

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XII

SAYI: 2

YIL: 2017

ARALIK – 2017
KAYSERİ

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Fatma İLHAN

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZİ - KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi</u> : ARALIK 2017

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj:

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZİ - KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. 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, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayımlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri evrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Cengiz GÜL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN
Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Mustafa UYANIK

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Murat DOĞAN Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU
Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU Arş. Gör. Mustafa UYANIK

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Şükran AKGÜN, Yrd. Doç. Dr. Gündüz Alp ASLAN, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Aynur HASOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Yrd. Doç. Dr. Aslı NANECİ ARICI, Yrd. Doç. Dr. Selman ÖZDAN, Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN, Yrd. Doç. Dr. Gülten ŞİŞMAN, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Büşra BEYDÜZ, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Allı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Merve Nur YILMAZ, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE

Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/ III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi.....1

Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU

Türk Spor Hukuku'nda "Refakatçi Çocuk".....43

Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE

İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler.....55

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM

Namus Cinayetlerinin Türk ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....83

CONTENTS

PRIVATE LAW

Asiss. Prof. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE

The Consideration Of Relationship Between Organisation Liability (TCO Art. 66/III) And Hazard Liability (TCO Art. 71).....1

Res. Asst. Hakkı Mert DOĞU

“Accompanying Child” In Turkish Sports Law.....43

Res. Asst. Aydın Alber YÜCE

Some Innovations Brought By The Swiss Draft Of Revision Of Joint Stock Companies Regarding The Capital And The Shares.....55

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM

An Analysis Of Tribal Decisions In The Perspective Of Turkish And İslamic Criminal Law.....83

Özel Hukuk/ Private Law

ORGANİZASYON SORUMLULUĞU (TBK m. 66/III) VE TEHLİKE SORUMLULUĞU (TBK m. 71) İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÜNLÜTEPE**

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 66/III hükmü, bir kursuz sorumluluk ve işletmesel alandaki genel sorumluluk düzenlemesi niteliğinde olmak üzere, organizasyon sorumluluğunu (işletme sorumluluğu) öngörür. TBK m. 71 ise genel tehlike sorumluluğunu düzenleme altına alır. Organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu, farklı türdeki işletmeler temel alınarak oluşturulmuştur ve sorumlu kişiler farklı olarak belirlenmiştir. Diğer yandan, sorumlulukların aynı olayda yarışması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmanın amacı, söz konusu iki sorumluluk arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Adam çalıştırmanın sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu, organizasyon sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, işletme sorumluluğu, organizasyon, çalışma düzeni, organizasyon eksikliği, özen yükümlülüğü.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
Makale Geliş Tarihi: 07.10.2017
Makale Kabul Tarihi: 30.11.2017

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations No. 6098 (TCO) Art.66/III issues organisation liability (enterprise liability) which is a strict liability and general liability regulation in enterprise area. TCO Art. 71 sets forth general risk liability. Organisation liability and hazard liability are based on different kind of enterprises and liable persons are determined differently. The issue of contest of liabilities at the same event arises. The aim of this study is to present the relationship between two stated liabilities.

Keywords: Vicarious liability, common strict liability, organisation liability, hazard liability, general risk liability, enterprise liability, organisation, defect of organisation, duty of care.

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) hükümleri ile haksız fiil hukuku kapsamında özellikle kusursuz sorumluluk alanında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda² (eBK) yer almayan kusursuz sorumluluk halleri kabul edilmiştir. Bu kapsamda, yürütülen işletme faaliyetlerinin sebep olduğu zararlar göz önünde bulundurularak, tayin edilen hükümler ile işletmesel alanda sorumluluğun ağırlaştırılması yoluna gidilmiştir. Böylelikle, TBK m. 66/III hükmünde organizasyon sorumluluğu (işletme sorumluluğu); TBK m. 71 hükmünde de tehlike sorumluluğu düzenleme altına alınmıştır.

TBK'nin haksız fiiller alanındaki yeniliklerinin temel kaynağını, WIDMER/WESSNER tarafından hazırlanan ve İsviçre'de yasalaşmamış bulunan, *"Sorumluluk Hukukunun Yeniden Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Federal Kanun Ön Tasarısı"* [Haftpflichtgesetzes-Vorentwurf eines Bundesgesetzes über Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (VE-OR)] oluşturmaktadır³. VE-OR Art. 49a hükmü, organizasyon sorumluluğuna; VE-OR Art. 50 hükmü ise tehlike sorumluluğu düzenlemesine dayanak teşkil etmiştir.

TBK m. 66/III ile *"Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür."* düzenlemesine yer verilirken; TBK m. 71/1'de de *"Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur."* hükmü kabul edilmiştir.

Söz konusu sorumluluk düzenlemeleri nazara alındığında, işletme faaliyetlerinin tehlikeli olup olmaması bakımından ayırım yapılması ve

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ 4.2.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG.

² 8.5.1926 tarihli ve 366 sayılı RG.

³ VE-OR için bkz. <http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gezets-gebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf> (E.T.: 29.11.2014).

buna göre, farklı esaslara bağlanması suretiyle işletmeler bakımından kusursuz sorumluluğun uygulama alanı önemli ölçüde genişletilmiştir. Buna göre, daha geniş düzenlemelerle, hâkimlerin yorum araçlarıyla bu düzenlemelerin içini doldurması gerektiği benimsenmiştir⁴. Bu çerçevede, organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu hükümleri karşısında, kusur sorumluluğu ilkesinin önemli ölçüde zayıflamış olduğunun ve buna göre, mümkün olduğunca zararın, kusuru bulunmasa da bir başkasına aktarılmasının sağlanması eğiliminin bulunduğu görülmekte olup; TBK sistemi, kusursuz sorumluluğu, kusur sorumluluğu karşısında, en az onun kadar güçlü bir ilke olarak kabul etmiştir⁵. İşletmeler bakımından kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılması yoluna gidilmiştir⁶.

İncelememiz çerçevesinde, organizasyon sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasındaki ilişki bakımından, sorumlulukların benzer ve farklı yönleri ile iki sorumluluğun birbiriyle yarışıp yarışamayacağı sorunu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. Organizasyon Sorumluluğu ve Tehlike Sorumluluğunun İşletmesel Esasa Dayanması (Sorumlulukların Uygulama Alanlarının Belirlenmesi)

Organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66/III ve 71 hükümlerinde, işletme kavramına yer verilmekle işletmeyi temel alan düzenlemeler öngörülmüş olup; her iki sorumluluk hükmü uygulama alanı yönüyle benzerlik taşımaktadır. Bu anlamda, işletmelerin tehlike arz edip etmediği göz önünde bulundurulmak suretiyle iki farklı sorumluluk hükmüyle kusursuz sorumluluk belirlenmiştir.

⁴ **Gökhan ANTALYA**, "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme", Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, LHD, Yıl: 3, Sayı: 34, Ekim 2005, s. 3633. Ayrıca bkz. **Ayşe HAVUTÇU**, "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme", Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, LHD, Yıl: 3, Sayı: 34, Ekim 2005, s. 3628.

⁵ **Mustafa ÜNLÜTEPE**, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul: Legal, 2016, s. 133.

⁶ **Kerem Cem SANLI**, "Kusursuz Sorumluluk Halleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, (Derleyen: İNCEOĞLU, Murat), İstanbul: XII Levha, 2012, s. 63-64.

İşletmenin, başkalarının mal veya hizmet ihtiyacını karşılamak üzere gelir sağlama amacına yönelik sürekli nitelikteki faaliyetin bağımsız organizasyonu olarak tanımlanması mümkündür ve bu kapsamda, gelir sağlama amacıyla, mal üretimi veya satışı ya da hizmetlerin sunulmasını gerçekleştirmek için işletilme ve mal veya hizmete ilişkin faaliyetin gerçekleştirilmesi için gerekli bulunan kişi ve/veya teknik unsurların bir organizasyon çerçevesinde, sürekli ve bağımsız olarak bir araya getirilmesi söz konusudur⁷.

İşletme; ticari işletmeyi, esnaf işletmesini ve serbest meslek faaliyetinin icra edildiği işletmeyi kapsayan üst kavram niteliğindedir⁸. Ekonomik faaliyet, kâr amacı bulunmasa da belirli bir bedel (ya da mal vb.) karşılığında, mal ya da hizmet sunulmasını ifade eder⁹. Bu çerçevede, işletme, en geniş anlamı ile ticari işletme, esnaf işletmesi ve serbest meslek faaliyetinin icra edildiği işletmeyi kapsayacak şekilde, gelir sağlama amacı, süreklilik ve bağımsızlık unsurlarını taşıyan organizasyonları ifade eder ve bu yönde, ekonomik veya mesleki amaçlı faaliyeti de kapsamına alır. İşletme, bir gerçek kişi tarafından işletilebileceği gibi; tüzel kişi tarafından da işletilebilir¹⁰. İşletmenin, yürüttüğü faaliyet bakımından

⁷ ÜNLÜTEPE, s. 223 vd..

⁸ Abuzer KENDİGELEN, ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul: Vedat, 2006, s. 137.

⁹ SANLI, s. 77; İbrahim AYDINLI, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara: Demiryol-İş Eğitim Yayınları, 2001, s. 16. Topluma yararlı olmak amacıyla karşılıksız olarak sürdürülen bir faaliyet bakımından da işletme faaliyetinin söz konusu olacağı yönünde bkz. Ali Naim İNAN/Özge YÜCEL, İNAN Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 420.

¹⁰ Pierre WIDMER/Pierre WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern: 2000, s. 129-130; Ahmet TÜRK-MEN, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu", İÜHF, Cilt: 70, Sayı: 2, 2012, s. 268. Hastane ve muayenehaneler bakımından, uyulması gerekli bulunan organizasyon yükümlülüklerinin ihlali ve bunun sebep olduğu organizasyon eksikleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar nedeniyle sorumlunun hastane işleteni ve muayenehane işleten hekim olduğu yönünde bkz. Çağlar ÖZEL/Doğan N. LEBLEBİCİ, "Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı: 2, 2007, s. 178-179, 183, 193-194. Muayenehane ortaklığı kavramı ve bu ortaklıkta hekimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Erhan TEMEL, "Alman Hukukunda Muayenehane Ortaklığı ve Ortak Muaye-

herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Sorumluluğun ortaya çıkmasında, faaliyeti yürüten işletmenin bir ticari işletme olması zorunlu değildir. Benzer şekilde, işletmenin ticaret siciline kayıtlı olması şart olarak değerlendirilmez ve ayrıca bir meslek odasına kayıtlı olması da aranmaz. Diğer yandan, işletmenin ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak kurulmuş ve faaliyeti yürüten bir işletme olması da gerekmez¹¹.

TBK m. 66/III hükmü, organizasyon sorumluluğunu (işletme sorumluluğu), işletme organizasyonuna (çalışma düzeni) ilişkin objektif özen yükümlülüğüne aykırılığına dayalı olarak¹², bir olağan sebep sorumluluğu¹³ şeklinde düzenleme altına almıştır¹⁴⁻¹⁵. Böylelikle, objektif nite-

nehane Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar", İÜHFM, Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009, s. 221 vd..

¹¹ İşletme hakkında açıklamalara ve benzer kavramlardan ayrılmasına ilişkin olarak bkz. ÜNLÜTEPE, s. 220 vd..

¹² Peter JÄGGI, "Diskussionsvotum am Schweizer Juristentag 1967", ZSR, Neue Folge, Band 86, Zweiter Halbband, 1967, s. 755; WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht, s. 131; Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, August 1991, s. 71; Sabah ALTAY, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul: Legal, 2012, s. 183-184; TÜRKMEN, s. 260; ÜNLÜTEPE, s. 146-147.

¹³ ÜNLÜTEPE, s. 207-208.

¹⁴ TBK m. 66/III hükmünde adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrı ve bağımsız bir organizasyon sorumluluğu getirildiği yönünde bkz. O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul: Beta, 2012, s. 552; İNAN/YÜCEL, s. 419; BÜYÜKSAGIŞ, "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", DEÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 8, dn. 20; Turgut ÖZ, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2012, s. 12; İpek SAĞLAM, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul: Legal, 2012, s. 168; TÜRKMEN, s. 261-262; ÜNLÜTEPE, s. 167.

¹⁵ Organizasyona özen yükümlülüğünün, klasik özen yükümlülüklerine ilave edilen dördüncü bir özen yükümlülüğü olduğu yönünde bkz. Nevzat KOÇ, "Genel Hükümler; Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri; Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri; Borçların İfası ve İfa Edilmemesinin Sonuçları; Zaman Aşımı; Teselsül", Çalışma Hayatı Açısında Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül

likteki işletme organizasyonuna özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması halinde, işletme faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan zarardan kusur mevcut olmasa da işleten (işletmede adam çalıştıran) sorumlu tutulur.

Organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkmasında göz önünde bulundurulacak sebeplerin, günümüz işletme yapılarının zarar riskini arttırması, menfaat-risk dengesi ve risk ilişkisi, ispat sorunu-işletme bünyesindeki zarar kaynağının belirlenmesinin zorluğu ve işletenin zarar riskine karşı tedbir alma olanağı olmak üzere dört başlık altında değerlendirilmesi mümkündür¹⁶. Söz konusu sebepler, TBK m. 66/III hükmü yanında; VE-OR Art. 49a, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Bölüm 2020 Tasarısı

2011, Ankara: TİSK, 2012, s. 72; **M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 10. Bası, İstanbul: Vedat, 2012, s. 145; **Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul: Vedat, 2015, s. 152-153; **Atilla ALTOP**, "Değerlendirme Konuşması", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul: Legal, 2012, s. 203-204; **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara: Turhan, 2016, s. 348; **İlhan HELVACI**, "Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler", HPD, Sayı: 4, Ağustos 2005, s. 104; **ALTAY**, s. 178 vd.; **Aydın ZEVKLİLER/Şeref ERTAŞ/Ayşe HAVUTÇU/Murat AYDOĞDU/Emre CUMALIOĞLU**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler, 2. Baskı, İzmir: 2013, s. 230; **SANLI**, s. 67; **Mesut Serdar ÇEKİN**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul: Oniki Levha, 2016, s. 148; **Alpaslan AKARTEPE**, "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler", EÜHFD, Cilt: XVI, Sayı: 1-2, 2012, s. 163; **Umut YENİOCAK**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul: XII Levha, 2011, s. 86; **Safa REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yirmibeşinci Bası, İstanbul: Beta, 2014, s. 187; **Turgut UYGUR**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: I, Ankara: Seçkin, 2012, s. 503; **Süleyman YILMAZ**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", AÜHFD, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, s. 565-566; **Ziya AHMEDOV**, Türk ve Azerbaycan Hukukunda Adam Çalıştıranın Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara: 2012, s. 149, 152. Uygulamada mevcut olan, özen yükümlülüğünün kanun hükmü haline getirildiği yönünde bkz. **Haluk BURCUOĞLU**, "Seminer: Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", İz. BD., Yıl: 77, Sayı: 2, Mayıs 2012, s. 41.

¹⁶ Organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkışında etki gösteren sebeplere ilişkin açıklamalar için bkz. **ÜNLÜTEPE**, s. 149 vd..

[Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020)] Art. 59 ve Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı [Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (öE)] § 1304 hükümleri ile Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları [Principles of European Tort Law (PETL)] Art. 4: 202 bakımından ortak niteliktedir ve böylece her bir sorumluluk hükmünün oluşturulmasında da esas teşkil etmiştir.

Organizasyon sorumluluğu düşüncesinin ortaya çıkardığı söz konusu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, işletmesel temelde, yürütülen faaliyetlerin ortaya çıkardığı zararlar bakımından, ağır bir sorumluluk dayanağı oluşturulması gerektiği kabul edilmiştir¹⁷. Belirtilen sorumluluk hükümlerinin merkezinde de bir işletme eksikliği yer alır; bu bakımdan, benzer nitelikte bir yapıdan hareket ederler¹⁸. Nitekim yürütülen faaliyetlerde, teknik araç ve malzemelerin yoğun kullanımı, zarar veren kusurlu davranışın belirlenmesinin güçleşmesi, makine ve araçların, bir kişinin davranışının zarara sebep olması ihtimalini azaltmış olması yönleriyle gelişmiş işletme ve işletme faaliyeti yapıları nedeniyle, gerek zararın ortaya çıkışının engellenmesi; gerekse de zarara uğrayan kişilerin, uğramış olduğu zararın sorumluya aktarılması bakımından, dayanak olarak görülen İsviçre Borçlar Kanunu [Schweizerisches Obligationenrecht (OR)] Art. 55 ve eBK m. 55 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu, 19. yüzyılın çalışma yapısını yansıtmaması nedeniyle, günümüz faaliyetlerinin yürütüldüğü işbölümü ve kararlar üzerine kurulu, kişi ve eşya unsurlarını bünyesinden barındıran işletme koşullarına elverişli ve tatmin edici sonuçlar sunmakta yeterli nitelikte görülmediğinden¹⁹, bir işletmenin organizasyon eksikliğinin sorumluluk sebebi olması gerektiği benimsenerek VE-OR Art. 49a hükmü oluşturulmuş;

¹⁷ **Helmut KOZIOL**, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien: Jan Sramek, 2010, s. 252.

¹⁸ **Pierre WIDMER**, "Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes", Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, GRISS/ KATREIN/ KOZIOL (Hrsg.), Wien/Newyork: Springer, 2006, s. 138.

¹⁹ **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 67; **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 53-54, 125; **Heinrich HONSELL**, "Die Haftung für Hilfspersonen", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)-national global comparative (Band II), BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (Hrsg.), Bern: Stämpfli, 2011, s. 785; **ALTAY**, s. 180; **TÜRKMEN**, s. 257.

TBK m. 66/III hükmüyle de işletene, işletmenin başkalarının zarara uğramasını engelleyecek nitelikte bir organizasyon kurmak yükümlülüğü yüklenmiştir²⁰. İşletme faaliyetinin söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişilerin işletme faaliyeti nedeniyle uğramış oldukları zararın tazmin edilmesinde, kurtuluş kanıtı getirmek imkânı tanınmış; ancak özen yükümlülüğünün kapsamı arttırılarak, kurtuluş kanıtı getirilmesinin zorlaştırılması yoluyla işletmeler bakımından sorumluluk ağırlaştırılmıştır²¹.

Benzer şekilde, TBK m. 66/III yanında; işletme sorumluluğuna ilişkin PETL Art. 4: 202, öE § 1304 ve OR 2020 Art. 59 hükümleri de VE-OR Art. 49a hükmünden esinlenilerek kaleme alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler, işletmeler/ticari işletmeler bakımından, aynı amaçla, iş sahibinin/adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız bir sorumluluk önermektedir. Nitekim, özen yükümlülüğünün ihlaline dayalı olarak, yardımcı kişinin fiilinden bağımsız şekilde, işletmelerin etki alanında yer alan zarar risklerinin gerçekleşmesine ilişkin risk sorumluluğu, işletmenin organizasyonuna özen yükümlülüğüne bağlı bir kurtuluş kanıtı ile birleştirilmiştir²².

VE-OR Art. 49a hükmünde, "*ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmede, bir veya daha fazla yardımcı kişiden yararlanan kişi*" ibaresine yer verilirken; TBK m. 66/III'te "*işletmede adam çalıştıran*" ifadesi tercih edilmiş; VE-OR Art. 49a'da yer alan "*ekonomik*

²⁰ Organizasyon sorumluluğun işletmeler ile sınırlandırılmasının yerinde olduğu yönünde bkz. ÜNLÜTEPE, s. 228-229.

²¹ **Pierre WIDMER/ Pierre WESSNER**, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkomentar, s. 14; **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 128; **Urs BERTSCHINGER**, "*Organisationshaftung-Eine Schweizer Perspektive*", Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart: 1999, s. 178; **Abdülkadir ARPACI**, "*Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler*", İstanbul Barosu, SEM, Staj Eğitim Merkezi, Cumartesi Forumları-4, 2. Basım, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 59; **SAĞLAM**, s. 168; **ALTAY**, s. 180; **SANLI**, s. 63, 67-68; **Doğan ŞENYÜZ**, Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Bursa: Ekin, 2011, s. 93; **Tuba AKÇURA KARAMAN**, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul: Vedat, 2008, s. 104.

²² **Kai WANTZEN**, Unternehmenshaftung und Enterprise Liability, Zur Idee unternehmensbezogener Schadenshaftung als Quasi-Versicherung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, s. 27.

veya mesleki amaçla faaliyette bulunan" ibaresi, hükme alınmamıştır. OR 2020 Art. 59'da ise bu kavram, "ticari işletme" olarak benimsenmiştir. öE § 1304'te, "ekonomik veya mesleki amaçla bir işletmeyi işleten kişi" ibaresi yer alırken; PETL Art. 4: 202 hükmünde de "ekonomik ya da mesleki amaçla süreklilik arz eden işletme faaliyetini yardımcı kişiler veya teknik ekipman kullanarak yürüten kişi" ifadesine yer verilmiştir. Bu çerçevede, TBK m. 66/III ve VE-OR Art. 49a, OR 2020 Art. 59 hükmüne nazaran, daha geniş bir uygulama alanına sahiptir²³.

TBK m. 71 hükmünde VE-OR Art. 50 hükmünden hareketle eBK'den farklı olarak, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından genel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüştür²⁴. Böylelikle, tehlike esasına dayanan, soyut ve genel bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir²⁵. Bu bakımdan, hüküm ile esas olarak tehlike esasına dayanan

²³ **Walter FELLMANN/ Christoph MÜLLER/ Franz WERRO**, Art. 46-63, Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, HUGUENIN/HILTY (Hrsg.), Zurich/Basel/Genf: 2013, OR 2020 Art. 59, Nr. 2.

²⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 185; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 643; **Gökhan ANTALYA**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli", HPD, Sayı: 4, Ağustos 2005, s. 72; **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara: Yetkin, 2017, s. 667-668; **Haluk N. NOMER**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul: Beta, 2011, s. 114; **Güzin ÜÇİŞİK**, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: 2009, s. 140; **Şaban KAYIHAN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s. 264; **ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU**, s. 234; **KILIÇOĞLU**, s. 380-381; **Mehmet ERDEM**, "TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul: Legal, 2012, s. 215; **ÇEKİN**, s. 115 vd..

²⁵ TBK m. 71/III hükmü ile belirli tehlikeli hallere ilişkin olarak mevcut bulunan özel düzenlemelerin saklı olduğu öngörüldüğünden, özel kanunlarda bir tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmaması halinde, TBK m. 71 hükmü uygulama alanı bulur. Özel kanunlardaki tehlike sorumluluğu hükümleri, öncelikle uyumsuzluğa tatbik edilir. Tehlike sorumluluğunun, genel hükümlerle düzenlenmiş olması, özel kanunlar ile tehlike sorumluluğu öngörülmesine engel teşkil etmez. Bkz. **ÜÇİŞİK**, s. 143; **ERDEM**, s. 216; **Erden KUNTALP/Nami BARLAS/Ahu AYANOĞLU MORALI/Pelin ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/Mehtap İPEK/Mert YAŞAR/Sedef KOÇ**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul: Beta, 2005, s. 47; **SANLI**, s. 73; **M. Refik KORKUSUZ**, "Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı"

bütün sorumluluklar değil; tehlike sorumluluğunun genel ilkesini düzenleme altına almıştır²⁶. Genel gerekçede de tehlike sorumluluğuna ilişkin özel kanuni düzenleme yapılması beklenmeksizin, gerektiğinde mahkeme kararlarıyla, tehlike sorumluluğunun kabulünün mümkün kılınmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. TBK m. 71 hükmü doktrinde eleştiriye konu edildiği gibi²⁷; tehlike sorumluluğunun, istisna olmaktan çıkarılarak genel bir hükümlerle düzenlenmesinin olumlu karşılandığı da görülmektedir²⁸.

sında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi", DÜHFD, Sayı: 16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, s. 44; **M. Refik KORKUSUZ**, "Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: 2009, s. 207; **Ayça AKKAYAN-YILDIRIM**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Turu Olarak Tehlike Sorumluluğu", İÜHF, Cilt: 70, Sayı: 1, 2012, s. 206-207.

²⁶ **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 643; **ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU**, s. 234; **KILIÇOĞLU**, s. 381; **KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ**, s. 46; **REİSOĞLU**, s. 197. TBK m. 71 hükmüne ilişkin gerekçe ve genel gerekçede de İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğuna ilişkin birçok özel kanunun bulunduğu ve hukukumuzda yeterli yasal düzenlemelerin olmaması nedeniyle tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin kabul edilmesi yoluna gidildiği ifade edilmiştir.

²⁷ Tehlike sorumluluğunun genel bir ilke olarak düzenlenmesinin, hâkime açık bir çek verilmesi niteliğinde olduğu ve kusur sorumluluğu ilkesi yerine, takdiri kusursuz sorumluluk kuralının ikame edilmesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. **Hüseyin HATEMİ**, "Borçlar Hukuku'nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara: Seçkin, 2006, s. 229; **Hüseyin HATEMİ**, "Borçlar Kanunu Tasarısı Olgunlaşmadan Kanunlaşmamalıdır", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul: XII Levha, 2011, s. 118, 121. Ayrıca bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 154. Tehlike sorumluluğunun, TBK m. 71 hükmünde genel bir kuralla düzenlenmiş olması nedeniyle, kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesi ve yeni tehlike sorumluluğu hallerinin kabul edilmesi sonucunun ortaya çıkacağına ilişkin olarak bkz. **ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU**, s. 226. Benzer şekilde, tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin, istisnai nitelikteki kusursuz sorumluluğun, sınırları ve koşulları belirsiz bir sorumluluk haline gelmesi sonucunu doğurabileceği ve kusuru, haksız fiil sorumluluğunun bir şartı olmaktan çıkarabileceği yönünde bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 381. Aynı yönde bkz. **Elif AYDIN ÖZDEMİR**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Ankara: Adalet, 2013, s. 19 vd..

²⁸ **Cevdet YAVUZ**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk' Halleri ve İlkeleri", MÜHF-HAD, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 61; **ÜÇİŞİK**, s. 142-143; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 644; **Gökhan ANTALYA**, "Sorumluluk

Tehlike sorumluluğu, TBK Tasarısı'nın 66. maddesinden²⁹ farklı olarak, işletmeler³⁰ bakımından öngörülmüştür³¹⁻³². Dolayısıyla, sorumlu-

Hukukunda Yeni Gelişmeler", MÜHF-HAD, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 76; **EREN**, Borçlar Genel, s. 521; **ERDEM**, s. 214-215; **KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ**, s. 47; **YILMAZ**, Sebep Sorumlulukları, s. 571, 574.

²⁹ TBK 2005 Tasarısı'nın 66. maddesinde (Bkz. **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, 2005, s. 43), VE-OR Art. 50 hükmüne benzer şekilde, tehlike sorumluluğu işletme ile sınırlanmamış ve "*önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetten zarar doğması*" ibaresine yer verilerek, daha geniş bir uygulama alanı tayin edilmişti.

