakmak ve onu tedavi ettirmek zorundadır."

Bakım borçlusu bakım alacaklısının yaşaması için her türlü olanağı sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle bakım alacaklısının beslenmesi ve giydirilmesi ile ilgilenmelidir<sup>68</sup>.

### **cc) Özen Borcu**

Beslenme, giydirilme ve ikamet etme hususları dışında kalan bütün haller özen borcu kapsamında değerlendirilebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi bakım alacaklısı hasta olduğu zaman bakım borçlusu doktor getirmeye mecburdur.

Bununla birlikte bakım alacaklısının kendisine dikkat etmesi gerekir. Bir görüşe göre kendisine hiç dikkat etmemesi nedeniyle sık sık hastalanması ve bu nedenle bakım borçlusunun birçok masraflar yapması bakım borçlusu tarafından sözleşmenin feshedilmesi için haklı bir neden oluşturur<sup>69</sup>. Hastalık sözleşmenin kurulmasından önce varsa ve sürekli bakımı gerektiren önemli bir hastalıksa ve bakım borçlusu bunu bilmiyorsa TBK. m. 617 f. 1'e göre bakım borçlusuna önel verilmeksizin fesih hakkı

<sup>66</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 534, N. 3; TUNÇOMAĞ, s. 1245; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 552 - 553; BİLGE, s. 370; YAVUZ, s. 727; KARAHASAN, s. 1490; KORKMAZ, s. 59; DÜNDAR, s. 83.

<sup>67</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1247; BİLGE, s. 376; KARAHASAN, s. 1491.

<sup>68</sup> BİLGE, s. 376; TUNÇOMAĞ, s. 1250; KARAHASAN, s. 1491; KORKMAZ, s. 61; DÜNDAR, s. 86.

<sup>69</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1251. Aynı görüş için bkz. KARAHASAN, s. 1492.

tanınmalıdır. Burada ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun genel kısmında yer alan yanılma ve aldatma hükümlerinden de yararlanılması düşünülebilir. Bakım borçlusunu, bakım alacaklısının önemli hastalığını bilseydi sözleşmeyi yapmayacak idiye TBK. m. 30 ve devamı hükümlerine başvurabilir veya bu hastalık bakım alacaklısı tarafından saklanmış ise TBK. m. 36'da düzenlenen aldatma hükümlerinden yararlanabilir. Hastalık sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıktığı takdirde sözleşme TBK. m. 617 f. 1'e göre haklı nedenle feshettirilebilir.

Özen borcuna, gereğinde hekim tedavisi ile hastane giderlerini karşılamak yükümü de girer<sup>70</sup>. Ayrıca cenaze giderleri ve mezar bakımı da ölüncüye kadar bakım sözleşmesinin içine girmelidir, fakat aksine bir düzenleme yapılabilir<sup>71</sup>. Bakım alacaklısının bir diğer hakkı da miktarı sosyal duruma göre tespit edilebilecek olan belirli bir cep harçlığı istemektir<sup>72</sup>.

#### **dd) İpotek Hakkı**

TBK. m. 613'e göre "Bakım borçlusuna bir taşınmazını devretmiş olan bakım alacaklısı, haklarını güvence altına almak üzere, bu taşınmaz üzerinde satıcı gibi yasal ipotek hakkına sahiptir." Bakım borçlusuna, bakım karşılığı bir taşınmaz devretmiş olan bakım alacaklısı, kendisine bakılmasını güvence altına almak üzere kanundan doğan ipotek hakkına sahiptir. Bu ipotek hakkının tescilinin, mülkiyetinin devrinden itibaren 3 ay içinde istenmesi gerekir (TMK. m. 894). Bu yasal ipotek hakkını süresi içinde tescil ettirmeyen ve başka bir güvencesi olmayan alacaklı, borçlunun iflasında iflas masasına başvurarak alacağına karşılık nakdi tazminat ödenmesini isteyebilir<sup>73</sup> (TBK. m. 619/II).

<sup>70</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 524, N. 6; TUNÇOMAĞ, s. 1251; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 552; KARAHASAN, s. 1492.

<sup>71</sup> Aynı görüş için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 524, N. 6; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 552; KARAHASAN, s. 1492.

<sup>72</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1253; KARAHASAN, s. 1492.

<sup>73</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 727; TUNÇOMAĞ, s. 1254; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 551; BİLGE, s. 374 – 375, YAVUZ, s. 727; KARAHASAN, s. 1493; KORKMAZ, s. 67; DÜNDAR, s. 94.

### **ee) Hacze İştirak**

Bakım borçlusunun mallarına haciz konulması durumunda, alacaklı daha önce haciz isteminde bulunmamış olsa bile, borçlu aleyhine konulan hacze katılabilir<sup>74</sup> (TBK. m. 619/III).

TBK. m. 614 f. 3'e göre "Kabul ettikleri kişilere ölünceye kadar bakma amacıyla kurulmuş olan kurumların bakım borcunun kapsamı ve ifası, kendilerince hazırlanarak yetkili makamların onayından geçen genel düzenlemelerle belirlenir. Bu düzenlemeler, sözleşmenin içeriğinden sayılır." Bir de bakım alacaklısına yasal ipotek dışında kefillik ya da cezai şart imkânı da sağlanmaktadır<sup>75</sup>.

### **2- Bakım Alacaklısının Borçları**

Bakım alacaklısı, sözleşmeyle bakım borçlusuna vermeyi borçlandığı malvarlığı değerlerini, yine sözleşmede listelendiği kapsam ve nitelikte devretme borcu altındadır<sup>76</sup>. Eğer sözleşmenin konusu taşınmazsa, tapu siciline devir işlemiyle; taşınırsa zilyetliğin nakliyle; alacaksa, alacağın temlikıyla bakım borçlusuna devredilmelidir. Karma nitelikli bir sözleşmede ise tarafların bağışlama sebebiyle hareket etmesi gerekir<sup>77</sup>.

Bakım alacaklısı, bakım borçlusunun ev topluluğu içinde yaşama borcu altındadır. Bu nedenle kendisine ayrı bir mesken isteyemez ve aile başkanlığı hakkındaki kurallara tabi olur<sup>78</sup>.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı bir muamele olmakla beraber, bazı hallerde bir bağışlama ile karma bir şekilde mevcut olması da mümkündür. Tarafların bu durumu bilmeleri ve arzu etmeleri gerekir. Böyle bir sözleşmeye karma sözleşmeler hakkındaki hükümler uygulanır, fakat şekil bakımından TBK. m. 612 hükmüne tabidir.

<sup>74</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1255; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 728.

<sup>75</sup> BİLGE, s. 374; TUNÇOMAĞ, s. 1257; KARAHASAN, s. 1493.

<sup>76</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 727; YAVUZ, s. 727; TUNÇOMAĞ, s. 1266 – 1267; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 551; BİLGE, s. 371; DÜNDAR, s. 97.

<sup>77</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 321, N. 7; HATEMİ/SEROZAN ARPACI, s. 55; BİLGE, s. 371.

<sup>78</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 727; BİLGE, s. 374.

## B) BAKIM BORÇLUSUNUN HAK VE BORÇLARI

### 1- Bakım Borçlusunun Hakları

Miras Hukukuna tabi ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı sözleşmenin kurulmasıyla beraber borcunu ifa etmiştir. Bakım alacaklısı öldüğü takdirde bakım borçlusunu kendiliğinden mallara sahip olur. Bakım alacaklısı taahhüt etmiş olduğu malvarlığı değerini hayatında borçluya devretmeyi üstlendiği takdirde, bakım borçlusunu bakım alacaklısının sağlığında malvarlığının devrini isteyebilir<sup>79</sup>. Böylece bakım borçlusunun karşılaşılabileceği riskler önlenmiş olur. Borçlar Hukukuna tabi ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun isteyebileceği en önemli hak malvarlığının devrini istemektir<sup>80</sup>. Bahsedilen malvarlığı değerleri kapsamında malvarlığının tümü ya da bir kısmı, intifa hakkı, taşınmazlar, taşınırlar, kıymetli evrak, alacaklar vs. sayılabilir<sup>81</sup>.

Bakım borçlusunun bir diğer hakkı ise miras hukukuna tabi bakım sözleşmesinde TMK. m. 514'e göre tereke ile ilgili kimseleri usulüne uygun olarak çağırıp devrolunan malların resmi bir defterinin tutulmasını istemek ve terekeyi kabul etmektir.

Borçlar Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakım borçlusuna tescili isteme yetkisini vermişse, bakım borçlusunu, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra tapu memurundan taşınmazın kendi adına tescilini ister. Diğer malların mülkiyeti de, niteliklerinin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin yapılmasıyla bakım borçlusuna geçer. Bakım borçlusunu devrolunan mallarda dilediği gibi tasarruf hakkına sahiptir, fakat bu hak tamamen sınırsız değildir. Bakım borçlusunu kendisine devrolunan bütün taşınırları satarak taahhütlerini ifa edemeyecek duruma düşemez<sup>82</sup>. Bakım borçlusunun devir konusundaki istem hakkı 10 yıllık zamanaşımına tabidir (TBK. m. 150).

Örneğin aleyhine bakma sözleşmesinin feshi davası açılacağını hissedenden bakım borçlusunun, taşınmazları muvazaa yoluyla kötünietli koca-

<sup>79</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1266; YAVUZ, s. 729; KARAHASAN, s. 1494; KORKMAZ, s. 69 vd.; DÜNDAR, s. 101.

<sup>80</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1266; YAVUZ, s. 729; KARAHASAN, s. 1493.

<sup>81</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1266; OSER/SCHÖNENBERGER, s. 521, N. 6; YAVUZ, s. 729; KARAHASAN, s. 1494.

<sup>82</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1275 – 1276; KARAHASAN, s. 1494.

sına devretmesi halinde de devir geçerli olmamalıdır. Satım sözleşmesinin muvazaalı olması tapu kaydının iptali için yeterlidir; muvazaalı sözleşmeler geçerli değildir<sup>83</sup>.

Bakım borçlusuna tanınan diğer bir hak da Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bağışlama ve ölüme bağlı tasarruflara itirazdır. İtirazın olabileceği işlemler miras sözleşmesinden doğmuş bakım alacaklısının taahhütleriyle uyuşmayan bağışlama ve ölüme bağlı tasarruftur. Ölüme bağlı tasarruflardan bakım borçlusu sadece sözleşmenin düzenlenmesinden sonra yapılanların fesihlerini öne sürebilir.

Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki bir diğer imkân da sözleşmeden dönme hakkıdır. TMK. m. 547'ye göre bakım borçlusu miras bırakanın hayatında herhangi bir istem hakkına sahipse bu hükme dayanarak sözleşmeden dönebilir<sup>84</sup>.

Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusuna TMK. m. 406'ya dayanarak malvarlığında rastgele tasarrufta

---

<sup>83</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1277. Bir kişinin gelini ile yaptığı ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaa ile geçersiz olmadığı yönünde bkz. HGK. 19.03.2014, E. 2013/1-751 K. 2014/333 (UYAP). 03.07.2013 E. 2013/1-77 K. 2013/1077 "... tüm mal varlığının veya buna yakınının temlikinde muvazaadan söz edilebilir ise de, bakım alacaklısının kendisiyle ilgilenilmesi, ihtiyaçlarının kısmen ya da tamamen karşılanmasını teminen verilebileceği taşınmazları gözetildiğinde, davaya konu, üzerinde iki katlı bina bulunan ve birlikte kullanılan taşınmazlar dışındaki taşınmazların hisseli ve düşük değerli olması gözetildiğinde, davaya konu taşınmazları devretmesindeki amacının; bakılmak değil, muvazaa olduğu şeklindeki görüş, gerçekten tek taşınmaz olan veya taşınmazları arasında devre uygun bulunan taşınmazın diğer taşınmazlarından değerli olan kişilerin ölünceye kadar bakım akdi yapamayacakları sonucunu doğurur ki, bunun yasanın teminatı altındaki akit yapma serbestisi ile bağdaşabileceği söylenemez. Kaldı ki, somut olayda murisin davacıardan mal kaçırmasını gerektiren bir olgunun ve sebebin varlığı da kanıtlanmış değildir." (UYAP). HGK. 13.04.2011, E. 2010/1-701 K. 2011/130 "Eldeki davada davacılar gerek satış suretiyle temlik edilen 12, 292 ve 297 parsel sayılı taşınmazların, gerekse ölünceye kadar bakma koşulu ile temlik edilen taşınmazların miras bırakan tarafından mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak temlik edildiğini ileri sürdüklerine göre, muvazaa iddiasının özünde temliklerin geçerli olmadığı iddiası vardır. Öncelikle satış suretiyle gerçekleştirilen temlik işleminin muvazaalı olduğu, yani geçersizliği iddia edildiğine göre tenkise konu olamayacaktır. Zaten satış işleminin geçerli olması halinde de, ivazlı işlem olduğundan yine tenkise tabi olamayacaktır." (UYAP).

<sup>84</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1279.

bulunan bakım alacaklısının hacir altına almasını isteyebilme yetkisi de tanınmalıdır<sup>85</sup>.

Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yukarıda sayılan haklar dışında bir de hapis hakkı vardır. Bakım borçlusunun, bakım alacaklısının getirdiği mallar üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır<sup>86</sup>. Bakım borçlusunun, bakım alacaklısının kendi ev topluluğuna katılmasını isteme hakkı vardır<sup>87</sup>.

## **2- Bakım Borçlusunun Borçları**

Bakım borçlusunun en önemli borcu bakım alacaklısına yaşam boyunca bakmak zorunda olmasıdır. Yükümlülüğün kapsamı genellikle sözleşmede belirlenir. Bu kapsam belirlenirken, bakım alacaklısının bakım borçlusuna verdiği malların değeri ve bakım alacaklısının o zamana kadar ki yaşam biçimiyle ihtiyaçları göz önünde tutulur<sup>88</sup>.

Bakım alacaklısı, Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunu sadece mirasçı olarak atamaktadır ve bakım borçlusu da sadece bakım alacaklısının mirasçısı olma ümidiyle ona bakmakla yükümlüdür.

## **VIII- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDE İTİRAZIN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ VE TENKİS**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi sonucu bakım alacaklısının malvarlığı değerlerini devretmesi, bakım alacaklısını kanunen bakmakla yükümlü olduğu kimselere yardımdan alıkoyacak bir durum meydana getirebileceği gibi, saklı paylı mirasçıların ve alacaklıların menfaatine aykırı olabilir. Bu kişilerin haklarını korumak amacıyla TBK. m. 615 iptal ve tenkis imkânını vermiştir.

### **A) NAFKA ALACAKLILARININ İTİRAZI**

Bakım alacaklısının kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilere, bazı koşullar gerçekleştiğinde sözleşmeye itiraz hakkı tanınmıştır. Bu iti-

<sup>85</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1280.

<sup>86</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1280; KORKMAZ, s. 72.

<sup>87</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 729.

<sup>88</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1250 - 1251; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 552; BİLGE, s. 370 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 728; YAVUZ, s. 729; KARAHASAN, s. 1491 - 1492; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 524, N. 6; DÜNDAR, s. 101.



raz hakkının kullanılabilmesi için TBK. m. 615 f. 1'e göre "Bakım alacaklısı, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yüzünden kanuna göre nafaka yükümlüsü olduğu kişilere karşı yükümlülüğünü yerine getirme imkânını kaybediyorsa, bundan yoksun kalanlar sözleşmenin iptalini isteyebilirler<sup>89</sup>." Bir görüşe göre bu itiraz imkânı, Medeni Hukuka dayanan bir iptal davası niteliğindedir<sup>90</sup>. Bu hüküm anlamında iptal davası açılabilmesi için<sup>91</sup>; ilk olarak yasal bir nafaka yükümünün varlığı gerekir.

Kanunen nafaka hakkı olan kişiler, eşler, altsoy ve üstsoy ile kardeşlerdir. Yoksulluk nafakası alan boşanmış eşin de itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmelidir<sup>92</sup>.

Nafaka alacaklılarının ölünceye kadar bakma sözleşmesine itiraz edebilmesi için, yalnızca nafaka hakkının varlığı yeterli olmayıp ayrıca nafaka davasının açılmış ve nafakaya karar verilmiş olması şarttır<sup>93</sup>. İkinci olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi nedeniyle ifanın imkânsızlaşması aranmaktadır. Nafaka alacaklısının itiraz edebilmesi için adı geçen sözleşmenin yapılması ile bakım alacaklısının nafakayı ödeme gücünü tamamen yitirmesi gerekir<sup>94</sup>. Sözleşme taraflarından birinin veya her ikisinin hileli bir davranışta bulunmasına gerek yoktur. Burada ispat yükü nafaka alacaklılarına düşer. Nafaka alacaklıları ölünceye kadar bakma sözleşmesi yüzünden bakım alacaklısının nafakayı ödeme gücünün kalmadığını ispat etmesi gerekir.

Nafaka alacaklıları sözleşmenin iptalini veya bakım borçlusunun kendilerine nafaka ödemeye mahkûm edilmesini isteyebilirler. Burada hâkime bir yetki tanınmıştır. TBK. m. 615 f. 2'ye göre "Hâkim, sözleşmenin iptali yerine, bakım borçlusunun ifa edeceği edimlerden mahsup edilmek üzere, bakım alacaklısının nafaka yükümlüsü olduğu kişilere nafaka ödemesine karar verebilir." Bakım borçlusunun borç ödeme gücü kuşku ise sözleşmenin iptali yerine nafakaya mahkûmiyet için ondan bir

<sup>89</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 729; YAVUZ, s. 730; TUNÇOMAĞ, s. 1325; KORKMAZ, s. 105 vd.; DÜNDAR, s. 132 vd.

<sup>90</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1325.

<sup>91</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1326 vd.; YAVUZ, s. 730; ÇANDARLI, s. 17.

<sup>92</sup> BİLGE, s. 381; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 729; KARAHASAN, s. 1512; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 525, N. 3; ERTÜRK, s. 39; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 554; DÜNDAR, s. 133.

<sup>93</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1327; KARAHASAN, s. 1513.

<sup>94</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1327; KARAHASAN, s. 1513.

teminat istemesi yerindedir<sup>95</sup>. TBK. m. 615'te taraflar, davanın açılacağı mahkeme ve zamanaşımı süresini belirtmediği için İcra-İflas Kanunu'ndaki iptal hükümleri uygulanır.

## B) TENKİS

TBK. m. 615 f. 3 mirasçılarının taleplerini saklı tutmuştur. Bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile mirasçılarının saklı paylarına tecavüz etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda saklı paylı mirasçılar, bakım alacaklısı sağ olduğu sürece, onun bu tür tasarruflarına itiraz edemezler; harekete geçmeleri için bakım alacaklısının ölümü gerekir<sup>96</sup>.

Tenkis davasının koşulları iki tanedir (TMK. m. 560 vd.): İlk koşul davanın saklı paylı mirasçı olmasıdır. Miras Hukuku hükümlerine göre sadece miras bırakanın altoyu, anne babası ve eşi saklı paylı mirasçısıdır. İkinci aranan şart ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile saklı paya tecavüz edilmesidir. Terekeden tasarruf edilebilir kısmı çıkarıldığında mirasçılarının saklı payı tespit edilebilir.

Bağışlama amacı ile yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de tarafların bu sözleşme adı altındaki bağışlamalar, teknik terimle gizli bağışlamalar ve karma bağışlamalar da tenkise tabidir<sup>97</sup>.

Yargıtay'ın verdiği bir karara göre "Bakıp gözetme sözleşmesi taraflara hak ve borçlar yükleyen bir bağittir. Diğer anlatımla, ivazlı sözleşme türlerindedir. Bu sözleşme ile bakım alacaklısı, sözleşme konusu malın mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme karşılığı, bakım borçlusu da bakım alacaklısına onu bakıp gözetme yükümlülüğü altına girer. Asıl saptanması gereken husus bu temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapılmış olup olmadığı ve temlikte bakıp gözetme koşulunun değil, bağış amacının üstün tutulmuş bulunup bulunmadığının belirlenmesidir<sup>98</sup>."

Diğer bir durumda saklı payı bertaraf kaydı ile yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmeleridir. Mirasçılar tarafından istenirse TMK. m. 565 f.

<sup>95</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 525, N. 4.

<sup>96</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1331; KARAHASAN, s. 1513; HATEMİ/SEOZAN/ARPAÇI, s. 554; BİLGE, s. 381; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 730; YAVUZ, s. 730; ÇANDARLI, s. 17; KORKMAZ, s. 111 vd.; DÜNDAR, s. 134 vd.

<sup>97</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1336; KARAHASAN, s. 1514; GÜVENÇ, Fikret, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesine Karşı Mirasçılarının Açabilecekleri Tenkis Davası, İstanbul Barosu Dergisi, 1983, C. 57, S. 1 - 3, s. 51. Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, s. 222 - 229.

<sup>98</sup> HGK. 07.04.1993, E. 1992/1-780 K. 1993/146 (YKD, 1993, C. 19, S. 7, s. 983).

4'e göre bakım borçlusuna devredilen mallar da tenkise tabidir<sup>99</sup>. Tenkis davasının hükmü, itiraz olunan hukuki işlemin ortadan kaldırılması olmayıp onun belirli bir ölçüde azaltılmasıdır.

Tenkis davasında davacı bakım alacaklısının saklı paylı mirasçısıdır. Davalı ise söz konusu tasarruf ile malvarlığına ait bir değer kazanan kişidir. O halde bu dava bakım borçlusuna yoksa mirasçılara karşı yöneltilmelidir<sup>100</sup>.

Tenkis davası ölenin son yerleşim yeri olan asliye hukuk mahkemesinde açılır. Bu davada 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. 1 yıllık süre mirasçılardan saklı paya tecavüz edildiğini öğrendikleri günden başlar. 10 yıllık süre ise mirasın geçiş tarihinden başlar. Ayrıca saklı paylı mirasçılara defi hakkı da tanınmıştır (TMK. m. 571).

### **C) BAKIM ALACAKLISININ ALACAKLILARINCA İTİRAZ**

Sözleşmeden dolayı bakım borçlusuna bazı malvarlığı değerlerinin devredilmesi nedeniyle, bakım alacaklısının, alacaklılarının hakları tehlikeye düşmüş olabilir. Böyle bir durumda alacaklılar İİK. m. 277 – 278 hükümlerine göre iptal davası açarak haklarını koruyabilirler<sup>101</sup>. Bu sonuca TBK. m. 615 f. 3 de yer alan "... alacaklıların iptal davası açma hakları saklıdır." hükmünden ulaşılmaktadır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi adı altında taraflar bir bağışlama gizlemişlerse gizli bağışlamadan; eğer taraflar hem ölünceye kadar bakma sözleşmesi, hem de bağışlama yapmışlarsa bu takdirde karma bağışlamadan söz edilir ve her iki bağışlama da İİK. m. 278'e göre iptal olunur<sup>102</sup>. Bağışlama amaçlanmaksızın bakım borçlusunun fazla edim üstlendiği ölünceye kadar bakma sözleşmeleri de iptal olunur.

<sup>99</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1338; KARAHASAN, s. 1514; GÜVENÇ, s. 51; OĞUZMAN, s. 229 – 231; AYAN, s. 196. DURAL/ÖZ, s. 266 vd.; İMRE/ERMAN, s. 246; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 378 vd.; ÖZTAN, s. 105; SEROZAN/ENGİN, s. 174 vd.

<sup>100</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1343; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 730; KARAHASAN, s. 1514; GÜVENÇ, s. 52; OĞUZMAN, s. 247 – 250; AYAN, s. 198 vd.; DURAL/ÖZ, s. 269 vd.; İMRE/ERMAN, s. 248 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 381 vd.; ÖZTAN, s. 106 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 176 vd.

<sup>101</sup> ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 730; HATEMİ/SEOZAN/ARPACI, s. 554; TUNÇOMAĞ, s. 1345; BİLGE, s. 381 – 382; YAVUZ, s. 731; ERTÜRK, s. 39; DÜNDAR, s. 136 vd.

<sup>102</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1346.

Hileye dayanan iptal davasında ise üç koşulun gerçekleşmesi gerekir (İİK. m. 277 vd.)<sup>103</sup>: İlk olarak alacaklılara zarar veren bir hukuki işlemin varlığı, ikinci olarak alacaklılara zarar vermek amacı ile hareket olunması ve son olarak da borçlunun bu amacının karşı tarafça bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir. İptal kararının verilmesi aşamasında ise bakım borçlusu davacının tatmini için gerekli miktarı geri vermek zorundadır.

İptal davasında ise elinde geçici veya kesin aciz belgesi bulunan her alacaklı iptal davası açabilir. Bu davada davalı bakım borçlusudur. Bakım borçlusu öldüğü takdirde onun mirasçıları davalı yerini alır. Bakım borçlusu devrolunan malvarlığının tamamını veya bir bölümünü satmış ve üçüncü kişi de malvarlığı devrinin feshi mümkün olduğunu bilerek satın almışsa ona karşı da dava açılabilir<sup>104</sup>.

Yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme ise asliye hukuk mahkemesidir. Zamanaşımı süresi ise sözleşmenin kurulmasından itibaren 5 yıldır (İİK. m. 284).

## **IX- ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ**

### **A) FESİH BİLDİRİMİ**

TBK. m. 616 f. 1'e göre "Tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oransızlık bulunur ve fazla alan taraf kendisine bağışta bulunulma amacı güdüldüğünü ispat edemezse diğer taraf, altı ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Bu oransızlığın tespiti, ilgili sosyal güvenlik kurumunca, bakım borçlusuna verilenin değerine denk düşen anapara değeri ile bağlanacak irat arasındaki fark esas alınır."

Bu hükme göre; ilk olarak edimler arasında önemli ölçüde oransızlık bulunması gerekir. Aşırı oransızlık sözleşmenin yapıldığı zamandaki koşullara göre belirlenir<sup>105</sup>. İkinci olarak edimi yüksek olan tarafta bağışlama amacı bulunmaması gerekir. TBK. m. 616'dan anlaşıldığı üzere bağışlama amacı olduğunu iddia edenin bunu ispatlaması gerekir. Kanun bu amacın olmadığını karine olarak kabul eder. Örneğin sağlığınıca bakmanın

<sup>103</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1349.

<sup>104</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1353; ERTÜRK, s. 36.

<sup>105</sup> DÜNDAR, s. 120.

kuruluşu anında edimle karşı-edim arasındaki oransızlığın bilinmesi başışlamanın kabulü sonucunu çıkartır<sup>106</sup>. Üçüncü olarak fesih ihbarı hükümleri bu beyanın karşı tarafa varmasından itibaren 6 ay geçtikten sonra yürümeye başlar. Fesih bildirimini, yöneltilmesi gerekli tek taraflı hukuki işlemlerdendir. Sözleşmenin tarafları edimler arasındaki farkı ne zaman öğrenirse öğrensin her zaman fesih iradesini açıklayabilir.

Burada sözleşmenin sona ermesi, TBK. m. 125'te olduğu gibi geçmişe etkili olarak gerçekleşecektir. Böyle bir durumda TBK. m. 616 f. 2'ye göre taraflar, birbirlerine daha önce verdikleri şeyi geri verirler; bunların anapara ve faizleri değerlerinde aralarında denkleştirme yapılır. Fesih bildirimini yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır<sup>107</sup>. Ayrıca TBK. m. 616'ya göre fesih halinde tazminat istenemez.

## B) FESİH

TBK. m. 617 f. 1'e göre "Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur."

Bu hükme göre ilk olarak tarafların sözleşmeyle üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmemeleri dolayısıyla, sözleşmenin devamı diğer taraf için çekilmez hale gelmişse<sup>108</sup>; ikinci olarak bazı haklı nedenler sözleşmenin devamını olanaksız hale getirmişse ya da aşırı biçimde külfetli duruma sokmuşsa, iki taraftan her biri, sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebilir<sup>109</sup>.

Bu düzenleme ölünceye kadar bakma sözleşmesinin haklı sebeple fakat geçmişe etkili olarak sona ermesini mümkün kılmaktadır<sup>110</sup>. Bunun için ilk olarak sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesi veya

<sup>106</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 326, N. 6; TUNÇOMAĞ, s. 1316; MARDİN, Ebül'ula, Ölünceye Kadar Bakma Mukavelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940, C. 6, S. 1, s. 92; KORKMAZ, s. 84 vd.; DÜNDAR, s. 121.

<sup>107</sup> KARAHASAN, s. 1498; TUNÇOMAĞ, s. 1317.

<sup>108</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 732; DÜNDAR, s. 107; HGK. 25.09.2013, E. 2013/1-146 K. 2013/1402 (UYAP).

<sup>109</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 732; DÜNDAR, s. 110.

<sup>110</sup> YAVUZ, s. 732; BİLGE, s. 379; KARAHASAN, s. 1296.

başka haklı nedenlerin ortaya çıkması gerekir<sup>111</sup>. Örneğin iki karakterin uyumsuzluğu, bakım borçlusunu borçlarını yeterince ödememesi, sürekli olarak aşırı isteklerin ileri sürülmesi, sürekli şikâyetler, bakım alacaklısı yönünden ev erkine saygı gösterilmemesi düşünülebilir<sup>112</sup>.

Kanun koyucu sözleşmeye aykırılık niteliğinde olmayan bazı haklı nedenlerde sözleşmeden dönme imkânını vermektedir. Burada söz konusu aykırılıklara, yan edim yükümlerine veya davranış yükümüne aykırılık denebilir. Fakat bu haklı nedenler Türk Borçlar Kanunu'nda gösterilmemiştir. Burada hizmet sözleşmesindeki benzer durumlara bir yollama düşünülmelidir. TBK. m. 435 f. 2 hükmü ölünceye kadar bakma ve hizmet sözleşmesinin benzerliğinden dolayı yararlanmayı gerektirir. Böyle olmakla beraber ölünceye kadar bakma sözleşmesinde rastlanan daha geniş anlamli yaşama ortaklığı, onu hizmet sözleşmesinden ayırır<sup>113</sup>. Bu nedenle hâkim haklı nedenlere göre hüküm verirken hukuka ve hakkaniyete göre karar vermelidir<sup>114</sup>. Haklı nedene kötü davranışlar, tehditler, yeterli olmayan gıda, sağlığa aykırı konut, sürekli kabalıklar, bakım borçlusunun başka yere gitmesi ya da mallarını üçüncü kişiye geçirmesi örnek oluşturabilir<sup>115</sup>.

Haklı nedenin sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesi gerekli değildir. Haklı neden sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme üzerinde aynı etkileri yapması veya dönmeyi ileri sürenin sonradan haberi olması gerekir. Örneğin bakım alacaklısının iyileşmez hastalığı olması ve sözleşmenin kurulduğunda bakım borçlusunun bilmemesi bu duruma bir örnektir. Ayrıca haklı nedenle fesih kusurun varlığı şart değildir. Örneğin bakım alacaklısının evlenmesinde kusur yoktur<sup>116</sup>.

İkinci olarak ise sözleşmeye devamın imkânsızlaşması veya çekilmez hale gelmesi de bir fesih nedenidir. Sözleşmeye her aykırılık veya her haklı neden sözleşmeden dönme için yeterli değildir. Ayrıca sözleşmeye devamın imkânsızlaşması veya çekilmez hale gelmesi gerekir.

---

<sup>111</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1291; KARAHASAN, s. 1499; ERTÜRK, s. 37.

<sup>112</sup> OSER/SCHÖNENGERGER, m. 527, N. 3; ERTÜRK, s. 37; TUNÇOMAĞ, s. 1292.

<sup>113</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1293; KARAHASAN, s. 1501; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 527, N. 3.

<sup>114</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1293; KARAHASAN, s. 1501.

<sup>115</sup> KARAHASAN, s. 1501; TUNÇOMAĞ, s. 1293 – 1294.

<sup>116</sup> KARAHASAN, s. 1501 – 1502; TUNÇOMAĞ, s. 1294.

TBK. m. 617 f. 2'ye göre “Hâkim, sözleşmenin önel verilmeksizin feshini yerinde bulabileceği gibi, taraflardan birinin istemiyle veya kendiliğinden, aile topluluğu içinde yaşamalarına son vererek, bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir.”

Hâkim ömür boyu gelire karar verirken tarafların özellikle bakım alacaklısının çıkarlarına ve sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olaylara ve ortaya çıkan engelin niteliğine dikkat etmelidir<sup>117</sup>. Örneğin bakım alacaklısının sağlığı nedeniyle bakım borçlusunun oturduğu yeri bırakıp gitmesi durumunda ölünceye kadar bakma sözleşmesi feshedilmeyip ömür boyu gelir sözleşmesine çevrilir<sup>118</sup>.

## C) ÖLÜM

### 1- Bakım Alacaklısının Ölümü

Bakım alacaklısının ölümü ile Borçlar Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi ortadan kalkar. Kendisine bakılacak kişi ölmekte ve borcun konusu kalmamaktadır. Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısının ölümünden sonra Miras Hukuku sonuçları ortaya çıkar<sup>119</sup>.

### 2- Bakım Borçlusunun Ölümü

TBK. m. 618 göre “Bakım borçlusu ölürse bakım alacaklısı, bir yıl içinde sözleşmenin feshini isteyebilir.” Bu hükümden çıkan sonuca göre bakım borçlusunun ölümü, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeye yetmez. Bakım alacaklısı bu konuda bir irade açıklamasında bulunmamışsa, sözleşme bakım alacaklısı ve bakım borçlusunun mirasçıları arasında devam eder.

Bakım borçlusunun ölümü nedeniyle bakım alacaklısının sözleşmeyi fesih yetkisinin koşulları ilk olarak bakım borçlusunun ölümü, ikinci olarak 1 yıllık sürenin geçmemiş olmasıdır. Bakım alacaklısı 1 yıllık süreyi geçirirse sözleşmeyi fesih yetkisini kaybeder. Kanun koyucunun böyle bir süre belirtmesinin nedeni bakım alacaklısını acele karar vermekten korumaktır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1305; KARAHASAN, s. 1503; DÜNDAR, s. 114 vd.

<sup>118</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 527, N. 5.

<sup>119</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, m. 528, N. 4; TUNÇOMAĞ, s. 1356; DÜNDAR, s. 107.

<sup>120</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1358; KARAHASAN, s. 1508; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 557; BİLGE, s. 377; YAVUZ, s. 732; ERTÜRK, s. 37; KAYIKENT, Hasan, Ölünceye Kadar

Üçüncü olarak ise bakım alacaklısının fesih beyanı herhangi bir şekle tabi değildir. Bakım alacaklısının fesih beyanını mirasçılardan hepsine yöneltmesi gerekir<sup>121</sup>. Fesih beyanının etkileri ileriye dönük sonuçlar doğurur.

Bakım alacaklısı sözleşmeyi feshettiğinde geri isteme hakkı TBK. m. 618 c. 2'ye göre "Bu durumda bakım alacaklısı, bakım borçlusunun iflası hâlinde, iflas masasından isteyebileceği miktara eşit bir paranın kendisine ödenmesini, bakım borçlusunun mirasçılardan isteyebilir."

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre "Ölünceye kadar bakma akitlerinde, borçlunun ölümü üzerine, BK. m. 518 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 618) gereğince, alacaklı tarafından bir sene zarfında akdin feshinin talep edilmesi halinde alacaklı, borçlunun mirasçılardan akdin inikadı sırasında borçluya verdiği malı isteyemeyecek, sadece borçlunun iflası halinde iflas masasından isteyebileceği miktara müsavi bir paranın kendisine verilmesini talep edebilecektir<sup>122</sup>."

Bakım alacaklısının 1 yıl içinde sözleşmeyi fesih hakkını kullanmaması durumunda, sözleşme tüm hükümleriyle geçerliliğini korur ve bakım borçlusunun bakım borcundan mirasçılardan müteselsilen sorumlu olurlar<sup>123</sup> (TMK. m. 599/II).

Bakım alacaklısına sözleşmeyi fesih hakkı tanınmışken bakım borçlusunun mirasçılardan bu hak tanınmamıştır. Ancak onlar da TBK. m. 616 ve 617'ye dayanarak sözleşmeyi feshedebilirler.

Miras Hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun ölümü halinde bir ayırım yapılmaktadır. Bakım alacaklısı, kendisine ölüme bağlı kazandırma yaptığı bakım borçlusuna, söz konusu malvarlığı değerlerini sağlığında devretmişse TBK. m. 618 hükmünün uy-

---

Bakma Akdinde Borçlunun Ölümü Sebebine Dayanan Fesih ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, 1975, S. 4, s. 473; KORKMAZ, s. 97; DÜNDAR, s. 127 vd.

<sup>121</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1359; KARAHASAN, s. 1508; KAYIKENT, s. 474.

<sup>122</sup> İBK. 05.06.1957, E. 25 K. 22 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>123</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 730 – 731; BİLGE, s. 377; KARAHASAN, s. 1508; TUNÇOMAĞ, s. 1368; YAVUZ, s. 732; 1. HD. 14.04.1986, E. 4003 K. 4398 (YKD, 1987, C. 13, S. 2, s. 189).



gulanması; buna karşılık, malvarlığının devredilmemiş olması durumunda ise, TMK. m. 548 hükmü uygulanarak ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmektedir<sup>124</sup>.

### SONUÇ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi gün geçtikte artan bir öneme kavuşmuştur. İnsanlar yaşlılıklarında ya da hastalıklarında kendi bakımlarını sağlamak için bu sözleşmeye ihtiyaç duymuşlardır. Yapılan bu sözleşmenin bir tarafı aile bireylerinden biri olduğunda ise genellikle muvazaa ve beraberinde tenkis iddiaları ortaya atılmakta, Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda sözleşmenin kurulmasına yönelik şartların yerine getirilmediği görülmektedir<sup>125</sup>. Taraflardan bakım borçlusu aile bireyi olsa da şayet bakım borcu yerine getirilmiş ise muvazaa iddiası da dayanaksız kalmıştır.

Bu sözleşmeyi hangi makamların yapacağı ise tartışma konusu olmuştur. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi karşılığı olarak verilen ivazlar arasında taşınmaz bulunmadığı takdirde sözleşmeyi sulh hâkimi veya noter yapabilecektir. İvazlar arasında taşınmaz varsa sulh hâkimi, noterler ve tapu sicil memurları taşınmaz içeren ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabileceklerdir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi nitelik olarak hem Borçlar Hukuku hem de Miras Hukuku kurallarına tabi olarak yapılabilmektedir. Bu sözleşme Miras Hukuku kurallarına tabi olarak yapıldığında bakım alacaklısı malvarlığı devir borcunu sağlığında yerine getirmek zorunda kalmayacaktır. Bakım alacaklısının malvarlığını güvence altına alma bakımından Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakım alacaklısını daha çok korumaktadır.

---

<sup>124</sup> HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 557; BİLGE, s. 377; TUNÇOMAĞ, s. 1369 - 1370; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 528, N. 3, KARAHASAN, s. 1511 - 1512.

<sup>125</sup> HGK. 07.05.2014, E. 2013/1-2382 K. 2014/617 (UYAP).

**BİBLİYOGRAFYA**

- AKARTEPE**, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Şekli, 2004, S. 34, www.e-akademi.org
- ARAL**, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2010.
- AYAN**, Mehmet: Miras Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014.
- AYİTER**, Nuşin/**KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara 1989.
- BİLGE**, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- ÇANDARLI**, Zahit: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi ve Feshi İhbarı, Ankara Barosu Dergisi, 1949, C. 5, S. 68, s. 12 – 20.
- DURAL**, Mustafa/
- ÖZ**, Turgut: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006.
- DÜNDAR**, Mustafa: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, ylt., Ankara 2006.
- ERTÜRK**, Nezi: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, 1983, S. 39, s. 34 – 39.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- GÜVENÇ**, Fikret: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesine Karşı Mirasçılarının Açabilecekleri Tenkis Davası, İstanbul Barosu Dergisi, 1983, C. 57, S. 1 – 3, s. 50–54.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992.
- İMRE**, Zahit/**ERMAN**, Hasan: Miras Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010.
- İNAN**, Ali Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan: Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 4, 1. Baskı, Ankara 1992.
- KAYIKENT**, Hasan: Ölünceye Kadar Bakma Akdinde Borçlunun Ölümü Sebebine Dayanan Fesih ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, 1975, S. 4, s. 473 – 477.
- KORKMAZ**, Tekin: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, ylt., Ankara 2008.
- KÖSEOĞLU**, Haluk: Ölünceye Kadar Bakma Akdi ve Şekil Unsuru, Ankara Barosu Dergisi, 1970, C. 27, S. 2, s. 259 – 263.
- MARDİN**, Ebül'ula: Ölünceye Kadar Bakma Mukavelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940, C. 6, S. 1, s. 58 – 99.
- OĞUZMAN**, Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1995.

**OSER/SCHÖNENBERGER:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik-Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir- Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri (Çeviren: İsmet Sungurbey), Ankara 1964.

**ÖZTAN,** Bilge: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2010.

**SEROZAN,** Rona/**ENGİN,** Baki İlkay: Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008.

**TANDOĞAN,** Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

**TUNÇOMAĞ,** Kenan: Borçlar Hukuku, Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 1977.

**YAVUZ,** Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

**ZEVKLİLER,** Aydın/**GÖGKYAYLA,** K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013.



**Tam Hâkimiyette Denkleştirme  
Yapılmadığına İlişkin Bilginin Sorumluluğa  
Etkisi**

**Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK**



# Tam Hâkimiyette Denkleştirme Yapılmadığına İlişkin Bilginin Sorumluluğa Etkisi

Dr. Kürşat GÖKTÜRK\*

## Özet

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, tam hakimiyete sahip olan şirket ya da teşebbüsün, kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde bağlı şirkete talimat vermesi mümkündür. Bu talimat bağlı şirket açısından kayıp doğuracak nitelikte olsa bile, şirket talimata riayet etmek zorundadır. Ancak kaybın, en geç hesap yılı içerisinde fiilen ya da talep hakkı sağlanmak suretiyle denkleştirilmesi gerekir. Denkleştirmenin gerçekleşmemesi durumunda, artık denkleştirme yükümlülüğü, yerini zararı tazmin yükümlülüğüne bırakır. Bağlı şirketin uğradığı zarar nedeniyle bu şirketin alacaklıları, hâkim şirket/teşebbüs ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine zararın tazmini için dava açabilirler. Fakat, hakkında sorumluluk davası açılan hakim şirket/teşebbüs ve yönetim kurulu üyeleri, belirli nitelikteki alacaklarda, alacaklının denkleştirmenin yapılmadığını bilerek veya bilmesi gerekirken söz konusu ilişkiye girdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir (TTK m. 206/2). Bilgi durumunun hukuki sonuç bakımından önem taşıdığı bu yasal düzenlemenin, iyiniyet hükmü olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bu tür bir nitelendirmenin isabeti ise, incelemeyi gerektirmektedir. Makalede özellikle, alacaklıların subjektif bilgi durumunun sorumluluğa etkisini düzenleyen hüküm, adalet ve hakkaniyet duyguları çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Şirketler topluluğu, tam hâkimiyet, talimat, sorumluluk, iyiniyet

---

\* Yardımcı Doçent Doktor, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi; Makale TÜBİTAK'ın 2219 Doktora Sonrası Yurt Dışı Araştırma Bursu Desteği ile hazırlanmıştır.

## **The Effect of Having Non-Settlement Information for the Liability**

### **Abstract**

According to the corporate groups provisions of Turkish Commercial Code (TCC), it's possible to give instructions to subsidiary within the limits prescribed in Code by full dominating company or enterprise. Subsidiary is obliged to comply with these instructions, even if they caused a loss for it. However, the loss must be settled actually or by providing a right to demand up to the end of fiscal year. In the absence of settlement, compensation obligation take place instead of settlement obligation. Creditors of subsidiary can bring a lawsuit for the damages borne by the subsidiary against the dominating company/enterprise and its board members, who are liable for the loss. But in certain types of demands, dominating company/enterprise and its board members may release from the liability, if they can prove that the creditors having non-settlement information at the time of establishing credit relation (TCC Art. 206/2). It may be considered that, this legal provision, which requires the information status for a legal consequence, are qualified as a bona fide provision. Similar qualification for Turkish Commercial Code's provision is arguable. In this essay, it's tried to evaluate the regulation, which accepts the subjective information status as a base for the liability, especially in the sense of justice and fairness.

**Keywords:** Corporate groups, full dominance, instruction, liability, bona fide



## I. Giriş

Bir ya da daha fazla ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurulmasıyla oluşan şirketler topluluğunda hâkim işletme<sup>1</sup>, bağlı şirketin yönetimi hususunda müdahalede bulunma imkânına sahiptir. Müdahalenin bağlı şirket açısından bağlayıcı etkiye sahip olup olmaması, hâkimiyetin niteliğine bağlıdır. Bu sonuç Türk Ticaret Kanunu'nda tam hâkimiyet hali için kabul edilmiş olup, sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olma koşuluna bağlıdır. Tam hâkimiyet durumunda bağlı şirket, kanunen öngörülen sınırlara uygun olan hâkim işletme talimatına, kendisi açısından kayıp doğuracak nitelikte olsa bile, riayet etmekle yükümlüdür (TTK m. 203).

Bağlı şirketin, talimata riayeti sonucunda ortaya çıkan kaybın, hâkim işletme tarafından fiilen ya da talep hakkı tanınmak suretiyle en geç hesap yılı sonuna kadar denkleştirilmesi gereklidir (TTK m. 206/1). Denkleştirmenin<sup>2</sup> yerine getirilmemesi ihtimali nedeniyle, zarara uğrayan bağlı şirket alacaklılarına, hâkim işletme ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma imkânı tanınmıştır (TTK m. 206/1). Talep, bağlı şirketin zararının giderilmesine yöneliktir ve alacaklılar tıpkı anonim şirketler sorumluluk hukukunda olduğu gibi, dolaylı olarak korunmaktadır (206/1, son).

Alacaklılar, hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidip, bağlı şirketin uğradığı zararın şirkete ödenmesini dava etme imkânına sahip olmakla birlikte (TTK m. 206/1; 202/1, e), davalı konumunda bulunan hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerinin bu sorumluluktan kurtulabilmesini sağlayan özel bir düzenlemeye kanunda yer verilmiştir (TTK m. 206/2).

Sorumluluktan kurtuluş imkanı sağlayan düzenleme, subjektif unsur olarak alacaklının belli bir konu hakkındaki bilgi durumunu esas almak-

---

<sup>1</sup> Tekrardan kaçınmak amacıyla makalede hâkim işletme kavramı, hem hakim teşebbüsü (TTK m. 195/5; 206/1), hem de hakim ticaret şirketini (TTK m. 206/1) kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

<sup>2</sup> Denkleştirme fiilen ya da talep hakkı tanınmak suretiyle yapılabileceğinden, makalede denkleştirme kavramı, bu iki ihtimali kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

tadır. Başka bir ifadeyle, davacı alacaklıların belli bir konudaki bilgi eksikliği, ilgililerin<sup>3</sup> sorumluluğuna yol açarken; bu bilginin mevcudiyeti, ilgililere sorumluluktan kurtulma imkânı sağlamaktadır. Bu yönüyle meselenin iyiniyet kuralı (TMK m. 3) çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bu tür bir nitelendirmenin, iyiniyet kuralını esas alan klasik düzenlemelerle uyumu sorgulanmaya muhtaçtır. Bu nedenle öğretide Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemesi, başkaca hukuki müesseseler çerçevesinde izaha çalışılmaktadır<sup>4</sup>. Bunun dışında, düzenlemenin amacı ve hakkaniyet ölçüsü çerçevesinde doğurduğu sonuçlar da incelemeyi gerektirmektedir<sup>5</sup>. Makalede, sorumluluktan kurtuluş imkânı sağlayan düzenleme, bahsedilen sorunlar dikkate alınmak suretiyle tetkik edilecektir.

## II. Sorumluluktan Kurtuluş İmkânı Sağlayan Düzenlemenin Unsurları

Türk Ticaret Kanunu'nun 206/2'nci maddesi, hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerine, hukuki sorumluluktan kurtulmak bakımından özel bir imkân sunmaktadır. Düzenleme uyarınca;

*“Davalılar (hâkim işletme ve ilgili yönetim kurulu üyeleri), krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler.”*

<sup>3</sup> Makalede geçen “ilgililer” kavramıyla, TTK m. 206/1 hükmü uyarınca sorumluluğu gündeme gelebilecek kişiler, yani hâkim işletme ve hâkim işletmenin kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyeleri kastedilmektedir (bkz. TTK m. 195/5; 206/1).

<sup>4</sup> Aşağıda (V-A-1) başlığı altında yer alan açıklamalara bakınız.

<sup>5</sup> Türk hukuk literatüründe, sorumluluktan kurtuluş imkanı sağlayan yasal düzenlemenin (TTK m. 206/2), daha ziyade uygulama koşulları kapsamında açıklamalara yer verilmektedir (Bkz. Okutan-Nilsson, Gül, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 432 vd.; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013, s. 134; Giray, Rabia E., *Şirketler Hukuku*, Ed. Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012, s. 146 vd.; Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, § 10 kn. 105; Tekinalp Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 § 123 kn. 149). Kanaatimizce Türk hukukuna mahsus olan bu düzenlemenin, doğurduğu sonuçlar açısından değerlendirilmesi de, hükmün tatbik esasları kadar önemlidir. Bu konuda özellikle aşağıda IV ve numaralı başlıklar altında yapılan açıklamalara bakınız.

Türk kanun koyucusunun şirketler topluluğu düzenlemeleri bakımından esinlendiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda, benzer bir hüküm mevcut değildir. Bu bakımdan hükmün, Türk şirketler topluluğu hukukuna ilişkin özgün bir düzenleme olarak kabulü gerekir<sup>6</sup>.

İlgililerin sorumluluktan kurtulması imkânını sağlayan düzenleme, bir arada bulunması gereken iki temel unsur üzerinde şekillenmektedir<sup>7</sup>. Bunları, objektif ve subjektif unsurlar olmak üzere iki başlık altında tasnif etmek mümkündür.

### **A. Objektif Unsur**

Sorumluluktan kurtuluş imkânı bakımından gerekli olan objektif unsur, alacağın niteliği ile ilgilidir. Alacaklı ile bağlı şirket arasındaki ilişkinin, kanunda öngörülen türde olması koşuluyla, hâkim işletme ve yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Bu kapsamda alacağın, krediden ve benzeri alacaklardan kaynaklanması bir şart olarak aranmaktadır<sup>8</sup> (TTK m. 206/2).

Objektif koşul çerçevesinde alacaklının, verdiği bir kredi dolayısıyla ya da benzeri sebeple bağlı şirkete karşı alacaklı sıfatının bulunması gereklidir. Yasal düzenlemede kredi kavramı kullanıldığından, nakdi ya da gayri nakdi kredilerin hükmün kapsamına girdiği kabul edilmelidir<sup>9</sup>. Ancak kredi kavramının kapsamının ne surette tayin edileceği sarih değildir. Kredi, kavram olarak mevzuatımızda tanımlanmış bir müessese değildir ve iktisadi bakımdan satın alma gücünün ya da risk üstlenimleri de dahil

---

<sup>6</sup> Kanun gerekçesinde bu farklılaşmanın sebepleri, hükmün gayesi gibi hususlara ışık tutacak açıklamalar yer almayıp, sadece düzenlemenin davalıların sorumluluktan kurtulmasına olanak sağladığı vurgulanmaktadır. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 23, YY: 2, SS: 96, s. 143 (Bundan sonra sadece "Gerekçe" olarak kısaltılmıştır).

<sup>7</sup> Sorumluluğun tam hâkimiyet halinin bulunması, denkleştirmenin yapılmamış olması gibi başkaca unsurları da bulunmakla birlikte, makalede sorumluluğun koşullarına değil, sadece ilgili yasal düzenleme (TTK m. 206/2) uyarınca sorumluluktan kurtuluş şartlarına değinilmektedir.

<sup>8</sup> Alacak türü ile ilgili bu objektif koşul yasal düzenlemede yer almakla birlikte, diğer alacaklarla, kredi ve benzeri alacaklar arasında neden bu tür bir ayrımın yapıldığı belli değildir.

<sup>9</sup> Okutan-Nilsson, s. 433.

edildiğinde mali bir imkânın geçici olarak temini şeklinde tanımlanabilir<sup>10</sup>. Banka hukuku kapsamında değerlendirilen kredi açma sözleşmesinin niteliği ile ilgili olarak da öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır<sup>11</sup>. Bankacılık mevzuatı anlamında kredi işlemlerini<sup>12</sup>, ancak bu konuda izin verilen kuruluşlar gerçekleştirebileceğinden, eğer düzenlemede yer alan kredi kavramı bu şekilde yorumlanırsa, alacaklının mutlak surette banka olması gereklidir. Ancak yasal düzenlemede alacaklı sıfatı ile ilgili böyle bir sınırlama yapılmadığından, kredi kavramının geniş yorumlanması suretiyle kapsamının belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi isabetli olacaktır. Uygulama bakımından ise düzenlemenin, özellikle bankalar tarafından tesis edilen krediler bakımından önem taşıdığı dikkate alınmalıdır.

Kanunda kredi ibaresi dışında değerlendirme yapılmasını sağlayacak kavramsal bir tercihe yer verilmediğinden, benzeri alacak kavramının kapsamı da yorum yoluyla belirlenmelidir. Yorumda, kredi sözleşmesinin hukuki mahiyeti ve özellikleri dikkate alınacaktır. Bu çerçevede mesela hizmet edimli sözleşmelerden doğan alacakların, düzenlemenin kapsamı dışında olduğu kabul edilebilecektir.

Objektif unsur kapsamındaki alacak hakkı, bağlı şirketin kaybının denkleştirilmemesi nedeniyle uğradığı zarar ve bununla ilgili alacak haktan farklıdır. Her iki hak kapsamındaki alacak tutarları birbirinden farklı olabileceği gibi, borçluları da farklıdır. Alacaklılar bağlı şirketten kredi ya da benzer surette olan alacaklarını talep edebilirken, hâkim iş-

---

<sup>10</sup> Tekinalp, Ünal, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, § 39 kn. 2 vd.; Öğretilerde kavramın iktisadi ve uygulamaya yönelik boyutu esas alınmak suretiyle de tanımlar yapılmaktadır. Bu kapsamda kredi, "mal veya para cinsinden bir değer belirlenmiş bir süre sonunda ve belirli koşullarla geri alınmak üzere verilmesi veya verilmiş bir varlığın ödenmesine garanti sağlanması veya kefil olunması" şeklinde tanımlanmaktadır. bkz. Alıcı, Yaşar, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Beta, İstanbul, 2007, s. 425; Kredi uygulaması kapsamında, kavramın değer aktarımı, süre ile bağlılık, güven, ifanın önceden gerçekleşmesi gibi unsurlarına da vurgu yapılmaktadır. Bkz. Özdemir, Necdet, *Kredi Sigortası*, AİTİA Yayınları, Ankara, 1966, s. 11 vd.

<sup>11</sup> Kavram ve öğretilerdeki görüşler için bkz. Tekinalp (2009), § 39 kn. 9 vd.

<sup>12</sup> Bankaların kredi faaliyetleri ile ilgili olarak bkz. Reisoğlu, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, C. I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007, s. 141 vd.; Bankacılık Kanunu bakımından kredi niteliğindeki işlemler için bkz. BankK. m. 48. Anılan madde ve uygulaması risk esasına dayalı olarak şekillendiğinden, inceleme konusunu teşkil eden kredi kavramıyla tam olarak örtüşmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, s. 573 vd.; Alıcı, s. 427 vd.

letme ve yönetim kurulu üyelerinden, alacaklarını değil, denkleştirme yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan bağlı şirket zararının ifasını talep edebileceklerdir (TTK m. 206/1).

Alacakların farklı nitelik taşınması, sorumluluktan kurtuluşla ilgili yasal düzenlemenin etkisi bakımından da belirleyicidir. Denkleştirme yapılmaması halinde ortaya çıkan tazmin sorumluluğunu, bütün alacaklılar dermeyeran edebilir. Düzenleme denkleştirme konusunda olumlu bilgisi olmayan alacaklıları ilgilendirdiğinden, kapsamına diğer alacaklılar girmemektedir. Bu nedenle sorumluluktan kurtuluş olanağı sağlayan düzenleme, ilgililerin borçtan kurtuluşu bakımından mutlak etkiyi haiz olmayıp, sadece iyiniyeti olmayan alacaklılar bakımından sonuç doğuran, nispi bir etkiyi haizdir.

## **B. Subjektif Unsur**

Sorumluluğun subjektif unsuru bakımından, alacaklının denkleştirme yapıp yapılmadığı ile ilgili bilgi durumu esas alınmıştır. Alacaklı eğer denkleştirmenin yapılmadığını biliyor ise ya da işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerekiyor ise, hâkim işletme ya da yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu yoluna gidemeyecektir. İlişkinin mahiyeti gibi objektif bir kriter yerine, alacaklının bilgi durumuna yönelik subjektif bir kriter esas alındığından, bu unsurun subjektif unsur olarak nitelendirilmesi isabetli olacaktır.

Subjektif unsur bakımından, alacaklının denkleştirmenin yapılmadığını bilmesi ile bilebilecek durumda olmasının, hukuki sonuç açısından farkı yoktur. İki durum arasındaki fark, ispat hukuku kapsamında ortaya çıkan güçlükten kaynaklanmaktadır.

Bağlı şirkete kredi tesis ettiği ya da benzeri sebeplerle alacaklı olduğu hallerde, en geniş anlamda, hâkim işletmenin kanuni denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini -hâl ve şartlara göre beklenen özeni göstermesi durumunda- bilebilecek olanlar, neticede ilgililerin hukuki sorumluluğu yoluna gidemeyecektir. Konuyla ilgili olarak öğretilerde, kredi ilişkisi bakımından, kredi veren alacaklının, kredi alan bağlı şirketin ödeme gücünü araştırması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>13</sup>. Durum özellikle bankalar tarafından tesis edilen krediler bakımından önem taşımaktadır. Bankaların bu işi meslek olarak yürütmesi nedeniyle, kredi tesisi öncesinde bağlı şirketin ödeme kabiliyeti hakkında ayrıntılı araştırma

---

<sup>13</sup> Okutan-Nilsson, s. 433.

yapması, hem yürüttüğü faaliyetin<sup>14</sup>, hem de tacir sıfatının bir gereğidir. Bu nedenle, özellikle bankaların kredi tesis ettiği durumlarda, hâkim işletmenin bağlı şirkete karşı denkleştirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını ve yükümlülük varsa, yerine getirilip getirilmediğini talep ettiği belgelere göre bilebilecek konumda olduğu kabul edilebilecektir.

Alacaklının bilgisi, bağlı şirkete kredi tesisi ya da benzeri işlemin gerçekleşmesi anında mevcut olmalıdır. Denkleştirme hesap yılı sonuna kadar gerçekleştirilebileceğinden (TTK m. 206/1), alacaklının denkleştirmenin yapılması hususunda bilgi sahibi olup olmadığı, bu özellik dikkate alınarak tayin edilmelidir. Hesap yılı içerisinde hâkim işletmenin verdiği kaybı denkleştirmemiş olması ve aynı dönem içerisinde alacaklının bağlı şirketle kredi ya da benzeri ilişkiye girmiş bulunması halinde, alacaklı o ana kadar denkleştirmenin yapılmadığını bilse dahi, bu durum ilgililerin sorumluluktan kurtulması bakımından yeterli değildir<sup>15</sup>. Zira hâkim işletmenin kaybı hesap yılı sonuna kadar denkleştirmesi sadece bir yükümlülük değil, aynı zamanda bir haktır. Hakkını hesap yılı sonuna kadar kullanabilecek olan hâkim işletmenin, kredi ilişkisinin tesisi anında bu hakkını kullanmamış olması, hesap yılı sonuna kadar hakkını kullanmaktan imtina ettiği anlamını taşımamaktadır. Dolayısıyla kaybın denkleştirilip denkleştirilmeyeceği, prensip itibarıyla, ancak hesap yılı sonunda belli olacaktır. Alacaklının bilgi durumu bakımından, bu özelliğin dikkate alınması gereklidir.

### III. Sorumluluğun Maddi ve Usuli Esasları

Sorumluluğun ne surette gerçekleşeceği hususu, kanuni bir atıf hükmüyle çözümlenmiştir. Buna göre sorumluluğa, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerde şahıs bazlı sorumluluğu düzenleyen TTK m. 553 ve ibra hükümleri haricinde şirketin zararının tazminine ilişkin 555 ve devamı maddelerindeki hükümlere yapılan atıf nedeniyle, bu hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle gidilecektir (TTK m. 206/1; 202/1, e). Anılan hükümler, sadece zamanaşımı, yetkili ve görevli mahkeme gibi usulü esasları değil, aynı zamanda sorumluluğun unsurları, teselsül halinin neticeleri gibi, maddi sorumluluk esaslarına ilişkin düzenlemeleri de içermektedir.

---

<sup>14</sup> Nitekim faaliyetin gereği olarak, Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik hükümleri çerçevesinde (m. 8 vd.), bankaların kullanacakları krediler için –kural olarak- hesap durumu belgesi alma zorunluluğuna yer verilmiştir.

<sup>15</sup> Aynı yönde Okutan-Nilsson, s. 434.

Bahsi geçen hükümlerin kıyasen uygulanması, tam hâkimiyet halinde alacaklının açacağı sorumluluk davasının mahiyetine açıkça aykırı düşmemesi halinde mümkündür. Açık aykırılık, kanaatimizce tam hâkimiyet halinde tanınan dava hakkını ortadan kaldıran ya da hakkın kullanılmasını son derece güçleştiren hallerde kabul edilebilir. Bunun haricindeki durumlarda, yorum yoluyla anılan hükümlerin kıyasen uygulanmasından imtina edilmemesi gereklidir. Zira kanun koyucu sorun ya da sorunların ne surette halli gerektiğine yönelik olarak doğabilecek tartışmaları, öngördüğü atıf hükmü ile bizzat kendisi sonlandırmıştır.

Kanuni atıf hükmü kapsamında ilgililerin sorumluluğu çerçevesinde talep edilen tazminatın kime ifa edileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Alacaklıların, ilgililere açtığı sorumluluk davasında, ifanın kendilerine mi yoksa bağlı şirkete mi yapılmasını talep edebilecekleri sorusuna verilecek cevap, menfaatlerini yakından ilgilendirmektedir. Öğretide bir görüş, alacaklılar tarafından ifanın, doğrudan kendilerine yapılmasının istenilebileceği yönündedir<sup>16</sup>. Bu görüşe dayanak olarak, TTK m. 202/1, e hükmüne yapılan atfın, esasında şirketin zararına dayalı bir davaya ilişkin atıf olduğu, TTK m. 206'daki düzenlenen davanın amacının farklı olduğu gösterilmektedir<sup>17</sup>. Ancak, alacaklılara dava hakkı tanıyan düzenleme, sorunu anonim şirket sorumluluk hükümlerine atıf yapmak suretiyle çözümlenmektedir. Elbette ki bu atıf sadece şirketin zararının karşılanmasına ilişkin hükümlere yapılmadığından (bkz. TTK m. 206/1; m. 202/1, e; m. 553), doğrudan zarar görülen hallerde, bu zararın da talep edilmesi mümkündür. Fakat TTK m. 206'da düzenlenen ve alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davasının dayanağını, bağlı şirketin ifayı yerine getirmemesi nedeniyle alacaklıların zarara uğraması oluşturmaktadır. Alacaklıların zarar görmesi ise, bağlı şirketin, hâkim işletmeden olan başka bir alacağını tahsil etmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu silsilede, hâkim işletmenin usulüne uygun şekilde verdiği talimatlardan doğan kayıpların denkleştirilmemesi halinde, alacaklılar tarafından dermeyan edilen talebin, bağlı şirketin zararını giderme amacı taşıdığını kabul etmek gerekir<sup>18</sup>. Nihayetinde ise, dolaylı zararı talep eden alacaklılar,

<sup>16</sup> Okutan-Nilsson, s. 435.

<sup>17</sup> Okutan-Nilsson, s. 435.

<sup>18</sup> Nitekim öğretide bir görüş, kaybın denkleştirilmemesi halinde bağlı şirket ve ortaklarının dava hakkının bulunmadığı, kısmi hakimiyetten farklı olarak, sadece bağlı şirket alacaklılarının bu hakkının bulunduğu kabul etmektedir. Bkz. Okutan-Nilsson, s. 428.

tazminatın ancak bağlı şirkete ödenmesini talep edebilecektir<sup>19</sup>. Kanuni atıf hükmü, anonim şirketler hukukunun, şirketin zararının giderilmesine ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesini değil, uygulanmasını öngörmek suretiyle, bir anlamda şirketin zararının tazmin edilmesini hükme bağlamaktadır (TTK m. 206/1; m. 202/1, e; m. 555 vd.). Öğretide de alacaklının öncelikle bağlı şirkete müracaat etmesi ve alacağı tahsil edememiş olması halinde sorumluluk davası yoluna başvurması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>20</sup>. Kanaatimizce başvuru konusunda, atıf yapılan hükümlerde alacaklıların dava hakkının iflas koşuluna bağlanmış olması hususunda dikkate alınmalıdır (TTK m. 556/1). Ancak hakkında yapılacak yoruma göre anılan hüküm, sorumluluktan kurtuluşa ilişkin TTK düzenlemesinin etkisini önemli ölçüde zayıflatabilecektir (bkz. TTK m. 556/2).

#### **IV. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesinin Subjektif Unsur Yönünden Değerlendirilmesi**

##### **A. Denkleştirme Yapılmamasının Anlam ve Sonuçları Bakımından**

Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, sorumluluktan kurtuluşun subjektif unsurunu, denkleştirmenin yapılmaması hususu ile ilişkilendirmiştir. Bunun anlamı, alacaklının bilgi durumunun, denkleştirmenin yapıp yapılmadığı ile ilgili olmasıdır. Alacaklının bilgi durumunun yöneldiği denkleştirmenin yapılmamış olması olgusu hakkında isabetli değerlendirme yapılabilmesi için, öncelikle “denkleştirme yapmamanın” hukuki açıdan anlam ve sonuçlarının ortaya konulması gereklidir.

Denkleştirme, hâkim işletme bakımından bir yükümlülük teşkil etmektedir ve denkleştirmenin yapılmaması ilk etapta, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi anlamını taşımaktadır (bkz. TTK m. 206/1). Sorumluluktan kurtuluşa ilişkin düzenlemede denkleştirmenin yapılmamış olmasının bu ilk anlamı esas alınmıştır. Zira denkleştirmenin yapılmamış olması ile bu yükümlülük sona ermektedir. Kanun koyucu, sona eren bir yükümlülüğü bile bile ya da bilecek konumda iken, bağlı şirketle kredi ya da benzeri ilişkiye giren alacaklıları himaye etmekten kaçınmak istemiştir. Denkleştirme yapılmamış olmasının, bu anlamı dikkate alındığında, düzenlemenin isabetli ve menfaatler dengesine uygun olduğu yönünde tereddüt etmemek gerekir. Fakat bu sonuç, denkleştirmenin yapılmamış olmasının, aksine sonucu haklı kılan başkaca bir anlamının bulunmaması durumunda isabetlidir.

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. Tekinalp (2013), § 123 kn. 149.

<sup>20</sup> Okutan-Nilsson, s. 431; Giray, s. 146 vd.; Bilgili/Demirkapı, s. 134.



Denkleştirmenin yapılmamış olması, başka bir hukuki sonucu da *ipsoiure* gündeme getirmekte ve bu yönüyle ikinci bir anlamı daha içermektedir. Denkleştirme yapılmamasının bu ikinci anlamı, zararı tazmin yükümlülüğünün doğmasıdır (TTK m. 206/1). Hâkim işletme, bağlı şirkete verdiği talimatlardan doğan kayıpları hesap yılı sonuna kadar denkleştirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde denkleştirme yükümlülüğü yerini, zararı tazmin yükümlülüğüne bırakmaktadır. Bu açıdan, bir yükümlülüğün bir başka yükümlülüğe kanunen dönüşümü, yani bir kanuni tahvil hali vardır<sup>21</sup>. Dolayısıyla kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde ilgililerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Denkleştirmenin yapılmamış olmasının iki anlamının bulunduğu ve bu ikinci anlamı dikkate alındığında, “denkleştirme yapılmaması” ile “tazmin yükümlülüğünün bulunması” ibareleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılabilir. Bu durumda ise TTK m. 206/2’de ilgililer için öngörülen sorumluluktan kurtuluş imkanı, özetle şu şekilde ifade edilebilecektir:

*Alacaklılar, ilgililerin tazmin yükümlülüğünün devam ettiğini bilerek bağlı şirkete kredi vermişlerse, ilgililer bu durumu ispatlayarak tazmin yükümlülüğünden kurtulabilecektir.*

Bu yönüyle kanuni düzenleme, bir kimsenin hakkının varlığını bilmesine, teknik olarak bu sonuç doğmasa da, bir anlamda hakkı yitirmesi sonucunu bağlamaktadır. Elbette ki bu sonucun, denkleştirmenin yapılmamasının sadece ikinci anlamı dikkate alındığında doğabileceği, ilk anlamı bakımından yasal düzenlemenin yukarıdaki şekilde ifadesinin mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak her iki anlam, alternatif kullanım olanağı sağlamamaktadır. Başka bir deyişle, denkleştirmenin yapılmamasının belirli koşullarda ilk anlamı, başkaca koşullarda ikinci anlamı haiz olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. İkinci anlam, denkleştirme yapılmamasının kanuni sonucudur ve artık ilgililer istese bile denkleştirme yapılması yönünde bir talepte bulunamayacaklardır; zararı tazmin yükümü kanun icabı doğmuştur ve talep, zararın tazminine yönelik olmak zorundadır. Bu açıdan, denkleştirme yapılmamasının ilk anlamı, sadece denkleştirme yükümlülüğünün son bulması bakımından isabetli olup, bunun yerini artık tazmin yükümlülüğünün almasına mani olamamaktadır. Dolayısıyla, tazminat hakkının varlığını bilmek, yasal düzenlemeyle tazminat hakkını dermeyanı bertaraf eden bir neden olarak

---

<sup>21</sup> Denkleştirme yapılmayan durumlarda, denkleştirme yükümlüsü hâkim işletme yanında, bir yaptırım olarak onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyeleri de kanunen bağlı şirkete karşı tazmin yükümlülüğü altındadır.

kabul edilmektedir. Neticede düzenleme, alacak hakkını, adalet ve hakka-niyet duyguları ile bağdaşmayacak şekilde bertaraf etmesi nedeniyle ten-kide açıktır.

### **B. Düzenlemenin Amacı Bakımından**

Alacaklıların, ancak bilgi sahibi olmaması koşuluyla tazminat talep edebileceğine dair düzenlemenin gayesi öğretide, “hâkim şirket tarafından bir denkleştirme yapılacağına<sup>22</sup> güvenmiş olduğu şeklindeki bir iddi-anın dinlenilemeyeceği hallerde, hâkim şirketin sorumlu tutulmaması” gereği ile açıklanmaktadır<sup>23</sup>. Hükmün amacı, sadece bağlı şirketin mevcut mal varlığına güvenip, denkleştirmenin yapılmadığını bilerek bağlı şir-ketle hukuki ilişkiye girenlerin, bu bilgilerinin neticesine katlanması ge-rektiği düşüncesiyle de açıklanabilir. Ancak bu şekilde ifade edilen bir amacın, gerek fiili, gerekse hukuki açıdan isabeti sorgulamaya açıktır.

Fiili bakımdan, bağlı şirkete kredi veren alacaklı, bağlı şirketin hâkim işletmeden denkleştirilmemiş bir alacağının bulunduğunu bildiği tak-dirde, bu bilgisi, tesis ettiği kredinin geri ödeneceği konusunda bir güven-sizlik değil, olsa olsa güven telkin eder. Kaybın denkleştirilmesi zorunlu olduğuna ve süresi içerisinde denkleştirmeme halinde, zamanaşımı sü-resi boyunca hâkim işletmenin ve yöneticilerinin hukuki sorumluluğuna gidilmesi mümkün olduğuna göre (TTK m. 206/1) alacaklı, bağlı şirketin borcu ifa etmemesi halinde ilgililerin hukuki sorumluluğuna gitmek sure-tiyle bu alacağını dolaylı da olsa tahsil edebilecektir. Bilgi, bir anlamda alacak bakımından teminat işlevini etkin hale getiren bir araçtır. Bu yö-nüyle denkleştirilmesi gereken bir bağlı şirket kaybının denkleştirilme-miş olması, müstakbel alacağın ilgililerden tahsili bakımından duyulan güveni ortadan kaldıran değil, tam aksine, kredi verecek kişi ya da kişilere güven telkin eden bir nedendir.

Hukuki anlamda, denkleştirmenin yapılmaması, sadece denkleştirme yükümlülüğünü sona erdirmektedir. Mesele bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu durum esasında, hâkim işletmenin yükümlülüğünü sona er-diren bir neden değil, mahiyetinin değişmesine yol açan ve tazmin yü-kümlülüğünü doğuran bir sebeptir. Hâkim işletmenin verdiği kayıp,

<sup>22</sup> Teknik olarak, “tazminat ödeneceğine” şeklinde ifadesi daha isabetlidir. Zira denkleştirme yapılmamışsa, artık denkleştirme yükümlülüğü sona erip tazminat yükümlü-lüğü doğduğundan, alacaklıların denkleştirme yapılacağınahalen güvenmesi zaten beklenilemez.

<sup>23</sup> Okutan-Nilsson, s. 433.

denkleştirme süresi tamamlanıncaya kadar hâkim işletmeden –kural olarak- dava yoluyla talep edilemez.

Hâkim işletme bakımından denkleştirmeyi gerçekleştirmek bir yükümlülük olduğu kadar, bunun gerçekleşme zamanını belirleme de, hesap dönemi sonuna kadar, bir haktır. Dönem sonuna kadar yükümlülük yerine getirilmediğinde, hâkim işletme ve ilgili yönetim kurulu üyelerinin, denkleştirmenin gerçekleşmemiş olmasından kaynaklanan zararı tazmin borcu doğar ve bağlı şirket ve alacaklıları tarafından dava edilebilir. Bu dava hakkı zamanaşımı süresi boyunca kullanılabilir. Dolayısıyla alacaklının, denkleştirmenin yapılmadığını bilmesi, bu alacağı zamanaşımı süresi içerisinde dava edebileceğini de aynı anda öğrenmesi anlamını taşımaktadır. Bu bakımdan, hakkın varlığını öğrenen alacaklının, hâkim işletme ve onun yönetim kurulu üyelerinin borcu ödeyeceği yönünde haklı ve hukuki bir güveni de doğar. Buna rağmen Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, alacaklının hakkının varlığını öğrenmesine, bu hakkın yitirilmesi sonucunu bağlamaktadır.

Kanuni düzenlemenin meşrulaştırılması bakımından, kanaatimizce bağlı şirketin kredi verme anındaki mal varlığı durumu da bir gerekçe oluşturamaz. Başka bir ifadeyle, bağlı şirkete kredi tesis ettiği anda denkleştirmenin yapılmadığını bilen bir alacaklının, bağlı şirkete sadece mevcut mal varlığını dikkate alarak kredi verdiği, bu nedenle hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerine başvuramayacağını başlangıçta bildiği, yasal düzenlemenin bu durumu hukukileştirdiği şekline bir iddia da hukuken himaye edilemez. Zira böyle bir gerekçe, hukuki değil, fiilidir. Mal varlığı sadece gözle görülen somut varlık kalemlerinden oluşmaz. Alacaklar da mal varlığının bir unsurunu oluşturur<sup>24</sup>. Bağlı şirketin bir başka kişiden alacaklı olduğunun, bağlı şirket alacaklısı tarafından bilinmesi, bu alacağın bağlı şirket mal varlığı dışında bulunduğu anlamını taşımaz. Bağlı şirket alacaklısı, genel hükümler çerçevesinde bu üçüncü şahıstaki alacağı tahsil yoluna gidebilecektir. Alacağın hangi sebepten kaynaklandığının –kural olarak- bir önemi yoktur. Türk Ticaret Kanunu ise aksini öngören bir düzenlemeyi yasalaştırmaktadır.

Düzenleme koruma amacı bakımından da eleştiriye açıktır. Zira şirketler topluluğu normlarının koruma amacı, topluluk ilişkisi nedeniyle ortaya çıkabilecek menfaat çatışmasında çıkarları olumsuz etkilenebilecek olan ve korunma ihtiyacı içerisinde bulunan kişi ya da kişileri himaye

<sup>24</sup> Pek çoğu yerine bkz. Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 51.

etmektedir. Tam hâkimiyet halinde koruma ihtiyacı içerisinde olan en önemli grup, bağlı şirket alacaklılarıdır. Ancak mevcut düzenlemenin öngördüğü koşullar çerçevesinde, özel olarak koruma ihtiyacı içerisinde olmayan hâkim işletmenin ve buna bağlı olarak diğer şahısların çıkarları korunmaktadır. Hâkim işletmenin bağlı şirketi kayba uğrattığı şekilde müdahalesinin, kısmi hâkimiyet durumunda hukuka aykırı nitelik taşıdığı kanun gerekçesinde vurgulanmaktadır<sup>25</sup>. Tam hâkimiyet hali bakımından da bu kabulden hareket edilecek olur ise, denkleştirmenin gerçekleştirilmemesi halinde benzer sonucun benimsenmesi gerekir. Dolayısıyla korumanın özellikle hâkim işletmenin gerçekleştirmiş olduğu bir haksız fiilden doğan tazmin borcunu bertaraf etmek suretiyle gerçekleşmesi, daha güçlü konumda bulunup himaye ihtiyacı hissetmeyen hâkim işletmenin, haksız fiilin hukukten meşrulaştırılması anlamını taşıması nedeniyle tenkide açıktır.

## V. Düzenlemenin Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirme

### A. İyiniyet Bakımından

#### 1. Genel Olarak

Alacaklıların, denkleştirmenin yapılmadığını bilerek ya da bilebilecek konumda iken bağlı şirketle kredi ve benzeri ilişkilere girmiş olması, hâkim işletme ve yönetim kurulu üyeleri hakkında açılan sorumluluk davasında, sorumluluktan kurtuluş imkanı sağlamaktadır. Bilgi, ilgililerin hukuki sorumluluğu bakımından belirleyici etkiye sahiptir. Belli bir sonucun meydana gelmesi bakımından, bu sonucun doğmasına hukukten engel olan bir olay ya da olgunun bilinmemesi ve bilinebilecek durumda olunmaması, iyiniyet kavramı ile izah edilmektedir<sup>26</sup>. İyiniyet her halde değil, ancak kanunun bunu öngördüğü hallerde hükümlerini doğurur<sup>27</sup>. Özellikle hakların kazanılması bakımından kavram, hakkın kazanılmasını engelleyen bir durumun, iktisap anında ilgili kimse tarafından bilinmemesi

<sup>25</sup> Bkz. Gerekeçe s. 140.

<sup>26</sup> Bkz. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, kn. 804; Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 183; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku*, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 190.

<sup>27</sup> Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1993, s. 273 vd.; Dural/Sarı, s. 192.

şeklinde tanımlanabilir<sup>28</sup>. İyiniyet, sadece hakların iktisabında değil, başkaca durumlarda da koruyucu (lehe) etki sağlayabilen bir müessesedir<sup>29</sup>. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda-743 sayılı mülga kanundan farklı olarak-iyiniyete ilişkin düzenleme, sadece hakkın doğumu bakımından değil, genel olarak kanunun iyiniyete sonuç bağladığı haller dikkate alınarak kaleme alınmıştır (bkz. TMK m. 3).

İyiniyet, kişinin belirli bir hukuki sonucun doğumuna engel olan konuya ilişkin bilgisizlik halini ifade etmektedir<sup>30</sup>. Aslında bilinç hali ile ilgili bu subjektif durum, hukuki sonucun doğması için somut olayda gerekli olan unsur ya da unsurların mevcut olup olmadığı konusunda, kişide yanlış bir bilginin varlığından kaynaklanmaktadır. Kimse kendi kusuruna dayanarak hak iktisap edemeyeceğinden, bahsedilen bilgisizlik hali ile ilgili kusurun, iyiniyet iddiasında bulunan şahsa izafe edilememesi gerekmektedir<sup>31</sup>.

İyiniyetin önem taşıdığı hallerin ortak özelliği, iyiniyetli kişinin gerçekte olmayan bir husus hakkında, hukuki görünüşe dayalı olarak itimat etmesi halinin bulunmasıdır<sup>32</sup>. Yani iyiniyetli olarak nitelendirilen kişi, esasında gerçekte olmayan bir durumu, o konuda mazur görülebilir bilgisizliği nedeniyle sanki mevcutmuş gibi algılamakta, arzu edilen hukuki sonucun doğmasına engel teşkil eden ve bu algıyla örtüşmeyen gerçek durum, kanun koyucu tarafından, algıya uygunmuş gibi değerlendirilmektedir. Neticede gerçek durum değil, bilgi eksikliğinden kaynaklanan görünürdeki durum dikkate alınmakta ve ortaya çıkan menfaat çatışmasında, bilgi eksikliğinden kaynaklansa da görünüşe güvenen kişinin menfaati himaye edilmektedir.

<sup>28</sup> Akipek Jale G./Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku*, Birinci Cilt, Beta, İstanbul, 2004, s. 157; Edis, s. 263.

<sup>29</sup> Akipek, Jale G., *Sübjektif Hüsünüiyetin Mahiyeti ve Hükümleri (1)*, AÜHFD, C. 14, Sa. 1, 1957, (s. 56-71), s. 66 vd.; Hatemi, s. 184 vd.; Dural/Sarı, s. 192; Hofer, Sibylle, in *BernerKommentar*, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Stämpfli, Bern, 2012, Art. 3 ZGB, Rn. 73 ff.; Koller, Alfred, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg, 1985, Rn. 113 ff.

<sup>30</sup> Akipek, s. 6.

<sup>31</sup> Bkz. Akipek s. 63; Edis, s. 264 vd.

<sup>32</sup> Akipek, s. 70; Hofer, Art. 3 ZGB, Rn. 40, 46 ff.

İyiniyete dayalı korumanın temelinde, dürüst davranma kuralı yatmaktadır<sup>33</sup>. Başka bir ifadeyle iyiniyet her halde himayesi gereken hukuki sonuçlara yol açmayıp, ancak dürüst davranma kuralının bu sonucu haklı kıldığı ve kanun koyucunun bunu öngördüğü hallerde bir koruma söz konusu olabilir<sup>34</sup>. Kanunen iyiniyetin korunduğu hallerde, bu korumanın genellikle işlem güvenliği ve hakkaniyet düşüncesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Ancak hangi düşünceden kaynaklanırsa kaynaklansın, özellikle hakların iktisabı bakımından iyiniyetin korunduğu hallerin ortak özelliği, ilgilinin belli bir hususu bilmesi halinde maddi hukuk bakımından aynı zamanda hak sahibi olmadığını da bilecek olmasıdır<sup>36</sup>. Bu yönüyle iyiniyet, maddi hukuk bakımından hak sahibi olma imkanı bulunmayan kimselerin, bu konudaki hukuki engeli bilmemelerinin hakkaniyet ya da işlem güvenliği gerekçeleriyle mazur görülmesi ve hukuken himaye edilmesini sağlamaktadır.

## 2. *Subjektif Unsur İyiniyet Kuralı ile Mukayesesi*

İyiniyet kuralı ile mukayesesi bağlamında, Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin esas aldığı şartların ve doğurduğu sonuçların tespiti önem

---

<sup>33</sup> Oğuzman/Barlas, kn. 806; Dural/Sarı, s. 191. Dürüstlük kuralı ve iyiniyet, mülga 743 sayılı Medeni kanun döneminde, kanuni terim tercihi sebebiyle, öğretide objektif ve subjektif iyiniyet başlıkları altında incelenmekte idi. Her iki kavram farklı gaye ve sonuçları içermekle birlikte, iyiniyet kuralı çerçevesindeki korumanın temelinde de dürüst davranma kuralı yatmaktadır. Bu bakımdan TTK düzenlemesinin, bu kural ile ilişkisi de düşünülebilir. Nitekim kanunda alacaklılar aleyhine öngörülen hüküm, “*madem hâkim işletmenin bağlı şirkete denkleştirme yapmadığını biliyordun, neden bağlı şirkete kredi verdin*” şeklindeki bir yaklaşımla gerekçelendirilebilir ve bu anlamda dürüstlük kuralı ile ilişkilendirilebilir. Kanaatimizce yasal düzenlemenin temelinde dürüstlük kuralına dayalı bu düşünce yatmaktadır (bkz. Pulaşlı, § 10 kn. 105). Ancak bu ilişkilendirme halinin isabeti sadece görünüştedir ve “denkleştirmenin yapılmamasının” kanuni sonucu olan tazmin yükümlülüğü dikkate alındığında etkisini yitirmektedir. Zira dürüstlük kuralı, “*madem hâkim işletmenin bağlı şirkete tazminat ödeme yükümlülüğünü biliyordun, neden bağlı şirkete kredi verdin*” şeklindeki bir sorgulamanın aracı olamaz. Öte yanan konuyu inceleyen Gürel, düzenlemenin ilk etapta mülga BK m. 44 çerçevesinde zarar görenin bu zarara katılmasına yönelik düzenlemenin somut bir görünümü olduğu kanaatini uyandırdığını, ancak nihayetinde böyle bir nitelendirmenin isabetli olmayacağını vurgulamaktadır. Bkz. Gürel, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, (Y.Lisans Tezi), Ankara, 2009, s. 139

<sup>34</sup> Oğuzman/Barlas, kn. 821.

<sup>35</sup> Bkz. Dural/Sarı, s. 191 vd.

<sup>36</sup> Bkz. Edis, s. 270.

taşımaktadır. Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, denkleştirme yapılmayan hallerde, bu durumu bilmeyen ve kendilerinden bilmeleri beklenilemeyecek olan alacaklıların, ilgililerin sorumluluğuna gitmesinin mümkün olduğudur. Düzenleme, iyiniyet kuralının uygulanması bakımından gerekli olan subjektif durumu, yani bilgi eksikliğini esas almakta ve buna hukuki sonuç bağlamaktadır<sup>37</sup>. Bu nedenle iyiniyet kuralını esas alan münferit düzenlemelerden biri olduğu düşünülebilir. Ancak belirli bir konuda bilgi sahibi olunmasına hukuki sonuç bağlanan hallerin tamamı, iyiniyet kuralı kapsamında değerlendirilemez.

Türk Ticaret Kanunu'nun alacaklıların iyiniyetine<sup>38</sup> bağladığı hukuki sonuç, iyiniyet kuralının hareket noktası ve sonuçlarından oldukça farklıdır. Bahsi geçen fark, "denkleştirmenin yapılmaması" halinin hukuki sonuçlarıyla yakından ilgilidir. Yukarıda belirtildiği üzere, denkleştirmenin yapılmaması halinde, ilgililerin ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>39</sup>. Bu halde denkleştirme yükümlülüğü *ipsoiure* mahiyet değiştirerek tazminat yükümlülüğüne tahvil olmaktadır. Denkleştirme yükümlülüğünün ortadan kalkması ile tazminat yükümlülüğünün doğumu arasında zaman bakımından boşluk ya da bir geçiş süreci mevcut değildir. Bu bakımdan, alacaklılar denkleştirmenin yapılmadığını bildiklerinde, zaten hâkim işletmenin bağlı şirkete karşı tazmin yükümlülüğünün doğduğunu da bilmektedirler. Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi bu yönüyle, tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmediğini bilenler veya bilebilecek konumda olanlar bakımından, bir anlamda tazminat talep hakkını bertaraf etmektedir. Bu durum, iyiniyet kuralının klasik sonuçları ile bağdaşmamaktadır. Zira hakkın iktisabı bakımından iyiniyet kuralı, hukuki bir engel nedeniyle hak sahibi olamayacak kişilere, bu hukuki engeli bilmemeleri ya da bilmelerinin beklenilememesi nedeniyle hak bahşetmektedir. Gerçekte hak sahibi olamayacak bir kişi, görünüşteki duruma duyduğu güven nedeniyle, hak sahibi olarak kabul edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi ise, maddi anlamda hak sahibi olan kişilerin,

<sup>37</sup> İyi ve kötünüyet birbirini tamamlayan kavramlar olup, kötünüyetin hukuki durumda değişiklik meydana getirmesi söz konusu olmayıp, bu etki sadece iyiniyet bakımından mevcuttur. Bkz. Koller, Rn. 132 ff.

<sup>38</sup> Bu başlık altında iyiniyet kavramıyla, TTK m. 206/2'nin mefhumu muhalifinden çıkan ve alacaklıların bilgi hali bakımından öngörülen olumsuz durum kastedilmiştir.

<sup>39</sup> Bkz. yukarıda (IV-A) başlığı altında yapılan açıklamalar.

hak sahibi olduğunu bilmemelerine olumlu sonuç bağlamaktadır. Bu yönüyle, alacaklıların hak sahibi olduklarını bilmeleri ve bilebilecek durumda olmaları, haklarını yitirmelerinin bir nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>40</sup>. Bu durum, klasik iyiniyet kuralının, tam aksine bir sonucun kabulü anlamı taşımaktadır.