³⁰ TBK m. 71/I hükmündeki "*işletme faaliyeti*" ibaresinin uygun olmadığı ve bunun yerine "*girişim*" gibi daha genel bir terime yer verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU/Özlem ERİŞGİN**, "*Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda 'Haksız Fiiller'*", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt. II, İstanbul: XII Levha, 2010, s. 1267.

³¹ Zararın bir işletmeden kaynaklanmadığı; ancak önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetten kaynaklandığı hallerde de tehlike sorumluluğunun varlığının kabul edilmesinin tehlike sorumluluğunun düzenleme amacına daha uygun olduğu ve tehlike sorumluluğunun, işletme faaliyeti ile sınırlandırılmaması gerektiği yönünde bkz. **ÜÇİŞİK**, s. 143; **Yeşim M. ATAMER**, "*Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler*", HPD, Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 22; **KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ**, s. 47; **YILMAZ**, Sebep Sorumlulukları, s. 574. Aynı yönde bkz. **AKKAYAN-YILDIRIM**, s. 208-209. TBK m. 71 hükmü ile öngörülen işletme faaliyetine ilişkin sınırlamanın yerinde olmadığı, maddenin uygulama alanını daraltacağı, tehlikeye yol açan etkenlerin sadece işletme faaliyetleriyle sınırlı tutulamayacağı ve hâkimin, hükmün dar kapsamı nedeniyle ortaya çıkabilecek çok sayıda uyuşmazlığın çözümünde büyük güçlüklerle karşılaşılacağı; bu nedenle, tehlikeli işletmelerin yanı sıra "*tehlikeli kuruluş, tehlikeli araç ve diğer tehlike arz eden nesnelerin*" varlığının da tehlike sorumluluğunun doğumuna yol açabilecek etkenler arasında değerlendirmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. **İlhan ULUSAN**, "*Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu*", Yaşar Üniversitesi e-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: III, Özel Sayı, Vol: 8, 2013, s. 2899. Ayrıca bkz. **İlhan ULUSAN**, "*Tehlike Sorumluluğu Üstüne*", MHAD, Yıl: 4, Sayı: 6, 1970, s. 37-38.

³² Sorumluluk işletmeye atfedilerek, bunun dışında faaliyet yürütülmesi kapsam dışında tutulmuş olmakla; tehlike sorumluluğunun sadece işletmeler bakımından öngörülmesi, herkesin, günlük faaliyetleri dolayısıyla kusursuz olarak sorumlu tutulmasının uygun olamayacağından ötürü yerinde görülmektedir. Aynı şekilde, adaletin sağlanması bakımından ve ekonomik anlamda, faaliyeti yürütenin gelir sağladığı nazara alındığında, yürütülen faaliyetin ortaya çıkardığı riskler nedeniyle sorumlu olması nimet külfet ilkesi ile uyumlu olduğundan, tehlike sorumluluğunun, işletmeler bakımından öngörülmesinin haklı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **SANLI**, s. 77-78. Aynı yönde bkz. **Senem SARAÇ**, Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu,

luğun kurulabilmesi bakımından, öncelikle bir işletmenin varlığı şarttır³³; işletmeler dışında faaliyet yürütülmesi sorumluluğun uygulama alanı dışındadır³⁴. Bu şekilde, zararın işletme faaliyetinden doğması gerekir³⁵. Bununla birlikte, işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeli olması aranır³⁶.

Tehlike sorumluluğunda, sorumluluğu kuran olgu, zarar doğuran işletme faaliyetinin bünyesindeki belirli bir seviyeye ulaşmış ciddi nitelikteki soyut tehlikedir³⁷. Tehlike sorumluluğu, tehlike esasına dayanır ve bu şekilde, belirli düzeyi aşan tehlike içeren işletme, faaliyet, tesis, nesne ya da araçlar sık veya ağır zarar olasılığı ortaya çıkarır³⁸. Zararın, tehlikeli işletme faaliyeti (tesis, nesne, araçlar vb.) ile nedensellik bağı içerisinde

İstanbul: XII Levha, 2013, s. 54-55; **Meliha Sermin PAKSOY/Gizem Arslan DEMİR**, "Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması", İÜHF, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, Cilt: 71, Sayı: 2, 2013, s. 305.

³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 186; **KILIÇOĞLU**, s. 382; **ÜÇİŞİK**, s. 140; **SANLI**, s. 71-72; **Nuri ERİŞGİN**, "Tehlike Sorumluluğu", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 97-98; **İNAN/YÜCEL**, s. 432; **Erhan ADAL**, "Yeni Borçlar Kanununda Düzenlenen Tehlike Sorumluluğu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF-HAD, Özel Sayı, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 933; **AKARTEPE**, s. 169.

³⁴ **NOMER**, s. 114; **KILIÇOĞLU**, s. 382; **ERDEM**, s. 217; **SANLI**, s. 77; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 98.

³⁵ **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 646; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 187; **ÜÇİŞİK**, s. 140; **REİSOĞLU**, s. 198; **Nuri ERİŞGİN**, "Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, (Derleyen: KIRCA, Çiğdem), İstanbul: Vedat, 2013, s. 73 vd.; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 96 vd.; **SARAÇ**, s. 57 vd.; **SARIHAN**, s. 1183.

³⁶ TBK m. 71/II hükmünde hangi işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz ettiğine ilişkin olarak düzenleme mevcut ise de hangi işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz ettiğinin önceden kesin olarak belirli olmaması nedeniyle hukuk güvenliğini zedelediği yönünde bkz. **NOMER**, s. 114.

³⁷ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 140 vd.; **ÜÇİŞİK**, s. 127-128; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 640; **KUNTALP/BARLAS/AYANOĞLU MORALI/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/İPEK/YAŞAR/KOÇ**, s. 47; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 186; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 60-61, 77-78; **HAVUTÇU**, s. 3626; **ERDEM**, s. 217.

³⁸ **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 67.

de meydana gelmesi yeterli görülür³⁹. Sorumlunun kusurlu bir fiiline gerek olmadığı gibi; özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığı, gerekli tüm tedbirleri alıp almadığı ve işletmedeki eksiklik ya da bozukluk da sorumluluk üzerinde etkili değildir⁴⁰. Ancak tehlike sorumluluğu kapsamında, sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için işletme faaliyetinin gösterdiği karakteristik (tipik) riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan bir zararın varlığı gereklidir. Bir işletme, önemli ölçüde tehlike arz ediyor olsa da karakteristik risk dışında ortaya çıkan zararların, tehlike sorumluluğu kapsamında tazmini talep edilemez⁴¹.

Bu çerçevede, VE-OR Art. 50 hükmünden farklı olarak, tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m. 71 ve TBK m. 66/III hükümlerinde yer verilen işletme kavramı, aynı nitelikte olup⁴²; zarara işletme faaliyeti sebep olmaktadır⁴³. Böylelikle her iki sorumluluğun kurulması da uygulama alanı yönüyle işletmesel faaliyetin mevcut olmasına bağlıdır⁴⁴. Ancak TBK m. 66/III düzenlemesiyle, işletme, zarar tehlikesini önleyici

³⁹ **Haluk TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara: 1981, s. 26 vd.; **EREN**, Borçlar Genel, s. 519; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 640, 646; **ANTALYA**, Sorumluluk, s. 81; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 67; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 91; **ADAL**, s. 934; **ERDEM**, s. 216; **Mustafa TİFTİK**, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara: Yetkin, 2005, s. 35; **Murat AYDOĞDU**, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Adalet, 2009, s. 250-251; **SARAÇ**, s. 57 vd.. Tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun kurulmasında ve sınırlanmasında, ölçüt olarak, tehlike bağından hareket edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Nuri ERİŞGİN**, "Tehlike Bağı", AÜHFD, Cilt: 49, Sayı: 1-4, 2000, s. 144 vd..

⁴⁰ **EREN**, Borçlar Genel, s. 519, 640; **ÜÇİŞİK**, s. 128; **TİFTİK**, s. 22; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 79-80; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 91; **ADAL**, s. 934; **REİSOĞLU**, s. 199; **ÇEKİN**, s. 148-149; **SARIHAN**, s. 1183.

⁴¹ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 143; **ÜÇİŞİK**, s. 128, 141; **EREN**, Borçlar Genel, s. 520; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 186; **YAVUZ**, s. 44; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 85; **KAYIHAN**, s. 264; **ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU**, s. 236; **İNAN/YÜCEL**, s. 434; **ERDEM**, s. 220; **TİFTİK**, s. 23, 34; **HAVUTÇU**, s. 3627; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 85; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 104; **SANLI**, s. 76; **SARAÇ**, s. 61 vd.; **AKKAYAN-YILDIRIM**, s. 207, 210-211; **AKARTEPE**, s. 170; **SARIHAN**, s. 1183-1184.

⁴² **SANLI**, s. 67, dn. 12. İki hükümde ifade edilen işletme kavramının benzer nitelikte olduğu yönünde bkz. **ÇEKİN**, s. 197.

⁴³ **ÜNLÜTEPE**, s. 142 vd..

⁴⁴ **ÜNLÜTEPE**, s. 208, 227.

tedbirlerle yapılandırılmış bir örgüt yapısı (organizasyonu) olarak değerlendirilirken; TBK m. 71'de düzenlenen işletme ise TBK m. 66/III anlamındaki işletmeden farklı olarak, önleyici tedbir almanın yüksek özenle donanmış bir uzman için bile mümkün olmadığı kabul edilen organizasyonları belirler⁴⁵.

Böylelikle TBK m. 71, sorumluluğun ortaya çıkmasında önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin zarara sebep olması esasını kabul eder⁴⁶. TBK m. 66/III hükmünde ise işletene, işletmede başkalarının zarara uğramasını engelleyecek nitelikte organizasyon kurmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak karmaşık ve kapsamlı bir bütünlükte güçlerin toplandığı bir organizasyonun, özellikle bir tehlike olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁷. İşletmede zarara kaynaklık etme ihtimali bulunan organizasyon riskleri ile işletmenin önemli ölçüde tehlikeli faaliyet yürütmesi birbirine denk kavramları oluşturmazlar. Dolayısıyla organizasyon sorumluluğunda, sorumluluğu kuran olgu bakımından, işletme organizasyonunda bir eksikliğin var olması gereklidir. Ancak kapsamlı bir organizasyon gerektiren söz konusu faaliyetler, başlı başına birer tehlikeli faaliyet olarak kabul edilemezler. Bu bakımdan, TBK m. 66/III hükmü, işletmesel nitelikte bir sorumluluk tayin etmekle birlikte, tehlikeli bir faaliyete ilişkin değildir⁴⁸. Dolayısıyla organizasyon sorum-

⁴⁵ **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 98.

⁴⁶ PETL 5.101 hükmü ile alışılmışın ötesinde tehlike arz eden faaliyette bulunan kimse- nin, faaliyetin arz ettiği tehlikenin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacağı öngörülmüştür.

⁴⁷ **JÄGGI**, s. 755. öE § 1304 uyarınca işletenin sorumluluğuna ilişkin olarak, sorumluluğun ortaya çıkmasında, işletmedeki ürün veya hizmetin sebep olduğu zararlar bakımından işletmedeki bir eksikliğin şart koşulması karşısında, bir tehlike sorumluluğu niteliğinde olmadığı ve işletmenin, (yüksek ya da yükseltilmiş) genel bir tehlike kaynağı olarak görülemeyeceği kabul edilir. Bkz. **Peter APATHY**, "Schandenersatzreform-Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung", Juristische Blätter, Heft: 4, April 2007, 129. Jahrgang., s. 216; **Irmgard GRISS**, "Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung", Entwurf eines neuen österreichischen Schandenersatzrechts, GRISS/KATREIN/KOZIOL (Hrsg.), Wien/Newyork: Springer, 2006, s. 64.

⁴⁸ Yarg. İBGK'nin, adam çalıştırmanın sorumluluğunu tehlike esasına dayanan bir sorumluluk olarak nitelendirdiği karara ilişkin olarak bkz. Yarg. İBGK, E. 1957/1, K. 1957/3, T. 27.3.1957, 22.6.1957 tarihli ve 9640 sayılı RG. Söz konusu kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. **Kemal OĞUZMAN**, "Adam Kullanmaların BK. m. 55

luluğunun doğumunda, işletmenin yürütmüş olduğu faaliyetin tehlike arz eder nitelikte olması şart değildir⁴⁹. Yürütülen işletme faaliyetinde, sorumluluğu doğuran somut olay, bir tehlike özelliği gösterebilir. Ancak bu durum, sorumluluğun tipik esaslı bir unsuru değildir. Dolayısıyla organizasyon sorumluluğu, bir tehlike sorumluluğu ya da tehlike esasına dayanan bir sorumluluk niteliği taşımaz⁵⁰⁻⁵¹.

Tehlike sorumluluğunda, yukarıda ifade edildiği üzere, faaliyetin kendisi ya da kullanılan veya üretilen nesnelere itibarıyla işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi aranır. Sorumluluk, tipik tehlikenin zarara sebep olması; diğer bir ifade ile işletme faaliyetinin tipik tehlikesi ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması neticesinde ortaya çıkar⁵². Tehlike sorumlusuna yüklenmiş bir özen yükümlülüğü bulunmaz. Sorumlunun tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıracak bir kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün değildir; sadece nedensellik bağının kesilmesi, sorumluluktan kurtulma imkânı sağlar⁵³. Bu bakımdan, tehlike

Gereğince Mes'ul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında", İÜHFM, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 1958, s. 182-197.

⁴⁹ ALTAY, s. 184; TÜRKMEN, s. 261, 268; BÜYÜKSAGIŞ, s. 8, dn. 20; SANLI, s. 77.

⁵⁰ JÄGGI, s. 755; ALTAY, s. 184; TÜRKMEN, s. 261.

⁵¹ VE-OR Art. 49 hükmü ile organizasyonun, kaçınılmaz insan hatası veya teknik hatalar göz önünde bulundurulduğunda, yürütülen faaliyetlerin organizasyon bakımından karmaşıklığı karşısında, bir sebep sorumluluğunun haklı olduğunu ve bir tehlike sorumluluğu yarattığı görüldüğünden, hiçbir hatayı şart koşmayan bilinçli bir organizasyon tehlikesinden sorumluluğun tasarıya alınması fikrinin küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için çok ağır nitelikte olabileceğinden hareketle, kurtuluş kanıtı bulunan bir sebep sorumluluğunun kabul edilmiştir. Bu çerçevede, organizasyondaki objektif eksikliğe dayalı olarak ekonomik ya da mesleki faaliyete ilişkin işletmeler için geçerli bulunan ve bütün şekil ve kategorideki bu işletmeler bakımından geçerli bulunan bir genel sorumluluk hükmüne yer verilmiştir. WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht, s. 126-127.

⁵² TANDOĞAN, s. 26 vd.; ANTALYA, Borçlar Genel, s. 640 vd.; EREN, Borçlar Genel, s. 520, 526, 640; İNAN/YÜCEL, s. 435-436; TÜRKMEN, s. 260-261; Çelik Ahmet ÇELİK, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu", Yargı Dünyası, Sayı: 189, Eylül 2011, s. 13. Tehlike sorumluluğunun işletmenin teknik boyutunu ilgilendirdiği; organizasyon sorumluluğunun ise işletmenin organizasyon boyutuyla ilgili olduğuna yönünde bkz. ÇEKİN, s. 180.

⁵³ EREN, Borçlar Genel, s. 640; KILIÇOĞLU, s. 334; REİSOĞLU, s. 199-200; TÜRKMEN, s. 261, dn. 17; KORKUSUZ, Tasarı, s. 151.

sorumluluğu, en ağır sorumluluk türünü oluşturur. Organizasyon sorumluluğu ise çalışan ve işletenin kusurunu gerektirmez; ancak sebep olunan zararın, işletmedeki organizasyon bozukluğu ya da eksikliğine dayanması halinde sorumluluk ortaya çıkar. Dolayısıyla işletenin sorumluluğunu doğuran olgu, işletme organizasyonundaki objektif eksiklik olduğundan, bir objektif özen yükümlülüğünü şart koşar⁵⁴.

Organizasyon sorumluluğunu ortaya çıkaran zararın kaynağı faaliyeti gösterilmiştir. Bu bakımdan, zarara, işletme faaliyeti çerçevesinde sebep olunması gerekir⁵⁵. Organizasyon sorumluluğunun, temel hareket noktasını, çalışanların sebep oldukları zararlar oluşturmaz ve işletme faaliyeti zararın kaynağı olarak belirir. Bunlar, faaliyetin yürütülmesinde kullanılan taşınır ve taşınmaz maddi unsurlar olabileceğı gibi; faaliyetin çıktılarını teşkil eden ürün ya da hizmet de olabilir⁵⁶.

Organizasyon sorumluluğu, buna dayalı olarak bir olağan sebep sorumluluğu olmakla, tehlike sorumluluğundan ayrılır⁵⁷. Dolayısıyla tehlikeli işletme faaliyeti nedeniyle üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar, tipik tehlikeden kaynaklanmamakta ise işletenin, TBK m. 71 uyarınca sorumlu tutulması olanaklı değildir. Bu halde, zararın tazmininde, şartlar gerçekleşmişse organizasyon sorumluluğuna dayanılabilir⁵⁸. Benzer şekilde, önemli ölçüde tehlike arz etmeyen bir işletme faaliyetinin sebep

⁵⁴ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 126.

⁵⁵ **WIDMER/WESSNER**, Kurzkomm., s. 14; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 563; **TÜRKMEN**, s. 260, 269; **ÜNLÜTEPE**, s. 309; Tehlike sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 646; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Genel, Cilt-2, s. 187; **ÜÇİŞİK**, s. 140; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 352; **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 73 vd.; **ERİŞGİN**, Tehlike, s. 96 vd.; **ÇEKİN**, s. 196; **SARAÇ**, s. 57 vd..

⁵⁶ **WIDMER/WESSNER**, Kurzkomm., s. 14; **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 131; **Studienkommission**, s. 70; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 563; **BÜYÜKSAGIŞ**, s. 8, dn. 20; **TÜRKMEN**, s. 270; **ÜNLÜTEPE**, s. 311 vd.. Zarara çalışanın sebep olması gerektiğı yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Genel, Cilt-2, s. 145; **ALTOP**, Değerlendirme, s. 203-204; **SANLI**, Kusursuz Sorumluluk, s. 67; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s. 318; **ALTAY**, s. 182-183, dn. 26; **AKARTEPE**, s. 163. Ayrıca bkz. **ÇEKİN**, s. 197.

⁵⁷ **Studienkommission**, s. 71.

⁵⁸ **TÜRKMEN**, s. 279.

olduğu zararlar bakımından organizasyon sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Bu durumda da organizasyon sorumluluğu çerçevesinde, zararın tazmini yoluna gidilir.

Diğer yandan, VE-OR Art. 49a hükmünde, işletme faaliyetinde "*bir veya daha fazla yardımcı kişiden yararlanan*" ibaresine yer verilmiş olduğundan; ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmede, aynı zamanda bir veya birden fazla yardımcı kişinin çalıştırılması aranır⁵⁹. Benzer şekilde, TBK m. 66/III hükmündeki, "*işletmede adam çalıştıran*" ibaresine dayalı olarak, sorumluluğun düzenleme yeri ve adam çalıştıranın sorumluluğu ile organizasyon sorumluluğu arasındaki bağlantı göz önünde bulundurulduğunda, de lege lata, organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için bağımlı çalıştırma ilişkisi bulunan bir işletmenin mevcut olması gerekir. Dolayısıyla, ortaya çıkan zarar, işletme faaliyeti bünyesindeki bir araç, makine, teçhizat, malzeme vb. taşınır ya da taşınmaz maddi unsurlar veya ürün ya da hizmet sebebiyle ortaya çıkmış olsa da çalışanın bulunmadığı işletmeler bakımından organizasyon sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak TBK m. 71 uyarınca tehlike sorumluluğunun ortaya çıkmasında işletmede bağımlı çalıştırma ilişkisinin varlığı zorunlu unsur değildir; ancak sorumluluğun uygulanması büyük çoğunlukla bağımlı çalıştırma ilişkilerinin bulunduğu işletmeler bakımından söz konusu olur⁶⁰.

Organizasyon sorumluluğuna ilişkin OR 2020 Art. 59 ile "*Bir ticari işletme, işletmenin faaliyeti çerçevesinde vermiş olduğu zarardan, işletme organizasyonunun zararın doğumunu engellemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe sorumludur.*" düzenlemesi öngörülmüştür. Hüküm kapsamında, organizasyon sorumluluğu bakımından, ticari işletmenin faaliyetinin zarara kaynaklık etmesi yeterli ve gerekli görülür ve ticari işletmede, bağımlı çalıştırma ilişkisinin varlığı ise aranmaz.

⁵⁹ WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht, s. 129; Daniel KOCH, "Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts", ZEuP, 9. Jahrgang, 2001, s. 754.

⁶⁰ ÜNLÜTEPE, s. 245 vd.. Ayrıca bkz. ÇEKİN, s. 146.

Benzer şekilde, öE § 1304 uyarınca, bağımlı çalıştırma ilişkisinin varlığı gerekmez, işletmedeki bir eksiklik dolayısıyla, ürünlerin ve sunulan hizmetlerin zarara sebep olması halinde sorumluluk ortaya çıkar. Ayrıca yardımcı kişilerden sorumluluğa ilişkin öE § 1306 hükmünde, işletmenin varlığı halinde ispat yükü tersine çevrilerek, özensiz seçim ve denetime bağılı olarak yardımcı kişinin fiili dolayısıyla sebep olunan zararlardan sorumluluk yanında (öE § 1306/I); iş sahibinin, bir faaliyetin bağımsız olarak yerine getirilmesini üstlenen kişi bakımından, özensiz seçim ya da denetlemeye ilişkin olarak sorumlu olduğu (öE § 1306/III) öngörülmüştür. Diğer yandan, öE § 1306/IV hükmünde de iş sahibinin, yardımcı kişiye benzer şekilde, kullandığı teknik araçların bozukluğundan dolayı ortaya çıkan zararlardan da özensiz seçim ve denetime bağılı olarak sorumlu olduğu ve iş sahibinin, işleten niteliğinde olması durumunda, ispat yükünün onun üzerinde olduğu tayin edilmiştir.

PETL Art. 4: 202 hükmü ise VE-OR Art. 49a hükmünden hareketle kaleme alınmışsa⁶¹ da "işletme faaliyetini yardımcı kişiler veya teknik ekipman kullanarak yürüten kişi" sorumluluğun süjesi olarak belirlenerek, makine ve ekipmanların kullanımı ile faaliyet yürüten işletme yapılarının da sorumluluk kapsamında olduğu öngörülmüştür⁶². Buna göre, işletme faaliyetini yardımcı kişiler ve/veya teknik ekipman kullanarak yürüten kişinin sorumlu olduğu belirlendiğinden, mutlaka yardımcı kişiden faydalanılan bir işletme bulunması zorunlu değildir; salt teknik ekipman kullanarak, tek kişi tarafından yalnız olarak yürütülen, sürekli nitelikteki işletme faaliyeti de PETL uyarınca, işletme sorumluluğuna kaynaklık edebilir. Bu çerçevede, PETL Art. 4: 202 uyarınca, yardımcı kişi çalıştırılması sadece alternatif bir sorumluluk şartıdır. İşletme sorumluluğu, sorumlu tutulabilecek organizasyon yürütücüsünün yardımcı kişi

⁶¹ **Bernhard KOCH**, "Enterprise Liability", European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien/New York: Springer, 2005, PETL Art. 4: 202, Nr. 11.

⁶² **KOCH**, PETL Art. 4: 202, Nr. 12.

yerine, teknik ekipman kullanması halinde dahi (burada çalışanı olmayan münferit bir kişi olarak hareket ediyor olsa bile) gerçekleşmiş olur⁶³.

II. Organizasyon Sorumluluğu ve Tehlike Sorumluluğu Uyarınca Sorumlu Tutulacak Kişilerin Belirlenmesi

Tehlike sorumluluğunun süjesi, işletme sahibi ve varsa işleten olarak (TBK m. 71); organizasyon sorumluluğunun süjesi ise işletmede adam çalıştıran-işleten (TMK m. 66/III) olarak gösterilmiştir. Organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için yukarıda ifade edildiği üzere, bir işletmenin mevcut olması gereklidir. Ancak işletmenin mevcut olması, sorumluluğun süjesinin; diğer bir ifade faaliyetin sebep olduğu zarardan dolayı malvarlığı ile sorumlu tutulacak kişinin belirlenmesine imkân sağlamaz. Nitekim işletme, bir hukuk süjesi değildir⁶⁴. İşletmenin, ayrı bir malvarlığı ve tüzel kişiliği de bulunmaz. Dolayısıyla sorumluluğun kime yükleneceğinin değerlendirilmesi, duruma göre, tek kişi, birden fazla kişi ya da bir tüzel kişinin söz konusu olabileceği topluluğun hukuki organizasyonuna bağlıdır⁶⁵.

TBK m. 71/I hükmünde, tehlike sorumluluğunun süjesi, işletme sahibi ile işletmenin bir başka gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmesi halinde işleten olmak üzere müteselsil sorumluluk tayin edilmek suretiyle belirlenmiştir. İşletme sahibi, işletmeyi organizasyon yönünden veya ekonomik yönden kontrolünde tutan kişiyi ifade eder⁶⁶. İşletmenin sahibi olmak için işletmenin tüm malvarlığı değerlerinin maliki olunması gerekli değildir⁶⁷⁻⁶⁸. İşletme sahibinin, gerçek ve tüzel kişi olması, gelir

⁶³ **Oliver WAESPI**, "Die Unternehmens- und Hilfspersonenhaftung gemäss den Principles of European Tort Law", HAVE, 2005, s. 257.

⁶⁴ **Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Turhan, 2014, s. 251; **SANLI**, s. 77; **AYDINLI**, s. 12.

⁶⁵ **Oliver WAESPI**, Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, Bern: Stämpfli, 2005, s. 8-9.

⁶⁶ **ÜÇİŞİK**, s. 141; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 644-645; **ANTALYA**, Sorumluluk, s. 81-82. Ayrıca bkz. **ÇELİK**, s. 17-18.

⁶⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 187.

sağlamaya yönelik ekonomik faaliyetin bir ya da daha fazla kişi tarafından yerine getirilmesi işletme kavramının belirlenmesinde önem taşımaz. Bu anlamda girişimci, örnek olarak, kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi dernek vb. olabileceği gibi tüzel kişiliğe haiz olmayan bir kişi topluluğu, hatta doktor gibi serbest meslek erbabı da olabilir⁶⁹. İşleten ise işletmenin sahibi olmamakla birlikte⁷⁰; tehlikeli işletmeyi, kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten ve işletme üzerinde fiili tasarrufta bulunan kişidir. İşletmeyi idari bir izin veya ruhsatla işleten, işletmeyi kiralayan ve işletme üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi de işleten olarak sorumludur⁷¹. Benzer şekilde, işletmeyi, yönetim sözleşmesi ile çalıştıran veya işletmeye kayyım olarak atanan gerçek veya tüzel kişiler de işleten sıfatına sahip olur. İşletmede, hizmet veya vekalet sözleşmesi çerçevesinde çalışan yönetici veya müdür tehlike sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmaz⁷². İşletme sahibi, işletene aralarındaki kira, intifa vb. ilişki uyarınca rücu etmek imkânına sahiptir⁷³.