İyiniyet kuralından ayrılan bu özellik, kendisine bağlı bir başka farkı daha ortaya çıkarmaktadır. Bilindiği üzere, iyiniyet kuralına aykırılık, ilgili kişinin hukuken himayesine engel olur. Bu kişi, maddi hak durumu itibariyle zaten işlem ya da davranışının kendisi lehine hukuki sonuç doğurması beklenmeyen kişidir. İyiniyetinin bulunmaması, maddi hak sahipliği imkanının kazanılamayacağını bilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde, alacaklı maddi hak durumu itibariyle, kendisi lehine hukuki sonuç doğmasını bekleyen kişidir. İyiniyetinin bulunmaması ise, sahibi olunan maddi hakkın bertarafı anlamını taşımaktadır. Bu yönüyle Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi aynı zamanda maddi hakkın bertarafsonucunu doğurması bakımından da klasik iyiniyet düzenlemelerinden ayrılmaktadır. Belirtilen özelliğiyle Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi bir taraftan maddi anlamda hakkı bertaraf etmekte, diğer taraftan bunu kötü niyet koşuluna bağlamaktadır.

Mevcut değerlendirmeler ışığında, Türk Ticaret Kanunu düzenlemesini, bir iyiniyet düzenlemesi olarak nitelendirmek isabetli olmayacaktır. İyiniyet kuralı ile düzenleme arasındaki benzerlik, sadece subjektif bilgi durumunun netice bakımından önem taşımasıdır. İyiniyetin hukuki görünüşe dayalı olarak hak sahibi olmayanlara maddi hukuk bakımından hak sahibi konumu bahsetmesi ve Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin maddi hukuk bakımından hak sahibi olanın bu hakkını muhafaza için iyiniyet koşulu araması, Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinin klasik manada bir iyiniyet kuralı niteliği taşımadığı anlamına gelmektedir.

## **B. Özen Yükümü Bakımından**

Şirketler hukukunda özen yükümü, yönetici konumunda bulunan görevlilerin, yetki ve görevlerini kanunen öngörülen ölçüye uygun şekilde icra etmelerini gerektiren bir yükümlülüktür. Bu yönüyle sorumluluk hukuku bakımından, iç ilişkiyi ilgilendiren bir özelliği haizdir. Kanuni ölçütlere uygun olmayıp, özen yükümü ihlali olarak nitelendirilen bir davranış,

---

<sup>40</sup> İyiniyet kuralı bağlamında, hakkın doğumu için gerekli şartların mevcut olduğu durumlarda, iyiniyetli ya da kötü niyetli olmanın neticeye etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Dural/Sarı, s. 192.



iç ilişki bakımından ilgilinin hukuki sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Özen yükümünün sorumluluk hukuku bakımından iç ilişkiyi ilgilendiren bir başka boyutu, aynı zamanda hukuki sorumluluğun unsurlarından birini teşkil eden kusur bakımından da bir kriter teşkil etmesinde kendisini gösterir. Bu yönüyle özen yükümü, kusurun tayininde ölçü olarak da değerlendirilebilir<sup>41</sup>.

Alacaklıların dava hakkını ilgilendiren Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi, özen yükümlülüğünün sorumluluk hukuku bakımından taşıdığı anlamı esas almamaktadır. Elbette ki bu durum, düzenlemenin ilgililerin iç ilişki bakımından olası sorumluluğu çerçevesinde ehemmiyet taşımadığı manasına gelmemektedir. Ancak, alacaklıların dava hakkına ilişkin düzenleme, doğrudan ilgililerin iç ilişki çerçevesinde hukuki sorumluluğu bağlamında öngörülmediğinden, düzenlemenin bir hukuki müessese olarak özen yükümünün iç ilişkiyi ilgilendiren boyutunu tanzim ettiğini söylemek mümkün görülmemektedir.

Buna karşın özen yükümünün iç ilişki dışında, icabında belli bir neticeye katlanma sonucunu gerektiren ve dış ilişkiyi ilgilendiren bir başka boyutu bulunmaktadır<sup>42</sup>. Özen yükümünün her iki boyutu prensip itibarıyla aynı kriter çerçevesinde değerlendirme yapılmasını gerektirmekle birlikte, her ikisinin bir arada bulunması zorunlu değildir. Özellikle ilgilinin bir gerçek kişi olması durumunda, iç ve dış ilişkiyi ilgilendiren özen yükümü ihlalleri arasındaki ayrışma bariz şekilde ortaya çıkmaktadır. Dış ilişki bakımından bir kimsenin özenli ya da özensiz davranışı, prensip itibarıyla, dış ilişki bakımından sonuçlarını doğurur. Herkes kendi özensiz davranışlarının olası olumsuz sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür. Ticaret hayatında bu durum, özellikle üstlenilen risklerde kendisini gösterir. Ancak istisnai bazı durumlarda kanun koyucu, ilgililerden dış ilişki bakımından belirli özen ölçüsü sınırları dahilinde hareket etmesini talep edebilmektedir. Söz konusu durumlarda, özellikle kendisinden dış ilişki bakımından özenli davranması istenilen kişi ya da kişilerin muhataplarının korunması kaygısı yatmaktadır. Bu kapsamda kanunen bazı şahıslar

<sup>41</sup> Çamoğlu, Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 66.

<sup>42</sup> Dış ilişki kapsamındaki katlanma sonucu, sorumluluk hukuku bünyesinde tazmin yükümlülüğü şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda özen yükümü ihlali daha ziyade sorumluluğun kusur unsuru kapsamında değerlendirilir. Ancak katlanma sonucu, mutlaka tazmin yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmak zorunda değildir. Somut ya da genel olarak sınırları çizilen davranış yükümlülüğü ihlali, başkaca hukuki sonuçları da gündeme getirebilir.

hakkında çeşitli davranış yükümlülükleri sevk edilebilir. Bahsi geçen davranış yükümlülükleri, hukuk düzenince somut veya genel nitelikli normlarla tanzim edilebilir. Bu sonucusuna, tacirler hakkında öngörülen davranış kuralı örnek gösterilebilir (bkz. TTK m. 18/2).

Alacaklıların belirli bir konudaki bilgisini esas alan Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi de, alacaklılar açısından somut bir davranış yükümlülüğü getirmekte ve bu davranış yükümlülüğünün ihlaline, neticede ilgilerin hukuki sorumluluğuna gidilememesi şeklinde bir sonuç bağlamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin, alacaklıların belirli şekilde davranmalarını, dış ilişki bakımından sonucuna katlanması gereken özensiz bir davranış hali olarak nitelediği sonucuna varılabilir. Neticede menfi koşula dayalı olsa da, alacaklılar için nitelikli bir davranış yükümlülüğü söz konusudur.

Kanun koyucunun hangi durumlarda dış ilişki bakımından belirli özen kriterine uygun davranış sergilenmesini bekleyeceği sorunu, elbette ki bir hukuk politikası tercihiyle çözümlenecektir. Ancak, bu tercihin menfaatler dengesine uygun olması gereklidir. Yasal düzenleme bu yönüyle tenkide açıktır. Zira ilgililerden dış ilişki bakımından gerçekleştirdikleri davranışlarda belirli bir özen ölçüsü arayan kurallar, esas itibarıyla davranışta bulunanın muhatabının, özel olarak korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu düzenlemesinde ise korunan muhatap, hâkim işletme ve onun yönetim kurulu üyeleridir. Tam hâkimiyet halinde, hâkim işletmenin denkleştirme yapılmayan durumlarda, kredi ve benzeri ilişkilere girilmemesi konusunda bağlı şirkete talimat vermek suretiyle, bağlı şirketi bu tür davranışlarda bulunmaktan men etme imkanı bulunmaktadır (TTK m. 203). Hâkim işletmenin böyle bir imkanı kullanmamasının sonuçlarına alacaklıların katlanması, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olarak değerlendirilemez. Bağlı şirketle kredi ve benzeri ilişkiye giren kişi ya da kişiler, hâkim işletmenin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini bildikleri durumlarda, sadece hâkim işletme ve yönetim kurulu üyelerinin tazmin yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi riskini üstlenmektedirler. Hâkim işletmenin tazmin yükümlülüğünü yerine getirmediğini bilmek, tek başına alacaklıları haklarından mahrum bırakmak için bir gerekçe oluşturamaz. Bahsi geçen hal özensiz davranış şeklinde nitelendirilemez, ancak bu sonuç yasanın normatif karakterinden kaynaklanmaktadır. Zira davranış, sadece alacaklıların risk sahasını ilgilendirmekte olup, bunun ötesinde bir etkiyi haiz olacak ehemmiyette değildir. Öte yandan yasal sonucun, yukarıda

müteaddit defalar vurgulandığı üzere, hakkın varlığının bilinmesi koşulu-  
luna bağlanmış olması da, düzenlemenin eleştiriye açık bir başka boyu-  
tunu oluşturmaktadır.

## VI. Sonuç

Tam hâkimiyet durumunda, bağlı şirketle kredi ve benzeri ilişkilere giren alacaklılar, zarara uğramaları halinde, bağlı şirketi kayba uğratmış olan hâkim işletmenin ve kayba yol açan hâkim işletme yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna giderek, bağlı şirketin uğradığı zararın tazmini talep edebileceklerdir. Ancak, bağlı şirketle kredi ve benzeri ilişkiye giren alacaklılar, bu ilişkiye girdikleri anda hâkim işletmenin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini biliyorlarsa ya da işin niteliği gereği durumu bilebilecek durumda iseler, ilgililer sorumluluktan kurtulabileceklerdir (TTK m. 206/2).

İlgililerin sorumluluktan kurtulmasına imkan sağlayan düzenleme, ilk bakışta dürüstlük kuralı kapsamında mütalaası gereken ve isabeti konusunda tereddüt bulunmayan bir hükmün varlığı kanaati uyandırmaktadır. Ne var ki bu sonuç, “denkleştirme yapılmaması”nın hukuki neticesi dikkate alındığında sorgulanabilir hale gelmektedir. Kanunen denkleştirme yapılmamasının hukuki sonucu, ilgililerin bağlı şirket zararını tazmin sorumluluğunun doğmasıdır. Başka bir ifadeyle denkleştirmenin yapılmaması, hâkim işletmenin yükümlülüğünü sona erdirmemekte, sadece niteliğini ve kapsamını değiştirmektedir. Bu yönüyle ilgililerin sorumluluktan kurtulmasını sağlayan düzenleme (TTK m. 206/2), alacaklıların dava haklarını bilmelerine ya da bilebilecek konumda olmalarına, bu hakkın bertarafı sonucu bağlamaktadır. Bu sonuç, düzenlemenin sadece ölçülülüğü ile ilgili değil, aynı zamanda adalet ve hakkaniyet duyguları bakımından yerindeliği ile ilgili sorunları da gündeme getirmektedir. Kanaatimizce tazminat hakkının varlığından haberdar olmayan alacaklıların himaye edildiği bir sistemde, bu haktan haberdar olanların evleviyetle korunması gereklidir. Zira bu sonuncular, hâkim işletmeden olan alacağın tahsil edileceğine duydukları güvenle bağlı şirketle hukuki ilişkiye girmektedirler.

Hükmün adalet ve hakkaniyet duyguları ile bağdaşmayan sonuçları içermesi, nitelendirilmesi bakımından da sorunları beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce konu ile ilgili yasa hükmünün, iyiniyet düzenlemesi ya da bir borç kaynağına dayalı olarak kusuru tayin eden bir düzenleme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Burada dış ilişki bakımından alacaklılar hakkında öngörülmesi gerekenli davranış yükümlülüğünün

ihlalinden kaynaklanan katlanma yükümlülüğünün mevcudiyeti kabul edilebilir. Ancak, alacaklı davranışının, mevcut bir hakkın bilinmesine dayalı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle, katlanma yükümlülüğünün isabeti eleştiriye açıktır. Bu açıdan alacaklıların katlanma yükümlülüğü, gerçekte özensiz bir davranışının bulunmasından doğmamaktadır.

Netice itibariyle, alacaklıların denkleştirmeye ilişkin bilgisini esas alan düzenlemenin, modifiye edilmeksizin akla gelebilecek hukuki müesseslerden herhangi biri ile açıklanması güçtür. Öğretide düzenlemenin gayesi hakkında yapılan değerlendirmelerin isabeti, denkleştirmemenin kanuni sonucu dikkate alındığında, hukuki ve fiili açıdan sorgulanabilir hale gelmektedir. Düzenleme, alacaklıların haklarını öğrenmelerine, hakkın kaybı sonucunu bağlaması nedeniyle, alacaklıların istifade edebileceği zamanaşımı süresini ortadan kaldıran bir etkiyi haizdir. Neden sonuç ilişkisi içerisinde alacaklılar bakımından ortaya çıkan mahrumiyet, ölçülülük sorunu içermesi yanında, adalet ve hakkaniyet duygusu ile bağdaşmaması nedeniyle de eleştiriye açıktır.

### KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G., *Sübjektif Hüsünüyetin Mahiyeti ve Hükümleri (1)*, AÜHFĐ, C. 14, Sa. 1, 1957, (s. 56-71)
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku*, Birinci Cilt, Beta, İstanbul, 2004
- Alıcı, Yaşar, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Beta, İstanbul, 2007
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013
- Çamoğlu, Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku*, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009
- Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1993
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Giray, Rabia E., *Şirketler Hukuku*, Ed. Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011
- Hofer, Sibylle, in *BernerKommentar*, Bd. I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Stämpfli, Bern, 2012
- Koller, Alfred, *Der guteund der böse Glaube im allgemeinenSchuldrecht*, Freiburg, 1985
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- Okutan Nilsson, Gül, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009
- Özdemir, Necdet, *Kredi Sigortası*, AİTİA Yayınları, Ankara, 1966, s. 11 vd.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Reisoğlu, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, C. I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007
- Tekinalp Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- Tekinalp, Ünal, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009



**Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca  
Geçici Koruma Kararının Kapsamı,  
Alınması ve Sona Ermesi**

**Yrd. Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA  
Arş. Gör. F. Candan KAVŞAT**





# Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi

Yrd. Doç. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA\*  
Arş. Gör. F. Candan KAVŞAT\*\*

## ÖZET

Suriye’de, 2011 yılının Mart ayında, iç karışıklıkların başlamasından bu yana, günden güne artan sayıda Suriye Arap Cumhuriyeti (Suriye) vatan-daşı Türkiye’ye gelmiştir. Bugün Suriye’den kaçıp gelen kişilerin sayısının bir buçuk milyonu aştığı bilinmektedir. Bu kişilerin Türkiye’deki statüleri mevzuatımızdaki eksiklikler nedeniyle belirsizdi. Bu gelişmelerin sebep olduğu ihtiyaç karşısında 4.4.2013 tarihinde 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 91.maddesinin 2.fıkrası uyarınca ve Bakanlar Kurulu’nun 13.10.2014 tarihli kararıyla Geçici Koruma Yönetmeliği yayınlanmış ve mevzuatımızdaki büyük boşluk doldurulmuştur. Bu düzenlemeler ışığında ülkemiz bu kişileri “geçici koruma” statüsüne almıştır. Çalışmada, Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca alınacak geçici koruma kararının kapsamı, bu kararın alınması ve sona ermesine ilişkin olan hususlar, Türk hukukunun Avrupa Birliği Müktesebatına uyumlaştırılması hususu da dikkate alınarak, Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi ile önemli görülen hususlar bakımından karşılaştırılarak ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Geçici koruma, kitlesel akın, uluslararası koruma, Geçici Koruma Yönetmeliği, Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Araştırma Görevlisi

## **The Scope, Adoption and Termination of Temporary Protection Decision on Temporary Protection By-Law**

### **ABSTRACT**

The civil war, that broke out in Syria over three years ago, has led lots of Syrian citizens come to Turkey to seek asylum. Since there was no legislation on mass influx of displaced persons the legal status of these persons was undetermined. In regard to those incidents to be able to grant protection for those, on 22 October 2014 Temporary Protection By-Law published in Official Gazette. The new decree clearly defines the rights and obligations of foreign people in Turkey who were forced to leave their own country and are temporarily unable to return. The objective of this article is to analyze the regulations of this By-Law, in the light of European Union Temporary Protection Directive, as to its scope, adoption and termination of temporary protection.

**Keywords:** Temporary protection, mass influx, international protection, Temporary Protection By-Law, European Union Temporary Protection Directive.

## Giriş

Kitlesel akın kavramı ile sınırlardan ani ve hızlı olarak büyük rakamlarla geçiş yapan davetsiz yabancılar ifade edilmektedir. Bu kişiler, kendi hayatlarına ve özgürlüklerine karşı ciddi tehlikelerden veya diğer tehditlerden kaçmaktadırlar<sup>1</sup>. Geçici koruma ise, ülkelerinden kaçıp gelerek başka ülkelere sığınan kişilere kendi ülkelerine dönene kadar güvenlik ve statü sağlama yükümlülüğü getiren önemli bir mekanizmadır<sup>2</sup>.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'ne göre, kitlesel akın, hem devletlerin büyük ölçekte mülteci sayılarıyla karşılaşmaları aşamayı, hem de çok sayıda mülteci nüfusuna uzun süre ev sahipliği yaptığı durumları kapsamaktadır<sup>3</sup>. BMMYK'ne göre, kitlesel akının varlığı için sadece sayılara bakılarak bir değerlendirme yapılmamalı, kitlesel akının var olup olmadığı kabul eden ülkenin kaynaklarına göre belirlenmelidir. Bir sığınma akını ile karşı karşıya kalan devlet normal bireysel statü belirleme usullerini kullanabiliyor ise, kitlesel akının varlığından bahsedilemeyecektir<sup>4</sup>.

Geçici koruma, büyük ölçekte meydana gelen sığınma olaylarında acil çözümler bulmak üzere geliştirilen bir koruma biçimidir. Geçici korumanın amacı, ülkelerinden kaçıp gelen yabancıların acilen güvenli bir ortama erişimlerini sağlamak ve başta geri gönderilmeme ilkesi olmak üzere temel insan haklarını koruma altına almaktır<sup>5</sup>.

Geçici koruma mekanizmasının en etkili örneği 1990'lı yılların başında, Eski Yugoslavya'daki çatışmalardan kaçan insanları korumak için

---

1 VIBEKE EGGLE, A.: Mass Refugee Influx and The Limits of Public International Law, The Hague 2002, s. 23.

2 CASTILLO, M. A. / HATHAWAY, J. C.: "Temporary Protection", Reconciving International Refugee Law, edited by James C. Hathaway, The Hague 1997, s. 7.

3 ÇİÇEKLİ, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2014, s. 311 (Mülteci); UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES: "Mechanisms of International Cooperation To Share Responsibilities and Burdens In Mass Influx Situations", Global Consultations on International Protection, EC/GC/01/7, 19 February 2001, <<http://www.unhcr.org/3ae68f3cc.html>>, 11.12.2014.

4 ÇİÇEKLİ (Mülteci), s. 311; UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES: "Protection Of Refugees In Mass Influx Situations: Overall Protection Framework", Global Consultations on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, <<http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.html>> 11.12.2014.

5 ÇİÇEKLİ (Mülteci), s. 313.

bazı Avrupa Devletleri tarafından yapılan uygulamalardır<sup>6</sup>. Ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak üzere, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 20 Temmuz 2001 tarihinde Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi<sup>7</sup> kabul edilmiştir.

Geçici Koruma Yönergesi, üye devletlerin geçici koruma açısından yaptıkları düzenlemelerin, 1951 tarihli Mülteciler Sözleşmesinden ve Avrupa Topluluğuna Kuran Antlaşmadan kaynaklanan uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu olması gerektiğini bildirmektedir. Yönergenin giriş bölümünün 10. maddesi uyarınca geçici koruma, Cenevre Sözleşmesine göre mülteci statüsünün tanınmasına engel olmamalıdır. Yönerge, Üye Devletler açısından sadece mülteci statüsünün belirlenmesi usullerini değil, ayrıca mülteciler için Sözleşme yükümlülüklerini de bildirmektedir<sup>8</sup>.

İngiltere, Avrupa Topluluğu Antlaşması'na ve Avrupa Birliği Antlaşması'na ekli İngiltere'nin ve İrlanda'nın konumu hakkındaki Protokol'ün 3. maddesi uyarınca 27 Eylül 2000 tarihinde gönderdiği bir mektupla bu Yönerge hükümlerine katılacağını bildirmiştir. İrlanda ve Danimarka ise, bu Yönergenin kabul edilmesinde yer almamışlardır. Bundan dolayı da Yönerge hükümleri bu iki ülkeyi bağlamayacaktır. İrlanda ve Danimarka, Ortak Sığınma Sistemi'nin dışında kalmayı tercih etmişlerdir<sup>9</sup>. Geçici Koruma Yönergesi, şu ana kadar hiç devreye sokulmamıştır.

---

6 GÖÇ İDARESİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ: "Avrupa Birliğinde Geçici Koruma", <[http://www.goc.gov.tr/icerik3/avrupa-birliginde-gecici-koruma\\_409\\_558\\_1096](http://www.goc.gov.tr/icerik3/avrupa-birliginde-gecici-koruma_409_558_1096)>, 05.12.2014.

7 Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal of the European Communities 7.8.2001, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF>>, 11.11.2014.

8 EDWARDS, A.: "Temporary Protection, Derogation and The 1951 Refugee Convention", Melbourne Journal of International Law, 2012, v. 13, s. 8, <<http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/01Edwards1.pdf>>, 12.12.2014.

9 ÖZCAN, M.: Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005, s. 161.

Türkiye, uluslararası mülteci hukukunun iki temel metni olan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nde<sup>10</sup> kabul ettiği "Avrupa'dan gelen mülteciler" sınırlamasını 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin New York Protokolü<sup>11</sup> ile tanınan bir hak olarak kabul ettiği için Avrupa'dan gelenlere mülteci olma hakkı tanırken "Avrupa" dışından gelenlere bu hakkı tanımamaktadır<sup>12</sup>. Bu kişilere üçüncü ülkelere gidebilecekleri süre boyunca Türkiye'de kalmaları için sığınma hakkı vermektedir. Türkiye sınırlarına yapılacak toplu nüfus hareketleri sırasında izlenecek politikalar ulusal mevzuatımızdaki 14.9.1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte<sup>13</sup> yer alsa da Türk mevzuatı güncel gelişmelere yanıt vermekten uzak bulunmaktaydı<sup>14</sup>. Ayrıca Türkiye'de bulunan Suriye vatandaşları için uygulanmakta olan geçici koruma politikası mevzuatta yer bulmamaktaydı<sup>15</sup>. Bu süreçte 30.03.2012 tarihinde 62 sayılı "Türkiye'ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge" İçişleri Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulmuştur. Daha sonra ise, ortaya çıkan bu ihtiyaçları gidermek amacıyla 4.4.2013

<sup>10</sup> Resmi Gazete 5.09.1961-10898, <<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf&main=http://www.resmi-gazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf>>, 24.10.2014.

<sup>11</sup> <[http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/gocmen\\_raporu.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/gocmen_raporu.pdf)>, 24.10.2014.

<sup>12</sup> ÖZKAN, I.: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013, s. 31 (Göç).

<sup>13</sup> Resmi Gazete 30.11.1994-22127, <<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22127.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22127.pdf>>, 24.10. 2014. Değişiklik metni için bkz: Resmi Gazete 27.01.2006- 26062, <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/01/20060127-2.htm>>, 24.10. 2014.

<sup>14</sup> DİZMAN, A. O.: "Geçici Koruma Politikası ve Türkiye'ye Sığınan Suriyeliler", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Ağustos 2012, s. 2, <[www.tepav.org.tr](http://www.tepav.org.tr)>, 23.10.2014.

<sup>15</sup> DİZMAN, s. 2.

tarihinde 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)<sup>16</sup> kabul edilmiştir.

Geçici Koruma, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun dördüncü bölümünde düzenlenmektedir. Kanunun 91.maddesinde geçici korumanın, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanabileceği düzenlenmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında ise, bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bakanlar Kurulu, 13.10.2014 tarihli kararıyla Geçici Koruma Yönetmeliğini<sup>17</sup> yayınlamıştır. Yönetmelik, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun da yer alan geçici korumayı ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Geçici Koruma Yönetmeliği ile 14.9.1994 tarihli ve 94/6169 sayılı Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlükten kalkmıştır.

## **I.Geçici Korumanın Amacı ve Kapsamı**

Geçici Koruma Yönetmeliği, mevzuatımızdaki büyük bir boşluğu doldurarak, kitlesel akın ile ülkemize gelip, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esaslarını kapsamlı olarak düzenlemektedir. Yönetmeliğin 1. maddesine göre, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan, 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91.maddesi

<sup>16</sup> Resmi Gazete 11.04.2013-28615, <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130411-2.htm>>, 24.10. 2014.

<sup>17</sup> Resmi Gazete 22.10.2014- 29153, <<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/10/20141022.htm>>, 26.12. 2014.

çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları ile bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliğiyle ilgili hususları Geçici Koruma Yönetmeliği düzenlemektedir.

Kitlesel akın ve geçici koruma kavramları, Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Kitlesel akın, aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumları ifade etmektedir (m. 3(j)). Geçici koruma ise, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmıştır (m. 3(f)). Yönetmelikte yer alan geçici koruma tanımı, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91. maddesinde yer alan tanımla aynıdır, ancak Yönetmelikte yer alan geçici koruma tanımına "uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılar" ifadesi de eklenmiştir.

Avrupa Birliği'nin Geçici Koruma Yönergesinin 1. maddesinde Yönergenin amacı düzenlenmiştir. Bu yönergenin amacı menşe ülkelerine geri dönmeleri imkânsız olan üçüncü ülkelerden gelen yerinden edilmiş kişilerin kitlesel akını halinde geçici koruma ile ilgili minimum standartları tesis etmek ve Üye devletlerin bu kişilerin kabul edilmeleri ve bakımlarının üstlenilmesinden doğan sonuçlarını birlikte üstlenecekleri bir işbirliği dengesini teşvik etmektir.

Yönergede öngörülen geçici koruma sisteminin Avrupa sığınma düzenlemelerini tamamlayan ve olağanüstü koşullarda kullanılacak tek bir düzenleyici mekanizma sağlamayı hedeflediği söylenebilir. Yönergede kitlesel akın ve olaylarında uygulanacak asgari standartlar düzenlendiğinden, Üye Devletlerin uluslararası koruma talep eden kişilerin lehine olacak muameleleri yapabilmelerine engel bulunmamaktadır<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ÇİÇEKLİ(Mülteci), s. 317.

Yönergede, geçici korumanın uygulanması gereken haller, yerinden edilmiş kişilerin<sup>19</sup> yakın zamanda kitlesel bir akın oluşturacağı halleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Üye devletler, geçici koruma tedbirini, sadece bir kitlesel akının ortaya çıkması olasılığına dayanarak kitlesel akın oluşmadan önce uygulamaya karar verebilirler. Bu durum acil durumlara bir tepki tedbiri olarak tasarlanmış olan Yönergenin ruhuna aykırı olacağı için eleştirilmiştir<sup>20</sup>. Zira geçici koruma mekanizması kitlesel sığınma akınları nedeniyle ortaya çıkan sorunun acil olarak giderilmesine yönelik bir çözüm mekanizmasıdır. Ancak ortada henüz bir kriz yok iken, acil durum mekanizmasının devreye sokulması, sığınmacıların başvurularının doğru araçlar ile incelenmesinin engellenmesi tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır<sup>21</sup>. BMMYK, geçici korumanın tahmini kitlesel akın olasılığına göre değil, gerçek olaylarla sınırlı bir acil durum müdahalesi olarak kalması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>22</sup>.

Geçici koruma, yerinden edilmiş kişiler ve kitlesel akın kavramları, Geçici Koruma Yönergesinin 2. maddesinde tanımlanmışlardır. Geçici koruma, menşe ülkelerine geri dönmeleri imkânsız olan, üçüncü ülkelerden gelen yerinden edilmiş kişilerin bir kitlesel sığınma ya da olması muhtemel bir kitlesel sığınma hallerinde, özellikle sığınma sisteminin bu sisteme hâle gelmeden etkili bir biçimde yürütülemez riski de söz konusuysa, bu koruma ile ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kişilerin menfaatlerine ivedi ve geçici bir koruma sağlayan istisnai nitelikli bir süreci ifade etmektedir (m.2(a)). Yerinden edilmiş kişiler, menşe ülke ya da bölgelerini terk etmek ya da özellikle bir uluslararası kuruluşun sorumluluğu altında tahliye edilmek zorunda kalmış ve ülkede hüküm süren mevcut durum yüzünden güvenli ve kalıcı şartlara dönmeleri imkânsız olan, Cenevre Sözleşmesi'nin 1A maddesi ya da uluslararası koruma sağlayan diğer uluslararası ve ulusal düzenlemelerin kapsamına giren, özel-

---

<sup>19</sup> Yerinden edilmiş kişiler, ülke içinde yerinden edilmiş kişilerdir. Buldukları ülke sınırları içerisinde çeşitli ekonomik, sosyal ve çevresel nedenlerle yer değiştirmek zorunda kalmışlardır. Yerinden edilme, insanların yaşadıkları yerden kendi hükümetleri veya vatandaşları tarafından zorla ve planlı bir şekilde koparılıp, göçe zorlanmalarıdır. Kendi topraklarını iradeleri dışında terk etmeye zorlanan ve komşu devlet ülkelerine göç edemeyen bu kişiler, ülkeleri içerisinde farklı bölgelere göç etmektedir: ÖZKAN (Göç), s. 125.

<sup>20</sup> ÖZKAN (Göç), s. 231.

<sup>21</sup> ÖZKAN, s. 168.

<sup>22</sup> ÖZKAN(Göç), s. 231.



likle; (i) o bölgede yaşanan şiddet ya da silahlı çatışmadan kaçan; (ii) düzenli ya da genel bir insan hakları ihlali riski altında bulunan üçüncü ülke vatandaşları ya da vatansız kişileri ifade etmektedir (m.2(c)). Kitlesele akın ise, belirli bir ülke yahut coğrafi bölgeden gelen, Avrupa Topluluğuna gelişlerinin hazırlıksız yahut örneğin bir insancıl yerleştirme<sup>23</sup> programı yoluyla olduğu gibi yardım almak suretiyle olup olmadığına bakılmaksızın, çok sayıda yerinden edilmiş kişinin Topluluğa gelmesi olarak tanımlanmıştır (m.2(d)).

Avrupa Birliği Yönergesi, sadece Avrupa'dan gelen kişiler için değil, ayrıca yerinden edilmiş kişilerin Avrupa'ya giriş yapmasına da izin vermektedir. Madde 2(d) uyarınca, Yönerge, çok sayıda insanın belirli bir ülkeden veya bölgeden kendiliğinden hareket ederek ya da yardımla tahliye edilerek Avrupa'ya girmesinde uygulanabilir. Madde 8(3)'e göre, devletler uygun kişilerin kendi ülkelerine girmesini örneğin, vize vererek kolaylaştırması gerekir<sup>24</sup>.

## II. Geçici Korumadan Yararlanacak Yabancılar

### A. Genel İlkeler

Geçici korumadan yararlanabilecek yabancıların Türkiye'ye giriş yaparken kolluk kuvvetleri, valilikler, kaymakamlıklar veya diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından tespit edilmeleri veya makul bir süre içinde kendiliğinden yetkili birimlere kayıt yaptırmak üzere başvurmaları halinde, Türkiye'ye yasa dışı girişleri veya Türkiye'de yasa dışı bulunuşlarından dolayı idari para cezası uygulanmayacaktır. Yönetmeliğin 5.maddesinde makul bir süreden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Kanımızca makul süreden kasit yabancıların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kendisi ve ailesi için asgari yaşam standartlarını sağladığı andan hemen sonrasındır. Bu kapsam dışında kalan yabancılar için geçerli bir nedenin bulunmaması halinde idari para cezası muafiyetinden yararlanmayacaktır. Fıkra yapmış olduğu düzenlemeyle idareye bir takdir hakkı tanımamıştır; fakat Yönetmelikte böyle bir düzenleme yer almasaydı ya-

<sup>23</sup> İnsancıl yerleştirme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN(Göç), s.374.

<sup>24</sup> ORCHARD, C. / CHATTY, D.: "High Time For Europe To Offer Temporary Protection To Refugees From Syria?", 2 October 2014, <<https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/cynthia-orchard-dawn-chatty/high-time-for-europe-to-offer-temporary-protection-to>, 18.01.2015.

bancının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde Türk kanunlarının göstermediği bir şekilde girmesi ve bulunması nedeniyle kendisine idari<sup>25</sup> ve cezai<sup>26</sup> yaptırım uygulanacaktır.

Geçici korumadan yararlanabilecek yabancılar, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilmeyecektir. Bu husus Yönetmeliğin 6.maddesinde “Geri Gönderme Yasağı” başlığı altında düzenlenmiştir. Geri gönderme yasağı (*non-refoulement*) ilkesi devletlerin, mülteci veya sığınmacıyı ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba aidiyeti ve siyasi düşüncelerinden dolayı hayat ve hürriyetinin tehlikeye düşeceği ülkeye göndermeme yükümlülüğü olarak ifade edilen bir kavramdır<sup>27</sup>. Geri gönderme yasağı Cenevre Konvansiyonu’nun 33.maddesinin 1.fıkrasında da düzenlenmiştir. Madde uyarınca

<sup>25</sup> YUKK “Sınır dışı etme kararı alınacaklar” başlıklı 54.maddesinin 1.fıkrasının h bendinde “Türkiye’ye yasal giriş ve Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal eden” kişileri de saymaktadır. Dolayısıyla şayet söz konusu kişi YUKK m.55 uyarınca hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak bir yabancı değilse YUKK m.5 vd. hükümlerine aykırı olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından girmesi nedeniyle hakkında sınır dışı etme kararı alınacaktır. Sınır dışı etme işleminin uygulandığı halleri üç temel gruba ayıran *Dardağan Kibar*, söz konusu sınır dışı etme işlemini “Ülkeye giriş, ülkeden çıkış, ülke içinde ikamet ve çalışma izinleriyle ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışların ve bunlarla irtibatlı usulsüzlüklerin yaptırımı olarak sınır dışı etme” kategorisinde değerlendirmektedir: DARDAĞAN KİBAR, E.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi, Ankara Avrupa Çalışmalar Dergisi, Cilt 11, No:2 (2012), s.55; YUKK m.54’ün lafzından anlaşıldığı kadarıyla söz konusu kararın alınmasında idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Türkiye’ye yasal giriş ve yasal çıkış kurallarını ihlal eden yabancılar hakkında YUKK m.56 uyarınca Türkiye’yi terk etmeleri için herhangi bir süre tanınmayacak, bu kişiler YUKK m.57’deki prosedüre değil, acil prosedüre tabi olacaklardır. Böyle bir düzenleme sınır dışı etme prosedüründe olağan yol olarak düzenlenmiş olan Türkiye’yi terke davet prosedürünü işlevsiz hale getirecektir: DARDAĞAN KİBAR, s. 67.

<sup>26</sup> Burada bahsedilen TCK anlamında ceza değil, idari para cezasıdır. Nitekim YUKK m.102 (1) (a)’ya göre, Kanunun 5.maddesine aykırı şekilde, Türkiye’ye yasa dışı giren veya Türkiye’yi yasa dışı yollarla terk eden ya da buna teşebbüs eden yabancılar hakkında 2000 TL idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>27</sup> LAUTERPACHT, E./ BETHLEHEM, D.: Part 2: The scope and the content of the principle of non-refoulement: Refugee Protection in International Law, Feller E./Türk, V./Nicholson F.(eds.), UNHCR 2003, s.89’dan aktaran; EKŞİ, N.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, İstanbul 2014, s.131.

hiçbir âkit devlet mülteciyi, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba aidiyeti ve siyasi düşüncelerinden dolayı hayat ve hürriyetinin tehlikeye düşeceği ülkelerin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir<sup>28</sup>. Sözleşme aynı maddenin ikinci fıkrasında geri gönderme yasağının istisnalarına yer vermiş ve mültecinin ulusal güvenliği<sup>29</sup> yahut kamu güvenliğini<sup>30</sup> tehlikeye düşürmesi konusunda ciddi emareler bulunması halinde bu mültecinin geri gönderme yasağına tabi olduğunu ifade ederek söz konusu yasağı mutlak olarak kabul etmemiştir<sup>31</sup>. Geri gönderme yasağının uygulanmayacağı haller istisnai olarak nitelendirildiğinden söz konusu haller dar yorumlanmalıdır<sup>32</sup>. Kitlesel akın durumlarında geri gönderme yasağının devreye girip girmeyeceği sorunu doktrinde tartışılmıştır. Bu sorun bakımından öncelikle kitlesel akın hallerinde söz konusu talebin reddedilmesinin kitlesel akının devletlere getirdiği yük nedeniyle haklı görülebileceği savunulmuştur<sup>33</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Uluslararası insan hakları hukukunda asıl olan devletin sorumsuzluk hallerinin belirlenmesi değil, sığınma talebinde bulunanların haklarının en geniş kapsamda korunabilmesidir<sup>34</sup>. Bu sorunla ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer mesele de geri gönderme yasağına ria-

<sup>28</sup> Geri gönderme yasağının bazı istisnaları ile bir örf adet kuralı olup olmadığı yahut *ius cogens* kuralı sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak bkz. UZUN, E.: "Geri Gönderme İlkesinin (*Non-Refoulement*) Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 8, Sayı 30 (2012), s.17 vd.

<sup>29</sup> "...Bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması konusunda ciddi sebepleri mevcut olan..."

<sup>30</sup> "...veya özellikle önemli bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile mahkûm olduğu için bulunduğu ülke açısından tehlike teşkil eden mülteci..."

<sup>31</sup> Geri gönderme yasağının yer aldığı diğer uluslararası düzenlemeler için bkz. EKŞİ, 132-134; AİHS bakımından yapılan bir değerlendirme için bkz. TANERİ, G.: *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmeme (Non-Refoulement) İlkesi*, Konya 2012, s. 244 vd. (Doktora Tezi).

<sup>32</sup> İstisnaların dar yorumlanması hususunu hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmeli ve yalnız genel bir yorum kuralı olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle dar yorumlama her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalı ve dar yorumlamanın hangi gerekçelerle kabul edildiği ya da edilmediği gerekçeleri ile birlikte ortaya konulmalıdır: YONGALIK, A.: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60 (1), 2011, s. 14.

<sup>33</sup> TOKUZLU, L.B.: "Non-refoulement Principle in a Changing European Legal Environment with Particular Emphasis on Turkey, A Candidate Country at the External Borders of the EU", (Yayınlanmamış doktora tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topuluğu Enstitüsü, 2006), s. 72-76'dan aktaran; UZUN, s.36.

<sup>34</sup> UZUN, s.30.

yet eden devletlerin sınırlarından geçen yabancılara asgari düzeyde yaşam koşulu sağlaması dışında herhangi bir yükümlülük altında bulunmadıkları düşüncesidir. Bu durum ilkel olarak olumsuz yorumlanmamalı, devlet mümkün olduğunca kitlesel akın ile sınırlara gelen bu kişilere uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde gerekli yardımları sağlamalıdır.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre; kitlesel akın geri göndermeme yasağının istisnasını oluşturmamaktadır<sup>35</sup>. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları kitlesel akın halinde geri gönderme yasağının uygulanmasının pratikte devletlere getirdiği yükten dolayı fiili olarak uygulanmasının zor olduğunu savunmaktadırlar<sup>36</sup>. Kitlesel akın hallerinde doğabilecek sorunların önüne geçmek için iki çözüm önerilmiştir. Bunlardan ilki kitlesel akın halinde devletin katlanacağı yükü hafifletmek için uluslararası toplumun külfet paylaşımı yapması, ikincisi ise devletin kitlesel akın hallerinde sığınma taleplerini ilk aşamada olumlu karşılayarak sonradan mültecilik statüsü tanıma ya da gereklerinden yararlandırma ile bağlı olmayan ve geçici koruma olarak adlandırılan çözümdür<sup>37</sup>.

Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, yabancıların Türkiye Cumhuriyeti'nden gönderilmesi gerektiği hallerde, söz konusu yabancı işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilmeyecek, bu yabancılar hakkında gerekli gördüğü idari tedbirleri alacaktır. Burada madde her ne kadar idareye takdir yetkisi veren bir düzenleme yapmış gibi görünse de; söz konusu insan hakları olduğu için idare fiilen gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla idarenin bu noktada takdir hakkının bulunmadığını düşünmekteyiz. Yine burada bahsedilen ilkeler bu durumdaki yabancıların geçici koruma kapsamına alınma taleplerini engelleyici şekilde yorumlanamaz ve uygulanamaz. Bu kural geçici koruma kapsamına alınacak yabancılar hakkındaki 7.madde bakımından da geçerli olacaktır.

## **B.Yönetmelikte Yer Alan İlkeler**

Geçici koruma sağlanabilecek yabancılar Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 7. maddesinde sayılmıştır. Geçici korumadan yararlanmak isteyen

<sup>35</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. UZUN, s. 35, dn.11.

<sup>36</sup> UZUN, s. 35.

<sup>37</sup> UZUN, s. 35.

kişilerin üç şartı yerine getirmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, bu kişilerin ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen kişilerden olması gereklidir. İkinci olarak, bu kişilerin, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan olması gerekmektedir. Son olarak, bu kişilerin haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamamalıdır.

28.4.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmayacaktır (Geçici madde 1).

Geçici koruma rejimi, kimlik belgeleri olmayanlar da dâhil, tüm Suriyeli sığınmacıları kapsamakla birlikte, Suriye'den gelen Filistinlileri ve Suriye'den gelen vatansızları da kapsamaktadır<sup>38</sup>.

Geçici koruma, Bakanlar Kurulu tarafından aksi belirtilmedikçe, geçici koruma ilanının geçerliliğinden önce, geçici koruma ilanına esas teşkil eden olayların olduğu ülkeden veya bölgeden ülkemize gelmiş olanları kapsamamaktadır (m.7(2)). Ayrıca geçici koruma statüsüne sahip kişiler, uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacaktır (m.7(3))<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MÜLTECİLER YÜKSEK KOMİSERLİĞİ: "Türkiye'deki Suriyeli Mülteciler", <[http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/faq\\_-turkish.pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/faq_-turkish.pdf)>, 7.11.2014.

<sup>39</sup> Yönetmelik m.7/3, m.16. Aynı husus AB Geçici Koruma Yönergenin 17-19.maddesinde de düzenlenmiştir. Yönergenin 17.maddesinin 1.fıkrasında geçici korumadan yararlanan kimsenin süre sınırlaması olmadan sığınma başvurusunda bulunabilmesinin Üye devletlerce sağlanması gerektiği belirtildikten sonra 2.fıkra geçici koruma devam ederken devam ettirilmeyen sığınma başvurusunun incelenmesinin koruma süresi bittikten sonra tamamlanacağını hükme bağlamıştır. Yönergenin 18.maddesi sığınma başvurusunun hangi devlet tarafından inceleneceğini belirtmiştir. 19.madde Üye devletlerin geçici koruma ile birlikte eş zamanlı olarak sığınmacı statüsünün de sağlamamalarını öngören bir düzenleme getirmiştir. 2.fıkra şayet Üye devlet tarafından sığınma başvurusu neticesinde sığınma statüsünün sağlanmamasına karar verilirse Yönergenin 28.maddesine hâle gelmemek şartı ile söz konusu kimsenin geçici korumadan yararlanmasına ya da yararlanmasının devam ettirilmesine karar verecektir. Yönerge ayrıca bünyesinde yer alan kuralların Üye devletlerin Avrupa

Yönetmelikte geçici korumadan kimlerin yararlanamayacağı madde 8'de sayılmıştır. Bu kişiler, daha önce geçici korumadan yararlanmış olsalar dahi aşağıdaki durumların varlığı söz konusu olursa, geçici koruma iptal edilir.

Geçici korumadan yararlanamayacak kişiler şunlardır:

a. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Protokolüyle değişik 28/7/1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin 1 inci maddesinin (F) fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat bulunanlar. Daha açık bir ifadeyle, barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine, mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna dair hakkında ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında geçici koruma uygulanmayacaktır.

b. Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenleri bulunanlar.

c. Sekizinci maddenin birinci fıkrasının(a) ve (b) bentlerinde belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik edenler.

ç. Ülkesinde silahlı çatışmaya katılmış olduğu halde bu faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmayanlar.

d. Terör eylemlerinde bulunduğu veya planladığı ya da bu eylemlere iştirak ettiği tespit edilenler.

e. Ciddi bir suçtan mahkûm olarak topluma karşı tehdit oluşturabileceği değerlendirilenler ile milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğu değerlendirilenler.

---

Topluluğunu Kuran Antlaşma ve 1951 Cenevre Sözleşmesi gibi düzenlemelerin de dâhil olduğu uluslararası yükümlülükleri ile uyumlu kurallara yer vereceğini belirttikten sonra "Giriş" bölümünde geçici korumanın Cenevre Sözleşmesi kapsamında mülteci statüsünün tanınmasına halel getirmeyeceği ifade etmiştir (Giriş m.10). Tüm bu uyarılara rağmen Yönerge yalnız mülteci statüsünün belirlenmesi hususunun değil Cenevre Sözleşmesi ile taraflara getirilen, mülteci statüsünün sona ermesine ilişkin yükümlülükler de dâhil olmak üzere, yükümlülüklerin de askıya alınacağı hatta bazı durumlarda hiç uygulanmayacağı sistematığı üzerine kurulmuş bir düzenleme olmuştur: EDWARDS, s. 8.

f. Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk edenler.

g. Uluslararası mahkemelerce hakkında insanlık suçu işlediğine dair karar verilmiş kişiler.

ğ. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlardan birini işleyenler. Bu suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluktur.

Geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar hakkındaki kararlar bireysel olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından alınır ve ilgili yabancıya bildirilir (m. 8(2)). Bu kişilerin ülkelerine dönüşleri sağlanıncaya kadar, insani nedenlerle mevcut geçici barınma merkezlerinin özel bir bölümünde veya ayrı geçici barınma merkezinde ya da valiliklerce belirlenen yerlerde, Kanunda belirtilen idari gözetim kararı alınmaksızın da barındırılabilir. Bu yabancıların aile üyeleri, yani yabancıнын eşi, ergin olmayan çocuğu ve bağımlı ergin çocuğu, talep etmeleri halinde, aile üyelerinin geçici koruma durumlarına bakılmaksızın aynı yerde de barındırılabilir (m. 8(3)). Geçici koruma kapsamına alınmayan kişilerin ülkelerine geri dönüşleri sağlanıncaya kadar haklarında yapılacak tüm iş ve işlemlere ilişkin usul ve esaslar Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirlenecektir (m. 8(4)). Geçici barınma merkezi yönetimi, acil ihtiyaç durumlarında ya da kamu kurum ve kuruluşlarının talebi üzerine geçici koruma kapsamına alınmayan yabancıların geçici barınma merkezinden kısa süreli olarak ayrılmasına izin verebilecektir. Geçici barınma merkezi yönetimi tarafından gerekli görülen durumlarda, geçici barınma merkezinden kısa süreli olarak ayrılacak bu kişilere kolluk görevlilerinin eşlik etmesi talep edilebilir (m. 8(5)).

### **C. AB Yönergesi**

Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesinde kimlerin geçici korumadan yararlanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yönergenin 5.maddesinin 3.fıkrasına göre, Konsey geçici koruma kararı alırken geçici korumanın uygulanacağı belirli insan gruplarının tanımını içerecek şekilde bir karar alacaktır.

Yönergenin 28. maddesinde, Üye Devletlerin, geçici korumadan yararlandırılmayacakları kişiler sayılmıştır. Üye Devletlerin kişileri geçici koruma dışında bırakması; o kişinin barışa karşı suç veya savaş suçu ya da insanlığa karşı suç işlemesi halinde ya da üye ülke dışında önceden siyasi

olmayan ciddi bir suç işlemesi, kişinin Birleşmiş Milletlerce kabul edilen amaç ve prensiplere aykırı davranması, kabul eden ülkenin güvenliği için tehdit teşkil etmesi veya kesinleşmiş bir kararla ciddi bir suçtan hüküm giymesi veya o toplum için tehlike teşkil etmesi halinde mümkündür<sup>40</sup>.

### III. Geçici Koruma Kararının Alınması

#### A. Yönetmeliğe Göre

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 9.maddesinin 1.fıkrasına göre geçici koruma kararı Bakanlar Kurulu tarafından İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine alınır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş olan uygulanacak geçici korumanın yöntemine yönelik usul ve esaslar Göç Politikaları Kurulu tarafından belirlenir. Kurul tarafından belirlenen söz konusu politikalar iş bölümüne göre devletin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirilerek uygulanır (m.9(2)).

Bakanlar Kurulu geçici koruma kararlarında yedi hususa yer verecektir. Bu hususlardan ilki geçici koruma kapsamına alınacakları belirlemektir (m.10(1)(a)). Burada dikkat edilmesi gereken nokta geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar hakkındaki kararların Yönetmeliğin 8.maddesinin 2.fıkrasına göre Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından alınacağıdır. Buna göre geçici koruma kararı alacakları belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na ait iken, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancıları tespit edecek ve bu kişiler hakkındaki bireysel kararları alacak idari mercii olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün yetkili kılınmıştır. Bu konuda bir yetki paylaşımı yapıldığı görülmektedir. Bakanlar Kurulu geçici koruma kararının kapsamını belirlemede yetkili iken, bu kişilerin durumları araştırılarak kimlerin geçici korumanın kapsamına bireysel olarak girmeyeceğini belirleyecek olan makam ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'dür.

Bakanlar Kurulu'nun geçici koruma kararında yer vereceği ikinci husus geçici korumanın başlangıç tarihi ve gerekli gördüğü hallerde korumanın ne kadar süreceğidir. (Yön.m.10(1)(b)) Bu husus ile bağlantılı olan üçüncü husus da geçici korumanın ihtiyaç durumunda süresinin uzatılması ya da geçici koruma gereksiniminin ortadan kalkmasıyla sona ermesidir (m.10(1)(c)). Düzenlemede hangi koşulların sürenin uzatılmasını veya sona ermesini gerektireceği yer olmadığı için Bakanlar Kurulu'na bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Geçici koruma kararı Bakanlar

---

<sup>40</sup> ÖZKAN (Göç), s. 227.



Kurulu'nun takdirine göre ülkenin belirli bölgeleri veya tamamı için alınabilir (m.10(1)(ç)). Söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir." hükmüne aykırı olduğu açıktır (Anayasa m.16). Anayasa'nın 23.maddesi uyarınca herkes yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir; ancak yabancılar bakımından söz konusu temel hak ve özgürlükler milletlerarası hukuka uygun olarak ve sadece kanunla sınırlanabilir. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 26.maddesi "Her Taraf Devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, genel olarak aynı koşullardaki yabancılar yönetmeliklerce sağlanan, toprakları üzerinde ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkını tanıyacaktı." ifadesiyle mültecilere seyahat etme özgürlüğünün tanınacağını açıkça belirtmiştir<sup>41</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin<sup>42</sup> 4 No.lu Ek Protokolünün 2.maddesi uyarınca bir devlette usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve yerleşim yerini seçebilme hakkına sahip olacaktır. Maddenin devamında yerleşme ve seyahat hürriyetinin ancak ulusal güvenlik, kamu düzeninin korunması, kamu emniyeti, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın yanında başkalarının özgürlüklerinin korunması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak öngörülebileceğini hükme bağlamıştır. Madde aynı zamanda söz konusu sınırlamaların kanunla yapılması gerektiğini ifade

<sup>41</sup> Mülteciler ve geçici korumadan yararlanan yabancılar ülkelerinden iradeleri dışında ayrılmak durumunda kalmış zor durumdaki kişilerdir. Durumlarındaki benzerlikler nedeniyle Cenevre Sözleşmesi'nde mülteciler için düzenlenmiş insanca yaşamayı sağlayan temel hakların ayrıca bir düzenleme olmadan geçici korumadan sağlanan yabancılar için de getirilmesi gerekir. Nitekim aynı husus Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yönetim Kurulu kararlarında "Geçici korumadan yararlananların 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün hükümleri gereğince mülteci niteliği taşıyan kişiler ve bu niteliği taşımayan kişiler olabileceğini ve Devletler ile BMMYK'nın geçici koruma sağlarken bu düzenlemelere göre mültecilere sağlanan korumayı azaltmaması gerektiği" ifade edilmiştir: No. 74 (XLV) -1994 Uluslararası Koruma Konulu Genel Kurul Kararı <[www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc)>, 12.12.2014; Cenevre Sözleşmesinin kapsamı dışında değerlendirilmiş olsa dahi tüm uluslararası koruma biçimlerinin Cenevre Sözleşmesi'nin tanımı, içeriği ve amacından kaynaklandığına, söz konusu koruma biçimlerinin bu hususlar ile ilişkili olduğuna ve Cenevre Sözleşmesi hükümleri ile karşılaştırılabileceğine ilişkin bkz. TES-SENİ, G.; "Massive Refugee Flows and Europe's Temporary Protection", EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Steve Peers and Nicola Rogers (eds.), Hollanda 2006, s.489 ve dn.9.

<sup>42</sup> Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilen metin 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise sözleşmeye 1954 tarihinde 6366 sayılı kanunla katılmıştır (RG 19.03.2014-8662). Sözleşme metni için bkz.: <[http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS\\_Tr\\_A6format.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf)>, 10.12.2014.

etmiştir. Bunun yanı sıra koruma kararının yerleşme ve seyahat özgürlüğü noktasında yönetmelikle sınırlandırılması Anayasa'ya aykırıdır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 105.maddesinde Göç Politikaları Kurulu İçişleri Bakanı başkanlığında on farklı bakanlık müsteşarı ve Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanı ve Göç İdaresi Genel Müdürü'nden oluşmasından ötürü Kurul tarafından alınabilecek ve takip edilebilecek hususları yine Bakanlar Kurulu belirleyecektir (m.10(1)(d)).

Bakanlar Kurulu, kamu düzeni, güvenliği, sağlığı veya milli güvenliği tehdit edebilecek şartların oluşması durumunda geçici koruma kapsamında ülkemize kabul işlemlerinin sınırlandırılması ve durdurulması ile ilgili hususları da göz önüne alacaktır.

Son olarak Yönetmelik, daha önce öngörülmemiş bir ihtiyaç karşısında Bakanlar Kurulu'na hareket alanı tanımak için Yönetmeliğin 10.maddesinin f fıkrasında "gerekli görülen diğer hususları" belirlemeye yetkili olduğuna dair bir hüküm getirmiştir.

Genel Müdürlük, Bakanlar Kurulu'nca geçici koruma kararı alındıktan sonra söz konusu korumadan yararlananlar hakkında verilecek bireysel kararları alacaktır (m.10(2)).

## **B. AB Yönergesine Göre**

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 9.maddesinin karşılığı AB Geçici Koruma Yönergesinin 5.maddesinin ilk fıkrası olarak düşünülebilir. Söz konusu fıkra uyarınca yerinden edilmiş kişilerin kitlesel akınının varlığı<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Ülkelere ve şartlara göre değişiklik gösteren geçici koruma kavramı, çoğunlukla, sığınmacıların kitlesel akınlarına verilecek bir kısa dönem acil yardım cevabı olarak tanımlanır: EDWARDS, s.5; Kitlesel akının tanımı, sığınma söyleminde ortak bir felaket olarak yapılabildiğine dair bkz. ÖZKAN, Göç, s. 58; Geçici korumaya ilişkin Mülteci ve Sığınmacılara İlişkin Avrupa Komisyonu tarafından yapılan bir tanıma göre geçici koruma, yerinden edilmiş kişilerin kitlesel akınlarını kapsayan acil durum halleri boyunca sağlanan istisnai niteliğe sahip bir süreçtir. Bireysel mülteci statüsü tespiti söz konusu durumlarda ivedilikle uygulanabilmesi, mülteci statüsünden yararlanılabilmesi bakımından yapılacak kapsamlı ve adil bir değerlendirme için yeterli zaman ve kanıtın olmaması sebebiyle mümkün değildir. Böyle bir durumda mülteci statüsü tanımadan evvel kitlesel akın halinde gelen bu grupların tüm üyelerine ilişkin genel nitelikli bir korumanın sağlanması gerekebilecektir: EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES: "TemporaryProtection", <<http://www.ecre.org/component/content/article/41-protection-in-europe/81-temporary-protection.html>>, 01.12. 2014.

Komisyonun yahut Üye devletlerin teklifi üzerine Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla alınacak bir karar ile oluşturur(m.5/1). Bir başka deyişle, AB Geçici Koruma Yönergesi uyarınca yerinden edilmiş kişiler bakımından geçici koruma kararının varlığının kabulü için komisyonun yahut üye devletlerin teklifiyle Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı karar gereklidir. Söz konusu maddeye göre geçici koruma kararı alınması sürecini başlatmaya yetkili Birlik organı Komisyon'dur. Komisyon re'sen yahut Komisyon tarafından incelenecek bir Üye devlet talebi üzerine karar alma sürecini başlatacaktır. Üye devletler doğrudan doğruya kitlesel akından etkilenecek olsalar bile karar alma sürecini başlatmak konusunda tek yetkili organın Komisyon olmasından ötürü Konsey'e teklifte bulunamazlar<sup>44</sup>. Avrupa Parlamentosu, bu karar hususunda bilgilendirilecektir. Avrupa Parlamentosu'nun karar alma sürecinin bu evresine katılımı Yönerge tarafından öngörülmediğinden, söz konusu karar Konsey ve Komisyonun işbirliği ile alınacaktır<sup>45</sup>. Avrupa Birliği Hukukunda yürütme fonksiyonunun Komisyon ve Konsey<sup>46</sup> tarafından yerine getirilmesi<sup>47</sup>; Avrupa Parlamentosu'nun Komisyon üzerinde kontrol yetkisinin bulunması<sup>48</sup>; bununla birlikte Yönerge bakımından alınmış olan geçici koruma kararları hususunda Avrupa Parlamentosu'nun bilgilendirilmesi(m.5/5) hususları dikkate alındığında Birliğin karar alma sürecine üst kurumlarını dâhil etmesi göze çarpmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği ise kararın alınması hususunda karar alma yetkisini yürütmenin tekeline vermiştir.

---

<sup>44</sup> ARENAS, N.: "The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System", *European Journal of Migration and Law*, Vol.7 (2005), s.447.

<sup>45</sup> ARENAS, s. 447.

<sup>46</sup> Burada bahsi geçen konsey "Bakanlar Konseyi" olarak ifade edilen, 1993 yılında aldığı bir kararla kendi adının Avrupa Birliği Konseyi olarak bilinmesine karar veren konseydir. Bu anlamda Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi ve AB üyesi devletlerin devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla oluşan Avrupa Konseyi ile karıştırılmamalıdır: BOZKURT, E./ÖZCAN, M./KÖKTAŞ, A.: *Avrupa Birliği Hukuku*, 6.Baskı, Ankara 2012, s.121- dn.50, 127; ÖZKAN, I.: *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Ankara 2012, s. 140-144 (Avrupa Birliği).

<sup>47</sup> BOZKURT/ÖZCAN/ KÖKTAŞ, s.98.

<sup>48</sup> Avrupa Parlamentosu'nun komisyon üzerindeki kontrol yetkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT/ ÖZCAN/ KÖKTAŞ, s.116-118; Parlamento üyelerinin salt çoğunluğu ile Komisyonun bir hukuki tasarı hazırlamasına karar verilebilir (resolution): ÖZKAN (Avrupa Birliği), s.155.

Yönergenin 5.maddesinde Komisyonun yapacağı teklifte ve Konseyin alacağı kararda geçici korumanın hangi tarihte başlayacağını yer alacağını belirtmektedir (m.5/1-b, m.5/2-b). Yönergenin 4.maddesine göre ise geçici koruma süresi bir yıl olarak öngörülmüştür. Yönergenin 6.maddesinin 1.fıkrasının b bendinde yer alan üye devletlerin veya Komisyonun teklif etmesi halinde Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla alınan bir karar ile sona ermesi hali dışında, geçici koruma süresi söz konusu bir yıllık sürenin sonunda altı aylık dönemlerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Böylelikle Yönerge geçici koruma süresine ilişkin keyfilikten uzak, kesin nitelikli bir düzenleme getirmiştir. Bununla birlikte geçici koruma nedenleri devam ederse, Konsey, Üye devletler ya da Komisyonun teklifi üzerine nitelikli çoğunlukla geçici koruma süresini bir yıla kadar uzatabilecektir<sup>49</sup>. Böylece geçici korumanın en fazla üç yıl süreyle tanınacağı hükme bağlanmıştır<sup>50</sup>. Bu noktada da Yönergenin Konseye tanıdığı uzatma yetkisi geçici koruma nedenlerinin devamı ile sınırlanmıştır. Bir başka deyişle Konseyin söz konusu kararı alabilmesi için geçici koruma nedenlerinin varlığını devam ettiriyor olması aranmıştır<sup>51</sup>.

AB Yönergesine göre Geçici koruma kararının içeriği bir tespitten oluşmaktadır ve karara konu olan yabancıların buldukları üye devletlerde geçici koruma ile ilgili olarak birtakım hakları elde etmelerinin önünü açmaktadır. Komisyonun teklifinde değinilmesi zorunlu olan üç

---

<sup>49</sup> Yönerge tasarısının görüşüldüğü dönemlerde Avrupa Parlamentosu geçici korumanın sağlandığı dönemde askıda kalacak sığınma başvurularını da hesaba katarak, maksimum beş yıl sürecek bir koruma rejiminin olması gerektiğini, geçici korumadan yararlanan kimselerin sığınma başvuruları reddedildiği takdirde geçici korumanın sağladığı avantajlardan yararlanmaya devam etmeleri gerektiği ve geçici korumadan yararlanan kimselerin geçici koruma süresinin sona ermesinden sonra hukuki durumlarının yararlanmayan yabancılara göre daha avantajlı olması gerektiğini ifade etmiştir: PEERS S./ROGERS, N.:EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Steve Peers and Nicola Rogers (eds.)Hollanda 2006, s.457.

<sup>50</sup> PEERS/ROGERS, s. 454.

<sup>51</sup> Bununla birlikte, Cenevre Sözleşmesi de dâhil olmak üzere hiçbir uluslararası belge esnekliği sağlamak adına herhangi bir zaman sınırlamasına yer vermemektedir. Bu anlayışın kitlesel ve ani akınlarda 1951 Sözleşmesi'nden ziyade geçici koruma hükümlerinin uygulanmasına zemin hazırlayacağına ilişkin olarak bkz.TESSENYI, s. 501.

unsur söz konusudur. Buna göre Komisyon'un teklifinde; geçici korumadan yararlanacak belirli "insan grupları"<sup>52</sup>nin tanımı, geçici korumanın yürürlüğe gireceği tarih ve yerinden edilmiş kişilerin hareketliliğinin ölçüğüne<sup>53</sup> ilişkin tahmininin yer alması zorunludur. Bu unsurlar asgari olup yapılan teklifte daha çok unsura yer verilmesi Yönerge ile engellenmemiştir<sup>54</sup>. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 9.maddesinde ise İçişleri Bakanlığı'nın teklifinde yer alması zorunlu bir unsur düzenlenmemiştir.

AB Geçici Koruma Yönergesinin 5.maddesinin 3.fıkrası uyarınca kendilerine işaret edilen yerinden edilmiş kişiler için getirilen Yönerge hükümlerine göre alınacak geçici koruma kararının tüm Üye devletlerde bildirici etkisi olacaktır. Söz konusu madde uyarınca kararda asgari olarak; geçici korumadan yararlanacak belirli insan gruplarının bir tanımını, geçici koruma kararının yürürlüğe gireceği tarihi, Üye devletlerden alınan geçici korumayı karşılayabilme kapasitelerine ilişkin bilgi ve Komisyon, BMMYK ve diğer ilgili uluslararası kuruluşlardan alınan bilgiler yer alacaktır. Geçici Koruma Yönetmeliği'nde Türkiye Cumhuriyeti kamu kurum ve kuruluşları ve asıl olarak valiliklerin ilgili tedbirleri almasını hızlandırmak için benzer bir düzenlemenin yapılması yararlı olurdu.

AB Geçici Koruma Yönergesinin 5.maddesinin 4.fıkrası Konsey tarafından alınacak geçici koruma kararının belli şartlar üzerine kurulacağını

---

<sup>52</sup> Madde metninde "*the specific groups of persons*" yazmasına karşın burada insan teriminin kullanılmasının nedeni, söz konusu korumadan yararlanacak kimselerin gerçek kişiler olması; ancak hukuken kişilik kavramına hem gerçek hem de tüzel kişilerin girmesidir.

<sup>53</sup> Bununla birlikte "çok sayıda yerinden edilmiş kişi" ve "hareketliliğin ölçüğü" kavramlarının belirsiz kavramlar olduğu; ancak bu belirsizliğin Birlik yasamasının bilinçli bir tercihi olduğu, zira Yönergenin yapım sürecinde böyle bir belirlemenin önceden yapılamayacağını Komisyon tarafından ifade edildiği, Yönergede yer alan kuralların objektif yahut subjektif bir miktar belirlemesinden ziyade geçici korumayı sağlayacak ülkenin kaynakları ve kapasitesine göre belirleneceği hakkında bkz. ARENAS, s. 439.

<sup>54</sup> Komisyonun teklifinde geçici korumaya neden olan olaydan etkilenen insan gruplarının tanımı, bu kimselerin coğrafi menşeleri hakkında bilgi, Üye devletlerin tek başlarına söz konusu korumayı gerçekleştirilememesi nedeniyle, mevcut yahut gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan kitlesel akının büyüklüğü ve geçici koruma kararının hangi tarihte yürürlüğe gireceği ile ilgili bilgiler yer alacaktır. Söz konusu teklifte bahsi geçen bilgilerin yer almasının Konsey'in karar alma noktasındaki takdir yetkisinin sınırlarını hukukun ve Birliğin genel ilkeleri ile birlikte belirlediği, karar alma sürecindeki yetkinin bu şekilde dağılımının geçici korumanın uygulanabilirliğinin ve incelenmesinin en iyi yolu olduğu konusunda bkz. ARENAS, s.447, 448.

belirtmektedir. Fıkraya göre karar; söz konusu durumun değerlendirilmesi ve yerinden edilmiş kişilerin hareketliliğinin ölçüğü, geçici korumanın sağlanmasının uygunluğunun, acil yardım ve buna ilişkin alınacak tedbirler ya da böyle tedbirlerin yetersiz kalması hali dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme ve Üye devletler, Komisyon, BMMYK ve diğer ilgili uluslararası kuruluşlardan alınan bilgileri temel alınarak oluşturulacaktır. Yönergenin bu maddesi ile Konsey kendisine sunulmuş olan tüm bilgileri kullandığını ve geçici koruma sağlanması için gerekli unsurların bir arada olmadığına karar vermesi halinde bunun gerekçelerini açıklamakla yükümlü kılındığı söylenebilir<sup>55</sup>. Gerekçenin bulunmaması sebebiyle Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvuru yapmak mümkün olacaktır. Söz konusu fıkra Yönergenin 3.maddesinin 3.fıkrası<sup>56</sup> ile birlikte değerlendirildiğinde Konsey'in BMMYK ve diğer ilgili uluslararası kuruluşlardan almış olduğu bu bilgileri dikkate almak zorunda olduğu, bu organların karar alma sürecinden uzak tutulamayacağı, bu yükümlülüğün takdir hakkını sınırladığı ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Geçici Koruma Yönetmeliği Bakanlar Kurulu'na alacağı bir geçici koruma kararında yer vermesi gerekli olan herhangi bir unsurdan söz etmemiş; yalnızca hangi hususları belirlemeye yetkili olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu geçici koruma kararını alırken dayanacağı hususları kendi takdirine göre belirleyecektir.

#### **IV. Geçici Korumanın Sona Ermesi Sebepleri ve Yapılacak İşlemler**

##### **A. Sebepler**

Bakanlar Kurulu'na geçici korumanın sona erdirilmesi için İçişleri Bakanlığı teklifte bulunabilir. Bu teklif Bakanlar Kurulu'nda görüşüldükten sonra Bakanlar Kurulu'nun kararıyla geçici korumanın sona erdirilmesi mümkündür (m.11(1)). AB düzenlemesinde ise sona erme şartları düzenlenmemiştir; zira AB Yönergesinin 4.maddesinde öngörülen sürelerin bitiminde geçici koruma da kendiliğinden sona ereceği için korumanın kaldırılması müessesesine haklı ve yerinde olarak ihtiyaç duyulmamıştır.

<sup>55</sup> ARENAS, s. 449.

<sup>56</sup> Yönergenin 3.maddesinin 3.fıkrasına göre "Geçici korumanın tesis edilmesi, uygulanması ve sona ermesi Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve diğer ilgili uluslararası kuruluşlarının koordinasyonu ile yapılacaktır."

<sup>57</sup> ARENAS, s.448.

Bakanlar Kurulu, geçici korumanın sona erdirilmesi kararında üç hususu ortaya koyacaktır. Buna göre, eğer geçici koruma tamamen durdurulursa, yabancının başka bir statüye geçirilmemesi durumunda, geçici korumadan yararlanan bu yabancılar ülkelerine döneceklerine karar verebilir. Yabancı kimseler geçici koruma statüsü dışında olan statülere geçici korumadan yararlanırken başvuramadıklarından ötürü Bakanlar Kurulu'nun geçici koruma kararını sona erdirmesi ile birlikte geçici korunan yabancılara, eğer koşullarını taşıyorlarsa, bir başka statünün toplu olarak verilmesine veya geçici korumadan yararlanan yabancı kimsenin bireysel olarak yeni statüsünün değerlendirilmesine karar verilebilecektir. Bakanlar Kurulu geçici korumanın sona ermesi ile birlikte taşıdıkları statüleri değişen yabancıların hangi koşullarda Türkiye'de kalacağına bu kararda yer verebilecektir (m.11(2)).

Geçici korunan yabancının ölmesi, üçüncü bir ülkenin korunmasından faydalanması, kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılması veya üçüncü bir ülkeye insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilmesi ya da üçüncü ülkeye çıkış yapması durumunda bireysel olarak yabancıya sağlanmış olan geçici koruma sona erecektir (m.12(1)). Geçici korumadan yararlanan yabancının Yönetmeliğin 8.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen yabancının geçici korumadan yararlanmasına engel hallerden bir veya birkaçını taşıdığı sonradan fark edilirse ilgili yabancıya sağlanan geçici koruma Genel Müdürlük veya valilikler tarafından iptal edilecektir. Yukarıdaki ölüm ve 8.maddenin 1.fıkrası kapsamına giren iptal sebeplerinin dışında kalan sebeplerden ötürü geçici koruması iptal edilen yabancıların bu korumadan tekrar yararlanmak için Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelmesi veya Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından geçmesi durumunda, daha önce sahip oldukları geçici korumaya doğrudan sahip olmayacaklardır. Bu kimselerin geçici korumadan yararlanıp yararlanmayacağına Genel Müdürlük bireysel olarak karar verecektir. Genel Müdürlük, isterse, bu yetkisini gerekli gördüğü valiliklere kısmen veya tamamen devredebilir (m.13).

## **B. Geçici Korumanın Sona Ermesinden Sonra Yapılacak İşlemler**

### **1. Yönetmeliğe Göre**

Yönetmeliğin 14.maddesine göre öncelikle geçici korumanın sona erdirilmesi kararının arkasından yabancının başka bir statüye geçmesi söz konusu değilse Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından çıkması gereklidir. Geçici korumadan yararlanan yabancının Türkiye Cumhuriyeti'nden ayrıl-

ması için verilecek süre Yönetmeliğin 14.maddesinin 1.fıkrasına göre yabancıların vatandaşlığına sahip olduğu ülke ve Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelmeden önce takip ettiği yola göre geçtiği ülkeler dikkate alınarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirlenir. Bununla birlikte, şayet yabancıların Türkiye Cumhuriyeti'nden çıkış yapmasına karar verilmemişse, geçici koruma uygulamasının sona ermesine ilişkin Yönetmeliğin 11.maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nun, yabancıların dâhil olduğu geçici korumadan yararlanmış gruba toplu statü verilmesi ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş yabancıların her bir bireyinin tek başına değerlendirilmesi için veya bu yabancıların Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında kalabilmesi için gerekli işlemleri yapması gereklidir.

Yönetmelik 14.maddenin 3.fıkrasında, 8.maddenin 1.fıkrasının ç bendi uyarınca geçici korumadan yararlanamayacak olanlara bir istisna getirmiştir. Buna göre ülkesinde silahlı çatışmaya katılmış olan yabancıların bu silahlı faaliyetlerini kesin olarak bitirdiklerinin tespit edilmesi durumunda bu kişilere bireysel uluslararası koruma statüsü<sup>58</sup> belirlenmesi için işlemlere başlamasına izin verilir.

---

<sup>58</sup> 6458 sayılı kanun uyarınca uluslararası koruma türleri ve dolayısıyla uluslararası koruma statüleri mülteci, şartlı mülteci, ikincil korumadır. Geçici Koruma Yönetmeliğinin "Tanımlar" başlıklı 3.maddesinin 1.fıkrasının ö bendinde uluslararası koruma ifadesinden anlaşılması gerekenin mülteci, şartlı mülteci ya da ikincil koruma statüsü olduğu belirtilmiştir. YUKK m.61 uyarınca Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeple korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya ya da bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesi dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korkusu nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir. Şartlı mülteci YUKK'tan önce sığınmacı olarak adlandırılmakta ve "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin ikinci maddesinde tanımına yer verilmişti. YUKK ile şartlı mülteci olarak adlandırılan söz konusu statüsünün verilmesinde YUKK mültecilerden farklı olarak söz konusu olayların Avrupa dışında gerçekleşmesini aramıştır. İkincil koruma kavramı YUKK ile birlikte Türk yabancılar hukukuna girmiş olsa da AİHM'nin ikincil koruma statüsünden yararlanan kimselerin geri gönderilme yasağı kapsamında olduğuna ilişkin kararları bulunmaktadır. İkincil koruma statüsü mülteci ya da şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen; ancak menşe ya da ikamet ülkesinde geri gönderildiği takdirde ölüm cezasına mahkûm olacak ya da



## 2. AB Yönergesine Göre

Geçici korumanın sona ermesinden sonra geri dönüş ve alınacak önlemler AB Yönergesinin 20 ila 23.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yönerge, geçici koruma sona erdiği takdirde, Üye devletlerdeki korumaya ve yabancılara ilişkin genel kuralların, Madde 21, 22 ve 23'e hâle gelmeyecek şekilde uygulanacağını hükme bağlamıştır. Yönergenin 21.maddesi Üye devletlerin geçici korumadan yararlanan yahut geçici koruması sona eren kişilerin gönüllü dönüşleri için gerekli önlemleri alacağını, geçici korumadan yararlananların gönüllü dönüşü düzenleyen hükümlerin bu kişilerin dönüşlerine insanlık onuru açısından kolaylık getirmesini sağlayacağını, bu kişilerin ülkeye dönüş kararlarının gerçeklerden tamamen haberdar olarak alınmasını ve gerekirse bu hususta dönüş yapılacak ülkeye keşif gezileri sağlayabileceklerini hükme bağlamıştır (m.21/1). Yönergenin 21.maddenin 2.fıkrasında ise ülkesine gönüllü geri dönüş yaptıktan sonra Üye devletin geçici korumasından tekrar yararlanmak isteyen kişiler için Üye devletin yerine getirmesi gereken yükümlülükler belirtilmiştir. Buna göre geçici koruma bitmediği müddetçe, Üye devletler geçici korumadan yararlanan kişinin ülkesinde hâkim olan şartlara dayanarak geçici korumayı sağlamış olan Üye devlete yeniden dönmek istemesi halinde geçici korumadan yararlanan ve gönüllü dönüş haklarından yararlanmış kişilerin talepleri diğer geçici koruma talepleri öncelikli olarak değerlendirilecektir. Üye devletler geçici korumanın sona ermesinden gönüllü geri dönüşün tamamlanmasına kadar olan sürede söz konusu devletin geçici koruma süresince mevcut olan yükümlülüklerinin gönüllü geri dönen kişiye karşı da bireysel olarak yerine getirilmesini sağlayabileceklerini belirtmektedir. Yönergenin 22.maddesi uyarınca geçici koruması sona eren ve ülkeye girişi elverişli olmamasından ötürü geri dönüşe zorlanmış kişiler için Üye devletler söz konusu dönüşlerin insanlık onura uygun yürütülmesi için gerekli önlemleri alacaklardır. Geri dönüşe zorlama durumlarında Üye devletler somut olaylarda geri dönüşü imkânsız

---

ölüm cezası infaz edilecek; işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak; uluslararası ya da ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehlikeyle karşı karşıya olması sebebiyle menşe ya da ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatanlı kişiyeye verilir: EKŞİ, s. 153-156.

ya da mantıksız hale getiren her türlü zorlayıcı insani sebebi dikkate alacaklardır (m.22/2)<sup>59</sup>.

Üye devletler geçici korumadan yararlanan ve örneğin tedavilerinin yarıda kalması halinde karşılaşacakları olumsuz etkilerin söz konusu olması gibi, sağlık durumları bakımından seyahat etmelerinin mantıklı olmayacağı anlaşılan kişilerin ikamet şartlarına ilişkin gerekli önlemleri alacaktır. Bu kişiler söz konusu durumları devam ettiği müddetçe geri dönmeye zorlanamayacaklardır. Üye devletler çocuğu olan ve bu çocuğu bir Üye devlette okula devam eden ailelere çocukların mevcut öğrenim sürelerini tamamlamaları için gerekli oturma şartlarını sağlayacaktır (m.23).

### **V.Geçici Koruma Kapsamında Türkiye Cumhuriyetine Kabul İşlemlerinin Sınırlandırılması veya Durdurulması**

Uygulanmakta olan geçici koruma tedbirleri kapsam ve süre açısından sınırsız değildir. Bir başka deyişle, belli şartların oluşması durumunda Bakanlar Kurulu uygulanmakta olan geçici koruma tedbirlerinin süreli veya süresiz durdurulmasına karar verebilir. Buna göre Bakanlar Kurulu milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığını etkileyebilecek şartların varlığı durumunda uygulanmakta olan geçici koruma tedbirlerini süreli veya süresiz olarak durdurulmasına ya da sınır-

---

<sup>59</sup> BMMYK Cenevre Sözleşmesi temelli bir geçici koruma statüsüne ilişkin görüşünü 1981 tarihli Yürütme Komitesi Kararında ifade etmiştir. Söz konusu karar büyük ölçekteki akın durumlarında ülkelere gelen sığınmacıların herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin ve Cenevre Sözleşmesinin 33.maddesindeki geri gönderilme yasağı dikkate alarak en azından geçici koruma sağlanması gerektiğini çok da istekli olmayan ifadelerle dile getirmiştir. Bu karar bakımından önemli olan husus temel insan hakları standartlarıyla ilgili bir belirleme yapmış olmasıdır. Söz konusu belirlemeye göre hareket özgürlüğü ancak kamu sağlığı ve kamu güvenliği durumlarında sınırlanabilecektir. Bu kişiler temel medeni haklardan yararlandırılacaklardır. Temel ihtiyaçların sağlanmasına özen gösterilecektir. İnsanlık dışı, onur kırıcı muamele edilmeyecektir. Ayrımcılık yapılmayacaktır. Menşe ülkenin sınırlarından güvenli deredece uzakta bir bölgede bu kişilerin konaklaması sağlanacaktır. Aile birleşimine ve kayıp akrabaların bulunması için gerekli imkânlar sağlanacaktır. Refakatsiz küçükler de dâhil küçüklerin koruması için özel bir önem gösterilecektir. Menşe ya da ikamet ülkesinde kalan akrabalar ve tanıdıklar ile görüşme imkânı tanınacaktır. Korumayı sağlayan devlet kalıcı bir çözüm sağlaması için her türlü kolaylaştırıcı eylemi gerçekleştirecektir. Gönüllü geri dönüş bu kişiler için kolaylaştırılacaktır. No. 22 (XXXII) – 1981 Uluslararası Koruma Konulu Genel Kurul Kararı <[www.unhcr.org.tr/ uploads/root/excom.doc](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc)>, 10.12.2014.

landırılmasına karar verebilir (m.15(1)). Bakanlar Kurulu aldığı bu kararda hali hazırda geçici korumadan yararlanan yabancılara bu karar sonrasında uygulanacak işlemleri ve kararın yürürlüğe gireceği tarihten sonra Türkiye Cumhuriyeti'ne ister bireysel olarak ister kitlesel olarak geçici koruma talebiyle gelecek yabancılara uygulanacak tedbirleri de belirlemek zorundadır (m.15(2)). İhtiyaç görüldüğü durumlarda Dışişleri Bakanlığı kitlesel akınlara yönelik Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında veya ötesinde ihtiyaç duyulan tedbirlerle ilgili olarak İçişleri Bakanlığı'nın ve diğer ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini de alarak uluslararası kuruluşlar aracılığıyla destek çağrısı yapabilir<sup>60</sup> (m.15(3)). Geçici koruma uygulamasının sona erdirilmesi hususunda AB düzenlemesi ile karşılaştırılarak yapılan eleştiriler bu hususta da geçerli olacaktır<sup>61</sup>.

Bir önceki paragrafta açıklanan kabul işleminin sınırlandırılması veya durdurulması neticesinde yabancıya uygulanacak işlem konusunda Yönetmelikte bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, geçici koruma kararının durdurulması halinde, bu kişiler YUKK uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'ne giriş yapabilmesi ve YUKK'da yer alan şartları yerine getirecek Türkiye Cumhuriyeti'nde ikamet edebilmelidir. YUKK'a aykırı bir şekilde Türkiye Cumhuriyeti'ne giriş yapmaları veya ikamet etmeleri halinde haklarında YUKK m.54 çerçevesinde sınır dışı etme işlemi yapılmalıdır; zira bu kişi uluslararası koruma statülerinin herhangi birinden yararlanmadığı gibi, herhangi bir başka işlemin bu süreçte kendisine uygulanması da mümkün görünmemektedir.

Geçici koruma tedbirlerinin uygulanmasının sekteye uğramaması için yabancıya verilmiş olan geçici korumanın varlığı sürecince bu yabancının yapmış olduğu uluslararası bireysel koruma başvuruları işleme konulmayacaktır (m.16).

---

<sup>60</sup> Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Göç Politikaları Kurulu veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından böyle bir çağrı henüz yapılmamış olsa da; Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin komşu ülkelere söz konusu kişiler için daha fazla yerleşim yeri sağlamalarına yönelik bir çağrı yapmıştır: EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES: "140, 000 Refugees Flee to Turkey NGOs Call for Borders To Remain Open and for More Resettlement of Refugees", <<http://www.ecre.org/component/content/article/70-weekly-bulletin-articles/837-140000-refugees-flee-to-turkey-in-3-days-turkish-ngos-call-for-borders-to-remain-open-and-for-more-resettlement-of-refugees.html>>,01.12. 2014.

<sup>61</sup> Bkz. Bölüm IV.

## **VI.Geçici Koruma Kapsamında Yapılacak Hizmetler**

### **A. İlk İşlemler**

İçişleri Bakanlığı Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına karadan ya da denizden<sup>62</sup> acil olarak geçici korumadan yararlanmak için gelen yabancıların Türkiye Cumhuriyeti'nde kabul edilecekleri ve Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından çıkış yapacakları sınır kapılarını ve sınır geçiş yerlerini gerekli gördüğü kamu kurum ve kuruluşların görüşlerini de alarak belirleyecektir. İçişleri Bakanlığı'nın takdirine göre aciliyet gösteren durumlarda ilgili kurumların görüşünü almadan doğrudan karar verebilecek; fakat bu kararlar sonrasında ilgili kurumlara bildirilecektir (m.17(1)).

Valiliklerin Türkiye Cumhuriyeti sınır kapılarına ya da sınır geçiş yerlerine geçici korumadan yararlanmak amacıyla belgesiz veya geçersiz belge ile gelen yabancıların girişlerine izin verme yetkisi bulunmaktadır. Bu şekilde Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelen yabancıların taşıtlarında, yanlarında getirdikleri eşyalarında veyahut yabancıların üzerinde Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hudut Birlikleri sınırda, jandarma ve polis ve asker sınır kapılarında, deniz yetki sahalarında ise Sahil Güvenlik Komutanlığınca güvenlik kontrolü yapılacaktır(m.17(2, 3)). Bu şekilde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisine giriş yapan yabancılar mümkünse aile üyelerini de kapsayacak şekilde kimlik bilgileri, ülkeye giriş tarihi ve yeri ile ihtiyaç duyulan diğer bilgileri de içeren tutanakla birlikte yabancıyla temas eden birim tarafından en kısa zamanda en yakın sevk merkezine ulaştırılması için yetkili kılınmış kolluğa teslim edilecektir (m.17(4)).

Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına kendilerine ait taşıtlarıyla giriş yapmak isteyen yabancılar Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenecek olan yöntem ve şartlara uygun olarak giriş yapacaklardır (m.17(5)). Yönetmeliğin 17.maddesinin 6.fıkrasında ilgili birimlere kaçakçılığa karşı çok da açık olmayan bir yükümlülük verilmiştir. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelen yabancıların yanlarında getirdikleri eşyaların kaçakçılık için kullanılmasını engellemek açısından yabancıyla temas eden birimlerin gerekli gördüğü tedbirleri alacağı ve alınan tedbirlerin en yakın gümrük idaresine bildirileceği düzenlenmiştir. Ancak Yönetmelikte gerekli tedbirlerin neler olacağına dair bir açıklama yapılmamıştır. Geçici koruma kapsamına girebilecek durumda olup da herhangi bir resmi kurum

---

<sup>62</sup> Bu yolla giriş yapan yabancıların da geri gönderilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. TREVISANUT, S.: "The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection", A. Von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 12, 2008, s. 205-246.

ve kuruluş tarafından kayda alınmadan ya da Türkiye Cumhuriyeti kolluk birimlerine başvurmadan veya yakalanmadan Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan yabancılar valiliklere doğrudan başvurmaları halinde en yakın sevk merkezine yönlendirileceklerdir. Bununla birlikte geçici koruma kapsamından yararlanabilecek yabancılar Türkiye Cumhuriyeti kolluk kuvvetlerine veya yetkili makamlara başvuru yapmadan bunlar tarafından Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde tespit edilmeleri durumunda kolluk gözetiminde en yakın sevk merkezine götürüleceklerdir (m.17(7)).

Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına geçici korumadan yararlanmak için gelen ya da sınırları bir şekilde geçmiş ve hali hazırda Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde bulunan, ülke sınırlarına gelmeden önce sivil olan silahlı yabancılar ile daha önce vatandaşı olduğu ülkenin silahlı kuvvetlerinde hizmet etmiş; fakat daha sonra bu hizmetini ülkesinden izin almadan tek taraflı sona erdirmiş olan yabancılar, Yönetmeliğin 8.maddesinin 1.fıkrasında sayılan geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar kategorisinde değilse, Türkiye Cumhuriyeti'ne kara sınırlarından giriş yapmaları halinde Kara Kuvvetleri Komutanlığı Hudut Birlikleri, deniz yoluyla giriş yapmaları halinde Sahil Güvenlik Komutanlığı bu yabancıları varsa silahlarından arındırdıktan sonra sevk ve yerleştirme işlemlerinin başlaması için en kısa sürede kolluk kuvvetlerine teslim edecektir. Şayet yabancı sınır kapılarında ve ülke sınırları içinde tespit edilirse bu tespiti yapan kolluk kuvveti az önce sayılan işlemleri yapacaktır (m.(18)(1)). Silahlı olarak Türkiye Cumhuriyeti'ne gelen yabancıların yanlarında buldukları silahlardan arındırılması tehlikeli olduğundan ötürü, bu işlem sivillerden uzak ve güvenli yerlerde yapılacaktır. Silahlı yabancılar, silahsız yabancıardan ayrılarak kimlik bilgileri, ülkeye giriş tarihi ve yerleri ile gerekli görülecek diğer bilgileri de içeren belgelerle birlikte silahlı yabancılar için özel olarak belirlenmiş olan yerlere yerleştirilmesi için kolluk kuvveti tarafından en kısa sürede sevk edileceklerdir (m.18(2)). Silahlarından arındırılmış olan yabancılar, varsa, aile üyeleri ile birlikte aynı yerde barındırılabilirler. Bu durumda olan aileler herhangi bir engel bulunmaması halinde söz konusu geçici korumadan faydalananların bulunduğu ayrı bir geçici koruma merkezinde yahut Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nce belirlenecek olan bir ilde ya da valilik tarafından barınmalarının uygun olduğu tespit edilen yerlerde ikamet edeceklerdir (m.18(3)).

Sevk merkezlerine gönderilen yabancılar kayıt altına alınacaklardır. Sevk merkezlerine geçici korumadan yararlanmak için gönderilmiş olan yabancıların kimlik tespiti ve kayıt işlemleri Göç İdaresi Genel Müdürlüğü

tarafından yapılacaktır<sup>63</sup>. Sevk merkezlerinde kayıtları yapılan yabancılar kimlik bilgilerini doğru olarak beyan etmekle yükümlüdürler. Mümkünse kaydı yapan makamlara kimlik bilgilerini doğrulayan belgeleri de teslim etmekle yükümlüdür. Bu konuda yabancılardan işbirliği yapmaları beklenmektedir (m.19(3)). Yabancıların teslim etmiş olduğu belgeler ve beyan etmiş olduğu bilgilerden önemli bulunanlar yabancıya ayrılmış dosyada bulunması için kopyaları alınarak asılları yabancıya geri verilecektir. Bu işlem yabancıların kişisel sır çevresi ve mahremiyetine uygun olarak yapılacaktır (m.19(4)). Aydınlatma yükümlülüğü gereğince geçici korumadan yararlanmak isteyen yabancıların tamamlaması gereken prosedür, işleyecek olan süreç, yabancıların sahip olduğu hak ve yükümlülükleri, bunlar dışında kalan ve yabancıların bilmesinin yararlı olacağı bilgiler yabancıların anlayacağı dilde yabancıya açıklanacaktır. Gerekli görüldüğü hallerde söz konusu bilgilendirmeler için doküman ve broşür hazırlanacaktır (m.19(5)).