TBK m. 66/III hükmünde de sorumluluğun süjesi olarak, "işletmede adam çalıştıran" gösterilmiştir. VE-OR Art. 49a kapsamında sorumluluğun süjesi, ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmeyi işleten ve aynı zamanda bir veya birden fazla yardımcı çalıştı-

⁶⁸ öE § 1302/I hükmünde, tehlike sorumluluğuna ilişkin olarak, yüksek tehlike kaynağını işletenin, ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu ve işletenin, tehlike kaynağında özel bir yarara sahip olan, onun masraflarını taşıyan ve onun üzerinde fiili olarak tasarruf yetkisini kullanan kişi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Entwurf eines neuen österreichischen Schandenersatzrechts**, s. 4. Buna göre, yüksek tehlike kaynağı için malik sorumluluk üstlenmez. Bununla birlikte, ilgili işleten, malik ile aynı kişi olabilir, ancak bu zorunlu değildir. İşleten kavramı, tehlikeli eşya ve bir kişi arasında mevcut olabilen ve yoğunluğu sebebiyle ve açılan etki olasılığına dayalı olarak sorumluluğu haklı çıkaran çeşitli ilişkilerin üstünü açar. Bunlar, tehlike kaynağına özel bir yarar, masraflarının taşınması ve üzerinde fiili olarak tasarruf yetkisini kullanılmasıdır. **GRISS**, s. 60.

⁶⁹ **ÜÇİŞİK**, s. 141.

⁷⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 188.

⁷¹ **ÜÇİŞİK**, s. 141; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 645; **ANTALYA**, Sorumluluk, s. 82; **NOMER**, s. 114; **KILIÇOĞLU**, s. 385-386. Ayrıca bkz. **REİSOĞLU**, s. 199; **ÇELİK**, s. 17-18.

⁷² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 188.

⁷³ **KILIÇOĞLU**, s. 386.

ran kişidir⁷⁴. Hükümde yer verilen sorumluluğun süjesine ilişkin ibare, sorumluluğa doğumuna kaynaklık eden zararı ortaya çıkaran işletme faaliyeti ve organizasyon eksikliğine dayalı sorumluluk olgusu ile uyumlu değildir. Bu bakımdan, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız nite-likte bir sorumluluk olarak, "işletmede adam çalıştırın" ibaresi yerine, "işleten" kavramı benimsenmelidir⁷⁵.

TBK m. 66/III hükmünün mevcut yapısı nedeniyle, organizasyon sorumluluğunun süjesi, doğrudan veya dolaylı olarak talimat verme ile tasarruf yetkisini kullanan; kendi menfaat ve hesabına, yarar ve zararı kendisine ait olmak üzere işletmeyi işleten kişidir. Diğer bir ifade ile işletme faaliyetini kendisi yürüten ya da bir başkasını işletmenin yönetimi için görevlendiren kişidir. Buna göre, de lege lata, organizasyon sorumluluğunun süjesi, hükmün işletme faaliyetini esas alması da göz önünde bulundurularak, "işleten" olarak tayin edilmelidir⁷⁶⁻⁷⁷.

TBK m. 71/I uyarınca, yukarıda ifade edilen, işletene ilişkin esaslar, organizasyon sorumluluğu bakımından da geçerlidir. İşleten, aynı zamanda işletme sahibi de olabilir; ancak işletenin, işletmenin sahibi olması zorunlu değildir. Tehlike sorumluluğundan farklı olarak, işletme sahibi ile işletenin farklı kişiler olması halinde, organizasyon sorumlusu sadece işletendir; işletme sahibinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaz. İşletenin, işletmenin malvarlığı değerlerinin tümünün veya bir

⁷⁴ WIDMER/WESSNER, Erläuternder Bericht, s. 129; KOCH, VE-OR, s. 754.

⁷⁵ ÜNLÜTEPE, s. 273 vd..

⁷⁶ OR Art. 55/I uyarınca da adam çalıştırmanın, işletmenin sahibi ve/veya işleten kişi olduğu (Hermann BECKER, Berner Kommentar, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern: Stämpfli, 1945, Art. 55, Nr. 2; Roland BREHM, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, HAUSHEER/WALTER (Hrsg.), 3. Auflage, Bern: Stämpfli, 2006, Nr. 6) ve adam çalıştırın sıfatının, işletmenin sahibine yaklaştığı (Emil W. STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, Zürich: Schulthess, 1982, s. 116) belirtilmektedir.

⁷⁷ İsviçre Adalet Bakanlığı'nın sorumluluk hukukunun revizyonu için oluşturduğu komisyon tarafından, 1991 yılında hazırlanan raporda organizasyon sorumluluğuna ilişkin olarak yer verilen metinde, "Faaliyeti özel bir tehlikeyle bağlı olmayan bir ticari işletmenin organizasyonundaki eksiklik nedeniyle bir kişinin uğramış olduğu zarardan işletme sahibi sorumludur." hükmü öngörülmüş ve böylece, sorumluluğun süjesi olarak işletme sahibi gösterilmiştir. Bkz. Studienkommission, s. 74.

kısının maliki olması şart değildir. İşletenin belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken esas, yararın elde edilmesi ve masrafin taşınması ile hukuki veya fiili hâkimiyet ya da tasarruf yetkisinin kullanılmasıdır. Dolayısıyla işleten, işletmeyi kendi hesabına ve yarar ile masrafı kendisine ait olmak üzere işletir. İşletme üzerinde hâkimiyet ya da tasarruf yetkisine sahip olunması, hukuki bir ilişkiye dayanabileceği gibi bu şekilde bir ilişki olmaksızın fiili olarak da gerçekleşebilir⁷⁸. Benzer şekilde, işletenin, işletme üzerinde hâkimiyeti hukuka aykırı bir ilişkiden de doğabilir. İşletmenin, idari bir izin veya ruhsatla ya da kira⁷⁹ ya da intifa hakkı sağlayan sözleşmeye dayalı olarak işletilmesi, işleten olarak nitelendirilmeye imkân sağlar. İşletenin birden fazla olması halinde, bunlar müteselsil olarak sorumluluk yüklenirler⁸⁰.

İşletenin kimliğine, işletmenin, ticaret sicili, meslek odası gibi kayıtlarının ya da ve işçi sigortası ve vergi açılışlarının mevcut olması halinde daha kolay bir biçimde ulaşılabilir. İşletme sahibi ve işleten, söz konusu kayıtlar ile örtüşebilir. Ancak organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için yukarıda ifade edildiği üzere, ticaret sicili ya da bir meslek odasına kayıt zorunlu olmadığı gibi; çalıştırma ilişkisinin hizmet sözleşmesine dayanması da aranmadığından, çalışanlara ilişkin sigorta kayıtları da bulunmayabilir⁸¹. Benzer şekilde, salt vergi kayıtlarından hareketle, ekonomik faaliyetin mevcut olmadığı sonucuna da ulaşılamaz. Dolayısıyla, söz konusu hallerde, işletme sahipliğini gösterir herhangi bir kayda da gerek olmaksızın, kendi menfaat ve hesabına işletme faaliyetini yürüten, işletmeyi sevk ve idare ile tasarruf yetkisine sahip hiyerarşik

⁷⁸ Bkz. Yarg. 4. HD, E. 2012/7927, K. 2013/6969, T. 15.4.2013, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁷⁹ "... Özelleştirilen işletmeyi mülkiyetine geçiren; Er...Şirketi, mülkiyeti tapudan devraldığı gün, tapuda yaptığı devir işlemi ile, işletmeyi Cavit ... isimli kişiye intikal ettirmiş ve bu kişi de 11.3.1999 günlü kira sözleşmesi ile İşletmeyi, davalı konumundaki Ki... A.Ş.ye bir yıllığına kiraya vermiştir. Alacaklı Bankanın ikinci defa rehin konusu malların hazine gelindiği sırada karşılaşılan Ki... A.Ş. kiracı olarak işletmeyi işleten firmadır..." Yarg. 21. HD, E. 1999/8541, K. 1999/9574, T. 28.12.1999, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁸⁰ **ÜNLÜTEPE**, s. 276-277.

⁸¹ Yarg. 4. HD, E. 1984/7360, K. 1984/8310, T. 12.11.1984, **Kazancı İçtihat Bankası**.

yapının en üstünde yer alan kişi, işleten olarak görülmelidir⁸². İşletme, bir gerçek kişi tarafından işletilebileceği gibi, tüzel kişi tarafından da işletilebilir. Dolayısıyla organizasyon sorumluluğunun süjesi, bir gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi (tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluk ya da) bir kamu tüzel kişisi de olabilir⁸³.

III. Organizasyon Sorumluluğu ve Tehlike Sorumluluğunun Yarışmasının Mümkün Olup Olmadığı

Organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu, yukarıda ifade edildiği üzere, işletme faaliyeti esas alınarak düzenlenmiş bulunan kusursuz sorumluluk hükümleridir. Bu bakımdan, sorumlulukların hareket noktaları ortaktır ve işletmesel alanda, göreceli olarak ağır birer sorumluluk öngörürler. Sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli bulunan şartlar arasındaki farklılıklara rağmen; her iki hükmün uygulama alanının kesişmesinin olanaklı olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin,

⁸² "... Davalılar Sevil, Fatma ve H.İbrahim'e ait olan halı sahanın işletilmesi sırasında, müşteriler ile sahanın kullanım süresi ve ücreti ile ilgili çıkan bir tartışma sonucunda, davalı Mustafa'nın silah ile bir kişiyi öldürüp ayrıca iki davacıyı da yaraladığı anlaşılmaktadır. Öldürme olayının davalı Mustafa tarafından yukarıda anlatılan şekilde gerçekleştirildiği ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı ile de kesinleşmiştir. Mahkemece halı sahayı davalı Mustafa'nın kira sözleşmesi ile kendi adına işlettiği kabul edilerek, diğer davalıların kiralayıcı sıfatı nedeniyle olayda sorumlulukları olmadığı kabul edilmiştir. Oysa ki, dosyada örneği bulunan 01.12.1997 tarihli "Kira Sözleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde, halı saha işletmesinin işyeri ve vergi kayıtlarının tesis sahibi olan üç davalı adına olduğu, elde edilecek hasıllardan ödenmesi gereken vergi ve diğer giderlerin onlar adına davalı Mustafa tarafından ödeneceği, bundan sonra kalan kardan kendisine düşen payı alarak kalanın onlara ödeneceği şeklinde hükümler içerdiği görülmektedir.

Sözleşmenin bu hükümlerine göre taraflar arasında kira ilişkisi olmadığı, halı sahanın sahipleri adına davalı Mustafa tarafından işletildiği, kiracılık ilişkisinden çok onların işçisi veya temsilcisi durumunda olduğu ve sadece kardan pay alarak çalıştığı sonucu çıkmaktadır.

Kaldı ki, resmi kayıtlarla doğrulanmayan ve adi bir belge niteliğinde olan bu sözleşme, sonradan her zaman düzenlenebileceğinden, davacılar yönünden bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Bu durumda ise, işyerinin işletilmesiyle ilgili bir olaya bağlı olarak gerçekleşmiş olan dava konusu zarardan, işveren durumunda olan diğer davalılar da sorumludur..." Yarg. 4. HD, E. 2006/5874, K. 2007/4738, T. 10.4.2007, **Kazancı İçtihat Bankası**.

⁸³ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 129-130; **TÜRKMEN**, s. 268.

tipik tehlikenin gerçekleşmesi neticesinde zarara sebep olması halinde, zarar görenin, zararının tazmini bakımından iki sorumluluk hükmünden dilediğine başvurmasının mümkün olup olmadığı; sorumlulukların yarışıp yarışamayacağı belirlenmelidir. Bu anlamda, işletme faaliyetinden doğan zararın, TBK m. 71 uyarınca tehlike sorumluluğu kapsamına girmesi halinde, adam çalıştırmanın (işletenin), çalışma düzeninin (işletme organizasyonunun) zararın ortaya çıkmasını önlemeye elverişli olduğunun ispat edilmesinin adam çalıştırmanı (işleteni), sorumluluktan kurtaracak nitelikte olup olmadığı sorunu da söz konusu edilmektedir⁸⁴.

Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş⁸⁵, işletme faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan zararın, hem organizasyon eksikliğinden hem de tipik tehlikenin gerçekleşmesinden ileri gelebileceğinden hareketle; örnek olarak, patlayıcı madde üreten bir işletmede işçilerin, yorgun çalıştırılmasının patlamaya sebep olması halinde, sorumlulukların yarışabileceğini kabul etmektedir. Benzer şekilde bir diğer görüş ise tehlike sorumluluğunun işletmenin teknik boyutu ile ilgili olmasına dayalı olarak, teknik unsurun zarara kaynaklık etmesi halinde TBK m. 71 hükmünün; organizasyon unsurunun zarara sebebiyet vermesi durumunda ise TBK m. 66/3 hükmünün uygulama alanı bulacağını ve meydana gelen zararın organizasyon eksikliğine ile birlikte işletmenin teşkil ettiği tehlikeye dayanması halinde hangi unsurun ağır bastığının belirlenerek hüküm kurulması gerektiğini benimsemektedir⁸⁶.