Türkiye Cumhuriyeti'nde daha önce açıklanan nedenlerle gelen yabancılardan acil sağlık hizmetine ihtiyacı olduğu belirlenenler gelen yabancılara sağlanan sağlık hizmetinden öncelikli olarak yararlanacaklardır (m. 20(1)). Yabancıların kamu sağlığını tehdit eden bir hastalığı olduğu tespit edilirse, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenecek olan yöntem ve şartlarda sağlık kontrolünden geçirilecek ve gerekli görülmesi halinde tehdidi engelleyecek tedbirler Sağlık Bakanlığı tarafından alınacaktır (m.20(2)).

Yönetmeliğin kayıtlara ilişkin 21.maddesi uyarınca, geçici koruma kapsamındaki yabancıların kayıtlarını Göç İdaresi Genel Müdürlüğü personeli yapacaktır<sup>64</sup>. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre söz konusu personelin kayıt için yapılması gereken işlemler ve gereklilikler konu-

<sup>63</sup> Kimlik tespiti ve kayıt işlemleri için ihtiyaç duyulması halinde idari mevzuata uygun olarak bu işlemlerin yapılması için geçici süreyle valilikler tarafından personel görevlendirilebilecektir (m.19(1)). Sevk merkezlerinin gelen yabancı sayısı nedeniyle ihtiyaca cevap verememesi durumlarında geçici korumadan yararlanacak yabancıların bu işlemleri valilikler tarafından tespit edilen başka bir yerde de yürütülebilecektir (m.19(2)).

<sup>64</sup> Söz konusu personel Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından şekli ve içeriği belirlenecek kayıt formunu dolduracak, kimliğine ilişkin belge sunamayan yabancıların, aksi ispat edilinceye kadar beyanını esas alacak, kimlik tespitinde yardımcı olacak fotoğraf, parmak izi yahut diğer biyometrik verileri alacak, merkez veri tabanına kaydedecek ve mevcut biyometrik verilerle eşleştirecek, kayıt altına alınan yabancıların bilgilerini gecikmeksizin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ileticektir (m.21(b-d)). Yabancıdan edinilen bilgiler dosyalanıp elektronik ortamda saklanacaktır.

sunda eğitim almış ve almış oldukları eğitim sonucunda söz konusu işlemlerin kesintiye uğramadan tamamlanmasını sağlayacak şekilde yeterli donanım ve altyapıya sahip olmaları gerekecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise personelin kayıt işlemlerini yerine getirirken izleyeceği prosedür belirlenmiştir. Kayıt personeli kayıt işlemlerini gizliliği gözetilecek bir biçimde gerçekleştirecek, gizliliğin ihlal edilmemesi için gerekli tüm tedbirleri alacaktır (m.21(a)). Geçici korumadan yararlananlar Türkiye’de çocuk sahibi olmuşlarsa doğan çocuklar mümkün olan en kısa sürede kayıt altına alınacaklardır. Yabancıların kayıt bilgileri, medeni hallerinde herhangi bir değişiklik yahut gönüllü geri dönüş gibi durumlarda güncellenecektir. Geçici koruma kapsamından yararlanmaları mümkün olmayan yabancıların sisteme kaydedilmesi Genel Müdürlüğün takdirine bağlıdır (m.21(3-5)). Kayıt işlemleri sonrasında yabancıya geçici korumadan yararlandığına dair kimlik belgesi düzenlenecektir. Geçici korumanın sona ermesi halinde geçici koruma kimlik belgesi de geçerliliğini sona erdirecektir (m.22).

Kayı yapılan geçici koruma kapsamındaki yabancı Geçici barınma merkezlerinin kapasite bilgisi Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından tespit edilen miktar da dikkate alınarak, sevk merkezinden doğrudan doğruya Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne uygun bulunan geçici barınma merkezine mümkün olan en uygun sürede yönlendirilecektir. Yabancıların sevk merkezinden geçici barınma merkezine gönderilmek yerine tespit edilen illere yerleştirilmesi halinde yerleştirilen illerin valiliklerinin bilgisi dâhilinde yine Genel Müdürlükçe buralardan uygun görülecek geçici barınma merkezlerine gönderilecektir. Valiliğin takdirine göre yabancılar sevk işlemi sırasında kolluk refakati de sağlanabilecektir (m.23(1)). Yabancıların yerleştirileceği geçici barınma merkezi tespit edilirken dikkate alınacak hususlar yabancıların talebi, ailevi durumu ve özel ihtiyaç sahibi olup olmadığı gibi hususlardır. Bu hususların varlığı dikkate alınarak yabancı Genel Müdürlük tarafından geçici bir barınma merkezine gönderilecektir. Genel Müdürlük veya valilik tarafından önceden belirlenmiş olan özel ihtiyaç sahibi yabancılar geçici barınma merkezlerine yerleştirmekte öncelik tanınacaktır. Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına refakatsiz olarak gelen yabancı çocuklar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın gözetiminde uygun koşullar altında ve onlar için yapılmış ayrı bir bölümde barındırılacaklardır. Bu çocuklar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın kontrol ve sorumluluğunda AFAD’ın yardımıyla barındırılacaklardır (m.23(4)).

Geçici korumadan yararlanan yabancılara Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından tespit edilmiş illerde kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından herhangi bir sakınca bulunmadığı durumlarda barınma izni verilecektir (m.24(1)). Geçici barınma merkezlerine yerleştirelemeyen geçici koruma altındaki yabancıların barınma ihtiyaçları mevcut olan imkânlarla sınırlı olarak valilikler tarafından belirlenecek yerlere de yerleştirilerek giderilebilecektir (m.24(2)).

### **B. Geçici Korunanlara Sağlanan Hizmetler ve Bu Kişilere Geçici Koruma Kararının Getirdiği Yükümlülükler**

Geçici koruma kapsamına alınan yabancılara; sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım ve hizmetler ile tercümanlık ve benzeri hizmetler sağlanabilir. Geçici korumadan yararlanan kimselere sağlanan bu hizmetler Yönetmeliğin altıncı maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetmelikte, geçici koruma altına alınan yabancılar için haberleşme hizmetleri de sağlanmaktadır. Yabancılar, geçici koruma kimlik belgeleriyile elektronik haberleşme hizmeti dâhil diğer hizmetler için abonelik sözleşmesi yapabilirler (m.(26)).

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde geçici korumadan yararlanarak bulunan yabancıların uyması gereken yükümlülükler Yönetmeliğin diğer maddelerinin yanı sıra özel olarak 33 ve 34.maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamındaki yabancılar için altı ana yükümlülük düzenlenmiştir. Bunlar Genel Müdürlük tarafından belirlenen ilde, geçici barınma merkezinde veya belirli bir yerde ikamet etme; çalışma durumlarına ait güncel bilgileri otuz gün içerisinde bildirmek, gelir ve taşınmazları otuz gün içerisinde bildirmek, adres, medeni hal ve ailedeki doğum ve ölüm gibi değişikliklerini yirmi iş günü içerisinde bildirmek, kendilerine sağlanan hizmet, yardım ve diğer imkânlardan haksız olarak yararlandığının tespit edilmesi halinde bunların bedellerini geri vermek, son olarak valilikler tarafından belirlenen şekil ve sürelerde bu bildirimde bulunmakla yükümlüdürler (m.33(2)). Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen yabancılar hakkında adli ve idari işlemler genel hükümlere göre yerine getirilecektir. AB Yönergesinde Geçici Koruma Yönetmeliğindeki maddelerin karşılığı yoktur. Çok zor koşullarda kendi ülkesini terk ederek başka bir ülkede yaşamak zorunda kalan insanlar için böyle yükümlülüklerin bu şekilde düzenlenmesinin uygulamada zorluklara sebep olacağını düşünmekteyiz.

Bunlar dışında Yönetmeliği 33.maddesinin 2.fıkrasının e bendinde diğer kişisel verilerin yetkili makamlara verilmesi ve g bendinde Genel



Müdürlük ve valilik tarafından yerine getirilmesi istenilen diğer hususlara uymak olarak iki yükümlülük düzenlenmiş olsa da bunların içeriği açık olmamakla birlikte nasıl uygulanacağı da belirsizdir. Yönetmeliğin 34.maddesinde yabancıların bu Yönetmelikte yer alan iş veya işlemler dolayısıyla yapılan davete uymadıklarında veya uymayacaklarına dair şüphe oluşması halinde davet edilmeksizin kolluk görevlileri tarafından ilgili birimlere götürülmeleri düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 33.maddesinin 1.fıkrasında bu yükümlülüklerin aksine hareket eden yabancılara karşı uygulanacak idari işlem ve yaptırımların genel hükümlere tabi olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca yükümlülüklerini kısmen veya tamamen ya da kendilerine verilen sürede yerine getirmeyen yabancılar ilgili birimler tarafından bunları yerine getirmeleri konusunda uyarılacaklardır. Bu yükümlülükleri uymamakta ısrar eden yabancılara eğitim, sağlık hizmetleri hariç kendilerine tanınan diğer haklardan tamamen veya kısmen faydalanmaları yasaklanabileceği 33.maddenin 2.fıkrasında düzenlenmiştir. Aynı şekilde bu yabancılardan geçici barınma merkezi dışında bulunanların geçici barınma merkezi dışında kalmaları süreli veya süresiz olarak sınırlandırılabilir.

## **VII. Yabancı'nın Ülkesine Gönüllü Olarak Geri Dönmesi veya Üçüncü Ülkeye Gitmesi için Türkiye Cumhuriyeti Sınırlarından Çıkması<sup>65</sup>**

Yabancı'nın kendi serbest iradesiyle kendi ülkesine dönüş yapmak istemesi halinde Yönetmeliğin 42.maddesinin 1.fıkrasında yabancıya mümkün olan desteğin ve kolaylığın sağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü geri dönen yabancı ile ilgili olarak yapılacak işlemlere dair usul ve esaslar ile Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancıya sağlayacağı yardımları belirleyecektir. Daha sonra valilikler tarafından söz konusu yardımlar ve gerekli işlemler yapılacaktır. Genel Müdürlük, istediği takdirde, yapılacak işlemlere dair usul ve esaslar ile yabancıya sağlanacak yardımları planlarken Türkiye Cumhuriyeti kamu ku-

---

<sup>65</sup> Yönetmeliğin dokuzuncu bölümünde "Gönüllü Geri Dönüş ve Üçüncü Ülkeye Çıkış" başlığı yer almakla birlikte; burada bahsedilen yabancı'nın ülkesine geri dönmesi veya üçüncü bir ülkeye gitmesi olduğu için başlığı bu şekilde değiştirme ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca, yabancı üçüncü ülkeden çıkış yapmamakta; aksine üçüncü bir ülkeye giriş yapmaktadır. Bahsedilen nedenlerle Yönetmeliğin dokuzuncu bölümünde yer alan "Güvenli Geri Dönüş ve Üçüncü Ülkeye Çıkış" başlığını çalışmamızda bu şekilde incelenmiştir.

rum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşlarının yanı sıra ilgili ülke makamları ve uluslararası kuruluşlarla birlikte program ve projeler üretebilir. Hatta yabancıların geri dönüş işlemlerinin uygulanması için uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yoluna gidebilir (m.42(2, 3)). Yabancıların kendi ülkesine değil de üçüncü bir ülkeye gitmek istemesi durumunda Genel Müdürlüğün izni gerekmektedir. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü yabancıların üçüncü ülkeye yerleştirilmesi ile ilgili olarak ilgili ülkeler, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla yine işbirliği yoluna gidebilir. Her iki halde yabancıların geçerli bir seyahat belgesi olmaması ya da seyahat belgesini temin edememesi durumunda yabancıların seyahat belgesi almak için talepte bulunması halinde 15 Temmuz 1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu hükümleri uygulanacaktır (m.43). Pasaport Kanunu'nun 18.maddesine göre bu kişilere "yabancılara mahsus damgalı pasaport"<sup>66</sup>verilebilecektir. Söz konusu belge vatandaşlığın kazanılması bakımından herhangi bir talep hakkı yaratmayacağı gibi, sahibine buna ilişkin olarak herhangi başka bir hak da sağlamayacaktır(Pasaport Kanunu m.18/1). Yönetmelik öncesi hukuki boşluğu doldurmak için yabancıların ve konumuz bakımından geçici koruma sağlanacak kişilerin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından geçişlerinin düzenlenmesi için Bakanlar Kurulu "vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanların" ülkeye girişlerine 31.12.2014 tarihine kadar izin verilebileceğine dair bir karar almıştır<sup>67</sup>. Yönetmeliğin 45.maddesine göre geçici koruma kararı kapsamında olan kişilerden Tür-

---

<sup>66</sup> Devletin, kural olarak, yalnızca vatandaşlara pasaport verme yükümlülüğü bulunmaktadır; ancak bazı istisnai hallerde yabancılara da pasaport düzenleyebilir. Yabancılara mahsus damgalı pasaport söz konusu istisnai durumlardan biridir. Buna göre vatansız ya da vatandaşlık durumunun belirsiz olmasından (muntazam olmamasından) dolayı yerleşme ve seyahatleri bakımından fiilen vatansızlar gibi muameleye tabi tutulan yabancılara İçişleri Bakanlığı, zorunlu görüldüğü takdirde, yabancılara mahsus damgası taşıyan ve Türk vatandaşlığının kazanılmasına dair herhangi bir ayrıcalık vermeyen pasaport verir. Yabancılara mahsus damgalı pasaport hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLİ (Yabancılar), s. 79-81.

<sup>67</sup> Resmi Gazete 27/04/2014-6281. Bakanlar Kurulu söz konusu kararı YUKK m.18'e dayanarak almıştır. YUKK m.18 bakımından getirilen eleştiriler için bkz. TEKSOY, B.: "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:62 (3) 2013, s. 861-863.

kiye'den çıkış yapanlar veya yapacak olanlar hakkında giriş yasağına ilişkin hususlar, genel hükümlere tabidir<sup>68</sup>. Bir başka deyişle, bu kişiler hakkında YUKK'un "Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar" a ilişkin 7.maddesi<sup>69</sup> ve "Türkiye'ye giriş yasağı" na ilişkin 9.maddesi uygulanacaktır<sup>70</sup>.

### Sonuç

Çalışmamızda Türkiye Cumhuriyeti'nin de içinde bulunduğu Orta Doğu coğrafyasında ortaya çıkan siyasi değişiklikler sonucu meydana gelen insanlık krizi nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalan yabancıların kitleler halinde Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelmeleri halinde ortaya çıkan hukuki sorunlara 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 91.maddesinin 2. fıkrası uyarınca 13.10.2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği ile getirilen çözümlerle değinmeye çalıştık. Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi esas alınarak hazırlandığı anlaşılan bu Yönetmeliğin özellikle geçici korumadan yararlanacak kişilerin önceden tespit edilmesi, geçici korumanın süresiyle ilgili hükümler içermemesi ve geçici koruma kararının alınması sürecinde idareye geniş takdir vermesi hususunda ayrıldığını belirtmiştik. Kanun koyucunun idareye geniş takdir yetkisi vermesi geçici korumanın hukuki yönünün yanında siyasi yönünün de bulunması nedeniyle haklı görülebilirse de bu takdir yetkisinin insan haklarına, uluslararası hukuka aykırı bir biçimde kullanılmaması, bir başka deyişle yetki kullanılırken keyfilikten kaçınılması gerektiğini düşünmekteyiz. Geçici korumanın devam ettiği dönemde yabancıların yararlanacağı hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenleyen Yönetmeliğin özellikle yabancıların yerleşme ve seyahat özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayan hükümleri de beraberinde getirdiği görülmektedir. Sonuç olarak bazı eksikliklerin bulunduğu tespit edilmekle beraber, geçici koruma müessesesine hukuki bir temel sağlamak bakımından Yönetmeliğin önemli bir adım olduğu düşüncesindeyiz. Yönetmeliğin uygulamadan ortaya çıkan ihtiyaçları giderme hususunda ne kadar etkili olacağını zaman gösterecektir.

<sup>68</sup> Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesindeki düzenleme için bkz. Bölüm IV/B.

<sup>69</sup> Doktrinde bir görüş 7.madde hükmünün tahdidi olarak düzenlendiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre söz konusu madde hükmü Anayasa m.16 ile birlikte yorumlandığında vize almış olan bir yabancıların 7.maddede sayılan sebeplerden başka sebeplerle ülkeye giriş yapmamasına karar verilemeyecektir. TEKSOY, s. 859.

<sup>70</sup> Yabancıların Türkiye'ye giriş haklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL, A./ ÖZTEKİN GELGEL, G.: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2014, s. 74-86.

### KAYNAKÇA

- ARENAS, N.: "The Concept of 'Mass Influx of Displaced Persons' in the European Directive Establishing the Temporary Protection System", *European Journal of Migration and Law*, Vol.7 (2005), s. 435-450.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MÜLTECİLER YÜKSEK KOMİSERLİĞİ: "Türkiye'deki Suriyeli Mülteciler", <[http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/faq\\_-\\_turkish.pdf](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/faq_-_turkish.pdf)>, 7.11.2014.
- BOZKURT, E./ÖZCAN, M./ KÖKTAŞ, A.: *Avrupa Birliği Hukuku*, 6.Baskı, Ankara 2012.
- CASTILLO, M. A. / HATHAWAY, J. C.: "Temporary Protection", *Reconceiving International Refugee Law*, edited by James C. Hathaway, The Hague 1997, s. 1-21.
- ÇELİKEL, A./ÖZTEKİN GELGEL, G.:*Yabancılar Hukuku*, İstanbul 2014.
- ÇİÇEKLİ, B.: *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Ankara 2014 (Mülteci).
- DARDAĞAN KİBAR, E.: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", *Ankara Avrupa Çalışmalar Dergisi*, Cilt 11, No:2 (2012), s.51-74.
- DİZMAN, A. O.: "Geçici Koruma Politikası ve Türkiye'ye Sığınan Suriyeliler", *Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı*, Ağustos 2012, <[www.tepav.org.tr](http://www.tepav.org.tr)>, 23.10.2014.
- EDWARDS, A.: "Temporary Protection, Derogation And The 1951 Refugee Convention", *Melbourne Journal of International Law*, 2012, v. 13, s. 1-41, <<http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/01Edwards1.pdf>>, 12.12.2014.
- EKŞİ, N.: *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul 2014.
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES: "Temporary Protection", <<http://www.ecre.org/component/content/article/41-protection-in-europe/81-temporary-protection.html>>, 01.12. 2014.
- EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES: "140, 000 Refugees Flee to Turkey NGOs Call for Borders To Remain Open And for More Resettlement of Refugees", <<http://www.ecre.org/component/content/article/70-weekly-bulletin-articles/837-140000-refugees-flee-to-turkey-in-3-days-turkish-ngos-call-for-borders-to-remain-open-and-for-more-resettlement-of-refugees.html>>, 01.12.2014.
- GÖÇ İDARESİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ: "Avrupa Birliğinde Geçici Koruma", <[http://www.goc.gov.tr/icerik3/avrupa-birliginde-gecici-koruma\\_409\\_558\\_1096](http://www.goc.gov.tr/icerik3/avrupa-birliginde-gecici-koruma_409_558_1096)>, 05.12.2014.

- ORCHARD, C. / CHATTY, D.: "High Time For Europe To Offer Temporary Protection To Refugees From Syria?", 2 October 2014, <<https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/cynthia-orchard-dawn-chatty/high-time-for-europe-to-offer-temporary-protection-to>>, 18.01.2015.
- ÖZCAN, M.: Avrupa Birliği Sığınma Hukuku Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Ankara 2005.
- ÖZKAN, I.: Avrupa Birliği Kamu Hukuku, Ankara 2012 (Avrupa Birliği).
- ÖZKAN, I.: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013 (Göç).
- PEERS S./ROGERS, N.: EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Steve Peers and Nicola Rogers (eds.) Hollanda 2006.
- TANERİ, G.: Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmeme (Non-Refoulement) İlkesi, Konya 2012 (Doktora Tezi).
- TEKSOY, B.: "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:62 (3) 2013, s. 855-906.
- TESENYI, G.: "Massive Refugee Flows and Europe's Temporary Protection", EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary, Steve Peers and Nicola Rogers (eds.), Hollanda 2006, s.497-512.
- TREVISANUT, S.: "The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection", A.von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 12, 2008, s. 205-246.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES: "Mechanisms of International Cooperation To Share Responsibilities and Burdens In Mass Influx Situations", Global Consultations on International Protection, EC/GC/01/7, 19 February 2001, <<http://www.unhcr.org/3ae68f3cc.html>>, 11.12.2014.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES: "Protection Of Refugees In Mass Influx Situations: Overall Protection Framework", Global Consultations on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, <<http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.html>>, 11.12.2014.
- UZUN, E.: "Geri Göndermeme İlkesinin (Non-Refoulement) Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 8, Sayı 30 (2012), s. 25-58.
- VIBEKE EGGLE, A.: Mass Refugee Influx and The Limits of Public International Law, The Hague 2002.
- YONGALIK, A.: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60 (1) 2011, s. 1-15.

*Diğer Kaynaklar:*

EXCOM No. 22 (XXXII) –1981 Uluslararası Koruma Konulu Genel Kurul Kararı  
<[www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc)>, 10.12.2014.

EXCOM No. 74 (XLV) –1994 Uluslararası Koruma Konulu Genel Kurul Kararı  
<[www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc](http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/excom.doc)>, 12.12.2014.

# **Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu**

**Yrd. Doç. Dr. Işık ÖZER**





# Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu

Yrd. Doç. Dr. Işık ÖZER\*

## ÖZET

Katılma intifa senetleri, esasen sermaye piyasası mevzuatına tâbidir ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan ve paylar ve pay benzeri menkul kıymetlere ilişkin esasların da düzenlendiği VII-128.1 sayılı "Pay Tebliği" ile hükme bağlanmıştır. Tebliğin 36 vd. maddelerinde, katılma intifa senetlerinin ihracına ilişkin genel esaslar ve senet sahiplerine tanınabilecek haklar hakkında ayrıntılı hükümlere yer verilmiş ve 39. maddenin 2. fıkrası ise katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ayrılmıştır. Ancak 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun 402. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen intifa senedi sahipleri genel kurulunun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa alınmamış olması, katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin de bazı sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir. Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanununun ilgili maddeleri ile Türk hukukunda katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunu düzenleyen tek hüküm olan VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 üzerinde durularak, konuya ilişkin problemlere değinilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sermaye Piyasası Kanunu, Pay Tebliği, Katılma İntifa Senetleri, Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu, Anonim Şirketler

## General Assembly of Holders of Beneficial Interest Certificates

### ABSTRACT

Beneficial interest certificates have been authorized by the "Communiqué on Shares" which is issued by Capital Markets Board of Turkey. Communiqué on Shares, article 36 ff, decrees general principles concerning the export of beneficial interest certificates and the rights of certificate-holders in detail and the second paragraph of the article 39, defines general assembly of holders of beneficial interest certificates. The fact that "general assembly of holders of participation certificates" under article 402, paragraph 3, of the former Turkish Commercial Law of 6762, is

---

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

absent in the Turkish Commercial law of 6102, may bring about problems concerning the "general assembly of holders of beneficial interest certificates". For this reason, concentrating on the 39/2 article of the Communiqué on Shares, as the only article which regulates general assembly of holders of beneficial interest certificates, with regard to the articles of the Turkish Commercial Code, this paper attempts to study the problems that may arise as a consequence of this.

**Keywords:** Capital Market Law, Communiqué on Shares, Beneficial Interest Certificates, General Assembly of Holders of Beneficial Interest Certificates, Joint Stock Corporations

## GİRİŞ

İntifa senetlerinden farklı olarak sadece nakit karşılığı çıkarılabilen katılma intifa senetleri, anonim şirketlerde sermaye artırımının pay sahipleri bakımından yaratabileceği oy gücü ve dengesinin bozulması gibi sakıncalara yol açmaksızın ve şirketin sermaye yapısı değiştirilmeksizin şirkete kaynak sağlanmasına hizmet etmektedir. Şirket açısından anaparanın iadesi ya da faiz ödeme gibi yükümlülükler de söz konusu olmadığından, katılma intifa senedi çıkarılmasının, anonim şirketlerin finansman ihtiyaçlarının karşılanmasında yararlanabilecekleri en uygun yöntemlerden birisi olduğu söylenebilir.

Katılma intifa senetleri, 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu (eSPKn) döneminde Sermaye Piyasası Kurulu (SPKr) tarafından çıkarılan 1992 tarihli Seri: III, No: 10 sayılı “Katılma İntifa Senetleri İhracına İlişkin Esaslar Tebliği”nde düzenlenmiş idi. Tebliğde, katılma intifa senetlerinin ihracına ve bu senetlere bağlanabilecek haklara ilişkin esaslar belirlenmiş ve senet sahiplerinin haklarının korunması yollarından birisi olarak “katılma intifa senedi sahipleri genel kurulu”na yer verilmişti. Bu kurul düzenlenirken de, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunundaki (eTTK) intifa senedi sahipleri genel kurulu ile ilgili 402. maddenin 3. fıkrasına uygun şekilde, tahvil sahipleri genel kuruluna ilişkin eTTK m. 429 ila 432. maddelere gönderme yapılmış idi (Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğ m.15).

6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)<sup>1</sup> yürürlüğe girdikten sonra ise katılma intifa senetleri de dâhil olmak üzere paylar ve pay benzeri menkul kıymetlere ilişkin esasları düzenlemek amacıyla SPKr tarafından yayımlanan VII-128.1 sayılı “Pay Tebliği”nde<sup>2</sup>, katılma intifa senedi sahipleri özel kuruyla ilgili Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğe nazaran farklı bir sistem benimsenmiştir. Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK)<sup>3</sup>, ne intifa senedi sahipleri genel kurulu ne de tahvil sahipleri genel kuruluyla ilgili maddelere yer verilmiştir. Bu nedenle bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunundaki ilgili maddeler ve Türk hukukunda katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin tek düzenleme olan VII-128.1 sayılı Tebliğin 39. maddesinin 2. fıkrası esas alınarak, konuya ilişkin değerlendirmeler yapılmaya gayret edilecektir.

---

<sup>1</sup> Bkz. 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG.

<sup>2</sup> Bkz. 22.06.2013 tarih ve 28685 sayılı RG.

<sup>3</sup> Bkz. 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı RG.

Hemen belirtilmelidir ki, hem eTTK'nda intifa senedi sahiplerinin (m. 402/3) hem de Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğde katılma intifa senedi sahiplerinin (m. 15) bir araya gelmeleri "genel kurul" olarak tanımlanmıştır. Çalışmamızda ise "katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu" kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bu seçim yapılırken, gerek TTK m. 454 hükmünde imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde yapacakları toplantı için "özel kurul" ifadesinin kullanılmış olması gerekse VII-128.1 sayılı Tebliği m. 39/2'de katılma intifa senedi sahiplerinin "özel bir kurul" oluşturacaklarından söz edilmiş olması dikkate alınmıştır.

### I. HUKUKİ DÜZENLEMELER

İntifa senetleri ile ilgili temel hukuki düzenlemeler, TTK m. 348 ile m. 502 ve m. 503'de yer almaktadır. TTK m. 348'de, "*Kurucu Menfaatleri*" ke-nar başlığı altında, kurucular için çıkarılacak intifa senetleri; TTK m. 502 ve m. 503'de ise "*İntifa Senetleri*" üst başlığı altında, kurucular dışındaki kişiler lehine çıkarılacak intifa senetleri hükme bağlanmaktadır<sup>4</sup>. Buna karşılık eTTK'nda açıkça düzenlenmiş olmasına karşılık, TTK'nda intifa senedi sahiplerinin bir araya gelerek bir kurul oluşturabileceklerine ilişkin herhangi bir maddeye yer verilmemiştir. eTTK m. 402/3'de intifa senedi sahipleri genel kurulu tek fıkra olarak, "*intifa senetleri sahipleri, 429 - 432 nci maddelere tâbi bulunan bir heyet teşkil ederler. Şu kadar ki; intifa senetlerinin ihdası esnasında daha ağır hükümler konmuş olmadıkça bu heyet kararlarını mevcudun mutlak ekseriyetiyle verir*" şeklinde düzenlenmiş idi. Görüldüğü gibi hüküm, bu kurul için tahvil sahipleri umumi heyetinin<sup>5</sup> düzenlendiği eTTK m. 429 ila 432. maddelere gönderme yapmış bulunuyordu. Ancak TTK'na, tahvil sahiplerinin oluşturduğu bu kurulla ilgili hükümler de alınmamıştır. Bunların mevcut Kanundan tamamen çıkarılmış olması, önemli bir kanun boşluğu doğmasına sebep olmuştur. Çünkü

<sup>4</sup> TTK'ndaki düzenlemenin sistematik açıdan değerlendirilmesi hakkında bkz. **Kendigelen, Abuzer**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri, BATİDER, C. XXV, S. 2, Ankara 2009, s. 57-58. TTK'nda, ticaret şirketlerinde yapısal değişiklikleri düzenleyen kurallar arasında (TTK m. 140/5; m. 146/1/c bendi; m. 149; m. 161/1; m. 167/1/d bendi; m. 183/3) ve limited şirketler kısmında da (TTK m. 578; m. 582; m. 584; m. 587/1/g bendi) kurucu intifa senetleri ile diğer intifa senetlerini ilgilendiren hükümler bulunmaktadır. Böylece 6102 sayılı TTK, limited şirketlere de intifa senedi çıkarmak hakkı tanımıştır.

<sup>5</sup> eTTK m. 429'da, tahvil sahiplerinin bir araya gelerek oluşturdukları kurul için de, eTTK'ndaki kavram bütünlüğüne uygun olarak "heyet" ifadesi kullanılmıştır.

intifa senedi sahiplerinin haklarının şirket genel kurulu tarafından kaldırılması ya da sınırlandırılması durumunda, senet sahiplerinin onayının gerekip gerekmediği; gerekiyor ise bu onayın nasıl alınacağına ilişkin önemli sorunlar ortaya çıkmıştır. Kanunun ilgili maddelerinin gerekçelerine bakıldığında da intifa senedi sahipleri özel kurulunun Kanundan çıkarılmış olması ile ilgili herhangi bir açıklama yapılmadığı görülmektedir<sup>6</sup>.

TTK'na göre özel Kanun niteliği taşıyan SPKn'da ise intifa senetlerinden, sadece halka açık anonim şirketlerde kâr dağıtım esaslarının belirlendiği m. 19/2'de söz edilmiş ve intifa senedi sahipleri dâhil, pay sahipleri dışında kârdan pay alacak kişilerin kâr paylarının dağıtım koşulları tespit edilmiştir. Bununla birlikte intifa senetleri ile ilgili hükümler sadece TTK ve SPKn ile sınırlı değildir. Esasen sermaye piyasası mevzuatına tâbi olan katılma intifa senetleri, SPKr'nun, SPKn m. 12, 16, 18, 33, 128 ve 130/3'e dayanarak yayımladığı VII-128.1 sayılı "Pay Tebliği" ile ayrı bir başlık altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Tebliğin 36 vd. maddelerinde, katılma intifa senetlerinin ihracına ilişkin genel esaslar ve senet sahiplerine tanınabilecek haklar hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümler arasında Tebliğin 39. maddesinin 2. fıkrası, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ayrılmış ve kurul hakkında, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun düzenlendiği TTK m. 454'e yollama yapılmıştır. Dolayısıyla Türk hukukunda katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu ile ilgili düzenlemeler, sadece SPKr tarafından çıkarılan VII-128.1 sayılı Tebliğdeki kurullarla sınırlı kalmıştır. Ancak TTK'nda intifa senedi sahipleri özel kuruluna yer verilmemiş olması, aşağıda açıklanacağı üzere, VII-128.1 sayılı Tebliğin esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla özel kurulun toplanacağını öngören 39. maddesinin 2. fıkrasını da olumsuz etkileyecek niteliktedir.

## II. KATILMA İNTİFA SENETLERİNİN ÖZELLİKLERİ

### A. Katılma İntifa Senetlerinin İntifa Senetlerinin Bir Türü Olması

Katılma intifa senetleri, intifa senetlerinin bir türünü oluşturmaktadır. Bilindiği gibi, anonim şirkette herhangi bir payı temsil etmeyen; bu

---

<sup>6</sup> *Kendigelen*, madde gerekçelerinde konuyla ilgili açıklama yapılmamış olmasının ve aksine yeni hükmün eskisinin tekrarı olduğunun vurgulanmasının, bu değişikliğin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı şüphesi uyandırdığını haklı olarak belirtmektedir. Bkz. *Kendigelen*, İntifa Senetleri, s. 68.

nedence ortaklık hakları bahşetmeyen ve fakat sahibine, şirketin net kârına ve tasfiye sonucunda kalan tutara katılma ile yeni çıkarılacak payları alma hakkı olmak üzere sadece malvarlıksal haklar sağlayan kıymetli evrak niteliğindeki senetler intifa senetleridir<sup>7</sup>. İntifa senetlerinin, farklı kriterlere göre çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmaları mümkün olmasına karşılık<sup>8</sup>, TTK hükümleri ve sermaye piyasası mevzuatı dikkate alındığında intifa senetlerinin ne karşılığında çıkarılabilecekleri ve kimlere verilebilecekleri yönünden yapılan ayırımın esas alındığı görülmektedir. Katılma intifa senetlerinin, kurucular lehine çıkarılabilen “kurucu intifa senetleri” (TTK m. 348) ile kurucular dışında bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine çıkarılabilen “adi intifa senetleri”nden (TTK m. 502; m. 503) en önemli farkı, bu senetlerin bedelsiz değil; sadece nakit karşılığı çıkarılabilen senetler olduğudur. SPK tarafından yayımlanan VII-128.1 sayılı “Pay Tebliği”nin katılma intifa senetlerini tanımlayan m. 4/k bendinde bu husus açıkça belirtilmiştir. Aynı hükümde, katılma intifa senetlerinin “pay benzeri menkul kıymetler” olduğu da açıklanarak, bu senetlerin menkul kıymet niteliği taşıdıkları da ortaya konmuştur<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> **Pulaşlı, Hasan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2014, § 45, N. 8; **Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin):** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, N. 1214; **Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler, Umumi Hükümler I, İstanbul 1959, s. 150; **Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 283; **Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 1049-1050; **Tekinalp, Ünal:** Katılma İntifa Senetleri, BATİDER, C. VI, S. 2, Ankara 1971, s. 305; **Kendigelen, Abuzer:** Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 1066; **Eriş, Gönen:** Açıklamalı - İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, Ankara 1987, s. 1192; **Çevik, Orhan Nuri:** Anonim Şirketler, Ankara 1988, s. 919-920; **Sumer, Ayşe:** Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul 2002, s. 35; **Yiğit, İlhan:** Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, s. 24. İntifa senetleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1978, s. 83 vd.

<sup>8</sup> İntifa senetlerinin sınıflandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Teoman, İntifa,** s. 17 vd.

<sup>9</sup> SPKn, eSPKn'ndan farklı olarak, “menkul kıymet” kavramını, ayırıcı özelliklerini sayarak tanımlamak yerine; türlerini sayarak tanımlamayı tercih etmiştir. SPKn m. 3/o bendinde “pay benzeri diğer kıymetler”, menkul kıymet türleri arasında sayılmış ve VII-128.1 sayılı Tebliğde tanımlanmıştır. Buna göre pay benzeri menkul kıymetler, “sermayede temsil edilmesi zorunlu olmayan, sabit bir getiri taahhüdü barındırmayan, pay sahipliği haklarından birini ya da bir kısmını veren ve bu nitelikte olduğu Kurulca belirlenen menkul kıymetleri” ifade etmektedir (m. 4/r bendi).

## B. Katılma İntifa Senetlerinin Sağladığı Haklar

Katılma intifa senetlerine bağlanabilecek haklar açısından, TTK kapsamında çıkarılan intifa senedi türlerinin sağladığı haklara nazaran bir fark yaratılmamıştır<sup>10</sup>. VII-128.1 sayılı Tebliğ uyarınca, katılma intifa senetleri, net kârdan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni payları alma haklarından birini ya da birden fazlasını içerecek şekilde ihraç edilebilir (m. 4/k bendi; m. 36/1). Ancak VII-128.1 sayılı Tebliğ, senet sahiplerinin yeni pay alma haklarını, yalnızca halka kapalı anonim şirketlerle sınırlandırmıştır. Halka açık anonim şirketler tarafından ihraç edilecek katılma intifa senetlerinin sahiplerine, sermaye artırımı yoluyla çıkarılacak yeni payları alma hakkı tanınması yasaklanmıştır (m. 4/k bendi; m. 36/1; m. 38). TTK'nda ya da katılma intifa senetleri ile ilgili eSPKn döneminde yürürlükte bulunan Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğde böyle bir sınırlandırma getirilmemiş iken, halka açık anonim şirketlerde katılma intifa senedi sahiplerine neden yeni pay alma hakkı tanınmasının engellendiği anlaşılammıştır. Tebliğdeki yasak, halka kapalı anonim şirketlere ilişkin olsa idi, şirket paylarını ellerinde bulunduran aile üyeleri, belirli kişi ya da grupların sermaye artırımı nedeniyle şirket üzerindeki hâkimiyetlerinin etkilenmemesinin amaçlandığı düşünülebilirdi. Buna karşılık halka açık anonim şirketlerde böyle bir ihtiyacın olmadığı açıktır. Tam tersine, halka açık anonim şirketlerdeki pay sahipleri de yönetime katılmayı veya şirkete hâkim olmayı düşünmeyen; sadece kâr elde etmekle ilgilenen pay sahipleridir. Dolayısıyla katılma intifa senedi sahiplerine, yeni pay alma hakkı tanınarak pay sahibi olma ve payın sağladığı yönetsel haklardan da yararlanma şansı verilmesi, onları sıkıntıya sokan en önemli sebep olmayacaktır. Halka açık anonim şirketlerde pay sahipleri açısından asıl sorun, katılma intifa senedi sahiplerinin çıkarılan yeni payları alarak, pay sahibi sıfatıyla kâra ya da tasfiye halinde tasfiye bakiyesine katılmaları olabilir. Ancak katılma intifa senedi sahipleri bu haklardan senet sahibi olarak da yararlanmaktadır ve bu senetleri ihraç eden bir şirkette, pay sahipleri, şirketin elde ettiği kârın esas sözleşmede gös-

---

<sup>10</sup> Her ne kadar TTK m. 348'den, kurucu intifa senedi sahiplerine sadece net kâra katılmak hakkı verilebileceği gibi bir anlam çıkıyor olsa da, kurucuların da malvarlığına ilişkin diğer haklardan kurucu intifa senetleri bağlamında yararlandırılacakları doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir. Bkz. **Teoman**, İntifa, s. 126-127; **Kendigen**, İntifa Senetleri, s. 69.

terilen oranda senet sahiplerine dağıtılmasını zaten kabullenmiş olmaktadır<sup>11</sup>. Ayrıca şirket faaliyetlerinin tüm rizikolarını taşıyan pay sahiplerinin, katılma intifa senedi sahiplerinin pay sahibi haline gelmeleri ile bu rizikoyu paylaşmış olacakları bile söylenebilir.

Katılma intifa senedi sahiplerinin sermaye artırımlarında yeni pay alma hakkından yararlanmaları, kendileri açısından da hassas bir konudur. Zira senet sahipleri, şirketin nakit ihtiyacını karşılayan ve bu nedenle bir bakıma şirket sermayesine katılan kişiler olduğundan, özellikle halka açık anonim şirketlerin sermaye artırımlarında şirketteki mali haklarının korunması olanağı sağlanması, onlar için de önemlidir. Buna rağmen Tebliğ, halka açık anonim şirketlerde katılma intifa senedi sahiplerinin yeni pay alma haklarını ellerinden alarak; pay sahiplerinin bu haklarını güçlendiren bir tutum sergilemiştir. Getirilen yasak ile pay sahipleri korunarak, halka açık anonim şirketlerin katılma intifa senedi ihraç etmelerinin teşvik edilmeye çalışılmış olması muhtemeldir. Fakat katılma intifa senedi almayı düşünecek yatırımcıların bu kararlarının olumsuz etkilenmesi ihtimali de göz ardı edilmemeli idi.

### C. Katılma İntifa Senetlerinin Çıkarılması ve Satışı

VII-128.1 sayılı Tebliğ uyarınca, katılma intifa senetleri sadece anonim şirketler tarafından çıkarılabilir. Çıkarılabilmeleri için esas sözleşmede katılma intifa senedi ihracına imkân veren bir hüküm bulunması ve ihraç için şirket genel kurulu tarafından karar alınması zorunludur (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/1). Hüküm, ilk esas sözleşme ile ya da esas sözleşme değiştirilerek genel kurulun katılma intifa senedi çıkarılmasına karar verebilmesine izin vermektedir. Alınacak genel kurul kararında asgari olarak, ihraç edilecek katılma intifa senetlerinin nominal değerine, ihracın halka arz edilerek ya da edilmeksizin gerçekleştirileceğine ve senet sahiplerine hangi hakların tanınacağına yer verilmesi zorunludur. Genel kurulun bu yetkisini, SPKn m. 31/son fıkra anlamında yönetim kurulu devretmesi ise mümkün değildir<sup>12</sup>. Çünkü katılma intifa senetleri,

<sup>11</sup> Katılma intifa senedi sahiplerinin kâr payı ve tasfiye bakiyesine katılma hakları için bkz. VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 37. Hüküm, katılma intifa senedi sahiplerinin bu haklarını, pay sahiplerinin kâr payı ve tasfiye bakiyesine katılma haklarına nazaran daha da güçlü kılan düzenlemeler içermektedir.

<sup>12</sup> *Tekinalp*, intifa senetlerinin esas sözleşmede öngörülmüş olmak koşuluyla ve münhasıran genel kurul kararıyla çıkarılabilmelerinin nedeninin, bu senetlerin, yalnız pay sahiplerine tanınan ve anonim şirketin malvarlığından kaynaklanan bazı hakları pay



borçlanma aracı niteliği taşımamaktadır ve Tebliğ, katılma intifa senedi çıkarılabilmesi yetkisinin genel kurulda olduğunu emredici şekilde düzenleyerek, bu yetkinin yönetim kurulu tarafından kullanılabilmesine ilişkin herhangi bir yoruma da kapı açmamıştır<sup>13</sup>.

Katılma intifa senetlerinin, esas sözleşmede hüküm bulunmak koşuluyla, süresiz veya nominal değerinin üzerinde çıkarılabilmesi de mümkündür<sup>14</sup>. Şirketlerin ihraç edebilecekleri katılma intifa senetlerinin toplam ihraç tutarı ise ödenmiş ya da çıkarılmış sermayelerinin yüzde ellisini geçemeyecektir (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36).

Katılma intifa senetleri, halka arz edilerek veya edilmeksizin satışa sunulabilir. Anonim şirketlerin katılma intifa senetlerini halka arz edebilmek için esas sözleşme hükümlerine dayanarak genel kurul kararı aldıktan sonra bir izahname hazırlamaları ve hazırlanan bu izahnameyi SPK'nın onayına sunmaları zorunludur (SPKn m. 4/1; m. 6). Katılma intifa senetlerinin halka arz edilmeksizin ihraç edilmesi durumunda ise söz konusu araçların niteliği ve satış şartları hakkındaki bilgileri içeren bir ihraç belgesi hazırlanır ve Kurulun onayına sunulur (SPKn m. 11/1; m. 6). Esas sözleşmede ve izahnamede ya da ihraç belgesinde, katılma intifa senetlerine tanınacak haklara ve bu senetler ile paylar arasındaki ilişkilere yer verilir (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/4). İhraca ilişkin genel kurul kararı ile Kurula onay için başvuru tarihi arasındaki süre ise altı ayı geçemez (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/2).

Katılma intifa senetlerinden satış süresi içinde satılmayanlara ilişkin olarak satın alma taahhütnamesi verilmesi gerekir (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/7). Tebliğde, katılma intifa senetlerinin azami satış süresi düzenlenmemiştir. Ancak bu senetlerin ihracına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde, VII-128.1 sayılı Tebliğin paylarla ilgili hükümlerinin mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağı açıklanmıştır

---

sahiplerinin zararına azaltmaları olduğunu açıklamıştır. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1219.

<sup>13</sup> eSPKn döneminde yürürlükte bulunan Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğe ilişkin aynı görüş için bkz. **Özkorkut, Korkut**: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s. 83-84. Aksi görüş için bkz. **Ünal, Oğuz Kürşat**: Katılma İntifa Senetleri, BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara 1998, s. 88.

<sup>14</sup> Her ne kadar Tebliğde, "*süresiz veya nominal değerinin üzerinde*" demek suretiyle "veya" bağlacı kullanılmış olsa da, bir katılma intifa senedinin aynı anda hem süresiz hem de nominal değerinin üzerinde çıkarılması mümkün olduğundan, buradaki "veya" bağlacının "ve/veya" şeklinde anlaşılması gerekir.

(VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 43). Tebliğin 23. maddesinin 3. fıkrasında ise satış duyurusuna konu payların halka arz süresinin, Kurulun ilgili düzenlemeleri çerçevesinde tespit olunacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, Kurulun II-5.2 sayılı “Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği”nin<sup>15</sup> 10 ve 11. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, katılma intifa senetleri halka arz edilerek satışa sunulmuş ise satış süresi, iki iş gününden az, yirmi iş gününden fazla olmamak üzere şirket tarafından serbestçe belirlenir (II-5.2 sayılı Tebliğ m. 10/7). Halka arz edilmeksizin satışa sunulmuş olmaları durumunda ise satış, azami 10 gün içinde tamamlanır (II-5.2 sayılı Tebliğ m. 11)<sup>16</sup>. Şirket, satış süresi içinde satılmayan katılma intifa senetleri için satış süresinin bitiminden itibaren üç iş günü içinde satın alma taahhüdünde bulunanlara müracaat ederek satışı tamamlamak zorundadır (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/7; m. 41). Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin düzenlemeler saklı kalmak üzere, katılma intifa senetlerinin, satış esnasında alıcıya teslimi şarttır (SPKn m. 12/3).

İhraç edilen katılma intifa senetleri tamamen satılmadıkça veya satılmayanlar iptal edilmedikçe yeni katılma intifa senetleri ihraç edilemez (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 42).

#### **D. Katılma İntifa Senedi Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakları**

VII-128.1 sayılı Tebliğ, katılma intifa senedi sahiplerinin kâr payı ve tasfiye bakiyesi üzerindeki hakları (m. 37) ile yeni pay alma haklarını (m. 38) ilgilendiren hükümler de getirmiş; onlara, TTK m. 437 çerçevesinde pay sahiplerinin sahip olduğu bilgi alma ve inceleme haklarını da tanımıştır (m. 39/1). Çalışmamız kapsamını genişletmemek amacıyla senet sahiplerinin mali haklarına ayrıca değinilmeyecektir. Ancak bilgi alma ve inceleme hakları, senet sahiplerinin, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunda oylanan genel kurul kararları üzerinde kapsamlı bir değerlendirme yapabilmeleri ve oylarını bilinçli bir biçimde kullanabilmeleri açısından önemlidir. Şirketin nakit ihtiyacını karşılayan kişiler olarak sermayeye katılmaları ve mali haklardan yararlanmaları da şirketin ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olmalarını gerekli kılar. Bu kapsamda,

<sup>15</sup> Bkz. 28.06.2013 tarih ve 28691 sayılı RG.

<sup>16</sup> Katılma intifa senetlerinin halka arzına, kural olarak, en erken izahnamenin ilanını takip eden üçüncü günde (II-5.2 sayılı Tebliğ m. 10/1); halka arz edilmeksizin satışına ise düzenlenen ihraç belgesinin ilan edildiği tarihi takip eden iş gününde (II-5.2 sayılı Tebliğ m. 11/2) başlanabilir.

senet sahiplerine, pay sahiplerinin incelemesine sunulan finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, kâr dağıtım önerisi ve denetleme raporlarını şirketin merkez ya da şubelerinde inceleme hakkı verilmiştir (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/1 atfıyla TTK m. 437). Buna karşılık, katılma intifa senedi sahiplerinin şirket genel kurul toplantılarına katılma hakkı olmadığı için toplantı sırasında yönetim kurulundan ya da denetçiden bilgi isteme hakkından yararlanmaları mümkün değildir (TTK m. 437/2). Özellikle kendilerini ilgilendiren konulara ilişkin müzakereler hakkında bilgi almaları ya da toplantı tutanaklarını inceleyebilmeleri, onların kararlarını doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bu anlamda olmak üzere, bilgi alma taleplerinin genel kurul dışında yönetim kuruluna yöneltilmesi düşünülebilir. Fakat Tebliğde, senet sahiplerine genel kurul dışında bilgi alma hakkı tanınıp tanınmayacağı; tanınacaksa, bu hakkın kapsamı, bilgi alma talebinin muhatabı ve nasıl kullanılacağı konusunda ayrıntılı hükümlere gidilmesine ihtiyaç vardır. Bu nedenle mevcut durumda, Tebliğin yeterli ve etkin bir bilgi alma hakkını düzenlediği söylenemez.

Öte yandan VII-128.1 sayılı Tebliğde, katılma intifa senedi sahiplerinin şirket genel kurul toplantısı ve gündemi hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlayacak özel bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu hususta, genel kurul toplantısına çağrı yapılırken yayımlanacak ilanların (TTK m. 414/1; SPKn m. 29/1) yeterli olduğu kabul edilebilir. Ancak şirket tarafından kim oldukları ve adresleri bilinen katılma intifa senedi sahiplerinin ayrıca bilgilendirilmesi, onların menfaatlerinin korunması açısından daha uygun olur idi. Bununla birlikte Tebliğde, esas sözleşmede ve izahnamede ya da ihraç belgesinde, katılma intifa senetlerine tanınacak haklara yer verileceğinin düzenlenmesi yerinde olmuştur (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/4). Hüküm geniş yorumlanarak, senet sahiplerinin bilgi alma haklarının kapsamının ve ne şekilde kullanılacağına da esas sözleşmede ve izahnamede veya ihraç belgesinde açıklanması yoluna gidilebilir. Aşağıda açıklanacağı üzere, Tebliğin, izahnamenin şirket ile senet sahipleri arasında bir sözleşme niteliği kazanacağına ilişkin hükmü (m. 36/4) karşısında<sup>17</sup>, katılma intifa senedi sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının da izahnameye yansıtılması yararlı olacaktır.

---

<sup>17</sup> Bkz. III, A.

### III. KATILMA İNTİFA SENEDİ SAHİPLERİ ÖZEL KURULU TOPLANTISI

#### A. Özel Kurulun Toplanmasının Nedenleri

TTK'nda, eTTK'nun aksine, intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğine yukarıda değinilmiş idi. Hemen belirtilmelidir ki, intifa senedi sahipleri özel kurulu ile ilgili hükümlerin Kanuna alınmamış olması, senet sahiplerinin haklarının şirket genel kurulu tarafından kaldırılması ya da sınırlandırılması durumunda onaylarının alınmasına ihtiyaç kalmadığı anlamına gelmemektedir. Zira bu kurulun, eTTK döneminde hüküm altına alınmasına sebep olan gerekçeler bugün de varlığını sürdürmektedir.

İntifa senetlerinin tanımından da anlaşılacağı üzere, lehine intifa senedi çıkarılan kişiler anonim şirkette pay sahibi olmazlar; tamamen üçüncü kişi durumundadırlar ve bu kişiler ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişki vardır. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, bu sözleşme, Türk Borçlar Kanunundaki (TBK) sözleşme tiplerinden hiç birine uymayan kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme niteliği gösterir<sup>18</sup>. Özellikle nakit karşılığı çıkarılan intifa senetleri, bağımsız bir hukuki nedene dayandıklarından katılma intifa senedi sahiplerinin katılmaları, *sui generis* bir hukuki işleme dayanmaktadır<sup>19</sup>. Anonim şirket ile intifa senedi sahipleri arasındaki bu sözleşme ilişkisi, şirketin, senet sahiplerinin onayı olmaksızın esas sözleşme değişikliği yoluyla tek taraflı olarak onların haklarını kaldırması, değiştirmesi veya sınırlandırması imkânını ortadan kaldırır. İntifa senedi sahiplerinin, esas sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla hakları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulması halinde, bu tasarruf hakkında bir karar vermeleri gerekir<sup>20</sup>. Ancak tek tek onaylarının alınması güçlüğü de ortadadır. Hele intifa senetlerinin hamile yazılı olarak çıkarıldıkları hallerde, anonim şirket çoğu zaman senet sahiplerine ulaşma olanağından bile yoksundur. Böylece intifa senedi sahiplerinin bir araya

<sup>18</sup> Yargıtay da yayınlanmamış bir kararında aynı yönde görüş açıklamıştır. 11. HD., T. 31.05.2001, 316/4878 sa. ka. için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1218.

<sup>19</sup> İntifa senedi sahipleri ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler için bkz. **Teoman**, İntifa, s. 85 vd.

<sup>20</sup> **Arslanlı**, s. 155; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi II, § 45, N. 11; **İmregün, Oğuz**: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974, s. 292; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 1217; **Ansay**, s. 284; **Teoman**, İntifa, s. 296; **Yiğit**, s. 24. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. 11. HD., T. 31.05.2001, 3163/4878 sa. ka. ve 11. HD., T. 26.09.2006, 05-8273/9282 sa. ka. için bkz. <http://www.kazanci.com/> (son yararlanma: 25.11.2014).

gelerek bir kurul oluşturmaları ve üzerinde değişiklik yapılan haklarına ilişkin bir karar almaları gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>21</sup>.

Katılma intifa senedi sahipleri açısından da durum değişmemektedir. Hatta katılma intifa senetleri, nakit karşılığı çıkarıldıkları için sahipleri açısından menfaatlerinin korunması çok daha önemli bir hal almaktadır. Ekonomik sebepler veya öngörülemeyen olaylar, anonim şirketin, katılma intifa senetleri sahiplerine tanınan hakların dayanağı olan sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmesini olanaksızlaştırabilir yahut zorlaştırabilir ve genel kurul, senet sahiplerinin hakları üzerinde değişiklik yapma ve hatta bu haklara son verme ihtiyacı duyabilir. Bu durumda katılma intifa senedi sahiplerinin özel bir kurul olarak bir araya gelmeleri, hem şirket hem de senet sahipleri açısından olumlu sonuçlar yaratır. Çünkü bu şekilde hem şirketin her katılma intifa senedi sahibine tek tek ulaşması zorluğu ve zorunluluğu ortadan kalkar hem de senet sahipleri, ortak hak ve menfaatlerini kurul olarak daha etkin şekilde kullanabilirler. VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 36/4'de de katılma intifa senetlerinin ihracına ilişkin olarak düzenlenen izahnamenin, satış gerçekleştiği takdirde şirketle senet sahipleri arasında düzenlenmiş bir sözleşme niteliği kazanaacağı hükme bağlanmıştır. eSPKn döneminde yürürlükte bulunan Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğ m. 4/2'de de yer alan hüküm, yerinde bir düzenleme getirmektedir. Zira bu senetlerin halka arz edilmesi durumunda şirketin, sözleşme koşullarını her bir senet sahibi ile ayrı ayrı müzakere etmesi olanaksızdır. Buna karşılık müstakbel senet sahiplerinin izahnamede açıklanan bilgilere göre şirketten katılma intifa senedi alıp almama konusunda bir tercih hakkına sahip oldukları da açıktır. Dolayısıyla ayrı ayrı sözleşmeler akdedilmeksizin, izahnamenin bir sözleşme niteliği kazanağının öngörülmesi uygun olmuştur<sup>22</sup>. Katılma intifa senetlerinin daha sonra devredilmesi halinde ise devralanlar da izahnamedeki koşullarla

---

<sup>21</sup> **Teoman**, İntifa, s. 289–290; **Kendigelen**, İntifa Senetleri, s. 69–70 ve dn. 42'de anılan literatür.

<sup>22</sup> *Teoman*, Türk hukukunda katılma intifa senetlerinin düzenlendiği ilk Tebliğ olan 1983 tarihli Seri: III, No: 1 sayılı "Katılma İntifa Senetleri İhracına İlişkin Esaslar Tebliği" döneminde, aynı hükmün yer aldığı m. 2/3'ü, farklı bir gerekçe ile isabetli bulmuştur. Yazara göre, Tebliğ, izahnameyi bir sözleşme olarak nitelendirerek, genel kurulda oy kullanma ya da iptal davası açma gibi yönetsel hakları kullanamayan katılma intifa senedi sahiplerine, şirketin haksız kararlarına en azından bu sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle karşı çıkma imkânı tanımaktadır. Bkz. **Teoman, Ömer**: Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri, Otuz Yıl Ticaret Hukuku –Tüm Makalelerim-, C. II, (1982–2001), İstanbul 2001, s. 17. Bu gerekçe, bugün için de haklılığını korumaktadır.

bağlı olacaklardır. Bir başka deyişle, katılma intifa senedini daha sonra edinenlerin şirket ile yeni bir sözleşme yapmaları söz konusu olmaz.

### B. TTK m. 340'ın Özel Kurul Üzerindeki Etkisi

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, katılma intifa senedi sahiplerinin, esas sözleşmede öngörülmüş olması koşuluyla özel bir kurul oluşturacağı düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 340'da düzenlenmiş olan "emredici hükümler ilkesi" karşısında, özellikle halka kapalı bir anonim şirketin katılma intifa senedi ihraç etmesi halinde, şirket esas sözleşmesine senet sahiplerinin özel bir kurul oluşturacağına ilişkin hüküm konup konamayacağı sorusu akla gelebilir. Hatta konu, halka açık anonim şirketler açısından da incelenmelidir.

Sorunu, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu açısından değerlendirmeye geçmeden önce, kısaca intifa senedi sahipleri özel kurulunun durumundan da söz etmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü TTK'nda, intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin hükümlere yer verilmemiş olması nedeniyle, TTK m. 340 gereği, bu kurulun oluşturulmasına esas sözleşme ile de izin verilemeyeceği sonucuna varılması, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun da toplanamamasına kadar uzanan olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

Kanaatimizce intifa senedi sahiplerinin, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine koyacakları hükümlerle özel bir kurul şeklinde toplanmalarının sağlanması mümkün olmalıdır<sup>23</sup>. Zira TTK m. 340'da, esas sözleşmelerin, TTK'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunun açıkça izin verdiği hallerde sapabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde kabul edildiği üzere, maddede yer verilen "sapma"nın söz konusu olabilmesi için somut bir hükmün bulunması gerekir. Daha açık bir anlatımla, sapma, sadece somut bir hükümden sapma şeklinde gerçekleşebilir. O halde esas sözleşmelerde, mevcut bir hükmün kapsamına giren hususlara aykırı düzenleme yapılamaz. Kanunda açıkça düzenlenmemiş bir konuda ise

---

<sup>23</sup> *Kendigelen*, TTK'nda intifa senedi sahipleri özel kuruluna yer verilmemiş olması nedeniyle, senet sahiplerinin haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması için her bir intifa senedi sahibinin ayrı ayrı onayına başvurulmasının zorunlu hale geldiğini açıklamaktadır. Bkz. **Kendigelen**, İntifa Senetleri, s. 69. Yazar, aynı görüşü kurucu intifa senedi sahipleri açısından da tekrarlamıştır. Bkz. **Kendigelen**, İfta, s. 1075. Ancak yazar, görüşüne ilişkin başkaca bir açıklama yapmamıştır.

sapma mümkün olmaz<sup>24</sup>. Ancak Kanunda düzenlenmemiş hususlara ilişkin de kanun koyucunun bilinçli olarak mı düzenleme yapmadığı yoksa bir kanun boşluğu mu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun konuyu düzenlemekten bilinçli bir biçimde kaçındığı sonucuna varılırsa, bu konuyla ilgili esas sözleşme hükümleri de geçersiz sayılmalıdır. Buna karşılık Kanunda düzenleme olmaması, kanun koyucunun unutkanlığından ileri geliyorsa, konunun, esas sözleşme ile düzenlenmesine izin verilmelidir<sup>25</sup>. İntifa senedi sahipleri özel kuruluna ise Kanunda özellikle yer verilmediğini söylemek güçtür. Zira kurulun toplanmasının, Kanundan çıkarılmasına sebep olacak olumsuz bir tarafı olmadığı gibi; aksine, şirket ve senet sahipleri açısından gerekli ve hatta zorunlu olduğuna yukarıda değinilmiştir. İntifa senetlerinin düzenlendiği TTK m. 502 ve m. 503'ün, intifa senetleri ve senet sahipleri ile ilgili her konuyu ayrıntılı ve sınırlayıcı bir biçimde düzenleyen tahdidi hükümler<sup>26</sup> olduğu da söylenemez<sup>27</sup>. Dolayısıyla anonim şirketlerin, esas sözleşmelerine bu kurulun toplanmasını öngören tamamlayıcı hükümler koyabilecekleri ve yetkileri ile toplanma usul ve esaslarını da belirleyebilecekleri kabul edilmelidir.

İntifa senedi sahipleri özel kurulunun Kanuna özellikle alınmadığı ve esas sözleşmeye buna ilişkin hükümler konamayacağına kabulü, halka kapalı anonim şirketlerin katılma intifa senedi ihraç etmeleri halinde senet sahiplerinin özel bir kurul olarak toplanmaları imkânını da ortadan kaldırır. Çünkü VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun toplanmasının esas sözleşmede hüküm bulunması şartına bağlanmış olması karşısında, TTK'na tâbi halka kapalı bir anonim şirketin, sırf Tebliğde öngörüldüğü için Kanunun izin vermediği

<sup>24</sup> **Pulaşlı, Hasan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014, § 24, N. 42 ve dn. 332'de anılan literatür; **Karasu, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 50 ve dn. 35'de anılan literatür; **Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar):** Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 158-159; **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013, s. 270. Hükümün eleştirisi için ayrıca bkz. **Bahtiyar, Mehmet:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, Ankara 2005, s. 70-72.

<sup>25</sup> **Karasu,** s. 50; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat),** s. 166-167.

<sup>26</sup> Tahdidi hüküm kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu,** s. 53 vd.

<sup>27</sup> TTK m. 502 ve m. 503'deki eksiklikler ve sorunların çözümünün doktrin ve uygulamaya bırakıldığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen,** İntifa Senetleri, s. 66 vd.

bir hükmü esas sözleşmesine koyması mümkün olamazdı. Bu nedenle kanun koyucunun katı bir tutum içinde olmadığı dikkate alınmalı ve katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin esas sözleşmeye konan hükümler geçerli sayılmalıdır.

Durum, halka açık anonim şirketler açısından ise biraz daha farklıdır. TTK m. 340/son cümle uyarınca, “*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”. Kanunun burada, SPKn, Bankacılık Kanunu gibi özel kanunların kapsamına giren anonim şirketlere serbesti tanımak istediği açıktır. Bu anlamda, halka açık anonim şirketler, SPKn’nda düzenlenen hususlarda esas sözleşmelerine, SPKn’nun çizdiği sınırlar içinde diledikleri hükümleri koymakta serbesttirler ve bu hükümler, SPKn’nun uygulanmasıyla sınırlı olarak sonuç doğurur<sup>28</sup>. Dikkat edilmelidir ki, hükmün lafzı, öngörülmesine izin verilen tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin özel kanunlarda düzenlenmiş olmasını aramaktadır. Hükmün lafzı gereği, halka açık bir anonim şirketin, esas sözleşmesine katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ilişkin hüküm koyabilmesi için bu imkânın SPKn’nda öngörülmüş olması gerekir idi. Kurallar hiyerarşisi bakımından kanunla aynı seviyede olmayan tebliğlerin izin verdiği kuralların esas sözleşmelere aktarılabilmesi, salt TTK m. 340 nedeniyle tartışmaya açık hale gelmiştir. Fakat kanun koyucunun iradesinin, bu tip ikincil düzenlemeleri uygulanamaz hale getirmek olduğunu söylemek de söz konusu olamaz. Aksi halde, sadece katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu değil; SPKn tebliğleri ile düzenlenmiş ve fakat SPKn’na alınmamış pek çok hukuki kurumun esas sözleşmeler ile öngörülmesi imkânı ortadan kaldırılmış olurdu. Bu sonuç, TTK m. 340’ın da amacını aşan bir duruma sebebiyet verir. Kanaatimizce burada, özel kanunlara tâbi anonim şirketlere ilişkin özel hükümlerin, TTK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağını açıklayan TTK m. 330’un da dikkate alınması gerekir. TTK m. 330, TTK m. 340’a nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. 340. madde sadece esas sözleşmelere konabilecek hükümleri düzenlerken; 330. madde ise özel kanun – genel kanun ilişkisine de uygun şekilde,

---

<sup>28</sup> *Manavgat*, haklı olarak, bir esas sözleşme hükmünün sadece bir kanuna özgü biçimde doğuracağı hukuki sonuçların kesin sınırının çizilmesinin her zaman mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Manavgat, Çağlar:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sayı 1, İstanbul 2005, s. 529 vd.



TTK'nun ilgili kısımlarının özel hüküm bulunmayan hallerde uygulanacağını öngörmektedir<sup>29</sup>. Ancak TTK m. 330, bir öncelik kuralı koymakla birlikte, özel kanunlara tâbi anonim şirketlere ilişkin özel hükümlerin varlığını da kabul etmekte ve uygulanabilirliklerini garanti altına almaktadır. Dolayısıyla SPK'nda bulunmamakla beraber, ikincil düzenlemelerde yer alan özel hükümlerde öngörülmesine izin verilen tamamlayıcı kuralların esas sözleşmelere konması ve uygulanması mümkün olmalıdır. Şüphesiz, ikincil düzenlemeler kapsamında esas sözleşmelere eklenecek kuralların, TTK'nun emredici hükümlerine ya da kanun koyucunun özellikle düzenlemekten kaçındığı hususlara aykırı olması da söz konusu olamaz (TTK m. 340). Bu kapsamda, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de hükme bağlanan katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun toplanmasının dayanağı olan esas sözleşme hükmü geçerlidir ve sermaye piyasası mevzuatı kapsamında sonuç doğurur.

Son olarak belirtmelidir ki, TTK'nda gerekli değişiklikler yapılarak intifa senedi sahipleri özel kurulu hakkında düzenleme getirilmesi, TTK kapsamında ihraç edilen intifa senetlerinin sahiplerinin hakları üzerinde tasarruf edilmek istendiğinde hem şirket açısından kolaylık sağlayacak hem de senet sahiplerine, haklarını etkin bir biçimde koruyabilmeleri imkânı verecektir<sup>30</sup>. Böylece katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun dayanağını oluşturacak esas sözleşme hükmünün geçerliliği konusundaki soru işaretleri de ortadan kalkmış olur. Ancak VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 hükmünün sebep olduğu yukarıda yapılan tüm tartışmalar bir tarafa, Kanunda düzenleme yapılırken, intifa senedi sahiplerinin bir kurul oluşturması için *de lege feranda* esas sözleşmede hüküm bulunması şartının aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. eTTK m. 402/3'de de, yerinde olarak, intifa senedi sahiplerinin bir "heyet" oluşturmaları için bu hususun esas sözleşmede öngörülmüş olması koşulu getirilmemiş idi. Zira anonim şirket genel kurulunun senet sahiplerinin hakları üzerinde daha sonra tasarrufta bulunması durumunda, bu kurulun toplanması zorunluluğu kendiliğinden doğar. Bu halde, bir kurul olarak bir araya gelebilmeleri için esas sözleşmede yer alan ve intifa senedi ihracına izin veren hüküm yeterli olmalıdır. Hatta esas sözleşmede, intifa senedi sahiplerinin

---

<sup>29</sup> TTK m. 340'ın, TTK m. 330'a göre daha dar bir uygulama alanı olduğu hakkında ayrıca bkz. **Manavgat**, s. 528-530; **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 169-170.

<sup>30</sup> *Kendigelen*, bu hususta, İsviçre Borçlar Kanununun (Obligationenrecht) 657. maddesinin 4. fıkrasından yararlanılması gerektiğini, haklı olarak, savunmaktadır. Bkz. **Kendigelen**, İntifa Senetleri, s. 70-71.

özel bir kurul oluşturacağına ilişkin hüküm olması durumunda bile kurulun toplantı yapması, sözleşmenin bu hükmüne değil; intifa senedi ihracına imkân veren hükmüne dayanacaktır. Aksinin kabulü ve esas sözleşmede ayrıca izin verilmemiş ise bu kurulun toplanamayacağı gibi bir sonuca neden olunması, senet sahiplerinin menfaatlerinin ihlali anlamı taşır.

### C. VII-128.1 sayılı Tebliğin İlgili Hükümlerinin Eleştirisi

Hemen yukarıda açıklandığı üzere, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2’de, şirketin esas sözleşmesinde öngörülmesi koşuluyla, katılma intifa senedi sahiplerinin özel bir kurul oluşturacağı düzenlenmektedir. Kanaatimizce bir anonim şirketin katılma intifa senedi ihraç etmesi halinde, katılma intifa senedi sahiplerinin özel bir kurul şeklinde toplanmaları için esas sözleşmede bu hususun ayrıca öngörülmüş olmasına gerek bulunmamalıdır. Bu nedenle *de lege feranda*, bu şartın aranmaması gerekir idi. Nitekim eSPKn döneminde yürürlükte bulunan Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğ m. 15, bu kurulun oluşturulabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunmasını aramamış; katılma intifa senedi sahiplerinin bir “genel kurul” oluşturacağını düzenlemiş idi. Kurulun yapacağı toplantılarla ilgili Tebliğde öngörülmemiş konularda ise esas sözleşme ile düzenleme yapılması, yukarıda değinilen hususlar saklı kalmak üzere, mümkün olmalıdır.

Tebliğde, bütün katılma intifa senedi sahipleri tek bir kurul olarak öngörülmektedir. Oysa anonim şirkette sahibine farklı haklar tanıyan birden çok katılma intifa senedi grubu bulunabilir. Bu durumda her katılma intifa senedi sahipleri grubunun ayrı ayrı kurul olarak toplanmaları gerekir<sup>31</sup>. Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğ m. 15/1’de de, her tertip katılma intifa senedi sahiplerinin ayrı bir genel kurul oluşturacağı hükme bağlanmış iken, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2’de bu hususun göz ardı edilmesi yerinde olmamıştır.

Tebliğ, katılma intifa senedi sahiplerinin yetkilerine ilişkin olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunu düzenleyen TTK m. 454’e yollama yapmıştır ve bu kapsamda alınan genel kurul kararlarının, toplantı tarihinden itibaren en geç bir ay içinde özel kurulca onanmadıkça hüküm ifade etmeyeceğini hükme bağlamıştır (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2). eTTK döneminde, doktrinde, intifa senedi sahiplerinin oluşturduğu heyet hak-

<sup>31</sup> eTTK hükümlerine yönelik aynı yönde eleştiriler hakkında bkz. **Teoman**, İntifa, s. 294; **İmregün**, s. 293; **Eriş**, s. 1193; **Yiğit**, s. 25.

kında, tahvil sahipleri umumi heyetine yollama yapılmış olması eleştirilmiş ve intifa senetleri ile tahviller arasındaki farklılıkların, hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında pek çok soruna neden olduğu belirtilmiş idi. Bu problemlerin ise her şeyden önce tahvil sahiplerinin şirketin alacaklısı ve fakat intifa senedi sahiplerinin şirketin malvarlığına katılan kişiler olmalarından kaynaklandığı açıklanmıştır<sup>32</sup>. Bu bakımdan Tebliğde, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu ile ilgili olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna gönderme yapılmış olması yerinde olmuştur. Zira birisi zaten pay sahibi olmakla birlikte, her iki grup da şirketin malvarlığına katılmakta; bir başka deyişle, payın sağladığı mali haklardan yararlanmaktadır. Ancak TTK'nda, intifa senedi sahipleri gibi, tahvil sahiplerinin oluşturdukları kurula da yer verilmemiş olması gerçeği karşısında, bu tercihin zaruri olarak mı, yoksa bilinçli mi yapıldığı anlaşılamamaktadır.

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 ile TTK m. 454'e yapılan yollama, bu hüküm kapsamında alınan genel kurul kararlarıyla ilgilidir. TTK m. 454 uyarınca, "*genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda, ...alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamaz*". Bu durumda, katılma intifa senedi sahiplerinin, şirket genel kurulunun, esas sözleşmeyi değiştiren kararları ile kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunu sermayenin artırılması konusunda yetkilendirmesine ilişkin kararlarını onaylamak amacıyla genel kurul tarihinden itibaren en geç bir ay içinde toplanmaları gerekmektedir. Tebliğ hükmünde açıkça belirtilmemiş olsa da, anılan genel kurul kararlarının katılma intifa senedi sahiplerinin onayından geçmesi, TTK m. 454/1 gereği, senet sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olmalarına bağlıdır.

Tebliğin lafzına bakıldığında, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararlarının ise katılma intifa senedi sahiplerinin onayından geçmesi zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce yönetim kurulunun sermayenin artırılması yönündeki kararlarının da senet sahipleri tarafından oylanması imkânının yaratılması gerekir idi. Çünkü senet sahiplerinin haklarının tehlikeye düşmesi ihtimali, kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması halinde de söz konusu olabilir. Her ne kadar, yönetim kurulunun

---

<sup>32</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Teoman**, İntifa, s. 293-294.

sermayeyi artırım kararı verirken, şirketin nakit ihtiyacını karşılamış olan katılma intifa senedi sahiplerinin çıkarlarını da göz önüne alması gerektiği savunulabilirse de, kurulun, böyle bir yükümlülüğü olduğu söylenemez. Yönetim kurulu, ancak şirket çıkarlarına uygun olduğu ölçüde katılma intifa senedi sahiplerinin de menfaatlerini koruyacaktır. Sermayeyi artırım yetkisinin, katılma intifa senedi sahipleri tarafından onaylanarak bir kez yönetim kuruluna verildikten sonra, esas sözleşmede belirlenen tavana kadar yapılan her sermaye artırımında onaylarının alınmasına ihtiyaç olmayacağı düşüncesi de yerinde değildir. Yönetim kurulunun, SPKn m. 18/2 uyarınca azami beş yıl için aldığı sermaye artırım yetkisini kullanabileceği süre içinde de ekonomik konjonktürün değişmesi ve yapılan sermaye artırımlarının senet sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmesi tehlikesiyle karşılaşılabilir. Katılma intifa senedi sahiplerinin, beş yıllık bir geleceği öngörmeleri ve sermaye artırım kararlarına peşinen onay verdiklerinin kabulü mümkün olmamalıdır. Nitekim TTK m. 454'de, imtiyazlı pay sahiplerine kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayenin arttırılması kararlarını onama hakkı tanınmıştır.

Öte yandan kayıtlı sermaye sisteminin, esas sermaye sisteminde sermaye artırımının ağır işleyen prosedürüne hız kazandırmak amacıyla öngörülmüş olması karşısında, katılma intifa senedi sahiplerinin onaylarının alınması zorunluluğunun, bu sistemin avantajlarını ortadan kaldıracığı ve sermaye artırımına gidilmesini yavaşlatacağı eleştirisi de akla gelebilir. Ancak katılma intifa senedi sahiplerinin, yönetim kurulunun aldığı her sermaye artırımı kararını değil; sadece haklarını ihlal edecek nitelikte olan artırım kararlarını onaylamaları gerektiği unutulmamalıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere, katılma intifa senedi sahiplerinin toplanıp karara varmaları gereken bir aylık süre de göz önüne alındığında, bu sürenin sistemi fazlaca sekteye uğratmayacağı söylenebilir<sup>33</sup>. Ayrıca katılma intifa senedi sahiplerine, haklarını ihlal eden genel kurul kararlarını onaylama hakkı verilmesinin en önemli sebebinin, senet sahiplerinin genel kurulda kendi çıkarlarını koruma olanağından yoksun bulunmaları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yönetim kurulunda da aynı olanaktan yoksun oldukları aşikâr olan senet sahiplerinin, bu kurulun sermaye artırımı kararlarını da oylamaları, onların menfaatlerinin korunabilmesi açısından en etkili yol olacaktır.

SPKn m. 18/4/son cümlede, kayıtlı sermaye tavanı dâhilindeki sermaye artırımlarında ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararı

---

<sup>33</sup> Bkz. III, D.

aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Fakat katılma intifa senedi sahiplerinin, imtiyazlı pay sahiplerinin aksine, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açmak hakları da bulunmamaktadır. SPKn m. 18/6 uyarınca bu hak, yönetim kurulu üyeleri ve hakları ihlal edilen pay sahiplerine tanınmıştır. VII-128.1 sayılı Tebliğ, katılma intifa senedi sahiplerini yönetim kurulu kararlarına karşı korumak için onlara sadece, üyeler hakkında TTK hükümleri çerçevesinde sorumluluk davası açma hakkı vermektedir (m. 39/3). Ancak haklarını ihlal eden kararları onaylamak hakkı tanınmasının, dava hakkından çok daha işler ve etkin bir yol olacağı açıktır.

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'nin yaptığı yollamayla ilgili bir diğer sorun, yapılan yollamanın, sadece imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanmasına sebep olan genel kurul kararlarına ilişkin TTK m. 454/1'e mi şamil olduğu, yoksa hükmün tamamını mı kapsadığı ile ilgilidir. Her ne kadar, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, TTK m. 454/1'e değil; 454. maddeye yollama yapılmış olsa da, hükümde yalnızca TTK m. 454 kapsamında alınan genel kurul kararlarından söz edilmiştir. Bu nedenle katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna çağrıyı kimin yapacağı, kurulda Bakanlık temsilcisinin bulunup bulunmayacağı ya da kurul kararlarının iptali hususlarında TTK m. 454'ün diğer fıkralarının uygulanıp uygulanmayacağı belli değildir. Aynı maddede, toplantı ve karar yetersayıları hakkında ikinci kez TTK m. 454'e yollama yapılmış olması da bunun dışındaki konularda 454. maddenin uygulanmayacağı gibi bir sonuç çıkarılmasına neden olmaktadır. Bu sonucun desteklenmesi halinde, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu ile ilgili Tebliğdeki eksikliklerin anonim şirket genel kuruluna ilişkin hükümlerle tamamlanması düşünülebilir. Ancak katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu arasında böyle bir fark yaratmak için geçerli bir sebep de bulunmamaktadır. Dolayısıyla hükmün lafzı iyi kaleme alınmamış olmakla birlikte, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'deki yollamanın, TTK m. 454'ün tamamına yapıldığı kabul edilmelidir. Bununla beraber örneğin, özel kurul toplantısına çağrının ne şekilde yapılacağı gibi, TTK m. 454'de düzenlenmemiş hususlarda ise şirket genel kuruluna ilişkin hükümlerden yararlanılması zorunludur.

#### **D. Toplantı Zamanı ve Toplantıya Çağrı Usulü**

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu toplantısının ne zaman yapılacağı dışında, toplantıya çağrıya kimlerin yetkili olduğu, çağrının şekli ya da toplantı usulüyle ilgili açık hü-

kümler bulunmamaktadır. Bu nedenle imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin TTK m. 454 hükümleri, mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna da uygulanır.

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'ye göre, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin kararlarının uygulanabilir hale gelmesi, özel kurulun, genel kurul toplantı tarihinden itibaren bir ay içinde bu kararları onaması şartına bağlıdır. O halde bu bir aylık süre içinde özel kurulun, toplantıya çağırılması, toplanarak ilgili konuları görüşmesi ve bir karara bağlaması beklenmektedir. Sürenin, katılma intifa senedi sahipleri için genel kurul kararlarının içeriğini ve kendileri üzerindeki etkilerini tespit etmeleri açısından yeterli bir süre olup olmadığı tartışılabilir. Özellikle özel kurulun toplantıya çağrı şekline ilişkin, aşağıda açıklanacağı üzere, TTK m. 414 ve SPKn m. 29/1'de öngörülen süreler de hesaba katıldığında, senet sahiplerinin çok hızlı bir biçimde karar almaları gerektiği ortaya çıkmaktadır. Ancak bir aylık sürenin, özellikle halka açık anonim şirketlerde kararların süratli bir biçimde uygulamaya geçirilmesi zorunluluğu karşısında, şirket menfaatlerine uygun olduğunu söylemek mümkündür.

Çağrıya rağmen, süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 atfıyla TTK m. 454/5). Kanun koyucunun, çağrıya rağmen, bir aylık süre içinde toplantı yapılamaması halinde, genel kurul kararının onaylanmış sayılacağını kabul etmesi yerinde olmuştur. Böylece katılma intifa senedi sahiplerinin çağrıya riayet etmeyerek, haklarını kötüye kullanmaları ve genel kurul kararlarının uygulanmasını sürüncemede bırakmaları önlenmiştir. Kanaatimizce hükmün geniş yorumlanması ve çağrı yapılsın ya da yapılmıyın, bir aylık sürenin geçirilmesi halinde, ilgili genel kurul kararının onaylanmış sayılması gerekmektedir. Çağrı yapılmamış olması, hükmün uygulanmasına engel olmamalıdır.

Özel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, yönetim kuruluna, yönetim kurulunun ihmali halinde ise katılma intifa senedi sahiplerinden her birine aittir. Ancak katılma intifa senedi sahiplerinin toplantıya çağrı yapılması için şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurmaları yeterlidir. Bu halde mahkemenin, toplantıya gerek görürse,

çağrıyla yapmak üzere bir kayyım ataması mümkündür<sup>34</sup>. Katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun toplanmasını gerektiren bir konunun varlığına rağmen, toplantıya çağrı yapmayan yönetim kurulu üyelerinin ise sorumluluğu doğar (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/3).

Katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu toplantısına çağrının ne şekilde yapılacağı hususunda ise anonim şirket genel kurul toplantıları ile ilgili hükümler uygulama alanı bulur. Zira konuya ilişkin ne VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39'da ne de imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluyla ilgili TTK m. 454'de herhangi bir açıklık bulunmaktadır. Bu nedenle özel kurulu toplantıya çağrı, TTK m. 414 gereği, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla, ilan ve toplantı günleri hariç, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılmalıdır. Ayrıca şirket tarafından kim oldukları ve adresleri bilinen katılma intifa senedi sahiplerine, iadeli taahhütlü mektup gönderilir (TTK m. 414/1). Ancak halka açık anonim şirketlerde SPKn m. 29/1 uyarınca çağrıya ilişkin ilanın, esas sözleşmede gösterilen şekilde ve şirketin internet sitesinde yapılması yanında, Kamuyu Aydınlatma Platformu<sup>35</sup> ile SPK tarafından belirlenen diğer yerlerde de yayımlanması öngörülmüştür. Bu tip şirketlerde süre açısından da bir fark yaratılmış ve çağrının, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılacağı hükme bağlanmıştır. Çağrı ile toplantı tarihi arasında bırakılması gereken bu iki ve üç haftalık süreler nedeniyle, karara varılması gereken bir aylık sürenin aşılmaması için katılma intifa senedi sahiplerinin, anonim şirket genel kuruluna çağrı yapılırken de toplantıya çağrılabilmesi mümkün olmalıdır kanaatindeyiz.

## E. Toplantının Yapılması

Katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna, senet sahipleri katılacaktır. Daha önce de açıklandığı gibi, anonim şirkette sahibine farklı hak-

---

<sup>34</sup> Her ne kadar TTK m. 454/2 hükmünde, "...her imtiyazlı pay sahibi... bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir" şeklinde bir ifade yer almış olsa da, özel kurulu toplantıya çağrıyı mahkemenin yapamayacağı açıktır.

<sup>35</sup> Kamuyu aydınlatma platformu, mevzuat uyarınca kamuya açıklanması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistemi ifade etmektedir (SPKn m. 3/k bendi). Bu platforma, <http://www.kap.gov.tr/> adresinden ulaşılması mümkündür.

lar tanyan birden çok katılma intifa senedi grubu bulunuyor ise her katılma intifa senedi sahipleri grubunun ayrı bir kurul olarak toplanmaları gerekmektedir.

Özel kurulda, TTK m. 454/6 gereği, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (GTB) temsilcisinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı sorusu da akla gelebilir. Anılan maddede, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda TTK m. 407/3 çerçevesinde Bakanlık temsilcisinin de hazır bulunacağı ve tutanağı imzalayacağı öngörülmüştür. TTK m. 407/3 uyarınca, Bakanlık temsilcilerinin görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere GTB tarafından yayımlanan “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik”<sup>36</sup> m. 32’de ise Bakanlık Temsilcisinin bulunması zorunlu olan genel kurul türleri sayılmıştır. Fakat Yönetmelikte, intifa senedi sahipleri özel kurulundan, muhtemelen TTK’ndan da çıkarılmış olması nedeniyle söz edilmemiştir<sup>37</sup>. Hatta Yönetmeliğin 32. maddesinin ikinci fıkrasında, yurt içinde yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurullarında bile Bakanlık temsilcisi bulundurulması zorunlu tutulmamış; toplantıya çağrı yapanların talebi halinde Bakanlık tarafından görevlendirilebilecekleri düzenlenmiştir. Aslında Yönetmeliğin, GTB temsilcilerinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 34. maddesi göz önüne alındığında temsilcilerin, kararların alınması ile ilgili tespit ettikleri hukuka aykırılıkların ve usulsüzlüklerin toplantı tutanağına geçirilmesi; herhangi bir sebeple toplantının açılmaması veya açılan toplantının tamamlanamaması gibi durumlarda rapor düzenleyerek Bakanlığa iletilmesi gibi önemli görevler ifa ettikleri ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunda da Bakanlık temsilci bulundurulmasının olumlu sonuçlar doğuracağını söylemek mümkündür. O halde, TTK m. 454/6 hükmü de katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu açısından uygulanabilir niteliktedir. Ancak TTK’nda gerekli değişiklikler yapılması ve intifa senedi sahipleri özel kuruluna yer verilmesi halinde,

<sup>36</sup> Bkz. 28.11.2012 tarih ve 28481 sayılı RG.

<sup>37</sup> Belirtilmelidir ki, eTTK döneminde yürürlükte bulunan “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik”in komiser bulundurma zorunluluğu olan toplantıları düzenlendiği 8. maddesinde de intifa senedi sahipleri genel kurulu (eTTK m. 402/3) sayılmamış idi. Ancak eTTK m. 402/3’ün gönderme yaptığı tahvil sahipleri genel kuruluna ilişkin 429 ila 432. maddelerde de Bakanlık komiserinin bulunması şartı aranmıyordu.



öncelikle Yönetmeliğin buna uygun hale getirilmesi ve GTB temsilcilerinin katılmakla yükümlü oldukları ya da talep halinde katılabilecekleri toplantılar arasında özel kurulun da sayılması zorunludur.

Katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunda uyulması gereken toplantı ve karar yetersayıları hakkında ise TTK m. 454'ün uygulanacağı VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de açık hükme bağlanmıştır. Buna göre özel kurul, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır (TTK m. 454/3). Katılma intifa senetlerinin de nominal değere sahip oldukları dikkate alındığında, toplantı yetersayısının hesabında sermayenin belirli bir oranının esas alınması uygun olmuştur.

Öte yandan TTK m. 454/4'ün, katılma intifa senedi sahipleri açısından uygulama olanağı bulunmamaktadır. Hüküm, imtiyazlı pay sahiplerinin veya temsilcilerinin, genel kurulda, genel kurulun haklarını ihlal eden kararlarına TTK m. 454/3'de öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına uygun olarak olumlu oy vermeleri halinde, özel kurulun toplanmasına gerek olmadığını düzenlemektedir. Ancak genel kurulda oy kullanmak hakkına sahip olmayan katılma intifa senedi sahiplerinin, bu imkândan yoksun oldukları açıktır.

### **F. Toplantıda Alınan Kararların Hukuki Niteliği**

Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararları, genel kurul toplantı tarihinden itibaren en geç bir ay içinde katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından onanmadıkça uygulanamaz (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 atfıyla TTK m. 454/1). Katılma intifa senedi sahiplerinin onama kararı, genel kurulun ilgili kararlarının uygulanabilmesi için gerekli olan bir ön koşuldur. Bir başka deyişle, bu kararlar, özel kurulun onayı ile birlikte infaz edilebilir hale gelir.

Her ne kadar, VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, ilgili genel kurul kararlarının, toplantı tarihinden itibaren bir ay içinde katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından onanmadıkça "hüküm ifade etmeyeceği" belirtilmiş olsa da, özel kurul kararının, genel kurul tarafından alınan kararların geçerliliği ile ilgisi olduğu düşünülmemelidir. Onama kararı olmaksızın da usulüne uygun olarak alınan genel kurul kararları geçerlidir. Bunun sonucu olarak, genel kurul kararının, bir aylık süre içinde katılma intifa senedi sahiplerinin onayı olmaksızın uygulanması halinde bile butlanının ya da iptalinin dava edilmesi mümkün olmamalıdır. Burada sorun,

genel kurul kararında değil; uygulanabilirlik kazanmayan genel kurul kararına dayanılarak yapılan işlemlerdir. Kanaatimizce katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmaksızın, -toplantı yapılması için öngörülen bir aylık süre dolmadan- uygulamaya konan genel kurul kararlarına dayanılarak yapılan işlemlerin askıda geçersiz oldukları kabul edilmelidir<sup>38</sup>. Katılma intifa senedi özel kurulu tarafından onaylama kararı verildiğinde, zaten geçerli olan genel kurul kararına dayanılarak yapılan işlemler de geçerlilik kazanacaktır. Bir aylık süre içinde toplantı yapılamaması ve bir karar verilememesi halinde ise, yukarıda da açıklandığı üzere, genel kurul kararı onaylanmış sayılacak ve yine, bu karara dayanılarak yapılan işlemler geçerli olacaktır<sup>39</sup>.