İsviçre Adalet Bakanlığı'nın sorumluluk hukukunun revizyonu için oluşturduğu komisyon tarafından, 1991 yılında hazırlanan raporda organizasyon sorumluluğuna ilişkin olarak yer verilen metinde, "*Faaliyeti özel bir tehlikeyle bağlı olmayan bir ticari işletmenin organizasyonundaki eksiklik nedeniyle bir kişinin uğramış olduğu zarardan işletme sahibi sorumludur.*" hükmü öngörülmüştür⁸⁷. Söz konusu Tasarıya göre, organizasyon sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ile ilişkisinde ikincil nite-

⁸⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 153.

⁸⁵ TÜRKMEN, s. 279.

⁸⁶ ÇEKİN, s. 147-149.

⁸⁷ Studienkommission, s. 74.

likli bir sorumluluktur⁸⁸. Dolayısıyla bir işletmenin, tehlikeli faaliyeti neticesinde, tipik tehlikenin gerçekleşmesi zarara sebep olduğunda, tehlike sorumluluğu hükmü öncelikli olarak uygulanır. Tasarı komisyonu, organizasyon sorumluluğunun ikincilliğini ve tehlike sorumluluğunun özel hüküm niteliğini, hükümde açık olarak ifade etmiştir⁸⁹.

OR Art. 55 (eBK m. 55) uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu, tehlike sorumlulukları karşısında, ikincil nitelikte uygulama alanına sahip genel bir hüküm olarak görülmekte ve tehlike sorumluluğunun, adam çalıştırmanın sorumluluğunun önüne geçeceği kabulüne dayalı olarak, VE-OR Art. 49 ve 49a içinde söz konusu ilkeye yer verilmek zorunda olunmadığını benimsemektedir. Özellikle VE-OR Art. 50 hükmünde düzenlenen tehlike sorumluluğu hükmünün, VE-OR Art. 49a karşısında, karakteristik bir işletmede yürütülen özel tehlikeli bir faaliyet gerçekleştirilmesi suretiyle zarara sebep olunması halinde, öncelikle uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁰.

Diğer yandan, TBK m. 71/III hükmü ile belirli tehlikeli hallerle ilişkin olarak mevcut bulunan özel düzenlemelerin saklı olduğu öngörülmüştür. Buna göre, özel kanunlarda bir tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmaması halinde, TBK m. 71 hükmü uygulama alanı bulur. Özel kanunlarda, somut uyuşmazlığa ilişkin tehlike sorumluluğunun mevcut olması durumunda ise ilgili hüküm öncelikle tatbik edilir. TBK m. 71/III hükmünde, belirli tehlikeli hallerle ilişkin özel düzenlemelerden bahsedilmiş olmakla, özel kanunda yer alan sorumluluğun bir tehlike sorumluluğu olması gereklidir. Bu nedenle, özel hükümde, kusur esasına dayanan ya da özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan bir sorumluluğun öngörülmüş olması, TBK m. 71 hükmünün tatbik edilmesine engel teşkil etmez⁹¹.

⁸⁸ **Studienkommission**, s. 69.

⁸⁹ **Studienkommission**, s. 72-73.

⁹⁰ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 133.

⁹¹ **NOMER**, s. 114; **ERDEM**, s. 216, dn. 12; **AKKAYAN-YILDIRIM**, s. 207. Özel kanunlarda düzenlenen tehlike sorumluluklarının çalışanın fiili nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu da kapsamına aldığı ve böylece OR Art. 55'in uygu-

Sorunun, organizasyon sorumluluğunun tehlike sorumluluğu karşısında ikincil nitelikte görülme suretiyle çözülmesi yerinde değildir. TBK'de kabul edilen eğilimin, tersi yönde olduğunu söylemek mümkündür. Somut olayda, bir sorumluluk hükmünün mevcudiyeti, diğer bir sorumluluk hükmünün aynı olayda tatbik edilememesi sonucunu doğurmaz. Nitekim TBK m. 60 hükmünde, bir kişinin sorumluluğunun, birden çok sebebe dayandırılabilmesi halinde hâkimin, zarar gören aksini istemiş olmadıkça⁹² veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği öngörülmüştür. Hüküm uyarınca esas olarak zarar görene, en iyi giderim biçiminin sağlanması hedeflendiğinden, hâkimin kendiliğinden bu hususu göz önünde bulundurması yoluyla ilgili sorumluluk hükmünü tatbik etmesi gerekir. Organizasyon sorumlusunun, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan sıyrılmak imkânı mevcuttur; ancak tehlike sorumluluğunda sorumlu, bu şekilde bir olanaktan mahrumdur. Bu bakımdan, tehlike sorumluluğunun, zarar gören lehine olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak yoğun eleştirilere de kaynaklık eden TBK m. 71/IV hükmü uyarınca, zarar görenlerin uğramış oldukları zararların tamamının tazmin edilememesi durumunun ortaya çıkması olasıdır. Dolayısıyla pek çok uyuşmazlıkta, tehlike sorumluluğu yerine, şartları gerçekleşen başka bir sorumluluğa başvurulması, zarar gören lehine sonuç doğurabilecek niteliktedir.

lanmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **BREHM**, Art. 55, BK, Nr. 103. Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 85/I. maddesi uyarınca araç işletenin sorumluluğu bakımından, teklik (dışlama) ilkesi uygulanacağı ve bu şekilde, işleten kusurlu olsa da kusur sorumluluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı; işletenin tehlike sorumluluğuna tabi olacağı ve kusurunun ek kusur olarak göz önünde bulundurulacağı; ayrıca işletenin bir olağan sebep sorumluluğu hükmü uyarınca da sorumluluğunun söz konusu olması halinde de teklik ilkesi uyarınca tehlike sorumluluğunun uygulanacağı yönünde bkz. **Fikret EREN**, "Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları", AÜHFD, Cilt: 39, Sayı: 1-4, 1982-1987, s. 161-162.

⁹² VE-OR Art. 53 hükmünde bulunmayan ve TBK m. 60 hükmünde yer verilen "zarar gören aksini istemiş olmadıkça" ibaresinin, hâkimin, maddi vaktalar ve netice-i taleple bağlı olması karşısında, tarafların nitelendirmesi ile bağlı olmaksızın olaya uygulanacak olan hukuki sebebi kendisinin belirleyeceğinden hareketle yerinde olmadığı yönünde bkz. **Vedat BUZ**, "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler", BATİDER, Cilt: XXIX, Sayı: 2, Haziran 2013, s. 50 vd..

Nitekim zarar görenin, uğradığı zararların tamamının tazminine olanak sağlayan bir sorumluluk hükmüne dayanılması olanaklı ise başkaca bir sorumluluk hükmüne dayalı olarak sorumluluğun kurulması yoluna gidilmesi anlam taşımaz. Ancak kanunda aksinin öngörülmesi halinde, o hüküm uyarınca sorumluluğun tayin edilmesi yoluna gidilir. Bu nedenle, TBK m. 71 hükmünün, başka bir sorumluluk hükmünün tatbik edilmesini engellemesi, kanaatimizce yerinde değildir.

Sorunun çözümü bakımından, TBK m. 71/II uyarınca, değerlendirme yapılması zorunludur. Esas itibarıyla organizasyon sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu, farklı uygulama alanlarına sahiptir. Bu bakımdan, sorumluluğun kurucu şartlarının değerlendirilmesi ile çözüme ulaşılmalıdır.

TBK m. 71/II'de belirlenen önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin söz konusu olabilmesi için aranan sübjektif unsur, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile tehlikenin önlenememesidir. Bu bakımdan, gerekli koruyucu önlemlerin, gerektiği ölçüde alınması durumunda dahi işletme faaliyetinin tehlikesinin önüne geçilememesi söz konusudur⁹³. Fiziksel güçler ya da güncel teknik yetenekler tehlikeye hâkim olunmasına izin vermez⁹⁴. Faaliyetin başlangıcında mevcut olan ve bilimsel gelişmeler karşısında, faaliyetin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan tehlikeler bu kapsamdadır⁹⁵. Uzman bir kişi de zarara ilişkin olarak tedbir alabilmek imkânından yoksundur. Bu nedenle, hüküm uyarınca ölçüt, uzman bir kişi tarafından bilim ve teknik uyarınca bilinebilir kurallarına uyulması halinde dahi zararın ortaya çıkabilecek olmasıdır⁹⁶. Bu yönüyle, tüm özen gösterilse dahi işletme faaliyetinin tehlikeli yapısının başkalarını zarara uğratma olasılığı, varlığını korumaya devam eder. İşletme sahibi ve varsa işleten, işletme organizasyonuna

⁹³ **WIDMER/WESSNER**, Erläuternder Bericht, s. 142; **EREN**, Borçlar Genel, s. 519-520; **ANTALYA**, Borçlar Genel, s. 640; **ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU**, s. 236; **ÜÇİŞİK**, s. 140-141; **SANLI**, s. 74-75; **ERDEM**, s. 218.

⁹⁴ **HAVUTÇU**, s. 3627.

⁹⁵ **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 81. Ayrıca bkz. **HAVUTÇU**, s. 3627.

⁹⁶ **ERİŞGİN**, Sempozyum, s. 80-81.

ilişkin gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle tehlike sorumluluğundan kurtulmak imkânına sahip değildir. Dolayısıyla TBK m. 71 uyarınca, gerekli özenin gösterilmesi halinde, işletme faaliyetinin zarar meydana getirmesi önlenilecek ise önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme söz konusu olmaz ve tehlike sorumluluğu tatbik edilmez⁹⁷. Nitekim tehlike sorumluluğu bakımından, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin söz konusu olabilmesi için gerekli bulunan sübjektif unsur gerçekleşmemiştir.

Bu bakımdan, tehlike sorumluluğunda, gerekli tüm özen gösterilse dahi zararın ortaya çıkacak olması aranır ve işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden yapısının belirlenmesinde, bu kriterden hareket edilir. Organizasyon sorumluluğu, işletme organizasyonundaki objektif eksiklik olgusuna bağlı, olağan sebep sorumluluğu olmakla, gerekli özenin gösterilmiş olması ya da özen ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesilmiş olması halinde, işletene sorumluluk yüklenmez. Dolayısıyla tehlike sorumluluğunun unsuruna bağlanan bu durum, organizasyon sorumluluğunda, işletenin sorumluluktan kurtulmasını sağlar. Tehlike sorumluluğu gerçekleştiğinde, artık gösterilen özen ile ilgili olmayan bir alanda, tehlikeli işletme faaliyetinin tipik tehlikesi sonucu oluşan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu şekilde bir özen gösterilip gösterilmediği araştırma konusu edilmez. Sorumlu, gerekli özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Organizasyon sorumluluğunda, ortaya çıkan zarar, organizasyona gerekli özenin gösterilmemiş olduğu karinesine bağlanır. Gerekli özenin gösterildiğinin ispatı halinde ise sorumluluk doğmaz.

İşletenin, organizasyon sorumluluğundan sıyrılması, TBK m. 66/II yanında, TBK m. 66/III'te düzenlenen özen yükümlülüğü gerekliliğinin yerine getirdiğinin ispat etmesinden ileri gelmez. İşleten bakımından, öngörülen kurtuluş kanıtı, sadece TBK m. 66/III uyarınca organizasyona özen göstermiş olduğunun ispatına bağlıdır. İşletenin, çalışanın seçiminde, talimatlandırılmasında, gözetim ve denetiminde özen göster-

⁹⁷ ERDEM, s. 218-219. Ayrıca bkz. ERİŞGİN, Sempozyum, s. 80-81.

mesi gereği, söz konusu alanlardaki özenin, organizasyona özen kapsamında olmasının bir sonucudur. Söz konusu durum, adam çalıştırmanın sorumluluğunun ve organizasyon sorumluluğunun TBK m. 66 hükmü içerisinde iki ayrı fıkra halinde birbirinden bağımsız sorumluluk hükümleri olarak düzenlenmesinden kaynaklanır. Bu bakımdan, sorumluluktan kurtulabilmek için işleten, TBK m. 66/II ile 66/III uyarınca özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmez; sadece TBK m. 66/III uyarınca organizasyona özen gösterdiğini ispat eder⁹⁸.

Organizasyona özen yükümlülüğünün kapsamı ise kurumsal organizasyon yükümlülükleri (Körperschaftliche Organisationspflichten) ve işletmesel organizasyon yükümlülükleri (Betriebliche Organisationspflichten) olmak üzere ikiye ayrılmak suretiyle değerlendirilir⁹⁹. Bu çerçevede, kurumsal organizasyon yükümlülükleri, tüzel kişinin teşkilatına uygun şekilde, temsile yetkili organların oluşturulmasına esas teşkil eder¹⁰⁰. Benzer şekilde, tüzel kişinin yapısında, ilgili önemli görevler (faaliyetler) için ya da yönetim kurulunun (ya da temsile yetkili başkaca organın) hâkim olamayacağı faaliyet alanları bakımından, bir organın mevcut olması ve yetkilendirilmesi aranır¹⁰¹. İşletmesel organizasyon yükümlülükleri, kurumsal organizasyon yükümlülükleri ile karşı karşıya bulunur¹⁰². İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu bakımından işle ilgili sağlık ve güvenliğe, işletmesel süreç (Betriebsablauforganisation), çalışanlara [(Personalorganisation) yeterli çalışandan faydalanılması, işbölümüne dayalı ve hiyerarşik yapının kurulması ve çalışanın seçimi, talimatlandırılması ile gözetim ve denetimine ilişkin organizasyonun kurulması] ve araç, makine, teçhizat, malzeme, bina, yapı vb. maddi unsurlara [eşya unsuruna (Sachorganisation)] ilişkin

⁹⁸ ÜNLÜTEPE, s. 454.