Öte yandan katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından ilgili genel kurul kararlarının onaylanmaması yönünde bir karar alınmış olmasına rağmen, kararların uygulanması halinde, genel kurul kararının uygulanmasına ilişkin işlemler geçersizdir ve -hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine aykırı olmamak koşuluyla- herhangi bir süreye bağlı olmaksızın mahkmeden, durumun tespiti istenebilir. Bu halde, özel kurulun onaylamadığı genel kurul kararlarını uygulamaya koyan yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğu söz konusu olur (TTK m. 553 vd.). Aynı gerekçeyle, katılma intifa senedi sahiplerinin de yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açmaları mümkündür (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/3).

#### IV. KATILMA İNTİFA SENEDİ SAHİPLERİ ÖZEL KURULU KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Katılma intifa senedi sahipleri tarafından özel kurulda alınan kararlara karşı dava yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususuna ilişkin

<sup>38</sup> Yargıtay, imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin olarak verdiği bir kararda, ilgili genel kurul kararlarının iptalinin değil; kararın uygulanmasına olanak veren işlemlerin iptalinin istenebileceği sonucuna varmıştır. 11. HD., T. 05.05.1975, 1516/3138 sa. ka. için bkz. <http://www.kazanci.com/> (son yararlanma: 25.11.2014). Buna karşılık Yargıtay'ın, sonraki tarihli bir kararında ise "...genel kurulun bu kararı imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla onaylanmadıkça infaz edilebilirlik kazanamayacağı gözetilmeden, henüz infaz kabiliyeti oluşmayan ana sözleşme değişikliğince öngörülen yeni düzenleme doğrultusunda... yeni yönetim kurulu oluşturulmasına ilişkin verilen kararların batıl olduğu dikkate alınmaksızın..." ifadelerine yer vererek, içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir. 11. HD., T. 30.05.2002, 2581/5385 sa. ka. için bkz. <http://www.kazanci.com/> (son yararlanma: 25.11.2014).

<sup>39</sup> Bkz. III, D.

de VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK, bu ihtimali, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile ilgili TTK m. 454'de ayrıca düzenlemiş ve kararın alınmamış sayılması hali ile karara karşı iptal davası açılması imkânını ayrı ayrı hükme bağlamıştır.

Öncelikle belirtmelidir ki, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından alınan bir karar da, tıpkı genel kurul kararlarında olduğu gibi, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş bir irade beyanı olması nedeniyle hukuki bir işlemdir ve yokluk, butlan ya da iptal edilebilirlik yaptırımlarına tâbidir. Bu kapsamda, alınan kararın kurucu unsurları taşımaması; örneğin, toplantı yapılmaksızın ya da toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaksızın karar alınması halinde alınan kararlar yok hükmündedir. Buna karşılık özel kurul kararı, şekil ve usul bakımından kanuna uygun olmakla birlikte, konusu ve içeriği açısından imkânsız ya da emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ise butlanla sakattır (TBK m. 27). TTK m. 447'de ise anonim şirket genel kurul kararları yönünden butlan halleri örneksene yoluyla ayrıca sayılmıştır. Kanaatimizce hükümde sayılan haller, uygun düştüğü ölçüde katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu tarafından alınan kararlara da uygulanabilir. Örneğin, katılma intifa senedi sahiplerinin, kâr payı haklarının kaldırılmasını, anonim şirketin pay sahiplerine de hiç kâr dağıtmaması yahut ek yükümler getirmesi şartına bağlamaları halinde, alınan karar TTK m. 447 gereği batıldır. Bu hallerde, durumun tespitinin, genel hükümlere göre dava edilmesi mümkündür.

Katılma intifa senedi sahipleri özel kurul kararlarının alınmamış sayılması ve iptali konusunda ise TTK m. 454 uygulama alanı bulur. Katılma intifa senedi sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa, kararın gerekçeli bir tutanakla belirtilmesi ve tutanağın on gün içinde şirket yönetim kuruluna teslim edilmesi zorunludur. Tutanakla birlikte, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az yetersayıyı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile iptal davasında kullanılmak üzere ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verilir. Tutanak, birlikte verilen bilgilerle beraber tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir. Bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 atfıyla TTK m. 454/3).

Şirket, katılma intifa senedi sahiplerinin onamama kararı hakkında tutanakta açıkladıkları sebepleri yerinde bulmazsa, yönetim kurulu tarafından karar aleyhine iptal davası açılması da mümkündür. İptal davası,

bir ay içinde, genel kurulun söz konusu kararının senet sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesi ile şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır ve genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullanan katılma intifa senedi sahiplerine yöneltilir (VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2 atfıyla TTK m. 454/7 ve 8). İptal davasının, şirkete karşı açılması mümkün değildir; zira özel kurul kararları, anonim şirket tüzel kişiliğine izafeten alınmamaktadırlar. Husumetin toplanmaya katılan tüm senet sahiplerine değil; sadece olumsuz oy kullananlara yöneltilmesi de yerinde olmuştur. Böylece olumlu oy kullananların gereksiz yere dava edilmeleri önlenmiştir<sup>40</sup>.

Halka açık anonim şirketlerde, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu kararlarına karşı SPK tarafından dava açılıp açılmayacağı üzerinde de durmak gerekir. SPKn m. 93'de Kurula, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma hakkı tanınmıştır. Ancak katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu, sadece senet sahiplerinin kendi menfaatlerini korumaları amacıyla toplanmasına izin verilen ve sınırlı konularda karar alma yetkisi olan bir kuruldur. Şirketi temsilen hareket etmemektedir ve kararları, iç ilişkide sonuç doğurur. Ayrıca SPK'nun yetkileri ve kuruluş amaçları da göz önüne alındığında, Kurula, böyle bir yetki tanınmasına gerek olmadığı söylenebilir.

## SONUÇ

Katılma intifa senetleri, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan ve paylar ve pay benzeri menkul kıymetlere ilişkin esasların da düzenlendiği VII-128.1 sayılı "Pay Tebliği" ile hükme bağlanmıştır. Tebliğde, katılma intifa senetlerinin ihracına ilişkin genel esaslar ve senet sahiplerine tanınabilecek haklara yer verildikten sonra; 39. maddesinin 2. fıkrası ise katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna ayrılmıştır. Ancak Tebliğde, özel kurulla ilgili ayrıntılı hükümler getirilmemiş ve sadece imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun düzenlendiği TTK m. 454'e yollama yapılmıştır. Bu durum, uygulamada çeşitli sorunlara yol açacak niteliktedir.

VII-128.1 sayılı Tebliğ m. 39/2'de, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun toplanmasının esas sözleşmede hüküm bulunması şartına bağlanmış olması; bütün katılma intifa senedi sahiplerinin tek bir kurul

---

<sup>40</sup> İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu hakkında aynı yönde görüş için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi II, § 33, N. 193.

olarak öngörülmesi ve özel kurulun onay yetkisinin, yalnızca esas sözleşmenin değiştirilmesine ve yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ilişkin genel kurul kararları ile sınırlandırılması yerinde olmamıştır. İntifa senedi sahipleri özel kurulu ile ilgili hükümlerin TTK'na alınmamış olması da TTK m. 340 karşısında, halka kapalı ve halka açık anonim şirketlerde esas sözleşmelere katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun oluşturulmasını sağlayacak hükümler konup konamayacağını yoruma muhtaç hale getirmiştir.

Öte yandan Tebliğde, katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu toplantısının ne zaman yapılacağı dışında, toplantıya çağrıya kimlerin yetkili olduğu, çağrının şekli, toplantı usulü, toplantıda GTB temsilcisinin bulunup bulunmayacağı ve özel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ile ilgili açık hükümlere de yer verilmemesi, hem TTK m. 454'ün hem de anonim şirket genel kurullarına ilişkin hükümlerin, mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde katılma intifa senedi sahipleri özel kuruluna da uygulanmasını zaruri kılmıştır.

**KAYNAKÇA\***

- Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982.
- Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler, Umumi Hükümler I, İstanbul 1959.
- Bahtiyar, Mehmet:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, Ankara 2005, s. 47-106.
- Çevik, Orhan Nuri:** Anonim Şirketler, Ankara 1988.
- Domaniç, Hayri:** Anonim Şirketler, İstanbul 1978.
- Eriş, Gönen:** Açıklamalı – İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, Ankara 1987.
- İmregün, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974.
- Karasu, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- Kendigelen, Abuzer:** Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 1063-1076 (İtfa).
- Kendigelen, Abuzer:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri, BATİDER, C. XXV, S. 2, Ankara 2009, s. 57-72 (İntifa Senetleri).
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Manavgat, Çağlar:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sayı 1, İstanbul 2005.
- Özkorkut, Korkut:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010.
- Pulaşlı, Hasan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara 2014.
- Pulaşlı, Hasan:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2014 (Şirketler Hukuku Şerhi II).
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013.

---

\* Birden çok eserinden faydalanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde verilmiştir.

**Sumer, Ayşe:** Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul 2002.

**Tekinalp, Ünal:** Katılma İntifa Senetleri, BATİDER, C. VI, S. 2, Ankara 1971, s. 297-312.

**Teoman, Ömer:** Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1978 (İntifa).

**Teoman, Ömer:** Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-, C. II, (1982-2001), İstanbul 2001, s. 9-21 (Katılma İntifa Senetleri).

**Ünal, Oğuz Kürşat:** Katılma İntifa Senetleri, BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara 1998, s. 79-92.

**Yiğit, İlhan:** Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.





# **Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansıması**

**Öğr. Gör. Dr. Ahmet Cemil ÜNAL**



# Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansıması

Öğr. Gör. Dr. Ahmet Cemil ÜNAL\*

## ÖZET:

Anonim şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin, şirketin kötü performanslarına rağmen kendi maddi tatminlerini ön plana alan yönetim anlayışları karşısında, kurumsal yatırımcılar, anonim şirket yönetimine ve bu bağlamda kurumsal yönetim kavramına daha büyük bir önem vermeye başlamışlardır. Anonim şirket yapısı içerisinde yaşanan suiistimaller özellikle 1980'li yılların sonlarına doğru artış göstermiş, şirket yönetimlerinde kuralların ve kurumların önemi 90'lı yıllardan itibaren anlaşılmaya başlamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kurumsal Yönetim, Yönetim Kurulu, Şirket Yönetimi

## The Theory of Corporate Governance, Principles and Reflection of Practice

### ABSTRACT:

People who have a say in the management of joint-stock companies, despite the company's poor performance in the face of their own material satisfy the foreground area management approaches, institutional investors, joint-stock company's management and have started to give a greater importance to corporate governance concept in this context. Abuses taking place in the structure of joint stock companies has increased, especially towards the end of the 1980's, the importance of the rules of corporate governance and institutions began to be understood since the 90's.

**Key Words:** Corporate Governance, Board of Directors, Company Management.

---

\* Başkent Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

## GİRİŞ

Anonim şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin, şirketin kötü performanslarına rağmen kendi maddi tatminlerini ön plana alan yönetim anlayışları karşısında, kurumsal yatırımcılar, anonim şirket yönetimine ve bu bağlamda kurumsal yönetim kavramına daha büyük bir önem vermeye başlamışlardır. Anonim şirket yapısı içerisinde yaşanan suiistimaller özellikle 1980'li yılların sonlarına doğru artış göstermiş, şirket yönetimlerinde kuralların ve kurumların önemi 90'lı yıllardan itibaren anlaşılmaya başlamıştır. Bu gelişmeler üzerine OECD'nin öncülük ettiği girişimle kurumsal yönetim adı verilen bazı kurallar oluşturulmuştur.

Kurumsal yönetimin önem kazanmasında tek etken şirket skandalları olmamıştır. Küreselleşme ve uluslararası sermaye hareketlerinin hız kazanması sonucunda yabancı sermaye rekabeti gündeme gelmiştir. Uluslararası sermaye hareketlerinin akışını belirleyen önemli etkenlerin başında ise kurumsal yatırımcıların, yatırım yapacakları ülkeye ve şirkete güven duymaları gelmektedir. Kurumsal yönetim bu bakımdan da önem taşımaktadır.

Dünya genelindeki büyük şirketlerin iflasları, pay sahiplerinin milyonlarca dolarlık yatırımının yok olmasına, binlerce kişinin işsiz kalmasına ve yüzlerce yönetici hakkında yasal işlem yapılmasına yol açmıştır. Bu durum şirketlere, yöneticilere, muhasebe ilke ve kuralları ile denetim uzmanlarına gösterilen toplumsal güveni derinden sarsmıştır. Bu nedenle tüm ülkelerde yapılan kurumsal yönetime ilişkin bütün düzenlemelerin ortak amacı kamu güveninin yeniden kazanılmasının sağlanması olmuştur.

### I.KURUMSAL YÖNETİM KAVRAMI

Anonim şirketlerde "kurumsal yönetim" kavramı, teknik bir terim olarak ABD kökenli bir kavram olan "corporate governance"nin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Ancak "kurumsal yönetim", "corporate governance" kavramının bire bir çevirisi değildir. Bu kavramın tam bir çevirisini yapmak güçtür ve dünyadaki birçok ülke, bu kavramın çevirisini yapmadan aynen kullanmaktadır. Buna örnek olarak; Almanya'da "Deutscher Corporate Governance Kodex", İtalya'da "Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate" verilebilir.

“Corporate” terimi, “anonim şirketlere ait” anlamı taşımaktadır<sup>1</sup>. “Governance” ise “yön verme” anlamına gelen Latince “gubernare” kelimesinden türetilmiştir ve genellikle “bir gemiye yön verme” şeklinde kullanılmaktadır. Bu da “corporate governance” kavramının şirketlere yön verme fonksiyonu içerdiğini göstermektedir<sup>2</sup>.

Şirketlerin ülke ekonomilerindeki önemleri nedeniyle devlet daima şirketlerin faaliyetlerini düzenleyici önlemler almıştır. Ancak bu önlemlerin çoğu devletin şirketlerin karından aldığı vergi gelirine ilişkin olmuştur. Ancak küreselleşme ile birlikte diğer üretim faktörleri gibi, sermaye de ülkeler arasında kolayca hareket etmeye başlamıştır. Bu arada sermaye piyasalarında yaşanan ekonomik krizler pek çok ülkeyi tehdit etmiştir. Ayrıca şirket yöneticilerinin, kendilerine verilen fonları kötü kullanmaları, suiistimaller, şirketin durumunu iyi gösterip içini boşaltmaları devletleri harekete geçirmiş ve sadece “vergi” endişeli düzenlemelerin yetmediği anlayışına gelinmiştir. Yönetim anlayışı ile şirketler adeta “toplumun sermayesini kullanan” birimler olarak görülmüş; dolayısıyla bu şirketlerin yönetimi ile ilgili daha detaylı düzenlemeler yapma ihtiyacı belirmiştir<sup>3</sup>.

Burada ağırlık, şirket faaliyetlerini yönlendiren yönetim kurullarının çalışma düzenine verilmiş ve bu kurulların nasıl karar alacakları, hangi bilgileri ne zaman ve nasıl açıklamaları gerektiği, hangi gruplarla (pay sahipleri, çalışanlar, devlet, finansal kuruluşlar vs.) nasıl iletişim kuracağı ve etkileşim içinde olması zorunluluğu belirlenmeye çalışılmıştır. Buna ilişkin olarak şirketlerin (*corporation*) toplumun çıkarlarını nasıl gözetmesi gerektiği ve nasıl yönetilmesi gerektiği (*governance*) ile ilgili ilkeler belirlenmiştir Böylece bu ilkeler topluluğundan oluşan “corporate governance” kavramı, Türkçe’de kullandığımız karşılığı olan “kurumsal yönetim” kavramını doğurmuştur<sup>4</sup>.

## II.KURUMSAL YÖNETİMİN TANIMI

Kurumsal yönetim kavramı, birçok ekonomik ve hukuksal olguyu kapsamakta ve çok geniş bir alana yayılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla

1 BUGG, Stuart G. / SIMON, Heike: Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2.Auflage, Berlin - München 2009, s.263.

2 SOLOMON, Jill / SOLOMON, Aris: Corporate Governance and Accountability, Sussex 2007, s.1.

3 KOÇEL, Tamer: İşletme Yöneticiliği, B.13, İstanbul 2011, s.455-456.

4 KOÇEL: s.456.

tüm unsurlarını ifade edecek şekilde bir tanımının verilmesi mümkün görülmemektedir. Bu yüzden bilimsel öğretilerde, yazarlar genel olarak kendi ilgi alanlarını yansıtacak şekilde tanımlama yoluna gitmişlerdir. Bilimsel öğretilerde kurumsal yönetime ilişkin olarak yer alan tanımlardan bazıları şunlardır:

**Kurumsal yönetim;** şirkete mali kaynak sağlayanların bu yatırımları karşılığında belirli bir getiri elde edeceklerini garanti altına almalarına ilişkin yöntemlerdir<sup>5</sup>. Anonim ortaklığın faaliyetlerinin piyasalardan gelen işaretler doğrultusunda oluşmasını sağlayan mekanizmalardır<sup>6</sup>. Şirketlerin yönetim ve kontrolüne ilişkin bir sistemdir<sup>7</sup>. Bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi ve aynı zamanda bu sevk ve idarenin şeffaf bir biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili ilkelerdir<sup>8</sup>. Anonim şirketin en iyi şekilde yönetilmesine, denetlenmesine, mükemmel uygulamalarla çalıştırılmasına ilişkin normlar veya ulusal ve uluslararası ölçüde iyi ve sorumluluğun bilincinde yönetimdir<sup>9</sup>. Hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüş; uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kurallarıdır<sup>10</sup>. Şirketin en iyi biçimde yönetilmesi için menfaat gruplarını belirleyen ve yöneticiler tarafından onlar arasında ideal bir dengenin kurulmasını şirketin başarısı için temel gören bir akımdır<sup>11</sup>. İşletmenin stratejik yönetimi ve yönlendirilmesi ile görevli ve sorumlu üst yönetimin (söz sahipleri), bu görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirirken, işletme üzerinde kendilerini belirli nedenlerle "hak sahibi" gören pay sahipleri, çalışanlar, tedarikçi, müşteri ve diğer toplumsal kurumlarla olan ilişkilerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, işletmenin üst

<sup>5</sup> SHLEIFER, Andrei / VISHNY, Robert W.: A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, C.52, S.2, June 1997, s.737.

<sup>6</sup> BERGLÖF, Erik / von THADDEN, Ernst-Ludwig: The Changing Corporate Governance Paradigm: Implications for Transition and Developing Countries, June 1999, s.11.

<sup>7</sup> CADBURY, Adrian: Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, London, December 1992, *supra* note 11, para 2.5.

<sup>8</sup> PULAŞLI, Hasan: Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003, s.4.

<sup>9</sup> POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.12, İstanbul 2010, s.254, N. 471/a.

<sup>10</sup> TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.228.

<sup>11</sup> ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005 s. 6.

yönetiminin yönetilmesidir<sup>12</sup>. Anonim şirketlerin yönetiminde ve faaliyetlerinde söz konusu şirketin haklarını gözeten, başka bir deyişle, kâr elde etme ve ortaklarına dağıtma ana unsuru ve amacını taşıyan geleneksel yapılarının yanında, pay sahipleri dâhil tüm menfaat sahiplerinin haklarının korumasını ve bu çerçevede söz konusu menfaat grupları arasındaki ilişkilerin kurallarının düzenlenmesini hedefleyen bir anlayıştır<sup>13</sup>. Anonim şirketin kuruluşundan itibaren devreye giren ve şirketin varlığını sürdürdüğü müddetçe “şirketin kuralına uygun bir şekilde yapılandırılıp yapılandırılmadığını ve iyi yönetilip yönetilmediğini sınınamaya yönelik bir süreçtir. Bu özelliğiyle kurumsal yönetim, sürekli olarak işleyen ve geliştirilen bir gözetim sürecidir<sup>14</sup>. Şirketin yönetimi, yönetim kurulu, pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri arasındaki bir dizi ilişkiyi kapsayan kurallardır<sup>15</sup>.

Bilimsel öğretilerde kurumsal yönetim dar ve geniş anlamda olmak üzere de tanımlanmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

Kurumsal yönetim geniş anlamda; iyi şirket yönetimi için gerekli formal ve informal kurallar bütünüdür. Başka bir deyişle, iyi şirket yönetimi demektir<sup>16</sup>. Başka bir tanıma göre, modern yaşamda insanların bir amaca ulaşmak için oluşturduğu herhangi bir kurumun yönetiminin düzenlenmesidir<sup>17</sup>.

Kurumsal yönetim dar anlamda; sadece iyi şirket yönetimi için sorumluluk, adalet, şeffaflık, hesap verme sorumluluğu gibi formal kuralların oluşturulması üzerinde odaklanan bir kavramdır<sup>18</sup>. Diğer bir tanıma göre, bir kurumun beşeri ve mali sermayeyi çekmesine, etkin çalışmasına ve böylece ait olduğu toplumun değerlerine saygı gösterirken uzun dönemde ortaklarına ekonomik değer yaratmasına imkân tanıyan her türlü kanun, yönetmelik, kod ve uygulamaları ifade etmektedir<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> ÜLGEN, Hayri / MİRZE, S. Kadri: İşletmelerde Stratejik Yönetim, İstanbul 2010, s.461.

<sup>13</sup> ŞEHİRLİ, Kübra: Kurumsal Yönetim, Yeterlilik Etüdü, SPK Denetleme Dairesi 1999, s.51.

<sup>14</sup> Kurumsal Yönetimin Anonim Ortaklıklarda Yansımaları, TKYD ve Deloitte Ortak Yayını, No:2, İstanbul 2007, s.3.

<sup>15</sup> OECD Principles of Corporate Governance, 2004, s.11.

<sup>16</sup> AKTAN, Coşkun Can: Kurumsal Şirket Yönetimi, SPK. Yayın No:196, Ankara 2006, s.5.

<sup>17</sup> TÜSİAD, Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Aralık 2002, s.9.

<sup>18</sup> AKTAN: s.5.

<sup>19</sup> TÜSİAD, Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Aralık 2002, s.9.

Sonuç olarak, hem yukarıda verilen tanımların hem de doktrindeki diğer görüşlerin ortak noktası, kurumsal yönetimin işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresini, üst düzey yönetiminin denetlenmesini, gözetimini ve şirket üzerinde hak iddia eden menfaat gruplarının üst yönetimle olan ilişkilerinin tümünü kapsamasıdır. Dolayısıyla kurumsal yönetim; şirket üst düzey yönetiminin faaliyetleri ile doğrudan ilgilidir.

Kurumsal yönetim ilkelerinde pay sahipleri yanında diğer menfaat sahipleri de dikkate alınarak, iki farklı menfaat grubunun varlığı kabul edilmektedir. Buna göre kurumsal yönetim, bir yandan işletme üst yönetiminin amaca uygun, fonksiyonel olarak yapılandırılmasını amaçlamakta, yönetim kurulu - yönetici - denetçi üçgeninde denge sağlamayı hedeflemektedir. İç üçgen olarak adlandırılan bu üçgen yanında her bir köşesinde işletme, pay sahibi ve diğer çıkar gruplarının yer aldığı dış üçgen arasındaki güçler de denkleştirilmelidir<sup>20</sup>.

Günümüzde kurumsal yönetim kavramı, bilimsel öğretilerde büyük çoğunlukla kullanım alanı bulmaktadır. Kurumsal yönetim, kavram olarak 90'lı yıllarda ortaya çıkmış ve hızlı bir şekilde uluslararası kuruluşlar, hükümetler, iş dünyası ve akademik çevrelerden kabul gören bir yönetim felsefesi haline gelmiştir.

### III. KURUMSAL YÖNETİMİN TEORİK YAPISI

Kurumsal yönetim kavramını açıklayan ve analiz eden pek çok teorik yapı geliştirilmiştir. Bunların her biri, kurumsal yönetime birbirinden tamamen farklı yönlerden yaklaşmış ve konuyu farklı özellikleri ile yine farklı terminoloji kullanarak ele almıştır. Anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim kavramının ortaya çıkmasına ve gelişimine etki eden en önemli teorik yaklaşımlardan biri vekâlet teorisi. Vekâlet teorisi, Adam

---

<sup>20</sup> PULAŞLI: s.1-3; TUZCU, Arcan: Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı; İMKB 100 Örneği, Ankara 2004, s.39.



Smith'in 1776 yılında yayımlanan Ulusların Zenginliği "*The Wealth of Nations*"<sup>21</sup> adlı kitabında tartışılmaya başlanmıştır<sup>22</sup>.

Kurumsal yönetim her şeyden önce pay sahiplerine, şirket yönetiminin işletmenin çıkarları yerine kendi kişisel çıkarlarını takip etme eğiliminin, etkin bir şekilde kontrol edebilme imkânını verir. Bu kontrol olanağına ilişkin mekanizmanın temeli, 1932 yılında Berle/Means tarafından savunulan mülkiyet ve kontrolün ayrılmasına ilişkin işletme literatüründeki vekâlet teorisi "*agency theory*" ye dayanır<sup>23</sup>. 1929 yılındaki Wall Street iflasından (*Wall Street Crash of 1929*) sonra Berle/Means gibi bilim adamları toplumdaki modern kurumun rolünün değişmesi üzerinde çalışmalar yapmışlardır. Daha büyük sermayelerle kurulan şirketlerde ortaya çıkan karmaşık mülkiyet yapısı, kapitalizmin ilk dönemlerindeki örgüt anlayışından farklı bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu yeni örgüt yapısında, pay sahipleri mülkiyeti ellerinde bulundurdukları halde, kontrolü vekâlet ilişkisi kurdukları yöneticilere devretmişlerdir. Dolayısıyla, mülkiyet sahibi olup yeterince kontrol sahibi olamamak ya da kontrol sahibi olup mülkiyet sahibi olmamak şirket kavramının gelişmesinin mantıksal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. 1932'de Adolf Berle ve Gardiner Means tarafından yazılan Modern Şirket ve Özel Mülkiyet (*The Modern Corporation and Private Property*) kitabının etkisi bugünkü bilimsel tartışmalarda kurumsal yönetim kavramı üzerindeki etkisini sürdürmektedir<sup>25</sup>.

---

21 "Yöneticilerin, başkalarının paralarını harcarken, kendi paralarını harcarken gösterdikleri özeni, aynı şekilde göstermeleri beklenemez. Yöneticilerin ihmalleri ve savurganlıkları, şirket yönetiminde kaçınılmazdır." (...being the managers rather of other people's money than their own, it cannot well be expected that they should watch over their own...Negligence and profusion therefore, must always preveil more or less in the management of the affairs of such a company.SMITH, Adam: An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations, London-New York-Melbourne 1812, s.586-587.

22 BAUEN, Marc / VENTURİ, Silvio: Swiss Board of Directors, Bruxelles-Zurich 2009, s.293; KOLLER, Barbara M. Lorenz: Die Rolle des Verwaltungsratspräsidenten von kotierten internationalen Unternehmen in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Board-Systeme, Dissertation Nr. 3862, Bamberg 2010, s.15.

23 BERLE, Adolph A. / MEANS Gardiner C.: The Modern Corporation and Private Property, New Jersey 1991, s.47-66; PULAŞLI: s.31.

24 BERLE / MEANS: s.68; KOÇER, BURAK: İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 2006, s.12.

25 AKTAN: s.4.

Berle ve Means'in ortaya koyduğu teori; sonrasında Jensen ve Meckling'in 1976 tarihinde yayınladıkları "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" adlı makale<sup>26</sup> ile geliştirilerek, daha geniş akademik kitlelere yayılmış ve bu konuda yapılan çalışmalara konu olmuştur. Jensen ve Meckling, vekâlet ilişkisini, "asil" olarak adlandırılan bir ya da birkaç bireyin, kendisi adına bazı hizmetleri yerine getirmesi için "vekil" olarak anılan başka bir bireyle, yetki devrini içeren bir sözleşme geliştirmesi olarak tanımlamışlardır<sup>27</sup>.

Vekâlet teorisinin gelişim sürecine kısaca değindikten sonra, bu teorisinin ortaya koyduğu sorun ve çözüm önerilerine bakmak gerekmektedir. Bir şirketin sahibi kimdir? bilimsel öğretilerde bu soruya genel olarak verilen cevap pay sahipleridir. Pay sahiplerine ait olan şirket varlıkları, pay sahipleri adına yine pay sahipleri tarafından seçilen yönetim kurulu üyeleri tarafından (*board of directors*) yönetilir. Yönetim kurulu da, şirketin günlük işlerini yürütecek yöneticileri (*managers*) seçer. O halde pay sahiplerine ait varlıklar, pay sahipleri tarafından vekil olarak belirlenen yönetim kurulu üyelerince yönetilmektedir<sup>28</sup>. Bu durum şirket sahipliği ile profesyonel şirket yönetiminin ayrılmasına neden olmuştur. Kısaca bu şekilde özetlenebilecek olan şirket teorisi "asil-vekil modeli" ya da "vekâlet teorisi" olarak adlandırılır.

İşletme alanında mülkiyet yapısının değişmesi ve pay sahipliğinin çoğalması ile birlikte yeni şirketler kurulmaya başlamış; büyüyen bu şirketlerde mülkiyet ve kontrol ayrımı belirgin bir duruma gelmiş ve kontrol edebilme olanağına sahip olamayan pay sahipleri ve önemli bir pay miktarına sahip olmadan kontrol hakkını elde edebilenler durumu ortaya çıkmıştır. Böylece işletmelerdeki belirli pay sahibi gruplar, ellerinde bulundurdukları yönetim hakkını vekâlet ilişkisi kurdukları yöneticilere devretmişlerdir. Dolayısıyla kontrol hakkına sahip asıl pay sahipleri ve yöneten vekiller ortaya çıkmıştır<sup>29</sup>.

Vekâlet teorisinin (*agency theory*) gerçekleşebilmesi için iki kişinin varlığı yeterlidir. Bunlardan ilki olan vekil (*agent*) alternatif eylemlerden birini seçip onu uygulayan kişidir. Burada vurgulanması gereken nokta,

<sup>26</sup> JENSEN, Michael C. / MECKLING, William H.: The Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, Vol.3, No:4, October 1976, s.1-72.

<sup>27</sup> JENSEN / MECKLING: s.5

<sup>28</sup> BLAIR, Margaret M. / STOUT, Lynn A.: A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review, Vol.85, No.2, March 1999, s.248-249

<sup>29</sup> ÜLGEN / MİRZE: s.465.

vekilin tutumu ve seçtiği hareket tarzı hem kendi refahını hem de ilişkinin diğer parçası olan asilin (*principal*) refahını doğrudan etkilemektedir. Asil en genel anlatımla, ücret ödemelerine ilişkin kuralları belirleyen kişidir. Örneğin şirket sahipleri ya da pay sahipleri seçtikleri genel müdüre sorumlu olduğu alanları belirtir, hedeflerini ortaya koyar ve sağlayacağı hizmetin karşılığında elde edeceği ücreti tespit ederler. Asil, vekil hareketlerini gerçekleştirmeden önce, vekilin faaliyetlerinin sonucunda oluşacak pozisyona göre ödeyeceği ücreti önceden belirler. Burada sorun, bazı noktaların belirsiz olmasından özellikle paylaşılacak bilginin iki taraf için de eşit düzeyde olmamasından kaynaklanır<sup>30</sup>. Asil, başta ücret ve ödüllendirmeye ilişkin politikalar belirleme, bilgi akışını kontrol etme, ikili görüşme, işine son verme gibi araçlarla vekilin davranışlarını yönlendirmeye çalışacaktır. Buna karşılık vekil, işler ve faaliyetlerle ilgili olarak asilden daha fazla bilgiye sahiptir. Böylece ikisi arasında bilgi akışında düzensizlik, başka bir deyişle bilgi asimetrisi (*information asymmetry*) vardır<sup>31</sup>.

Bilgi akışındaki düzensizlik, yöneticilerin şirket faaliyetleriyle ilgili pay sahiplerine oranla daha fazla bilgiye sahip olmasını ifade etmektedir. Asiller (pay sahipleri), eksiksiz bilgiye sahip olmaları durumunda, kendileri adına şirketi yöneten vekillerin sözleşme koşullarını yerine getirip getirmediğini gözlemleyebilir. Ancak, eksiksiz bilgiye sahip olmak için uygulanması gereken doğrudan gözlemi uygulamak çok fazla vakit alacağından, vekâlet ilişkisinin kurulduğu hemen hemen her durumda vekillerin lehine bilgi akışında düzensizlik oluşacağı açıktır. Bu nedenle, vekâlet teorisi, bilgi akışındaki düzensizlikten kaynaklanacak sorunları önlemek için çeşitli mekanizmalar gerektiğini vurgulamakta ve çözümler geliştirmektedir<sup>32</sup>.

Vekâlet teorisi, adından da anlaşılacağı üzere kendisine odak noktası olarak vekâlet ilişkisini konu alan bir yaklaşımdır. Esas olarak vekâlet teorisi en yalın haliyle, bir asilin bir başkasını çalıştırması (vekil) ve bu kişinin performans sergilemesi esnasında ortaya çıkar<sup>33</sup>. Birinin diğeri için ve menfaatine iş yaptığı durumlar vekâlet ilişkisinin doğmasına

---

<sup>30</sup> ARROW, Kenneth: *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Chicago, 1971, s.21.

<sup>31</sup> KOÇEL: s.356.

<sup>32</sup> KOÇER: s.13.

<sup>33</sup> JENSEN / MECKLING; s.5.

sebeplendir. Vekâlet ilişkisi ise vekâlet teorisinin temel süjesini oluşturmaktadır. Örneğin; anonim şirket yöneticisi astlarına karşı asil, alt kademede çalışan birimler ve kişiler ise vekildir. Tam tersi durumda ise anonim şirket yöneticisi, pay sahiplerine karşı vekil, pay sahipleri ise asildir<sup>34</sup>. Vekâlet teorisi çerçevesinde kurumsal yönetim, tüm çıkar grupları arasında ortaya çıkabilecek çatışmaları uyumlu hale getirmeye yönelik olarak geliştirilen mekanizmaların bütünü olarak tanımlanmaktadır. Çeşitli çıkar grupları arasındaki çatışmalar, işletmedeki mülkiyet yapısından ve bu grupların işletme faaliyetlerinden doğan riski üstlenebilme durumlarından kaynaklanmaktadır<sup>35</sup>.

Potansiyel alıcılar varlıklarını artırmak için şirkete yatırım yaparlar. Bu yatırım doğrudan olabileceği gibi, halka açık anonim şirketin hisselelerini alarak da olabilir. Vekâlet teorisinin önemli bir bölümü vekâlet verenin (pay sahipleri), vekilin (yönetici) ve diğer çalışanların ilişkileri üzerine kuruludur<sup>36</sup>. Vekâlet ilişkisi, vekâlet verenin bir sözleşme yoluyla bazı görevleri kendi adına yerine getirmesi için vekili yetkilendirmesi olarak tanımlanabilir. Bu ilişki, karar alma yetkisinin bir kısmının vekâlet veren tarafından vekile devredilmesini gerektirir. Halka açık anonim şirketlerde yöneticiler (vekiller) daha fazla güçlenmekte ve hareket serbestisi kazanmaktadır. Bunun sonucu olarak, vekilin (yöneticiler) her zaman vekâlet verenin (pay sahibi) çıkarına davranmayabileceğini tahmin etmek zor değildir. Vekâlet veren ile vekil arasındaki ilişkiyi belirleyen sözleşmeyi temel alan ve en etkin sözleşmeyi kurmaya çalışan teori, özellikle insan doğasına ilişkin (kişisel çıkar, sınırlı akılcılık, risk algısı vs. gibi) birçok varsayımda bulunur. Teoriye göre, kişiler her zaman için kendi çıkarları açısından en iyi seçeneğe yöneleceklerinden, ortaklaşa yapılan işlerde çıkar çatışması kaçınılmazdır. Üstelik bu tür faaliyetler yalnızca ticari ortaklıklarda değil, her türlü örgütsel yapıda ve hatta aile üyeleri arasında bile görülebilir<sup>37</sup>.

Vekâlet teorisi, vekâlet ilişkisinde ortaya çıkan iki sorunu çözmekle uğraşır. Bu sorunlardan ilki, pay sahiplerinin amaçları ile vekil olarak adlandırılan pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin amaçları farklı olduğunda ve pay sahibi için pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin

<sup>34</sup> PRATT, John / ZECKHAUSER, Richard: Principals and Agents: The Structure of Business, Harvard Business School Press, Boston 1985, s.18.

<sup>35</sup> ÜLGEN / MİRZE: s.466.

<sup>36</sup> HODGE, B.J. / ANTONY, William P. / GALES, Lawrence M.: Organization Theory, 5.Edition, New Jersey 1996, s.242.

<sup>37</sup> ÖZSOY, Zeynep: Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları, Ankara 2011, s.18

gerçekten ne yaptığını ispatlamak zor veya pahalı olduğunda ortaya çıkan temsil sorunudur. Burada problem, pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin doğru ve uygun davranmadığını kanıtlamanın zor olmasıdır. Vekâlet teorisinin uğraştığı ikinci sorun ise pay sahiplerinin ve pay sahibi olmayan profesyonel yöneticinin riske karşı tutumları farklı olduğunda ortaya çıkan risk paylaşımı sorunudur. Farklı risk tercihleri nedeniyle iki tarafın farklı davranışları veya hareketleri tercih etmeleri bu durumu ortaya çıkarır<sup>38</sup>. Pay sahiplerinin değişik sektörlerdeki şirketlerin hisse senetlerinden oluşturdukları portföy ile risklerini dağıtmaları sonucu, şirket yönetimlerine ve karşılaşılabilecekleri risklere karşı kayıtsız kalmalarından kaynaklanmaktadır. Bu durumda asiller (pay sahipleri) risk alabilen davranışlar sergileyebilirken, vekiller (yöneticiler), çalıştıkları tek bir işletmeden gelir elde ettikleri için, riskten kaçarak veya riski azaltarak iş güvencelerini ve kişisel çıkarlarını emniyet altına almayı tercih edebilmektedirler<sup>39</sup>. Vekâlet teorisinde analiz birimi, pay sahibi ile pay sahibi olmayan profesyonel yönetici arasındaki ilişkiyi düzenleyen anlaşma olduğundan, teorisinin odak noktası belirli varsayımları göz önünde bulundurarak, bu ilişkiyi yönlendiren en etkin ve iyi anlaşmayı belirlemektir<sup>40</sup>.

Şirketlerin temel amacı pay sahiplerinin sahip olduğu varlıkların değerini, maksimize etmektir. Temsil sorunu, şirketin esas amacından uzaklaşılmasına ve bu nedenle de pay sahiplerinin varlıklarını artıracak hedef ve amaçların ikinci plana atılmasına neden olmaktadır. Temsil sorununu çözmek amacıyla şirkette pay sahibi olmayan yöneticilere hisse senedi opsiyonları (başlangıçta belirlenmiş bir fiyattan satın alma) verilmesi, kârdan pay verilmesi, karla orantılı olarak prim ödenmesi gibi yollara başvurulmaktadır. ABD ve Avrupa'da uzun yıllardan beri uygulanan bu yöntemler şirketlerin büyük kârlar elde etmesini ve özellikle de borsada işlem gören şirketlerin hisse fiyatlarının artmasını sağlamıştır. Fakat yöneticilere hisse senedi opsiyonu verilmesine yönelik olan uygulamada, hisselerin fiyatlarının artırılması için zaman zaman kanuna, muhasebe ilke ve standartlarına aykırı olan uygulamalar içerisine girilmiştir. Kuralara uygun olmayan bu uygulamalar, özellikle ABD'nin en büyük enerji üretim ve dağıtım şirketi olan Enron'un 02.12.2001 tarihinde iflas etmesi ile gündeme gelen şirket skandalları ile sonuçlanmıştır<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> KURT, Gülüzar / DEMİR, Gönenç: TTK Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekâlet Teorisi, HPD, 2006, S.6, s.63.

<sup>39</sup> ÜLGEN / MİRZE: s.467-468.

<sup>40</sup> KURT / DEMİR: s.63

<sup>41</sup> KURT / DEMİR: s.64.

İşletmelerde, yöneticilik ile pay sahipliği kavramlarının birbirinden ayrılması ile yetki devrinin yapılması gereği doğmuştur. Pay sahipleri, yöneticilere şirket faaliyetlerinin sürekliliğinin sağlanması için kendileri adına iş görebilme yetkisi vermişlerdir. Benzer şekilde organizasyon dâhilinde de bütün işlerin yöneticilerin yapamayacağı düşüncesi ile organizasyon kademelerinde biçimsel olarak yetki dağıtılmıştır. Vekâlet teorisinin özünde yetki devri kavramı yatmaktadır<sup>42</sup>.

Kurumsal yönetim kavramının ortaya çıkmasında pay sahipleri ile yöneticilerin, diğer bir ifadeyle sermaye ile yönetimin ayrılmasından doğan “vekâlet sorunu” önemli bir yer tutmaktadır. Bunun nedeni, farklı beklentileri olan ve farklı güdülenmelere sahip olan pay sahipleri ile yöneticilerin çıkarlarının kaçınılmaz olarak çatışmasıdır. Kurumsal yönetimin işlevi de bu noktada önem kazanmaktadır. Kurumsal yönetim vekâlet sorunundan kaynaklanan çıkar çatışmalarının azaltılmasını amaçlamakta ve bilgi akışındaki düzensizlik nedeniyle yöneticilerin sahip oldukları bilgileri kullanarak hissedarlar aleyhine olabilecek eylemlerini denetim altına almaya çalışmaktadır. Kurumsal yönetim düzenlemeleri, sermayeyi temsil eden pay sahipleri, yönetimi temsil eden yöneticiler ve yöneticilerin denetlenmesini sağlayan yönetim kurulu arasındaki ilişkileri belirlemektedir. Bu ilişkilerin adil ve dengeli biçimde düzenlenmesi, şirketin sağlıklı bir yapıda çalışmalarını sürdürmesini sağlayacaktır.

Vekâlet teorisi, gelişimi içerisinde yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki ilişkileri araştırmaya odaklanmıştır. Ayrıca yönetim kurulunun oynadığı rolü ve CEO'nun<sup>43</sup> rolünü de ele alarak çağdaş yönetim düşüncesini analiz etmiştir.

Kurumsal yönetim kavramı, zaman içerisinde vekâlet teorisi dışında başka teorileri de kapsamaya başlamıştır. Kurumsal yönetime ilişkin olarak, ortaya atılan teorilerden en önemlilerinden ikisi olan paydaşlık (*stakeholder theory*) ve hizmetkârlık teorilerini (*stewardship theory*) de kısaca şu şekilde açıklayabiliriz:

<sup>42</sup> EUGENE, F. Fama / MICHAEL C. Jensen: Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 1983, Vol.26, s.310.

<sup>43</sup> CEO (Chief Executive Officer) kavramı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, Ahmet Cemil: Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014; PULAŞLI, Hasan: Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, Ankara 2007, C.24, S.1, s.19-62.

Vekâlet teorisi'nin kişisel çıkar odaklı davranan insan tanımlamasına karşı, hizmetkârlık teorisi olarak anılan yaklaşım, varsayımları açısından aslında vekâlet teorisinin tam karşısı olarak düşünülebilir<sup>44</sup>. Hizmetkârlık teorisi'ne göre, örgüt yararına olan kolektivist davranışlar, yöneticilere kişisel çıkar odaklı davranışlardan daha fazla yarar sağlamaktadır. Örneğin, yöneticiler şirketin finansal performansını artırarak kendi fayda fonksiyonlarını da maksimize etmektedir. Dolayısıyla, yöneticiler satış ve kârlılık artışı gibi örgütsel amaçlara ulaşarak pay sahiplerinin yararına olan kararları alma çabası içinde olacaktır<sup>45</sup>. Bu nedenle, hizmetkârlık teorisi yöneticileri, pay sahiplerinin vekili değil hizmetkârı olarak adlandırılmaktadır.

Vekâlet teorisi, şirketi kontrol eden yöneticilerin şirketin sahibi konumundaki pay sahiplerine karşı sorumluluklarını ele alarak bu sorumlulukların yerine getirilmesini temin edecek çeşitli yönetim mekanizmalarını tartışmaktadır. Ancak paydaşlık teorisinde, şirketin varlığını sürdürmesi üzerinde meşru çıkarları olan başka grupların da olduğu görüşü ileri sürülmektedir<sup>46</sup>. Menfaat sahiplerine örnek olarak; şirket çalışanları, alacaklılar, tedarikçiler, finansal piyasalar ve hatta toplumun kendisi gösterilebilir. Bu yaklaşımda şirketle çıkar ilişkisi içinde olan tüm gruplar, "paydaş" olarak adlandırmakta ve yöneticilerin paydaşlara karşı sorumlulukları incelenmektedir. Paydaşlık teorisinde, şirketin varlığından sadece ekonomik olarak değil başka şekillerde etkilenen gruplara da yer verilmektedir<sup>47</sup>.

#### IV. KURUMSAL YÖNETİMİN TEMEL İLKELERİ

Kurumsal yönetimin evrensel kabul görmüş ve geçerliliği olan ana ilkeleri adillik, hesap verebilirlik, şeffaflık ve sorumluluktur. Bu ilkeler ışığında kurumsal yönetim, kurumun en yüksek performansı göstermesini, en kârlı, en başarılı ve en rekabetçi olmasını hedefler. Kurumsal yönetim etik kurallar, kanunlara uyma, çevrenin korunması gibi bir dizi alanla örtüşen genel bir yaklaşımdır. Bir kurumun en üstün performansına ulaşarak

<sup>44</sup> KOÇER: s.19.

<sup>45</sup> DAVIS, James H. / SCHOORMAN, F. David / DONALDSON, Lex: Toward a Stewardship Theory of Management, The Academy of Management Review, Vol. 22, No. 1 Ocak 1997, s.25.

<sup>46</sup> SHANKMAN, NEIL, A.: Reframing the Debate between Agency and Stakeholder Theories of the Firm, Journal of Business Ethics, VolLXIX, No:4 1999 s 322.

<sup>47</sup> KOÇER: s.21.

başarılı olmasını amaçlayan kurumsal yönetim ilkeleri, bu anlamda yukarıda bahsi geçen yaklaşımların birleştirici çatısıdır. Bu çatı olmadan, ne iyi ahlâklı yaklaşım ne de çevreye duyarlılık tek başına bir kurumu başarılı kılmaya yeterlidir<sup>48</sup>.

Türkiye’de ve dünyada son yıllarda yaşanan ekonomik ve mali krizler birçok şirketin yapılarını ve yönetim biçimlerini yeniden gözden geçirmeleri gerektiğini ortaya çıkarmıştır. Bunun yanında yönetim kurulları üzerindeki performans baskısı da sürekli artmaktadır. Kurumsal yönetim ilkeleri dünyada her geçen gün daha fazla önemsenmektedir. Bu ilkelerin uygulanması özellikle gelişmekte olan piyasalarda yatırımcı tercihlerinde en önemli kriterlerden birini oluşturmaktadır<sup>49</sup>.

Anonim şirketler hukukunda son yıllarda meydana gelen en önemli gelişmelerden birisi de, kurumsal yönetim ilkelerinin anonim şirket yönetimindeki etkisinin belirgin bir şekilde artmış olmasıdır. Kurumsal yönetim ilkelerinin, anonim şirket yönetiminde hâkim olması, ekonomiye ilişkin kuralların yönetim gücüne bir yansımasıdır<sup>50</sup>.

Kurumsal yönetimi şekillendiren birçok ilke vardır; ancak bunların hepsi aynı nitelik ve etkinlikte değildir. Hatta pek çoğu sıradan davranış kurallarıdır. Kurumsal yönetim felsefesinin taşıyıcı kolon niteliğindeki ilkeleri yukarıda da belirtildiği üzere şeffaflık, hesap verilebilirlik, sorumluluk ve adil yönetimdir. Bu ilkelerin tümü yönetim ile ilgilidir. Yönetime ilişkin kurallar, keyfi karar alınmasını önleyeceği gibi profesyonel sorumluluğun bilincinde yürütülen yönetimi de hâkim kılar. Ayrıca bilgi akışını, değerlendirilmesini ön plana çıkarır ve yönetime güven duyulmasını sağlar<sup>51</sup>.

Bu temel ilkeler üzerine oturan bir şirket yönetim profili, modern kurumsal yönetim anlayışının asgari, başka bir deyişle olmazsa olmaz “sine qua non” şartlarını yerine getirmiş demektir<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

<sup>49</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

<sup>50</sup> MANAVGAT, Çağlar: Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, Baitider., Ankara 2007, C.XXIV, S.2, s.473.

<sup>51</sup> TEKİNALP, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Alacaktan’a Armağan, İstanbul 2008, s.638.

<sup>52</sup> PASLI, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, B.2, İstanbul 2005, s.72.



## A. ŞEFFAFLIK

Şeffaflık, yeni küresel finans sisteminin yapılanmasında, piyasalar ile ulusal ve uluslararası kuruluşların etkin ve rekabetçi faaliyetlerini sürdürmelerinde giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Küreselleşme arttıkça hem sosyal hem de ekonomik alanda bütünleşme artmakta ve yayılma etkisi nedeniyle bir ekonomi veya küresel ölçekli bir şirkette ortaya çıkan bir durum çok kısa zamanda ve hızla, diğer ülkeleri veya şirketleri etkileyebilmektedir. Son yıllarda yaşanan ekonomik krizler, şeffaflığın önemini çok daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. Şeffaflığın yeterli düzeyde olmaması, bu krizlerin ortaya çıkmasına neden olan ya da en azından katkıda bulunan faktörlerden biri olarak gösterilmektedir<sup>53</sup>.

Şeffaflık kavramı, bilgi çağı ve bilgi toplumu yaklaşımının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şeffaflık, pay sahiplerinin ve sermaye piyasasındaki oyuncuların, tam anlamıyla bilgilendirilmesini, aydınlatılmasını ve yatırımcıların aldatılmamasını amaç edinir. Başka bir deyişle şeffaflık, kamunun aydınlatmayı sağlamak amacıyla, doğru, eksiksiz ve dürüst resim ilkesine uygun bilgi vermesine ilişkin kurumsal yönetimin ana ilkelerindedir. Bu sayede, "pay sahiplerinin değeri" en üst düzeyde gerçekleştirilebilir<sup>54</sup>.

Şeffaflık kavramı, hesap verilebilirlik kavramı ile de bağlantılıdır. Çünkü şirketlerden, şeffaf olmalarının istenmesinin amacı, kişi veya kurumları, politikaları ve uygulamaları nedeniyle sorumlu tutabilmektir. Bu açıdan şeffaflık, şirketlerin, değerlendirilmelerine ilişkin bilgileri serbest bırakması olarak tanımlanabilir. Ayrıca, şeffaflığın sağlanabilmesi ve düzenli işleyebilmesi için, iki koşulun oluşturulması gerekir. Bunlardan ilki; şeffaflığı sağlayacak tarafın, gerekli bilgilerin temin edilmesinde istekli ve yetkin olmasıdır. İkincisi ise, bilgiyi kullanacak tarafın, bilgiyi genel kabul görmüş kriterler çerçevesinde değerlendirebilecek yeteneğe sahip olmasıdır<sup>55</sup>.

Şeffaflık, herkesin her türlü bilgiye ulaşması demek değildir. Şirketlerin, rekabet güçlerini koruyabilmek için rakipleri tarafından öğrenilmesinde sakınca olan verileri kamuya açıklamamaları bu ilke ile çelişmez;

<sup>53</sup> TUZCU: s.17-18.

<sup>54</sup> TEKİNALP, Dinamikler: s.236.

<sup>55</sup> FLORINI, Ann, M.: Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency, Annual World Bank Conference on Development Economics, Washington, D.C., April 28-30, 1999, s.5-6.

ancak bilginin gizliliğinin öne sürülerek açıklama yapmaktan kaçınılmasının da önüne geçilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir<sup>56</sup>. Buradan hareketle şeffaflık; ticari sır niteliğindeki ve henüz kamuya açıklanmamış bilgiler hariç olmak üzere, şirketle ilgili finansal olan ve olmayan bilgilerin, zamanında, doğru, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük bir maliyetle erişilebilir şekilde kamuya duyurulması yaklaşımı olarak tanımlanabilir<sup>57</sup>.

SPK. Seri:IV No:54 sayılı tebliğde “şeffaflık; ticari sır niteliğindeki ve henüz kamuya açıklanmamış bilgiler hariç olmak üzere, şirket ile ilgili finansal ve finansal olmayan bilgilerin, zamanında, doğru, eksiksiz, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük maliyetle kolay erişilebilir bir şekilde kamuya duyurulması yaklaşımıdır” şeklinde tanımlanmıştır. TÜSİAD’a göre şeffaflık ise, “mali ve operasyonel performansın, kurumsal yönetim ve hissedarlık yapısıyla ilgili yeterli, doğru ve kıyaslanabilir bilginin zamanlı bir şekilde açıklanması, raporlanması ve tartışılmasıdır”<sup>58</sup>.

Şeffaflık ilkesi ile şirketin mali durumu, performansı ve yönetim yapısı gibi temel konularla, ticari sır niteliğinde olmayan doğru, açık ve yeterli bilginin uygun zamanda kamuya açıklanması sağlanmaya çalışılmaktadır. Böylelikle, şirketin işleyişi hakkında tüm ilgililer bilgi sahibi olmuş olurlar. Bu durum hem pay sahiplerinin hem de yatırımcıların şirkete güven duymalarını sağlar. Şeffaf bir yönetim, şirkete sermaye çekmenin en önemli unsurlarından birini oluşturur. Yatırımcıların, şirketleri gerçek anlamda inceleyebilmesi, gerçek piyasa değerlerini anlayabilmesi, performanslarını karşılaştırabilmesi ve kendisi için en doğru yatırım kararını verebilmesi bu ilkenin hayata geçirilmesi ile elde edilebilir. Bunun gerçekleşebilmesi için de, kamuya açıklanan bilgilerin şirketin mevcut durumunu bir bütün olarak, kapsamlı, anlaşılabilir ve gerçeğe uygun şekilde yansıtması gerekir. Ayrıca açıklanan bilgiye erişiminde ilgililer açısından düşük maliyetli olması gerekir<sup>59</sup>.

Şirket yönetiminde söz sahibi olan ortaklar ile şirket yöneticilerinin, şeffaflık kavramının kurumsal yönetim açısından taşıdığı önemin far-

<sup>56</sup> DOĞAN, Mustafa: Kurumsal Yönetim, Ankara 2007, s.52.

<sup>57</sup> DEMİRBAŞ, Mahmut / UYAR, Süleyman: Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi, İstanbul 2006, s.23.

<sup>58</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

<sup>59</sup> PASLI: s.74.

kında olmaları, tüm menfaat grupları ile ilişki içinde olarak, onları bilgilendirerek faaliyetlerini sürdüren bir anonim şirketin sağladığı güven ortamı sayesinde değerini artıracaklarını, bu durumun kısa vadede olmasa bile orta ve uzun vadede mutlaka şirketin yararına sonuçlar doğuracağını anlamaları gerekir. Gerekli bilgiye sahip olmayan bir kişinin haklarını ve menfaatlerini savunması mümkün değildir. Menfaat gruplarının birbirleri ile ilişki içinde olabilmeleri, şirket işlerine yönelik bir katılım isteklerinin bulunması, ancak gerekli bilgilere yeterli düzeyde sahip olmaları durumunda söz konusu olabilir<sup>60</sup>.

Yönetim kurulu, içsel bir yönetim aracı olarak şirketin şeffaflık düzeyine karar verebilir. Şeffaflık düzeyi arttıkça şirketin sağlayacağı faydalarla beraber maliyetler de artmaktadır. Daha yüksek şeffaflık, yönetim kurulunun CEO'nun eylemlerini daha iyi denetlemesi ve değerlendirmesini sağlar. Ancak daha şeffaf olmanın maliyeti de vardır. Piyasanın, CEO'nun eylemlerini daha açık bir şekilde gözlemleyebilmesi CEO'nun nitelik ve yeteneklerinin de daha açık bir şekilde görülmesine neden olur. Bu, CEO açısından bir kariyer riskidir. CEO bu risk karşılığında daha yüksek bir ücret talep eder ve bu şirketin maliyetlerini artırıcı bir etki yapar<sup>61</sup>.

Şeffaflık, elektronik ortamla birlikte yeni bir anlam ve boyut kazanmıştır. İletişim teknolojisinin faydalarından anonim şirketlerin yararlanmasından dolayı, internet üzerinden menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması sağlanmış olacaktır<sup>62</sup>. 6102 sayılı TTK'da şeffaflık, şekli ve maddi aleniyete ilişkin birçok hüküm yanında şirket internet sitelerinin kurulması (m.1524), elektronik ortamda genel kurul ile Türk muhasebe standartlarına göre çıkarılan finansal tablolar ve bunların Türk denetim standartlarına göre denetlenmesi sayesinde gerçekleştirilmiştir.

## B. HESAP VEREBİLİRLİK

Hesap verebilirlik, karar alan ve faaliyette bulunan tüm kişilerin, verdikleri kararlar ve yaptıkları faaliyetlerden sorumlu ve hesap verme zorunluluğunda olmalarını ifade eden bir ilkedir. Hesap verebilirlik ilkesi hem sorumluluk hem de şeffaflık ilkesi ile iç içe olmalıdır. Bu ilke, pay ve

<sup>60</sup> PASLI: s.75-76.

<sup>61</sup> HERMALIN, Benjamin E. / WEISBACH, Michael S.: Transparency and Corporate Governance, NBER Working Paper No: 12875, January 2007, s. 19.

<sup>62</sup> CAN, Mustafa: ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009, s.71.

menfaat sahiplerinin şirket yönetiminin aldığı kararları ve faaliyetlerini sorgulamasını da sağlar. Ayrıca, alınan kararların doğruluğunu kanıtlama ve sorumluluğunu kabullenme gerekliliğine işaret etmektedir<sup>63</sup>. Böylece yöneticilerin beklenmedik kararlar alma eğilimlerinin azalması, temsil sorunları içerisinde önemli yer tutan, yöneticilerin kendi çıkarlarını şirket çıkarlarının önünde tutma eğilimlerinin ve pay sahipleri ile yöneticiler arasında yaşanan çıkar çatışmalarının azalması beklenebilir<sup>64</sup>.

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde hesap verebilirlik; “yönetim kurulu üyelerinin esas itibarıyla anonim şirket tüzel kişiliğine ve dolayısıyla pay sahiplerine karşı olan hesap verme zorunluluğunu” ifade eder. TÜSİAD ise hesap verebilirliği; “yönetime ilişkin kural ve sorumlulukların açık bir şekilde tanımlanması, şirket yönetimi ve pay sahipliği çıkarlarının paralellığının yönetim kurulu tarafından gözetilmesi, şirket içindeki birimler arasında rol dağılımları, karar verme yetkileri ve performans sorumluluğu” olarak tanımlamaktadır<sup>65</sup>. Hesap verilebilirliğin artması ile birlikte şirket yöneticilerinin beklenmedik kararlar alma eğilimleri sınırlanacak ve alınan kararlara taraf olanların güvenleri zedelenmeyecektir<sup>66</sup>.

Anonim şirketin yönetiminde bulunan kişiler ile şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerinin her zaman aynı doğrultuda olmaması, bu ilkenin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Yöneticilerin görev ve sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi, pay sahipleri ile olan ilişkilerinin belirli kurallara bağlanması ve bu sisteminde objektif olarak sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekir. Çünkü yöneticilerin başarı düzeyleri, şirketin verimliliği ve performansının belirleyicisi durumundadır. Yöneticilerin aldıkları kararlarda bağımsız olmaları, şirketin gerçek değerine ulaşması ve belirli grupların menfaatleri doğrultusunda işlem yapmalarının önlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Şirketin karar alma mekanizması içerisinde yer alan kişilerin, aldıkları kararlardan dolayı sorumlu olmaları ve hesap verme zorunluluğu altında olmaları gerekir. Bu bakımdan, anonim şirket yöneticilerinin bağımsızlığının beklenen faydayı verebilmesi, etkin bir sorumluluk sistemi içerisinde faaliyette bulunmalarına,

---

<sup>63</sup> DEMİRBAŞ / UYAR: s.23.

<sup>64</sup> DOĞAN: s.54.

<sup>65</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

<sup>66</sup> TUZCU: s.24.

her türlü işlemlerinden dolayı hesap vermelerinin gerekmesine bağlıdır<sup>67</sup>.

Hesap verebilirlik, şirket içinde görev ve yetki dağılımının sağlıklı yapılmasını, kimin kime karşı sorumlu bulunduğunun belirlenmesini ve ortaklığın zararına yol açan işlem ve eylemlerin yaptırımının şirketin iç işleyişinde yaptırma bağlanmasını gerektirmektedir. Yönetim teşkilatının örgütlenmesi, farklı yetki mekanizmalarının oluşturulması durumunda, dikey ve yatay yetki dağılımının rasyonelleştirilmesi, hesap verebilirliğin zorunlu sonucudur<sup>68</sup>.

Anonim şirket işletme örgütü içerisinde bulunan CEO'ların, ister yönetim kurulu üyesi olsunlar ister olmasınlar, hesap verebilirlik ilkesi içerisinde dâhil edilmeleri gerekmektedir. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin bu kişiler üzerindeki gözetim yükümleri de bu ilkenin kapsamı içerisinde. Bu yüzden de bu hallerde, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine ve şirkete karşı olan hesap verme sorumlulukları, sona ermez sadece şekil değiştirir<sup>69</sup>. CEO'ların görev ve sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi, pay sahipleri ile olan ilişkilerinin belirli kural ve önceliklere bağlanması ve bununla birlikte bu sisteminde de sıkı şekilde denetlenmesi bu ilke doğrultusunda faydalı olacaktır.

6102 sayılı TTK.'da hesap verebilirlik, yeni muhasebe ve denetleme düzeni ile bağlılık raporlarının düzenlenmesi, açıklama ve bildirim yükümlülükleri öngörülmesi ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerle sağlanmıştır.

### C. SORUMLULUK

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde sorumluluk; "şirket yönetiminin anonim şirket adına yaptığı tüm faaliyetlerinin mevzuata, esas sözleşmeye ve şirket içi düzenlemelere uygunluğunu ve bunun denetlenmesini" ifade eder. TÜSİAD.'a göre sorumluluk ise, "şirket faaliyeti ve davranışlarının ilgili mevzuata, toplumsal ve etik değerlere uygunluğunun sağlanması, yöneticilerin hissedarlar için değer yaratmak amacıyla çalışmalarını ve bu doğrultuda ödüllendirilmeleri ya da cezalandırılmalarıdır"<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> PASLI: s.76.

<sup>68</sup> Kurumsal Yönetim İlkeleri Bağlamında Genel Kurulun ve Yönetim Kurulunun Karşılıklı Konumu, TKYD. ve Deloitte Ortak Yayını, No:7, İstanbul 2008, s.15.

<sup>69</sup> PASLI: s.77-78.

<sup>70</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

Sorumluluk ilkesi, doğruları teşvik eden, yanlışları cezalandıran bir kontrol mekanizmasıdır. Yönetimin esas sorumluluğu, şirkete doğru hedefler koymak ve bunları uygulamaktır. Bu ilke, şirketin kanunlara ve toplumsal değerleri yansıtan düzenlemelere uygunluğunu güvence altına almaktadır. Şirketle ilgili olarak alınan kararlar ve gerçekleştirilen uygulamalar hakkında şeffaf olunması, bu uygulamalar hakkında kamunun aydınlatılması kadar yapılanların sorumluluğunun da üstlenilmesi gerekir. Yaptıkları dolayısıyla sorumlu tutulmayan bir şirket yönetiminin, pay sahipleri ve menfaat gruplarının beklentisini dengeleyecek bir şekilde davranması beklenemez<sup>71</sup>.

Sorumluluk ilkesi, genel anlamda anonim ortaklık tüzel kişiliğinin ve bu bağlamda şirket yöneticilerinin, anonim şirketin dışında kalan ancak şirket işleyişinden etkilenen tüm ilgililerin, diğer bir ifade ile pay sahipleri dışındaki ilgililerin de (*stakeholders*) menfaatlerini karar alma sürecinde göz önüne almalarını, onlara da bazı haklar tanınmasını, bu menfaat grupları ile sıkı bir işbirliği içine girilmesini ifade eder. Buradaki amaç, toplum içindeki sosyal değerleri yansıtan kanun ve diğer tüm düzenlemelere uygun bir şekilde şirketin faaliyetlerini yerine getirmesini sağlamak, ilgili gruplarla olan ilişkilerde yasal mevzuatla sınırlı kalmaksızın anonim şirketin ekonomik, sosyal ve politik tüm fonksiyonlarını göz önüne alan bir yönetim anlayışının sağlanmasıdır<sup>72</sup>.

Sorumluluk, anonim şirketin sadece herhangi bir şekilde ilişki içinde olduğu ilgili gruplara yönelik değildir. Aynı zamanda bu kavram, anonim şirketin sosyal rolünü de ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda kabul edilen durum, anonim şirketin eğitim, insan hakları, çevre kirliliğinin önlenmesi gibi daha geniş bir alana yayılan sosyal sorumlulukları bulunan bir kurum olduğudur. Böylelikle geleneksel pay sahibi anlayışı terk edilmekte, pay sahiplerinin menfaatleri ile sosyal sorumlulukları arasındaki denge, anonim şirketin toplum içi meşruiyetinin anahtarı olarak ele alınmaktadır<sup>73</sup>.

6102 sayılı TTK.'da sorumluluk, farklılaştırılmış teselsül uygulaması ile kurumsal yönetime gönderme yapan modern sorumluluk anlayışını işaret etmektedir.

---

<sup>71</sup> TUZCU: s.25.

<sup>72</sup> PASLI: s.78.

<sup>73</sup> PASLI: s.79.

#### **D. ADİL YÖNETİM**

Bu ilke, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerinin kanunla veya esas sözleşme ile elde ettikleri hakların gerektiği gibi ve yeterli bir şekilde korunmasını, menfaat grupları arasındaki çıkar çatışmalarının engellenmesini ve şirketin işleyişi ile ilgili olan faaliyetlerde dürüstlük kurallarına aykırı hiçbir ayırım yapılmayacağını ifade eder. Bu durum, pay sahiplerinin şirkete karşı kendilerini güven içerisinde hissetmelerini sağlamakla birlikte, şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin haksız ve yolsuz işlemleri ile zarara uğramayacakları hakkında yeterli bir güvence oluşturur<sup>74</sup>.

Şirket yöneticileri faaliyetlerini yerine getirirken alınan kararlardan etkilenen tüm kesimlere eşit mesafede olmalıdır. Bu adil yönetim anlayışına sahip olunmasının bir gereğidir. Başka bir deyişle, yönetimin faaliyetleri ile ilgili olarak, konu ile ilgili tüm taraflara açıklanabilecek nitelikteki bilginin, bu bilgiyi kullanacak pay ve menfaat sahiplerine eş zamanlı ve eşit bir şekilde ulaştırılması adil bir yönetimin koşuludur<sup>75</sup>.

SPK. Seri: IV No:54 sayılı tebliğde adil yönetim, şirket yönetiminin tüm faaliyetlerinde, pay ve menfaat sahiplerine eşit davranmasını ve olası çıkar çatışmalarının önüne geçilmesini ifade eder. TÜSİAD.'a göre adil yönetim ise, azınlık ve yabancı pay sahipleri dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerinin haklarının korunması ve çıkarlarının eşit gözetilmesidir<sup>76</sup>. Adil yönetim, 6102 sayılı TTK.'da farklılaştırılmış teselsül ve eşit işlem ilkeleri ile somutlaştırılmıştır.

#### **V. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİNİN UYGULAMAYA YANSIMASI**

Kurumsal yönetim her şeyden önce kontrol etme ve karar alma gücüyle ilgilidir. Ülkelerin kültürel ve tarihsel yapıları, siyasi koşulları farklı olduğundan kurumsal yönetim sistemleri de farklıdır. Kurumsal yönetim sistemlerindeki bu farklılıklar, küresel piyasalarda ülkelere rekabet avantajı da sağlayabilmektedir. Ancak, herhangi bir sistemin diğerine mutlak

---

<sup>74</sup> PASLI: s.72-73.

<sup>75</sup> TUZCU: s.25; DEMİRBAŞ / UYAR: s.24.

<sup>76</sup> Sermaye Piyasaları İçin Örnek Şirket Yapısı, Haziran 2005 (TÜSİAD Yayın No.06/403), s.32

üstünlüğü söz konusu olmamakta, avantajlar bulunulan ortama bağlı olarak değişmektedir<sup>77</sup>. Tüm ülkeler için geçerli olan tek tip bir kurumsal yönetim modeli bulunmamakla birlikte, küreselleşen piyasalar, borsaların oluşturdukları kurallar, satın alma ve devralmalar ile şirket değerlemeleri kurumsal yönetim anlayışlarında büyük ölçüde yakınlaşma oluşturmaktadır<sup>78</sup>.

Kurumsal yönetim, ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde daha sonra da İngiltere'de ortaya çıkmış; özellikle 1990'lı yıllarda kıta Avrupa'sında ve tüm dünyada, hukuk, ekonomi ve bunların alt disiplin dallarında yoğun bir şekilde gündeme gelen hem teorik olarak hem de uygulama açısından önemli bir araştırma konusu haline gelmiş bir kavramdır<sup>79</sup>. Anonim şirket yönetiminde söz sahibi olan kişilerin, ortaklığın kötü performansına rağmen kendi maddi tatminlerini ön plana alan yönetim anlayışları karşısında, kurumsal yatırımcılar, anonim ortaklık yönetimine ve bu bağlamda kurumsal yönetim kavramına daha büyük bir önem vermeye başlamışlardır. Anonim şirket yapısı içerisinde bu tür suiistimallerin özellikle 1980'li yıllarda artmasıyla beraber, bu duruma bir tepki olarak 1990'ların başından itibaren önemli kurumsal yatırım kuruluşlarının başını çektiği bir kurumsal yönetim ilkeleri hazırlama süreci başlamıştır<sup>80</sup>.

### A. İNGİLTERE'DE

Kurumsal yönetimde uygulanması gereken ilkelere ilişkin yapılan ilk çalışmalar, 1991 yılının Mayıs ayında İngiliz ekonomist Sir Adrian Cadbury başkanlığında, Londra Menkul Kıymetler Borsası ve Finansal Raporlama Konseyi tarafından oluşturulan kurul tarafından yapılmaya başlanmıştır. Bu komitenin kuruluş amacı, Coloroll ve Poly Peck gibi şirketlerde yaşanan ani iflaslar ile borsada işlem gören şirketlere karşı yatırımcılar tarafından duyulan güven bunalımıdır. Komite çalışmalarına devam ederken yaşanan iki büyük şirket (Bank of Credit and Commerce International (BCCI) ve Maxwell Group) skandalı da komitenin çalışmalarının önemini ve aciliyetini artırmıştır.

Bugünkü anlamda kurumsal yönetim kavramı ilk olarak, İngiltere'de Sir Adrian Cadbury başkanlığındaki bu komite tarafından hazırlanan ve

<sup>77</sup> ÖZSOY: s.11.

<sup>78</sup> DARMAN, Güler Manisalı: Küresel Ekonomilerde Kurumsal Yönetim Anlayışı ve Türkiye, Ankara 2008, s.11-12.

<sup>79</sup> PULAŞLI: s.1.

<sup>80</sup> PASLI: s.18-20.



kısaca "Cadbury Raporu" olarak da adlandırılan 1992 tarihli raporda (The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance) ele alınmıştır. Bu raporun yayınlanması ile kurumsal yönetim alanında, ekonomik açıdan gelişmiş devletlerde uluslararası bir tartışma dönemini başlatmış ve bu konudaki çalışmalar büyük bir ivme kazanmıştır. Başka bir deyişle, kurumsal yönetimin Cadbury Raporu ile dünya gündemine çıktığı söylenebilir.

İngiltere'de "kurumsal yönetimin mali görünümü" konusunu görüşmek üzere toplanan komitenin hazırladığı Cadbury raporu, içerdiği kurallar ve anonim şirket yönetimine getirdiği bakış açısı ile "kurumsal yönetim" alanında bir dönüm noktası niteliğindedir. Ayrıca hem İngiltere'de daha sonra yayınlanan "Greenbury" ve "Hampel" raporlarının, diğer ülkelerin ulusal raporlarının hem de uluslararası örgütler nezdinde hazırlanan raporların öncüsü niteliğindedir<sup>81</sup>.

Cadbury raporunda üzerinde durulan önemli konular kısaca şu şekildedir: Yönetim kurulu başkanının kurumsal yönetim uygulamalarının güvencesi olduğu ve görevlerinin doğası gereği yönetim kurulu başkanlığı ile CEO sıfatlarının aynı kişide birleşmemesi gerektiği, aksi takdirde şirket içinde güç dengesinin bozulacağı ve elde edilen gücün dengelenmesinin zor olacağı belirtilmiştir. Bu ayırım yapılamadığı takdirde, yönetim kurulunun güçlü bir bağımsız üyelik yapısına sahip olması gerektiği vurgulanmıştır<sup>82</sup>.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetimin standartlarının belirlenmesi ve korunması açısından önemli bir ölçüt olduğu, bu üyelerin şirketin stratejisinin, performansının, kaynaklarının kullanımının ve yönetim standartlarının doğru değerlendirilmesi üzerindeki etkisine değinilmiştir. Ayrıca en az üç bağımsız üyenin yönetim kurulunda yer alması gerektiği de belirtilmiştir<sup>83</sup>. Bağımsız yöneticilerin ücretlerinin belirlenmesinde de onların bağımsızlıklarını zedelemeyecek şekilde yap-

---

<sup>81</sup> PASLI: s.21, dn.41.

<sup>82</sup> The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.9

<sup>83</sup> The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.10-4.11.

tıkları katkılarda dikkate alınarak orta yolun bulunması gerektiği vurgulanmıştır<sup>84</sup>. Yönetim kurulu içerisinde çoğunluğu bağımsız en az üç üyeden oluşan bir denetim komitesi oluşturulması ve bağımsız denetçinin de, şirketin finans yöneticisi ile birlikte komitenin toplantılarına katılması da öngörülmüştür<sup>85</sup>.

Sir Richard Greenbury başkanlığındaki “Yöneticilere Yapılan Ödemeler Çalışma Grubu” (*The Study Group of Directors’ Remuneration*), şirket yöneticilerine ödenen maaş ve sağlanan diğer menfaatler konusunda düzenlemeler yapmak amacıyla kurulmuştur. Komitenin yaptığı “Directors’ Remuneration” başlığını taşıyan çalışma, Temmuz 1995’te bir rapor şeklinde sunulmuştur. Bu raporda, yönetim kuruluna yapılan ödemelerde daha fazla şeffaflığı teşvik etmek ve halka açık şirketlere üst düzey yöneticilerinin kazançları ile ilgili detaylı açıklama zorunluluğu getirilmektedir. Raporun temel amacı; her yıl şirketin üst düzey yöneticilerinin ücretlendirme politikasını tam olarak raporlamak üzere bağımsız yönetim kurulu üyelerince oluşturulan ücret komitesinin kurulması ve yönetim kurulu üyelerinin kazançlarının belirlenmesi için performans ölçütlerinin oluşturulması şeklinde özetlenebilir.

İngiltere’de 1995 yılının Kasım ayında kurumsal yönetim komitesi oluşturulmuştur. Bu komite Cadbury ve Greenbury komitelerinin hazırladıkları raporların bulgu ve sonuçlarını çalışmalarına esas almış ve uygulamada ortaya çıkan sorunları da göz önüne alarak daha güncel bir rapor hazırlamıştır. Sir Ronald Hampel’in başkanlığında hazırlanan ve Hampel raporu olarak bilinen rapor Ocak 1998’de “*Committee on Corporate Governance - Final Report*” adıyla yayınlanmıştır. Bu rapor, Cadbury Raporu’ndan sonraki süreçte ortaya çıkan değişiklikler ışığında, pay sahiplerinin hakları, genel kurul toplantılarının düzenlenmesi ve kurumsal yatırımcıların şirket yönetimi ile ilişkileri konularında ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.

Bu düzenlemelerden sonra İngiltere’de kurumsal yönetime ilişkin olarak yapılan temel düzenlemelerden bazıları; “Turnbull Report 1999”, “Smith Report 2003”, “Higgs Report 2003”, “The Combined Code on Corporate Governance 2000”, “The UK Corporate Governance Code 2010” (en son Eylül 2012’de güncellendi).

<sup>84</sup> The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.13.

<sup>85</sup> The Cadbury Committee Report: Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992, para. 4.35b-c.

## B.OECD'DE

1990'lı yıllarda Güneydoğu Asya'da gelişmekte olan piyasalarda ortaya çıkan yüksek büyüme hızları, 1997 yılında kriz ortamının oluşmasıyla duraklamaya ve tersine sermaye akışına dönüşmeye başlamış ve anılan ülkelerin ekonomileri ciddi zarara uğramıştır. Güneydoğu Asya'da yaşanan krizde, şirketlerin ellerindeki kaynakları verimsiz bir şekilde kullanmaları ve bunun yatırımcılar tarafından izlenememesi krizin boyutlarını büyütürken, gelişmekte olan piyasalarda yatırımcıların korumasız kalmaları ve zayıf kurumsal yönetim uygulamaları gündeme gelmiştir.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) 1998 yılında kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin öneriler geliştirmek üzere 29 üye ülkenin temsilcileri ile Avrupa Birliği Komisyonu, Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF), Uluslararası Ödemeler Bankası (Bank for International Settlement-BIS) ve Uluslararası Menkul Kıymetler Komisyonu (International Organization of Securities Commissions) temsilcilerinden oluşan bir çalışma grubu oluşturmuştur<sup>86</sup>. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından hazırlanıp 1999 yılında yayınlanan ve 2004 yılında revize edilen OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, bu alanda önemli bir kilometre taşı olmuştur. Bu ilkelerin hazırlanıp yayınlanmasında 1997-1998 dönemindeki Asya krizi önemli rol oynamıştır.

OECD kurumsal yönetim ilkeleri, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilkeler beş başlık halinde düzenlenmiştir. Bunlar; pay sahiplerinin hakları, pay sahiplerinin eşit işlem görmesi, kurumsal yönetimde menfaat sahiplerinin rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile yönetim kurulunun sorumluluklarıdır. İkinci bölümde ise, birinci bölümde belirtilen ilkeler üzerine açıklayıcı notlar yer almaktadır. Bu notlar, kurumsal yönetim ilkelerini daha işlevsel hale getirmek için yararlı olabilecek hakim eğilimlere ilişkin açıklamaları, seçenekleri ve örnekleri içermektedir<sup>87</sup>.

OECD kurumsal yönetim ilkeleri, bağlayıcı olmamakla birlikte hükümet ve şirketlerin kendi yönetim anlayışlarını gözden geçirmeleri ve belirlenen standartları hayata geçirmeleri konusunda önemli bir rehber olmuştur. Değişen koşullar ve kurumsal yönetim kavramındaki sürekli gelişmeler, çalışmanın yenilenmesini gerekli kılmış ve yapılan çalışmalar 2004 yılında yayınlanmıştır. Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. 1999 yılındaki kurumsal yönetim ilkelerinden farklı olarak ilkeler beş yerine

<sup>86</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 1999, s.10.

<sup>87</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 1999, s.13.

altı başlık halinde düzenlenmiştir. Yeni olan başlık “Etkin Kurumsal Yönetim Yapısının Temelinin Sağlanması”dır. Pay sahiplerinin hakları başlığı da “Pay sahiplerinin Hakları ve Temel Sahiplik İşlevleri” şeklinde genişletilerek düzenlenmiştir<sup>88</sup>.

OECD tarafından açıklanan bu kurumsal yönetim ilkelerini kısaca özetlemek gerekirse;

Etkin kurumsal yönetim yapısının temelinin sağlanması için, kurumsal yönetim yapısı, şeffaf ve etkin piyasaları teşvik etmeli; bu durum kanunlarla tutarlılık arz etmeli ve farklı denetleme, düzenleme ve yürütme makamları arasında sorumluluk dağılımı açıkça yapılmalıdır. Bu makamlar, profesyonel ve objektif bir şekilde görevlerini yerine getirebilmelerini sağlayacak yetki ve kaynaklara sahip olmalı, aynı zamanda getirdikleri kurallar, şeffaf ve tamamen açıklanmış olmalıdır<sup>89</sup>.

Pay sahipliği hakları ve temel mülkiyet işlevlerinin sağlanabilmesi için, kurumsal yönetim yapısı, pay sahiplerinin haklarını korumalı ve bu hakların kullanılabilmesini kolaylaştırmalıdır. Temel pay sahipliği hakları; payların devredilmesini, zamanında ve düzenli olarak şirket hakkında açıklayıcı bilgi elde edilmesini, genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanılmasını, yönetim kurulu üyelerini seçme ve azletme ve şirketin kârından pay alma haklarını kapsamalıdır. Pay sahipleri; kuruluş sözleşmesinde veya esas sözleşmede yapılan değişiklikler, yeni pay senedi çıkarma ve olağanüstü işlemler gibi, şirketle ilgili köklü değişiklikleri ilgilendiren kararlara katılma ve bu kararlar hakkında yeterince bilgilendirilme hakkına sahip olmalıdır<sup>90</sup>.

Pay sahiplerine eşit işlemde bulunulması için, kurumsal yönetim yapısı, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dâhil, bütün pay sahipleri bakımından eşit işleme tâbi tutulmanın güvence altına alması gerekir. Bu hakların ihlâl edilmesi halinde, pay sahipleri tazminat elde etme fırsatına sahip olmalıdır. Aynı türdeki paylara sahip pay sahiplerine eşit işlemde bulunulmalı ve içeriden öğrenenlerin ticareti (*insider trading*) ve usulsüz kişisel işlemler yasaklanmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin ve icra yetkisi

---

<sup>88</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.14.

<sup>89</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.29-31.

<sup>90</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.32-38.

olan yöneticilerin, şirketi etkileyen işlem ve konularla ilgili doğrudan, dolaylı veya üçüncü kişiler adına maddi çıkar konusu olabilecek her türlü bağlantılarını da yönetim kuruluna açıklamaları gerekmektedir<sup>91</sup>.

Menfaat sahiplerinin hakları bakımından, kurumsal yönetim yapısı, bu hakları kanunlarda veya sözleşmelerde belirtildiği şekilde tanımalı, refah ortamı ve yeni iş alanları yaratmada şirketler ile menfaat sahipleri arasında etkin işbirliği sağlamalıdır. Menfaat sahipleri, haklarının ihlali dolayısıyla tazminat elde etme imkânına sahip olmalıdır. Çalışanların katılımı açısından performans geliştirici mekanizmaların oluşturulmasına izin verilmelidir. Menfaat sahipleri, kurumsal yönetim sürecine katıldıkları durumlarda, zamanında ve düzenli olarak konuyla ilgili, yeterli ve güvenilir bilgilere erişebilmelidir. Çalışanlar ve onların temsilcileri de dâhil olmak üzere menfaat sahipleri, kanunlara aykırı ve etik olmayan uygulamalar hakkındaki kaygılarını yönetim kuruluna serbestçe iletebilmeli ve bu şekilde hareket etmeleri dolayısıyla hakları tehlikeye girmemelidir<sup>92</sup>.

Kamunun aydınlatılması ve şeffaflığın sağlanabilmesi için, kurumsal yönetim yapısı, şirketin mali durum performansı ve yönetimi de dâhil olmak üzere şirketle ilgili bütün esaslı konularda doğru ve zamanında açıklama yapılmasını sağlamalıdır. Açıklamaların genel itibarıyla şu bilgileri içermesi gerekir: Şirketin mali durumu ve faaliyet sonuçları, kâr-zarar hesabı, şirket hedefleri, büyük pay sahipleri ve oy hakları, yönetim kurulu üyeleri ve CEO'larla ilgili ücret politikası ve bu kişilerin nitelikleri, seçim süreci, diğer şirketlerdeki üyelikleri ve bağımsız olarak görülüp görülmedikleri de dâhil yönetim kurulu üyeleri hakkındaki bilgiler, öngörülebilir risk faktörleri, çalışanlar ve diğer menfaat sahipleri ile ilgili konular, kurumsal yönetim yapısı ve politikaları. Bu bilgiler, muhasebe ve denetim standartlarına uygun olarak hazırlanmalı ve açıklanmalıdır. Dış denetçiler, pay sahiplerine karşı sorumlu olmalı ve denetimin gerçekleştirilmesinde gerekli özeni göstermek açısından şirkete karşı yükümlü olmalıdır. Bilgi yayma kanalları, ilgili bilgiye, kullanıcılar tarafından adil bir biçimde, zamanında ve düşük maliyetle erişilmesini sağlamalıdır<sup>93</sup>.

Yönetim kurulunun sorumlulukları bakımından, kurumsal yönetim yapısı, şirketin stratejisini belirleme, yönetimin etkin denetimi ile şirkete ve pay sahiplerine karşı hesap verme yükümlülüğünü sağlamalıdır. Yöne-

---

<sup>91</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.40-45.

<sup>92</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.46-48

<sup>93</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.49-56.

tim kurulu üyeleri, tam bilgilenmiş olarak, gerekli özeni göstererek, şirketin ve pay sahiplerinin çıkarları doğrultusunda hareket etmelidir. Yönetim kurulu kararlarının farklı pay gruplarını farklı şekilde etkilediği durumlarda, yönetim kurulu bütün pay sahiplerine adil davranmalıdır. Yönetim kurulu bazı temel işlevleri yerine getirmelidir: Bunlar; şirket stratejisini, risk politikalarını, yıllık bütçeyi ve is planlarını yönlendirmek ve gözden geçirmek; performans hedeflerini saptamak; uygulamaları ve şirket performansını denetlemek ve büyük sermaye harcamalarını, devralmaları ve malvarlığı satışlarını yönetmek; şirket kurumsal yönetim uygulamalarının etkinliğini kontrol etmek ve gerektiğinde değişiklikler yapmak; icra yetkisine sahip yöneticileri seçmek, ücretlerini belirlemek, denetlemek, gerektiğinde değiştirmek ve yönetimin sorunsuz şekilde el değiştirmesini sağlamak; CEO, yönetim kurulu üyeleri ve pay sahiplerinin olası çıkar çatışmalarını kontrol ve idare etmek; bağımsız denetim dâhil olmak üzere şirketin muhasebe ve mali raporlama sistemlerinin güvenilirliğini sağlamak; kamuyu aydınlatma ve iletişim süreçlerine nezaret etmektir. Yönetim kurulu, şirket işlerinde objektif bağımsız karar verebilme yeteneğine sahip olmalı ve sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için, yönetim kurulu üyeleri gerçeğe uygun, konuyla ilgili ve geçerli bilgiye ulaşabilme olanağına sahip olmalıdır<sup>94</sup>.

Bu gelişme ile birlikte başlayan tartışmalar sonucunda kurumsal yönetim konusunda uluslararası alanda kod (code), kodex (codex), rehber (guidelines) gibi çeşitli adlar altında ilkeler ve prensipler oluşturulmuştur. Kurumsal yönetim düzenlemelerinin iş hayatının gerçeklerine ve piyasalardaki gelişmelere bağlı olarak gözden geçirilip yeniden düzenlenebilir bir yapıya sahip olması, ülkelerde mevcut kurumsal yönetim ilkelelerinin periyodik olarak revize edilmesine olanak tanımıştır.

### **C.AMERİKA BİRLEŞİK DEVLERİ'NDE**

Muhasebe ve yönetim skandallarında domino etkisinin başlangıç noktasını, Enron'un iflası oluşturmuştur. ABD'nin en büyük enerji üretim ve dağıtım şirketi olan Enron'un 02.12.2001 tarihinde iflas etmesi, ABD ekonomisinin yanında dünya genelinde de büyük bir deprem etkisi yaratmıştır. Enron olayını karmaşık hale getiren, pek çok yanlış uygulamanın aynı anda bir araya gelmiş olmasıdır. Bu olayın bileşenlerini dört ana grupta toplamak mümkündür. Bunlar; yanlış yönetsel kararlar, mesleki

---

<sup>94</sup> OECD Principles of Corporate Governance, Paris 2004, s.58-66.

bilgi eksikliği, muhasebe ve denetim standartlarındaki boşluklar ve yanlış muhasebe uygulamalarıdır<sup>95</sup>. Bu iflası, Worldcom, Global Crossing, Tyco, Adelphia gibi büyük şirketlerin iflası izlemiştir.

Skandalların ortaya çıktığı bu dönemde şirketlerin CEO'ları, şirket hisse senedi fiyatlarının gerçek değerlerinin çok üzerinde olacak şekilde yükseltilmesini, başka bir deyişle suni hisse senedi fiyat artışlarını teşvik etmişlerdir. Oysa şirketler, bu yüksek hisse senedi değerine karşılık gelen yüksek bir performans gösterememişlerdir. 2000'li yıllarda yaşanan skandallar bir taraftan şirket yöneticilerinin piyasalara göndermiş oldukları yanlış sinyallerin, diğer taraftan yeni olan ileri teknoloji, iletişim, internet gibi sektörlerde faaliyet gösteren firmaların hisse senetlerine yatırımcıların fazlaca değer kazandırmalarının ve çeşitli menfaat çatışmalarının sonucu olmuştur. Nitekim Enron olayında, şirketin gerçek değeri 30 milyar \$ olmasına karşın piyasa değeri 70 milyar \$'a çıkmıştır. Aradaki 40 milyar \$'lık farkı karşılayacak bir yatırım ya da şirket değerini artıracak bir gelişme olmadığından, şirket kısa sürede düşüş yaşayarak batmıştır<sup>96</sup>.

Ocak 2002'de ABD Senatosu, Senato Araştırma Komitesi'nin Enron olayını derinlemesine inceleyeceğini açıklamış ve komite raporunda; Enron'un iflasında, yöneticilerin yüksek riskli ve menfaat çatışmaları içeren işlemlere giriştiği, bazı işlemlerin mali tablolara yansıtılmadığı ve kamuya açıklanmadığı, yönetim kurulu üyelerinin bağımsız olmadığı; ayrıca yöneticilere çok yüksek mali haklar sağlandığı tespitlerine ulaşmıştır<sup>97</sup>. Raporda ayrıca, şirket yönetim kurulunun toplantılardan önce toplantı gündemini tamamen şirket yönetimi ile yaptığı görüşmeler doğrultusunda şekillendirdiği, komite toplantılarda Enron yönetiminin şirkete ilişkin gelişmeler hakkında sunumlar yaptığı, komite üyelerinin bunun dışında çalışmalar yapmadıkları, yönetim kurulunun, adeta Enron yönetiminin sunumlarından ibaret olan komite toplantıları dışında gerek kendi

<sup>95</sup> SARIOĞLU, Kerem: Enron Olayı (Vak'a), Yönetim Dergisi, Ocak 2002, S:41, s.50.

<sup>96</sup> JENSEN, Michael C. / MURPHY, Kevin J. / WRUCK, Eric G.: Remuneration: Where We've Been, How We Got To Here, What Are The Problems, and How To Fix Them, ECGI Finance Working Paper, No.44/2004, July 2004, s.44-46.

<sup>97</sup> The Role of The Board of Directors in Enron's Collapse, Report Prepared by the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate, Washington 2002, s.3.

içinde gerek çalıştıkları bağımsız denetim şirketi olan Arthur Anderson ile iletişim içinde olmadığı tespit edilmiştir<sup>98</sup>.

Enron olayında şirket işleyişinin CEO güdümlü bir hâl aldığı görülmektedir. Yönetim kurulu tamamen CEO'nun yönlendirmesi ile hareket eden, gözetim görevini yerine getirmeyen, yönetimin önüne sunduğu iş ve kararları onaylayan etkisiz bir mekanizma olmaktan öte gidememiş, yöneticiler de tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda şirket pay sahipleri aleyhine hareket ederek şirketin sonunu hazırlamışlardır.

Bu noktaya gelinmesinde şirket yöneticilerinin, büyük ölçüde maaş, prim veya hisse senedi opsiyonları yoluyla kendi servetlerini artırmak için kanun dışı veya ahlaka aykırı davranışlarda bulunmaları ile halka açık anonim şirketleri yatırımcılar adına denetlemekle veya izlemekle yükümlü olan bağımsız denetim şirketlerinin görevlerini yapmamış olması ve bu durum karşısında sistemde düzenleyici otorite olarak yer alan kamu kurumlarının çaresiz kalması büyük rol oynamıştır<sup>99</sup>.

Dünya genelindeki büyük şirketlerin iflasları, pay sahiplerinin milyonlarca dolarlık yatırımının yok olmasına, binlerce kişinin işsiz kalmasına ve yüzlerce yönetici hakkında yasal işlem yapılmasına yol açmıştır. Bu durum, şirketlere, yöneticilere, muhasebe ilke ve kuralları ile denetim uzmanlarına gösterilen toplumsal güveni derinden sarsmıştır. Bu nedenle tüm ülkelerde yapılan kurumsal yönetime ilişkin bütün düzenlemelerin ortak amacı kamu güveninin yeniden kazanılmasını sağlamaktır<sup>100</sup>.

25 Temmuz 2002 tarihli ve H.R. 3763 sayılı Sarbanes Oxley Kanunu<sup>101</sup> ABD sermaye piyasalarının sarsıntılı olduğu böyle bir dönemde hazırlanmıştır. Bu Kanun, ABD muhasebe uygulamalarını ve halka açık anonim ortaklıkların bağımsız dış denetim düzenini önemli biçimde değiştirmek amacıyla çıkarılmıştır. Kanun'un getirdiği en radikal değişikliklerden bazılarını şu şekilde sayabiliriz: Halka Açık Şirketler Muhasebe Gö-

<sup>98</sup> The Role of The Board of Directors in Enron's Collapse, Report Prepared by the Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs United States Senate, Washington 2002, s.9-11.

<sup>99</sup> AKYÜZ, Abdullah: Enron Skandalı ve Sermaye Piyasaları, İktisat, İşletme ve Finans, Mart 2002, C.17, S.192, s. 7-13.

<sup>100</sup> AYSAN, Mustafa: Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007, s.74.

<sup>101</sup> Kanunun orijinal metni için bkz. (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, H.R. 3763) [www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h107-3763](http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h107-3763)



zetim Kurulu'nun (Public Company Accounting Oversight Board) kurulması düzenlenmiş, şirket içindeki menfaat grupları yeniden tanımlanmış ve yaratılan katma değerlerin menfaat grupları arasında dengeli bir şekilde dağıtılması görevi yönetim kuruluna bırakılmıştır. Hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerin konsolidasyon dışı özel amaçlı şirket kurmalarını ve danışmanlık hizmeti veren şirketlerin aynı zamanda denetim yapmalarını yasaklamış, yönetim kurulunun güçlendirilmesi, bağımsızlığının artırılması ve CEO'nun yetkilerinin bir kısmının yönetim kuruluna devredilmesi gerektiği belirtilmiş, yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin şirketten alacakları mali haklar ile yöneticilere verilecek hisse senedi satın alma opsiyonlarına kısıtlama getirilmiştir. Hisse Senetleri ve Borsalar Komisyonu'na (Securities and Exchange Commission), bağımsız denetçilerin denetimi işleminin yönetilmesi görevi verilmiştir. Hisse senetleri borsalara kote edilmiş şirketlerin tamamen bağımsız birer denetim komitesine (audit committee) sahip olmaları gerektiği belirtilmiş ve yeni suçlar oluşturularak, cezai yaptırımlarda artışlar sağlanmıştır.

Sarbanes Oxley Kanunu dışında ABD' de kurumsal yönetim alanında yapılan temel düzenlemelerden bazıları; Treadway Raporu, Halka Açık Şirketler Gözetim Kurulu Raporu (*The Public Oversight Board - POB*) ve Blue Ribbon Komitesi Önerileri'dir. Bu düzenlemelerden kısaca bahsetmek gerekirse;

1987 yılında, Amerikan Sertifikalı Kamu Muhasebecileri Enstitüsü (*The American Institute of Certified Public Accountants - AICPA*), Amerikan Muhasebeciler Birliği (*The American Accounting Association - AAA*), Finansal Yöneticiler Enstitüsü (*The Financial Executives Institute - FEI*), İç Denetçiler Enstitüsü (*The Institute of Internal Auditors - IIA*) ve Ulusal Muhasebeciler Birliği'nin (*The National Association of Accountants - NAA*) bir araya gelmesiyle bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon'a James C. Treadway'in başkanlık etmesi nedeniyle, oluşturulan rapor "Treadway Komisyonu ve Raporu" olarak da anılmaktadır. Komisyon, raporunda finansal tablolarda oluşturulan hilelerin azaltılması ve güvenilir bir raporlama sisteminin oluşturulması amacıyla bazı önerilerde bulunmuştur<sup>102</sup>.

Halka Açık Şirketler Gözetim Kurulu da 1993 yılında "In The Public Interest - A Special Report" ve 1995 yılında "Directors, Management and Auditors - Allies in Protecting Shareholder Interests" adı altında raporlar

---

<sup>102</sup> BEAN, James, W. Jr.:The Audit Committee Roadmap, Journal of Accountancy, January 1999, s.4.

yayınlamıştır. Kurumsal yönetim içerisinde yönetim kurulu ve denetçilerin görev sorumlulukları belirtilmiş olsa da, her iki raporda da üzerinde durulan temel konu, denetim komitesinin görev ve yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi olmuştur. Bu raporlara göre denetim komitesi; finansal raporlama ve denetim sürecini denetçilerle birlikte gözetleyecek, şirketin uyguladığı muhasebe politikalarının değerlendirecek, finansal tabloların yıllara göre karşılaştırılabilirliğini, kamuya sunulan bilgilerin güvenilirliğini inceleyecek, yönetim ve denetçiler arasındaki iletişim ağlarının kurulmasını ve denetçilerin istedikleri bilgilere kolay ulaşabilmelerini sağlamakla görevlendirilmiştir<sup>103</sup>.

Sarbanes-Oxley Kanunu'nun temelini kurumsal yönetim ilkeleri oluşturmuştur. Bu sayede, kurumsal yönetim ilkelerinin zorlayıcılığı kanun ile sağlanan kurallar haline getirilmiş, devletin, kurumsal yönetim ilkelelerinin oluşturulması ve uygulanmasındaki rolü artmıştır<sup>104</sup>. Türkiye'de ise Sarbanes-Oxley Kanunu'nun bağımsız denetim alanında getirdiği yeniliklere benzer değişiklikler, SPK'nın Seri: X, No:19 sayılı Tebliği ile düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık şirketlerde denetimden sorumlu bir komite kurulması, denetçilerin yapamayacakları işler, denetçinin rotasyonu, üst düzey yöneticilerin mali tabloları onaylamaları gibi konular düzenlenmiştir.

#### **D.ALMAN YA'DA**

Alman Kurumsal Yönetim İlkelerine (*The German Corporate Governance Code*) yönelik çalışmalar tamamladıktan sonra, bu ilkeler 26 Şubat 2002 tarihinde yayımlanmıştır<sup>105</sup>. Bu ilkelere ilişkin en son düzeltme ise, 15 Mayıs 2012 tarihinde yapılmıştır. Alman kurumsal yönetim ilkeleri başlangıç, pay sahipleri ve genel kurul, yönetici kurul ve gözetim kurulu arasındaki işbirliği, yönetici kurul, gözetim kurulu, şeffaflık yıllık mali tabloların raporlanması ve denetimi olmak üzere yedi ana başlıktan oluşmaktadır<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> In The Public Interest - A Special Report by The Public Oversight Board of the SEC Practice Section, AICPA, March 1993, s.52-56; Directors, Management and Auditors - Allies in Protecting Shareholder Interests by The Public Oversight Board 1995, s.7-8.

<sup>104</sup> MANAVGAT: s.474.

<sup>105</sup> PULAŞLI, s. 26; HUSE, Morten: Boards, Governance and Value Creation, The Human Side Of Corporate Governance, New York 2007, s.185-186.

<sup>106</sup> Government Commission, German Corporate Governance Code, (as amended on May 15, 2012), s.1-15.

Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri, payları borsada işlem gören şirketlerin yönetim ve gözetimine (işletme yönetimine) ilişkin önemli yasal kuralları ortaya koymakta ve ulusal ve uluslararası genel kabul görmüş iyi ve sorumlu işletme yönetimi standartlarını içermektedir. İlkeler, Alman kurumsal yönetim sisteminin şeffaf ve anlaşılabilir olmasını amaçlamakta ve aynı zamanda, ulusal ve uluslararası yatırımcıların, müşterilerin, çalışanların ve kamuoyunun, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin gözetim ve yönetimine olan güvenini teşvik etmeyi amaçlamaktadır<sup>107</sup>.

### E.TÜRKİYE'DE

Türkiye'de kurumsal yönetime ilişkin çalışmaların geçmişi çok yeni olup, buna ilişkin ilkeler, ilk kez Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD)'ın OECD ülkeleri için hazırlanmış olan "OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri"nin (*OECD Principles of Corporate Governance*) Türkçe'ye çevrilerek "*Kurumsal Yönetim İlkeleri*" başlığı altında Haziran 2000 tarihinde yayımlanmıştır. Daha sonra yine TÜSİAD, kurumsal yönetime ilişkin olarak "*Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurullarının Yapısı ve İşleyişi*" adlı metni Aralık 2002 tarihinde yayımlamıştır. Nihayet SPK tarafından hazırlanmış olan "Kurumsal Yönetim İlkeleri" ise 2005 yılında yayınlanmıştır. Denetimden sorumlu komitenin oluşturulması hariç halka açık şirketler tarafından uygulanması tamamen isteğe bağlı tutulmuş bu kurallar genel olarak; yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri, seçimi ve ödüllendirilmesi, yönetim kurulunun yapısı, sorumlulukları ve işleyişi ile oluşturulacak komiteleri içermektedir.

SPK'nın 2012 tarihinde yayımlanmış olduğu Seri:4, 56 no'lu Tebliği'nde ise özellikle yönetim kurulu üyelerinin asgari sayısı, nitelikleri ve sıfatlarıyla ilgili hükümlerin uygulanması zorunlu olduğu öngörülmüştür. Böylece başta isteğe bağlı olan kurumsal yönetim ilkeleri peyder pey hukuki norm haline getirilmeye başlanmıştır. Ülkemizde kurumsal yönetime ilişkin düzenlemelerin kanun içinde yer alması, 2011 yılında 657 sayılı KHK ile 2499 sayılı SPKn'ye 22/1-z bendinin eklenmesi ile olmuştur. 6102 sayılı TTK'nın 1529. maddesinde ise kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin düzenlemelerin SPK tarafından yapılacağı belirtilmiş ve daha sonra yürürlüğe giren 6362 sayılı SPKn m.17'de kurumsal yönetim ilkeleri başlığı altında daha geniş bir düzenleme yapılmıştır.

---

<sup>107</sup> Government Commission, German Corporate Governance Code, (as amended on May 15, 2012), s.1.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, kurumsal yönetim ilkelerinin oluşturulması amacıyla kurulan komiteye SPK. temsilcileri dışında, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın<sup>108</sup> ve Türkiye Kurumsal Yönetim Forumu'nun temsilcileri, akademisyenler, özel sektör temsilcileri katılmış, ayrıca kamu kuruluşları ile çeşitli meslek örgütlerinin görüş ve önerileri de dikkate alınarak ilkelerin en üst seviyede katılım ile oluşturulmasına özen gösterilmiştir<sup>109</sup>.

İlkelerin öncelikli olarak halka açık anonim şirketler için hazırlandığı bildirilmiş, ancak bu ilkelerde yer alan prensiplerin kamuda veya özel sektörde faaliyet gösteren diğer anonim şirketler ve kuruluşlar tarafından da uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir. İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmaması isteğe bağlıdır. Başka bir deyişle, ilkelerde yer alan ana prensipler "uygula, uygulamıyorsan açıkla" (*comply or explain*) prensipleridir. Bu İlkelerde yer alan prensiplerin uygulanıp uygulanmadığına; uygulanmadı ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya yıllık faaliyet raporunda yer verilmesi ve ayrıca kamuya açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bazı prensipler tavsiye niteliğinde olduğundan, bu prensiplere uyulmadığı takdirde herhangi bir açıklama yapılmasına gerek bulunmadığı da ayrıca ifade edilmiştir<sup>110</sup>.

İlkelerin, mevcut düzenlemelere herhangi bir istisna teşkil etmediği, başka bir deyişle halka açık anonim şirketlerin mevzuat ile belirlenen yükümlülüklerinin aynen devam edeceği düzenlenmiştir. İlkelerin, mevzuatta ve uygulamada kurumsal yönetim konusunda oluşan eksikliği gidermek ve boşluğu doldurmak amacıyla yönelik olarak hazırlandığı da bildirilmiştir. Bu anlamda ilkeler, ileride mevzuatta yapılacak düzenlemeler için de yol gösterici bir özellik arz ettiği ve ilkelerin niteliği gereği, günün koşullarına uyum sağlanması için periyodik olarak gözden geçirileceği de

---

<sup>108</sup> Borsa İstanbul Anonim Şirketi (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m.138), RG 30.12.2012 Sa:28513

<sup>109</sup> Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.3.

<sup>110</sup> Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.4; YANLI, Veliye: Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi, Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1582-1583; MANAVGAT, s.476.

belirtmiştir. İlkeler; pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri ve yönetim kurulu olmak üzere dört ana bölümden oluşmaktadır<sup>111</sup>.

“Pay sahipleri” başlığı taşıyan *birinci* bölümde, alt başlıklar halinde; pay sahipliği haklarının kullanımının kolaylaştırılması, bilgi alma ve inceleme hakkı, genel kurula katılım hakkı, oy hakkı, azınlık hakları, kâr payı hakkı, payların devri ve pay sahiplerine eşit işlem ilkesi düzenlenmiştir. *İkinci* bölümde; kamuyu aydınlatma esasları ve araçları, şirket ile pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin kamuya açıklanması, kamunun aydınlatılmasında periyodik mali tablo ve raporlar, bağımsız denetimin işlevi, ticari sır kavramı ve içerden öğrenenlerin ticareti, kamuya açıklanması gereken önemli olay ve gelişmeler belirtilmiştir. *Üçüncü* bölümde; menfaat sahiplerine ilişkin şirket politikası, menfaat sahiplerinin şirket yönetimine katılımının desteklenmesi, şirket malvarlığının korunması, şirketin insan kaynakları politikası, müşteriler ve tedarikçilerle ilişkiler, etik kuralları ve sosyal sorumluluk üzerinde durulmuştur. *Dördüncü* bölümde ise; yönetim kurulunun temel fonksiyonları, yönetim kurulunun faaliyet esasları ile görev ve sorumlulukları, yönetim kurulunun oluşumu ve seçimi, yönetim kuruluna sağlanan mali haklar, yönetim kurulunda oluşturulan komitelerin sayı, yapı ve bağımsızlığı ile yöneticiler konularına değinilmiştir.

Sarbanes-Oxley Kanunu'nun bağımsız denetim alanında getirdiği yeniliklere benzer değişiklikler, ilk olarak SPK'nın 02.11.2002 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:X, No:19) ile düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık şirketlerde denetimden sorumlu bir komite kurulması, denetçilerin yapamayacakları işler, denetçinin rotasyonu, üst düzey yöneticilerin mali tabloları onaylamaları gibi konular belirtilmiştir. Bağımsız denetime ilişkin olarak ayrıca, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (Seri:X, No:22), 12.06.2006 tarihinde yayımlanmış ve en sonuncusu 26.03.2011 tarihinde yayımlanan Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri:X, No:28) olmak üzere 6 kez değişikliğe uğramıştır.

---

<sup>111</sup> Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 2005, s.4.

## SONUÇ

Türkiye’de kurumsal yönetime ilişkin çalışmaların geçmişi çok yeni olup, buna ilişkin ilkeler, 2000’li yılların başından itibaren oluşturulmaya başlanmıştır. Bu nedenle kurumsal yönetime ilişkin kuralların mevzuata yansımaya başlaması ABD. ve İngiltere gibi ülkelerden çok daha sonra gerçekleşmiştir.

Günümüzde önemli olan bu kurumsal yönetime ilişkin kuralların uygulamaya nasıl yansıtacağı, başka bir deyişle mahkemelerde hakimlerin verecekleri kararlara etkisinin ne şekilde olacağıdır. Bu bakımdan kurumsal yönetimin sadece kanunlarda yer alan kurallardan ibaret olmaması gerekir. Gelişmiş ekonomilerde şirketler, çok önemli bir yere sahip oldukları için, bunların iyi yönetilmesi de hem şirket pay sahiplerini hem de diğer menfaat sahipleri açısından son derece önemlidir.

### KAYNAKÇA

- Aktan, Coşkun Can:** Kurumsal Şirket Yönetimi, SPK., No:196, Ankara 2006, s.1-34.
- Akyüz, Abdullah:** Enron Skandalı ve Sermaye Piyasaları, İktisat, İşletme ve Finans, Mart 2002, C.17, S.192, s. 7-13.
- Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? Kitap Tanımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi, Ankara 2005.
- Arrow, Kenneth:** Essays in the Theory of Risk Bearing, Chicago 1971.
- Aysan, Mustafa:** Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ve Risk, İstanbul 2007.
- Bauen, Marc / Venturi, Silvio:** Swiss Board of Directors, Bruxelles-Zurich 2009.
- Bean, James, W. Jr.:** The Audit Committee Roadmap, Journal of Accountancy, January 1999.
- Berglöf, Erik/von Thadden, Ernst-Ludwig:** The Changing Corporate Governance Paradigm: Implications for Transition and Developing Countries, June 1999, s.1-30.
- Berle, Adolph A. / Means Gardiner C.:** The Modern Corporation and Private Property, New Jersey 1991.
- Blair, Margaret M./Stout, Lynn A.:** A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review, Vol.85, No.2, March 1999, s.247-328.
- Bugg, Stuart G. / Simon, Heike:** Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2.Auflage, Berlin - München 2009.
- Cadbury, Adrian:** Report of the Committee on the Financial Aspects Of Corporate Governance, London, December 1992, s.1-90.
- Can, Mustafa:** ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009.
- Darman, Güler Manisalı:** Küresel Ekonomilerde Kurumsal Yönetim Anlayışı ve Türkiye, Ankara 2008.
- Davis, James H. / Schoorman, F. David / Donaldson, Lex:** Toward a Stewardship Theory of Management, The Academy of Management Review, Vol. 22, No. 1 January 1997, s.20-47.
- Demirbaş, Mahmut / Uyar, Süleyman:** Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Denetim Komitesi, İstanbul 2006.
- Doğan, Mustafa:** Kurumsal Yönetim, Ankara 2007.

- Eugene, F. Fama / Michael C. Jensen:** Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 1983, Vol.26, s.301-325.
- Florini, Ann M.:** Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency, Annual World Bank Conference on Development Economics, Washington, D.C., April 28-30, 1999, s.1-40.
- Hermalin, Benjamin E. / Weisbach, Michael S.:** Transparency and Corporate Governance, NBER Working Paper No: 12875, January 2007, s.1-26.
- Hodge, B.J. / Antony, William P. / Gales, Lawrence M.:** Organization Theory, 5.Edition, New Jersey 1996.
- HUSE, Morten:** Boards, Governance and Value Creation, The Human Side Of Corporate Governance, New York 2007.
- Jensen, Michael C. / Murphy, Kevin J. / Wruck, Eric G.:** Remuneration: Where We've Been, How We Got To Here, What Are The Problems, And How To Fix Them, ECGI Finance Working Paper, No.44/2004, July 2004, s.1-105.
- Jensen, Michael C. / Meckling, William H.:** The Theory of The Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, Vol.3, No:4, October 1976, s.1-72.
- Koçel, Tamer:** İşletme Yöneticiliği, B.13, İstanbul 2011.
- Koçer, Burak:** İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 2006.
- Koller, Barbara M. Lorenz:** Die Rolle des Verwaltungsratspräsidenten von kotierten internationalen Unternehmen in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Board-Systeme, Dissertation Nr. 3862, Bamberg 2010.
- Kurt, Gülüzar / Demir, Gönenç:** TTK Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekalet Teorisi, HPD. 2006, S.6, s.60-66.
- Manavgat, Çağlar:** Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, Batider., Ankara 2007, C.XXIV, S.2, s.473-498.
- Özsoy, Zeynep:** Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları, Ankara 2011.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.12, İstanbul 2010.
- Pratt, John / Zeckhauser, Richard:** Principals and Agents: The Structure of Business, Harvard Business School Press, Boston 1985.
- Pulaşlı, Hasan:** Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.



- Pulaşlı, Hasan:** Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu, Batider, Ankara 2007, C.24, S.1, s.19-62.
- Sarioğlu, Kerem:** Enron Olayı (Vak'a), Yönetim Dergisi, Ocak 2002, S.41, s.49-53.
- Shankman, Neil A.:** Reframing The Debate Between Agency and Stakeholder Theories of the Firm, Journal of Business Ethics, Vol.XIX, No:4, 1999, s.319-334.
- Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W.:** A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, June 1997, C.52, S.2, s.1-79.
- Smith, Adam:** An Inquiry into the Nature and the Cause of the Wealth of Nations, London-New York-Melbourne 1812.
- Solomon, Jill/Solomon, Aris:** Corporate Governance and Accountability, 2.Ed., Sussex 2007.
- Şehirli, Kübra:** Kurumsal Yönetim, Yeterlilik Etüdü, Spk Denetleme Dairesi 1999.
- Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının ve Yönetim Denetim Felsefelerinin Dinamikleri ile Bunlar Arasındaki İlişki, Kalp-süz'e Armağan, Ankara 2003, s.227-252. (Dinamikler)
- Tekinalp, Ünal:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, s.635-652. (Kurumsal Yönetim)
- Tuzcu, Arcan:** Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim Anlayışı: İMKB 100 Örneği, Ankara 2004
- Ülgen, Hayri / Mirze, S. Kadri:** İşletmelerde Stratejik Yönetim, İstanbul 2010.
- Ünal, Ahmet Cemil:** Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014.
- Yanlı, Veliye:** Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi, Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1581-1595.



**Roma Hukuku Sözclemeler Sisteminde  
Kullanım Ödüncü (Ariyet) Sözclemesinin Yeri  
ve Tarafların Bu Sözclemeden Doğan Borç ve  
Sorumlulukları**

**Araş. Gör. Ümit Vefa ÖZBAY**



# Roma Hukuku Sözleşmeler Sisteminde Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesinin Yeri ve Tarafların Bu Sözleşmeden Doğan Borç ve Sorumlulukları

Araş. Gör. Ümit Vefa ÖZBAY\*

## ÖZET

Çalışmamızda Roma Hukuku'nda kullanım ödücü sözleşmesi hakkında bilgi verilmiş ve bu sözleşmeden doğan borç ve sorumluluklar açıklanmıştır.

Kullanım ödücü sözleşmesi bir şeyin ödünç veren tarafından ödünç alana belirli bir süre kullanması için ücretsiz olarak verilmesidir. Kararlaştırılan süre sonunda ücretsiz verilen şeyin ödünç verene geri dönmesi gerekmektedir. Kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) incelenirken en çok dikkati çeken konulardan biri ise sorumluluk konusudur. Klasik dönemde kullanım ödücü sözleşmesinde, bir kusursuz sorumluluk örneği olan *custodia* (gözetim) sorumluluğu uygulanmış, *Iustinianus* döneminde ise bu sorumluluk hafifletilmiş ve bu dönemde kullanım ödücü sözleşmesi üzerinde kusur sorumluluğuna hâkim olan ilkeler etkisini göstermiştir.

**Anahtar kelimeler:** Kullanım Ödücü (ariyet), sözleşmeler sistemi, sorumluluk, Custodia Sorumluluğu

## Loan for Use (Commodatum) in Roman Systems of Contracts and Liabilities and Responsibilities of Parties Arising from This Contract

### ABSTRACT

Our study discusses the contract named loan for use (*commodatum*) and debts founded on this contract in Roman Law. We also discussed contractual liabilities of loan for use.

Loan for use is an agreement which a person (lender) delivers personal property to barrower for him to use for a fixed time freely. After the

---

\* Başkent Üniversitesi Roma Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

agreed period of time, such object had to be returned to the lender. Liability is also an important topic while we discuss the loan for use. In the classical period, custodia, which is an example of strict liability was effective on the contract, loan for use. But in the Justinianus period that form of liability lost its effectiveness and replaced with the principles of defect liability.

**Keywords:** loan for use, system of contracts, liability, custodia

## GİRİŞ

Roma Hukuku'nun çağdaş hukuk sistemlerini önemli ölçüde etkilediği artık herkesin kabul ettiği bir gerçektir. Özellikle İsviçre, Fransa ve Almanya kanunlarında görülen bu etki zamanımızda bütün dünyada kendini göstermektedir. Roma Hukuk düşüncesinin çağdaş hukuk sistemleri bakımından en çok etkisini gösterdiği alan ise özel hukukun borç ilişkilerini düzenleyen kısmı olarak kabul gören borçlar hukukudur. Bugün Roma Hukuku denildiği zaman akla ilk Roma Borçlar Hukuku gelmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde yaşayan sorumluluk, haksız fiil, sözleşme gibi birçok kavram Roma Hukuku içinde doğmuş, gelişmiş ve çağdaş kanunlaştırmalara esas teşkil etmiştir. Özel hukukun Borçlar Hukuku dışında kalan; kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve hatta eşya hukuku gibi alanlarında her ülke az çok kendi ihtiyacını karşılayabilecek sistemler kurmayı başarmıştır<sup>1</sup>. Ancak söz konusu Borçlar Hukuku olduğunda hiçbir hukuk sisteminin Roma Hukukunun seviyesine ulaşamadığı görülmektedir. Romalı hukukçular, kurdukları mükemmel Borçlar Hukuku sistemi ile Roma İmparatorluğu'nun gün geçtikçe genişleyen sınırlarına bağlı olarak gelişen ticari ilişkilerinin gereklerini yerine getirmeyi başarmışlardır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) ise Roma'nın, özellikle bir tarım toplumu olduğu zamanlarda, günlük yaşamda geniş bir uygulama alanı bulmuş ve bu özelliğiyle de Roma Borçlar Hukuku alanında önemli bir konuma sahip olmuştur.

Kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) incelenirken en çok dikati çeken konulardan biri ise sorumluluk konusudur. Kullanım ödücü sözleşmesinde sorumluluk konusu, genel olarak Roma Hukuku'ndaki sözleşmeye dayanan sorumluluk içinde oldukça geniş yer tutmuş, burada oluşan kurallar zaman içinde genel nitelik kazanarak, Roma Hukuku'ndaki bütün sorumluluk sistemini belirlemiştir<sup>2</sup>. Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde ve klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) uygulanmış ancak klasik dönemden itibaren kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) etkisini göstermeye başlamış ve nihayet *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu hâkim prensip haline gelmiştir. Kullanım ödücü sözleşmesi söz konusu olduğunda da durum böyledir.

<sup>1</sup> RADO T.: Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 9.

<sup>2</sup> ZİLELİOĞLU H.: "Roma Hukuku'nda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1986, s. 34.

Klasik dönemde kullanım ödücü sözleşmesinde, bir kusursuz sorumluluk örneği olan *custodia* (gözetim) sorumluluğu uygulanmış, *Iustinianus* döneminde ise bu sorumluluk hafifletilmiş ve bu dönemde kullanım ödücü sözleşmesi üzerinde kusur sorumluluğuna hâkim olan ilkeler etkisini göstermiştir.

Çalışmada, öncelikle Roma Hukuku'nda sözleşme kavramı anlatılacak ve kullanım ödücü sözleşmesinin, sözleşme sistemi içerisindeki yerini gösterebilmek amacıyla Roma'da geçerli olan sözleşmeler sistemi açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bilgiler ışığında kullanım ödücü (ariyet) kavramı ayrıntılı bir şekilde ele alındıktan sonra, kullanım ödücü sözleşmesinden doğan borç ve sorumluluklar incelenecek ve Roma Hukuku'nda var olan sorumluluk ölçütleri kısaca irdelenecektir.

## I. ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞME KAVRAMI

Borç doğuran kaynakların en önemli kısmını sözleşmeler oluşturur. Günümüzde sözleşme kavramı " tarafların birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen, iki veya daha çok taraflı hukuki işlem" şeklinde tanımlanır<sup>3</sup>. Borçlar Kanunumuzun ilk maddesi de bu tanımlı destekler niteliktedir<sup>4</sup>. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere günümüzde iki veya daha çok taraf karşılıklı olarak birbirlerine uygun irade beyan edince sözleşme doğmakta ve bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Günümüze Roma Hukuku'ndan miras kalan sözleşme kavramı, güncel hukukun bütün sahalarında yer almakta ve kullanılmaktadır.

Her ne kadar sözleşme kavramı Romalılar tarafından ortaya konulmuş bir kavram ise de, Roma Hukuku'nda bu kavram günümüzde anlaşılacağından farklıdır. Romalılara göre sözleşme (*contractus*) kavramı yalnızca *Ius Civile* tarafından tanınan ve borç doğurduğu kabul edilen belirli sözleşmelerdir<sup>5</sup>. *Ius Civile* tarafından tanınmayan ve başlangıçta borç doğurmayan; ancak ilerleyen dönemlerde *preator* hukuku ya da imparatorluk hukuku tarafından korunarak borç doğurma niteliğini kazanan diğer sözleşmelere ise *pactum* ismi verilmiştir<sup>6</sup>. Bahsi geçen tanımlardan anlaşılacağı üzere Roma Hukuku'nda bir sözleşmenin dava ile korunabilmesi

<sup>3</sup> RADO, s. 59.

<sup>4</sup> 11.01.2011 tarihinde kabul edilen BK'nun ilk maddesi şu şekildedir: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur".

<sup>5</sup> UMUR Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 334.

<sup>6</sup> TAHİROĞLU B.: "Roma Borçlar Hukuku" İstanbul 2009, s. 122; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s. 173.



için *Ius Civile* tarafından tanınması gereklidir. Güncel hukuklarda ise sözleşme serbestisi vardır. Taraflar hukuka ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla her türlü sözleşmeyi yapma ve bu sözleşmelere dayanarak dava açma haklarına sahiptir. Bu şekilde yapılacak her sözleşme borç doğurur ve dava ile korunur. Güncel kanunlarda çeşitli sözleşme tipleri gösterilmiş olsa da bunları tahdidi değildir ve bu sözleşmeler dışında da sözleşme yapmak mümkündür. Roma Hukuku'nda ise sözleşmeler sınırlı sayıdadır ve zamanla *pactum*'lara dava hakkı tanınarak bu sayı genişletilmiş olsa da asla güncel hukuklardaki sözleşme serbestisi kavramına ulaşılammıştır<sup>7</sup>.

Roma Hukuku'ndaki *contractus* kavramını günümüzdeki anlamıyla sözleşme kavramından ayıran önemli bir diğer unsur ise sözleşmelerin rızailiğidir. Modern hukuk sistemlerinde bir sözleşmenin oluşması için tarafların rızaları yeterlidir. Günümüzde, bazı durumlarda sözleşmenin kurulması için rızanın belli bir şekilde açıklanması aranıyor olsa da bu durumlar istisnaidir<sup>8</sup>. Roma Hukuku'nda ise durum tamamen farklıydı. İlkel anlayışlarda da sözleşmelerde *consensus*<sup>9</sup> kuşkusuz aranıyordu ancak dava ile takip edilebilecek bir borcun doğması için rıza tek başına yeterli değildi<sup>10</sup>. Roma Hukuku'nda da özellikle *Ius Civile*'nin şekilci zihniyeti sadece rızanın borç doğurabileceği esasını kabul edememişti<sup>11</sup>. Roma büyüyüp genişledikçe gelişen ticaret hayatı yeni ihtiyaçlar doğurdu ve bazı istisnai hallerde sadece rızanın yani *consensus*'un borç kaynağı olabileceği kabul edildi. Zamanla da bu istisnalar arttı ve rızai sözleşmeler doğdu ancak *Iustinianus* döneminde bile bir borcun oluşması için şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin yeterli olabileceği esası mevcut değildi ve Roma Hukuku'nda rızailik asla genel bir prensip haline gelmedi<sup>12</sup>. Bununla beraber

<sup>7</sup> UMUR, s. 335; TAHİROĞLU s. 122; RADO s. 60.

<sup>8</sup> RADO, s. 61.

<sup>9</sup> "*Consensus*" tarafların iradelerinin birbirlerine uygun şekilde birleşmesi yani karşılıklı rıza anlamına gelmektedir. Roma hukukunda her sözleşmenin temelinde bulunmakla beraber her türlü sözleşmenin meydana gelmesinde yeterli olmaz. Sadece rızai sözleşmeler ve sonraki devirlerde *contractus* olarak kabul edilen bazı *pactum*lar sadece *consensus*'un varlığı ile borç doğurabilirlerdi. UMUR Z.: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975, s.46.

<sup>10</sup> TAHİROĞLU, s.122.

<sup>11</sup> RADO s. 61.

<sup>12</sup> KOSCHAKER/AYİTER: Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 204; UMUR, s. 335.

uygulamada bu sonuca oldukça yaklaşıldığını söylemek hatalı olmayacaktır<sup>13</sup>.

## II. ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ

Değindiğimiz üzere Roma Hukuku'nda sözleşme serbestisi değil sözleşmeler sisteminin varlığı söz konusudur. Bu sözleşmeler sistemine ilişkin ilk sınıflandırma ise büyük hukukçu *Gaius* tarafından yapılmış ve *Institutiones* isimli eserinde yer almıştır. Bu sınıflandırma sözleşmelerin iktisadi işlevlerine değil, borcun hukuki sebebine yani oluşumuna dayanmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre dört tür sözleşmenin varlığı söz konusudur. Bunlar; sözlerden doğan (sözlü), yazılardan doğan (yazılı), rızadan doğan (rıza) ve malın teslimi ile doğan (real) sözleşmelerdir<sup>14</sup>.

### A. YAZILI SÖZLEŞMELER

Roma Hukuku'ndaki yazılı sözleşme kavramı ile bugün anladığı ile bugünkü yazılı sözleşme anlayışı birbirinden tamamen farklıdır. Bugün yazılı bir sözleşme söz konusu olduğunda tarafların bir kâğıt üzerine yazdıkları ve imza attıkları bir sözleşmeyi anlarız. Roma Hukuku'nda ise yazılı sözleşme denilince akla gelen bu değildir. Roma Hukuku'nda yazılı sözleşmelerden anlaşılan aile babalarının tuttuğu gelir gider defterindeki kayıtlardır. Roma Hukuku'nda; aile babası, ailesinin masraflarını ve alacak ile borçlarını bir deftere yazardı<sup>15</sup>. Alacaklı aile babası, alacağını; borçlu aile babası ise borcunu defterine yazar, bu kayıtlar sonucunda her iki defter sahibi arasında borç ilişkisinin kurulduğu söylenirdi.

Bir aile reisinin defterine, kendi kendine alacak ve borçlarını yazmasında, borçlunun rızasına ihtiyacı olmayacağı ve sonuç olarak borçlu görünenin bunları kabul etmiş sayılmayacağı doğal olduğu halde, bahsi geçen bu kaydın ancak borçlunun rızası ile yapılması mümkündür. *Gaius*'un sözleşmeler sisteminde bu konuda fazla bir bilgi yer almamasıyla beraber, bu rızanın varlığı kabul edilebilir<sup>16</sup>.

Yazılı sözleşmeden doğan borç *bona fides* bir borç değil, *stricti iuris* bir borç sayılırdı. Bu borcun ödenmiş olduğu deftere geçirilen ikinci bir

<sup>13</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 204.

<sup>14</sup> VILLEY M.: Roma Hukuku Güncelliği (Çev: Bülent Tahiroğlu) İstanbul 2010, s.134.

<sup>15</sup> MARZO S.D.: Roma Hukuku, İstanbul 1959, s.225. (Bu defterler için alacak ve borç defterleri anlamına gelen "*Codex accepti et expensi*" ya da "*Adversaria*" ifadesi kullanılır.)

<sup>16</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 226.

*acceptilatio* ile anlaşılırdı. Her durumda yapılan ödemenin defterdeki kaydın kapatılması ile belgeye bağlanması gerekiyordu. Kaydı açık bırakan şekilsiz bir ödeme ile yazılı sözleşme sona ermiş olmazdı<sup>17</sup>.

Zamanla bu defterler güvenilirliğini ve önemini kaybetti. Bu sözleşmelerin yerini *Iustinianus* döneminde Yunan hukukunda etkin olan ve günümüzdeki yazılı sözleşme anlayışını yansıtan yazılı sözleşmeler aldı. Bu dönemde aile babalarının tuttıkları defterlerin de artık hukuki bir değeri kalmamış ve ortadan kalkmışlardı. *Institutiones*'de bu sözleşmeler sadece tarihi açıdan kendilerine yer bulmuştur<sup>18</sup>.

## B. SÖZLÜ SÖZLEŞMELER

Bu sözleşmelerin oluşumu için karşılıklı rıza, belli bir şekle uyularak beyan edilmelidir. Buradaki sözlü şekil karşılıklı alelade sözler söylemek demek değildir. Önceden tespit edilen ve genelde dinsel kaynaklı sözlerin belirli bir şekilde söylenmesidir. Bu şekle uyulmaması halinde sözleşme doğmuş sayılmaz<sup>19</sup>. Şekilcilik kısmen de olsa tarihi sebeplerle açıklanabilir. Roma Hukuku başlangıçta dini temeli olan kuralların laikleşmesi ile oluşmuştur. Roma toplumu hukuk kurallarını dini kurallardan ayıran ilk toplumlardan biri olsa da bu ayrım gerçekleştiği zaman hukukun din gibi belirli şekillere uymayı gerektirdiği fikrinden hemen ayrılmamıştır<sup>20</sup>. Bu sözleşmelerin en önemlisi ve en geniş uygulama alanına sahip olanı *stipulatio*'dur<sup>21</sup>.

## C. REAL SÖZLEŞMELER

Tüketim ödöncü (*karz*), vedia, rehin ve incelememizin asıl konusu olan kullanım ödöncü sözleşmesi (*ariyet*) gibi sözleşmeler real sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin var olabilmesi için yalnızca rıza yetmez, aynı zamanda borçlunun borç altına girmesi için sonradan iade edeceği bir şeyi alacaklıdan alması lazımdır<sup>22</sup>. Bu sözleşmeler Roma Hukuku'nda *consensus + res* şeklinde ifade edilir. Yani sözleşmenin kurulması için tarafların uygun rızası (*consensus*) ve borçlunun alacaklıdan bir şey alması (*res*) ge-

<sup>17</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 227.

<sup>18</sup> ERDOĞMUŞ B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.65.

<sup>19</sup> TAHİROĞLU, s. 124.

<sup>20</sup> ERDOĞMUŞ, s.59.

<sup>21</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: KOSCHAKER/AYİTER, s. 210.

<sup>22</sup> RADO, s. 62.

rekir. Şeyin teslimi bu sözleşmeler için zorunlu unsur olduğundan bu sözleşmeler ayınlı sözleşmeler<sup>23</sup> veya aynı sözleşmeler<sup>24</sup> de denir. Bu sözleşmelerin en eskisi tüketim ödücü veya karz sözleşmesi olarak bildiğimiz *mutuum*'dur. Zamanla bu sözleşmelerin alanı genişlemiş ve incelememizin asıl konusu olan kullanım ödücü sözleşmesi (*commodatum*) ile birlikte; vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) gibi sözleşmeler de buraya dâhil edilmiştir<sup>25</sup>. İlerleyen zamanlarda ise isimsiz real sözleşmelerin doğumu ile bu sözleşmelerin kapsamı daha da genişletilmiştir. Bu bilgiden anlaşıldığı üzere real sözleşmeler önceden alınmış olan bir edanın geri verilmesine yönelik olan ve her biri özel bir isim taşıyan isimli sözleşmeler ile, daha önceki bir edaya karşı bir edanın yapılmasına yönelik olan ve bu özelliğinden dolayı real sözleşme sayılan isimsiz real sözleşmelerden oluşur. İsimli real sözleşmeler aynı kategori altında değerlendirilseler de isimsiz olanlarından farklı özellik taşırlar. İsimli real sözleşmelerde alınmış bir malın geri verilmesi söz konusudur. İsimsiz sözleşmelerde ise bir edanın kabulü nedeniyle karşı eda istenmektedir. Roma Hukuku'nun isimsiz sözleşmeleri günümüzde rızai sözleşme sayılmaktadır ve artık özel bir kategori olarak mevcut değillerdir<sup>26</sup>. İsimli real sözleşme kategorisi altındaki sözleşmelerin tamamı ise günümüz hukuk sistemlerinde yaşamaya devam etmektedir.

#### D. RIZAI SÖZLEŞMELER

Karşılıklı iradelerin uyuşması, yani karşı tarafa bir şey vermeden veya şekli muamele yapmadan, sadece dışarıya bir bütün teşkil eden irade uyuşmasından, yani *consensus*'dan borç doğmasının kabul edilmesi Roma hukuk hayatında bir yeniliktir<sup>27</sup>. Bu aşamaya bir taraftan Romalıların yabancılarla olan ilişkilerinden (*Ius Gentium*), diğer taraftan Romalıların özellikle *res nec mancipi*'leri konu alan günlük işlemlerden hareketle gelinmiştir. Bugünkü hukukumuzu yansıtan bu sistemin gelişmesinde Yunan Hukuku ve felsefesinin etkisinin varlığı da yadsınamaz. Ancak bu

<sup>23</sup> MARZO, s. 109.

<sup>24</sup> RADO, s. 62; TAHİROĞLU, s.124; UMUR s.342.

<sup>25</sup> *Commodatum* (Ariyet) ve *Depositum* (Vedia) sözleşmelerinin milattan sonra ilk yüzyılın başlarında kendilerine özgü, ayrı birer sözleşme olarak kabul edildikleri tahmin edilir. WATSON A.: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 12.

<sup>26</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 227.

<sup>27</sup> ERDOĞMUŞ, S.65.

gelişmelere rağmen rızalılık asla genel bir kural olmamış ve Roma Hukuku'nda *consensus*'un varlığının sözleşmenin doğması için tek başına yeterli olması ancak belli sözleşmelerde söz konusu olmuştur. Bu sözleşmeler; *emptio venditio* (alım satım), *locatio conductio* (kira, hizmet ve istisna), *societas* (şirket) ve *mandatum* (vekâlet) sözleşmeleridir<sup>28</sup>.

*Gaius*'un *Institutiones*'ında açıklanan *Ius Civile*'nin sözleşmeler sistemi bu dört sözleşme grubundan meydana gelmekteydi. Roma'nın gelişmesi ve büyümesi ile paralel olarak sözleşmeler sistemi de genişlemiştir. Bu büyümede özellikle *praetor* beyannameleri ve imparator emirnameleri ile tanınan *pactum*lar önemli rol oynamıştır. Bu *pactum*lar yoluyla rızai sözleşmelerin kapsamı genişlerken; daha önce de değinildiği üzere isimsiz sözleşmelerin yavaş yavaş yerleşmesiyle de real sözleşmelerin sahası kendiliğinden büyümüştür.

### III. ROMA HUKUKU'NDA KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİ

#### A) ARİYET (COMMODATUM) KAVRAMI

Yukarıda da değinildiği üzere Roma'da kullanım ödücüsü (ariyet) sözleşmesi ortak özellikleri dikkate alınarak; karz (tüketim ödücüsü), vedia ve rehin sözleşmeleri ile birlikte real (ayni) sözleşmeler başlığı altında sınıflandırılmıştır. Kullanım ödücüsü sözleşmesi (*commodatum*) bir şeyin ödünç veren tarafından (*commodatur*<sup>29</sup> ya da *commodans*<sup>30</sup>), ödünç alana ("*commodatarius*<sup>31</sup>" ya da "*qui commodatam accipit*<sup>32</sup>") belirli bir süre kullanması için ücretsiz olarak verilmesidir<sup>33</sup>. Ödünç alan aldığı malı ücretsiz olarak kullanma hakkını elde eder ve malı kullandıktan sonra iade etme borcu altına girer<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> RADO, s. 63.

<sup>29</sup> BUCKLAND W.W.: A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921, s. 467.

<sup>30</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 220; BUCKLAND s. 467.

<sup>31</sup> KOSCHAKER/AYİTER, s. 220. (Buckland "A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian" isimli eserinde "*commodatarius*" terimine bir Roma kelimesi olmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. s. 467)

<sup>32</sup> BUCKLAND, Textbook, s. 467.

<sup>33</sup> BERGER A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 354; KOSCHAKER/AYİTER, s. 220.

<sup>34</sup> UMUR, Ders Notları, s. 342.

Roma Hukuku'nda kullanım ödöncü sözleşmesinin borç doğurması için sadece rızanın varlığı yetmez, malı teslim etmek, malın *detentio*'sunu ödöncü alana devretmek gerekir<sup>35</sup>. *Detentio* kazandırıcı zamanaşımının söz konusu olmadığı ve *interdictum*larla<sup>36</sup> korunmayan bir fiili hâkimiyet türüdür. Buna göre ödöncü alan *detentor*'dur<sup>37</sup> ve aldığı mal üzerinde kendisinin olma niyeti bulunmaksızın hâkimiyet icra eder<sup>38</sup>. Malı, üzerinde anlaşılın şekilde kullanıp iade edecektir. Taraflar ödöncü üzerinde anlaşır ancak malı devretmezlerse henüz sözleşme kurulmamış demektir. Bu durumda ortada sadece ödöncü verileceğine dair şekilsiz bir anlaşma vardır<sup>39</sup>. Yani modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadece rıza ile meydana gelen bir kullanım ödöncü sözleşmesinin varlığı söz konusu değildir.

Malın verilmesi ile yalnızca *detentio* nakledildiği için ödöncü veren kimsenin malın sahibi olması şart değildir.

**D.13.6.15:** *“Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus”*

**D.13.6.15:** *“Başkasına ait olup da zilyedi bulunduğumuz şeyi de başkasına ait olduğunu bilerek ödöncü verebiliriz.”*

Bu yüzden bir malı kullanmak için alan (kullanım ödöncü), muhafaza etmek amacıyla alan (vedia), mal üzerinde intifa hakkına sahip olan ve hatta malı çalan kimse bile malı kullanım ödöncü olarak verebilir<sup>40</sup>. Bu kimseler malik olmamalarına rağmen ödöncüden doğan davaları açma hakkına sahiptirler.

Kullanım ödöncü sözleşmesinin bir diğer önemli unsuru ivazsızlığıdır. Ödöncün ivazsız (karşılıksız) olması demek ödöncü alanın aldığı şeyi kullanması karşılığında bu sebepten dolayı aktifinde hiçbir eksikliğin ol-

<sup>35</sup> ERDOĞMUŞ B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.51.

<sup>36</sup> Formula usulü zamanında *preator*'un ve eyaletlerde valilerin bazı hallerde devlet iktidarını fiilen kullanma yetkilerine dayanarak, hakimın karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde ihtilaflı bir işin yapılmasını yasaklama ya da emretme yoluyla engellemeleri. UMUR, Lügat, s.89.

<sup>37</sup> Ödöncü (ariyet) alanın zilyet olması söz konusu değildir çünkü Roma hukukunda zilyetlik bir malı malik olma niyeti ile elde bulundurmak demektir.

<sup>38</sup> UMUR Z.: Lügat, s. 57.

<sup>39</sup> RADO, s. 75.

<sup>40</sup> TAMER D.: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 203; TAHİROĞLU, s. 162.

maması, aldığı malı iade etmek dışında hiçbir borç altına girmeyecek olması demektir. Herhangi bir miktar ödeme söz konusu olursa ödenen miktar ne kadar cüzi olursa olsun ortaya çıkan sözleşme kullanım ödünçü sözleşmesi hükmünde olmaktan çıkar, bir kira sözleşmesi haline gelir<sup>41</sup>. Kullanım ödünçü sözleşmesini kira sözleşmesinden (*locatio conductio rei*<sup>42</sup>) ayıran en önemli unsur ücretsizliğidir<sup>43</sup>.

Kullanım ödünçü sözleşmesi genellikle tarafların kararlaştıracağı kısa bir süre için yapılır. Kesin bir süre belirlenmese bile ödünçün alınma amacından veya durumun gereğinden şeyin iadesinin ne zaman olacağı çıkartılabilir<sup>44</sup>. Sürenin belirlenmediği durumlarda ödünçün amacı mutlaka belirtilmelidir. Aksi takdirde sözleşmenin süresinin ne kadar olacağı kestirilemez. Sürenin veya amacın belirli olması kullanım ödünçü sözleşmesini *precarium*'dan (iğreti sözleşmesi<sup>45</sup>) ayıran en önemli etkidir<sup>46</sup>. *Precarium* bir kimsenin başka bir kimseye kullanması için taşınmaz bir malın zilyetliğini vermesi ve kendi arzusuna göre istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkânını sağlayan bir sözleşmedir<sup>47</sup>. Post klasik dönemde (M.S 250 – M.S 527<sup>48</sup>) isimsiz sözleşmeler arasına girmiş olan bu sözleşmenin kullanım ödünçünden farkı kişiye istediği zaman verdiği şeyi geri alabilmesi imkânını tanınmasıdır.

Kullanım ödünçü ile ilgili bir diğer özellik ise ödünç alanın malı istediği gibi kullanamamasıdır. Ödünç alan malı taraflarca üzerinde anlaşılan sınırlar içerisinde kullanılmalıdır<sup>49</sup>. Örneğin komşusundan tarlasına belli bir süre gidip gelmek için atını ödünç alan bir kimse bu at ile yurt dışına

41 BERKİ Ş.: "Ariyet" AÜHFD, C. 11, Sa. 1-2, s. 297.

42 Günümüzde kabul edilen doktrine göre "*Locatio Conductio*" kavramı üç ayrı sözleşmeyi gösterir. Bunlardan kira sözleşmesi olanı "*locatio conductio rei*" olarak isimlendirilir. RADO, s. 134.

43 HUNTER W.: Introduction to Roman Law, London 1955, s. 117.

44 KOSCHAKER/AYİTER, s. 220.

45 KOSCHAKER/AYİTER, s. 220; ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.53.

46 BUCKLAND, "Textbook" s.467.

47 UMUR, Lügat s. 166.

48 Roma Hukuku'nun tarihi dönemleri şu şekildedir: Eski Hukuk Dönemi (M.Ö. 753 – M.Ö 150) Klasik Öncesi Hukuk Dönemi (M.Ö. 150 – M.Ö. 27) Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27 – M.S. 250) Post Klasik Hukuk Dönemi (M.S. 250 – M.S. 527) ÇELEBİCAN Ö.K.: Roma Hukuku, Ankara 2010, s. 55.

49 BURDICK L.W.: the Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988, s. 439.

yolculuk yapamaz<sup>50</sup>. Eğer yaparsa ata gelecek zarar mücbir nedenden (*vis maior*) dolayı da olsa sorumluluğu söz konusu olacaktır.

**D.13.6.5.7:** *nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduces, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum."*

**D.13.6.5.7:** *"Sana çiftliğine gitmen için atımı verirsem ve sen bu at ile savaşa gidersen ata gelecek zararlardan sorumlu olursun".*

Ata bir zararın gelmediği durumda ise ödünç veren kullanma hırsızlığı sebebiyle *actio furti* isimli ceza davasını açabilir<sup>51</sup>.

Bu sözleşme özellikle Roma'nın bir tarım toplumu olduğu dönemlerde önemli rol oynamıştır. Bir kimsenin komşusu olan tarla sahibine tarlayı sürmesi amacıyla bir hayvanını vermesi veya bir su kanalı açması için gerekli aletleri vermesi gibi kullanım ödünçü sözleşmelerinden anlaşılacağı üzere kullanım ödünçü sözleşmesi kökeninde tarım toplumunda komşular arası ihtiyaçlara cevap vermiştir<sup>52</sup>. Bir çiftçinin çiftliğini işletebilmesi için gerekli olan bütün malları her zaman elinde bulundurması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla da komşularının yardımlarına ihtiyaç duyabilir. Kaldı ki komşuları da aynı durumdadır. Bu durum zorunlu bir dayanışmaya yol açmıştır. Bu dayanışmayı da kullanım ödünçü sözleşmesi gerçekleştirmektedir.

Kullanım ödünçü sözleşmesi ilk bakışta en eski real sözleşme olan karz (tüketim ödünçü) sözleşmesine çok benzer. Tüketim ödünçü (*karz-mutuum*) sözleşmesi ile ödünç veren kişi belirli miktarda misli bir şeyin mülkiyetini, aynı nevi ve aynı cinsten, aynı miktarı iade borcu altına giren bir kimseye devreder<sup>53</sup>. Kullanım ödünçü sözleşmesi tıpkı tüketim ödünçünde olduğu gibi bir kimsenin bir maldan yararlanıp daha sonra iade etmesidir<sup>54</sup>. Bu iki sözleşme arasında yakınlık varsa da gerek hukuki mahiyetleri gerekse de meydana getirdikleri neticeler bakımından önemli farklar mevcuttur. Kullanım ödünçü sözleşmesini daha iyi kavrayabilmek için kullanım ödünçü sözleşmesi (*commodatum*) ile tüketim ödünçü (*mutuum*) arasındaki başlıca farklılıklara kısaca değinelim.

<sup>50</sup> TAHİROĞLU, s.163; ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

<sup>51</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

<sup>52</sup> TAHİROĞLU, s.163.

<sup>53</sup> MARZO, s.411.

<sup>54</sup> UMUR, Ders Notları, s.342.



Kullanım ödöncü sözleşmesinden doğan borç parça borcudur. Yani ödönc alan kimse aldığı şeyi kullandıktan sonra aynen iade etmek zorundadır. Tüketim ödöncünde ise nevi borcu doğar. Yani borç aynı mal olarak değil aynı nevi olarak iade edilir.

**D.12.1.2:** *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuuum.*

**D.12.1.2:** “Verdiğimiz parçayı aynen değil (yoksa ariyet veya vedia olurdu) fakat aynı neviden geri almak için ödönc veririz. Zira başka bir neviden bir şey, mesela buğday yerine şarap alacak olursak bu bir ödönc olamaz.”

Tüketim ödöncü sözleşmesinde ödönc alan iki çuval kömür aldıysa yine iki çuval kömür iade etme borcu altına girer. Ancak aynı çuvalların iade etmek gibi bir borcu yoktur. Oysa kullanım ödöncü sözleşmesinde bir at veya bir köle verildiğinde aynı atın veya aynı kölenin iade edilmesi beklenir<sup>55</sup>. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere tüketim ödöncü sözleşmesinde edimin imkânsızlığı söz konusu değildir.

Yine tüketim ödöncü sözleşmesinde (*mutuum*) ödönc alan aldığı malın mülkiyetini kazanır ve dolayısıyla o şeyde tasarruf etme hakkını haiz olur. *Mutuum* kelimesi ismini bu özelliğinden alır<sup>56</sup>. Oysa kullanım ödöncünde kişi aldığı şeyin zilyedi dahi değildir.

**D.13.6.8:** “*Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus*”

**D.13.6.8:** “Ariyet verdiğimiz malın mülkiyetini ve zilyetliğini elimizde tutarız.”

Malı sadece fiilen elinde bulundurmaktadır. Bu durum ödönc (*commodatum*) alanın zilyetliği koruyan himaye vasıtalarından yararlanmasına neden olur. Ödönc veren ise şeyi teslim ettikten sonra bile hem

<sup>55</sup> BURDICK, s. 439.

<sup>56</sup> *Mutuum* kelimesi “benimki/bana ait olan” ve “seninki/sana ait olan” anlamlarına gelen “*meum*” ve “*tuum*” kelimelerinin birleşmesinden oluşmuştur. Kelime “benim olan artık senin” şeklinde yorumlanabilir. HUNTER W.: a Systematic and Historical Exposition of Roman Law, London 1920, s. 472.

malik hem de zilyet kaldığından gerektiğinde mülkiyet ve zilyetlik davalarını kendisi açar<sup>57</sup>.

Kullanım ödücü sözleşmesi kural olarak misli olmayan şeyler üzerinde yapılır. Kitap, araba, köle gibi misli olmayan şeyler ariyet sözleşmesinde borcun konusunu oluşturur. Hatta taşınmazlar dahi ariyete konu olabilirler<sup>58</sup>. Tüketim ödücünde ise misli eşya söz konusudur. İstisnai olarak misli mallar da kullanım ödücü sözleşmesine konu olabilirler.

**D.13.6.3.6:** “*Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*”

**D.13.6.3.6:** “*Kişi gösteriş veya hava atma amacıyla almadıkça, kullanmakla tükenen mallar ariyete konu olmaz.*”

Ancak bu genelde gösteriş amacına dayanır. Bir kimsenin arkadaşının cüzdanında gördüğü farklı bir ülkenin banknotunu bir arkadaşına göstermek için alması ve gösterdikten sonra geri vermesi bu duruma bir örnektir. Ayrıca kullanım ödücü sözleşmesinin konusu tüketilemez eşyadır. Tüketim ödücünde ise ödünç alınan şey tüketilmek için alınır<sup>59</sup>. Gösteriş amacıyla misli eşyaların kullanım ödücüne konu olması durumlarında ise eşyalar tüketilmek amacı ile alınmaz, gösterildikten sonra aynen iade edilirler.

Daha önce de değinildiği üzere kullanım ödücü ücretsiz bir sözleşmedir. Dostluğa dayanır. Bu ödünç karşılığı para ödenirse kira, bir mal verilirse isimsiz sözleşmelerden biri doğar. Tüketim ödücünde ise faiz söz konusu olabilir. Faiz ödenmesi tüketim ödücü sözleşmesinin niteliğinde bir değişikliğe yol açmaz<sup>60</sup>.

Kullanım ödücü, tıpkı diğer real sözleşmelerden rehin (*pignus*) ve vedia (*depositum*) gibi bir iyi niyet sözleşmesidir. Buna karşın tüketim ödücü (*mutuum*) diğer real sözleşmelerden farklı olarak Roma'nın her döneminde dar hukuk sözleşmesi vasfını muhafaza etmiştir<sup>61</sup>. İyiniyet

<sup>57</sup> RADO, s. 76; TAHİROĞLU, s. 164.

<sup>58</sup> Bir kimsenin kullanmadığı kömürlüğünü komşusu malları koysun diye komşusuna ödünç (ariyet) vermesi taşınmaz bir şeyin ariyete konu olmasına örnektir.

<sup>59</sup> TAHİROĞLU, s. 164.

<sup>60</sup> RADO, s. 77.

<sup>61</sup> UMUR, s. 343; RADO, s. 69; TAHİROĞLU, s. 165.

sözleşmelerinin yaygınlaştığı *Iustinianus* döneminde *mutuum* hep dar hukuk davalarına bağlı kalmıştır<sup>62</sup>. Bunun sonucu olarak kullanım ödünç sözleşmesine bağlı olarak yapılan şekilsiz anlaşmaların, *pactum*'ların içerikleri, iyiniyet gereği ifası gereken şeylere dâhil olduğundan kullanım ödünç davalarında göz önünde bulundurulurlar. Oysa *mutuum*'a bağlı anlaşmaların borç doğurabilmesi için ayrı bir sözleşme (örneğin; *stipulatio*) yapılması gerekirdi<sup>63</sup>.

Kullanım ödünç sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşmedir. Bu özelliği ile kullanım ödünç sözleşmesi Roma Hukuku'ndaki tek taraflı sözleşme anlayışından ayrılışın ilk örneğidir<sup>64</sup>. Bu sözleşmede taraflardan biri (ariyet alan) her zaman borçludur. Bu borç aldığı şeyi iade etme borcudur. Ödünç (ariyet) veren ise bazı hallerde borç altına girer. Bu borç genelde ödünç (ariyet) verenin ciddi bir kusuru olması yüzünden ödünç (ariyet) alanın zarar görmesinden ya da ödünç (ariyet) alanın aldığı şey üzerinde bazı fevkalade masraflar yapmasından kaynaklanır<sup>65</sup>. Oysa tüketim ödünç sözleşmesi tek taraflıdır. Bu ödünç sözleşmesinde yalnızca ödünç alan borç altına girer.

Kullanım ödünç sözleşmesi ile benzerlikler taşıyan bir diğer sözleşme ise *vedia* sözleşmesidir. *Vedia* (*depositum*) bir kimsenin bir malını bir başka kişiye saklaması için verdiği sözleşmedir<sup>66</sup>. *Vedia* alan malı istendiği zaman geri iade etme borcu altına girer. Kullanım ödünçünde var olan ücretsiz olarak kullanıp iade etme amacı *vedia*da ücretsiz olarak muhafaza edip iade etme olarak ortaya çıkar. *Vedia* bırakılan malı ne bir 3. kişi ne de *vedia* alanın kendisi kullanamaz<sup>67</sup>. Teoride birbirinden kolayca ayrılan bu iki kavramı pratikte ayırmak her zaman çok da kolay değildir<sup>68</sup>. Eğer bir kişi gümüş kolyesini bir arkadaşına kendisinin yokluğunda muhafaza etmek için *vedia* olarak verirse ve katılacağı bir yemekte kendi kolyesinin kıyafetine uymaması durumunda *vedia* bırakılan kolyeyi kullanması için icazet (izin) verirse belli durumlarda *vedia*, belli durumlarda ise kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olur.

<sup>62</sup> ÇELEBİCAN, s. 304.

<sup>63</sup> RADO, s. 77.

<sup>64</sup> HUNTER, Exposition of Roman Law, s. 476.

<sup>65</sup> UMUR, s. 343.

<sup>66</sup> HUNTER, Introduction, s. 104-105.

<sup>67</sup> WATSON A.: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965, s. 7.

<sup>68</sup> BUCKLAND W.W.; Elementary Principles of Roman Private Law, Cambridge 1912, s. 240.

## B) KULLANIM ÖDÜNCÜNDEN DOĞAN BORÇ VE DAVALAR

Tüketim Ödücü (*mutuum*) sözleşmesi ile farklarından bahsedilirken değinildiği üzere kullanım ödücü (*commodatum*) sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşme olduğundan taraflardan biri her zaman, diğeri ise bazı durumlarda borçlu olur. Kullanım ödücü sözleşmesinde esas borç ödünç (ariyet) alanın borcudur. Bu borç kişinin aldığı şeyi aynen iade etmesinden ibarettir. Ödünç (ariyet) alan şeyi hangi niyetle aldıysa o niyete uygun kullanmak ve akabinde geri vermek ile mükelleftir. İlk zamanlarda kullanım ödücü sözleşmesi *Ius Civile* tarafından tanınmadığından *formuları* “*actiones in factum conceptae*”<sup>69</sup> idi. Daha sonraları *preatorlar* bu konuda “*in ius conceptae*”<sup>70</sup> bir *formula* vermeye başladılar. *Iustinianus* hukukunda ise ödünç (ariyet) veren ödünç alana karşı “*actio commodati directa*” davasını açabiliyordu<sup>71</sup>. Yalnızca, verdiği mal yüzünden ödünç (ariyet) alanın zarara uğraması gibi bazı durumlarda ödünç veren de borçlu olabirdi. Mesela ödünç alınan atın hastalığı ödünç alanın hayvanlarına bulaşması söz konusu olduğunda<sup>72</sup> ya da ödünç alınan fiçılara konulan şarap aktığında<sup>73</sup>; ödünç alan hakkını *actio commondati contraria*<sup>74</sup> davası ile korurdu.

Ödünç (ariyet) alan aldığı şeyi iade edemiyorsa bundan sorumludur. Bu sorumluluğun türü ise Roma'nın çeşitli dönemlerinde farklılıklar göstermiştir. Roma'da eski devirlerde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesi yaygınken, *preatorların* etkisiyle bu sorumluluk geri plana atılmış ve klasik devirden itibaren kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) ilkesine doğru hızlı bir gidiş gözlemlenmiştir<sup>75</sup>. Bu değişim kulla-

<sup>69</sup> *Ius Civile* tarafından davası olmayan, fakat *preatorun* himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için bir *formulanın* *intentio*'suna (davacının iddiasını ileri sürdüğü bölüm) dâhil ederek zikrettiği bir olaya dayanan *preator* davaları. UMUR, Lügat, s. 15.

<sup>70</sup> *Formularların* *intentio* kısmına *Ius Civile*'ce tanınmış bir hakkın zikredilmiş bulunduğu davalar. UMUR, Lügat, s.15.

<sup>71</sup> UMUR, Lügat, s. 3; RADO s. 77.

<sup>72</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.52.

<sup>73</sup> D.13.6.18.3: Alınan kap kusurlu ise ve o kaba konulan şarap veya yağ aktıysa ya da bozulduysa, karar kabı verenin aleyhine olmalıdır. (*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*)

<sup>74</sup> UMUR, Ders Notları, s. 342.

<sup>75</sup> ERDOĞMUŞ B.: “Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2010, s. 895.

nım ödücü sözleşmesinde de görülebilir. Ödünc (ariyet) alan klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluğun) bir türü olarak kabul edilen *custodia* ile sorumludur<sup>76</sup>. *Custodia* umulmayan hallerde bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür<sup>77</sup>. Bu kavram ileride ayrıntılı şekilde incelenecektir. *Iustinianus* döneminde ise ağır basan kusursuz sorumluluğun (subjektif sorumluluk) etkisiyle ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu hafifletilmiş, ödünç (ariyet) alan *culpa levis*<sup>78</sup>'ten (hafif ihmal) sorumlu tutulmuştur. Kural olarak hafif ihmalden sorumluluğun normal şekli bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumluluktur<sup>79</sup>. *Culpa levis*'den sorumlu tutulan bir borçlu ağır ihmalden ve kastından evleviyetle sorumlu tutulacağından hafif ihmal sorumluluğuna *omnis culpa* sorumluluğu denmektedir<sup>80</sup>.

#### IV. ROMA HUKUKUNA HÂKİM SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

##### A) ROMA HUKUKU'NDA SORUMLULUK KAVRAMI

Borcun konusu borçlunun alacaklıya borçlanmış olduğu edimdir. Borçlu alacaklıya karşı bu edimi yerine getirmek zorundadır. Bu anlamda borç borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirme yükümlülüğünü ifade eder<sup>81</sup>. Her borçlu borcunu gereken şekilde yerine getirmelidir. Eğer borçlu borcunu yerine getiremiyorsa sorumluluğu söz konusu olur<sup>82</sup>. Sorumlu olmak, bir kimsenin belli bir davranışta bulunma veya bulunmama yükümlülüğü altında olmasını, edimi yerine getirmeye zorlanabilmesini, gerektiğinde sorumlu olduğu şeyi yerine getirmek için tüm malvarlığından vazgeçmesini ifade eder<sup>83</sup>. Hukuki anlaşmazlıklar da bir kimsenin üzerine düşeni yerine getirmemesinden doğar ve bu durumlarda borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu ortaya çıkar.

Bu alanda farklı esaslara dayanan iki sorumluluk ilkesi vardır. Zamanına ve yerine göre biri veya diğeri, bazı devirlerde ise her ikisi birlikte

<sup>76</sup> ZİLELİOĞLU H.: "Roma Hukuku'nda Sorumluluk Ölçütlerine Bir Bakış", AÜHF, C. 39, Sa. 1-4, s. 242.

<sup>77</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

<sup>78</sup> Bir kimsenin; iyi bir aile babasının, yani aklı başında normal bir insanın gösterdiği ihtimamı göstermemesi halinde *culpa levis* söz konusu olurdu. MARZO, s. 365.

<sup>79</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s.244.

<sup>80</sup> UMUR, Lügat, s. 144.

<sup>81</sup> EREN F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.78.

<sup>82</sup> UMUR, Ders Notları, s.306; TAHİROĞLU, s.40.

<sup>83</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.24.

uygulanan bu iki ilke kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk<sup>84</sup>) ve kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk<sup>85</sup>) ilkeleridir. Kusursuz sorumluluk ilkesinde belirleyici olan etken sonuçtur. Buna göre hukuka aykırı sonuç meydana gelmişse, bu sonucu meydana getiren kişi sorumludur<sup>86</sup>. Ödünç (ariyet) alınan at geri verilmemişse veya satılan mal devredilmişse bu sonucu ortaya çıkaran kimse bundan sorumlu tutulur. Bu ilke kişinin borcunu ifa edemeyişinin sebebini düşünmez, sadece beklenene netice ortaya çıkmadığı için kişiyi sorumlu tutar<sup>87</sup>. Yani sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında illiyet bağının varlığı bu sorumluluğun gerçekleşmesi için yeterlidir.

Buna karşın borcunu yerine getirmeyen borçlunun, borcunu yerine getirememesinin sebepleri araştırılırsa ve kusuru olduğu hallerde yaptırım uygulanırsa kusur sorumluluğu söz konusu demektir. Burada sorumluluk zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanır<sup>88</sup>. Bu ilkeye göre borcunu yerine getiremeyen kusurlu değilse sorumlu da değildir.

Roma Hukuku'nda klasik hukuk dönemi ve öncesinde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesinin geçerli olduğu doktrinde kabul edilmiştir<sup>89</sup>. *Ius Civile*'nin katı, sınırlı hukuk anlayışının buna yol açtığı tahmin edilebilir. Ancak *Praetor*'ların etkisiyle zamanla kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) prensibinin uygulandığı durumlar artmış, sonuç olarak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) genel kural olarak benimsenmiştir. Bu dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) prensibi ise tamamen ortadan kalkmamış, ancak sadece bazı özel durumlarda uygulanır hale gelmiştir.

---

<sup>84</sup> Bu ilkede sadece sonucun meydana gelip gelmediğine bakıldığından buna aynı zamanda sonuç sorumluluğu da denir. TAHİROĞLU, s.41.

<sup>85</sup> Zarar verici davranış belirli bir süjeye bağlandığı için doktrinde kusur sorumluluğuna subjektif sorumluluk da denilir. EREN, s.447.

<sup>86</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar, s.24.

<sup>87</sup> UMUR, Ders Notları, s.306.

<sup>88</sup> EREN, s.447.

<sup>89</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

## B) ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

### 1. Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu:

Özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nde göze çarpan bu sorumluluk türü kusursuz sorumluluğun özel hallerinden birisi olarak değerlendirilir. *Custodia* sorumluluğu Klasik dönemin etkisini taşıyan ağırlaştırılmış bir sorumluluk türü olduğu için borçlu beklenmeyen olaylardan bile sorumlu tutulmuştur. Bu dönemde borçlu her türlü gözetimini kanıtlasa da hukuk düzeni gözetim ödevini ihlal ettiğini söyler. En eski sorumluluk türü olarak bilinen *custodia* sorumluluğuna göre bir kimse gerekli önlemleri almış da olsa kendisine verilen eşyalar ile ilgili meydana gelen kayıplardan dolayı şüphesiz sorumlu tutulmaktaydı. Bu sorumluluk hırsızlığı, üçüncü kişilerin mala verdiği zararları ve hayvanların mala verdiği zararları da kapsamaktaydı<sup>90</sup>. Bir hırsızlık gerçekleştiğinde ödünç (ariyet) alan her türlü önlemi almış da olsa ödünç (ariyet) aldığı malın çalınmasından sorumlu tutuluyordu<sup>91</sup>. Sadece *vis maior* (mücbir sebep) söz konusu olduğunda meydana gelen zararlardan dolayı *custodia* sorumluluğu doğmazdı<sup>92</sup>. Yani *custodia* sorumluluğunun doğmaması için tabii veya insan fiiline bağlı, gerçekleşmesinin borçlu ile ilgisinin olmadığı, önlenmesi insan gücünün üstünde kalan bir hadisenin varlığı gerekliydi<sup>93</sup>. Mesela ödünç (ariyet) alınan şey zelzele ve sel felaketi yüzünden kullanılmaz hale geldiyse borçlu sorumlu tutulamazdı<sup>94</sup>.

Bu sorumluluk türü genel olarak başkasının malını kendi yararı için elinde tutan borçlunun sorumluluğunu belirleme kullanılmıştır. Klasik dönemde; kullanım ödünç sözleşmesi, istisna sözleşmesi, satım sözleşmesi ve rehin sözleşmesi *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilen sözleşmelerdir. Klasik devre hâkim olan kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinin *Iustinianus* döneminde hafifletilmesiyle bu sorumluluk türü bazı istisnai haller dışında terk edilmiş ve *diligentia* sorumluluğuna dönüşmüştür.

<sup>90</sup> SÜTKEN E.: "Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, 2003, s.39.

<sup>91</sup> Dolayısıyla malın sahibi olmasa bile *actio furti* davası açabilirdi.

<sup>92</sup> RADO, s.44.

<sup>93</sup> UMUR, "Lügat", s.220.

<sup>94</sup> RADO, s.44.

## 2. Dolus (Kasıt):

Bu terim haksız, kötü davranışı ifade eder. Dolus kelime anlamı olarak haksız fiillerde hile anlamına gelmektedir. Buradaki kullanılışı ise kasıt anlamını taşımaktadır. Kasıt borçlunun borcunu yerine getirmemek için, bilerek ve isteyerek hukuka aykırı hareket etmesidir<sup>95</sup>. Örneğin bir kimsenin ödünç (ariyet) aldığı atı, atın sahibine zarar vermek amacıyla öldürmesi durumunda kasıt söz konusu olur. Satıcı, sattığı malı alıcısına teslim etmemek için bozar veya kırarsa kasıt vardır. Kişinin kötülük etme niyeti olmasa bile alacaklının zarar göreceğini bilerek hareket etmesi durumunda da kasıt söz konusu olur. Eğer borçlu isteyerek borcun ifasını imkânsız hale getiriyorsa veya bilerek kötü ifa ediyorsa kasıttan sorumludur. Kasıtlı, yani bilerek ve isteyerek yapılan hareketler toplum düzenini, kamu barışını bozduğu için mutlaka ama mutlaka yaptırımla karşılaşmalıdır<sup>96</sup>. Kasıt kusurun en ağır derecesidir ve borçlu kastından her zaman sorumlu tutulur. Bu kural sözleşme ile de bertaraf edilemeyecek bir ilkedir<sup>97</sup>.

**D.13.6.17:** *"In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est."*

**D.13.6.17:** *"Kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olduğunda ariyet konusu şeye kasten verilebilecek zararları kapsamına almayan sözleşme hükümleri geçerli değildir."*

Roma Hukuku'nda kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru yönelişin ilk adımı *dolus* olmuştur. Ticaret geliştikçe ve Roma toplumları genişledikçe sözleşmeler sistemi gelişmiş ve bunun bir sonucu olarak farklı sorumlulukların doğması söz konusu olmuştur. *Dolus* kavramı da sözleşmelerle birlikte gelişmiş ve zamanla *custodia* ile yan yana uygulanmaya başlamıştır.

Roma Hukuku kaynaklarında *dolus, bona fides*'in karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu kavramın kapsamına *dare* (yapma) borcu girdiği gibi *facere* (yapmama) borcu da girer. Edim yükümlülüğü ve tazminatın kapsamı da *bona fides*'e göre belirlenir.

<sup>95</sup> TAHİROĞLU, s.50.

<sup>96</sup> ERDOĞMUŞ, s.30.

<sup>97</sup> TAHİROĞLU, s.51.



### 3. İhmal (Culpa)

İhmal anlamında *culpa* kavramının gelişimi haksız fiiller alanında olmuştur<sup>98</sup>. Haksız fiil bağlamında geliştirilen unsurlardan birisi de *culpa* kavramı olmuştur. *Custodia* ve *dolus* kavramları sözleşmeden doğan sorumluluklara hâkimken *culpa*'nın varlığı daha öz önem taşımaktaydı. Bu dönemlerde özellikle *dolus* söz konusuysen, *dolus*'un bulunması gerektiği yerde ihmal söz konusu ise sorumluluk doğmaz denilmiştir. Yani *culpa*, *dolus*'un varlığını saptamada kullanılmıştır. *Culpa*'nın teknik anlam kazandığı dönem ise klasik sonrası hukuk dönemidir. Ayrıca *culpa*'nın *culpa lata-culpa levis* (ağır ihmal hafif-ihmal) şeklinde ikiye ayrılması da bu dönemde gerçekleşmiştir.

İhmal dar anlamda özensizliği, dikkatsizliği ve tedbirsizliği ifade eder<sup>99</sup>. Kasıt kadar ağır olmayan bir kusurdur. Burada kişi hukuka aykırı bir hareketin ortaya çıkmasını istememiştir. Fakat gerekli özen ortaya konmadığı için hukuka aykırı hareket ortaya çıkmıştır. İhmal ifanın imkânsızlığını ve kötü ifayı oluşturabilecek, her türlü kınanabilecek davranışı ifade etmektedir.

İhmal söz konusu olduğunda ağır ihmal hafif ihmal kavramları göze çarpar. Ağır ihmali hafif ihmalden ayıracak kesin bir ölçü yoktur. Bununla beraber ağır ihmalden maksat herkesin anladığını anlamamak, herkesin bildiği şeyi bilmemek ve yapmamaktır<sup>100</sup>. Anlaşılabileceği üzere ağır ihmal açıklanamaz ve affedilemez bir düşüncesizliktir. Hafif ihmal ise kişinin dikkatli ve özenli bir kimsenin gösterdiği özeni göstermemesi halinde söz konusu olur. Söylenildiği gibi bu iki ihmal türü arasındaki farkı somut olaylarda gözlemlemek zor bir iştir<sup>101</sup>.

### 4. Özen Yükümü (Diligentia)

*Diligentia*, *Iustinianus* dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışının ölçütlerinden biridir. Bir subjektif sorumluluk ölçütü olarak değerlendirilse de kusursuz sorumluluğa yakın bir anlayışa sahiptir. *Custodia*'nın subjektifleştirilmiş biçimi olarak tanımlanabilir.

Daha önce de değinildiği üzere *Iustinianus* dönemi hukukçuları *custodia*'yı terk etmiş ve tamamen *diligentia* sorumluluğuna dönmüşlerdir.

<sup>98</sup> *Lex Aquilia* kanunu (M.Ö. 287) haksız fiil kavramının gelişimini sağlayan kanundur.

<sup>99</sup> TAHİROĞLU, s.52.

<sup>100</sup> TAHİROĞLU, s.55.

<sup>101</sup> TAHİROĞLU, s.58.

Ancak bu *culpa* karşısı bir sorumluluk biçimi olarak görülmemiştir<sup>102</sup>. Çünkü Iustinianus dönemi hukukçuları için *culpa diligentia* yükümüne aykırı bir hareket olarak *neglegentia* (ihmal) den başka bir şey değildi. Bu nedenle culpa ve diligentia aynı tür sorumluluğu ifade eden iki ayrı terimdi. Böylece diligentia ile kusur sorumluluğuna girilmiş oldu.

En eski çözüm yolları olan dolus ve culpa lata'dan sorumluluk sözleşmelerdeki ifa eksiklerini gidermeye yetmemiştir. Bu halde borçlunun borca aykırı hareketlerinden kaçınmasını içeren negatif hareketine ek olarak pozitif bir harekete yani özen göstermeye ihtiyaç duyulmuştur<sup>103</sup>. Bu hareket değerlendirilirken kişinin kendi kişiliğine göre değişen bir ölçü yerine dikkatli bir insanın kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsü dikkate alınır. Roma kaynaklarına göre borçlu sadece alacaklının yararına aykırı hareketlerden kaçınmakla kalmayıp (*culpa*) ifayı olumlu bir hareket olan özen yükümü içinde gerçekleştirmelidir<sup>104</sup>.

### 5. *Fayda İlkesi (Utilitas)*

Bu ilkeye göre bir sözleşmede menfaati olmayan tarafın sorumluluğunun menfaati olan kişiye nazaran daha hafif olarak takdir edileceği, yani borçlunun sadece alacaklıya yarar sağlayan borç ilişkilerinde ağır kusur ölçüsüne tabi olmaması gerektiği kabul edilmişti<sup>105</sup>. Bu ilke her sözleşmede dikkate alınmamıştır. Sadece borçlunun yarar sağlamadığı sözleşmelerde borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmak için dikkate alınır. Buna göre mesela vedia sözleşmesi ücretsiz bir sözleşme olduğu için vedia alan yalnızca kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu tutulmaktaydı. Sadece sorumluluğu hafifletmek için değil, gerektiğinde ağırlaştırmak için de kullanılır. Örneğin kullanım öduncü sözleşmesinde ödünç verenin bir menfaati yoktur. Sadece ödünç alanın menfaati söz konusu olduğundan ödünç alan bütün kusurlarından sorumlu tutulmaktadır.

Iustinianus yarar ilkesini mutlak olarak uygulamamıştır. Örneğin; Roma'da daima ücretsiz olan vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâletsiz iş görmede işgören ve vesayette vasi ihmallerinden sorumlu tutulmuştur.

### 6, *Beklenmeyen Hal (Casus) ve Mücbir Sebep (Vis Maior)*

Borçlunun kusuru olmaksızın, borcun yerine getirilmesi imkânsız hale gelirse, *Iustinianus* hukukunda borçlunun sorumluluğunun olmadığı

<sup>102</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 262.

<sup>103</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

<sup>104</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 244.

<sup>105</sup> ERDOĞMUŞ, s.37.

kabul edilir. Bunun istisnası ise han, gemi ve ahır sahiplerinin sorumluluklarıdır. Klasik hukuk döneminde ise beklenmeyen haller *custodia* sorumluluğu kapsamındaydı ve bu bakımdan özel bir önem arz etmekteydi. *Custodia*'nın geçerli olduğu ödünç gibi sözleşmelerde beklenmeyen bir halden dolayı borcun ifası yapılamasa bile borçlu kişi bundan sorumlu tutulmaktaydı.

Mücbir sebep (*vis maior*) ise önüne geçilemeyen, önlem alınamayan, sorumlu şahsın faaliyet alanı dışında meydana gelen ve borcun ihlaline yol açan olaylardır. Mücbir neden her durumda sorumluluğu kaldırır. Çünkü öyle öngörülemezdir ki ona karşı konulması mümkün değildir<sup>106</sup>.

## V. KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİNDE UYGULANAN SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

Kullanım ödünç sözleşmesinde sorumluluk konusu, genel olarak Roma Hukuku'ndaki sözleşmeye dayanan sorumluluk içinde oldukça önemli yer tutmaktadır. Burada oluşan prensipler genel nitelik kazanmış ve Roma Hukuku'ndaki tüm sorumluluk sistemini belirlemiştir.

Daha önce de değinildiği üzere kullanım ödünç sözleşmesinde; ödünç alan, klasik dönemde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluğun) bir türü olarak kabul edilen *custodia* ile sorumludur. *Iustinianus* döneminde ise ağır basan kusursuz sorumluluğun (subjektif sorumluluk) etkisiyle ariyet alanın sorumluluğu hafifletilmiş, *custodia* kavramı yerini *diligentia*'ya bırakmış ve ariyet alan *culpa levis*'den (hafif ihmal) sorumlu tutulmuştur. Şimdi kısaca Roma'nın çeşitli hukuki dönemlerinde kullanım ödünç sözleşmesinde kullanılan bu sorumluluk türlerine göz atalım.

### a) KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİNDE CUSTODIA SORUMLULUĞU

#### 1. Genel Olarak *Custodia* Kavramı

Roma Hukuku'nda *custodia* terimi ile genel olarak bir şeyi gözetme borcu kastediliyordu. Ancak Roma Hukuku kaynaklarında sıkça rastlanan bu kelimenin her zaman gözetmek anlamını taşıdığını söylemek hatalı olacaktır. Roma Hukuku'nda *custodia* kelimesinin üç ayrı hukuki kullanım biçimi olduğu kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Bu kavramlara kısaca göz atalım.

<sup>106</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 263.

<sup>107</sup> ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.33.

**a)** Bunlardan ilki halk dilindeki anlamıyla yani nezaret anlamıyla, teknik olmayan biçimde kullanıldığı hallerdir. Hukuki açıdan bakıldığında bu kavram daha çok aile hukukunda karşımıza çıkar. Aile Hukuku ile ilgili kavramlarda *custodia ventris* (ceninin gözetimi) ya da *custodia partus* (çocuğun gözetimi) şeklinde velayet ve vesayet ile ilgili konularda kullanımlarına rastlanmaktadır<sup>108</sup>.

**b)** İkinci kullanım biçimi ise kişiler ve şeyler üzerinde kurulan hâkimiyet biçiminde karşımıza çıkar. Buradaki *custodia* kullanımı zilyetliğin fiili hâkimiyet ögesi ile yakından ilgilidir. Bu kullanıma örnek olarak D. 41.2.3.13 gösterilebilir. Bu metne göre taşınır bir malın *custodia*'sının korunması fiili hâkimiyet için yeterlidir<sup>109</sup>.

**c)** Son olarak, Roma Hukuku'nda *custodia* kavramının yer aldığı ve bu çalışmada da ele alınış şekli olan kullanım alanı ise "*custodiam praestare*"dir. Sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında karşımıza çıkan *custodia* genellikle "*custodiam praestare*"dir. *Praestare* kelimesi birçok farklı anlam taşısa da bir sözleşme söz konusu olduğunda *praestare* kavramı çeşitli borç ilişkilerindeki ifa noksanlıkları ve ifa yoklukları nedeniyle sorumluluk yüklenmeyi ifade eden bir anlam kazanmaktadır<sup>110</sup>. Bu kavram Türkçe *eda* ve *edim* kelimeleriyle karşılanmaktadır.

Değindiği üzere "*custodiam praestare*" kavramı sözleşmeye dayanan sorumluluk söz konusu olduğunda karşımıza çıksa da bu kavram her sözleşmede uygulama alanı bulamamıştır. Sadece belirli bazı sözleşme tiplerinde gözetim sorumluluğu vardır. Örneğin; ariyet, istisna, satım ve rehin sözleşmeleri *custodia* sorumluluğuna dâhildir.

*Custodia* sorumluluğu her ne kadar gözetme borcu anlamına gelse de, gözetimin söz konusu olduğu her borç ilişkisinde *custodia*'nın varlığı söz konusu değildir. Örneğin gözetim söz konusu olduğunda akla ilk gelen anlaşmalardan *vedia* sözleşmesinde sorumluluk *custodia* değil, *dolus*'tandır<sup>111</sup>. *Custodia*'nın geçerli olduğu sözleşmelerde ise koruma yükümlülüğünün genelde borç ilişkisinin esas amacı olmadığı gözlemlenir. Borçlunun malı elinde tutmaktaki asıl amacı kendi yararındır, malı koruyup kollamak değildir. Koruma borcu *vedia* olduğunun aksine ikincil bir borçtur. Bu bilgilerden de *custodia*'nın koruma anlamında kullanılan bir gözetim

<sup>108</sup> ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.33; D.25.4.1.

<sup>109</sup> ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.34.

<sup>110</sup> ZİLELİOĞLU, "*Custodia*" s.21.