⁹⁹ ÜNLÜTEPE, s. 457.

¹⁰⁰ **Thomas BRANDES**, Die Haftung für Organisationspflichtverletzung, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Peter Lang, 1994, s. 110-111; **Mehmet DEMİR**, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara: Turhan, 2010, s. 247.

¹⁰¹ **Gerald SPINDLER**, Unternehmensorganisationspflichten, Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 2001, s. 601; **BRANDES**, s. 110-111.

¹⁰² **BRANDES**, s. 111; **DEMİR**, s. 247.

organizasyon yükümlülükleri olmak üzere dört grup halinde değerlendirilir¹⁰³.

Bu çerçevede, organizasyon sorumluluğunda, gerekli özenin gösterilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağının yokluğu, işleteni sorumluluktan kurtarıken; gerekli özen gösterilse dahi sıkça veya ağır zararın ortaya çıkabilecek olması, tehlike sorumluluğunun uygulama alanı bulacağı işletmeyi belirler. Gerekli özen, tehlikeyi bertaraf edecekse tehlikeli bir işletme faaliyetinden bahsedilmez. İşletme faaliyetinin, TBK m. 71 kapsamında önemli ölçüde tehlike arz etmediği belirlendiğinde, işletme faaliyetinin neden olduğu zarardan, organizasyona gerekli özeni göstermeyen işleten sorumlu olur. Gerçekleşen tipik tehlike neticesinde ortaya çıkan zarar nedeniyle, organizasyon sorumluluğuna dayalı olarak açılan davayı, işletme sahibinin/işletenin, gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesine gerek olmaksızın, organizasyon bakımından gerekli özen gösterilseydi dahi zararın ortaya çıkacağını; diğer bir ifade ile zarar ile organizasyona özen arasında nedensellik bağının bulunmadığını ispat etmek suretiyle savuşturması mümkündür. Nitekim tipik tehlike niteliğinin kazanılması, gerekli özen gösterilse dahi tehlikenin ortaya çıkma ihtimalinin devam etmesine bağlıdır. Bu nedenle, zarara sebep olan aynı olayda, organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şartlarının birlikte gerçekleşmesi olanaklı değildir; dolayısıyla iki sorumluluk hükmünün somut olayda yarışması düşünülemez¹⁰⁴.

SONUÇ

TBK m. 66/III ve 71 hükümleri ile işletme faaliyetlerinin tehlikeli olup olmaması bakımından ayırım yapılmak suretiyle; işletmeler bakımından sorumluluk ağırlaştırılarak kusursuz sorumluluğun uygulama alanı genişletilmiş ve kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğu karşısında, güçlü bir ilke olarak kabul edilmiştir.

¹⁰³ Organizasyona özen yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak bkz. ÜNLÜTEPE, s. 449 vd..

¹⁰⁴ ÜNLÜTEPE, s. 211 vd..

TBK m. 66/III hükmü, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hüküm içerisinde yer verilmiş olsa da işletmeler bakımından, objektif özen yükümlülüğüne aykırılığına dayalı olarak (objektif nitelikteki işletme organizasyonuna özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması) genel bir organizasyon sorumluluğunu ifade eder ve adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrı ve bağımsız bir nitelik taşır. TBK m. 71 hükmünde ise önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından, tehlike esasına dayalı olarak genel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüştür.

Tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m. 71 ve TBK m. 66/III hükümlerinde yer verilen işletme kavramı aynı niteliktedir ve zararın kaynağı işletme faaliyetidir. Ancak tehlike sorumluluğu bakımından, sorumluluğun ortaya çıkmasında önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin zarara sebep olması esas alınır. Böylelikle tüm özen gösterilse dahi işletme faaliyetinin tehlikeli yapısı varlığını korumaya devam eder ve zararın doğumuna sebebiyet veren durumun önlenmesi mümkün olmaz. Bu bakımdan, önüne geçilmesi olanaklı olmayan işletme tehlikeleri söz konusudur. Organizasyon sorumluluğunda ise sorumluluğun uygulama alanını işletmeler oluşturur ve işletmelerin belirli bir tehlike düzeyine ulaşması aranmaz; sorumluluk tehlikeli bir faaliyete ilişkin değildir.

Diğer yandan, organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için bağımlı çalışma ilişkisi bulunan bir işletmenin mevcut olması gerekir. Dolayısıyla, zararın kaynağının mutlaka çalışanın fiilinden kaynaklanması gerekmez ise de çalışanın bulunmadığı işletmeler bakımından organizasyon sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak TBK m. 71 uyarınca tehlike sorumluluğunun ortaya çıkmasında işletmede bağımlı çalışma ilişkisinin varlığı zorunlu unsur değildir.

Tehlike sorumluluğunun süjesi, işletme sahibi ile işletmenin bir başka gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmesi halinde işleten olmak üzere müteselsil sorumluluk tayin edilmek suretiyle belirlenmiştir. TBK m. 66/III hükmünde işletmede adam çalıştırma ibaresine yer verilmiş ise de organizasyon sorumluluğunun süjesi işletendir.

Tehlike sorumluluğunda, işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden yapısının belirlenmesi bakımından uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile tehlikenin önlenememesi; diğer bir ifade ile tüm özen gösterilse dahi zararın ortaya çıkacak olması aranır. Tehlike sorumluluğunun yapısı itibarıyla, işletme sahibi/işleten, iyi bir organizasyon kurup kurmadığından bağımsız olarak sorumlu tutulur ve böylece, iyi bir organizasyon kurulmuş olması, sorumluluk üzerinde etkili olmaz.

Organizasyon sorumluluğu, işletme organizasyonundaki objektif eksiklik olgusuna bağlı, olağan sebep sorumluluğu olmakla, gerekli özenin gösterilmiş olması ya da özen ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesilmiş olması halinde, işletene sorumluluk yüklenmez. Bu bakımdan, organizasyon sorumluluğun işletenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayan olgu, tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun uygulama alanı bulacağı işletmenin mevcut olup olmadığının tayin edilmesine yarar. Bu bakımdan, gerekli özen, tehlikeyi bertaraf edecekse tehlikeli bir işletme faaliyetinden bahsedilmez ve tehlike sorumluluğu uygulanmaz. Dolayısıyla organizasyon sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunun somut olayda yarışması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

ADAL, Erhan. *"Yeni Borçlar Kanununda Düzenlenen Tehlike Sorumluluğu Hükümlerinin Değerlendirilmesi"*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF-HAD. Özel Sayı, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 920-979.

AHMEDOV, Ziya. Türk ve Azerbaycan Hukukunda Adam Çalıştırının Hukukî Sorumluluğu. Gazi Üniversitesi SBE. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: 2012.

AKARTEPE, Alpaslan. *"Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değeriklikler"*, EÜHFD. Cilt: XVI, Sayı: 1-2, 2012, ss. 159-190.

AKÇURA KARAMAN, Tuba. Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu. İstanbul: Vedat, 2008.

AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Turu Olarak Tehlike Sorumluluğu", İÜHF. Cilt: 70, Sayı: 1, 2012, ss. 203-220.

ALTAY, Sabah. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. 2. Bası. İstanbul: Legal, 2012, ss. 171-185.

ALTOP, Atilla. "Değerlendirme Konuşması", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. 2. Bası. İstanbul: Legal, 2012, ss. 201-205.

ANTALYA, Gökhan. "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", MÜHF-HAD. Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, ss. 63-83. (Sorumluluk).

ANTALYA, Gökhan. "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme", Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, LHD. Yıl: 3, Sayı: 34, Ekim 2005, ss. 3632-3636. (Haksız Fiil).

ANTALYA, Gökhan. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli", HPD. Sayı: 4, Ağustos 2005, ss. 70-72. (Panel).

ANTALYA, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I. İstanbul: Beta, 2012. (Borçlar Genel).

APATHY, Peter. *"Schandenersatzreform-Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung"*, Juristische Blätter. Heft: 4, April 2007, 129. Jahrgang, ss. 205-219

ARPACI, Abdülkadir. *"Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler"*, İstanbul Barosu, SEM, Staj Eğitim Merkezi, Cumartesi Forumları-4. 2. Basım. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 47-104.

ATAMER, Yeşim M.. *"Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler"*, HPD. Sayı: 6, Mayıs 2006, ss. 8-37.

AYDIN ÖZDEMİR, Elif. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini.* Ankara: Adalet, 2013.

AYDINLI, İbrahim. *Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları.* Ankara: Demiryol-İş Eğitim Yayınları, 2001.

AYDOĞDU, Murat. *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu.* Ankara: Adalet, 2009.

BECKER, Hermann. *Berner Kommentar, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR. 2. Auflage.* Bern: Stämpfli, 1945.

Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts an den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements. August 1991. (Studienkommission).

BERTSCHINGER, Urs. *"Organisationshaftung-Eine Schweizer Perspektive"*, Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler. Stuttgart: 1999, ss. 177-188.

BRANDES, Thomas. *Die Haftung für Organisationspflichtverletzung.* Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Peter Lang, 1994.

BREHM, Roland. *Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61*

OR. HAUSHEER/WALTER (Hrsg.). 3. Auflage. Bern: Stämpfli, 2006. (BK).

BURCUOĞLU, Haluk. "Seminer: Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", İz. BD. Yıl: 77, Sayı: 2, Mayıs 2012, ss. 9-91.

BUZ, Vedat. "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler", BATİDER. Cilt: XXIX, Sayı: 2, Haziran 2013, ss. 19-57.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem. "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", DEÜHFD. Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss. 1-19.

ÇEKİN, Mesut Serdar. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu. İstanbul: Oniki Levha, 2016.

ÇELİK, Çelik Ahmet. "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu", Yargı Dünyası. Sayı: 189, Eylül 2011, ss. 11-23.

DECHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre. Sorumluluk Hukuku. ÖZDEMİR, Salim (çev.). Ankara: 1983.

DEMİR, Mehmet. Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu. Ankara: Turhan, 2010.

ERDEM, Mehmet. "TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. 2. Bası. İstanbul: Legal, 2012, ss. 213-222.

EREN, Fikret. "Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları", AÜHFD. Cilt: 39, Sayı: 1-4, 1982-1987, ss. 159-212. (Araç İşleten).

EREN, Fikret. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. 21. Baskı. Ankara: Yetkin, 2017. (Borçlar Genel).

ERİŞGİN, Nuri. "Tehlike Bağı", AÜHFD. Cilt: 49, Sayı: 1-4, 2000, ss. 137-154. (Tehlike Bağı).

ERİŞGİN, Nuri. "Tehlike Sorumluluğu", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014, ss. 90-110. (Tehlike).

ERİŞGİN, Nuri. "Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler. (Derleyen: KIRCA, Çiğdem). İstanbul: Vedat, 2013, ss. 59-101. (Sempozyum).

FELLMANN, Walter/MÜLLER, Christoph/WERRO, Franz. Art. 46-63 OR 2020, Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil. HUGUENIN/HILTY (Hrsg.). Zurich/Basel/Genf: 2013.

GRISS, Irmgard. "Gefährdungshaftung, Unternehmerhaftung, Eingriffshaftung", Entwurf eines neuen österreichischen Schandenersatzrechts. GRISS/KATREIN/KOZIOL (Hrsg.). Wien/Newyork: Springer, 2006, ss. 57-66.

HATEMİ, Hüseyin. "Borçlar Hukuku'nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan. Ankara: Seçkin, 2006, ss. 223-230. (Borç Kaynakları).

HATEMİ, Hüseyin. "Borçlar Kanunu Tasarısı Olgunlaşmadan Kanunlaşmamalıdır", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu. 26-27 Haziran 2008, İstanbul: XII Levha, 2011, ss. 115-128. (Tasarı).

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre. Borçlar Hukuku, Genel Bölüm. 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2015.

HAVUTÇU, Ayşe. "Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme", Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, LHD. Yıl: 3, Sayı: 34, Ekim 2005, ss. 3613-3628.

HELVACI, İlhan, "Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler", HPD. Sayı: 4, Ağustos 2005, ss. 101-108.

HONSELL, Heinrich. "Die Haftung für Hilfspersonen", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)-national global comparative (Band II). BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (Hrsg.). Bern: Stämpfli, 2011, ss. 779-789.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge. İNAN Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.

JÄGGI, Peter. "Diskussionsvotum am Schweizer Juristentag 1967", ZSR. Neue Folge, Band 86, Zweiter Halbband, 1967, ss. 754-757.

KAYIHAN, Şaban. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. www.kazanci.com (çevrimiçi). (Kazancı İçtihat Bankası).

KENDİGELEN, Abuzer. ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsün. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 20. Bası. Ankara: Turhan, 2016.

KOCH, Bernhard. "Enterprise Liability", European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary. Wien/New York: Springer, 2005, ss. 93-100. (PETL Art. 4. 202).

KOCH, Daniel. "Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts", ZEuP. 9. Jahrgang, 2001, ss. 753-758. (VE-OR).

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem. *"Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda 'Haksız Fiiller'"*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt. II. İstanbul: XII Levha, 2010, ss. 1243-1271.

KORKUSUZ, M. Refik. *"Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu. 28-29 Mayıs 2009. Ankara: 2009, ss. 147-208. (Tasarı).

KORKUSUZ, M. Refik. *"Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi"*, DÜHFD. Sayı: 16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, ss. 23-44. (Tehlike).