<sup>111</sup> MACCORMACK G.: "*Custodia and Culpa*", ZSS, sa.89, s.155; ZİLELİOĞLU, "*Custodia*", s.21.

fiili değil, belli sözleşmelerde geçerli bir sorumluluk türü olduğu bilgisine ulaşabiliriz.

*Custodia* sorumluluğunda, sorumluluğun bu kadar ağır olmasının sebebi sorumluluk altındaki kişinin sözleşmeden menfaatinin olması ile açıklanır<sup>112</sup>. Örneğin; biraz önce de açıklandığı üzere, vedia sözleşmesinde, vedia alanın sorumluluğu *dolus* (kasıt) ile sınırlandırılmıştır. Veditadan farklı olarak, *custodia* sorumluluğu denince akla ilk gelen örneklerden olan kullanım ödünçü sözleşmesinde, ariyet alanın menfaati söz konusudur. Burada kişi aldığı şeyi ücretsiz olarak kullanmaktadır. Karşılıksız kullanıma bırakılan bir mal söz konusu olduğundan ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu, vedia sözleşmesindekinden çok daha ağırdır.

*Custodia* sorumluluğunun geçerli olduğu sözleşme tiplerine bakarsak hepsinin bir ortak özelliği olduğunu görürüz. Bu ortak özellik başkasına ait bir malın elde bulundurulması ve bu malın daha sonra geri verilmesi borcunun doğmasıdır. Bunun tek istisnası alım-satım sözleşmesidir. Bu sözleşmede satıcı sattığı ancak henüz teslim etmediği malın gözetiminden sorumlu tutulmaktadır<sup>113</sup>.

Bütün bu bilgilere dayanarak *custodia*'yı kişinin başkasına ait bir malı kendi yararına elinde bulundurduğunda, bu mala gelecek bazı zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olduğu haller olarak tanımlanabilir<sup>114</sup>.

Klasik devre hâkim olan kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) hallerinin *Iustinianus* döneminde hafifletilmesiyle *custodia* sorumluluğu terk edilmiş ve *diligentia* sorumluluğuna dönülmüştür. Ancak otelcilerin gemicilerin ve ahır sahiplerinin sorumluluklarına dair esaslar aynen muhafaza edilmiştir.

## **2. Kullanım Ödünçü Sözleşmesinde Custodia Sorumluluğu**

Kullanım ödünçü sözleşmesinde, kullanılmak amacıyla başkasına ait bir mal alınmaktadır. Normal olarak bu malı elinde bulunduran kişinin yararı söz konusudur. Bu nedenle de malı korumak ve geri vermek bakımından ortaya çıkan sorumluluk, ağırlaştırılmış bir sorumluluk olmalıdır.

<sup>112</sup> TAHİROĞLU, s. 165.

<sup>113</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.268.

<sup>114</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.269.

Roma'da da gerek klasik dönemde gerekse de *Iustinianus* döneminde kullanım ödücü sözleşmesi için ağırlaştırılmış sorumluluk türleri karşımıza çıkmıştır.

Kullanım ödücü sözleşmesinde *custodia* sorumluluğu Roma'nın hukuki dönemlerinden Klasik Hukuk döneminde karşımıza çıkmaktadır. *Iustinianus* hukukunda *omnis culpa* (bütün kusurlarından sorumluluk) sorumluluğuna geçilerek nispeten yumuşatılan ariyet alanın sorumluluğu, klasik hukukta en ağır sorumluluk türü olan *custodia* sorumluluğudur<sup>115</sup>. Ödünç (ariyet) alan kimse klasik dönemde devamlı nezaretle önlenmesi mümkün olan her türlü zarardan sorumludur. *Custodia* kavramının kapsamı beklenmeyen halleri (*casus*) de içine alır. Mesela ödünç (ariyet) alan, ödünce konu olan malın çalınmasından dolayı, hiçbir kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulur<sup>116</sup>.

*Custodia* sorumluluğunun sınırını mücbir sebep (*vis maior*) çizer. *Custodia* sorumluluğunda kişi yalnızca *vis maior* nedeniyle (yıldırım düşmesi, su baskını, deprem, fırtına, yangın) meydana gelen olaylardan sorumlu tutulmazdı. Mesela ödünç (ariyet) alınan şey deprem sonucu borçlunun evinin yıkılmasıyla zarar görmüş ise borçlu sorumlu tutulamazdı. *Vis maior*; deniz kazası, kölenin veya hayvanın ölümü, yangın, su baskını gibi doğal kuvvetler sonucu meydana gelen olayları kapsadığı gibi, düşman saldırısı, gasp, korsan baskını gibi insanlardan kaynaklanan olayları da içine alırdı.

**D.13.6.18:** “*mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.*”

**D.13.6.18:** “*kast ve kusur olmadan kölenin ölümü, düşman ya da eşkiya saldırısı, korsanların baskını, deniz kazası, yangın ve kölenin kaçması hallerinde custodia'dan sorumluluk yoktur*”

Ancak *Digesta* metinlerinde, bazı hallerde ödünç (ariyet) alan kişinin *vis maior* nedeniyle gerçekleşen zarardan bile sorumlu tutulduğunu gör-

<sup>115</sup> RADO s.78.

<sup>116</sup> Bu sorumluluğun bir sonucu olarak ariyet alan malın sahibi ya da zilyedi olmamasına rağmen hırsızlıktan doğan ceza davası (*actio furti*) açabilirdi. RADO, s.191, ERDOĞMUŞ, “*Custodia*”, s.97.

mekteyiz. Bu metinler *vis maior* ile birlikte borçlunun kusurunun bulunduğu halleri de göstermektedir<sup>117</sup>. Bu konuda *Digesta*'da yer alan örneklerden biri yolculuk için ariyet alınan atın savaşta kullanılması ve ölmesidir<sup>118</sup>. Bu örnekte savaş bir mücbir nedendir ancak borçlunun ariyeti amacı dışında kullanması sorumluluğunun doğmasına neden olmuştur. Buradan anlaşılacağı üzere *vis maior* sayılan bir olayın gerçekleşmesi yüzünden ödünç (ariyet) konusu mal zarar gördüyse, ödünç (ariyet) alanın malı kullanma sınırları içinde kullanıp kullanmadığına bakılmaktaydı. Yine mücbir sebep olarak değerlendirilen deprem, yangın veya gemi batması gibi bir sebep yüzünden ödünç konusu şey yüz kullanılamaz duruma geldiyse ve fakat devamlı tedbirle o şeyi kurtarmak mümkün olacak idiyse yine ödünç (ariyet) alanın sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>119</sup>. Zilelioğlu'nun görüşüne göre bu örnekler klasik dönem hukukunda *factum debitoris* (borçlunun fiili) kuralının uygulandığını göstermektedir<sup>120</sup>. Bu kurala göre sözleşmenin ifa edilememesinin borçlunun aktif, iradi bir hareketinden doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Bu hareketten dolayı alacaklı zararına bir sonuç ortaya çıkarsa, hareketin neden olduğu imkânsızlık tazmin edilecektir<sup>121</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere *factum debitoris* fikri ilk kez kusursuz sorumlulukta (objektif sorumluluk) kaynağını bulmuş; borçlunun hareketinin araştırılması hukukun gelişimi ile birlikte şekil değiştirerek borçlunun niyetinin araştırıldığı kusur sorumluluğu (subjektif sorumluluk) sistemini yaratmıştır<sup>122</sup>.

Kullanım ödünç sözleşmesinde *custodia* sorumluluğu incelenirken dikkati çeken bir diğer konu ise kölelikle ilgilidir. Bilindiği gibi Roma devletinde kölelik yaygındı ve köleler mal olarak değerlendirilir ve işlem görürdü. Dolayısıyla kullanım ödünç sözleşmesine konu olabilirlerdi. Ancak köle ariyetinde ariyet alan kişinin sorumlu olup olmadığı konusu şüphelidir. Bu konu ile ilgili *Digesta*'da yer alan metinde kölenin mal olarak

<sup>117</sup> Bu metinler üzerinde interpolatio yapıldığı ve kusur sorumluluğuna uygun hale getirildiği çoğunluk tarafından kabul gören bir görüştür. ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.139.

<sup>118</sup> İlgili *Digesta* metni ve çevirisi için bknz: dipnot 44.

<sup>119</sup> RADO, s.78; ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.144.; PAUL. SENT. 2.4.2: "Eğer verilen şey; yangın çıkması, evin yıkılması, gemi batması ya da buna benzer bir sebepten dolayı kaybolduysa ariyet alan sorumlu tutulamaz. Ancak eğer kendi mallarına verdiği özeni o mala verseydi kurtarabilecekti isesorumlu tutulur." (Aynı yönde *Digesta* metni için bknz: D.13.6.5.4)

<sup>120</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia", s.144.

<sup>121</sup> ZİLELİOĞLU, "Sorumluluk Ölçütlerine Bakış" s. 245.

<sup>122</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.145.

değerlendirilmesine rağmen sonuçta kendi iradesi olan bir insan olduğu ve bu iradenin göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.

**D.13.6.5.6:** *Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indi-geret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.*

**D.13.6.5.6:** “Ancak kölelerle ilgili ariyette bile custodia sorumluluğunun olduğu konusu eski hukukçuları şüpheye düşürmüştür. Çünkü eğer ariyet konusu köle zincirlenmiş ise veya yaşı nedeniyle ilgiye muhtaç ise köleden dolayı custodia sorumluluğu doğar. Anlaşma ile custodia'nın kararlaştırılabilmesi de mümkündür.”

Bu yüzden metinde, kölenin ancak zincirlenmişse veya yaşı gereği gözetime muhtaç ise custodia sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir. Gözetime tabi olmayan (zincirlenmemiş veya yaşı gereği ilgiye ihtiyaç duymayan) kölelerde ise custodia'dan sorumluluk yoktur<sup>123</sup>. Bu bilgilere bakarak, köle ariyete konu olduğunda, klasik hukuk döneminde ariyet alan kişinin genellikle custodia'dan sorumlu tutulmadığını söyleyebiliriz<sup>124</sup>. Bu durumun istisnaları ise kölenin zincirlenmiş olarak teslim edilmesi, kölenin yaşı gereği ilgiye muhtaç olması göze çarpmaktadır. Buna ek olarak bahsi geçen *Digesta* metninden anlaşılacağı üzere tarafların anlaşarak custodia sorumluluğunun varlığını saptamaları da söz konusu olabilmektedir.

## **B) DILIGENTIA SORUMLULUĞU VE CUSTODIA İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

Roma Hukuku'nda, sözleşmeye dayalı sorumluluk alanında klasik hukukta objektif sorumluluk, *Iustinianus* hukukunda ise *diligentia*'ya dönüşmüş subjektif sorumluluğun varlığı kabul edilmiştir. Ariyet söz konusu olduğunda da klasik hukukta var olan custodia sorumluluğu, post klasik dönemde *diligentia*'ya dönüşmüş ve *Iustinianus* hukukunda ise bu kavram *diligens bonus pater familias* ve *diligentia quam in suis* biçiminde iki ölçüt olarak varlığını sürmüştür. Şimdi diligentia kavramını yakından inceleyeceğiz.

<sup>123</sup> İlgili *Digesta* metni ve çevirisi için bkz: dipnot 103.

<sup>124</sup> ZİLELİOĞLU, “Custodia” s.134.



### 1. *Diligentia* Kavramı

*Diligentia* haksız sonucun meydana gelmesinin önlenmesi için gösterilmesi gereken dikkat ve özen demektir<sup>125</sup>. Klasik dönemde geçerli olan *custodia* sorumluluğundan, *culpa*'dan sorumluluğa olan geçişte; *diligentia dolus* ile *culpa* kavramları arasında bir köprü görevi üstlenmiştir. İşte bu yüzden *diligentia* kavramının daha iyi anlaşılması için ilk önce *culpa* kavramının açıklanması gerekir.

*Culpa*, bir kimsenin ihmal veya dikkatsizlik nedeniyle, haksız neticenin doğmasına neden olmasıdır. Herkesin bildiğini bilip yapmamak ağır ihmali oluştururken (*culpa lata*) özenli bir kimsenin bildiğini bilip yapmamak hafif ihmali (*culpa levis*) oluşturmaktadır. Iustinianus döneminde *culpa*'nın bahsi geçen bu ayrımı yüzünden *diligentia* türleri *culpa levis*'in belirlenmesi için kullanılmaktaydı. Klasik hukukta *custodia* sorumluluğu, haksız sonucun meydana gelip gelmediğini araştıran kusursuz sorumluluk olduğu için, Iustinianus döneminde *diligentia*'dan sorumluluk kusursuz sorumluluk anlayışına en yakın ve ağır sorumluluk biçimiydi<sup>126</sup>.

*Custodia*'nın subjektifleştirilmiş biçimi olarak belirtebileceğimiz *diligentia*, *culpa* kavramından kaynağını alıp geliştirmiştir. Iustinianus döneminde *culpa levis* iki ölçüye göre belirlenebilirdi. Yani *diligentia* iki türe ayrılmaktaydı. Bu ölçütler *diligentia quam in suis* ve *diligens pater familias* idi.

Hafif ihmalin somut ölçüye (*culpa in concreto*) göre belirlenmesi, *diligentia quam in suis*, yani haksız sonucun önlenmesi için bir kimsenin kendisinin işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni, söz konusu işte de göstermesi şeklinde gerçekleşirdi. Eğer belli hukuki ilişkilerde bu kurala aykırı davranışlarda bulunulursa, borçlu hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulurdu. Burada ölçü olarak alınan, o kişinin kendisi olduğu için, sorumluluğa gidecek olan kişi, çok dikkatli ve özenli bir kimseyse, o hukuki ilişkide de aynı şekilde davranmalıydı. Eğer ölçü olarak alınan kişi, zaten dikkatli ve özenli bir kimse değilse, kendisinin işlerini ne şekilde yerine getirecekse o şekilde bir davranış beklenilecekti.

*Culpa levis*'in soyut ölçüye göre belirlenmesi ise (*culpa in abstracto*), iyi bir aile babasının o işte göstereceği özen yükümünün (*diligentia diligentis*) gösterilmesiydi. Kendi mameleki olan, dürüst, namuslu, dikkatli

<sup>125</sup> UMUR, Z, "Lügat" s.58.

<sup>126</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.145.

ve özenli, iyi bir aile babası ideal bir tip olarak ölçü alınır<sup>127</sup>. Bu tipteki bir kişinin, o hukuki ilişkide göstermesi gereken, özen yükümü yerine getirilmezse, sorumluluğu yoluna gidilirdi. Görüldüğü üzere, bu ölçü *diligentia quam in suis*'e göre daha ağır, borçlunun aleyhine olan bir ölçüydü<sup>128</sup>.

O halde, borçlunun sorumluluğu belirlenirken ya bir kimsenin kendisinin işlerini yerine getirirken kullandığı özen ya da ideal bir kimseden söz konusu durumda beklenen özen, ölçüt olarak alınır. Ancak her iki durumda da, o kimse için kullanılan dikkatli ve özenli olma, bir ruh halinin davranışlara yansımış şekliydi. Yani dikkatli ve özenli bir kimse denildiğinde bu kimsenin söz konusu durumda, kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmediği kastedilirdi.

## **2. Kullanım Ödücü Sözleşmesinde Diligentia Sorumluluğu ve Diligentia Kavramının Custodia ile İlişkisi**

Custodia'nın başkasına ait bir malın kendi yararı için elde bulunduğu ve bu malın geri verilmesi borcu doğuran sözleşme tiplerinde, borçlunun bazı beklenmedik hallerden de sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk olduğu daha önce açıklanmıştı.

İyiniyet sözleşmelerinden kullanım ödücü (ariyet), vedia, istisna, kira, satım, rehin sözleşmelerinde, klasik dönemdeki sorumluluk ölçütü olarak *custodia*'nın içeriği, *Iustinianus* döneminde daraltılarak, *diligentia* sorumluluğu haline dönüştürülmüştü. Hatta *Iustinianus* döneminde *custodia*, *exactissima diligentia* olarak düşünülmüş, borçlu en hafif özen eksikliğinden sorumlu tutulmuştu<sup>129</sup>.

Ayrıca *diligentia* kavramının temelleri, klasik hukuk döneminde atılmış olsa da, bu kavramın klasik sonrası hukuk döneminde kaynaklara eklendiği bilinmektedir.

Sorumluluk ölçütleri konusundaki söz konusu değişim, uzun bir süreç içerisinde bu sonuca ulaşmıştı. Zira *Iustinianus* dönemi derleyicileri, klasik hukuk dönemindeki *custodia*'nın geçtiği metinlerde, bazen *custodia* sorumluluğunun *diligentia* kavramını, *diligentia* kavramının çeşitli derecelerini eklerken; bazen de klasik hukuk dönemi metinlerindeki *custodia* kavramını çıkarıp yerine *diligentia* kavramını yerleştirmişlerdir.

<sup>127</sup> DI MARZO, s.325.

<sup>128</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.263.

<sup>129</sup> ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, s.39.

Bu hususta kullanım ödücü sözleşmesiyle ilgili (*commodatum*) metinlere bakıldığında, ilk olarak *custodia*'nın *diligentia in custodiendo* haline dönüştüğü görülmektedir. Aşağıdaki metinde kullanım ödücü sözleşmesinde klasik dönemde geçerli olan *custodia* sorumluluğuyla, *Iustinianus* döneminde geçerli olan *omnis culpa* sorumluluğu dolayısıyla göstermek zorunda olduğu *diligentia* birlikte yer almaktadır:

*Ulp. D. 13.6.5.5.: Kullanım ödücü konusu şey için kesinlikle custodia'dan ve diligentia'dan dahi sorumlu olur.*

Kompilator'lar ise subjektif sorumluluğun sınırını oluşturan *vis maior* ve *casus*'a dayanarak, *diligentia*'yı farklı derecelere ayırıp *exacta diligentia*, *exactissima diligentia* veya *diligentia diligentissimi* olarak ifade edilen kavramları oluşturmuşlardı. Ödücü (ariyet) alanın sorumluluğunu da *exactissima diligentia* olarak belirtmişlerdi. *Diligentia*'nın *Iustinianus* döneminde yapılan bu farklı derecelendirmeleri, artık *casus minor*'u da kapsar içerikteydi. Yani *Iustinianus* döneminde sözleşmeden doğan sorumlulukta gösterilmesi gereken *diligentia exactissima* ölçütünün kapsamıyla, klasik hukuk döneminde *custodia* sorumluluğunun kapsamının arasında herhangi bir fark bulunmamaktaydı<sup>130</sup>.

Bütün bu bilgileri özetlemek gerekirse, kullanım ödücü sözleşmesindeki sorumluluğun Roma'nın çeşitli dönemlerine şu şekilde yansıdığını söyleyebiliriz;

1. **Klasik Dönem:** Bu dönemde bazı olaylar nedeniyle ağırlaştırılmış olan teknik anlamda *custodia* sorumluluğu vardır.
2. **Post-Klasik Dönem:** Subjektif sorumluluk olarak "*culpa*" ve "*diligentia*" kavramları ortaya çıkmış ancak bunların derecelendirmeleri henüz yapılmamıştır.
3. **Iustinianus Dönemi:** Bu dönemde *Corpus Iuris Civilis* derleyicileri fayda prensibini uygulayarak basit *diligentia*'yı farklı derecelere bölmüşler ve "*exacta diligentia*" ve "*exactissima diligentia*" kavramlarını oluşturmuşlardır<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> BUCKLAND, s.101.

<sup>131</sup> ZİLELİOĞLU, "Custodia" s.180.

**KAYNAKÇA**

- BERGER A.:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953
- BERKİ Ş.:** "Ariyet" AÜHFD, C. 11, Sa. 1-2
- BUCKLAND W.W.:** A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921
- BUCKLAND W.W.;** Elementary Principles of Roman Private Law, Cambridge 1912
- BURDICK L.W.:** the Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988
- ÇELEBİCAN Ö.K.:** Roma Hukuku, Ankara 2010
- ERDOĞMUŞ B.:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2011
- ERDOĞMUŞ B.:** "Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2010
- EREN F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003
- HUNTER W.:** Introduction to Roman Law, London 1955
- HUNTER W.:** a Systematic and Historical Exposition of Roman Law, London 1920
- KOSCHAKER/AYİTER:** Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, İzmir 1993
- MARZO S.D.:** Roma Hukuku, İstanbul 1959
- MACCORMACK G.:** "Custodia and Culpa", ZSS, sa.89
- RADO T.:** Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, İstanbul 2001
- SÜTKEN E.:** "Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, 2003
- TAHİROĞLU B.:** "Roma Borçlar Hukuku" İstanbul 2009
- TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009
- TAMER D.:** Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009
- UMUR Z.:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999
- UMUR Z.:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975
- WATSON A.:** The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965
- VILLEY M.:** Roma Hukuku Güncelliği (Çev: Bülent Tahiroğlu) İstanbul 2010
- ZİLELİOĞLU H.:** "Roma Hukuku'nda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1986

**ZİLELİOĞLU H.:** “Roma Hukuku’nda Sorumluluk Öölçütlerine Bir Bakış”,  
AÜHFD, C. 39, Sa. 1-4

**DIGESTA METİNLERİ İÇİN YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI**

[http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest\\_Scott.htm](http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest_Scott.htm) (İngilizce)

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html> (Latince)



**KAMU HUKUKU**





**Anayasanın Zorla Değiştirilmesine  
Kalkışma Suçu**

**Prof. Dr. Zeki HAFIZOğULLARI**



# Anayasanın Zorla Değiştirilmesine Kalkışma Suçu

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI\*

*Av. Savaş Karahisar'ın Anısına*

## ÖZET

Türk Ceza Kanunu'nun 309.maddesinde bir siyasi suç olan, anayasayı ihlale kalkışma suçu düzenlemiştir. Suçun adlandırılması, kendi altında düzenlenen olguyu doğru ifade etmemektedir. Kalkışma suçları öğretilerde yeterince bilinmemektedir. Kanunun koyucu, 309. maddeyle düşünce- nin yasaklanması yolunu açarken, bu suçun kapsamındaki hareketleri ayırıştırarak, kalkışma suçlarına özelliğini veren bir fiili "başka suç" adı altında birden çok kez cezalandırmak yanlışına düşmüştür. Aynı zamanda Türk Hukuk düzeninde Anayasayı ihlal suçu terör suçu sayılmaktadır. Bu durumun suçun önlenmesinde ciddi bir katkısı olmamıştır. Anayasanın 1., 2. ve 3. maddelerinde öngörülen düzenin ihlali, Anayasayı ihlaldir. Bu bağlamda yasamanın, toplumun ortak rızasını almış olsa bile, sayılan maddeleri kendi koyduğu usulle değiştirmesi ihtilaldir. İhtilal olduğunda artık yeni bir kurucu iktidar vardır ve bu suç oluşmaz. Anayasayı ihlal cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilebilir. Buradaki cebir kavramı, manevi ve maddi cebri kapsamaktadır. Ancak faillerin organize olarak olsa bile insan hakları kapsamındaki haklarını kullanmaları suç fiili oluşturmaz. Türk Ceza Kanununun 309.maddesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve anlaşmadaki taraf devletlerin düzenlemeleri emsal alınarak soğukkanlılıkla yeniden düzenlenmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Ceza Kanunu, anayasa, ihtilal, maddi cebir, manevi cebir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yasama, insan hakları, terör suçu, meclis.

---

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

## **The Crime of Attempting to Violation of Constitution**

### **ABSTRACT**

Article 309 is a political crime in the Turkish Penal Code, which has embodies criminal attempt to breach the constitution. This crime's name in Code does not imply the case under this topic correctly. Also, attempt crimes are not sufficiently known in the Turkish Criminal Doctrine. The legislator of the law, with the Penal Code's Article 309, wrongly opens the way to prohibition of thinking, attempts to decouple the movement and extends the scope of this offense and punishes same offence more than once. At the same time, violating the constitution are counted as a terrorist offense in the Turkish legal system. This condition is not a serious contribution for the prevention of this crime types. Violation of the Turkish Constitution's provisions 1, 2 and 3, is violation of constitutional order. In this regard, even if it takes the community's common consent, legislation's amendments with methods imposed by it for changing these articles means civil revolution. When the revolution accomplishes new constituent power rises and the crime in Article 309 does not occur. Violation of the Constitution is accomplished by using compulsion or violence. Concept of coercion here, involves moral and material violence. However, even if they are organized perpetrators, their conducts under the scope of human rights do not constitute any crime. The Turkish Penal Code's Article 309 should be revised calmly with taking into consideration the European Court of Human Rights' precedents and Convention's state party regulations.

**Keywords:** Turkish Penal Code, constitution, revolution, compulsion, violence, European Convention on Human Rights, legislation, human rights, terrorism, crime, parliament.

## Giriş

Anayasa, meşruiyetin aldığı temel norma dokunulmadan, tüm düzenin aşamalı olarak kendisinden kaynaklandığı, kendi koyduğu kurallar esas olmak üzere değiştirilebilen hukuk kurallarıdır<sup>1</sup>.

Temel norma dokunmak, hukuk düzeninin geçerliliğini aldığı esası ortadan kaldırarak başka bir esas koymak ihtilal yapmak olarak değerlendirilmektedir<sup>2</sup>.

İhtilaller toplumsal olgulardır<sup>3</sup>. Mevcut düzene karşı yapılan hareketlerdir. Genelde, savaşlar, inançsal dayatmalar, ekonomik bunalımlar, kötü yönetimler, baskıcı düzenler, çoğulculuğun oluşmasına, farklı düşüncelerin kurumsallaşmasına imkân vermeyen siyasi ortamlar, seçimle bir türlü iktidar olmayı beceremeyen siyasi partiler, insan haklarını sağlayamamış olan toplumlar ihtilallerin nedenleridir<sup>4</sup>.

İhtilaller, “beyaz” dendiğinde de, anayasa düzenine, yasamaya, yürütmeye karşı yapılan şiddet hareketleridir. Hukuk düzenlerinde, ihtilal değil, ihtilale kalkışma suçtur.

Burada, kısaca, Kanunun, “Anayasayı ihlal” dediği, Anayasayı veya aynı şey anayasa düzenini cebren değiştirmeye kalkışma suçu incelenecektir.

## 1. Kanunun Düzenlemesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 309. Maddesinde, “Anayasayı ihlal” madde kenar başlığı altında, Anayasayı ihlale kalkışma suçunu düzenlemiştir.

1 Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 8 vd., 36 vd., 58 vd.,

2 Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 13: Hiçbir “kurulu iktidar” hiçbir adla „ temel normu, kaldırmaya veya değiştirmeye kalkışamaz. Bu yolda her kurulu iktidar tasarrufu hukuken yık hükmündedir. Temel norma doğrudan veya dolaylı yapılan her saldırı, kimden, nereden, ne gerekçe altında gelirse gelsin, ihtilaldir. İhtilali yasaklayan bir hukuk düzeni yoktur. İhtilal, kendi kurallarını koyar. İhtilal sonunda oluşan hukuk düzeni meşruiyetini kendinden, yani ihtilalin koyduğu temel normdan alır.

3 Fiaschi, Rivoluzione, Enciclopedia del Diritto, XVI, Giuffrè Editore, Milano 1989, s. 68 vd.; Fasso', Rivoluzione, Novissimo Digesto Italiano, XVI, Torino 1977, s.239 vd.

4 Bkz. Öymen, ... Ve İhtilal, Doğan Kitap, İstanbul 2014

İsim, kendi altında düzenlenen olguyu ifade etmemektedir. Anayasayı ihlal genelde Anayasaya aykırı kanun çıkarmak olarak kullanılmaktadır. Bu Anayasa Mahkemesinin korusudur; suçla bir ilgisi bulunmamaktadır. İCK., (m. 283) Anayasayı ihlale kalkışma suçunu, “Devletin anayasasına karşı kalkışma” madde kenar başlığıyla adlandırmaktadır. “Anayasayı ihlal” madde kenar başlığının, yani suçun isminin “Devletin anayasal düzenini cebren değiştirmeye kalkışmak” olarak değiştirilmesi düşülmelidir.

Kanun, suçu, üç fıkra olarak düzenlemiştir.

Birinci fıkrada, diğer kanunlarda da olan Anayasayı ihlal suçuna yer vermiştir. İkinci fıkrada, anayasayı ihlal suçunu düzenleyen diğer kanunlarda olmayan<sup>5</sup>, 303. Madde ile paralellik olsun diye konulmuş<sup>6</sup> olan “ bu

<sup>5</sup> Modern dönemlere ait olan(bkz. Manzini, Trattato di diritto penale italaiano, V, Torino, IV, 1982) Anayasayı ihlal suçu, kanunilik ilkesinin ışığında, bir Aydınlanma dönemi kanunu olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununda yer almıştır. Bu kanunda ne ikinci, ne de üçüncü fıkra hükmü bulunmaktadır. Bu kanun, Aydınlanma döneminin diğer bir kanunu olan 1889 tarihli Zanardelli Kanununda (m. 118) yer almıştır. Bu kanunda da ikinci ve üçüncü fıkra hükmü yoktur. Bugün yürürlükte olan İTK' un 283. Maddesi de tek fıkra hükmünden ibarettir. Bu kanunda da bu iki hüküm mevcut bulunmamaktadır. Yabancı kaynaktan (Canesstrari-Gamberini-Insolera-Mazzacuva-Sgubbi-Stordoni-Tagliarini, Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, Terza Edizione, Monduzzi Editore, Bologna, 2003, s.20 vd.) izleyebildiğimiz kadarıyla ne İspanyol Ceza Kanununda, Ne Alman Ceza Kanununda, ne de Fransız Ceza Kanununda böyle bir garabete rastlanmaktadır.

<sup>6</sup> Efendim, bu maddedeki Anayasayı ihlal fiilini işleyenlerin bu suçun işlenmesi sırasında başka suçlar da işlemeleri halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezalandırılması gerektiğine dair bir fıkra ilave edilirse yerinde olacağını; daha önce görüşülen 303 üncü maddede olduğu gibi. Takdirinize arz ediyorum (Mahir Durakoğlu) . 146' nın karşılığı bu değil mi? Evet (Mahir Durakoğlu). Komisyon niye koymadı acaba? Sayın Özgenç, bu fıkra niye konmadı, ihtiyaç yok mu? Devletin birliğini ve ülkesini bozma maddesi, madde 303' ün ikinci ve üçüncü fıkralarında ayrı suç olacağı belirtildiği halde, Anayasayı ihlalle ilgili bugünkü 146' nın karşılığında yok. Sayın Durakoğlu, Anayasayı ihlal için öldürme halinde de o kişiler ayrıca öldürmeden ceza verilip verilmemesi gerektiğini gündeme getirdiler (Keskin Kaylan). Doğrudur; yani, bu hükümler aynen orada da uygulanacaktır (İzzet Özgenç). İctima kuralları açısından bir sorun doğurmayacak; çünkü bizim sistemimizde kişilere karşı işlenmiş olan suçlar ile sair cezayı... (İzzet Özgenç). .. Ben şöyle izah edeyim: Şu anda 310 maddeyi görüşüyoruz. Bu madde bir fıkradan ibaret zaten; ikinci ve üçüncü fıkra olarak birkaç madde önce görüştüğümüz 303' üncü maddede olarak geçen, Tasarıdaki 303' üncü maddede geçen ikinci ve üçüncü fıkraların aynen ikinci ve üçüncü fıkra olarak ilavesini teklif ediyorum (Ahmet Gökçen). ... Kabul edilmiştir (Madde Üzerinde

suçun işlenmesi sırasında başka suçların da işlenmesi halinde ayrıca bu suçtan da ceza verileceğini öngören diğer bir hükme yer verilmiştir. Üçüncü fıkrada, bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişilerin tedbir sorumluluğu düzenlenmiştir.

1889 tarihli İCK., 118. Maddesinde “ ...’yı “zorla değiştirmeye müte-dair bir fiil (*fatto diretto a*) ” ifadesini ile suç oluşturan tipik fiili tanımlamıştır<sup>7</sup>. 1930 tarihli İCK’ un 1947/1317 sayılı Kanunla değişik 283. Mad-desinde, anayasayı ihlal suçunu oluşturan tipik fiili “Devletin anayasasını, devletin anayasal düzeni tarafından izin verilmeyen araçlarla, değiştirmeye doğrudan yönelik bir fiil (*un fatto diretto a mutare*) işlemek “ olarak tanımlamaktadır. İCK’ un 2006/ 85. sayılı Kanunla tekrar değiştirilen 283. maddesi, tipik fiili, bu kez, Devletin anayasasını cebri davranışlarla (*atti violenti*) doğrudan ve elverişli bir fiille değiştirmek (*con atti violenti, un fatto diretto e idoneo a mutare*) olarak tanımlamaktadır<sup>8</sup>.

765 sayılı Kanun, değişik 146. Maddesi hükmünde, suç oluşturan ti-pik fiili, “ ... ‘ya cebren teşebbüs etmek ... “ olarak ifade etmiştir. Kanunun 309. maddesi, birçok bakımdan 765 sayılı Kanunun 146. Maddesinden farklıdır. Ancak, Kanunda, tipik fiil, mülga Kanunun tipik fiil tanımına benzer olarak, “cebren” yerine, bir önerge üzerine<sup>9</sup>, daha çok özgürlük

---

08.07.2004 Tarihinde Adalet Komisyonundaki Görüşme, Tutanaklarla Türk Ceza Ka-nunu, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, Şubat 2005, s. 1064, 105, 1066). Açıklamalar, 303. Madde ile kurulan paralelliği açıklamakta, ancak bilinen diğer hiçbir kanunda yeri olmayan olan bu garabetin hikmetini açıklamamaktadır. Tartışmalardan, Tarihi kanun koyucunun, dün de bugün de, suç oluşturan tipik fiilin tanımına ilişkin olarak üzerinde çok tartışılan Kalkışma suçlarına (bk., Gallo, Il delitto di attentato nella teo-ria generale del reato, Milano-Dott. A. Giuffre’-Editore- 1966) tümünden kayıtsız kaldığı sonucu çıkmaktadır.

<sup>7</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No: 4, Ankara 1978, s. 44

<sup>8</sup> Tipik fiilin tanımının Roma hukukundan günümüze gelişi hakkında bkz., Gallo, Delitto di attentato, s. 1 vd, 12 vd. ; Manzini, Tnattato, IV, s. 482, dn, 2

<sup>9</sup> Görüşülmekte olan Türk Ceza Kanunu Tasarısının 309 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki “cebir ve tehdit” ifadesinin “cebir ve şiddet olarak değiştirilmesini arz ve tek-lif ederiz. Gerekçede, Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların, Anayasayı ihlal suçu kapsamında değerkendirilemeyeceğinin daha açık bir biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çı-kacak tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görül-müştür, denmektedir. Tutanaklarla, s.1067, 1068

adına<sup>10</sup> “cebir ve şiddet kullanarak” ibaresi konarak, “cebir ve şiddet kullanılarak ... ‘ya teşebbüs etmek” olarak tanımlanmıştır<sup>11</sup>.

Tipik fiilin tanımı, ister “... ‘ya teşebbüs etmek” ister “...’ ya matuf / yönelik bir fiil işlemek” olsun, aslında, iki şey, aynı şeydir<sup>12</sup>. Bunun içindir ki, anayasayı cebren ihlale kalkışmak suçu, esasen kendisi kanunda öngörülen bir suç olmayıp, ceza sorumluluğunu genişletmek bağlamında<sup>13</sup>, kendisi kanunda öngörülen bir suçun tezahür biçimi olan suça teşebbüs (m. 35), yani elverişli hareketlerle icrasına başlanan ancak bir engel neden yüzünden tamamlanması maddi bakımdan eksik bırakılan bir suç değildir<sup>14</sup>. Kanunilik ilkesinin gereği olarak, bu suç, ceza kanunlarının özel hükümlerinde yer alan, tıpkı öteki suçlar gibi, kendine özgü bir kimliği olan, yani dün de bugün de, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan özgün bir hukuki değer veya menfaate sahip bulunan bir suçtur. Suçun tek mümkün tanımı, “ ... ya yönelik bir fiil işlemek “ olduğundan, geçerli doktrinde, suç, bir “kalkışma suçu” olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Ceza Kanununu biz Türkiye’de özgürlükleri kısıtlamak için değil tam tersine özgürlüklerin teminat altına alınması ve daha iyi kullanılabilmesini temin etmek için getirdik (Adalet Bakanı Cemil Çiçek) Tutanaklarla s. 1066

<sup>11</sup> Kanunda “cebir ve şiddet kullanılarak” denirken, gerekçede, “cebir veya tehdit kullanılarak” denmektedir. İki ifade aynı değildir. Elbette esas olan kanundur. Anca, bu, bir özensizliktir. Yukarıdaki açıklamalar karşısında, gerekçede yer verilen İtalyan hukukuna ait bilgilerin de, pek sağlıklı olduğu söylenemez. (Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1, Kanunlar, Güncellenmiş 10. Bası, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 556.) Hükmü açıklamada söz konusu bilgilerin işe yaramadığını düşünüyoruz

<sup>12</sup> Canestrari, ecc., Diritto penale, Ps., s. 23, 26; Fiardaca-Musco, Diritto penale, Parte speciale., V.I, Zanichelli, Bologna, 1993, s. 6 vd; Gallo, Delitto di attentato, s. 12 vd., 25 vd.; Manzini, Trattato, IV, s. 52, 487; Pannain, Manuale di diritto Penale, II, PS, TP., Unione Tipografico, Editrice, Torinese, 1957, s.12 vd ve dn., 4, 48 vd., 216.

<sup>13</sup> Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 278 vd., 283 vd., 306

<sup>14</sup> Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2014, s. 316.

<sup>15</sup> Curatola, Attentato (delitto di), Enclopedia del Diritto, III, Milano 1958, 967; Rossi, Attentato contro la costituzione dello Stato, Enclopedia del Diritto, III, Milano 1958, s. 976 vd.; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1011; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 10



Kanunun gerekçesi, Adalet Komisyon ve Genel Kuruldaki tartışmalar, mülga Kanun döneminin doktrin ve uygulamaları birlikte değerlendirildiğinde, kalkışma suçlarının yeterince bilinmediği görülür<sup>16</sup>.

Kanun koyucu, 309. Madde hükmüne, diğer kanunlarda olmayan bir ikinci fıkra koyarak, suç olan tipik fiilin hareket unsuru içinde kalan hareketlerle tipik fiili karıştırmış; birçok hareketi ayrıca bir fiil, dolayısıyla bir suç sayarak, tabiri caizse bir koyundan iki post çıkarma çabasına girmiştir. Böylece, Kanun koyucu, bir yandan henüz “kuvveden fiile” çıkmamış olan davranışların cezalandırılabilmesi yolunu açarak düşüncenin yasaklanabilmesine yol açarken, öte yandan fiili oluşturan hareketleri keyfi ayırıştırıp, birçok hareketi birçok fiil, dolayısıyla birçok suç sayarak, kalkışma suçlarına özelliğini veren bir fiili, “başka suç” adı altında, birden çok kez cezalandırmak yanlıştır.

İkinci fıkra hükmü, Anayasaya, AİHS’ne aykırıdır.

Hukuk düzeninde, Anayasayı ihlal suçu, “Terör suçu” sayılmaktadır (TMK. m. 3 ). Uygun mücadele cihazlar üreterek, terörle, terörizmle baş etme becerisini gösteremeyen idarelerin, Anayasayı ihlal suçunu, ayrıca terör suçu saymasının, suçun önlenmesine ve bastırılmasına pek fazla bir katkısı olmamıştır.

Suçlunun iadesine ait ulusal ve uluslararası mevzuatta 309. Maddede öngörülmüş olan suç, siyasi suç olarak değerlendirilmekte; faili iadeye konu olmamaktadır.

## 2. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

Kanun “...’ya teşebbüs edenler “ diyerek herkesin suçun faili olabileceğine işaret etmektedir. İÇK., faili tanımlarken “ her kim” ifadesini kullanmaktadır. Mülga 765 sayılı Kanun da faili tanımlarken tekil değil çoğul kullanmıştır. Demek ki, suç, tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birçok kişi tarafından birlikte de işlenebilir. Esasen, suç, aslında tek bir faille işlenebilen bir suçtur. Suç çok failli bir suç değildir. Ancak, suç, genelde,

<sup>16</sup> Bkz, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Şubat 2005, s. 1042 vd., 1064, 1065 vd., 1067 vd.; Yaşar-Gökcan-Artunç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s. 8457 vd., ve Yazarların dipnotlarında yer alan Yargı kararları; Özek, Siyasal İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz, İstanbul, 1992, s. 176 vd., Erem, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Ankara, 1969, s. 74 vd.

ya suça iştirak (m. 37 vd.) edilerek, ya da çoğu kez, bir suç örgütünün (m. 220, 314) amacı cümlesinden olarak işlenmektedir.

Vatandaş, yabancı<sup>17</sup> herkes; kamu görevlisi kişiler; milletvekilleri, bakanlar, Başbakan; hatta Cumhurbaşkanı, suçun faili olur<sup>18</sup>.

Kanun, üçüncü fıkra hükmünde, fail olmamakla birlikte (m. 20/2) tüzel kişinin organı yerindeki kişinin veya kişilerin tüzel kişiyi suça bulaştırması halinde, tüzel kişiye, bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin (m. 60) uygulanabileceğini öngörmüş bulunmaktadır.

Gerekçe, Anayasanın Başlangıç Kısmına göndermede bulunarak<sup>19</sup>, korunan hukuki yararı, “Anayasal düzene egemen olan ilkeler “ olarak tespit etmektedir. Cezai himayenin konusu, doktrinde, hukuka aykırı yenileştirme teşebbüslerine kaşı, Devletin Anayasası ile kurulu temel düzeninin güvenliğinin teminat altına alınmasına ilişkin kamusal yarar olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Elbette, Anayasalar, yasası oldukları toplumları izleyerek, kendilerinden geçerliliklerini aldıkları temel norma dokunulmadan, kendilerinin koyduğu usul ve esaslara uyularak değiştirilebilirler<sup>21</sup>.

Gerçekten, Anayasaların, ihtiyaçlar ortaya çıktıkça, kendi koydukları usul ve esaslara uyularak değiştirilmeleri, kendileri esas olmak üzere kurulmuş olan toplumsal düzenlerin sürdürülebilir olmalarını teminatıdır. Ancak, kim tarafından, ne amaçla olursa olsun, Anayasaların, emri olan kendi koydukları usul ve esaslara uyulmadan değiştirilmeye kalkışılması, hukukun ihlalidir. Ceza hukuku, Anayasanın, kurmuş olduğu düzenin,

<sup>17</sup> Fiandaca –Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 96: Yabancı, suçu, ülkede işlemesi kaydıyla suçun faili olur. Yabancı, suçu, yabancı ülkede işlediğinde, cezalandırılmaz.

<sup>18</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 485

<sup>19</sup> Gönderme, Anayasanın, “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine aittir ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukukun dışına çıkmayacağı; Hiçbir faaliyetten Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, İlke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkelerinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” açıklamasına ait bulunmaktadır.

<sup>20</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 483

<sup>21</sup> Bu konuda esaslı ve ayrıntılı bir çalışma olarak bkz., Acar, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, Ankara 2010

kendi geçerlilik temelinde, kendinin koyduğu usul ve esaslara aykırı olarak değiştirilmesine kalkışılmasını suç sayarak, Anayasayı, kendisi ile oluşmuş olan Anayasal temel düzenleri teminat altına almaktadır. Böylece, toplumda istikrar, kişilerde hukuka güven, sağlanmış olmaktadır.

Mezopotamya uygarlığının büyük hukukçusu Hükümdar Hammurabi<sup>22</sup> den bu yana, insanlık, ihtilali suç sayan bir ceza kanununu icat edebilmiş değildir. Zaten bu mümkün de değildir, çünkü ihtilal, geçerliliğini kendinden almaktadır. Ceza kanunları, ihtilale kalkışmayı suç saymaktadır<sup>23</sup>.

Anayasalar, Anayasal düzenler, mutlak, değişmez olmayan normatif düzenlerdir. Kimse, Anayasayı, Anayasal düzeni beğenmek zorunda değildir. Ancak, herkes, Anayasaya uymak zorundadır( Ay., m. 11). Anayasalar, anayasal düzenler eleştirilirler. Dinamik yapılar olan toplumlar değiştikçe, zorunlu olarak, üst yapılar olan Anayasalar, Anayasal düzenler değişmektedirler.

Böyle olunca, Aydınlanma çağından bu yana, özellikle insan haklarının vaz geçilmez değerler olduğu günümüzde, yapılan ince hesap, düşünce inanç ve kanaate, düşünce inanç ve kanaatin ifadesine dokunmadan, hürriyetin esas, yasağın istisna olduğu bir hukuk düzeninde, anayasaya, anayasal düzene saldırıların, ne zaman, hangi şartlarda, Anayasayı, Anayasal düzeni ihlale kalkışma sayılacağıdır.

Anayasa, Türk Milleti tarafından, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunmuştur, Türk Milletinin, Türk evlatlarının iradesinin temsilcisi, Türkiye Büyük Millet Meclisidir (Ay., m, 6, 7). Anayasayı TBMM yürütecektir. Meclisin görevi, Anayasayı etkin kılmak; toplumun ihtiyaçları gözeterek, Anayasanın, Anayasada emredilen usul ve esaslara uygun olarak (m. 4, 175)<sup>24</sup> değiştirilmesini sağlamaktır. Bu demektir ki, Anayasayı, TBMM' in iradesine aykırı olarak değiştirmeye kalkışmak suçunun mağduru, suçtan zarar göreni, TBMM olmaktadır.

---

<sup>22</sup> Moscati, *Antichi imperi d' oriente*, Casa Editrice Il Saggiatore, Milana 1963, s. 69 vd.

<sup>23</sup> Fasso', *Rivoluzione*, s. 239, 242

<sup>24</sup> Benzer bir düzenleme için, bkz. İCA., m. 139, 138, Geçici ve son hükümler, XVIII

### 3. Fiil

Kanun, fiili, failin, “Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmesi” olarak tanımlamaktadır.

Hukuksuz toplum, toplumsuz hukuk olmaz. Hukuk genel iradedir<sup>25</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasının öngördüğü düzen, gerekçenin, Başlangıç’tan alıntıladığı ilkeleri içeren kurallar bütününe oluşturduğu düzendir<sup>26</sup>. Anayasanın 2. Maddesinin göndermede bulunduğu bu düzenin ihlali, Anayasanın ihlalidir. Kendi koyduğu usul ve esaslara (ay. 4, 175) aykırı olarak, kendinin değiştirilmesine kalkışılması, ifadesi ne olursa olsun, anayasayı ihlaldir.

Toplumun genel iradesi (Ay., m. 177) olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasının öngördüğü düzen, Anayasanın, geçerliliğini aldığı, “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” kuralı, diğer anayasalarda<sup>27</sup> olduğu gibi, teminat altına alınmış, 1., 2., ve 3. Maddeleri hükmü

<sup>25</sup> Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 5 vd.

<sup>26</sup> Siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olan bu [ yani Başlangıç’tan alıntılanan ] ilkeleri içeren kuralların bütünü Anayasal düzeni teşkil etmektedir. .. Bu madde ile korunmak istenen hukuki yarar Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. (Ceza Hukuku Mevzuatı, 1, s. 556)

<sup>27</sup> Bu cümleden olarak, belli başlı bazı ülkelerin anayasalarındaki değiştirilemez hükümlere örnek olarak değinmek yararlı olacaktır. İtalyan Anayasasının, 1. Maddesi, İtalya’nın çalışma [ veya iş ] üzerine kurulu demokratik bir devlet olduğunu, egemenliğin halka ait bulunduğunu, halkın egemenliği Anayasanın gösterdiği usuller ve esaslar içinde kullanabileceğini öngörmekte ve 139. Maddesinde, Cumhuriyetin şekli anayasa değişikliğine konu olamaz demektir. 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 5’inci maddesinde, “hiçbir eyalet, rızası dışında, Senatoda oy kullanma hakkından mahrum bırakılamaz” hükmü dışında tüm değişikliklere izin vermektedir.” (Anayasa Değişiklik Yöntemleri Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, Temmuz 2010, s.70.) Almanya Anayasası ise 79.maddesinde anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerini açıkça belirtmektedir. Bu maddeye göre, federasyonun eyaletlere (Länder) bölünmesini ve eyaletlerin yasama sürecini katılımını etkileyecek anayasa değişikliği yapılamamaktadır. Bunun yanında ilgili Anayasa’nın birinci ve yirminci maddelerinde belirtilen ilkeleri etkileyecek anayasa değişikliklerinin yapılması yine bu maddeyle yasaklanmaktadır. Almanya Anayasası’nın 1. maddesi hükmünde, “İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve onu korumak tüm kamu otoritelerinin görevidir. Alman halkı, dünyadaki her topluluğun, barış ve adaletin temeli olan dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını kabul eder. Aşağıda belirtilen temel haklar doğrudan uygulanabilen kanun olarak yasama, yürütme ve yargıyı bağlar.” şeklindedir.

temelinde oluşmuş olan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti düzendir. Kanun, söz konusu bu düzeni, cebir ve şiddet kullanarak, ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmek, yani kalkışmak fiilini suç saymaktadır.

Bundan, Kanunun, cebir ve şiddet kullanılmadan, Anayasanın öngördüğü düzenin, yani değiştirilemeyen, değiştirilmesi teklif edilemeyen 1., 2. ve 3. Maddeleri hükmünün, ortadan kaldırılmasına, yerine başka bir düzen getirilmesine ya da fiilen engellenmesine kalkışılmasını mümkün mü kılmaktadır düşüncesi akla gelmektedir. Gerçekten, ör., İCK' in 283. Maddesinde, yukarıda belirtilen son değişikliklerle, "Devletin anayasal düzeninin izin vermediği vasıtalar" ibaresini kaldırılıp, yerine " cebri davranışlar" (atti violenti) ibaresinin konmuş olması, ör., İCA' in, 1. ve 139. Maddesinin, değiştirilmesine kalkışılmasını mümkün mü kılmış olmaktadır. Anayasalara bakıldığında, buna, evet demenin, mümkün olmadığı görülür.

Anayasanın, anayasal düzenin izin vermediği vasıtalarla değiştirilmeye kalkışılması zaten kendisi ayrıca cebri bir davranışsa<sup>28</sup>, bu tür bir davranışla, ya da hile ve desiseyle<sup>29</sup>, kimden gelirse gelsin, isterse geçerliliğini yürürlükteki Anayasadan alan hükümetten veya yasama organından gelsin, Anayasanın değiştirilemeyen hükümlerinin değiştirilmeye

---

Yine Almanya Anayasası'nın 20.maddesi hükmü, Federal Almanya'nın demokratik sosyal federal bir devlet olduğunu, tüm kamu gücünü halktan aldığını, kamu gücünün halk tarafından seçimler ve referandumlar ile yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla kullanılacağını, yasamanın anayasal düzene, yürütme ve yargının kanun ve adalete bağlı olduğunu, her Alman'ın, bu anayasal düzeni değiştirmeye çalışan herkese karşı, başka çıkar yol mümkün değilse, direnme hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. (*Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mayıs 2011, s.223*) Fransa Anayasası'nın 89.maddesinde, ülke topraklarının bütünlüğünün tehlikede olduğu hallerde hiçbir anayasa değişikliği usullerine başlanamayacağını veya prosedüre devam edilemeyeceğini ve idare şeklinin cumhuriyet olduğu konusunun anayasa değişikliğine konu edilemeyeceğini düzenlemiştir. (*TBMM Araştırma Merkezi, Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları TBMM Araştırma Merkezi Yayınlar no:4, TBMM Yayınevi, Ankara, 2012, s.18*)

<sup>28</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 487, 488, 489; Fiandaca- Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 11; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1011; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 80 : Anayasa iradesi v ihtiyarına aykırı her değişiklik cebirdir. .. Cebirlik Anayasa iradesinin ihlali manasındadır.

<sup>29</sup> Manziri, Trattato, IV, s. 487

kalkışılması, Anayasayı, Anayasanın koyduğu temel düzeni, ihlale kalkışmadır.

Fiil suçtur. Takipsiz kalması, fiili suç olmaktan çıkarmaz.

Ancak, geçerliliğini yürürlükteki anayasadan alan yasama, herkesin gönül rızası ile olsa bile, Anayasanın değiştirilemeyen, değiştirilmesi bile teklif edilemeyen hükümlerini, kendi koyduğu bir usulle, değiştirmesi, Anayasasının öngördüğü düzeni “ihtilal” ile ortadan kaldırmaktır. İhtilal, geçerliliğini kendinden, kendinin koyduğu hukuk düzeninden alır<sup>30</sup>. Bunun içindir ki, hukuk düzenlerinde, ihtilal yapmak değil, ihtilal yapmaya kalkışmak suç sayılmaktadır. Tarihte, zaten aksi de görülmüş değildir. Görülen, ihtilalcıyı, ihtilalcinin yargılanmasıdır<sup>31</sup>.

“Cebir ve şiddet kullanarak” ifadesiyle, iradeyi tümünden ortadan kaldıran veya etkileyen neden olarak hem maddi (coazione fisica), hem manevi cebri (coazione psichica) davranışlar kastedilmek istenmiştir<sup>32</sup>. Dilde, cebir, zora başvurmak; şiddet, kişi veya şey üzerinde kaba kuvvet kullanmaktır<sup>33</sup>. Gerekçede, cebir ve tehdit (!) kavramlarının hukuki anlam ve içeriğinin bilinen bir husus olduğu söylenmiş<sup>34</sup>, başka açıklama yapılmamıştır. Burada “ve” bağlacının “veya” olarak anlaşılması gerekmektedir, çünkü bir şey, her halde aynı anda, hem cebir hem de şiddet olmaz.

İster teşebbüs etmek, ister kalkışmak densin, fiil cebir veya şiddet kullanarak, Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye ya da bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye “yönelik bir fiil işlemek” olduğundan, suç, tek bir hareketle veya birlikte bir bütünü oluşturan birçok hareketle işlenen, serbest hareketli bir suçtur. Hareket, icra hareketidir<sup>35</sup>. Burada, ne hareketten hâsıl olan hareketle illi bir netice, ne de ihlal anlamında bir netice ara-

<sup>30</sup> Fasso', Riivoluzione, s. 242

<sup>31</sup> Bir davada, Savunma bağlamında, konuya ilişkin bir çalışma için bk., Acar, Kurucu İktidar Olma Eylemi İle Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması Ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2012

<sup>32</sup> Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 80

<sup>33</sup> Cebir (coazione, veya violenza) hakkında, bkz.Kucuktasdemir Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012.

<sup>34</sup> Ceza Hukuku Mevzuatı, I, s. 556

<sup>35</sup> Doktrinde, aslında icra hareketi ile işlenebilen bir suç olmakla birlikte, suçun, ihmal hareketi, görev gereği yapılması gerekenin yapılmaması, ile de işlenebileceği, ifade edilmektedir ( Manzini, Tnattato, IV, s.489 ; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 78).

maktadır. Özelliğinden ötürü, bu suçta bir netice mümkün değildir, Hareket bir neticeye ulaştığında, açıkçası ihtilal olduğunda, artık yeni bir kurucu iktidar vardır, suç da yoktur<sup>36</sup>.

Suç, ne teşebbüsü tamamlanan suç gibi cezalandırılan (ör., 310), ne de tüketilmesi öne çekilmiş olan (ör. 288) bir suçtur. Netice hangi anlamda alınırsa alınsın<sup>37</sup>, suç, ne bir zarar, ne de bir zarar tehlikesi suçudur. Aksi de ileri sürülmüş olmakla birlikte<sup>38</sup>, suç, salt tehlike suçudur<sup>39</sup>. Burada Anayasanın öngördüğü düzeni cebren değiştirmeye yönelik fiilin, yani bizzat kalkışma fiilinin kendisi tehlikeli görülmektedir.

Geçerli doktrinde, bu suçta teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

Ancak, suçta teşebbüsle kalkışma suçlarını karıştıran azınlıkta kalan bir düşünce, bu suçta da, suçta teşebbüsün mümkün olduğunu ileri sürmektedir<sup>41</sup>.

“Demokratik bir hukuk Devleti” düzeninde, istisnalar olmakla birlikte (m. 227/1), hürriyet alanı olduğundan, kural, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasıdır. Nazi dönemi bir kısım Alman doktrininde, aksini de düşünenlerin olduğu söylenmekle birlikte<sup>42</sup>, doktrinde, genel kanaat,

---

<sup>36</sup> Manziri, Trattato, IV, s. 484; Fasso', Rivoluzione, s. 242; Hafizoğulları-Özen, Ceza Hukuku, GH., s. 13

<sup>37</sup> Hafizoğulları-Özen, Ceza Hukuku, ÖH., s. 174 vd.

<sup>38</sup> Özek, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 151, s. 153

<sup>39</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 489; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 75; Yaşar-Gökcan-Artuç, Ceza Kanunu, VI, s. 1861, 8464. Farklı düşünce, Gallo, Delitto di attentato, s. 253 vd

<sup>40</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 489 ; Maggiore, Diritto penale, V. I, Parte generale, Tomo secondo, Bolgra 1955, s. 554; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s.11; Nuvolone, I sistema del diritto penale, Padova 1975, s. 390; Pagliaro, Principi di diritto penale, Milano 1980, s. 522; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Parte generale, Seconda edizione, Zanichelli Bologna, 1994, s. 350; Santoro, Tentativo, Diritto penale, Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Torino 1957, s. 1133 vd., 1140, no. 17; Mantovani, Diritto penale, Cedam- Parova 1980, s. 391; Gallo, Delitto di attentato, s. 149 vd.; Hafizoğulları-Özen, Ceza Hukuku, GH., s. 323

<sup>41</sup> Özek, Siyasi İktidar Düzeni, s. 151 vd.: “Suçun esas itibarile teşebbüse müsait olduğunu ve tamamlanabileceğın, teşebbüsten ayrı neticelerin mevcut bulunduğunu belirtirken bunu sadece boş bir tatbiki neticesi olmayan bir görüş olarak savunmuyuz”.

<sup>42</sup> Zikreden, Gallo, Delitto di attentato, s. 35, 36

suçun, kuralın istisnası olmadığı, hazırlık hareketlerinin, kesinlikle cezalandırmanın konusu yapılmaması gerektiğidir<sup>43</sup>. Mutlak zorunluluk olmadıkça, hazırlık hareketlerini cezalandırmak, düşüncenin kendisini cezalandırmaktır.

Ancak, Kanun, ikinci fıkrada, “bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde”, cebir ve şiddet kullanılarak, elverişli hareketlerle, Anayasanın öngördüğü düzeni, doğrudan doğruya değiştirmeye yönelik bir fiilin işlenmesi cümlesinden olarak yapılan hareketler “ayrıca bir suç oluşturduğunda”, failleri “bu suçlardan dolayı da ilgili hükümlere göre cezalandırılırlar” demekle; herhalde, örtülü olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının önünü açmış olmaktadır.

Kural, her suçta, işlenmesi kastedilen suçun icrasına, elverişli hareketlerle başlanmasıdır. Hareketler işlenmesi kastedilen suçun işlenmesine elverişli değilse veya maddi konu yoksa suç da yoktur. Kural istisna tanımamaktadır<sup>44</sup>.

Böyle olunca, cebir ve şiddet kullanılarak, elverişli bir ya da eş zamanlı birçok hareketlerle, Anayasanın öngördüğü düzeni, doğrudan doğruya, tanımlanan biçimde, değiştirmeye yönelik bir fiilin icrasına başlandığı anda, suç işlenmiş, suç yolu tüketilmiş olmaktadır<sup>45</sup>. Hareketin doğrudan doğruya ihlali sağlamaya yönelik olması demek, dolaylı davranışların, cezalandırmanın kapsamı dışında olması demektir. Bu bağlamda, doğrudan doğruya ihlale yönelik olmayan davranışlar, başka bir suç oluşturabilir, ör., suç için anlaşma, suç işlemeyi tahrik, örgüt kurma, vs., bu suçu oluşturmaz.

Yapısından ötürü, bu suçta, fikri içtima, bileşik suç mümkün değildir. Ancak, şartları olduğunda, zincirleme suç mümkündür.

Suçun, genelde, iştirak edilerek işlendiği görülmektedir.

Suç, işlenmesi için kurulmuş bir örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlendiğinde, failler, hem örgüt kurmak, yönetmek veya katılmaktan, hem de örgütün faaliyeti cümlesinden olarak işlenmiş olan suçlardan, suça iştirak kuralları gereğince sorumlu olurlar. Ancak, faillerin, organize olarak

<sup>43</sup> Gallo, Delitto di attentato, s. 25, no. 3; 11; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 78; Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8464, 3469

<sup>44</sup> Hafizoğulları-Özen, Ceza Hukuku, GH., s. 313 vd.

<sup>45</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 489; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I, s. 11; Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1011; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 78; Yaşar-Gökcan-Artunç, Ceza Kanunu, VI, s. 8468



olsa bile, insan hakkı olan haklarını (ör., Ay. m. ve AİHS, m ) kullanmaları, ne suçun unsuru ne de kanıtı olabilir.

Şartları oluştuğunda, zincirleme suç mümkündür. Ancak, bu suçta, yapısından ötürü, fikri içtima, bileşik suç mümkün olmaz.

#### **4 .Hukuka Aykırılık**

Anayasada mutlak, değiştirilemez kılınan (m. 4, 175), başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, Cumhuriyetin niteliği, demokratik, laik, sosyal hukuk Devleti düzenini, doğrudan veya dolaylı Anayasanın öngörmediği usullerle, her ne suretle ve her ne maksatla olursa olsun, ortadan kaldırmaya, yerine başka bir düzen getirmeye, fiilen uygulanmasını doğrudan doğruya, elverişli davranışlarla önlemeye yönelik her fiil hukuka aykırıdır.

Bunun dışında, elbette, Anayasal düzenin geçerliliğini aldığı, temel düzene, açıkçası temel normun ihlalini doğurmayan, Anayasanın, AİHS' in temel hak bağlamında öngördüğü, doğrudan veya dolaylı her türlü davranış serbesttir

Hukuk düzeninde, fiili hukuka uygun kılan, bir hukuka uygunluk nedeni mevcut bulunmamaktadır.

Anayasanın geçerliliğini aldığı söz konusu temel düzenin, ne adla ve maksatla olursa olsun, ortadan kaldırılmasına, yerine başka bir düzen getirilmesine, fiilen uygulanmasının engellenmesine kalkışılması karşısında, madem hürriyeti yok etme hürriyeti yoktur (AİHS. m. 17), kişi olarak, herkesin, varlığını içinde bulduğu demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti düzenini, haksız bir saldırı karşısında (m. 25/1), savunmak hakkı vardır<sup>46</sup>.

#### **5. Kusurluluk**

Suç kastla işlenir. Kast, doğrudan kasttır<sup>47</sup>.

Doktrinde, genel kastın yeterli olmadığı, ayrıca özel kastın olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Manzini, Trattato, IV, s.484.

<sup>47</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Ceza Kanunu, VI, s. 8469

<sup>48</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 490

Kast, failin, cebir ve şiddet kullanılarak, elverişli davranışlarla, Anayasanın 1, 2 ve 3. Maddesinde öngördüğü düzeni, doğrudan doğruya, iltibasa yer vermeden, ortadan kaldırmaya, bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye yönelik bir fiili işlemeye kalkıştığını bilmesi ve istemesidir.

Failin maksadının önemi yoktur.

Bu suçta fiili hata mümkün olmaz. Anayasanın, Anayasanın değiştirilmesi düzenleyen kurallarını bilmemek veya yanlış bilmek fiili hata doğurmaz. Söz konusu kurallar, aynı zamanda ceza kanunudur<sup>49</sup>. Ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz (m. 4). Anayasanın koyduğu Anayasanın değiştirilmesi kurallarını bilmemek konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmek (m. 30) mümkün değildir. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan, herkes, her koşulda, bu hükümlerin bağlayıcı olduğunu bilmek zorundadır. Kimse, kendi kusurunu, mazeret olarak ileri sürülemez.

## 6. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Fiil ayrıca başka bir suç oluşturuyorsa, fail, bu suç yanında ayrıca o suçtan da cezalandırılacaktır.

Öte yandan, Kanun, bu maddede tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla [ suça bir şekilde bulaştırılan ] tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunmasını emretmektedir. Tabii, bunun için, fail veya faillerce tüzel kişinin suça bulaştırılmış olduğunun geçerli, somut kanıtlarla ispatlanmış olması gerekmektedir. Böyle olunca, failin, sadece tüzel kişinin organı yerinde olması, suçla illi bir bağ bulunmadıkça, tüzel kişinin suça bulaştırılmış olması olarak değerlendirilemez.

Ülkede, ihtilale kalkışmanın salgın halde olması, düzenden memnun olmayan herkesin aklının bir köşesinde ihtilal fikrinin bulunması, bunun yarattığı korku, korunan diğer değerlere nispetle, suçun cezasının fazla tutulmasına neden olmuştur.

İCK., iki bin altı yılında yapılan değişiklikle, suçun cezasını, beş yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası olarak tespit etmiştir. AİHS' in tarafı

---

<sup>49</sup> Manzini, Trattato, IV, s. 490

diğer ülkelerde de bu suç için biçilen ceza bizde biçilen cezadan daha azdır<sup>50</sup>.

Cezanın diğer ülkelerle bir olması isteniyorsa, her aklına gelenin ihtilale kalkışmaktan vazgeçmesi; herkesin, söz sahibi olduğu ülkede, sorunları, hukukun öngördüğü yol ve yöntemler içinde kalarak çözme alışkanlığını kazanması gerekmektedir.

### Sonuç

Kanunun, 309 maddesi, AİHS' in 5, 7. 9. 10 ve 11. Maddeleri temelinde ve AİHM' in kararları doğrultusunda, anlaşmanın tarafı devletlerinin düzenlemeleri emsal alınarak soğukkanlılıkla yeniden düzenlenmelidir.

Uygulamacılar, Cebri olmayan, Anayasal düzeni doğrudan doğruya ihlale yönelik olmayan davranışları, intikam duygusu altında, nerdeyse kıyasa varan bir yorumla, hükmün kapsamına sokma gayretine girmemelidirler.

Terörle mücadele yol ve yöntemleri yeniden ele alınmalı, terör ve terörizmle mücadele etkin kılınmalı; uygar uluslar emsal alınarak 309. Madde, geçerliliği kendinden menkul, terör suçu olmaktan çıkarılmalıdır.

Uygar bir ülkede, suçu ve suçluluğu önlemede, Ceza hukuku, bir intikam aracı olarak kullanılamaz.

Uygar toplumlar, İhtilali, ihtilal korkusunu, kader olmaktan çıkarmışlardır.

---

<sup>50</sup> Örneğin, Fransız Ceza Kanununun, "Komplo ve Saldırı" kenar başlıklı 412. maddesinde, bir saldırının bir veya birden fazla şiddet eylemi içermesi ve cumhuriyetin kurumlarının varlığını tehlikeye düşürmeye ya da toprak bütünlüğünü ihlal etmeye elverişli olması halinde fail, otuz yıllık hapis cezası ve 450.000 € para cezası ile cezalandırılmakta; suç, kamu otoritesini tutan bir kişi tarafından işlendiğinde hapis cezası uzatılmakta ve para cezası arttırılmaktadır. Darbe ve ülkenin menfaatlerine aykırı eylemlerde bulunmak ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Almanya Ceza Kanununun federasyona karşı yüksek ihanet suçu başlıklı 81.maddesinde, Almanya Federal Cumhuriyetinin varlığını yok etmek için, anayasal düzenini değiştirmek için şiddet veya şiddet tehdidinde bulunursa, 1 yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Alman Ceza Kanununun ilgili hükmü daha az ciddi hallerde ceza 6 yıldan beş yıla kadar hapis cezasını öngörmüştür.

lke iyi yönetilerek, iyi uygulamalar yapılarak, açıkçası tarafı olunan AİHS, kâğıt üzerinde bırakılmayarak, AİHM kararları doğrultusunda, titizlikle hayata geçirilerek, suçu özendiren ortamlar, ortadan kaldırılmadır.

**KAYNAKÇA**

- Acar**, Kurucu İktidar Olma Eylemi İle Kurucu İktidar İşlemlerinin Suçun Konusu Olmaması Ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2012
- Acar**, Türk Hukuk Düzeninin Temel Normunun Korunması Sorunu, Ankara 2010
- Anayasa Değişiklik Yöntemleri Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri**, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, Temmuz 2010
- Antolisei**, Manuale, Ps., II, s. 1011; Fiandaca-Musco, Diritto penale, Ps., I
- Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mayıs 2011
- Canestrari-Gamberini-Insolera-Mazzacuva-Sgubbi-Stordoni-Tagliarini**, Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, Terza Edizione, Monduzzi Editore, Bologna, 2003
- Curatola**, Attentato (delitto di), Enclopedia del Diritto, III, Milano 1958
- Erem**, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Ankara, 1969
- Fasso'**, Rivoluzione, Novissimo Digesto Italiano, XVI, Torino 1977
- Fiandaca-Musco**, Diritto penale, Parte generale, Seconda edizione, Zanichelli Bologna, 1994
- Fiandaca-Musco**, Diritto penale, Parte speciale., V.I, Zanichelli, Bologna, 1993
- Fiaschi**, Rivoluzione, Enciclopedia del Diritto, XVI, Giuffre' Editore, Milano 1989
- Gallo**, Il delitto di attentato nella teoria generale del reato, Milano-Dott. A. Giuffre'-Editore- 1966
- Hafizoğulları**, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1996
- Hafizoğulları-Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2014
- Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları**, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları no:4,TBMM Yayınevi, Ankara, 2012
- Küçüktaşdemir**, Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012
- Maggiore**, Diritto penale, V. I, Parte generale, Tomo secondo, Bolgra 1955
- Majno**, Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No: 4, Ankara 1978
- Mantovani**, Diritto penale, Cedam- Parova 1980, s. 391; Gallo, Delitto di attentato
- Manzini**, Trattato di diritto penale italaiano, V, Torino, IV, 1982

- Moscatti**, Antichi imperi d'oriente, Casa Editrice Il Saggiatore, Milana 1963
- Nuvolone**, I sistema del diritto penale, Padova 1975
- Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz, İstanbul,1992
- Öymen**, ... Ve İhtilal, Doğan Kitap, İstanbul 2014
- Özek**, Siyasal İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967;
- Pagliari**, Pdincipi di diritto penale, Milana 1980
- Pannain**, Manuale di diritto Penale, II, PS, TP,, Unione Tipografico, Editice, Torinese, Torino, 1957
- Rossi**, Attentato contro la costituzione dello Stato, Enclopedia del Diritto, III, Milano 1958
- Santor**, Tentativo, Diritto penale, Novissimo Digesto Italiano, XVIII, Torino 195
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, T.C Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Şubat 2005
- Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, Cilt 1, Kanunlar, Güncellenmiş 10. Bası, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013
- Yaşar-Gökcan-Artunç**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının  
Zaman Yönünden Sınırı**

**Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI  
Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ  
Araş. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR**





# Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı

Zeki HAFIZOĞULLARI\*  
Ezgi AYGÜN EŞİTLİ\*\*  
Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR\*\*\*

## ÖZET

Hukukun, Ceza Hukukunun amacı, toplumun varlığına, sürekliliğinin sağlanmasına ve ilerlemesine ilişkin koşulların güvence altına alınmasıdır. Ancak, hukuk, ceza hukuku ile güvence altına alınan toplum, zaman içinde kurumsallaşması düzeyini yükselttikçe, ilerledikçe, ihtiyaçları hem artmakta, hem de çeşitlenmektedir. Toplum hayatında sürekli bir değişimi ve dinamizmi ifade eden bu durum, kanunların, içinde varlık kazandıkları akıp giden zamana uyarak, mevcutlarının kaldırılmasını, değiştirilmesini, yerine yenilerinin konmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk düzeninin yapı taşları olan kanunlar, yürürlüğe girerler, yürürlükte kalırlar, yürürlükten kalkarlar. Madem kaynağı beşeri iradedir, hukuk kuralları, evrensel, mutlak, değişmez davranış kuralları değildirler. Bu, kanunların, zaman yönünden sınırı sorunudur. Bu çalışmada, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısında, kısaca, Ceza ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunlarının zaman yönünden sınırı sorunu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** ceza muhakemesi hukuku, ceza ve ceza muhakemesi kanunlarının zaman bakımından sınırı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Ceza Kanunu, ceza muhakemesi kanunu

---

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Bu çalışmaya katkılarından dolayı, Prof. Dr. Merih ÖDEN'e teşekkürlerimi sunarım.

\*\* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*\*\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

## **Criminal and Criminal Procedure Code's Time Limitation in the Context of European Convention of Human Rights**

### **ABSTRACT**

The purpose of the law and the criminal law is to secure the conditions for ensuring the the existence of society, continuity and progress. However, law and society guaranteed by the criminal law that increase the level of institutionalization in time progresses increases and diversifies the social needs. This situation that expresses constant change and dynamism of community life, makes necessary of the codes' adaptation to flowing time, and existing code's removal, modification, enacting new codes which substitute them. Codes which are the fundamental elements of law, enter into force, remain in force and fall into desuetude. Because of their source is human will, the rules of law are not universal, absolute, immutable rules of conduct. This is the problem of the law's time limitation. In this study, in the face of the Constitution, the European Convention on Human Rights, Turkish Criminal Code's, especially the Criminal Procedure Code's problem of the time limitation will be briefly discussed.

**Keywords:** the law of criminal procedure, time limitation of the criminal and criminal procedural laws, European Convention on Human Rights, Turkish Criminal Code, Code on Criminal Procedures

## Giriş

Doğada ne suç, ne de ceza vardır. Suç ve ceza toplumdadır<sup>1</sup>. Toplumsal olgular üzerine beşeri davranışın normu olarak konan ceza kanunları, uygar dünyada, kuvvetler ayırımı temelinde ifadesini bulan yasama erkinin etik-siyasi bir değerlendirmesidir<sup>2</sup>. Doğa bir olgular, toplum, aynı zamanda bir normlar sistemi bütünüdür<sup>3</sup>. Çoğulculuk arz eden bu yapıda, Hukukun, Ceza Hukukunun amacı, toplumun varlığına, sürekliliğinin sağlanmasına ve ilerlemesine ilişkin koşulların güvence altına alınmasıdır<sup>4</sup>.

Ancak, hukuk, ceza hukuku ile güvence altına alınan toplum, zaman içinde kurumsallaşması düzeyini yükselttikçe, ilerledikçe, ihtiyaçları hem artmakta, hem de çeşitlenmektedir. Toplum hayatında sürekli bir değişimi ve dinamizmi ifade eden bu durum, kanunların, içinde varlık kazandıkları akıp giden zamana uyararak, mevcutlarının kaldırılmasını, değiştirilmesini, yerine yenilerinin konmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk düzeninin yapı taşları olan kanunlar, yürürlüğe girerler, yürürlükte kalırlar, yürürlükten kalkarlar. Madem kaynağı beşeri iradedir, hukuk kuralları, evrensel, mutlak, değişmez davranış kuralları değildirler<sup>5</sup>. Bu, kanunların, zaman yönünden sınırı sorunudur.

Bu çalışmada, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısında, kısaca, Ceza ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunlarının zaman yönünden sınırı<sup>6</sup> sorunu incelenecektir.

---

1 Bettiol, *Il problema penale*, Palermo 1948, s. 53; Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, s. 32; Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1967, s. 49; Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni*, US-A Y., 1996, Ankara, s. 17 İD. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 10

2 Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950, s. 193; İD., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 1948, s. 30, 33; Hafizoğulları, *Ceza normu*, s.10

3 Hafizoğulları, *Ceza normu*, s.15 vd.

4 Rocco, *L' oggetto del reato e della tutele giuridica penale*, Roma 1932, s. 443. Ayrıca, Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Pg., Milano 2000, s. 6

5 Podo, *Successioni dileggi penali*, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975, s. 644; Kelsen, *Lineamenti*, s. 12; Antolisei, *Manuale*, s. 101.

6 Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2010; bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin, Ankara, 2011; bkz. Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2007; bkz. Öztürk, Tezcan, Erden, Alan Akcan, Erdem, Özaydın, Sırma, Kırıt, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2014; Özbek, Tepe, Doğan, Kanbur, Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2013; Donay, *Ceza Yargılama Hukuku*, Beta, İstanbul, 2012; Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2011.

### **Kanunların Yürürlüğü**

Kanunların yürürlüğü, yani, kuralına uygun olarak hukuk düzeninde varlık, geçerlilik kazanması, kanunun, zaman bakımından sınırının çizilmesidir. Kanun, ileriye yürür, geçmişe yürümez. Kanun, etik-siyasi olarak üzerlerine oluşturulduğu fiillere ve ilişkilere uygulanır. Kanun, kendinden önce yürürlükte olan kanunun düzenlediği fiillere ve ilişkilere uygulanmaz.

Uyulması zorunlu, beşeri davranış normu olan kanunlar, yürürlüğe konuldukları tarihte, üzerine oluşturdukları fiillere ve ilişkilere derhal uygulanırlar, geriye yürümezler, ileriye yürürler<sup>7</sup>.

Gerçekten, HMK, 448. maddesinde, kanun, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, derhâl uygulanır demektir.

### **Ceza Kanunlarının Yürürlüğü**

Suç ve ceza, insanın yazgısıdır. Suç, toplumun varlığına kasteden, ilerlemesini engelleyen, Devletin ceza ile önlemeye ve bastırmaya çalıştığı, bireysel veya örgütlü, beşeri fiillerdir. Cezaya başvurarak, suçları önlemek ve bastırmak, bu yolla toplumsal barışı sağlamak, karşılıklı eşit iradeleri ile kendisini kuran insanları esen ve korkusuz kılmak, Devletin, hem varlık nedeni, hem de zorunlu temel görevidir. Suçları ortaya çıkarmak, faillerini cezalandırmak, Devletin, hakkı veya yetkisidir.

Hakkını veya yetkisini kullanırken, Devletin gücünü sınırlandırmak, keyfi davranışlarının önüne geçmek, 1215 tarihinde Magna Carta'dan başlayarak, Aydınlanma ile birlikte, İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgelerine giren "Suçların ve Cezaların Ancak Kanunla Konulması" İlkesi, uygar ulusların ceza kanunlarında<sup>8</sup> bir "kanun hükmü" olarak ifadesini bulmuştur.

İnsanlığın büyük emekleri karşılığında bulunan bu ilke, tüm eleştirilere rağmen<sup>9</sup>, Devletin sınırsız erkine, hükümetlerin keyfiliklerine sınır

<sup>7</sup> Valle, Suggestione di leggi, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975, s. 635 vd.; Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.

<sup>8</sup> Ör., 1889 İtalyan Ceza Kanunu. md.1. Bu kanundan mülhem, mülga 1926/765 sayılı Türk Ceza Kanunu, md. 1

<sup>9</sup> Eleştiriler hakkında bkz, Antolisei, Manuale, s. 68 vd.

getirmiş, suçlar ve cezalar, artık işlendiği zamanın yürürlükte olan ceza kanunu ile sınırlandırılmıştır<sup>10</sup>.

İkinci Dünya Savaşının öğrettikleri, yaşanan Nazizm ve Faşizm tecrübesi, Devlet karşısında insanın daha çok esirgenmesi gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmış, bu kez ilke, sıradan bir kanun hükmü olmaktan çıkarılarak, Ceza Kanunları yanında (TCK md. 7), Kişinin Temel Hakkı ve Ödevi olarak ayrıca Anayasalarda (AY md. 38) ve Devletin sağlamaya zorunlu olduğu bir "insan hakkı" olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde (AİHS md. 7) ifadesini bulmuştur<sup>11</sup>.

Kimse işlediği zamanın yürürlükte bulunan kanununun suç saymadığı bir fiilden ötürü cezalandırılmaz. Kimseye suçun işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun ve cezanın sınırı, uygar uluslardır. Açık normlar hariç, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaz.

Öyleyse, yürürlükten kalkan kanun ileriye yürümez, yürürlükten kalkmasıyla etkisi ortadan kalkar ve ileride geçerli olmaz; kanun yürürlüğe girdiği anda geçerlilik kazanır ve o andan itibaren hüküm ifade eder; lehte olan kanunun, ileriye de geriye de yürür<sup>12</sup>.

Türk Ceza Kanunda yer alan, ör. şikayet (TCK md. 73), zamanaşımı (TCK md. 66), vb., ancak Ceza Muhakemesinde muhakeme şartı olarak görülen nedenler söz konusu olduğunda, konu tartışmalıdır<sup>13</sup>. Terim birliği olmamakla birlikte, adalet gereği, lehte olan kanunun uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Antolisei, Manuale, s. 67; Pagliaro, Principi di diritto penale, Pg, Milano 1980, s. 47

<sup>11</sup> AİHS., bu maddede, 2. fıkrasında, bir yandan kişinin ne ile sınırlı olduğunu gösterirken, öte yandan Devleti, suç ve ceza koymada, uygar uluslar tarafından tanınan hukuk ilkelerine göre suç sayılan fiilleri suç saymakla sınırlandırmıştır.

<sup>12</sup> Pado, Agm., p. 649 vd., 650 vd.; Antolisei, Manuale, s. 104 vd., 107 vd.

<sup>13</sup> Doktrinde kimi yazarlarca, ayrık ve istisnai bir kanun hükmünün bulunması; daha dar ve olağanüstü olmak üzere, derhal uygulama ilkesinin çok ağır şekilde hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğuracak olması halleri derhal uygulama ilkesinin istisnaları olarak kabul edilmiştir. (Ünver/Hakeri; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Adalet, Ankara, 2012, s.100 vd) Bu konuda ayrıca bkz. Ünver, Ceza Yargılaması Normlarının "Derhal Uygulanması" İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi, İHFM, 1994, C. LIV)

<sup>14</sup> Garofoli, Manuale di diritto penale, Pg., Roma 2011, s. 267 vd.; Nappi, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2010, s. 45 vd.; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku

### **Ceza Muhakemesi Kanunlarının Yürürlüğü**

Ceza hukukunda, Devletin, bir insan hakkı olarak göz önüne almak zorunda olduğu kanunilik ilkesi; ceza muhakemesinin de kanuniliğini zorunlu kılmaktadır. CMK'nun, idarenin ceza muhakemesine ilişkin düzenleyici işlemler yapmasını öngörmesi, örneğin CMK'nun 82., 99., 167., ve 333. maddeleri, Yasamanın, başta kendisinin sağlamak zorunda olduğu, kuvvetler ayırımı ilkesini ihlal etmesidir<sup>15</sup>.

Elbette, ceza muhakemesi usulü kanunları da zamanın tabii gerçekliği içinde yürürlüğe girerler, yani geçerlilik kazanırlar, yürürlükte kalırlar, değiştirilirler veya yürürlükten kaldırılırlar. Bu, ceza muhakemesini düzenleyen kanunlarının, zaman bakımından sınırı sorunudur.

Ceza muhakemesi kanunlarının zaman bakımından sınırı konusunda, aksine düşünce de olmakla birlikte<sup>16</sup>, genelin kanaati, lehe olan ceza hukuku kuralları geçmişe etkili olarak uygulandıkları halde, ceza muhakemesi hukuku kurallarının derhal uygulanmalarıdır<sup>17</sup>. Kanun, yalnızca ileriye/geleceği düzenler, geçmişe etkisi yoktur<sup>18</sup>. Genelde Yargıtay da bu görüştedir<sup>19</sup>.

---

Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 607; Katoğlu, Ceza Kanunları, s. 293 vd.

- <sup>15</sup> HMK' unda, Kanunilik İlkesi yoktur. Bu nedendir ki, genel olmasına rağmen, bu Kanunda, gerekli bazı konularda, zorunlu olarak, idarenin düzenleyici işlemlerine yer verilmiş olması, CMK' na emsal olmaz. Kşz., Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 20. Yazarların düşüncesinin bir kısmına katılmıyoruz. "Kalem mevzuatı" hariç, hâkimin, acele hallerde savcının ceza muhakemesi işlemlerine ilişkin konularda, ör. sorgu, arama, iletişimi dinleme, vs., işlemleri, ancak kanunla düzenlenir, Kanuna konulmuş olsa bile, yönetmelik çıkarılamaz. İlgili hükümlerin hala Anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz. (Ay. md. 124)
- <sup>16</sup> Bkz., Mantovani, Diritto penale, Pg., adova, 1992, s. 123; Pagliaro, Principi, s. 121; Gallo, Interpretazione delle Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria, Rivista Italiana di dritto e processuale penale, Milano 1965, s. 215.
- <sup>17</sup> Leone, Manuale, s. 23; Siracusano-Galati-Tranchina-Zappala, Diritto processuale penale, Volume primo, Giuffrè Editore, 2006, s. 27; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 571; Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 52; Katoğlu, Ceza Kanunları, s. 287; Toroslu-Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2002, s. 14 vd.
- <sup>18</sup> Disposizioni sulla legge in generale, dette anche disposizioni preliminari al codice civile e preleggi sono un insieme di 31 articoli posti come premessa del Codice civile italiano nel 1942, emanate con Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, m.11.
- <sup>19</sup> Ör., YGK, 30. 9. 2003 tarih, 2003/1-226 Esas, 2003/229 sayılı Karar; 24.5.2005 tarih, 2005/7-24 Esas, 2005/56 sayılı Karar.

Zaten, 5320 sayılı Kanun, “ Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, aşağıdaki maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, kesin hükme bağlanmış olanlar hariç, görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanır” demektedir.

Muhakeme normlarında, geçmişe uygulanma yoktur. Ceza muhakemesinde esas olarak failin fiili değil, muhakeme işlemi dikkate alınır<sup>20</sup>. Gerçekten, bunlar, suça değil, muhakeme işlemlerine uygulanır. Eski kanun zamanında yapılmış olan işlemler değerlerini, yani geçerliliklerini yeni kanun zamanında da korurlar. Aksine bir hüküm olmadıkça, her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan muhakeme kanununa göre yapılır. Muhakeme kanunları derhal uygulanan kanunlardır<sup>21</sup>. Muhakeme henüz kesin olarak bitmemişse, hangi evrede kalmış olursa olsun, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak muhakeme işlemlerinde kural olarak derhal yeni kanun uygulanır<sup>22</sup>. Ancak, eski kanun zamanında yapılmış olan işlemler, ister lehte ister aleyhte olsunlar, tekrarlanmazlar, geçerliliklerini korurlar. Her işlem, yapıldığı tarihteki kanuna göre yapılmasını gerektirir. Gerçekten, kanun yürürlükten kalktıktan sonra, gerçekleşecek muhakeme işlemlerine uygulanmaz<sup>23</sup>.

Kısacası, muhakeme hukuku kanunlarının derhal uygulanma ilkesinin gerekçesi, ilkenin kanunlarda yazılı olmamasına, zaten fiilin yargılama sırasındaki hukuk kurallarına göre muhakeme edilmesi gerektiğinin çok açık olduğundan buna ihtiyaç duyulmamasına; muhakeme hukuku alanındaki her yeni kanunun bir öncekine oranla daha mükemmel ve amaca daha uygun olduğunun kabul edilmesine ve dolayısıyla daha iyi hüküm kurulabileceğine; tamamlanmış işlemlerin korunmasının hukukta istikrar ve usul ekonomisi ilkelerinin zorunlu kılmasına; yürürlüğe giren

---

<sup>20</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku, GH., 2. Baskı, Ankara 2006, s.229, 230.

<sup>21</sup> Siracusano-Galati-vs., Processuale penale, s.27; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s. 227: Kanunların derhal uygulanması, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren yürürlükten kalkacakları tarihe kadarki dönemdeki gerçekleşecek tüm olaylara, işlenecek tüm fiillerle ilgili muhakeme işlemlerine lehe ya da aleyhe olmalarına bakılmaksızın uygulanmaları demektir.

<sup>22</sup> Kunter, Muhakeme Hukuku, s. 571.

<sup>23</sup> Kunter, Muhakeme Hukuku, s.572;Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 53; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s.289.

bir kanunun devam etmekte olan hukuki işlem ve ilişkilere uygulanmasının zorunluluğuna dayandırılmaktadır<sup>24</sup>.

### **Adaletle Uygun Olarak Yargılanma Hakkı**

Nazizm ve Faşizmin, İkinci Dünya Savaşı'nın, insanlara verdiği korkunç acıların, tarihten kazanılan tecrübelerin ortaya çıkardığı, uygar dünyanın tartışmasız insanlığın onuru saydığı, 1950 Roma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, tarafı Devletlere, kendi yetki alanına bağlı her kişiye, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri tanıması (AİHS md.1), vaki ihlallerin yargılanması ve sonuçlarına katlanılması (AİHS md.19) yükümlülüğünü getirmiştir. Sözleşmenin tarafı Devletler, hiçbir duraksamaya yer vermeden, sözleşmenin gereğini yaparak, ülkelerinin hukuk düzenlerinin düzeyini yükseltmişler, tabiri caizse hukuku insanın emrine vermişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmeyi, 1954 yılında, iki çekince koyarak imzalamış ve bir Kanunla yürürlüğe koymuştur. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasalarında "insan haklarına dayanmaktan" veya "insan haklarına saygılı olmaktan" "hukuk devletinden" söz edilmesine rağmen, çekincelerini kaldırarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargısını kabul etmesine kadar, yükümlülüğünü yerine getirmekten özenle kaçınmıştır<sup>25</sup>. Maalesef, bugün, bu aymazlığın bedeli ağır ödenmektedir.

AİHS., Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun asli kaynağıdır<sup>26</sup>.

Anayasa, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır diyerek (m. Ek hüküm 2004/5170, 90/ son) ayrıca AİHS' nin iç hukuka üstünlüğünü tanımıştır.

AİHS, 5. maddesinde öngördüğü, "Özgürlük ve Güvenlik Hakkının" bir teminatı olarak, 6. maddesinde, "Herkesin, gerek medeni hak ve yü-

<sup>24</sup> Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 53; Kunter-Yenisei-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 606; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s. 289 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku, s. 230; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 73.

<sup>25</sup> Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Y, Ankara, 2004.

<sup>26</sup> Hafizoğulları, Ceza Hukuku, s. 24; Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 34; ayrıca, AİHS'nin "Cezaların Yasallığı" başlığını taşıyan 7.maddesinde ceza veya ceza muhakemesi normu ayırımı yapılmadığına ilişkin olarak bkz. Ünver/Hakeri, s.101.



kümlülükleri ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir” hükmünü öngörerek, “Adil Yargılanma Hakkı” adı altında, özellikle sanık temelinde, “teminatlı yargılanmak” hakkına yer vermiştir<sup>27</sup>.

Teminatlı yargılanmak hakkı, kişinin, liberal-demokratik bir devlet, bir hukuk devletinde, kanunilik ilkesi esas olmak üzere oluşturulmuş olan bir ceza kanununda öngörülmüş olan, üzerine atılan suçtan, kabul edilebilir bir ceza muhakemesi kanunu ile kurulmuş, teminatlı bir tabii hâkim, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni yargılanması hakkıdır.

Böyle olunca, bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin tarafı Devletten, aynı zamanda, hilesiz isnatta bulunulmasını, kanıtların ancak demokratik bir toplumda kabul edilebilen kurallara uygun olarak elde edilmesini, sanık haklarına saygı gösterilmesini, ispatın sahih ve geçerli kanıtlara dayandırılmasını, hükmün hakkaniyete uygun, gerekçeli olmasını istemek hakkını da içermektedir<sup>28</sup>.

Elbette, kamu düzeni olarak, hukukta istikrar, zorunludur. Bu da, muhakeme hukuku kanunlarının derhal uygulanması kuralını zorunlu kılmaktadır. Elbette, hukukta, en az bunun kadar, bir insan hakkı olarak, teminatlı yargılanma hakkı da, zorunludur. Kuşkusuz, birini tanımak, diğerini ihmal etmeyi gerektirmemelidir.

Yeni muhakeme usulü kanunlarının eskisi karşısında, her zaman, daha ileri, kişilerin, özellikle sanığın daha lehine olduğu söylenemez. İnsanlık, Faşizm ve Nazizm dönemlerini yaşamıştır. Bu dönemde çıkarılmış olan ceza muhakemesi usulü kanunlarının, mükemmel olduklarını, insanı esirgediklerini tarih doğrulamamaktadır.

Doktrinde, eğer, sanık bakımından, Anayasa’da, AİHS’nde ifadesini bulan bir teminatı sağlıyorlarsa, ceza kanunlarından farksız olarak, sağlanması zorunlu insan hakkının söz konusu olduğu bu hallerde, sıkı sıkıya

<sup>27</sup> Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde "Adil Yargılanma", İlhan Öztarak’a Armağan (AÜSBF), Ankara, 1994, s. 200 vd.

<sup>28</sup> Ceza muhakemesinde amaç, şüpheli veya sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 5

ceza muhakemesi usulü normu olan normların da, geçmişe etkisinin olabileceği kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

Teminatlı yargılanma hakkı söz konusu olduğunda, AİHS'in 6. maddesini sağlayan Ceza muhakemesi kanunlarının geçmişi etkilemesinin kamu düzeninden olduğundan kuşku yoktur. Kamu düzeninden olan istikrarın, kamu düzeninden olan teminatlı yargılanma hakkından üstün olduğu, dolayısıyla bu hakkı bertaraf ettiği söylenemez.

Burada, sorun, muhakeme hukukunda, özellikle niteliğinin gereği olarak yeniden yapılması mümkün olmayan usul işlemlerin bulunması gerçeği karşısında<sup>30</sup>, hakkın, nasıl sağlanacağıdır. Bu konuda, özellikle yürürlükte olan, ama teminatsız olan usullerle elde edilen kanıtların, bu kez teminatlı usul hükümleri yürürlüğe girdiğinde, teminatsız usule göre elde edilen kanıtların, hükümde kullanılıp kullanılmayacağı hususunun tartışılması gerekmektedir.

Kuşkusuz, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez (Ay. md. 38)<sup>31</sup>. Ancak, sanığın teminatlı yargılanmasını isteme hakkını sağlamayan kanunların öngördüğü usul işlemleri ile elde edilen bulgular, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular değildirler.

Öyleyse, bu çıkmaz karşısında, adil yargılanma hakkını hiçe sayarak, eski usul kanunlarına nazaran, sanığa çok daha teminat sağlayan usul kanunları yürürlüğe girdiğinde, eski kanunun öngördüğü usullerle elde edilen kanıtlara, sırf istikrar adına itibar etmenin mümkün olmamasının bir yolunun bulunması gerekmektedir.

<sup>29</sup> Leone, Manuale, s. 23; Siracusano-Galati-ecc., Processuale penale, 27-8; Pagliaro, Principi, s. 121: madem ceza kanunlarının teselsülünün mantığının (ratio) altında yatan bir teminat mantığıdır, en az kesinlik (certezza) kadar, sadece sanığın lehine olan ceza kanunları değil, aynı zamanda sanığın lehinde olan ceza muhakemesi kanunları da geçmişe etkili olmalıdırlar.

<sup>30</sup> Centel/Zafer, derhal uygulama ilkesi kapsamında, 1412 sayılı CMUK 247.maddesine uygun olarak kolluk tarafından avukat huzurunda alınmayan ifadelerin tutanaklarının yeni 5217 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile beraber duruşmada okunmasının engellenebileceğini örnek olarak vermektedir. (Centel/Zafer, s.55)

<sup>31</sup> Hafizoğulları, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638 vd.; Koca, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFHD, C: IV, S: 1-2 (2000)

## **Teminatlı Yargılanma Hakkını Sağlamayan Usullerle Elde Edilen Kanıtların Hükme Esas Alınmaması**

Yürürlükteki teminatsız kanuni usullerle elde edilen kanıtlarla hükme esas alınarak kesinleştirilen davalarda, sonradan teminatlı usuller de yürürlüğe konmuş olsa, söz konusu bu durum yargılamanın yenilemesi nedeni sayılmadığından, hukukta istikrar, güven ilkesinin gereği olarak, kesin hükmün korunması zorunludur.

Ancak, yürümekte olan davalarda, teminatsız olduğu düşünülerek yürürlükten kaldırılan kanunların koyduğu usullerle elde edilen kanıtlar, aksine bir hüküm yoksa kanıta ulaşmada teminatlı usuller koyduğu düşünülen kanunlar yürürlüğe konduğunda, bir insan hakkı olarak teminatlı yargılanmak, kamu düzeninden olduğundan, dolayısıyla göz önüne alınması mutlak zorunlu bulunduğundan, tüketilmiş ama tekrarlanması mümkün olmayan işlemlerde, herhalde sorunun çözümü hâkime kalmaktadır.

Anayasa, 138. maddesinde, "*hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" demektedir. Bu durumda, iki kamu düzeni kuralı, yani hukukta istikrar ve teminatlı yargılanma hakkı çatıştığından, teminatsız usullerle elde edilmiş olan kanıtlar, sırf teminatsız usullerle elde edilmiş oldukları için, var olan hukuken de yok sayılamayacağından, kanunu uygulamak zorunda olan hâkim, kıyasen AİHS'nin iç hukuka üstün olduğunu gözetip (Ay, m. 90), insan hakkı olduğundan, teminatlı yargılanma hakkını diğerine üstün tutarak, vicdani kanaati<sup>32</sup> esas olmak üzere, gerekçesini göstererek, hükmüne esas almayabilmelidir.

Gerçekten, kişi hak ve özgürlükleri bakımından teminatsız görülerek, diğer değişiklikler yanında, özel görevli mahkemelerin kaldırılması, tutuklama karinesi getiren katalog suç kuralının değiştirilmesi, kanıta ulaşma usul ve esaslarının köklü değişikliğe<sup>33</sup> uğratıldığı bir hukuk düzeninde -ör., hakimlik, tek hakim kararı ile yapılan işlemlerin teminatsız görülerek, ağır ceza mahkemesinin, hakimlerinin ittifakla vereceği kararlar

---

<sup>32</sup> Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Y., Ankara, 2002.

<sup>33</sup> Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikler için bkz. Yurtcan, 6526 sayılı Yasayla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler, Yazarın Kendi Basımı, 2014

yapılabileceğinin kanunlaştırılmış olması<sup>34,35</sup>- yürürlükten kalkan kanun döneminde, belirtilen usullerle elde edilen kanıtların, hükme esas alınıp karar verilmesinin kuşku uyandırması doğaldır. AİHS (AİHS md. 6) gereği “hakkaniyete uygun” karar vermek durumunda olan hâkim; yürümekte olan davada, 5320 sayılı Kanununun 4. maddesi hükmüne rağmen, teminat-sız görülerek yürürlükten kaldırılan kanun döneminde yapılan işlemlerle elde edilmiş olan kanıtları, teminatlı görülerek yürürlüğe konan kanunların öngördüğü usul ve esaslara uygun olarak elde edilmemiş olan kanıtlarla birlikte değerlendirip karara vararak, vicdani kanaatine uygun düşmüyorsa, gerekçesini göstererek, söz konusu kanıtı hükmüne esas almayabilir. Bu halde, hâkimin, kalan diğer kanıtlarla aleyhe hüküm kuramıyorsa, şüphe sanık lehine kuralı gereğince, sanığın aklanmasına karar vermesi gerekir.

Ancak, Ceza muhakemesi hukuk düzeninde teminatlı yargılamayı sağlamak amacıyla yapılan köklü değişikliklerde, tereddütleri gidermesinin yolu, kanun koyucunun, hâkimin üzerine atarak siyasi sorumluluktan kaçmak yerine, mutlaka kuralın istisnasını koymaktan kaçınmamasıdır.

## Sonuç

Kişi hak ve hürriyeti bakımından teminatsız görülerek, suçun yargılanmasında, kanıtlarının elde edilmesinde daha teminatlı usul ve esaslar

<sup>34</sup> 21.02. 2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik 21.02. 2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 6 Mart 2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayı. 5275 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Adalet Komisyonu Raporu, TBMM., YD., 24, YY., 4.

<sup>35</sup> 6572 sayılı Kanununun 42.maddesiyle, “5271 sayılı Kanununun 135 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘tespit edilebilir’, ibaresi madde metninden çıkarılmış, beşinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, mevcut yedinci fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bu alt bentten sonra gelmek üzere aşağıdaki alt bent eklenmiş ve diğer alt bent buna göre teselsül ettirilmiştir.

(6) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir.

14. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

15. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316)”.

yürürlüğe konulduğunda, Devlet, hukukta istikrar, usul ekonomisi kadar insan hakkı olan teminatlı yargılanma hakkını da sağlamak zorundadır.

Kanun koyucu, yürürlükten kalkan kanun döneminde teminatsız usullerle elde edilen kanıtların, teminatlı usuller getiren kanunun yürürlüğünde, kuralın istisnasını açık bir hükümle belirtmek suretiyle, ispatta göz önüne alınmamasını sağlayabilir.

Ancak, açık bir hükümle istisnasının konulmadığı hallerde, hâkim, yeni ve daha teminatlı usullerle yürütülmekte olan davalarda, ceza muhakemesi hukukunun asli kaynağı olan AİHS'ni iç hukuka üstün tutarak, vicdani kanaatine uygun düşmeyen, teminatsız usullerle elde edilmiş olan kanıtları, elbette gerekçesini göstererek, hükmüne esas almayabilir.

Hâkim, bu halde, kalan diğer kanıtlarla sanığın mahkûmiyetine karar vermek zorundadır. Kalan diğer kanıtlarla, mahkûmiyet hükmü kurulmadığında, hakkaniyet gözetilerek, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereği, beraata karar verilmesi gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- ANTOLISEI**, Francesco, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2000
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku, GH., 2. Baskı, Ankara 2006
- BETTIOL**, Guiseppe, Il problema penale, Palermo 1948
- BİÇAK**, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2011
- BOBBIO**, Norberto, İntroduzione alla filozofia del diritto, Torino 1948
- BOBBIO**, Norberto, Teoria della norma giuridica, Torino 1958
- CENTEL**, Nur, **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 7.Bası, 2010
- DONAY**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta, İstanbul, 2012
- FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Y., Ankara, 2002
- GALLO**, Marcello, Interpretazione delle Corte costituzionale e interpretazione giudiziarıa, Rivista Italiana di dritto e processuale penale, Milano 1965
- GAROFOLI**, Roberto, Manuale di diritto penale, Pg., Roma 2011, s. 267 vd.; Nappi, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2010, s. 45 vd.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılanma", İlhan Öztarak'a Armağan (AÜSBF), Ankara, 1994
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996,
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Y., 1996
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008
- KATOĞLU**, Tuğrul Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008
- KELSEN**, Hans, Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino 1967
- KOCA**, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası, AÜHFD, C: IV, S: 1-2 (2000)
- KUNTER**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989
- KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008
- LEONE**, Giovanni, Manuale di diritto processuale penale, I, II, Napoli, 1965

- MANTOVANİ**, Ferrando, Diritto penale, Pg., adova, 1992
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- ÖZBEK**, Veli Özer, et. al., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2013
- ÖZTÜRK**, Bahri, et. al., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2014
- PAGLIARO**, Antonio, Principi di diritto penale, Pg., Milano 1980
- PODO, C.**, Successioni dileggi penali, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975
- ROCCO**, Arturo, L' oggetto del reato e della tutele giuridica penale, Roma 1932
- SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALA**, Diritto processuale penale, Volume primo, Giuffre' Editore, 2006
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin, Ankara, 2010;
- ŞAHİN**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin, Ankara, 2011
- TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **SANCAKTAR**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Y, Ankara, 2004
- TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2002
- ÜNVER**, Yener, Ceza Yargılaması Normlarının "Derhal Uygulanması" İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi, İHFM, 1994, C. LIV
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Adalet, Ankara, 2012
- VALLE**, La F., Suggestione di leggi, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975
- YURTCAN**, Erdener 6526 sayılı Yasayla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler, Yazarın Kendi Basımı, 2014
- YURTCAN**, Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2007





**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa  
Mahkemesi Kararlarında “Demokratik  
Toplum”**

**Araş. Gör. Pınar DİKMEN**



# İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum”

Pınar DİKMEN<sup>1</sup>

## ÖZET

“Demokratik Toplum” kavramı gerek İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi açısından önemli bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokollerinin birçok maddesinde bu kavramın bahsi geçmektedir. Ayrıca 1982 tarihli Türkiye Anayasası’nda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların demokratik toplum düzenine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Bu makalede, söz konusu terimin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yorumlanışı tartışılmış ve analiz edilmiştir. Ek olarak her iki Mahkeme’nin güncel kararları birbirleriyle karşılaştırılmıştır. Varılan sonuca göre İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesi, “Demokratik Toplum” kavramını tanımlarken farklı yolları tercih etmektedirler. Bununla birlikte uygulamada her iki Mahkeme’nin uzlaştığı bazı hususlar bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Demokratik Toplum, İnsan Hakları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Kısıtlamalar.

## “Democratic Society” in the Decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court

### ABSTRACT

The term of “Democratic Society” is an important standard for both the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. In the European Convention on Human Rights and its additional protocols, this term is mentioned in many articles. Also, in the Turkish Constitution of 1982 it is stated that restrictions on fundamental rights and freedoms shall not be contrary to the requirements of the democratic order of the

---

<sup>1</sup> Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi, dikmenpnar@gmail.com.

society. In this article, the implementation of this standard in the European Court of Human Rights and the Constitutional Court jurisprudence is discussed and analyzed. Besides, current decisions of these courts are compared. The conclusion is that in general, ECtHR and the Constitutional Court use different ways to define the term of “Democratic Society” but in practice the Courts could come to terms with some facts.

**Keywords:** Constitutional Court, Democratic Society, European Court of Human Rights, Human Rights, Restrictions.

## GİRİŞ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi<sup>2</sup>'nin başlangıç kısmında, Sözleşme'yi onaylayan devletlerin demokrasi ve insan haklarının geliştirilmesi hususunda ortak bir paydada bulunduğu ve bu devletlerin özgürlükler alanında bir mirasa sahip olduğu vurgulanmıştır. Yine başlangıç kısmına göre, söz konusu devletlerin BM İnsan Hakları Bildirgesi<sup>3</sup>'nde yer alan hakların güvenceye bağlanması için İHAS'ı onaylamalarının sebebi de bu durumdan ileri gelmektedir. Kısaca aynı demokratik kayguları taşıyan devletlerin, bir takım hakların korunması ve geliştirilmesi noktasında benzer inanca sahip olmaları...

Demokratik devletin temel yapısını oluşturan unsurların, demokratik toplum ideallerine hizmet etmek için var olduğu kabul edildiğinde, halkın iradesinin temsil edildiği tek kurumun seçimle oluşturulmuş parlamentolardan oluşmadığını<sup>4</sup> söylemek mümkün olacaktır. Azınlıkta kalan görüşlerin korunmadığı, demokratik bir toplum yapısının desteklenmediği rejimlerde, hak ve özgürlüklerin yeterince korunduğundan da bahsedilemez. Bu bağlamda gerek İHAS'ta gerekse 1982 Anayasası<sup>5</sup>'nda, temel hak ve özgürlüklere dair bir güvence teşkil eden demokratik toplum ölçütünün ifade ettiği anlamı ortaya koymak oldukça önemlidir. Nitekim çalışmada öncelikle söz konusu metinlerin koruyucuları olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından demokratik toplum kavramına dair ortaya konulan temel ilkeler değerlendirilmiştir. Bu başlıklarda demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ve demokratik toplumun işaret ettiği anlamlar ayrı ayrı incelenmiştir. Temel ilke ve tanımların ortaya konulmasının ardından, güncel kararlar eşliğinde her iki Mahkeme'nin tutumu analiz edilmiştir.

- 
- 2 Tam adı Ana İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme. Avrupa Konseyi Antlaşmalar Serisi No. 5, 04.11.1950, Roma. 8662 sayılı ve 19.03.1954 tarihli R.G.
  - 3 BM Genel Kurulu Karar No. 217 A(III), 10.12.1948. 7217 sayılı ve 27.05.1949 tarihli R.G. Bakanlar Kurulu Karar No. 9119.
  - 4 SCHYFF, Gerhard Van Der, The Concept of Democracy As An Element Of The European Convention, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Volume 38, No. 3, November 2004, s.355-372, s. 365.
  - 5 2709 sayılı 07.11.1982 tarihli kanun, 17863 mükerrer sayılı 09.11.1982 tarihli R.G.

## BÖLÜM I.

### İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında “ Demokratik Toplum”

#### 1.1. Avrupa İlkeleri Karşısında Ulusal Düzenlemeler

Demokratik toplum kavramı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin birçok maddesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Örneğin, adil yargılanma hakkının koruma altına alındığı 6. maddede, demokratik bir toplumda; ahlak, kamu düzeni gibi benzer sebeplerle adil yargılamanın selameti açısından duruşmaların kapalı olarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. 4 numaralı Protokolün<sup>7</sup> 2. maddesinde serbest dolaşım özgürlüğünün demokratik bir toplumda zorunlu olan tedbirlerle sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Benzer şekilde 13 numaralı Protokolün<sup>8</sup> başlangıç kısmında demokratik bir toplumda yaşama hakkına saygıya duyulan inanç vurgulanmıştır. Eklemek gerekir ki, demokratik toplum kavramı İHAS'ın 8. (özel ve aile yaşamına saygı hakkı), 9. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10. (ifade özgürlüğü) ve 11. (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) maddelerinin getirdiği korumanın kapsamının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

8 - 11. maddelerde vurgulanan demokratik toplum, söz konusu maddelerde güvence altına alınmış hakların sınırlarının belirlenmesinde doğrudan kullanılan bir ölçüt niteliğindedir. Şöyle ki İHAM önüne gelen bir vakada, öncelikle söz konusu hakka yönelen bir müdahalenin varlığını, ardından bu müdahalenin maddelerde belirtilen meşru amaçlara dayanıp dayanmadığını ve müdahalenin yasa ile öngörülüp öngörülmediğini tespit ettikten sonra, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmektedir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku 1- İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 154.

<sup>7</sup> Tam adı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye Ek ve Bu Sözleşme ile İlk Ek Protokol Kapsamında Bulunanlardan Başka Diğer Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokol, Avrupa Konseyi Antlaşması, Strasbourg, 16.09.1963. 21861 sayı ve 26.02.1994 tarihli R.G.

<sup>8</sup> Avrupa Konseyi Antlaşması, Vilnius, 03.05.2002.

<sup>9</sup> Bkz. *Handyside v. The United Kingdom*, Başvuru No.5493/72, 07.12.1976, para. 43-48; *Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979, para. 45-58; *Barthold v. Germany*, Başvuru No. 8734/79, 25.03.1985, para. 43-52.

Mahkeme'ye göre demokratik bir toplumda gereklilik, toplumsal ihtiyaç baskısından doğan bir gerekliliktir<sup>10</sup>. Sözleşme'nin getirdiği korumanın tali/ikincil nitelikte olması nedeniyle, toplumsal ihtiyaç baskısının gerçek anlamda var olup olmadığını öncelikle ulusal makamların takdir etmesi gerekmektedir. Taraf devletlerin ülkedeki esaslı güçlerle sürekli ve doğrudan doğruya daha fazla ilişkide bulunmaları nedeniyle, yasakların ve cezaların gerekliliğinin değerlendirilmesi hususunda ulusal makamların bir takdir marjı bulunmaktadır<sup>11</sup>.

Bununla birlikte taraf devletlere bırakılan bu marj sınırsız değildir, Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir<sup>12</sup>. Eklemek gerekir ki demokratik toplumun gereklilikleri gözetilirken ulusal makamların kendilerine bırakılan takdir marjı içinde makul, dikkatli ve iyi niyetli davranmaları yetmemekte, hakka yönelen herhangi bir müdahalenin gerekçesi olan meşru amacın orantılı olduğunu ve sınırlamanın nedenini, uygun ve yeterli nedenlerle açıklamaları gerekmektedir<sup>13</sup>.

İHAM Sözleşme'de yer alan bir hakka yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ile çatışıp çatışmadığını değerlendirirken, ulusal hukuk düzeni ile demokratik toplum düzeni arasında bir ayırım yapmaktadır<sup>14</sup>. Demokratik toplum algısında, Avrupa'ya özgü bir standart oluşturmaya çalışan İHAM, taraf devletlerin ulusal hukuk düzenleri ile kendini doğrudan bağlı kabul etmese de, Sözleşme'de yer alan herhangi bir hakkın kullanımında, Avrupa'da ortak bir uygulama geliştirilip geliştirilmediğini dikkate almaktadır<sup>15</sup>. Fakat yinede İHAM Sözleşme normlarının kapsadığı alanı belirlerken, Sözleşme'de yer alan kavramlara

---

<sup>10</sup> Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1), para 59.

<sup>11</sup> Handyside v. The United Kingdom, para. 48.

<sup>12</sup> Handyside v. The United Kingdom, para. 49.

<sup>13</sup> Observer and Guardian v. The United Kingdom, Başvuru No. 13585/88, 26.11.1991, para. 59.

<sup>14</sup> EREN, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklilikleri*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004, s. 140. Aynı zamanda bkz. Socialist Party and Others v. Turkey, Başvuru No. 21237/93, 25.05.1998, para. 47.

<sup>15</sup> Daha fazla bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Sibel, Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Ed. Sibel İnceoğlu)*, 3. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 23-52, s. 36. *Bayatyan -Ermenistan* kararında İHAM, Avrupa'da vicdani ret uygulaması açısından bir konsensüsünün varlığını kabul ederek, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bayatyan - Armenia, Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011, para. 118-128.)

özerk anlamlar kazandırmakta, daha net bir ifade ile bu kavramların ulusal hukuktaki anlamları ile kendini sınırlamamaktadır<sup>16</sup>. Bunun sonucunda Mahkeme, kendi içtihatları çerçevesinde demokratik topluma ait bazı unsurlar-ilkeler benimsemiştir. Fakat bu unsurların Sözleşme maddeleri ile uyumluluğu değerlendirilirken, taraf devletlere bırakılan takdir marjının dengeleyici özelliğini göz önünde tutmak gerekmektedir.

## 1.2. Demokratik Toplumunu Oluşturan Temel Unsurlar

Demokratik bir toplum kavramının İHAS - Ulusal düzenlemeler bağlamında nasıl okunduğunun ortaya konulmasından sonra sıra bu toplumu belirleyen ana unsurları ortaya koymaya gelmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü bu haktan yararlananlara sınırsız bir özgürlük vaat etmese de, Mahkeme'nin kabul ettiği şekliyle demokratik toplumu meydana getiren en temel ilkelerden biri olması<sup>17</sup> sebebiyle özel bir önem taşımaktadır. Bu önem Sözleşme'nin diğer maddelerinin, 10. madde ile olan ilişkilerinde de açığa çıkmaktadır. Örneğin Mahkeme *Öllinger - Avusturya* kararında, 11. maddede korunan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün amaçlarından birinin, düşüncüyü yayma özgürlüğü olduğunu da belirterek, 11. maddenin 10. madde ışığında göz önüne alınması gerektiğine karar vermiştir<sup>18</sup>. 9. madde ile 10. madde arasındaki ilişkinin incelendiği *X. ve Scientology Kilisesi - İsveç* kabul edilebilirlik kararında Komisyon, 10. maddenin 9. maddeden daha geniş bir koruma sağladığını kabul etmiştir<sup>19</sup>. Bu durum ifade özgürlüğünün bazı biçimlerinin, Sözleşme'nin diğer maddelerince özel olarak korunduğunun ve bu maddelerle 10. madde arasında bir özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin var olduğunu göstermektedir<sup>20</sup>. Bir başka ifade ile demokratik toplumun ayrılmaz bir ölçütü olan ifade özgürlüğü, diğer maddelerin gerçekleşebilmesinin koşulu haline gelebilmektedir.

<sup>16</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi- 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 142.

<sup>17</sup> Handyside v. The United Kingdom, para. 49.

<sup>18</sup> Öllinger v. Austria, Başvuru No. 76900/01, 29.06.2006. Benzer şekilde Ezelin v. France, Başvuru No. 11800/85, 26.04.1991, para. 34.

<sup>19</sup> X. and Church of Scientology v. Sweden, Başvuru No. 7805/77, 05.05.1979, kk.

<sup>20</sup> TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNOK, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 272 vd; GÖZÜBÜYÜK ve GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 356 vd.



Demokratik toplumun ilerlemesinin ve bütün bireylerin gelişiminin temel taşlarından olan ifade özgürlüğü, Mahkeme'ye göre devleti ya da toplumun diğer kesimlerini rencide ya da rahatsız edebilecek nitelikte bilgi ve düşünceleri yayabilme özgürlüğünü de içermektedir<sup>21</sup>. Öyle ki 10. madde için öngörülen sınırlamalar ulusal makamlarca dar yorumlanmalı ve bu özgürlüğün sınırlanma nedeni inandırıcı bir şekilde kanıtlanmalıdır<sup>22</sup>. İfade özgürlüğünün demokratik toplum açısından arz ettiği önem, İHAM'ın demokratik toplum çerçevesinde kabul ettiği diğer unsurlar açısından da belirleyicidir. Nitekim Mahkeme 10. maddenin genel çerçevesini çizerken, rahatız/rencide edici ifadeleri yayma özgürlüğünün demokratik toplumun olmazsa olmazını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olduğunu kabul etmektedir<sup>23</sup>.

Hiçbir düşüncenin ayrıcalığı olmadığı ve her düşüncenin demokratik rejime halel getirmediği müddetçe korunması gerekliliğini savunan çoğulculuk, siyasal liberalizmin özünü oluşturmaktadır<sup>24</sup>. Çoğulculuk, sadece belirli bir düşünce veya inanca keyfi müdahalede bulunulmaması şeklinde anlaşılmalıdır. Burada amaç toplumda farklı fikir akımlarına saygı göstererek, bu akımların demokratik düzlemde örgütlenmelerine olanak sağlamaktır<sup>25</sup>. Başka bir ifade ile çoğulculuk düşüncelerin özgürce örgütlenmesidir<sup>26</sup>. Örneğin çoğulculuğun önemini vurgulandığı *Young, Jonnes ve Webster - Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, demokrasinin çoğunluğun görüşünün her zaman üstün gelmesi anlamına gelmediğini, azınlık durumunda bulunanlara adil ve uygun bir muamelenin yapılabilmesi ve baskın durumda bulunanların istismarının önlenilmesinin garantilenmesi için bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>27</sup>.

Ekleme gerekir ki, İHAM kararlarında çoğulculuk, toplantı - dernek kurma ya da düşünce, vicdan ve din özgürlüğü gibi bir takım hakların hem

---

<sup>21</sup> Handyside v. The United Kingdom, para. 49.

<sup>22</sup> Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2), Başvuru No. 13166/87, 26.11.1991, para. 50.

<sup>23</sup> Handyside v. The United Kingdom, para 49.

<sup>24</sup> TANİLLİ, Server, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Say Kitap, İstanbul, 1981, s. 31-32.

<sup>25</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, s. 203-204.

<sup>26</sup> TANİLLİ, *Devlet ve Demokrasi*, s. 33.

<sup>27</sup> Young, James and Webster v. The United Kingdom, Başvuru No. 7601/76 7806/77, 13.08.1981, para 63.

sonucunu hem de bu hakların gerçekleştirilmesinin bir şartını oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Dikkat edileceği üzere bu ilişki, ifade özgürlüğünün diğer haklarla olduğu kadar, demokratik toplumu oluşturan unsurlarla da olan ilişkisine oldukça benzemektedir. Sonuç olarak demokratik toplumu oluşturan unsurlardan biri olan ifade özgürlüğü çoğulcululuğun gerçekleştirilmesine yardım ederken, çoğulculuk da aynı şekilde fikirlerin ve düşüncelerin demokratik topluma yarasır bir biçimde kanatlanmasına yardımcı olmaktadır. Bu çerçevede medyanın/basının çoğulculuk açısından taşıdığı önem büyüktür. Nitekim Mahkeme'ye göre, basının hayati görevi, kamunun bekliliğini yapmaktır<sup>29</sup>. *Informationsverein Lentia ve Diğerleri - Avusturya* kararında Mahkeme ifade özgürlüğü - demokratik toplum ekseninde medyanın taşıdığı öneme değindikten sonra medyanın bilgi yayma açısından üstlendiği görevin çoğulculuk ilkesi ile temellendirilmediği müddetçe başarıya ulaşamayacağını vurgulamıştır. Bu kararda Mahkeme çoğulculuk ilkesinin en büyük garantörünün devlet olduğuna dikkat çekmiştir<sup>30</sup>.

Çoğulculuğun bir diğer boyutunu oluşturan toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, en geniş anlamda siyasi partilerin karar alma sürecine katılabilmeleri ile gerçekleştirilebilir. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri - Türkiye* kararında Mahkeme, siyasi partilerin çoğulculuk ve demokrasinin düzgün işleyebilmesi açısından taşıdığı hayati rolü ve çoğulculuk olmadan demokrasinin de olmayacağını<sup>31</sup> vurgulamıştır. Mahkeme bu kararda ayrıca; yasama meclisi seçimlerinin, halkın düşüncelerini özgür bir biçimde ifade edebileceği şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinden bahsetmiş, ülke nüfusunda bulunan düşüncelerin farklı tonlarını temsil eden siyasi partilerin katılımı olmadan, bu ifadenin anlaşılabilir bir hal alacağını belirtmiştir<sup>32</sup>. Kuşkusuz siyasi partiler dışında, diğer dernek ve örgütler

<sup>28</sup> NIEUWENHUIS, Aernout, The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *European Constitutional Law Review*, Volume 3, Issue 3, 2007, s. 367-384, s. 389. Benzer bir görüşe göre, en önemli değerler olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük ifade özgürlüğünün uygulanmasına nüfuz etmektedir. İfade özgürlüğü ise bu değerlerin bir arada somutlaşabilmesi için bir araç görevi görür bkz. FLAUSS, Jean-François, The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression, *Indiana Law Journal*, Volume 84, Issue 3, 2009, s. 809-849, s. 814.

<sup>29</sup> Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Başvuru No. 13778/88, 25.06.1992, para. 63.

<sup>30</sup> Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Başvuru No. 13914/88 15041/89 15717/89 15779/89 17207/90, 24.11.1993, para 38.

<sup>31</sup> United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Başvuru No, 19392/92, 30.01.1998, para. 43.

<sup>32</sup> United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, para. 44.

de çoğulculuktan nasibini almaktadır. 11. maddenin korunması altında olan bu özgürlük, örgütlere kendilerini tamamlamalarına ve diğer sosyal aktörlerle etkileşime geçebilmelerine olanak sağlayan zorunlu bir ottonomi kazandırarak, çoğulculuğu geliştirmektedir<sup>33</sup>.

Çoğulculuğun diğer boyutları düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında görülmektedir. Mahkeme'ye göre dini grupların özerk varlığı, demokratik bir toplumda yer alan çoğulculuk için vazgeçilmez bir niteliktedir<sup>34</sup>. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, diğer dini gruplar kadar ateist, agnostik, septik ya da kayıtsız bireyler için de önemlidir ve bu eksen de çoğulculuk demokrasiden ayrılmaz niteliktedir<sup>35</sup>.

Demokratik bir toplumda dini özgürlüğün korunması, çoğunluk dini benimsen bireyler kadar, bu dinin dışında kalan dinleri/felsefeleri benimsen kesimi özellikle ilgilendirir. Nitekim 1 Numaralı Protokol'ün<sup>36</sup> 2. maddesi ile güvence altına alınan eğitim hakkı, ebeveynlerin çocuklarını kendi dini ve felsefi inançlarına göre eğitebilme hakkını da içermektedir. Bu bağlamda *Folgero ve Diğerleri - Norveç* kararında Hıristiyan olmayan ailelerin çocuklarının Hıristiyanlık öğretilerinin ağır bastığı zorunlu bir derse katılmaları, 1 numaralı protokolün 2. maddesi çerçevesinde tartışılmıştır. Şikâyete konu olan derste okutulan müfredatın, Norveç Anayasası'nca da koruma altına alınan ve toplumun çoğunluğunca benimsenen bir Hıristiyan öğretisinin (Evangelist Lutheranlık) etrafında şekillenmiş olduğu görülmüştür. Diğer dini ve felsefi öğretiler ise genel hatları ile okutulmaktadır. Mahkeme'ye göre eğitim hakkını koruma altına alan bu madde, demokratik toplumun muhafaza edilmesi için vazgeçilmez olan eğitimde çoğulculuk olanağını tanımlamaktadır. Bunun sonucunda Mahkeme dersin müfredatının çoğunlukla Hıristiyanlığa ait bilgilerden oluştuğunu ve öğrencilerin bu dersten muafiyetlerinin etkili

---

<sup>33</sup> SCHYFF, Gerhard Van Der, *The Concept of Democracy As An Element*, s. 368.

<sup>34</sup> *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Başvuru No. 72881/01, 05.10.2006 para. 58

<sup>35</sup> *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Başvuru No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003, para. 90

<sup>36</sup> Tam adı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek Protokol, Avrupa Konseyi Antlaşmalar Serisi No 9, 20.03.1952, Paris, 8662 sayılı 3.19.1954 tarihli R.G.

bir şekilde işlemediğini dikkate alarak diğer ilkelerle birlikte çoğulculuk ilkesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir<sup>37</sup>.

Yukarıda da bahsi geçtiği üzere demokratik toplumu oluşturan hoşgörü ve açık fikirlilik, olumlu ya da zararsız bulunan yahut kayıtsız kalınan düşünceler için değil aynı zamanda rahatsız/rencide edici ya da şaşırtıcı bilgi ya da düşüncelere karşı da saygı duymayı gerektirir<sup>38</sup>. Mahkeme bazı kararlarında çoğulculuk ve hoşgörülülük ilkelerinin yanında toplumsal bütünleşme kavramını da kullanmıştır. Mahkeme çoğulculuğun; kültürel geleneklerin, etnik ve kültürel kimliklerin, dini inançların ve diğer düşüncelerin getirdiği çeşitliliğin ve dinamiğin tanınması ve saygı duyulması üzerine inşa edildiğini vurgulamış ve farklı kimliklerden gelen kişi ya da grupların uyumlu etkileşiminin, toplumsal bütünleşme için zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir<sup>39</sup>. Toplumsal bütünleşme ilkesinin demokratik toplumu oluşturan diğer ilkelerle birlikte anılmaya başlanması, kabul edileceği üzere bir toplumda yer alan bütün farklı düşünce ve kimliklerin yarattığı gerilimin müzakere ve denge aracılığıyla uzlaştırılması anlamına gelir<sup>40</sup>. Nitekim Mahkeme'nin çoğulculuktan anladığı şey bir topluluktaki bireylerin birbirleriyle ilişki kurmayarak, bölünmüş durumda bulunmaları değildir<sup>41</sup>. Farklı dini gruplar arasındaki görüş farklı-

---

<sup>37</sup> Folgerø and Others v. Norway, Başvuru No. 15472/02, 29.06.2007, para. 84-102. *Lautsi - İtalya* kararı ise din eğitimi - çoğulculuk ekseninde eleştirilmeye değer bir önem arz etmektedir. Kararda devlet okullarının duvarlarında Hıristiyanlık dinini temsil eden haçların bulunması tartışılmıştır. Bu durum ihlal kararı veren Daire tarafından eğitsel çoğulcuğa aykırı bulunmuştur. Fakat Büyük Daire, haçın dini özelliğini kabul etmesine rağmen, pasif bir simge konumunda bulunduğunu karar vererek, Sözleşme hükümlerine aykırılık bulmamıştır. (*Lautsi and Others v. Italy*, Başvuru No. 30814/06, 18.03.2011 para. 31, 32 v para 63-77) *Folgero* kararında tartışılan zorunlu dini eğitimin, pasif bir sembol olarak kabul edilen haça nazaran azınlık dinini benimseyen bireyler açısından daha zorlayıcı olduğu kabul edilebilir. Yine de kanaatimizce, sırf bu özelliği sebebiyle azınlıkta kalan bireylerin benimsemedikleri bir dinin simgelerine eğitim gördükleri bir kurumda sürekli olarak maruz kalmaları demokratik bir toplumun ilkeleri ile bağdaşabilir değildir.

<sup>38</sup> *Handyside v. The United Kingdom*, para 49.

<sup>39</sup> *The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, para . 61, Aynı zamanda bkz. *Ouranio Toxo and Others v. Greece*, Başvuru No. 74989/01, 2010. 2005, para. 42.

<sup>40</sup> GÜRSEL, Esra Demir, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014 s. 142 vd.

<sup>41</sup> NIEUWENHUIS, *The Concept of Pluralism*, s. 383.

lıkları bir gerilim yaratsa bile, devletin görevi çoğulculuğu saf dışı bırakmak değil<sup>42</sup>, rekabet halinde bulunan grupların birbirlerini tolere etmelerine özen göstermektir<sup>43</sup>.

## BÖLÜM II.

### Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum”

#### 2.1. Evrensel Bir Demokratik Toplum

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özerlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.

İHAS-Ulusal düzenlemeler bağlamında yapılan yukarıdaki tartışmayı buraya da taşımak mümkündür. Sorulacak ilk soru ise; demokratik toplumun öncülü olan demokrasinin, 1982 Anayasası'nca benimsenen bir demokrasi anlayışına mı, yoksa daha evrensel ve ilerlemeci bir demokrasi anlayışına mı işaret ettiği? Zira Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan “*Bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi*” ifadesi, Anayasa koyucunun Türkiye'ye özgü bir demokrasi anlayışını benimsemiş olduğunun göstergesi olabilir<sup>44</sup>.

Sübjektif- tarihsel bir yorumla 1982 Anayasası'nın hazırlanış sürecine bakıldığında, demokratik toplum teriminin kapsamının belirlenmesine dair Danışma Meclisi'nde bir takım tartışmaların yaşandığına tanık olunmaktadır. Tartışmaların özünde “*demokratik toplum*” kavramının önüne “*bu Anayasa'da öngörülen*” ifadesinin eklenmesinin gerekli olup olmadığı hususu yer almaktadır. Gerekli olmadığını savunan görüşlerden birine göre, bu ülkede kurulan demokrasi, 82 Anayasası'nın hükümlerine tabi olandan başka bir demokrasi anlayışına denk düşmemektedir. Fazla kelime kullanılması, daha fazla yorumlara yol açabilir<sup>45</sup>. Bu tartışmaların

---

<sup>42</sup> NIEUWENHUIS, The Concept of Pluralism, s. 379.

<sup>43</sup> Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, Başvuru No. 45701/99, 13.12.2001, para. 116.

<sup>44</sup> TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta Basım Yayım, , İstanbul, Eylül 2013, s. 86.

<sup>45</sup> EREN, *Demokratik Toplum*, s. 150.

ne şekilde çözümlendiğinin ipuçları ise 13. maddenin gerekçesinden anlaşılabilir. Gerekçeye göre, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tedbirler “...genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır”. Bu gerekçe ışığında, Anayasa’da yer alan demokratik toplum düzeni ifadesinin, çağdaş demokrasilerle uyum içinde olan bir rejime işaret ettiği söylenebilirse de, Anayasa Mahkemesi’nin aksi yönde oluşturduğu ilk karar bu önermeyi cürütecek niteliktedir.

1986 tarihli söz konusu kararda 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu’nun Anayasa’ya aykırılığı incelenmiş, sıra temel hak ve özgürlükler - demokratik toplum ilişkine gelince Mahkeme, demokratik toplum düzeninin 82 Anayasa’sında gösterilen hürriyetçi demokrasi anlayışına denk düştüğünü belirtmiştir<sup>46</sup>. Kabul edileceği üzere bu nitelendirme Mahkeme’nin “milli demokratik toplum düzeni tezini” benimsediğinin bir göstergesidir<sup>47</sup>

Fakat bu karardan kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında demokratik toplumu nitelendirirken, 1982 Anayasası’nın getirdiği düzenden ilham almamıştır. Aşağıdaki ifadeden de anlaşılacağı üzere Mahkeme demokratik toplum düzeninin zorunluluğundan bahsederken, referans ölçütleri olarak klasik demokrasileri ve demokratik hukuk devleti kavramlarını kullanmıştır Karar göre:

*“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan*

<sup>46</sup> E. 1985/21, K. 06.10.1986, K.T. 1986/23

<sup>47</sup> ÇAĞLAR, Bakır, Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokrasi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 7. 1990, s.57-127, s. 97.

*yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmamasıdır.”<sup>48</sup>*

Söz konusu karardan da görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi “milli demokratik toplum düzeni” tezinin aksine, standart bir toplum düzeni anlayışını savunmuştur<sup>49</sup>.

Mahkeme'nin 1988 tarihli bir diğer kararına bakıldığında, 1982 Anayasası'nca tanınan demokratik düzen anlayışından yavaş yavaş uzaklaşmış olduğunu görmek mümkündür. Seçim sistemleri ile ilgili bir değişikliğin tartışıldığı kararda, yerel yönetimlerin sürekliliğini kesintiye uğratacak bir takım düzenlemeler Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Mahkeme'ye göre:

*“İncelenen kural, çağdaş batı demokrasilerinin en güçlü niteliği olan katılımcılığın “sürekli biçimde etkin olma” ögesini önemli ölçüde zedeleyen bireyleri ve toplumu kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır...Siyasi haklar, hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından birini oluşturduğundan bunlara aykırılık hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen devletin Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma amacına da zarar verecektir.”<sup>50</sup>*

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin bu kararlar ve sonraki kararlarında demokratik toplum düzenini Anayasa'da yer alan demokrasi anlayışından ziyade, çağdaş demokrasi anlayışları ile birlikte okuması, evrensel bir demokrasi kavramına doğru bir evrilme olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>51</sup>.

## **2.2. Demokratik Toplumunu Oluşturan Temel Unsurlar**

Demokratik toplum düzeni kavramının çağdaş demokrasi anlayışına doğru evrimleştiğinin ortaya konulmasından sonra sıra bu kavramın Anayasa Mahkemesi'nce nasıl tanımlandığının ortaya koyulmasına gelmektedir.

Özellikle 2010 anayasa değişikliği<sup>52</sup> ile birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi ve Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca bireysel başvuru şikâyetinin konusunu, Anayasa'da ve

<sup>48</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986.

<sup>49</sup> ÇAĞLAR, Anayasa Mahkemesi, s. 97.

<sup>50</sup> E. 1988/14, K. 1988/18, K.T. 14.6.1988

<sup>51</sup> Daha fazla bilgi için bkz. TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 152 ve 87.

<sup>52</sup> 5982 sayılı 05.07.2010 tarihli Kanun. 27708 sayılı, 23.09.2010 tarihli R.G.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde korunan hakların oluşturması, bu belirlemeyi önemli kılmaktadır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri belirlenirken, 1982 Anayasası'nın ilk halinde yer almamış fakat 2001 Anayasa değişikliği<sup>53</sup> ile Anayasa'ya girmiş olan, ölçülülük ve hakkın özüne dokunamama gibi ölçütlerin de, bu değişiklikten önce, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olarak kabul edildiğine tanık olunmaktadır<sup>54</sup>. 2001 değişikliğinden sonra artık Anayasal bir ölçüt olan hakkın özüne dokunulamaması ve ölçülülük ilkeleri, bazı kararlarda bağımsız birer ölçüt olarak benimsenmiş, bazı kararlarda ise demokratik toplum düzeni kavramının içinde değerlendirilmiştir<sup>55</sup>. Örneğin Mahkeme'ye göre, "*yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır*"<sup>56</sup>. Yine Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıklıkla kullanıldığı üzere, "*Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir*"<sup>57</sup>

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlerken ölçülülük ve hakkın özüne dokunamama ölçütlerinin yanında, sınırlamanın nedenine, koşullarına, yöntemine ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollarına da dikkat etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği bu yorum, İHAM'ın kriterlerine bir ölçüde benzemektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, İHAM müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasını ve meşru bir amaç güdülmesini aramakta, demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlerken ise müdahalenin orantılılığına ve sınırlamanın nedeninin objektif bir şekilde gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğine dikkat etmektedir.

<sup>53</sup> 4709 sayılı, 03.10.2001 tarihli Kanun. 24556 mükerrer sayılı 17.10.2001 tarihli R.G.

<sup>54</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986.

<sup>55</sup> Ölçütlerin ayrı değerlendirildiği kararlar için bkz. E. 2005/60, K. 2008/162, K.T. 13.11.2008; E. 2013/54, K. 2013/161, K.T. 26.12.2013. Birlikte değerlendirilenler için bkz. E. 2006/142, K. 2008/148, K.T. 24.9.2008; E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28.4.2011; E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17.4.2008

<sup>56</sup> E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28.4.2011

<sup>57</sup> E. 2012/108, K. 2013/64, K.T. 22.05.2013; E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 25.07.2014; E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18.02.2012.



Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde demokratik toplum kavramının, İHAM kararlarında olduğu gibi belirli öğeler etrafında şekillenmediğini söylemek yerinde olur. Hatırlanacağı üzere İHAM başta ifade özgürlüğü olmak üzere çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük öğelerinin demokratik toplumu oluşturduğunu açık bir şekilde kabul etmekte ve bu hususu tekrarlamaktadır. Fakat AYM demokratik toplum kavramını belirlemeye çalışırken bu kavrama ait somut bir tanım yapmamakta, farklı kararlarında bu terimi bazı ilke ve haklarla birlikte değerlendirmektedir. Bu bağlamda eşitlik<sup>58</sup>, “özgürlükçü olmak, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak<sup>59</sup>”, sendikal faaliyet<sup>60</sup>, ifade özgürlüğü<sup>61</sup> gibi kavramlar, AYM’nin kararlarında demokratik toplumu oluşturan öğeler olarak belirlemektedir. Bir başka ifade ile AYM ölçüte bağımsız bir anlam verememiştir<sup>62</sup>.

Bununla birlikte bireysel başvuru kararlarında İHAM’a paralel olarak AYM, açık bir şekilde, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin, demokratik toplumun temel ilkelerini oluşturduğunu kabul etmeye başlamıştır<sup>63</sup>.

### 2.3. Anayasa Mahkemesinin Bazı Güncel Kararları Üzerine Düşünceler

Bu başlık altında ilk olarak İHAM ve AYM’nin benzer vakalara ilişkin verdikleri iki karar incelenecektir. Belirtmek gerekir ki kararlarda İHAM ve AYM demokratik toplum kavramını oldukça zıt/aksi yönde yorumlamıştır. Nitekim özellikle siyasi parti kapatma davalarında her iki Mahkeme tarafından kullanılan ölçütlerin oldukça farklı oluşu, bu sonucu şaşırtıcı kılmamaktadır<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984.

<sup>59</sup> E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986.

<sup>60</sup> E. 2013/130, K. 2014/18, K.T. 29.01.2014.

<sup>61</sup> E. 2012/100, K. 2013/84, K.T. 04.07.2013.

<sup>62</sup> EREN, *Demokratik Toplum*, s. 211.

<sup>63</sup> Örneğin bkz. Başvuru No. 2013/8463, K.T. 18.09.2014, para 52.

<sup>64</sup> İHAM siyasi parti kapatma davalarında 10. ve 11. maddeler uyarınca demokratik toplum ölçütünü kullanırken, AYM ise çoğunlukla İHAS’ın 17., Anayasa’nın 14. maddelerini dayanak olarak kullanmaktadır (Daha fazla bilgi için bkz. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 93). Söz konusu kararlara örnek olarak İHAM’ın, HADEP and Demir v. Turkey, Başvuru No. 28003, 14.12.2010, para. 60-82, Socialist Party and Others v. Turkey, para. 42-54, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, para. 51-61 kararları; AYM’nin, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, K.T. 11.12.2009, E. 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/1, K. T. 19.07.1991, E. 1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, K.T. 10.07.1992.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinde belirtilen, *emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurması ve sendikalara üye olması yasaklanmaktadır* ifadesinin yer aldığı hüküm, AYM'de somut norm denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, sendikal hakların demokratik bir toplumun özü olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olduğunu vurgulayarak, söz konusu hakka bir sınırlama getirildiğini kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, sendikalaşma özü itibariyle kamu kesiminde var olması gereken disiplin ve hiyerarşiyi etkileme potansiyeline sahip olsa bile, sadece bu nedenle sendikalaşma hakkına müdahale edilmesi demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmaz. Fakat AYM'ye göre, sıkı bir hiyerarşi ve disiplin düzeni gerektiren kimi mesleklerde bu düzenin bozulması, kamu düzenini tehdit edebilir. Bu çerçevede emniyet görevlilerinin sendikal faaliyetlerde bulunmaları, bu görevliler arasında bulunması gereken disiplin ve hiyerarşiyi aşındırabilir. Mahkeme'ye göre bu hiyerarşiyi ve disiplini bozabilecek sendikal faaliyetlerin yasaklanması, demokratik toplum düzeninin devamlılığının sağlanmasında üstün kamusal bir yarara hizmet etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, itiraz edilen normu Anayasaya aykırı bulmamıştır<sup>65</sup>.

Oldukça benzer bir vakanın tartışıldığı *Matelley - Fransa* başvurusunda ise İHAM daha farklı bir değerlendirme yapmıştır. Kararda sendika benzeri mesleki bir örgütlenmeye üye olan asker başvuru, bu örgütten çıkarılmaya zorlanmıştır. İHAM'a göre özellikle silahlı kuvvetler mensupları ile ilgili olmak üzere, sendika özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilebilirse de, bu sınırlamalar hakkın özünü zedelememelidir. İHAM olayda düzenin korunması gibi meşru bir amacın varlığını kabul etmekle birlikte, demokratik toplumun gereklilikleri açısından AYM'den oldukça farklı bir sonuca ulaşmıştır. İHAM askeri bir personel olan başvurucunun, mesleki ve manevi menfaatini korumak için üye olduğu bu sendika benzeri kuruluştan istifa etmeye zorlanmasını eleştirmiştir. İHAM'a göre yetkili makamlar bu mutlak sınırlamanın nedeni hakkında uygun ve yeterli bir açıklama yapamamışlardır. Söz konusu sınırlama orantılı olmadığı gibi demokratik bir toplumda gerekli değildir<sup>66</sup>. Görüldüğü üzere bu kararda silahlı kuvvetler mensubu bir kişinin sadece mesleki özelliği dolayısıyla sendikal faaliyetlere katılımının mutlak bir şekilde yasaklanması, demokratik toplum idealiyle uyuşmamıştır. Sonuç olarak, güvenlik alanında çalışan bireylerin örgütlenme hakları AYM nezdinde demokratik toplumun

<sup>65</sup> E. 2013/130, K. 2014/18, K.T. 29.01.2014

<sup>66</sup> *Matelley v. France*, Başvuru No. 10609/10, 02.10.2014, para 68-77.

sürdürülebilmesi için bir tehdit teşkil ederken, bu bireylerin mutlak suretle örgütlenme haklarının sınırlandırılması İHAM açısından demokratik bir toplumun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

2013/5356 numaralı bireysel başvuru kararında, avukat olan başvuruya isnat edilen ifadenin niteliği tartışılmıştır. Bireysel başvuru şikâyetine konu olan olayda, başvurucu bir firmanın reklam filminde Yahudi azınlığa hakaret edildiği ve kadın kimliğinin aşağılandığı iddiası ile suç duyurusunda bulunmuştur. İlerleyen günlerde ulusal bir gazetede *Siyonist uşakları yine teröre sarıldı* başlıklı bir haber yapılmış, haberde kendisinden bir LGBT derneğinin avukatı olması dolayısıyla, *sapkınların derneğinin* avukatı olarak bahsedilmiştir. Kendisine yönelen bu ifadeler nedeniyle açtığı suç duyurusunun sonuçsuz kalması üzerine başvurucu, Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan (kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı madde) hakkının ihlal edildiği gerekçeyle AYM'ye başvurmuştur. AYM *Siyonist Uşaklar* başlıklı haberi bir bütün olarak inceleyerek, haberde kamuoyunu ilgilendiren bir yön bulunduğu karar vermiştir. AYM *sapkınlar* ifadesinin toplumun belirli bir kesimini ve derneği hedef aldığını kabul etmekle birlikte, hedef alınan derneğin bir başvurusu bulunmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre, başvurucu yönünden bir nefret söylemi oluşmadığı gibi *sapkınların avukatı* ifadesine karşı ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>67</sup>. Görüldüğü üzere AYM bu kararda kullanılan ifadenin hassas bir ifade olduğunu kabul etmekle birlikte, bu ifadenin yöneldiği bireyler ile bunların avukatı olmak arasında bir ayırım yapmıştır. Fakat kabul edileceği üzere bu kararda üzerinde durulması gereken husus ifadenin yöneldiği kişiden ziyade, ifadenin içeriğinin bir nefret söylemi oluşturup oluşturmadığıdır. Nefret söyleminin tespit edildiği bazı başvurular, Sözleşme'de yer alan değerleri boşa çıkaracak bir nitelikte olması itibari ile İHAS tarafından bazı hallerde kabul edilemez bulunmaktadır<sup>68</sup>. Esasa ilişkin değerlendirmenin yapıldığı bazı hallerde ise, söz konusu nitelikte olan ifadeler, ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamamaktadır. Bu bağlamda, herhangi bir kesimin diğer kesim üzerinde doğrudan güvensizlik duyabilmesine yol açabilecek, toplumun bir kesimini aşağılayan ya da bu bireylere

<sup>67</sup> Başvuru No. 2013/5356, 08.05.2014, para 61 ve 62.

<sup>68</sup> Örneğin bkz. *Norwood v. The United Kingdom*, Başvuru No. 23131/03, 16.11.2004 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

yönelik kin ve düşmanlık yaratabilecek<sup>69</sup>, hoşgörüsüzlük yayan ve bunu haklı gösteren ifadeler<sup>70</sup> demokratik bir toplumda kabul görmemektedir. Bu çerçevede söz konusu haberi bir bütün olarak değerlendiren AYM, haberin kamuyu bilgilendirme amacı taşıdığı ve ifadenin başvurucuya yönelmediği noktalarında yoğunlaşarak, ifadelerin nefret söylemi niteliğinde olduğunu gözden kaçırmıştır.

Bununlar birlikte 2013/409 numaralı bireysel başvuru kararında AYM, İHAS'ın kabul ettiği standartlara çok yakın bir yorum tarzı benimseyerek, çoğulculuk ilkesinin üzerinde özellikle durmuştur.

Silahlı bir örgüt liderinin, basılmakta olan kitabına mahkeme kararı ile el koyulması hususunun tartışıldığı kararda Anayasa Mahkemesi, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Olayda başvurucu kitabında Kürt sorununa ilişkin devlet politikalarını eleştirmekte, AYM'nin deyimiyile terör örgütü PKK'nın yaptığı eylemleri meşru göstermektedir<sup>71</sup>. Fakat Mahkeme'ye göre genel olarak kitapta yer alan ifadeler toplumun büyük bir kısmı için kabul edilemez nitelikte olsa bile, söz konusu ifadeler şiddeti teşvik edici bir özellik göstermemektedir<sup>72</sup>. Sonuç olarak AYM'ye göre kamu otoriteleri ve toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşünceler, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlandırılmamalıdır<sup>73</sup>. Mahkeme'nin ifadesi ile “*Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar... Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşüncüyü gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir*”<sup>74</sup>.

Görüldüğü üzere bu vakada AYM incelenen diğer iki karardan farklı olarak İHAM'ın yukarıda incelenen kararlarında kullandığı yorum tarzına

<sup>69</sup> Jersild v. Denmark, Başvuru No. 15890/89, 23.09.1994, para. 41.

<sup>70</sup> Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/07, 04.12.2003, para. 51.

<sup>71</sup> Başvuru No. 2013/409, 25.06.2014, para. 104-105.

<sup>72</sup> Başvuru No. 2013/409, 25.06.2014, para. 107 vd.

<sup>73</sup> Başvuru No. 2013/409, 25.06.2014, para 108.

<sup>74</sup> Başvuru No. 2013/409, 25.06.2014, para. 74.

oldukça yaklaşmıştır. Bununla birlikte çalışmada ortaya konan bütün kararlar göz önüne alındığında, henüz İHAM ve AYM kararları açısından bir bütünleşmenin gerçekleştiğini söylemek mümkün gözükmemekle birlikte, bireysel başvuru yolunun oldukça yeni olması nedeniyle kesin bir çıkarım yapabilmek için biraz daha beklemek gerekecektir.

## SONUÇ

Demokratik toplum kavramı İHAS ve 1982 Anayasası açısından haklar ve özgürlüklere ilişkin bir güvence ölçütüdür.

Demokratik toplum özellikle Sözleşme'nin 8 - 11. maddeleri açısından önemlidir. Mahkeme bu maddelere ilişkin vakalarda, Sözleşme'de yer alan söz konusu haklara yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasını beklemekte, taraf devlerin ise müdahalenin orantılılığı ve uygunluğu hususunda makul ve inandırıcı kanıtlar sunması gerekmektedir. Bu çerçevede İHAM'a göre; ifade özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük demokratik toplumu oluşturan öğelerdendir. Özellikle ifade özgürlüğü Sözleşme'de tanınan birçok hakkın ve çoğulculuk ilkesinin güvencesini oluşturmakta, çoğulculuk ise benzer şekilde diğer ilkelere gerçekleşmesinin bir koşulu haline gelebilmektedir. Ek olarak İHAM bazı kararlarında bu terimlerin yanında toplumsal bütünleşme kavramını da kullanmaya başlamıştır.

1982 Anayasası'nda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacağı ifade edilmiştir. AYM'nin güncel içtihatlarında da kabul ettiği üzere, sınırlamaya esas teşkil edecek gereklilik, çağdaş ve klasik demokrasilerde yer alan bir demokratik toplumdan doğmaktadır.

AYM sınırlamanın gerekliliğini belirlerken 2001 değişikliği ile birlikte artık bağımsız birer ölçüt olan hakkın özüne dokunulamaması ve ölçülülük ilkelerini de göz önüne almaktadır. Bunun dışında sınırlamanın nedeni, koşulları, yöntemi ve sınırlamaya karşı öngörülen kanun yolları da göz önüne alınan ölçütlerdendir.

Bununla birlikte, Mahkeme demokratik toplum kavramına bağımsız bir anlam vermemiştir.

AYM'nin güncel kararları İHAS kararları ışığında değerlendirildiğinde, her iki Mahkeme'nin yorum tarzlarının bütünüyle örtüşmediği gözlemlenmektedir. Bununla birlikte bireysel başvuru yolunun oldukça yeni tanınan bir kurum olması, bireysel başvuru kararları açısından kesin bir yargıya varılmasını güçleştirmektedir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

ÇAĞLAR, Bakır, Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Demokrasi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 7. 1990, s.57-127.

([http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg7/bcaglar.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/bcaglar.pdf), erişim tarihi 14.12.2014)

EREN, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklikleri*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004.

FLAUSS, Jean-François, The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression, *Indiana Law Journal*, Volume 84, Issue 3, 2009, s. 809-849.(<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=ilj>, erişim tarihi 14.12.2014)

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi- 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

GÜRSEL, Esra Demir, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

İNCEOĞLU, Sibel, Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Ed. Sibel Inceoğlu)*, 3. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 23-52.

KABOĞLU, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 9. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, s. 203-204.

KABOĞLU, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku 1- İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, 7. Baskı, İmge Kitabevi, , Ankara, 2013.

NIEUWENHUIS, Aernout, The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *European Constitutional Law Review*, Volume 3, Issue 3, 2007, s. 367-384. (<http://www.ivir.nl/publicaties/download/421>, erişim tarihi 14.12.2014)

SCHYFF, Gerhard Van Der, The Concept of Democracy As An Element Of The European Convention, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Volume 38, No. 3, November 2004, s.355-372.

(<http://www.jstor.org/discover/10.2307/23252623?uid=2&uid=4&sid=21105451363513>, erişim 14.12.2014)

TANİLLİ, Server, *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Say Kitap, İstanbul, 1981.

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Beta Basım Yayım, , İstanbul, Eylül 2013.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz ve ÖNOK, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2010.

### **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları**

Barthold v. Germany, Başvuru No. 8734/79, 25.03.1985

Bayatyan - Armenia, Başvuru No. 23459/03, 07.07.2011

Ezelin v. France, Başvuru No. 11800/85, 26.04.1991

Folgerø and Others v. Norway, Başvuru No. 15472/02, 29.06.2007

Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/07, 04.12.2003

HADEP and Demir v. Turkey, Başvuru No. 28003, 14.12.2010

Handyside v. The United Kingdom, Başvuru No.5493/72, 07.12.1976

Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Başvuru No. 13914/88  
15041/89 15717/89 15779/89 17207/90, 24.11.1993

Jersild v. Denmark, Başvuru No. 15890/89, 23.09.1994

Lautsi and Others v. Italy, Başvuru No. 30814/06, 18.03.2011

Matelley v. France, Başvuru No. 10609/10, 02.10.2014

Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, Başvuru No.  
45701/99, 13.12.2001

Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia, Başvuru No. 72881/01,  
05.10.2006

Norwood v. The United Kingdom, Başvuru No. 23131/03, 16.11.2004 tarihli kk.

Observer and Guardian v. The United Kingdom, Başvuru No. 13585/88,  
26.11.1991

Ouranio Toxo and Others v. Greece, Başvuru No. 74989/01, 2010. 2005

Öllinger v. Austria, Başvuru No. 76900/01, 29.06.2006

Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey, Başvuru No. 41340/98,  
41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13.02.2003

Socialist Party and Others v. Turkey, Başvuru No. 21237/93, 25.05.1998

Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979

Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2), Başvuru No. 13166/87, 26.11.1991

Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Başvuru No. 13778/88, 25.06.1992

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Başvuru No, 19392/92,  
30.01.1998

X. and Church of Scientology v. Sweden, Başvuru No. 7805/77, 05.05.1979, kk.

Young, James and Webster v. The United Kingdom, Başvuru No. 7601/76  
7806/77, 13.08.1981

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Başvuru No. 2013/409, K.T. 25.06.2014

Başvuru No. 2013/5356, K.T. 08.05.2014

Başvuru No. 2013/8463, K.T. 18.09.2014

E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984

E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986

E. 1985/21, K.1986/23 K.T. 06.10.1986

E. 1988/14, K. 1988/18, K.T. 14.6.1988

E. 1990/1, K. 1991/1, K. T. 19.07.1991

E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.07.1992

E. 2005/60, K. 2008/162, K.T. 13.11.2008

E. 2006/142, K.2008/148, K.T. 17.4.2008

E. 2007/1, K. 2009/4, K.T. 11.12.2009

E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18.02.2012

E. 2009/59, K.2011/69, K.T. 28.4.2011

E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 25.07.2014

E. 2012/100, K. 2013/84, K.T. 04.07.2013

E. 2012/108, K. 2013/64, K.T. 22.05. 2013

E. 2013/54, K. 2013/161, K.T. 26.12.2013

E. 2013/130, K. 2014/18, K.T. 29.01.2014



**Ceza Hukukunda  
Örselenmiş Kadın Sendromu**

**Araş. Gör. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR**



# Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu<sup>1</sup>

Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR\*

## ÖZET

Örselenmiş kadın sendromu, kocasından veya duygusal ilişki yaşadığı partnerinden devamlı fiziksel, duygusal ve cinsel şiddet gören kadınların psikolojik durumlarını niteleyen bir kavramdır. Ceza hukukundaysa, partnerinden devamlı şiddet gören kadının, partnerinin eylemi bittikten sonra onu öldürmesi halini ifade etmektedir. İçtihat hukuku ülkelerinin mahkemeleri, partnerlerinin uyguladığı örseleyici ve hayati risk içeren şiddet dolayısıyla öldüren kadınlar için, örselenmiş kadın sendromunu ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul etmiştir. Örselenmiş kadın sendromu yaşayan kadınlar, sendrom nedeniyle çaresiz oldukları ve şiddetten partnerlerini öldürmek dışında kendilerini koruyamayacaklarını algısını taşımaktadırlar. İçtihat hukuku mahkemeleri örselenmiş kadın sendromunu cezayı azaltmak veya vermemek için delil olarak kabul etmektedirler. Her ne kadar örselenmiş kadın sendromu içtihat hukuku mahkemeleri tarafından doğrudan yasal bir savunma nedeni olarak kabul edilmese de, meşru müdafaa, haksız tahrik, isnat yeteneğinin kaldıran bir neden veya ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak yorumlanabilmiştir. Bu çalışmada, içtihat hukuku ülkelerinde örselenmiş kadın sendromu üzerine yapılan tartışmalar ceza sorumluluğu bağlamında tanıtılacaktır. Örselenmiş kadın sendromunun ceza hukukundaki yeri tartışılacaktır. Çalışmanın son kısmında, Türkiye'deki yüksek orandaki aile içi şiddet nedeniyle, örselenmiş kadın sendromunun Türk Ceza Hukukunda uygulanma olanağı değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Örselenmiş kadın sendromu, ceza sorumluluğu, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler, meşru müdafaa, isnat

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Türkçeye, "şiddete maruz kalmış kadın sendromu" veya "hırpalanmış kadın sendromu" olarak da çevrilmektedir. Özellikle hırpalanmış kadın sendromu çok kullanılmaktadır. Her iki çevirinin de kavramın birebir anlamını karşılamadığını, kadının sadece fiziksel değil ruhen de zarar gördüğün düşündüğümüzden, biz örselenmiş kadın sendromu olarak çevirmeyi daha uygun bulduk.

yeteneği, haksız tahrik, manevi cebir, beklenemezlik ilkesi, Türk Ceza Kanunu, mazeret nedenleri.

## **Battered Woman Syndrome in Criminal Law**

### **ABSTRACT**

Battered woman syndrome describes psychological condition of women who are side of an intimate or family relationship, suffered physical, emotional and sexual abuse from their partners. In criminal law, this concept implies battered woman's manslaughter that committed after her partner's continuously inflicted violence. The courts of common law countries have accepted battered women syndrome as defense for women who kill their abusers for defend themselves from the abusive or life-threatening inflicted violence of their male abusers. Women who suffer from battered woman syndrome commit their crime in consequence of herself-perception about her helplessness and lack of opportunities for finding other way than to murder her partner for self-preservation. The common law courts have recognized battered woman syndrome as evidence for causes of mitigating or diminishing sentence. Although, battered woman syndrome is not accepted as a specific legal defense in common law countries, syndrome may legally interpret in, legitimate self-defense, provocation, insanity and diminished responsibility. In this article, discussions in Common Law countries on battered women syndrome will be introduced with the context of criminal responsibility. Battered woman syndrome's place in criminal law will be discussed. In the last part of the study, according to high rate of domestic violence in Turkey, possibility of battered woman syndrome's application in Turkish Criminal Law will be evaluated.

**Keywords:** Battered woman syndrome, criminal liability, the causes which reduce or remove Criminal Liability, self-defense, imputability, provocation, duress, reasonableness, Turkish Criminal Code, excusing conditions.

## GİRİŞ

Ülkemizin en büyük sorunlarından biri aile içinde kadına uygulanan şiddettir. Araştırmalar, kadına yönelik aile içi şiddetin Türkiye genelinde çok yaygın bir şekilde yaşandığını göstermektedir. Kadınların, aile içi şiddete maruz kalması, içinde büyüdükleri çekirdek ailede başlamakta hatta bu nedenle şiddet kabullenilmekte ve hayatlarının ilerleyen safhalarında evlilikle birlikte eşlerinden gördükleri fiziksel veya cinsel şiddetle ağırla-şarak devam etmektedir<sup>2</sup>. Bu bağlamda araştırmalar, Türkiye genelinde evlenmiş ya da birlikteliği olan kadınların yüzde 39'nunun herhangi bir şekilde şiddete maruz kaldığını, bunlardan yüzde 46'sının ise uğradığı şiddetin ağır derecede olduğunu göstermektedir<sup>3</sup>.

Ülkemizde kadına yönelik aile içi şiddetin bu kadar yaygın olmasına karşın yargı dünyası ve doktrin, içtihat hukuku ülkelerinde son dönemde ortaya çıkmış bir savunmayı(defenses) ya da hukuk düzenimiz bağlamında başka bir ifadeyle ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir neden olarak göz önüne almaktadır<sup>4</sup>. Bu ceza sorumluluğunu kaldıran neden örselenmiş kadın sendromu olarak adlandırılmaktadır. Buna rağmen, mahkemelerimiz bu kavramın farkında olmadan da isabetli ama çok istisnai kararlar verebilmektedir. Örneğin, yakın zamanda, Sakarya'da eşi tarafından düzenli şiddet gören bir kadın kocasını boğarak öldürmüş, eşinin şiddetine uğradığı doktor raporu ile kesinleşince de mahkeme tarafından beraat ettirilmiştir<sup>5</sup>. Bu çalışmada, aile içi şiddet gören kadınlar

---

<sup>2</sup> Türkiye genelinde, TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurulu tarafından 1995 yılında yapılan bir araştırmada, şiddet davranışlarının yüzde 99'nun kadınlara karşı kocaları tarafından uygulandığı, şiddet başlangıcının ilk evlilik günlerine rastladığı, şiddet süresinin çoğunlukla 6-10 yıl arası olarak ifade edildiği, uygulanan şiddet türünün yüzde 78.9 oranla fiziksel, yüzde 84 oranıyla sözel şiddet başı çekmektedir.(TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları, Ankara, 1995, s.138-140)

<sup>3</sup> ÜNER, Sunday/YÜKSEL, İlknur/KOÇ, İsmet/ERGÖÇMEN, Banu/TÜRKYILMAZ, Ahmet, "Sonuçlara Genel Bir Bakış", Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Ankara, 2009, s.185 ([http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/eski\\_site/tdvaw/doc/Ana\\_Rapor\\_Mizan\\_1.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/eski_site/tdvaw/doc/Ana_Rapor_Mizan_1.pdf))

<sup>4</sup> ELLIOT, Catherine/QUINN, Francis: Criminal Law, 4th Edition, Pearson Education Limited, UK, 2002, s.69 vd.

<sup>5</sup> Doğan Haber Ajansı, "Mahkemedен Örnek Karar", 17.05.2012, 13:31 ([http://www.dha.com.tr/mahkemedен-ornek-karar\\_313528.html](http://www.dha.com.tr/mahkemedен-ornek-karar_313528.html)) Karar tartışılmış, kimi medya organları kocasını öldüren kadına beraat başlığı altında kararı duyururken, kimisi de mahkemedен örnek karar başlığını atmıştır.

üzerinde ortaya çıkan ve içtihat hukuk ülkelerinde çoğunlukla ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak ele alınan örselenmiş kadın sendromu ve ceza hukukundaki yeri, Türk ceza hukuk düzeninde uygulanıp uygulanamayacağı tartışılacaktır.

## I. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMU

Örselenmiş kadın sendromu ilk, psikolojik bir kavram olarak ortaya atılmıştır. Sendrom, belirli örüntü oluşturdıklarında bir rahatsızlığı karakterize eden bulgular bütünü anlamına gelmektedir<sup>6</sup>. Bu bağlamda, dilimize şiddet gören kadın veya hırpalanmış kadın sendromu olarak da çevrilen örselenmiş kadın sendromu (Battered Woman Syndrome) şiddet gören kadınlarda ortaya çıkan belirli bulgulara niteleme yapmaktadır. Bu nedenle, toplumda aile içi şiddetin başlıca mağduru olan kadınları konu almakta ve yukarıda değinildiği gibi ceza hukukunda da aile içi şiddetin etkisiyle cinayet işleyen kadın failler açısından tartışılmaktadır. Örselenmiş kadın sendromu, kadınların özgürlüklerini kadın hakları konusunda daha duyarlı gelişmiş ülkelerde dahi sıklıkla görülebilmekte olup, kavramın doğuşu Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşmiştir. Örselenmiş kadın sendromu, aile içinde hayatının uzun bir döneminde düzenli bir şekilde şiddet gören, umutsuz bir kadının içinde bulunduğu ruhsal koşullar sonucunda kendisine şiddet uygulayan kişiyi öldürmesini ifade etmektedir.

### A. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMU KAVRAMI ve TARİHÇESİ

1960'lı yıllarda kadın hareketinin doğumu, kadınların toplum ve aile içinde erkekler tarafından maruz bırakıldıkları fiziksel ve cinsel şiddete dikkatleri çekmiş, bu konudaki farkındalığı ve kadın hakları konusundaki bilinci arttırmıştır<sup>7</sup>. İşte 1975 yılında Leone Walker tarafından ileri sürülen örselenmiş kadın sendromunun teori olarak ileri sürülüşü ve kamuoyunun gündemine gelmesi de bu sosyal koşulların sonucu olarak ortaya

<sup>6</sup> DOWD, Micheal, "Dispelling the Myths About the 'Battered Woman's Defense:' Towards A New Understanding", Fordham Urban Law Journal, V.9, I.3, A.2, (567-583), 1992, s.578

<sup>7</sup> Feminist hareket, hukuk ve özelde ceza hukukunda kadınları ele alan eserler için bkz. GÜRİZ, Adnan, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix, Ankara, 2011; ARAT, Necla, "Feminist Hukuk", İstanbul Üniversitesi Dergileri, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iukad/article/download/1023000335/1023000326>); CENTEL, Nur, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", Polis Dergisi, S.44, 2005, (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>); SANCAR, Türkan, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin, Ankara, 2013.

çıkıştır<sup>8</sup>. Örselenmiş kadın sendromunun feminist hareketle birlikte gelmesinin nedeni, şiddet içeren ilişkilerde, ufak istisnalar dışında mağdur olan tarafı evli kadınların veya bir erkekle özel bir duygusal ilişki kuran kadınların oluşturmasıdır<sup>9</sup>.

Hukuk ve özelde ceza hukuku açınsındansa, LenoreWalker'ın örselenmiş kadın sendromu teorisi, kendilerine şiddet uygulayanları öldüren kadınların fiillerini işlerken meşru müdafaada bulduklarını öne sürmelerine olanak sağlamıştır. Walker'ın teorisi şiddet gören kadınlarda ortaya çıkan sendromun iki anahtar etkene dayandığını; bunların, kadının yaşadığı şiddet döngüsü ve sonucunda ortaya çıkan öğrenilmiş çaresizlik olduğunu ileri sürmektedir<sup>10</sup>.

Walker, tipik bir şiddet ilişkisinde döngüsel üç aşama tespit etmiş ve bunları "öğrenilmiş çaresizlik"<sup>11</sup> teorisine uygulayarak neden şiddet gören kadınların saldırganlarından kaçmakta başarısız olduklarını açıklamaya çalışmıştır<sup>12</sup>.Walker'ın örselenmiş kadın sendromunda tanımladığı şiddet süreci, döngüsel üç evreli bir süreçtir. İlk baştaki evreye gerginlik inşası süreci adı verilmekte, bu süreçte kadın sözel şiddete, kaba davranışlara ve tartaklama gibi hafif fiziksel şiddete maruz kalmaktadır; sonraki evreye şiddet evresi olup bu evrede şiddet ve gerginlikler artmakta, kadın ağır fiziksel veya cinsel şiddet mağdur olmakta; bu evreyi failin özür ve pişmanlıklarıyla kısa süreli bir durağanlık ve özen devresi olan

---

8 BIGGERS, J.R., "A Dynamic Assessment of the Battered Woman Syndrome and Its Legal Relevance", Journal of Forensic Psychology Practice, V.3:3, (1-22), 2008, s.3

9 BIGGERS, s.4

10 RUSSEL, Brenda, L., Battered Women Syndrome As a Legal Defense, History Effectiveness and Implications, McFarland, USA, 2010, s.19. Walker'ın ek olarak geleneksel cinsiyet rollerinin etkisinde yetişmek gibi ek kişisel özelliklere de vurgu yaptığı ifade edilmiştir.

11 Öğrenilmiş çaresizlik kavramı ve ilk ortaya atan, hayvanlardaki çaresizlik hissinin kaçınma güdüsünü yok ettiğine ilişkin Martin Saligman'ın ilgili deneyleri için bkz. DOWD, s.573, ayrıca bkz. ERSEVER, Hakan, "Öğrenilmiş Çaresizlik", AÜEBFD, Cilt. 26, S.2, (622-631) 1193, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/497/5903.pdf>)

12 COOKSON, Cara, "ConfrontingOurFear: Legislating Beyond BatteredWomanSyndromeandTheLaw of Self -Defense in Vermont", Vermong Law Review, Vo. 34, (pp.415-447), 2009, s.421

şefkat ve pişmanlık evresi izlemekte, bu evre bittikten sonraysa uygulanan şiddet yeniden başlamakta ve de döngünün süregelen her tamamlanışında uygulanan şiddet artmaktadır<sup>13</sup>.

Her şiddet gören kadının bu çevrimi yaşadığı henüz kanıtlanamasa da, araştırmalar aile içinde şiddet gören kadınların önemli bir kısmının bu çevrimi veya farklılaşan koşullar dahilinde benzerini yaşadığına işaret etmektedir<sup>14</sup>. Buna karşın, araştırmalarda, şiddet gören kadınlar arasında depresyon ve bu paralelde öğrenilmiş çaresizlik yaşamaları açısından çok az bir farklılık olduğu gözlemlenmiştir<sup>15</sup>. Walker'ın da daha sonra kabul ettiği gibi, şiddet ilişkileri kimi zaman ileri sürdüğü üç aşamalı döngüden ayrıksı seyredebilmekte olduğundan, teoride asıl vurgulanması gereken özelliğin kadına karşı uygulanan fiziksel, duygusal ve cinsel şiddetin ağır, tek ve süre giden özelliğidir<sup>16</sup>. Nitekim Walker'a göre, şiddet, örselenmiş kadının hayatının süre giden ve kalıcı bir parçasıdır ve bu bağlamda şiddet gören kadının kafasındaki sorular, saldırganının kendisine şiddet uygulayıp uygulamayacağı yönünde değil de ne zaman hangi ağırlıkta şiddet göreceği yönünde şekillenmektedir<sup>17</sup>.

Kadının tecrübe ettiği bu süre giden şiddet döngüsü zamanla öğrenilmiş çaresizlik içine düşmesine neden olmaktadır. Öğrenilmiş çaresizlik, davranışlarıyla belirli bir sonucu kontrol edip yönlendiremeyeceğini öğrenen bireyin içine düştüğü ruhsal durumu ifade etmektedir ve araştırmacılar tarafından depresyon modelleriyle ilişkisi üzerinde durulmaktadır<sup>18</sup>. Öğrenilmiş çaresizlik, devamlı olarak şiddet gören bir kadının içine

<sup>13</sup> HUGHES, Paul, "Paternalism, Battered Women, and the Law", *Journal of Social Philosophy*, Vol.30, No.1, (pp.18-28), 1999, s.20; BIGGERS, s.4.Kadınların genellikle sadece döngünün ilk aşamasında pasif kaldığı ve şiddet uygulayan erkeğin bunu kabullenme olarak algıladığı ve bunun ikinci aşamayı hızlandırıp teşvik ettiği gözlemlenmiştir.

<sup>14</sup> BIGGERS, s.6; Her ne kadar örselenmiş kadın sendromunun ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasındaki yeri ciddi bir şekilde tartışmalı olsa da, Walker'ın şiddet döngüsü teorisi, ampirik bulgularının eksikliğine rağmen, sendromun açıklanmasında bilimsel bir dil kullanılması nedeniyle içtihat hukukunun mahkemelerince çoğunlukla kabul edilmiş ve böylelikle tartışılmıştır. (FAIGMAN, David, "The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent", *Virginia Law Review*, Vol.72:619, (p. 619-647), 1986, s.636)

<sup>15</sup> BIGGERS, s.6

<sup>16</sup> SLOBOGIN, Christopher, "Psychological Syndromes and Criminal Responsibility", *Annual Review of Social Science*, V.6, (109-127), 2010, s.111

<sup>17</sup> COOKSON, s.421

<sup>18</sup> Bkz ERSEVER, "Öğrenilmiş Çaresizlik", *AÜEBFD*, Cilt. 26, S.2, (622-631) 1193, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/497/5903.pdf>)



düştüğü ruh halini ve bu bağlamda kendisine şiddet uygulayan kişiden niye kaçınmadığını açıklamaktadır. Gerçekten de öğrenilmiş çaresizliğin kişilerde depresyona ve bu bağlamda tepkisizlik, stres karşısında pasif tutumlar, öğrenme güçlükleri gibi sonuçlara neden olduğu ileri sürülmektedir.

Bu teori bağlamında, örselenmiş kadın sendromuyla ilgili araştırmalar, neden aile içi şiddet gören kadınların, şiddeti hayatlarının olağan bir parçası olarak gördüklerine ışık tutmaktaysa da, daha yakın zamanlı araştırmalar aslında kadınların, kadınların şiddet içeren ilişkiden kaçınmakta, salt gördükleri şiddet nedeniyle pasif kaldığı yönündeki savın bütünüyle gerçeği yansıtmadığını, kadınların imkânları dâhilinde tecrübe ettikleri aile içi şiddetle mücadele ettiklerini göstermiştir<sup>19</sup>. Böylece, örselenmiş kadınların durumuna, öğrenilmiş çaresizlik teorisi açısından yaklaşılması eleştirilmiş ve örselenmiş kadınlara sağ kalmaya çalışan kimseler olarak (*battered woman as survivors*) yaklaşan alternatif bir teori geliştirilmiştir<sup>20</sup>. Yapılan bu araştırmalarda ortaya çıkan istatistiklere göre, örselenmiş kadınlar, ilk şiddet gördükleri andan itibaren, önce ailelerinden biriyle, arkadaşlarıyla, sonraysa, değişen oranlarda olmakla birlikte, güvenlik güçleriyle, sosyal hizmet kurumlarıyla, avukatlarıyla, din adamlarıyla sorunlarıyla ilgili iletişime geçtiklerini, şiddet görmemek için davranış kalıplarını istemden de olsa değiştirmeye çalıştıklarını göstermiştir<sup>21</sup>. Örselenmiş kadın sendromuyla ilgili bu teorinin temel özelliği ve farklılığı, kadınların şiddet içeren ilişkiden bir şekilde kaçınmalarından çok, ilişkide nasıl ayakta durmaya çalıştıklarına odaklanması ve bu bağlamda kadını sadece şiddet uygulayan erkeğin değil, toplumun da bir mağduru olarak ele almasıdır<sup>22</sup>. Bizce teorinin diğer bir önemli özelliği, örselenmiş kadınları aile içi şiddetin pasif mağdurları olarak ele almayıp, niye ilişkilerinden ayrılmak yerine, kendilerine şiddet uygulayan kocalarına şiddet uygulamaya mecbur kaldıklarını daha net bir şekilde açıklamasıdır<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> BIGGERS, s.6

<sup>20</sup> CALLAHAN, Renee, "Will The Real Battered Woman Please Stand Up? In Search Of a Realistic Legal Definition of a Battered Women Syndrome", Journal of Gender and the Law, Vol. 3 , (p.117-152), Fall 1994, s.124 vd.

<sup>21</sup> CALLAHAN, s.126 ve s.127.

<sup>22</sup> CALLAHAN, s.132

<sup>23</sup> Örselenmiş kadın sendromuyla ilgili bu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CALLAHAN, "WillThe Real Battered Woman Please Stand Up? In Search Of a Realistic Legal Definition of a Battered Women Syndrome"

Gerçekten de, örselenmiş kadınların, Türkiye örneğinde de şiddet uygulayan kocalarından veya sevgililerinden kendilerini koruyamadıkları, toplumsal kabuller yüzünden ailelerinden yeterli desteği görmedikleri, devlet güçlerinin yeterli koruma sağlamadığı gözlemlenebilmektedir. Görülebileceği gibi, aslında bu sadece ülkemize has bir durum da değildir. Aile içi şiddet vakaları, gelişmiş ülkelerde dahi güvenlik güçleri tarafından "pis iş" olarak görülmekte ve aile içi şiddet olaylarında yakalama ve gözaltı gibi çarelere başvurmakta daha az cesaret sahibi olunmaktadır<sup>24</sup>. Bunu yanında kadınların şiddet içeren ilişkiden kaçınmaya yönelik her teşebbüslerini uygulanan şiddetin artması takip etmekte, yapılan araştırmalar kadın bir şekilde ilişkisini sonlandırır bile şiddet tehlikesi ve tehdidinin devam ettiğini, hatta ayrılıktan sonraki iki yıllık zaman diliminin şiddet tehlikesinin en yoğun olduğu dönem olduğunu göstermektedir<sup>25</sup>.

Burada dikkate alınması gereken husus, öğrenilmiş çaresizliğin kadının şiddet içeren bir ilişkiyi istediğini göstermediği, sadece o ilişkiden kaçınmak konusundaki çaresizliği ifade ettiğidir. Bu bağlamda, aslında yukarıda bahsi geçen her iki yaklaşım da örselenmiş kadınların içinde buldukları durumu açıklamada birbirini tamamlamaktadır. Çünkü örselenmiş kadınlar şiddet gördükleri ilişkiden kaçınmak için ellerinden geleni her şeyi yapsalar ve ruhen, bedenen ayakta kalmaya çalışsalar da, şiddet içeren ilişkiden ayrılmadıkları koşullarda yine derin bir çaresizlik hissine düşmeleri, ağır bir şekilde hırpalanmaları doğal bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunun yanında, Walker'ın ortaya attığı, örselenmiş kadın sendromu teorisi, örselenmiş kadın sendromunun bir akıl hastalığı olmadığı ve bu nedenle sendromla ilgili kesin ve net olarak belirli bir tipoloji oluşturulmasının mümkün olmadığı, çünkü ampirik ve bilimsel verilerin bunun için hala yetersiz olduğu, dolayısıyla bu kavramın bilimsel olmaktan çok siyasi bir kavram olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Bu konu bağlamında İsveç hakkında yapılan bir araştırma için bkz. AKERSTRÖM, Malin, "Police Persuasion: Making Battered Women File A Complaint", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol.12, (pp.62-73), 1998.

<sup>25</sup> BIGGERS, s.10

<sup>26</sup> Bkz. DIXON, Joe, W., *An Essay On Battered Woman Syndrome*, (<http://www.psychologyandlaw.com/BWS%20Essay%20.htm>, Erişim Tarihi: 02.10.2014, 11:20) Hatta yazar hızını alamamış, örselenmiş kadın sendromu ile ilgili çalışmalarını ıvır zıvır bilimi (junkscience) olarak nitelemiştir

Buna karşın günümüzdeki yeni yaklaşım, Walker'ın teorisini yaptığı örselenmiş kadın sendromu üzerinde yapılan araştırmalar ve tartışmalar ışığında, sendromun özellikleri ve ortaya çıkış şekliyle travma sonrası stres bozukluğunun bir türevidir kabul etmektedir<sup>27</sup>.

### **B.PSİKOLOJİ ve TIP BİLMİ AÇISINDANDAN ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMU**

Günümüzde, birçok klinik tedavi uzmanı ve araştırmacı, travma sonrası stres bozukluğu tanısının, örselenmiş kadın sendromunun yapısının ve semptomlarının boyutlarının anlaşılmasına ışık tutacağını savunmakta ve bu görüş doktrinde genel kabul görmektedir<sup>28</sup>.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, travma sonrası stres bozukluğunun ayırt edilebilir bir psikiyatrik durum oluşudur<sup>29</sup>. Bu yüzden, nedeni olan travmatik olayın tanımlanabilmesi mümkündür. Yapılan çalışmalar, travma sonrası stres bozukluğu yaşayan şiddet görmüş kadınların aile içi cinsel ve fiziksel şiddete daha ağır ve sık maruz kaldıklarını, travma sonrası stres bozukluğunun semptomlarını ayırt edilebilir bir şekilde yaşadıklarını göstermektedir<sup>30</sup>.

Bu bağlamda, özel olarak örselenmiş kadın sendromuyla ilgili doğru ve kesin bulgular olduğu ileri sürülemez de türevidir olduğu ifade edilen "travma sonrası stres bozukluğu" günümüzde Amerikan Psikiyatri Derneği'nin Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabında (DSM IV)<sup>31</sup>anksiyete bozukluğu olarak tanımlanmaktadır. DSM IV, travma sonrası stres bozukluğunun belirtileri olarak, travma yaşatan olayın çeşitli ve tekrarlayan şekillerde günlük yaşamda bir daha yaşanılmasını,

---

<sup>27</sup> RUSSEL, s.19; Aynı zamanda bkz.The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials; Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act, (<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/batter.pdf>) s.9 vd.

<sup>28</sup> O'KEEFE, Maura, "Posttraumatic Stress Disorder Among Incarcerated Battered Women: A Comparison of Battered Women Who Killed Their Abusers and Those Incarcerated for Other Offenses", Journal Of Traumatic Stress, Vol.11, No.1, (71-85), 1998, s.71 vd; SLOBOGIN, s.113 vd.

<sup>29</sup> BOTTALICO, Barbara/BRUNI, Tommaso, "Post Traumatic Stress Disorder, Neuroscience, and the Law", International Journal of Law and Psychiatry, V.35, (pp.112-120), 2012, s.115 vd.

<sup>30</sup> O'KEEFE, s.80 vd.

<sup>31</sup> Bkz. The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM IV, American Psychiatric Association, (<http://justines2010blog.files.wordpress.com/2011/03/dsm-iv.pdf>), s.424 vd.

olayı hatırlatan durumlardan kaçınmaya yol açan aşırı uyarılma halini, yoğun korku ve kaygı hislerini saymaktadır.

Travma sonrası stres bozukluğu dört ana semptomla tanımlanmaktadır. Bunlar: yeniden tecrübe edilen ıstırap verici hatıralar, travma izlelerinden kaçış, duygusal olarak hissizleşme ve yüksek tahriktir<sup>32</sup>. Yapılan çalışmalar göstermektedir ki, tek başına eşten görülen şiddetin ağırlığıyla travma sonrası stres bozukluğunun etkileri artmamakta, çocuklukta geçirilen şiddet içeren deneyimler, daha önce geçirilmiş bir anksiyete bozukluğu, şiddet uygulayanla geçirilen süre, verilen veya sakınan sosyal destek de semptomların ağırlığını etkilemektedir<sup>33</sup>. Toplumumuzda, tecrübe edilen şiddetin çocukluktan başladığı, özellikle aile içinde şiddet gören kadınlara toplumsal cinsiyet kalıpları nedeniyle yeterli sosyal desteğin verilmediği ve hatta kadının değersiz görülebildiği koşullarda travma sonrası stres bozukluğunun kadınlarca ağır bir şekilde tecrübe edilebileceğini varsaymak çok kolaydır.

## II. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMUNUN CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Örselenmiş kadın sendromu, ceza hukuku öğretisinde üzerine yapılan tartışmalarla beraber, sırasıyla geçici akıl hastalığı, meşru savunma, kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir neden olarak ele alınmıştır<sup>34</sup>. Aşağıda verilecek örnekler bağlamında da görülebilecektir ki içtihat hukuku doktrininde sendromun ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler içinde hangi kalıba sokulacağı yönünde kesin bir çözüme varılamamıştır.

Tüm bu tartışmalar içindeki kilit soru, şiddet gören kadının neden şiddet ilişkisinden bir şekilde kaçınmayıp ya da suçu işleyene kadar yaptığı gibi ilişkiyi devam ettirmeyip de, şiddet uygulayan eşlerini öldürme yoluna seçtikleridir<sup>35</sup>.

### A. İÇTİHAT HUKUKUNDA ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMUNUN TARTIŞILDIĞI İLK DAVALAR

İngiliz hukukunda bu konuda örnek gösterilebilecek üç önemli dava olduğunu ileri sürebiliriz. Bunlar aşağıda da ele alacağımız, Ahluwalia,

<sup>32</sup> BOTTALICO/BRUNI, s.112

<sup>33</sup> O'KEEFE s. 81 vd.

<sup>34</sup> DIXON, An Essay On Battered Woman Syndrome

<sup>35</sup> SLOBOGIN, s.111

Thornton, Charlton davalarıdır. Çünkü bu davalardaki sanık kadınlar, İngiltere'deki feminist kadın hareketi tarafından yapılan kampanyalarla korunmuş, kamuoyuna mal olmuş ve ABD'de kavram olarak ortaya çıkartılan örselenmiş kadın sendromunun da kamuoyunda tartışılmasına neden olan ilk davalar olmuşlardır<sup>36</sup>. Kampanyaları düzenleyen kadın hareketinin amacı, haksız tahrik halinde aranan öfke ve elem içindeki ruhi durumu nedeniyle tepki verme ile<sup>37</sup> ve meşru müdafaada aranan şartlardan biri olan saldırının mevcut olması gibi hallerin, hakim eril anlayışın eseri olduğunu, kadınların fiziksel özellikleri nedeniyle kendilerini o an savunur ya da tepki verirlerse daha fazla zarara uğrayacaklarını dile getirerek, yasal savunmaya benzer yeni bir savunmanın mahkemelerce kabul edilmesidir<sup>38</sup>. Feminist hareket, yine 70'li yıllarda, ABD'de de, ceza hukuku genel teorisinde ve ceza adaleti sistemindeki kadın yönelik anlayışı sorgulamış; aynı tarihlerde ülkenin dört bir yanında şiddet gören kadınlar için barınma evleri açılmış, kadına yönelik sorunlar kamuoyunun dikkatine sunulmuştur<sup>39</sup>.

Örselenmiş kadın sendromu konusunda, en tipik ve konu üzerinde yazılmış eserlerde sıklıkla örnek verilen en önemli dava, *R v Ahluwalia(1992)* davasıdır. Ahluwalia, kocasından on yılın üzerinde bir süre şiddet ve aşağılama gördükten sonra bir gün, kocası uyurken üzerine benzin döküp kocasını yakarak öldürmüştür. Mahkemedeki savunmasında suçunu haksız tahrik altında işlediği savunmasında bulunmuştur. Haksız

<sup>36</sup> ELLIOT, QUINN, s.70

<sup>37</sup> Örneğin kadın için, korku, çaresizlik hisleri de geçerli olabilir veya öfke ya da elem kadın ve erkekte farklı şekillerde tezahür edebilir. Yine kadın, hakim toplumsal rol modellerin eseri de olan, fiziksel ve duygusal güçsüzlüğüyle yasal savunmada bulunurken hem zaman tepkide bulunabilir mi sorusu da tartışmalıdır.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ELLIOT/QUINN, s.70-71

<sup>39</sup> Benzer tarihlerde ABD'de vuku bulan, yasal savunma halinin tartışıldığı 1977 tarihli *State v. Wanrow* davasına da kadın hareketinin etkileri ve talepleri açısından değinmekte yarar vardır. Bir Kızilderili olan Wanrow, korumasındaki çocuklara saldırmasından korktuğu sabıkalı bir çocuk istismarcısını, bulunduğu oturma odasında aniden karşısında görünce, herhangi bir saldırı olmadığı halde vurarak öldürmüştür. Wanrow, mahkemenin jüriyi, meşru müdafaanın şartları dâhilinde şiddet kullanımı konusunda bilgilendirmesi sırasında, sadece erkek cinsiyetinin özelliklerini temel aldığı öne sürerek temyize gitmiştir. Temyiz mahkemesi, meşru müdafa koşullarının failin cinsiyetine göre değerlendirilmesi yönünde karar vererek, kadınlar için önemli bir ilerleme sağlamıştır. Böylelikle meşru müdafa haline ilişkin yargı kararları feministler tarafından sorgulanmaya başlamıştır. (bkz, FRANCIS, Tony, "The Verdict Is In", Medscape, (<http://boards.medscape.com/forums/?128@@.2a54d936!comment=1>), Erişim Tarihi, 11.10.2014, 01:27)

tahrik değerlendirilmeyerek, adam öldürmeden ceza alması üzerine, major depresyon belirtileri gösterdiği için bu cinayeti işlediği yönündeki savunmasıyla temyize başvurmuştur. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılaması sırasında tıbbi veya başka herhangi bir delil hakim önüne getirilmemiş ne de travma sonrası stres bozukluğundan veya örselenmiş kadın sendromundan bahsedilmiş, bunun yerine haksız tahrik hali üzerine savunmanın kurulması tercih edilmiştir<sup>40</sup>. Temyiz aşamasındaysa, "örselenmiş kadın sendromu" tartışılmış, yeni tıbbi deliller sunularak sanığın ceza sorumluluğunun olmadığı ileri sürülmüş, bunun üzerine temyiz mahkemesi, yeni tıbbi delillere dayanarak yeniden yargılama kararı vermiştir<sup>41</sup>.

Benzer bir şekilde, alkolik kocasından ağır şiddet gören, evden kocası tarafından kovulup geri döndükten sonra, mutfağa gidip bıçak alıp, sofada uyumakta olan kocasını uyandırarak onu bıçakla öldüren, bir örselenmiş kadın olan Thornton'un davasında (*RvThornton 1996*)<sup>42</sup> da ilk derece mahkemesi, jüriyi haksız tahrikin göz önüne alınmasına yönlendirerek cinayetten hüküm kurmuş, temyizde sanık hakkında kişilik bozukluğu olduğu yönünde yeni tıbbi kanıt sunmuş ve örselenmiş kadın sendromuna dayanılmış, bunun üzerine temyiz mahkemesiyse sanığın zihinsel durumu göz önüne alınarak yeniden yargılama yapılmasını karar vermiştir<sup>43</sup>.

Nispeten yeni tarihli Charlton davasındaysa (*RvCharlton 2003*), sanık kendisine ve kızına karşı sürekli şiddet uygulayan kocasını, kocasının ellerinin bağlı olduğu bir cinsel ilişkileri sırasında öldürmüştür. Mahkeme

---

<sup>40</sup> RIX, Keith, " 'Battered Woman Syndrome' and the Defence of Provocation: Two Women With Something Mor In Common", *The Journal of Forensic Psychiatry*, Vo.12:1, (131-149), 2001, s.133vd.

<sup>41</sup> Bkz. *R v Ahluwalia* (1992) 4 AER 889. (Kararın özeti için bkz. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Ahluwalia.php> Erişim Tarihi: 10.10.2014, 10.55)

<sup>42</sup> Bkz. *R v Thornton* (1996) 1 WLR 1174. (Kararın özeti için bkz. <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Thornton.php> Erişim Tarihi: 10.10.2014, 11.00)

<sup>43</sup> RIX, s. 135; Ayrıca, Thornton ve Ahluwalia davalarındaki farklılıklar için bkz. BAKER, Helen, "Constructing Woman Who Experience Male Violence: Criminal Legal Discourse and Individual Experiences", *Liverpool Law Review*, V.29, (pp.123-142), 2008, 128vd.

sanığın, tekrarlanan şiddet, kendisi ve daha da önemlisi kızının güvenliğine ilişkin duyduğu korku nedeniyle haksız tahrik altında cinayeti işlediğine hükmetmiş ve cezasında indirim gitmiştir<sup>44</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde ise yine kadın hareketi tarafından kamuoyuna mal edilmiş önemli bir örselenmiş kadın sendromu vakası, 1977 tarihli *FrancineHughes* davasıdır<sup>45</sup>. Yine yukarıda örneğini verdiğimiz davalarda olduğu gibi, Hughes uzun yıllar kocasından şiddet görmüş ve bir gece birden kocası uyurken yatağına gazolin döküp onu yakarak öldürmüştür. İlk olarak bu davada örselenmiş kadın sendromu dile getirilmiş olsa da yargılamasında Hughes'un geçici akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmamasına karar verilmiştir<sup>46</sup>. ABD söz konusu olduğunda, çıkış noktası olarak ele alınabilecek başka bir örselenmiş kadın sendromu olayıysa 1979 tarihli *Ibn-Tamas davasıdır*<sup>47</sup>. IbnTamas çiftinin örselenmiş kadın sendromundaki şiddet döngülerini içeren ilişkileri, bir gün kocası hamile olan Bayan Tamas'ı dövmesi, evden ayrılması için karısının yüzüne silah doğrultması ve ortalık sakinleştikten sonra kocasını vurup öldürmesiyle noktalanmıştır. Bu davanın önemi ilk defa temyiz mahkemesinin örselenmiş kadın sendromu söz konusu olduğunda bu konuyla ilgili uzman ifadelerinin önemine vurgu yapması ve ancak uzman görüşünün kadının niye şiddet ilişkisinin tarafı olarak kalmaya devam ettiğini, kocasıyla ilişkilerini, sendromun sonuçlarının oluşup oluşmadığını değerlendirebileceğini belirtmesidir<sup>48</sup>. Bu davanın başka bir önemiye yerel mahkemenin meşru müdafaaya ilişkin şartları esnetip değiştirerek, beklene mezlik ilkesini uygulaması olduğu söylenebilir<sup>49</sup>.

Görülebileceği üzere, İngiliz hukukunda örselenmiş kadın sendromunun yeni bir savunma nedeni olarak kabul edildiği davalara yukarıdaki örnekler ışığında rastlamak güçtür. Aynı şekilde ABD'de örselenmiş kadın sendromu meşru müdafa savunmasında bulunmak için öne sürül-

---

<sup>44</sup> R v Charlton (2003) EWCA 415.Karar için bkz.( <http://lexisweb.co.uk/cases/2003/february/r-v-charlton>)

<sup>45</sup> Francine Hughes adlı kadının yaşadıkları daha sonra "Yanan Yatak (The Burning Bed)" adlı TV filmine konu olmuştur. (bkz. <http://www.imdb.com/title/tt0087010/>)

<sup>46</sup> DOWD, s.570

<sup>47</sup> Ibn-Tamas v.US 407 A.2d 626, 1979 ([http://www.amberglaw.net/storage/407\\_A2d\\_626.pdf](http://www.amberglaw.net/storage/407_A2d_626.pdf))

<sup>48</sup> bkz. BROWN, Linda R., "Admissibility of Expert Testimony on the Subject of Battered Women", Criminal Justice Journal, V.4/1, (161-179), 1980.

<sup>49</sup> SLOBOGIN, s.112

mekte ama çoğunlukla bu savunma mahkemeler tarafından çeşitli nedenlerle kabul edilmemektedir<sup>50</sup>. Amerika Birleşik Devletlerinde ise, örselenmiş kadın sendromunun savcılık tarafından öne sürüldüğü ama bunun zamanla sanığın şiddetten başka türlü kaçınabilme olanağına sahip olmadığı yönündeki savunmasını bertaraf etmek için ülke çapında uygulamaya başlanan bir savcılık taktiğine dönüştüğü dile getirilmektedir<sup>51</sup>.

## **B. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMUNUN CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN veya AZALTAN NEDENLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Örselenmiş kadın sendromu, ilk vakalarının ortaya çıktığı tarihten beri, yukarıda da değinildiği üzere, doktrin tarafından ceza sorumluluğunu kaldırın veya azaltan nedenlerin çeşitli türleri bağlamında ele alınmakta ve sendromun bunlardan hangisine girdiği üzerine yapılan tartışmalar devam etmektedir. Bu bölümde kısaca bu tartışmalara değinilecek ve örselenmiş kadın sendromunun nasıl ele alınabileceği tartışılacaktır. Aslında, örselenmiş kadın sendromu yaşayan failerin durumunun, somut olayın özelliklerine göre, hangi ceza sorumluluğunu kaldırın veya azaltan nedenler bağlamında değerlendirilmesi gerektiği hususunun değiştiğini ifade edebiliriz.

Örselenmiş kadın sendromu yaşayan fail, yaşadığı şiddetin etkisi ve diğer sair nedenlerin birleşimiyle bir akıl hastalığı yaşıyor olabilir. Böyle biri durumda isnat yeteneğinin olmadığı ifade edilebilir. Yine başka bir olayda, örselenmiş kadın, gelecekte gerçekleşmesi muhakkak bir saldırıyı

<sup>50</sup> ABD'de Yüksek mahkeme tarafından, örselenmiş kadın sendromunun kabul edildiği dava olarak Kelly Davası (*State v. Kelly, 97 N.J. 178, 1984*) örnek gösterilmekteyse de, bu başlık altında değinmeyi uygun bulmadık. Bu davada örselenmiş kadın sendromu yasal savunma halinin şartlarının denetlenmesinde kullanılabilir, çünkü Bayan Kelly'nin durumunda, muhakkak bir saldırının olduğu açıktır. Şöyle ki, sokakta kocasından şiddet gören Bayan Kelly, etraflarından toplanan insanlar tarafından kurtarıldıktan sonra, çocuklarını sokakta ararken, kocası yumruklarını sallayarak tekrar karşısına çıkar. (TAŞKIN, Ozan Ercan, "Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 7, Sayı: 20, (s.43-58), Aralık 2012, s.48) Halbuki diğer örneklerde, örselenmiş kadınların öldürdükleri kocaları, örneğin *Ahluwalia* örneğinde olduğu gibi saldırılarını sonlandırmış durumdadırlar. Bu konudaki önemli mahkeme kararları için ayrıca bkz. FRANCIS, "The Verdict Is In", *Medscape*, (<http://boards.medscape.com/forums/?128@@.2a54d936!comment=1>, Erişim Tarihi, 11.10.2014, 01:27)

<sup>51</sup> Bkz. STUCKLE, Paul, "A Criminal Defense Attorney's View of the Domestic Violence Industry" Equal Justice Foundation, (<http://www.ejfi.org/DV/dv-20.htm> Erişim Tarihi: 10.10.2014, 15.44)



önlemek için kocasını öldürmüş olabilir. Böyle bir durumda meşru savunmadan bahsedilebilir ama saldırının muhakkak olup olmadığı üzerinde durulması ve tartışılması gerekmektedir. Nitekim örselenmiş kadınların yasal savunmada bulunup bulunmadıkları yönündeki tartışmalar bu noktada düğümlenmektedir. Diğer taraftan, uygulamada da ilk akla gelen çözüm olan haksız tahrik hükümlerine başvurulabilir. Buna karşın aşağıda da görülebileceği gibi örselenmiş kadın sendromu haksız tahrik halinden de farklılıklar arz etmektedir. Buna karşın kadının, sendromu yaşayacak kadar şiddete maruz kalmadığı vakalarda haksız tahrikten de söz edilebilir. Örselenmiş kadın sendromunun kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ele almak da mümkündür. Gerçekten de ağır bir şekilde şiddet gören ve bu sendromu yaşayan, şiddetten başka türlü kaçınma imkânı bulamamış ya da bu ruhsal bozukluğu nedeniyle başka bir imkânının olmadığına inanan faile kusur isnadında bulunulmasının adilliği tartışılmalıdır. Bu nedenle, tartışmaların çözümü için, örselenmiş kadın sendromu yaşayan failler açısından Kıta Avrupası'nda ortaya çıkmış beklenemezlik ilkesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

### ***1-İsnat Yeteneğini Kaldıran Nedenler Bağlamında Değerlendirilmesi***

Bundan yirmi yıl önce, henüz örselenmiş kadın sendromu kavramı içtihat hukukuna girmediği zaman diliminde, bu sendromun etkisiyle kocasını öldüren kadın sanıklar, ya suçlarını itiraf etmiş ve dolayısıyla cezalandırılmışlar ya da o sırada isnat yeteneğine sahip olmadıkları savunmasında bulunmuşlardır<sup>52</sup>.

Yasal savunmadaki saldırı ile savunma arasındaki filhal karşılıklılık bu sendromun etkisiyle eşlerine karşı suç işleyen kadınlarda olmadığı için, örselenmiş kadın sendromunun, kadınların akıl sağlığıyla ilgili olup onların akıl sağlıklarını bozduğu ve bu yüzden isnat yeteneğinin kaybına neden olduğu savunulmuştur<sup>53</sup>. Böylelikle örselenmiş kadın sendromuyla ilgili ilk yasal yaklaşımlar, kadının bozulmuş zihinsel durumuna

---

<sup>52</sup> COOKSON, s.420. O zamanlar psikiyatrinin günümüzdeki kadar gelişmiş olmadığını hatırlatmak gerekir.

<sup>53</sup> COOKSON, s.425

vurgu yapmış ve bu hali bir isnat yeteneğini kaldıran neden olarak görme eğilimini taşımışlardır<sup>54</sup>.

Günümüzde çoğunlukla, içtihat hukukunun uygulandığı mahkemeler, örselenmiş kadın sendromunun isnat yeteneğini ortadan kaldıran bir akıl hastalığı olduğunu kabul etmemekte ve bu bağlamda dava konusu olayda da tartışmamaktadırlar<sup>55</sup>. Buna karşın, hukukçuların bir kısmında, sendromun üzerinde yapılan tartışmalar ve sendromun ruhsal bir rahatsızlığa işaret etmesi ve ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler arasındaki yerinin net bir şekilde belirlenmemiş olması, hala örselenmiş kadın sendromunun isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan bir neden olduğu için ceza sorumluluğuna etki ettiği yönünde yanlış bir kanı uyandırabilmektedir<sup>56</sup>. Bu kanının, kadının yaşadığı şiddetin ve içinde bulunduğu koşulların ikinci planda kalmasına yol açtığı söylenebilir. Bu bağlamda değinmek gerekir ki, kadın hareketi, Amerika örneğinde olduğu gibi, örselenmiş kadınların “deli”, “akıl hastası”, “mazoşist” gibi sıfatlarla yaftalamalarına karşı çıkmıştır<sup>57</sup>.

Gerçekten de, yukarıda değinildiği gibi, örselenmiş kadın sendromu travma sonrası stres bozukluğunun bir türevi olarak ruhsal bir rahatsızlığı ifade ettiği açıksa da, travma sonrası stres bozukluğunun algılama yeteneğini kaldırmadığı ve dolayısıyla bir akıl hastalığı olmadığını üzerinde durulması gerekmektedir<sup>58</sup>.

Türk Ceza Hukuku bağlamında konuyu ele aldığımızdaysa, isnat yeteneğini kaldıran nedenler<sup>59</sup> yaş küçüklüğü(TCK 31.md), akıl hastalığı (TCK 32.md), sağır ve dilsizlik (TCK md.33) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmadır.(TCK 34.md) Tüm bu hallere bakıldığında, örselenmiş kadın sendromunun rahatlıkla burada sayılanlardan

---

<sup>54</sup> FOLLINGSTAD, Diane, "Foresenic Evaluations of Battered Women Defendants: Relevant Data to be Applied to Elements of Self Defense", Applied & Preventive Psychology, V.5, (pp.165-178), USA, 1996. s.167. Buna karşın yapılan araştırmalar isnat yeteneğini kaldırmadığını göstermiştir.

<sup>55</sup> SLOBOGIN, s.112

<sup>56</sup> DOWD, s.576

<sup>57</sup> TAŞKIN, s.51

<sup>58</sup> ŞENYUVA, Gülçin/YAVUZ, Fatih “Fiziksel Şiddet Olgularında Travma Sonrası Stres Bozukluğunun Değerlendirilmesi”, Adli Tıp Dergisi, S.23-1, (s.1-14), 2009, s.12

<sup>59</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.404 vd.

hiçbirine uymadığı ve Türk Ceza Hukukunda bu bağlamda değerlendirilmeyeceği görülebilir. Zira Türk Ceza Kanununun akıl hastalığını düzenleyen 32.maddesinde, akıl hastalığı tanımlanmamış bunun yerine akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını önemli derecede azalmış olmasını aramıştır. Bu nedenle akıl hastalığının türüne değil, hastalığın kişinin fiili işlediği esnadaki davranışlarını algılama ve yönlendirme yeteneğine etkisinin Kanun tarafından ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alındığı söylenebilir<sup>60</sup>.

Öyleyse hangi ruhsal rahatsızlıkların failin davranışlarını algılama ve yönlendirme yeteneğini önemli derecede azalttığının tıbben belirlemek örselenmiş kadın sendromunun Türk Ceza Hukukunda isnat yeteneğini kaldıran nedenler arasında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda aydınlatıcı olacaktır. Öğretide, şizofreni gibi psikozların, majör depresyon gibi duygulanım bozukluklarının, zeka geriliği gibi organik kökenli ruhsal bozuklukların, davranışları algılama ve yönlendirme yeteneğini önemli derece kaldırdığı; buna karşılık, psikonevroz, uyarıcı madde kullanımı, anksiyete ve kişilik bozuklukları gibi rahatsızlıkların davranışların algılanması ve yönlendirilmesini önemli derecede azaltmadığı kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Bu bağlamda, travma sonrası stres bozukluğunun bir türü olarak kabul edilen, örselenmiş kadın sendromunun yukarıda da değinildiği üzere failin, davranışlarını algılama ve isteme yeteneğini önemli derecede azaltmadığı ve bu nedenle isnat yeteneğini kaldıran nedenler arasında değerlendirilmeyeceği rahatlıkla ifade edilebilir. Buna karşın, kadına uygulanan şiddetin süresine, ağırlığına, geçmiş ruhsal travmalarına bağlı olarak travma sonrası stres bozukluğuyla beraber veyahut devamında, örselenmiş kadında majör depresyon rahatsızlığının oluşması mümkündür. Şayet travma sonrası stres bozukluğu belirtilerinin yanı sıra majör depresyon da kadında gözlemlenebildiği durumda, kadının isnat yeteneğinin olmadığı söylenebilir.

---

<sup>60</sup> Bkz. BAYINDIR, Sinan, "Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi, S. 9:99, 2011. (<http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr/2012/03/turk-ceza-hukukunda-akil-hastaligi-ve.html> Erişim Tarihi: 21.10.2014 11:09)

<sup>61</sup> Bkz. ÖZKAN, Mustafa/HAKERİ, Hakan, "Ceza Hukukunda Ruhsal Bozukluklar", ([http://www.medeniyet.edu.tr/1998\\_KHUKA\\_ceza\\_hukuku\\_ve\\_ruhsal\\_bozukluklar.html](http://www.medeniyet.edu.tr/1998_KHUKA_ceza_hukuku_ve_ruhsal_bozukluklar.html) Erişim Tarihi: 21.10.2014, 12:05)

Örselenmiş kadın sendromunun 60'lı ve 70'li yıllarda kadın hareketi tarafından gündeme taşınması, kamuoyunda bu konuya giderek artan dikkat, şiddet gören kadınların sadece sevgilileri, eşleri veya içindeki buldukları toplum tarafından değil de, aynı zamanda hukuk sistemi tarafından da mağdur edildikleri yönünde bir algının gelişmesini sağlamış, örselenmiş kadınların savunmalarında isnat yeteneğine sahip olmadıkları yerine, yasal savunmaya dayanmalarına neden olmuştur<sup>62</sup>.

## **2. Meşru Müdafaa Açısından Değerlendirilmesi**

Örselenmiş kadın sendromunun klasik bir meşru savunma içinde mi değerlendirileceği, yoksa meşru savunmaya ilişkin şartların genişletilerek özel şartlara uygulandığı özel bir meşru savunma hali mi olduğu veya melez bir ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedenle mi karşı karşıya kaldığı kadın hareketinin etkisiyle içtihat hukuku doktrininde hala tartışma konusudur<sup>63</sup>. Aslında, örselenmiş kadın sendromunun, içtihat hukukunda ve özellikle ABD ceza hukuku doktrininde çoğunlukla meşru savunma hali bağlamında tartışıldığı ifade edilebilir<sup>64</sup>.

Gerçekten de örselenmiş kadın sendromu ele alındığında, klasik yasal savunmaya birebir uymadığı, yasal savunmanın klasik tanımından farklılıklar gösterdiği ve bu nedenle yasal savuna kalıbına oturtulmakta güçlük çekildiği ifade edilmiştir<sup>65</sup>. İchtihat hukukuyla Türk Ceza Hukuku arasında yasal savunmanın şartlarının ele alınışı açısından farklılıklar bulunması<sup>66</sup> nedeniyle tartışmayı Türk Ceza Hukuku bağlamında değerlendirmek daha yararlı olacaktır. Bu nedenle ilk aşamada Türk Ceza Hukuku doktrinine göre yasal savunmanın şartlarına değinmemiz gerekmektedir.

<sup>62</sup> CALLAHAN, s.120

<sup>63</sup> FOLLINGSTAD, s.166; ayrıca bkz. KAUFMAN, Whitley R. P., "Self Defense, Imminence, and the Battered Woman", *New Criminal Law Review*, Vol.1, No.3, (pp.342-369), 2007.

<sup>64</sup> COOKSON, s.422; ayrıca bkz. FAIGMAN, The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent", *Virginia Law Review*, Vol.72:619, (p. 619-647), 1986

<sup>65</sup> RUSSEL, Brenda L., *Battered Women Syndrome As a Legal Defense, History Effectiveness and Implications*, McFarland, USA, 2010, s.18

<sup>66</sup> Genel olarak, meşru müdafaa'nın şartları her hukuk sisteminde aynı olsa da bazı hukuk sistemlerinde bu şartların sağlanıp sağlanmadığı hususunda beklenebilirlik denetimi yapılmaktadır. (KAUFMAN, s.344) Beklenebilirlik denetimi yapan sistemlerden biri de İchtihat Hukukudur. İchtihat Hukukunda, meşru müdafaa hali de zorunluluk hali, manevi cebir, haksız tahrik gibi objektif ve sübjektif açıdan ele alınmaktadır. Süb-

Türk Ceza Hukukunda, yasal savunmanın şartları iki ana kısma ayrılmaktadır<sup>67</sup>. Bunlar savunmaya ve saldırıya ilişkin şartlardır. Saldırıya ilişkin şartlar, saldırının haksız olması, saldırının şahsa ilişkin bir hakka yöneltilmiş olması ve saldırının halen mevcut olmasıdır<sup>68</sup>. Mevcut bir saldırının olması, savunma ile saldırının hem zaman olması anlamına gelmekte, saldırı bittikten sonra savunmada bulunmak meşru sayılmamaktadır<sup>69</sup>. Çünkü bu halde, intikam söz konusu olabilmektedir. Aynı paralelde, gelecekteki bir saldırıdan önce yasal savunmada bulunmak meşru sayılmamaktadır. Çünkü gelecekteki bir saldırıdan kamu organlarına başvurarak kaçınmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Buna karşın, bu konuda kesin ölçüler konulamayacağı, başlaması muhakkak ve başladığı takdirde savunma imkanı bulunmayacak hallerde saldırının başlamış olduğunun kabulünün gerektiği ifade edilmiştir<sup>71</sup>.

Örselenmiş kadın sendromu ilk aşamada savunmaya ilişkin şartlardan mevcut saldırının bulunmayışıyla meşru savunmadan ayrılmaktadır. Çünkü örselenmiş kadın sendromunda, yukarıdaki örneklerde de görülebileceği üzere, fail kendisine şiddet uygulayan kişinin saldırısına karşı hem zaman bir savunmada bulunmamakta, örselenmiş kadın filini saldırı gerçekleştikten belirli bir süre sonra ve yakın bir saldırı tehdidi olmadığı koşullarda işlemektedir. Nitekim kendisine şiddet uygulayan kişinin saldırısından belirli bir süre sonra kadın, adam öldürme filini işlediğinden,

---

jektif açıdan, failin kendisine yönelmiş haksız saldırının varlığı ve bu saldırıdan savunmada bulunmak dışında kurtulamayacağı yönündeki algısı esas alınırken, objektif açıdansa failin içinde bulunduğu durumda makul bir insanın nasıl tepki vereceği tespit edilmeye çalışılarak beklenebilirlik denetimi yapılır. (Bkz. BIGGERS, s.7 vd.; ayrıca ELLIOT/QUINN, s.284 vd.; TAŞKIN, s. 90 vd.) Hatta, bilhassa ABD’de, eyaletlerin kendi ceza hukuku sistemlerine göre değişen şekillerde, yasal savunmanın şartlarının denetlenmesine, yargı makamlarınca daha öznel veya daha objektif açıdan yaklaşılabildiği belirtilmektedir.(CALLAHAN, s.120) Bu nedenlerle, özellikle İçtihat Hukuku ülkelerinde, kendi hukuk sistemlerinin yapısı gereği, örselenmiş kadın sendromunu meşru müdafaa kapsamında tartışılabilmesinin çok daha rahat olduğunu düşünürüz.

<sup>67</sup> ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin, Ankara, 1995, s.71

<sup>68</sup> bkz. ÖZEN, s.71-112

<sup>69</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Genel Kısım, Cilt 2, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1974, s.127 vd.

<sup>70</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s.127

<sup>71</sup> ÖZEN, s.79.

yukarıda bahsi geçen dava örneklerindeki örselenmiş kadınlara baktığımızda, kadınların cinayetlerini, soğukkanlılıkla ve hesaplayarak işledikleri de rahatlıkla iddia edilebilir<sup>72</sup>.

Buna karşın içtihat hukukunda, savunmaya ilişkin şartların belirlenmesinde, savunmanın saldırıyla filhal bir zamanda gerçekleşmiş olmasının yanında, şartların denetlenmesine sübjektif açıdan yaklaşılabilmekte, kadının süre gelen tehdit dolayısıyla saldırı tehlikesi altında olduğu yönündeki makul algısıyla hareket ettiği mahkemeye kanıtlanmaya çalışılmaktadır<sup>73</sup>. Bu yüzden, bu doktrindeki yazarlarca gelecekte tekrarlanması muhakkak bir saldırı olduğu, kadına er ya da geç şiddet uygulanacağı savunulmuş ve kadının gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı olduğu yönündeki makul inancına dayanılmıştır. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi travma sonrası stres bozukluğunda hastalar sürekli bir korku hissi taşımaktadırlar ve bu kadının algısını da etkilemektedir. Böylece, saldırının mevcut olmaması durumu karşısında, örselenmiş kadın sendromunu yasal savunma nedeni olarak uygulanabilmesi için, fiili şiddetin değil ama şiddet tehdidinin ve tehlikesinin mevcut olması, saldırının şiddet uygulamayı alışkanlık haline getirmiş bir erkek tarafından gerçekleştirilecek ve bu nedenle gelecekte tekrarlanacak olması nedeniyle, yukarıda belirtildiği gibi içtihat hukuku doktrininde kimi düşünürlerce, saldırının muhakkak olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>74</sup>. Gerçekten de, kadının yaşadığı stres bozukluğunun doğurduğu ve yoğunlaştırdığı hisler yanında, gerçekten de şiddet görme ihtimali ve buna bağlı olarak duyduğu korku mevcuttur. Bu korku, kadının mevcut saldırı sırasında hareketsiz kalmasına, kadının saldırının sonlanmasını sadece mevcut saldırıya verilmiş bir ara olarak algılamasına, korkusunu yendiğindeyse gecikmiş bir tepki vermesine yol açmaktadır<sup>75</sup>.

Bizce, bu noktada, kadındaki korku hissiyle, gelecekteki saldırı tehlikesi ve saldırının muhakkak oluşu birbirine karıştırılmakta ve kadının durumunun yasal savunma hali kapsamında değerlendirilebilmesi için yasal savunmanın şartlarını genişleten zorlama bir yorum yapılmaktadır. Ayrıca, kadının şiddet göreceği bellidir ama bu belirlilik, şiddet içeren fiilin kadının adam öldürerek kendisini savunmasını ve böylelikle uygulanan haksız fiili engelleyebileceği kadar yakın bir zamanda gerçekleşeceği

---

<sup>72</sup> BAKER, s.128

<sup>73</sup> FOLLINGSTAD, s.167 vd.

<sup>74</sup> COOKSON, s.425

<sup>75</sup> TAŞKIN, s. 52

bir durumu nitelememektedir. Burada, bitmiş ama gelecekte tekrarlanması yüksek olasılıkta ama muhakkak olmayan bir saldırı vardır. Çünkü bitmiş ama tekrarlanacak olan saldırıyla, kadının fiili arasındaki zaman aralığı saldırının kesinlik niteliğini gidermektedir. Bu bağlamda, bizce, saldırının muhakkak oluşu yani diğer bir ifadeyle kesinliği, yasal savunma halinde bulunan kişiye yönelecek saldırı tehlikesinin hemen önündeki, yani o andaki bir zaman aralığında gerçekleşecek oluşunu (*almost immediately forthcoming*) ifade etmektedir<sup>76</sup>. Aslında, içtihat hukuku doktrinindeki bu konudaki en önemli tartışma da, saldırı ile savunma arasında, saldırının muhakkak olduğu hususunda makul bir zamanın olup olmadığının tespitinde ortaya çıkmaktadır<sup>77</sup>.

Biz, soruna, sadece zaman aralığının tespiti açısından bakılmasının kesin ölçütler veremeyeceğini düşünüyoruz. Bu nedenle, ancak gerçekleşmesi faile savunmada bulunmak dışında başka olanak tanımayan bir zaman diliminde olan, gerçekleşmesi bu zaman diliminde çeşitli belirtiler nedeniyle faile kesin olarak gözükken saldırının muhakkak olduğunun kabulünün gerektiğini, bununsa şüphesiz yakın bir zaman dilimini nitelediğini düşünüyoruz. Bu bağlamda, örneğin, şiddet uygulayan kocanın karısını dövmek için mutfığa sopa almaya gitmesi, uygulayacağı şiddet öncelikle sözlü tacizlerine başlaması gibi haller düşünülebilir. Yine bu nedenle, saldırının muhakkak olup olmadığının belirlenmesinde sadece zaman dilimi değil, ayrıca olayın gerçekleştiği şartlar dâhilinde saldırganın hareketleri de belirleyici olabilecektir.

Örneğin, kendisine şiddet uyguladıktan sonra yatakta uyuya kalan kocasını öldüren örselenmiş bir kadının durumunda, saldırının muhakkak olduğu söylenemez. Kocasından gelecekte şiddet uygulanması tehlikesi vardır ve hatta bunun çok yüksek olasılıkta olması kadında derin bir korku yaratabilir, ama bu ne savunmada bulunulmasını gerektirecek kadar yakın bir geleceği ifade etmemekte ne de saldırının kesinlikle gerçekleşecek olmasını göstermektedir<sup>78</sup>. Şiddet uygulayan koca, ertesi gün

---

<sup>76</sup> Yasal savunmada, saldırının “muhakkak” oluşu şartı hakkında yapılan tartışmalar ve görüşler için bkz. KAUFMAN s.344 vd.

<sup>77</sup> TAŞKIN, s.63

<sup>78</sup> Örselenmiş kadın sendromunda, yukarıda bahsi geçen şiddet döngüsünü ve kadının sendromun etkisi altında derin bir korku duymasını dayanak olarak göstererek saldırının muhakkak olduğunun kabul edilmesini savunanlar, saldırıya ilişkin kesinlik şartını neredeyse sonsuz bir süreye kadar uzatmaktadırlar. Bu bağlamda bkz. FAIGMAN, s.631

hareket edemeyecek kadar sarhoş halde eve gelebilir, eve dönmeyebilir. Diğer taraftan, kadının her zaman evden ayrılmak, resmi makamlara başvurmak, çeşitli şekillerde yardım istemek olanağı vardır. Türk Ceza Hukuku doktrininde de, kendisini her günkü gibi dövüp sızan kocasını uyku dayken öldüren bir kadının davranışının hukuka uygun sayılmayabileceği ifade edilmiştir<sup>79</sup>. Buna karşın, örneğin, her akşam olduğu gibi alkollü eve gelmiş olduğunu ve kendisine şiddet uygulayacağını bilen, kocasının sopa veya kemer almak için odaya gittiğini gören bir kadın kocasının saldırısından hemen önce herhangi bir savunma fiilinde bulunabilir. Böyle bir durumda doğa olarak yasal savunmadan rahatlıkla söz edilebilir.

Meşru müdafaanın savunmaya ilişkin şartlarıysa, savunmada zorunluluk bulunması, saldırı ve savunma fiilleri arasındaki orandır<sup>80</sup>. Savunmada zorunluluk bulunmasının tespitinde, hal ve şartlar nispi bir şekilde göz önüne alınır ve şiddet kullanıp kullanmama seçeneğinden çok savunmada bulunacak kişinin tehlikeyi uzaklaştırma olanaklarına bakılır<sup>81</sup>. Kadınların fiziksel özelliklerinin bu bağlamda değerlendirileceği rahatlıkla söylenebilir. Saldırı ve savunmanın arasındaki orantının belirlenmesindeyse, savunma yapılırken kullanılan vasıtalar dikkate alınır ve savunma dolayısıyla zarara uğratılan hakla saldırıya uğrayan hak arasında değerlendirmeye gidilir<sup>82</sup>. Bu değerlendirmelerin net bir şekilde yapılabilmesi saldırı altında bulunan kişinin içinde bulunduğu durum ve kişisel özelliklerinin de değerlendirilmesini gerektirmektedir<sup>83</sup>.

Örselenmiş kadın sendromu yaşayan kadının, kendi fiili ve yönelen saldırı fiili arasındaki yine zamansal farklılık yüzünden yasal savunmanın sayılan bu şartlarını da ilk elde taşımadığı belirtilebilir<sup>84</sup>. Çünkü örselenmiş kadın sendromu yaşayan failin durumunda, savunmanın zorunlu olmadığı, kadın kendinin zorunda olduğunu algılasa dahi gelecekteki bir saldırının önlenmesi için kullanılan vasıtanın da orantısız kalacağı belirtilebilir. Örneğin, örselenmiş kadın yukarıda belirtilen Hughes davası örneğinde olduğu gibi, uyuyan kocasını bağlayarak etkisizleştirmek yerine

<sup>79</sup> ÖZBEK, Veli Özer, et. al., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s.284

<sup>80</sup> ÖZEN, s.112 vd.

<sup>81</sup> DÖNMEZER/ERMAN: s.128 vd.

<sup>82</sup> ÖZEN, s.122 vd.

<sup>83</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s.130 vd.

<sup>84</sup> BRADFIELD, Rebecca, "Is Near Enough good Enough? Why Isn't Self-Defense Appropriate for the Battered Woman", Psychiatry, Psychology and Law, Vol. 5:1, (71-85), 1998, s.76; Bu bağlamda saldırı muhakkak değilse savunmanın zorunlu olduğunu söylemek çelişkili olacaktır. (KAUFMAN, s.346)



onu yakmayı veya vurmayı tercih etmektedir. Diğer taraftan, saldırıya uğrayan hak ile zarar verilen hak arasında oranın olduğu da rahatlıkla söylenemez. Çünkü gelecekteki bir saldırıyla fiziksel şiddet göreceğini, sonuçta fiziksel olarak hırpalanacağını bilmekte ama gelecekte yaşayacağı bu şiddetten dolayı kocasını öldürmeyi tercih etmektedir.

Yine de örselenmiş kadın sendromunun söz konusu olduğu hallerde, savunmaya ilişkin şartlar, saldırıya ilişkin şartlara nazaran, araç ve konu bakımından oranın değerlendirilmesinde faillerin kişisel özelliklerinin de belirleyici olması nedeniyle yasal savunmanın şartlarından en az farklılık gösteren özelliğidir. Çünkü kadının, kendisinden fiziksel gücü yüksek olan bir erkeği yaralayarak durdurmasından çok öldürerek veya daha ağır vasıtalar kullanarak durdurması her zaman daha mümkün ve beklenebilir, meğer ki saldırı muhakkak olsun.

Kısacası, yasal savunmada, kadının, erkeğin gelecekte tekrarlanacak saldırıyı uzaklaştırmadaki fiziksel ve ruhsal imkânsızlığı<sup>85</sup> açısından, yasal savunma halinin örselenmiş kadın sendromu yaşayan kadınlar için de geçerli olduğu ilk bakışta düşünülebilirse de, bu, bizce kısmen doğru bir düşünce olacaktır. Çünkü, kadının fiilinin, kendisine şiddet uygulayan kişinin saldırı fiiliyle karşılıklılığının olmaması önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmakta, aradaki süre mevcut tehlikenin yaşanıp bittiğinin, gelecekte gerçekleşmesi olası tehlikelerinse yasal savunma dışında farklı korunma yöntemleriyle engellenebileceğini, en azından bunun için makul bir süre olduğunu nitelemektedir. Bunun içinde evden ayrılmak, resmi makamlara başvurmak gibi durumlarda dâhildir.

İçtihat hukukundaysa, savunmaya ilişkin şartların denetlenmesine objektif açıdan yaklaşılmakta ve makul bir insanın aynı saldırıyla karşı karşıya kalsaydı nasıl tepki verebileceği tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, makul insanın tespitinde kadın cinsiyetinin göz önüne alınması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>86</sup>. Bu nedenle, içtihat hukukunda meşru müdafaa'nın daha rahat uygulanabilmesinin savunulabilmesinin nedeni, sübjektif açıdan mevcut saldırı algısının üzerinde durulması ve saldırıdan

---

<sup>85</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s.130.

<sup>86</sup> Bu bağlamda, ceza hukukundaki yasal savunma kavramı ve şartlarının maskülen bir anlayış barındırdığı yönünde feminist bir eleştiri için bkz. BAKER, "Constructing Women Who Experience Male Violence: Criminal Legal Discourse and Individual Experiences", *Liverpool Law Review*, V.29, (pp.123-142), 2008

başka türlü kaçınabilme imkanı açısından failin beklenebilirlik sınavına tabii tutulmasıdır<sup>87</sup>. Bu bağlamda, meşru müdafaada sınırının aşılması açısından da konunun ele alınabileceği belirtilmiştir<sup>88</sup>. Gerçekten de kocasını uyurken öldüren bir kadının durumu yasal savunmadaki saldırıya ilişkin şartları taşımamakla birlikte kadının kocasının şiddetinden kaçamayacağına ilişkin duyduğu inancın ve şiddetin devam edeceğine ilişkin duyduğu korkunun da değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>89</sup>. Bu bağlamda, yasal savunmadaki şartlarla örselenmiş kadın sendromunun özellikleri karşılaştırıldığında saldırı ve savunmaya ilişkin şartlardan çok kadınların içinde buldukları koşul ve duruma odaklanıldığından beklenebilirlik ilkesine dayanıldığı ve dolayısıyla mazeret nedenleriyle sendromun özelliklerinin daha net çıktığı söylenebilir<sup>90</sup>. Zaten, içtihat hukuku doktrininde örselenmiş kadın sendromunun bir ceza sorumluluğunu kaldıran hal olarak değerlendirilmesi savunular, şiddet ilişkisi olan kadının fiilinin beklenebilirliğine dayanarak kadının fiilini yasal savunma kalıbına uydurmaya çalışmaktadırlar<sup>91</sup>.

Diğer taraftan, örselenmiş kadın sendromu, yasal savunma haline girmese de, meşru müdafaanın savunmaya ilişkin koşullarının değerlendirilmesinde<sup>92</sup>, özellikle de hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın<sup>93</sup> ve meşru müdafaada sınırın aşılmasının belirlenmesinde kullanılabilir. Çünkü bazı kadınlar kocalarından çok ağır şiddet görmekte ve çoğunlukta sonucunda öldürülebilmektedirler. Bu nedenle, evden ayrılınca, hatta ilişki bittikten sonra dahi uzun zaman sonra bile kocası tarafından öldürülen veya çok ağır şiddete maruz bırakılan kadınlar vardır. Kadın pek tabii gelecekte böyle bir durumla karşılaşabileceğini sezebilir. Örneğin,

---

<sup>87</sup> BIGGERS, s.7

<sup>88</sup> SLOBOGIN, s.112

<sup>89</sup> DOWD, s.580

<sup>90</sup> Aynı yöndeki bir görüş ve konunun, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler ayrımı bağlamında ele alınması açısından bkz. DRESSLER, Joshua, "Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflections", Ohio State Journal of Criminal Law, V. 3, (457-471), 2006, s. 463 vd.

<sup>91</sup> FAIGMAN, s.626

<sup>92</sup> FAIGMAN, s.630; Bu bağlamda bkz *State v. Kelly*, 97 N.J. 178, 1984.

<sup>93</sup> Kadının içinde bulunduğu psikolojik durum nedeniyle, saldırının muhakkak oluşu hususunda kaçınılamaz hataya düşmesi de mümkündür. Örneğin kadının, kendisine sürekli şiddet uygulayan, o gün eve gelen ve kendisine sövmeye başlayan sarhoş kocasının kendisine şiddet uygulayacağını düşünmesi gibi. (Hukuka uygunluk nedenlerinde fiili hata için bkz. GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin, Ankara, 2007, s.68 vd.)

daha önce çok ağır şiddet gören hastanelik olma gibi ve daha önceki ayrılma denemelerinde şiddete maruz kalan veya kocasından ayrılması halinde öldürüleceği gibi tehditler alan kadınlarla sıklıkla karşılaşabilmektedir. Bu kadınların yakınları tarafından yalnız bırakıldıkları ve devlet birimlerinden yeterli korunma olanaklarını elde edemedikleri durumlar da sıklıkla toplumumuzda gözlenebilir. Yine de tüm bu koşullar, suç genel teorisi vasıtasıyla çözülebilecek sorunlar olmayıp, devletin aile içi şiddeti önlemedeki başarısızlığının eseridir. Tüm bunların yanında, meşru müdafaanın şartlarını, en basit tabiriyle örselenmiş kadınlar için genişletmek, insanın yaşam hakkına ilişkin etik değeri aşındıracak, hatta belki kötüye kullanımların yolunu açarak insan öldürerek intikam alınmasının hoş görülmesine neden olabilecektir<sup>94</sup>.

Teoride tüm bu tartışmalar yapılabilse de, uygulamada resmi makamlar tarafından şiddet mağduru (özellikle aile içi şiddet gören) kadınlara yeterli yardım ve bakımın yapılmaması örselenmiş kadınların çaresiz hissetmesine neden olmakta ve yukarıda belirtildiği gibi içlerine düştükleri travma sonrası stres bozukluğunun etkilerini arttırmaktadır. Ama tüm bunlar yine de örselenmiş kadın sendromunun yasal savunma kalıbının içinde değerlendirmek hususunda değil de, aşağıda da ele alacağımız gibi beklenemezlik ilkesi çerçevesinde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ele alınmasına daha uygun düşmektedir.

### **3. Haksız Tahrik Açısından Değerlendirilmesi**

Ceza hukuku öğretisinde, yasal savunma halinde henüz sona ermemiş, başka türlü bir korunma imkanı bulunmayan haksız bir saldırıya karşı savunma amacıyla karşılık verilmesinin söz konusu olduğu; buna karşın haksız tahrikte sona ermiş haksız bir fiile, zorunlu olmamakla birlikte karşılıkta bulunduğu kabul edilmektedir<sup>95</sup>. Böylelikle, bir hakka yönelik saldırı devam etmekteyken haksız tahrik müessesesi ile meşru savunma arasında sadece bir yoğunluk farkı bulunduğundan meşru savunma hükmü uygulanmaktadır<sup>96</sup>. Bu nedenle, örselenmiş kadın sendromu söz konusu olduğunda, kadının fiili kendisine uygulanan saldırı fiili bittikten sonra gerçekleştiğinden, içtihat hukukunun uygulandığı mahkemeler tarafından haksız tahrik (*provocation*) halinin değerlendirilmesi

---

<sup>94</sup> DRESSLER, s.458 vd.

<sup>95</sup> DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Seçkin, 2009, Ankara, s.411

<sup>96</sup> ÖZBEK et. al., s.288

yoluna gidilmiştir<sup>97</sup>. Haksız tahrik failin kusurluluğunu azaltan ve cezayı hafifleten bir neden olup, objektif unsurunu tahrik fiili, sübjektif unsurunu ise failin hissettiği hiddet ve şiddet oluşturmaktadır<sup>98</sup>. Örselenmiş bir kadının durumunda her iki unsurun da gerçekleştiği ilk elde söylenebilir. Ama bu, örselenmiş kadınların haksız tahrik etkisiyle suç işleyen faillerden ayrılan kendine has özelliklerinin olmadığını göstermez.

Gerçekten de, örselenmiş kadın sendromunu akıl hastalığı olarak saymak mümkün gözükmesine de, travmaya tekrarlayan maruz kalışların ve bu bağlamda örselenmiş kadın sendromu için öne sürülen semptomların, belirli bir stereotipi oluşturduğu ve bu stereotipten az miktarda sapmalar olduğunun gözlemlendiğinin üzerinde durulması gerekmektedir<sup>99</sup>. Ek olarak, içtihat hukukunda haksız tahrikin uygulandığı davalarda, sadece örselenmiş kadın sendromuna ait olayın öncesine ait belirtiler değil, travma sonrası stres bozukluğuyla beraber ortaya çıkabilen depresyon gibi rahatsızlıklar da cezanın indirilmesinde belirleyici olmaktadır<sup>100</sup>. Bunun yanında, aile içi şiddet vakalarının, sonradan, yavaş yavaş ortaya çıkan tepkileri doğurduğu (slow burn reaction) ve kadın failin stres bozukluğunun etkisiyle gecikmiş bir tepki verdiği ileri sürülmüş, yine de sendrom haksız tahrik bağlamında değerlendirilmiştir<sup>101</sup>. Buna karşın, kadın failin, kendisine şiddet uygulayan kişiye tepki süresinin uzaması, cinayetin taammüden adam öldürme yönünde yorumlanabilmesine olanacağını da sağlamaktadır<sup>102</sup>.

İçtihat hukukunda, örselenmiş kadın sendromu yaşayan failerin haksız tahrik etkisiyle adam öldürme fiilini işlediği savunması, sanık kadının genellikle kendi kontrolünü kaybetmesi savını esas almaktadır<sup>103</sup>. Böylelikle, örselenmiş kadın sendromu söz konusu olduğunda failin kendini kontrol etme yetisinin gösteremeyeceği öne sürülmekteyse de yukarıda örneği verilen Thornton davası gibi örneklerde mahkeme failin, ruhi durumunun, yani hissettiği şiddetin ve tahrikin nedeni olarak kendini

<sup>97</sup> SMITH, John/HOGAN, Brian, Criminal Law Cases & Materials, 7th Edition, Butterworths, UK, 1999, s.454

<sup>98</sup> AYDIN, Devrim, "Yeni Türk Ceza Hukukundaki Haksız Tahrik", AÜHFD, C.54, S.1, (225-253), 2005, s. 229. ve 236.

<sup>99</sup> RUSSEL, s.19 vd.

<sup>100</sup> RIX, s.148

<sup>101</sup> ALLEN, Micheal, Textbook On Criminal Law, 8th Edition, Oxford University Press, UK, 2005, s.282

<sup>102</sup> ALLEN, s.282

<sup>103</sup> ELLIOT/QUINN, s.69

aniden kaybetmesini mi(sübjektif test); yoksa tahrik eden fiil karşısında makul bir insandan beklenen tepkiyi verdiğinin mi(objektif test) ağırlıklı olarak denetlenip ele alındığına yönelik açık bir ifadede bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Bu yüzden, objektif test söz konusu olduğunda, beklenebilirlik denetimi yapılırken, model ajanın hangi özelliklere sahip olması gerektiği tartışılmış, bir görüş ortalama insanın göz önüne alınması gerektiğini savunurken başka bir görüş o insanın bir "kadın" olarak esas alınması gerektiğini dile getirmiş, sonuncu ve kadın hareketinin etkisindeki üçüncü yaklaşımsa örselenmiş kadın sendromunun ayrı bir yasal savunma hali olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>105</sup>.

Aslında, örselenmiş bir kadın, "örselenmiş bir makul kadın" ölçüsünde model bir ajanla kıyas edilerek değerlendirilmeye tabii tutulabilir<sup>106</sup>. Buna karşın uygulanan şiddeti ve kadın üzerindeki fiziksel ya da ruhsal etkilerini tespit etmek daha kolaydır. Bu nedenle, içtihat hukukunda çoğunlukla sanığın haksız tahrike ilişkin savunmasında tıbbi kaniyata dayanılması, failin ruhi durumunun belirlenmesinde yardımcı olmakta ve bu bağlamda örselenmiş kadın sendromu da değerlendirmeye alınmaktadır<sup>107</sup>. Nitekim haksız tahrik, içtihat hukukundaki bağlamıyla ele alınsa bile, bulunduğu ruhsal koşullardan ötürü ne örselenmiş kadından kendini kontrol etmesi ne de tahrikin etkisiyle gösterdiği tepkide makul bir insan olarak davranması beklenebilir. Öyleyse, örselenmiş kadın sendromu, içtihat hukuku bağlamında haksız tahrik halini de aşan, ondan farklı bir şeydir.

Türk Ceza Hukukunda ise, haksız tahrik, faille uygulanan haksız bir fiilin olması, failin bu fiil sebebiyle şiddetli öfke veya eleme sürüklenmiş olması ve failin işlediği suçun ruhi durumunun eseri olması halinde uygulanmaktadır<sup>108</sup>. Bu bağlamda, örselenmiş bir kadına uygulanan şiddet aynı zamanda haksız bir fiil oluşturmaktadır. Örselenmiş kadın bundan dolayı öfke ve eleme de -başlarda- kapılmış olabilir. Ama örselenmiş kadının hissettiği artık sadece öfke ve elem değildir. Çünkü işlediği fiil, sağlıklı bir ruhi durumun eseri değildir. Keza bu ruhi durumun eseri olarak kadın sadece öfke ve elem hissetmemekte aynı zamanda yoğun çaresizlik ve korku gibi hislerle de mücadele etmektedir.

---

<sup>104</sup> ALLEN, s.287

<sup>105</sup> DOWD, s.572

<sup>106</sup> DRESSLER, s. 464

<sup>107</sup> RIX, s.140

<sup>108</sup> DEMİRBAŞ, s.404 vd.

Gerçekten de, travma sonrası stres bozukluğunun bulguları, travmayı hatırlama, kâbuslar görme, travmayı hatırlatan duygu, düşünce ve yerlerden kaçınma, travmayı tekrar yaşıyormuş gibi olma, tepkilerde yavaşlama, dış dünyaya ilgide azalma, kognitif semptomlarda değişiklik, sürekli olarak olayın tekrarlanacağı korkusu ve bu nedenle diken üstünde hissetme, kolay irkilme, çabuk sinirlenmedir<sup>109</sup>. Bu nedenle fail duygusal olarak çabuk uyarılabilmekte ve hissettiği öfke, elem ve bunlara verdiği tepki daha ağır olabilmektedir. Bu bağlamda, örselenmiş kadınların tepki fillerinde oranın aranılmaması savunulabilir<sup>110</sup>.

Faille ilişkin tüm bu durumlar, failin ruhi durumuyla işlediği suç arasında illiyet bağı kurmamıza yardımcı olsa da, kadın faili haksız tahrik altında suç işleyen makul ruhsal duruma sahip failerle de bir tutmamak gerekmektedir. Çünkü burada, failin, sadece derin bir elem veya acı nedeniyle suçu işlemediğinin, aynı zamanda suçu işlediği sırada ve hatta öncesinde onu diğer insanlardan farklı kılan ruhsal bir bozukluğa sahip olmasının ayrı ve kendi içinde değerlendirilip göz önüne alınmalıdır<sup>111</sup>. Çünkü süre gelen şiddetin yol açtığı travma sonrası stres bozukluğu, içinde bulunduğu yoğun korku ve çaresizlik hissi nedeniyle ki tepkilerini makul bir insan gibi kontrol edemeyecektir. Çünkü örselenmiş kadın, hem düzenli olarak gördüğü ağır şiddet nedeniyle ve hem de içinde bulunduğu ruhsal rahatsızlık dolayısıyla ki olağandışı şartlar içindedir ve norma uygun davranmasının kendisinden beklenemeyeceği bir önemli bir güdülenme baskısı altında olduğu söylenebilir<sup>112</sup>. İçinde bulunduğu depresyon, öğrenilmiş çaresizlik ve travma sonrası stres bozukluğunun yukarıda sayılan diğer semptomları dolayısıyla, kocasının uyguladığı şiddette başka türlü tepki vermesi kendisinden beklenilemez.

<sup>109</sup> ŞENYUVA/YAVUZ, s.2; Ayrıca bkz. Travma Sonrası Stres, Ruhsal Travmanın Etkileri ve Çareleri, Hasta Yakınları İçin Rehber, Türkiye Psikiyatri Derneği (<http://www.psikiyatri.org.tr/pagepublic.aspx?menu=24>)

<sup>110</sup> 5267 sayılı TCK'nın 29.maddesinde, haksız tahrik oluşturan etki fiil ile ona gösterilen tepki fiil arasında oranın bulunması konusunda açıklık olmadığı, bu bağlamda 765 sayılı TCK zamanındaki tartışmaların devam ettiği doktrinde ifade edilmektedir. (ÖZBEK et. al., s.398)

<sup>111</sup> Kanımızca burada, kadının içinde bulunduğu ruhsal koşullar dolayısıyla bir yoğunluk farkının olduğu ifade edilebilir.

<sup>112</sup> Beklenemezlik ilkesiyle ilgili olarak bkz. DURSUN, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014, S.2, (s. 203-252), 2014, dipnot, s.205.

Bu bağlamda, kocasından, yoğun ve süregelen şiddet görmeyen ve travma sonrası stres bozukluğu yaşamayan kadınların şiddet sonrası suç işlemleri hallerinde tabii ki haksız tahrikten söz edilebilir. Yine cinsel şiddette fiziksel şiddet bir vasıta olarak kullanıldığından kanımızca aralarında konumuz bağlamında ele alınacak bir farklılık olmasa da, salt duygusal şiddet vakıalarının da haksız tahrik hali içerisinde değerlendirilebileceği söylenebilir. Zira bu gibi durumlarda, travma sonrası stres bozukluğunun da oluşmayabileceği düşünülebileceği gibi, yaşanan travmanın düzenli ağır fiziksel şiddet gören kadınlarla denk olmayacağı da belirgindir. Zaten, genellikle fiziksel şiddetle beraber sözel ve duygusal şiddetin de ortaya çıktığı gözlemlenebilir.

Yukarıda sayılan nedenlerle, örselenmiş kadın sendromu, haksız tahrik ve meşru müdafaa bağlamında tartışılırken aslında, sendromunun bir mazeret nedeni olarak ele alınması gerektiği ve de kanımızca batı hukuk dünyasındaki nispeten yeni beklenemezlik ilkesi ışığında değerlendirilebileceği söylenebilir.

#### ***4.Beklenemezlik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi***

Örselenmiş kadın sendromunu yaşayan bir kadının koşullarının meşru müdafadaki saldırıya ilişkin mevcut veya muhakkak saldırı şartını karşılamaması; haksız tahrik halinden de, tahrikin kadında travma sonrası stres bozukluğuna yol açan yoğunluğu, travma sonrası stres bozukluğunun semptomları ve şiddetin devamlılık arz eden durumuyla ayrılan niteliklerinden dolayı, içtihat hukuku doktrininde sendromun, fiilden çok failin durumuna vurgu yapan, mazeret nedenleri içerisinde değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmiş, bu bağlamda kadının kusurlu sayılamayabileceği öne sürülmüştür<sup>113</sup>.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, mazeret nedenlerinin genel olarak beklenemezlik ilkesine dayandığı ifade edilmektedir<sup>114</sup>. Beklenemezlik ilkesi, failin içinde bulunduğu koşullarda, yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının kişiden istenememesini veya beklenememesini

---

<sup>113</sup> DRESSLER, s.468 vd; ayrıca bkz. BRADFIELD, s.74. Bu bağlamda Türk Hukukunda, mazeret sebeplerinin kusurluluğu kaldırdığı yönündeki görüş için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2012, s.392; ayrıca mazeret nedenleriyle ilgili olarak başka bir görüş için bkz. EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt 2, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.1 vd.

<sup>114</sup> MERAKLI, Serkan, Mazeret Nedenlerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.5, S.12, 2010, s.262.

ifade etmekte olup, ceza hukukunun kanunilik ilkesine sadık kalınarak bireyselleştirilmesine olanak sağlamaktadır<sup>115</sup>. Örselenmiş kadın sendromunda, kadının, travma sonrası stres bozukluğunun belirtilerini gösterdiği, yoğun bir umutsuzluğa ve çaresizlik hissine kapıldığı kabul edilmektedir<sup>116</sup>. Bu bağlamda, bizce, örselenmiş kadın sendromunun belirli bir örüntü izleyen bulgularından beklenemezlik ilkesi ışığında yararlanılabilmektedir<sup>117</sup>.

Diğer yandan, yukarıda da görüleceği üzere, içtihat hukukunda, örselenmiş kadınların adam öldürme fiilleri, yasal savunma kalıbına sokulmaya çalışılırken, savunmaya ilişkin şartların gerçekleştiğinin söylenebilmesi amacıyla, özellikle uygulanan devamlılık gösteren şiddet dolayısıyla kadının kendisine ölümcül bir saldırıda bulunulacağı yönündeki öznel inancına dayanılmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir<sup>118</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, doktrindeki bu yöndeki görüşlere dikkatle bakıldığında da, sendromu yaşayan kadının zihinsel durumuna tıbbi açıdan yaklaşılmasının, kadının öznel zihinsel durumunun dikkate alınarak beklenebilirlik denetimi yapılmasına yardımcı olabileceğini düşünüyoruz<sup>119</sup>.

Örselenmiş kadının, rahatsızlığını çektiği travma sonrası stres bozukluğu ve yukarıda değinildiği gibi partnerinden düzenli ve devamlı bir şekilde gördüğü ağır fiziksel şiddetin, kadının iradesinin oluşum sürecini bozan olağandışı şartları oluşturduğu, bu nedenle kadından hukuka uygun bir davranışta bulunmasının istenemeyebileceğini, sendromun beklenemezlik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz<sup>120</sup>.

Buna karşın Türk Ceza Hukukuna, beklenemezlik ilkesinin uygulanabileceği haller mazeret nedenleri söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Doktrinde kimi düşünürlerce, zorunluluk hali, meşru müdafada

<sup>115</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", AÜHFD, C.57, S.3, (338-360), s.338 vd; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 1998, s.495

<sup>116</sup> BAKER, s.129

<sup>117</sup> Ayrıca bkz. DOWNS, Donald, More Than Victims: Battered Women, The Syndrome Society and the Law, University Of Chicago Press, 1996, s.17

<sup>118</sup> OGLE, Robin S./JACOBS, Susan, Self-Defense and Battered Women Who Kill, Parager, USA, 2002, s.100

<sup>119</sup> OGLE/JACOBS, s..99

<sup>120</sup> HAFIZOĞULLARI, İstenemezlik s.340



sınırın aşılması ve amirin emrinin ifası mazeret nedenleri arasında değerlendirilmektedir<sup>121</sup>. Ek olarak, konumuzun sınırlarını aşmakla birlikte manevi cebirin de beklenemezlik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtebiliriz<sup>122</sup>.

Örselenmiş kadın sendromunda, tehlikenin ağırlığı ile konu ile kullanılan vasıta arasında yukarıda belirtilen oransızlık ve tehlikenin bir insandan yönelen haksız bir fiilden kaynaklanıyor oluşuyla TCK'nın 25/2. maddesinde düzenlenen zorunluluk haline ilişkin şartları taşımadığı ve genel olarak zorunluluk halinin içinde değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

Her ne kadar, içtihat hukukunda, örselenmiş kadın sendromunu manevi cebir (duress) kapsamında ele alanlar olsa da<sup>123</sup>, Türk Ceza Hukukunda, TCK'nın mevcut düzenlemesi buna doğrudan imkan tanımamaktadır. Çünkü, manevi cebri, ne zorunluluk hali içinde, ne de karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceğini düzenleyen TCK'nın 28.maddesi kapsamında da ele almak mümkün gözükmemektedir<sup>124</sup>. Çünkü öncelikle, doktrinde, maddi ve manevi cebirin mağduru belirli bir suç fiilinde bulunmaya yöneltmek amacıyla uygulandığı ve bu nedenle madde hükmünde, "bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır" ibresinin bulunduğu, mağdurun kendisine cebir çeşitlerini uygulayanlara karşı işlediği suç fiillerini kapsamadığı yönündeki görüş ağır basmaktadır<sup>125</sup>.

Diğer taraftan, yukarıda da değinildiği gibi, maddi cebir ilk elde düşünülemez çünkü kadın fiilini işlerken fiziksel şiddet altında olmadığı gibi, bu bağlamda kadının uygulanan şiddetten kaçınma olanağı da vardır. Sadece yaşadığı ruhsal bozukluk yüzünden uygulanan şiddetten kurtulamayacağını sanmakta ve tepkilerini normal bir insan gibi ayarlayama-

---

<sup>121</sup> Bu konuda bkz. ÖZBEK, s.361 vd.

<sup>122</sup> HAFIZOĞULLARI, İstenemezlik, s.362 vd.; ayrıca bu konuda bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012.

<sup>123</sup> DRESSLER, S.470; ayrıca bkz. Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act, s.3,

<sup>124</sup> bkz.KÜÇÜKTAŞDEMİR, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012.

<sup>125</sup> bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012

maktadır. Bu paralelde kadının, süregelen fiziksel şiddetin etkisiyle ortaya çıkan muhakkak ve ağır bir korkutma, hatta kimi hallerde tehdit(örneğin ilişkiden ayrılırsa öldürülebileceği gibi)altında, manevi cebir<sup>126</sup> etkisiyle suçu işlediği öne sürülebilirse de, yukarıda değindiğimiz gibi 28.maddesinin ikinci cümlesinin düzenleniş şekli, hükmü bu açıdan yorumlamayı zorlaştırmaktadır<sup>127</sup>.

Yine de Türk Ceza Kanunu bağlamında, örselenmiş kadın sendromunu kusurluluğu kaldıran bir hal olarak ele alabileceğimiz son bir düzenleme daha vardır. Bu düzenleme, Kanunun, failin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşmasını düzenleyen 27.maddesinin 2.fıkrası hükmüdür.

### **C. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMU TÜRK CEZA HUKUKUNDA UYGULAMA ALANI BULABİLİR Mİ?**

Örselenmiş kadın sendromunu çeşitli boyutlarıyla yazı boyunca ele aldıktan sonra Türk Ceza Hukukuna uygulanamayacağı düşünülebilirse de, bu başlıkta soruya vereceğimiz yanıt yine de hayırdır. Çünkü örselenmiş kadın sendromu Türk Ceza Kanunu bağlamında, beklenemezlik ilkesi uygulanarak mazeret nedeni olarak ele alınabilir. Bunun aşağıda değineceğimiz iki yolu vardır.

Örselenmiş kadın sendromunun beklenemezlik ilkesi bağlamında ele alınmasının birinci yolu, beklenemezlik ilkesi bağlamında manevi cebirin düzenlendiği TCK 28.maddesi hükmünün kıyasen ele alınmasıdır. Çünkü TCK 28.madde hükmünün beklenemezlik ilkesini içeren bir hüküm olarak, bu ilke kapsamındaki diğer hükümlerin "ratio"sunu oluşturduğu, genel hükümler söz konusu olduğunda lehe kıyasın mümkün olduğu söylenebilir<sup>128</sup>. Gerçekten de yukarıda değinildiği gibi, manevi cebri düzenleyen TCK 28.maddesi hükmünün lafzından, her ne kadar manevi cebir al-

<sup>126</sup> Aslında, travma sonrası stres bozukluğu, hem failin tepkilerini kontrol etmesini güçleştirerek irade serbestisini azaltmakta, hem de bozukluğun etkisiyle yaşadığı anksiyete bozukluğunun veya daha ileri durumlarda yoğun depresyonun sonucu olan çaresizlik duygusu kendisinden başka türlü davranmasını beklememizi güçleştirmektedir. Bu bağlamda, manevi cebir teorisi veya psikolojik teori için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s.139; ayrıca manevi cebir teorisinin daha çok içtihat hukuku sisteminde uygulandığıyla ilgili olarak bkz. EREM, s.37

<sup>127</sup> Örselenmiş kadın, kocasının korkutma ve tehditleriyle başka bir suç fiili işlerse, örneğin hırsızlık gibi, şüphesiz TCK'nın 28.maddesi hükmünden yararlanabilir.

<sup>128</sup> HAFIZOĞULLARI, İstenemezlik, s.369

tındaki kişinin, cebri uygulayan kişi dışındaki üçüncü kişilere karşı işlediği suçlar bakımından geçerli olduğu düşünülebilirse de, maddenin ikinci cümlesi örselenmiş kadın için uygulanmasına doğrudan bir engel taşımamaktadır. Tersini düşünülebilirse bile, bu 28.maddenin kıyasen uygulanmasını engellemeyecektir. Böylelikle, örselenmiş kadının, kendisine düzenli fiziksel şiddet uygulayan ve bu vasıta ile ruhsal sağlığını bozarak kendisini manevi cebir altında bırakan partnerine karşı işlediği fiil de 28.madde bağlamında değerlendirilebilecektir<sup>129</sup>.

Biz ikinci yol olarak ise, örselenmiş kadın sendromu vakalarında, Türk Ceza Kanununun "Sınırın Aşılması" başlıklı 27.maddesinin 2.fıkrası bağlamında uygulama alanı bulabileceğini düşünüyoruz. TCK'nın 27.maddesinin 2.fıkrası hükmüne göre, meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. Örselenmiş bir kadının meşru müdafaada sınırı aştığını ve bunu mazur görülebilecek bir korkuyla yaptığı rahatlıkla söylenebilir.

Yasal savunmada savunmanın gerekliliği ve saldırının mevcudiyeti şeklinde iki sınırın bulunduğu ve bu bağlamda sınırın aşılmasının intensif (oranda-araçta) ve extensif (zamanda) olmak üzere iki şekilde olabileceği öğretilmiş ve belirtilmiştir<sup>130</sup>. Örselenmiş kadının, kendisini döverek defalarca yaralayan kocasını öldürerek, saldırıya göre ölçüsüz bir savunmada bulunduğu ilk bakışta ifade edilebilirse bu doğru olmayacaktır. Çünkü, araçta oranın saptanmasında, aracı kullananın özelliklerinin dikkate alınışı ve bu bağlamda kadının erkeğe göre fiziksel olarak güçsüz oluşu, bu ifadedeki savı zayıflatmaktadır. Bu yüzden, örselenmiş kadın asıl olarak zamanda sınırı aşmaktadır. Zamanda sınırın aşılması, saldırının bitmesinden sonra savunma hareketinin yapılmasını ifade etmektedir<sup>131</sup>. Örselenmiş kadın, yasal savunmada sınırı aşmakla aslında bir suç işlemektedir ama mazur görülebilecek korku, heyecan ve telaşla sınırı aştığı için kendisine kusur isnadında bulunulamaz. Böylelikle cezalandırılmayacaktır.

Travma sonrası stres bozukluğu yaşayan örselenmiş bir kadının, yani ruhsal sağlığı yerinde olmayan bir kişinin mazur görülebilecek bir telaş,

---

<sup>129</sup> Maddi cebir ve manevi cebir ayrımı için ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2008, s.214

<sup>130</sup> DEMİRBAŞ, s.310 ve 311.

<sup>131</sup> DEMİRBAŞ, s.311.

koru veya heyecan için bulunduğu açıktır. Bu nedenle, yasal savunmada sınırın aşılması halinde, örselenmiş kadının suç fiili hukuka aykırı olup, failin cezalandırılmamasının nedeni, içerisinde bulunduğu yoğun ruhi karışıklık sebebiyle kendisine kusur isnadında bulunulamamasıdır<sup>132</sup>. Böylelikle TCK'nın 27/2.maddesi hükmü kusurluluğu kaldıran bir neden olara karşımıza çıkmakta ve örselenmiş kadın sendromu bu hüküm içinde hayat bulabilmektedir.

#### **D. ÖRSELENMİŞ KADIN SENDROMUNDA İSPAT SORUNU**

Örselenmiş kadın sendromu söz konusu olduğundan en önemli ispat aracı uzman bilirkişi görüşüdür<sup>133</sup>. Ancak bu sayede, aile içi şiddete ilişkin kanıtlar ve şiddetin mağdurun psikolojisinde yarattığı etkiler ortaya çıkarılabilir<sup>134</sup>. Böylelikle, suçlanan kadının yaşadığı şiddet tecrübesi ve eylemlerinin sosyal ve psikolojik bağlamdaki nedenlerine ve yerine ancak bu şekilde ışık tutulabilir.

Örselenmiş kadın sendromunu yaşamamanın birinci şartı süregelen bir şiddet yaşamaktır. Bu nedenle mahkeme ilk olarak kadının aile içinde veya dışında duygusal ilişki yaşadığı partneri tarafından şiddet görüp görmediğini araştırmalıdır. Kadının şiddet gördüğü anlaşılırsa, görülen şiddetin sıklığı ve ağırlığı tespit edilmeye çalışılmalıdır. Bu bağlamda uzman bilirkişi raporu, kadının vücudundaki uygulanan şiddetin izlerini tespit edebilir ve uygulanan şiddetin ağırlığı hakkında bilgi verebilir. Ek olarak, tanık anlatımları da kadının gördüğü şiddetin ağırlığı ve sıklığı hakkında bilgi verebilecektir.

Kadının ruhi durumuyla ilgiliyse uzman bilirkişi DSM IV aracılığıyla, travma sonrası stres bozukluğunun belirli semptomlarını saptamakla yetinecektir. Burada esas olan, hastalığın tanısı olmayıp kişinin suçu işlediği sırada hastalığın semptomlarını taşımasıdır<sup>135</sup>. Böylelikle kadının üze-

<sup>132</sup> DEMİRBAŞ, s.313.

<sup>133</sup> bkz. BRADFIELD, Rebecca, "Understanding the Battered Woman Who Kills Her Violent Partner-The Admissibility of Expert Evidence of Domestic Violence in Australia", *Psychiatry, Psychology and Law*, V.9:2, (177-199), 2002

<sup>134</sup> bkz.BOTTALICO/BRUNI, Post Traumatic Stress Disorder, Neuroscience, and the Law", *International Journal of Law and Psychiatry*, V.35, (pp.112-120), 2012

<sup>135</sup> Bkz. ÖZKAN/HAKERİ, Ceza Hukukunda Ruhsal Bozukluklar", ([http://www.medeni-yet.edu.tr/1998\\_KHUKA\\_ceza\\_hukuku\\_ve\\_ruhsal\\_bozukluklar.html](http://www.medeni-yet.edu.tr/1998_KHUKA_ceza_hukuku_ve_ruhsal_bozukluklar.html) Erişim Tarihi: 21.10.2014, 12:05)

rinde manevi cebir ve etkileriyle ilgili net bir değerlendirme yapılabilecektir. Bu noktada, hem örselenmiş kadının vücudundaki yaralanmaların tespiti, hem de örselenmiş kadının ruhsal sağlığı hakkında konulacak tanı, Adli Tıp Kurumunca sağlanabilir. Elde edilen bu deliller bilimsel ve bir o kadar da örselenmiş kadının ruhsal durumunu açık bir şekilde yansıtacak nitelikte olacaktır.

Örselenmiş kadının, gördüğü şiddetin süresi ve yoğunluğu, travma sonrası stres bozukluğunun semptomlarının taşıyıp taşımadığına ve somut olayın koşullarına göre, kadının durumu değerlendirilecek ve vicdani kanaatine göre karar verecek hakim olacaktır<sup>136</sup>.

### SONUÇ

Örselenmiş kadın sendromu aile içi şiddetin yoğun olarak yaşandığı toplumlarda mağdur olan kadınların ruhsal durumlarının anlaşılmasına yardımcı olmuştur. Diğer yünden bu kavram, toplumumuzda sıklıkla şiddetin mağduru kadınlar açısından Türk yargı organlarının daha sağlıklı kararlar vermesi için yön gösterici olabilir.

Türk Ceza Hukuku açısından, örselenmiş kadın sendromunun, bekleme ilkesi kapsamında, Türk Ceza Kanununun 28.maddesinin lehe kıyasen ele alınmasıyla veya 27.maddesinin 2.fıkrası bağlamında uygulama alanı bulabileceğini düşünüyoruz.

Örselenmiş bir kadının ruhsal ve fiziksel koşulları nedeniyle, meşru müdafaa sınırı aştığı ve bunu stres sonrası travma bozukluğu nedeniyle mazur görülebilecek bir korkuyla yaptığı rahatlıkla söylenebileceği gibi, gördüğü yoğun ve devamlı şiddeti onda manevi cebir oluşturduğu da ifade edilebilir.

Kavramın ceza hukuku açısından asıl önemiye tıp ve psikoloji gibi diğer bilim alanlarındaki bulgu ve teorilerin, rahatsızlıkların ceza hukuku doktrininde yol açabileceği değişim ve ilerlemeler için önemli bir tartışma konusu teşkil etmesidir.

---

<sup>136</sup> bkz.FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002.

**KAYNAKÇA**

- AKERSTRÖM**, Malin, "PolicePersuasion: MakingBatteredWoman File A Complaint", International Journal of Law, PolicyandtheFamily, Vol.12, (pp.62-73), 1998
- ALLEN**, Michael, Textbook On CriminalLaw, 8th Edition, Oxford UniversityPress, UK, 2005
- ARAT**, Necla, "Feminist Hukuk", İstanbul Üniversitesi Dergileri, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iukad/article/download/1023000335/1023000326>)
- AYDIN**, Devrim, "Yeni Türk Ceza Hukukundaki Haksız Tahrik", AÜHFD, C.54, S.1, (225-253), 2005
- BAKER**, Helen, "ConstructingWomanWhoExperience Male Violence: Criminal Legal DiscourseandIndividualExperiences", Liverpool LawReview, V.29, (pp.123-142), 2008.
- BAYINDIR**, Sinan, "Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi, S. 9:99, 2011. (<http://humanrightsandcriminallaw.blogspot.com.tr/2012/03/turk-ceza-hukukunda-akil-hastaligi-ve.html> Erişim Tarihi: 21.10.2014 11:09)
- BIGGERS**, J.R, "A Dynamic Assesment of the Battered Woman Syndrome and Its Legal Relevance", Journal of Forensic Psychology Practice, V.3:3, (1-22), 2008
- BOTTALICO**, Barbara/**BRUNI**, Tommaso, "Post Traumatic Stress Disorder, Neuroscience, and the Law", International Journal of Law and Psychiatry, V.35, (pp.112-120), 2012
- BRADFIELD**, Rebecca, "Is NearEnoughgoodEnough? WhyIsn't Self-DefenceAppropriatefortheBatteredWoman", Psychiatry, PsychologyandLaw, Vol. 5:1, (71-85), 1998
- BRADFIELD**, Rebecca, "UnderstandingtheBatteredWomanWhoKills Her Violent Partner-TheAmisibility of ExpertEvidence of DomesticViolence in Australia", Psychiatry, PsychologyandLaw, V.9:2, (177-199), 2002
- BROWN**, Linda R. , "Admissibility of ExpertTestimony on theSubject of BatteredWoman", CriminalJusticeJournal, V.4/1, (161-179), 1980
- CALLAHAN**, Renee, "WillThe Real BatteredWomanPleaseStandUp? InSearch Of a Realistic Legal Definition of a Battered Women Syndrome", Journal of GenderandtheLaw, Vol. 3 , (p.117-152), Fall 1994
- CENTEL**, Nur, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", Polis Dergisi, S.44, 2005, (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>)

- COOKSON**, Cara, "ConfrontingOurFear: Legislating Beyond BatteredWomanSyndromeandTheLaw of Self Defense in Vermont", *VermongLawReview*, Vo. 34, (pp.415-447), 2009
- DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Seçkin, 2009, Ankara
- DIXON**, Joe, W., An Essay On BatteredWomanSyndrome, (<http://www.psychologyandlaw.com/BWS%20Essay%20.htm>)
- DOWD**, Micheal, "DispellingtheMythsAboutthe 'BatteredWoman'sDefense:' Towards A New Understanding", *Fordham Urban LawJournal*, V.9, I.3, A.2, (567-583), 1992
- DOWNES**, Donald, *MoreThanVictims: BatteredWomen, TheSyndromeSocietyandtheLaw*, University Of Chicago Press, 1996
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku", Genel Kısım, Cilt 2, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1974
- DRESSLER**, Joshua, "BatteredWomenandSleepingAbusers: SomeReflections", *Ohio StateJournal of CriminalLaw*, V. 3, (457-471), 2006
- DURŞUN**, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, Y.2014, S.2, (s. 203-252), 2014
- ELLIOT**, Catherine/**QUINN**, Francis: *CriminalLaw*, 4th Edition, PearsonEducation Limited, UK, 2002
- EREM**, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, Cilt 2, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974
- ERSEVER**, Hakan, "Öğrenilmiş Çaresizlik", *AÜEBFD*, Cilt. 26, S.2, (622-631) 1193, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/497/5903.pdf>)
- FAIGMAN**, David, "TheBatteredWomanSyndromeand Self Defense: A Legal andEmpiricalDissent", *Virginia LawReview*, Vol.72:619, (p. 619-647), 1986.
- FEYZİOĞLU**, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin, Ankara, 2002.
- FOLLINGSTAD**, Diane, "ForesenicEvaluations of BatteredWomenDefendants: Relevant Data to be AppliedtoElements of Self Defense", *Applied&PreventivePsychology*, V.5, (pp.165-178), USA, 1996
- FRANCIS**, Tony, "TheVerdict Is In", *Medscape*, (<http://boards.medscape.com/forums/?128@@.2a54d936!comment=1>, Erişim Tarihi, 11.10.2014, 01:27)
- GÜNGÖR**, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin, Ankara, 2007.
- GÜRİZ**, Adnan, *Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk*, Phoenix, Ankara, 2011
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", *AÜHFD*, C.57, S.3, (338-360)

- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010**
- heDiagnosticand Statistical Manual of Mental Disorders, **DSM IV**, American Psychiatric Association, (<http://justines2010blog.files.wordpress.com/2011/03/dsm-iv.pdf>)
- HUGHES, Paul, "Paternalism, Battered Women, and the Law", Journal of Social Philosophy, Vol.30, No.1, (pp.18-28), 1999**
- KAUFMAN, Whitley R.P., "Self Defense, Imminence, and the Battered Woman", New Criminal Law Review, Vol.1, No.3, (pp.342-369), 2007.**
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Seçkin, Ankara, 2012**
- MERAKLI, Serkan, "Mazeret Nedenlerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl.5, S.12, 2010**
- OGLE, Robin S./JACOBS, Susan, Self-Defenseand Battered Women Who Kill, Parager, USA, 2002**
- O'KEEFE, Maura, "Posttraumatic Stress Disorder Among Incarcerated Battered Women: A Comparison of Battered Women Who Killed Their Abusersand Those Incarcerated for Other Offenses", Journal Of Traumatic Stress, Vol.11, No.1, (71-85), 1998**
- ÖZBEK, Veli Özer, et. al., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2011**
- ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin, Ankara, 1995**
- ÖZGENÇ, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2012.**
- ÖZKAN, Mustafa/HAKERİ, Hakan, "Ceza Hukukunda Ruhsal Bozukluklar", ([http://www.medeniyet.edu.tr/1998\\_KHUKA\\_ceza\\_hukuku\\_ve\\_ruhsal\\_bozukluklar.html](http://www.medeniyet.edu.tr/1998_KHUKA_ceza_hukuku_ve_ruhsal_bozukluklar.html) Erişim Tarihi: 21.10.2014, 12:05)**
- RIX, Keith, "'Battered Woman Syndrome' and the Defence of Provocation: Two Women With Something Mor In Common", The Jorunal of Foresenic Psychiatry, Vo.12:1, (131-149), 2001**
- RUSSEL, Brenda L., Battered Women Syndrome As a Legal Defense, History Effectivenessand Implications, McFarland, USA, 2010**
- SANCAR, Türkan, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin, Ankara, 2013.**
- SLOBOGIN, Christopher, "Psychological Syndromes and Criminal Responsibility", Annual Review of Social Science, V.6, (109-127), 2010**
- SMITH, John/HOGAN, Brian, Criminal Law Cases&Materials, 7th Edition, Butterworths, UK, 1999**



- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 1998
- STUCKLE**, Paul, "A Criminal Defense Attorney's View of the Domestic Violence Industry" Equal Justice Foundation, (<http://www.ejfi.org/DV/dv-20.htm>) Erişim Tarihi: 10.10.2014, 15.44)
- ŞENYUVA**, Gülçin/**YAVUZ**, Fatih, "Fiziksel Şiddet Olgularında Travma Sonrası Stres Bozukluğunun Değerlendirilmesi", Adli Tıp Dergisi, S.23-1, (s.1-14), 2009
- TAŞKIN**, Ozan Ercan, "Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 7, Sayı: 20, (s.43-58), Aralık 2012
- TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, **Aile İçi Şiddetin Sebep ve Sonuçları**, Ankara
- The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials; **Report Responding to Section 40507 of the Violence Against Women Act**, (<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/batter.pdf>)
- TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2008
- Travma Sonrası Stres, Ruhsal Travmanın Etkileri ve Çareleri, Hasta Yakınları İçin Rehber**, Türkiye Psikiyatri Derneği (<http://www.psikiyatri.org.tr/pagepublic.aspx?menu=24>)
- ÜNER**, Sunday/**YÜKSEL**, İlnur/**KOÇ**, İsmet/**ERGÖÇMEN**, Banu/**TÜRKYILMAZ**, Ahmet, "Sonuçlara Genel Bir Bakış", Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Ankara, 2009, s.185 ([http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/eski\\_site/tdvaw/doc/Ana\\_Rapor\\_Mizan\\_1.pdf](http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/eski_site/tdvaw/doc/Ana_Rapor_Mizan_1.pdf))