KOZIOL, Helmut. Grundfragen des Schadenersatzrechts. Wien: Jan Sramek, 2010.

KUNTALP, Erden/ BARLAS, Nami/ AYANOĞLU MORALI, Ahu/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ İPEK, Mehtap/ YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler. İstanbul: Beta, 2005.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş. İş Hukuku. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası. Ankara: Turhan, 2014.

NOMER, Haluk N.. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 10. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

OĞUZMAN, Kemal. *"Adam Kullananların BK. m. 55 Gereğince Mes'ul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında"*, İÜHFM. Cilt: 23, Sayı: 1-2, 1958, ss. 182-197.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2. 9. Bası. İstanbul: Vedat, 2012.

ÖZ, Turgut. Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler. 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2012.

ÖZEL, Çağlar/LEBLEBİCİ, Doğan N.. "Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi. Cilt: 10, Sayı: 2, 2007, ss. 177-200.

PAKSOY, Meliha Sermin/DEMİR, Gizem Arslan. "Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması", İÜHFM. Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan. Cilt: 71, Sayı: 2, 2013, ss. 299-316.

REİSOĞLU, Safa. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Yirmibeşinci Bası. İstanbul: Beta, 2014.

SAĞLAM, İpek. "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. 2. Bası. İstanbul: Legal, 2012, ss. 161-169.

SANLI, Kerem Cem. "Kusursuz Sorumluluk Halleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler. (Derleyen: İNCEOĞLU, Murat). İstanbul: XII Levha, 2012, ss. 61-81.

SARAÇ, Senem. Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu. İstanbul: XII Levha, 2013.

SARIHAN, Banu Bilge. "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Bir Kural Olarak Tehlike Sorumluluğu", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF-HAD. Özel Sayı, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2014, ss. 1177-1195.

SPINDLER, Gerald. Unternehmensorganisationspflichten, Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte. Köln/ Berlin/ Bonn/ München: Carl Heymanns, 2001.

STARK, Emil W.. Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum. Zürich: Schulthess, 1982.

ŞENYÜZ, Doğan. Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler. 5. Baskı. Bursa: Ekin, 2011.

TANDOĞAN, Haluk. Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. Ankara: 1981.

TEMEL, Erhan. "Alman Hukukunda Muayenehane Ortaklığı ve Ortak Muayenehane Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar", İÜHFM. Cilt: 67, Sayı: 1-2, 2009, ss. 209-228.

TİFTİK, Mustafa. Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu. 2. Baskı. Ankara: Yetkin, 2005.

TÜRKMEN, Ahmet. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu", İÜHFM. Cilt: 70, Sayı: 2, 2012, ss. 257-284.

ULUSAN, İlhan. "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", MHAD. Yıl: 4, Sayı: 6, 1970, ss. 23-57. (Tehlike).

ULUSAN, İlhan. "Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu", Yaşar Üniversitesi e-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: III. Özel Sayı, Vol: 8, 2013, ss. 2897-2906. (Genel Tehlike Sorumluluğu).

UYGUR, Turgut. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: I. Ankara: Seçkin, 2012.

ÜÇİŞİK, Güzin. "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu. 28-29 Mayıs 2009. Ankara: 2009, ss. 127-146.

ÜNLÜTEPE, Mustafa. Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul: Legal, 2016.

WAESPI, Oliver. *"Die Unternehmens- und Hilfspersonenhaftung gemäss den Principles of European Tort Law"*, HAVE. 2005, ss. 255-259. (PETL).

WAESPI, Oliver. Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung. Bern: Stämpfli, 2005. (Organisationshaftung).

WANTZEN Kai. Unternehmenshaftung und Enterprise Liability, Zur Idee unternehmensbezogener Schadenshaftung als Quasi-Versicherung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

WIDMER, Pierre. *"Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes"*, Entwurf eines neuen österreichischen Schandenersatzrechts. GRISS/KATREIN/ KOZIOL (Hrsg.). Wien/Newyork: Springer, 2006, ss. 127-141.

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre. Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkomm. (Kurzkomm.).

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre. Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht. Bern: 2000. (Erläuternder Bericht).

YAVUZ, Cevdet. *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk' Halleri ve İlkeleri"*, MÜHF-HAD. Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, ss. 29-61.

YENİOCAK, Umut. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Genel Hükümler. İstanbul: XII Levha, 2011.

YILMAZ, Süleyman. *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler"*, AÜHFD. Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, ss. 551-578.

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU, Emre. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Hükümler. 2. Baskı. İzmir: 2013.

TÜRK SPOR HUKUKU'NDA “REFAKATÇİ ÇOCUK”

*Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU**

ÖZET

Spor, bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de önemli bir yere sahiptir. Bu durum aynı zamanda spor hukukunun gündeme gelmesine yardımcı olmaktadır. Spor Hukuku, genç bir hukuk dalıdır ve gelişim göstermeye açıktır. Spor Hukukunun bu gelişimi kapsamında ele alınması gereken konulardan bir tanesi de refakatçi çocuklara ilişkindir.

Makalede Türk Spor Hukuku açısından “*refakatçi çocuk*” kavramı incelenmektedir. “*Refakatçi çocuk*”, Türkiye Futbol Federasyonu’nun çıkarmış olduğu Sportif Ekipman Talimatı’nda düzenlenmektedir. Söz konusu inceleme yapılırken Sportif Ekipman Talimatı’nın ilgili maddesi dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Spor, Hukuk, Spor Hukuku, Refakatçi Çocuk, Sportif Ekipman Talimatı.

ABSTRACT

Sport has an important place in our country as it is in the whole world. This situation also helps to bring sports law to the agenda. Sports Law is a young law and is open to development. One of the issues that

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.
Makale Geliş Tarihi: 11.09.2017
Makale Kabul Tarihi: 26.12.2017

should be addressed within the scope of this development of Sports Law is related to accompanying children.

The concept of "*accompanying child*" is examined in terms of Turkish Sport Law. "*Accompanying child*" is organized in the Sporting Equipment Directive, which is in the Turkish Football Federation. The relevant provisions of the Sporting Equipment Directive have been taken into account when conducting such a review.

Key Words: Sport, Law, Sports Law, Accompanying Child, Sporting Equipment Directive.

GİRİŞ

Türk Hukuku'nda çocuklara ilişkin pek çok düzenleme vardır. Bu düzenlemelerden bir tanesi de Türkiye Futbol Federasyonu¹ tarafından çıkarılan Sportif Ekipman Talimatı'nda² yer alan refakatçi çocuklara ilişkin olanıdır.

Makalede spor hukuku sùjeleri arasında değerlendirilmesi mümkün olan refakatçi çocuklar incelenmektedir. Refakatçi çocuklara ilişkin bu inceleme hukuki açıdan ilk defa yapılacak olup inceleme kapsamında özellikle refakatçi çocuk tanımının yanı sıra refakatçi çocuk organizasyonu ile söz konusu çocukların bu organizasyonda yer alabilmeleri için gerekli şartların neler olabileceği üzerinde durulmaktadır. Ayrıca refakatçi çocuklara ilişkin incelemeye geçilmeden önce spor ve spor hukukuna ilişkin bazı genel bilgiler verilmektedir.

I. SPOR VE SPOR HUKUKU'NA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Spor, doktrinde değişik tanımlar verilmekle birlikte, en basit ifadeyle önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde yapılan faaliyet ve aktivitelerdir³.Sporun cinsiyet ayrımı olmaksızın toplumları birleştirci ve

¹ Bundan sonra TFF şeklinde ifade edilecektir.

² Bundan sonra SET şeklinde ifade edilecektir.

³ Bkz., Şeref **Ertaş**/Hasan **Petek**, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 27; Recep **Gülşen**, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 3-4; Ramazan **Çağlayan**, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, s. 12; Rifat**Erten**, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 11; Rifat**Erten**, "Türk Sporunun Yapısal Düzeni", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.1,2, 2006, s. 120, (Yapısal Düzen); Ertan **Kılıçgil**, Sosyal Çevre-Spor İlişkileri (Teori ve Elit Sporculara İlişkin Bir Uygulama), Bağırhan Yayınevi, Ankara 1998, s. 6; Süleyman Çetin **Özoğlu**, "Spor Psikolojisi ve Gelişmeler", 1. Uluslararası Spor Psikolojisi Sempozyumu, Ed: Şefik Tiryaki, Bağırhan Yayınevi, Ankara 1997, s. 3; Metin **Tükenmez**, Toplumbilim ve Spor, Kaynak Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 32; Zübeyt**Aydın**, "Spor ve Spor Politikaları", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Akın Ataksoy Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 2015, s. 178; İlhan **Çakar**, "Sporda Vergi Hukuku", Spor Hukuku Tezleri, Ed: Kısmet Erkiner, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 69.

bütünleyici bir etkisinin olduğu görülmektedir. Sporun toplumlar üzerindeki etkisi ve geniş kitlelere ulaştığı düşünüldüğünde onun farklı boyutlarından söz edilebilir⁴.

Spor bir haktır. Sporun hak kategorileri içerisinde aldığı yere baktığında, onu kişilik hakkı olarak değerlendirmek mümkündür⁵. Başta Anayasada olmak üzere doğrudan ya da dolaylı bir şekilde spor hakkına ilişkin birçok düzenleme mevcuttur. Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğunu belirten düzenlemeden hareketle sporun bir hak olarak kabul edildiği görülmektedir⁶.

Sporun evrensel olması, onun birtakım kurallar çerçevesinde yapılması gerekliliğini doğurmuş ve *spor hukuku* adı verilen yeni bir hukuk dalı ortaya çıkmıştır. Sportif faaliyetlerin yanı sıra spor sùjeleri arasındaki ilişkileri de düzenleyen hukuk dalına, spor hukuku adı verilmektedir⁷. Spor Hukuku, karma bir hukuk dalıdır⁸. Bu açıdan hem özel hukuk hem de kamu hukukuna ilişkin düzenleme ve konuları bünyesinde barındırmaktadır.

⁴ Sporun fiziksel, psikolojik, ekonomik, sosyal, siyasal olmak üzere pek çok boyutu vardır. Sporun boyutlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Glenn M. Wong, *Essentials of Sports Law*, Abc-Clio, 4. Baskı, California 2010, s. 4 vd.; Sporun psikolojik boyutu açısından ayrıntılı bilgi için bkz., **Özoğlu**, s. 4 vd.

⁵ Bkz., **Ertas/Petek**, s. 53 vd.; **Çağlayan**, s. 23 vd.

⁶ Ayrıca bkz., Ali **Akyıldız**, "*Sporun Hukuku ve Yargısı*", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Mattek Matbaası, 2013, s. 63-64; **Çağlayan**, s. 24; **Gülşen**, s. 62.

⁷ Durmuş Ali **Genç**, Spor Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998, s. 61; Nuray **Ekşi**, Spor Tahkim Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2015, s. 5; **Ertas/Petek**, s. 35; **Rifat**, s. 55; **Çağlayan**, s. 17. Spor hukukunun gelişimi ve kapsamı için bkz., Hüseyin Alpay **Köse**, Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri, Legal Yayıncılık, 2011, s. 38 vd.

⁸ Bkz., Mine **Kaya**, "*Sporda Şiddet ve Düzensizlikten Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.9, Y.3, 2012, s. 120; **Ertas/Petek**, s. 37; **Çağlayan**, s. 19; **Gülşen**, s. 61.

II. SPOR HUKUKU KAPSAMINDA "REFAKATÇİ ÇOCUK" KAVRAMI VE ORGANİZASYONU

"Refakatçi çocuk" ile refakatçi çocuk organizasyonunun incelenmesi yapılırken öncelikle refakatçi çocuk kavramı üzerinde durulmuş ve daha sonra da organizasyonun şartları ile diğer durumlar SET kapsamından değerlendirilmiştir.

A. Genel Olarak

Spor Hukuku açısından "refakatçi çocuk" kavramına SET'in 22. maddesinde yer verilmektedir. Söz konusu maddenin başlığı da "Refakatçi Çocuklar" şeklindedir. Madde, iki fıkradan meydana gelmektedir. Maddede refakatçi çocuk tanımı yapılmamıştır. Ancak maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde refakatçi çocuk tanımının yapılmasına yardımcı olabilecek bazı unsurlara yer verildiği söylenebilir. Buradan hareketle refakatçi çocuk, *ev sahibi kulüp tarafından TFF'nin izni dahilinde, müsabakalar başlamadan önce yapılacak seremonilerde futbolcuların yanında onlarla birlikte sahaya çıkan ve seremoni bittikten sonra da sahadan ayrılan on iki yaşından küçük çocuklar* şeklinde tanımlanabilir.

SET kapsamında refakatçi çocuk kavramını incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki; söz konusu düzenlemenin bu talimatta yer alması uygun değildir. SET'te sportif faaliyetlerde kullanılan ekipmanlara ilişkin olarak düzenlemelere yer verilmektedir⁹. Nitekim SET'in 2. maddesinde sportif ekipmanlar, "*Forma setleri de dâhil olmak üzere, takımların müsabakalarda kullandıkları her türlü sportif malzeme*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bütün bunlar dikkate alındığında talimatta refakatçi çocuklara ilişkin düzenlemenin yer alıyor olması, sanki refakatçi çocukların da sportif anlamda bir ekipman olarak değerlendirildiği sonucunu doğurmaktadır¹⁰. Bu sonuçla birlikte kişilik hakkı bakımından özellikle çocukların manevi varlıklarının zarar gördüğü söylenebilir. Başka

⁹ Bu kapsamda formalar, forma üzerinde yer alacak olan amblemler, kaptanlık bantları, müsabaka topları vb.'lerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

¹⁰ Aynı durum SET'in 21. maddesinde düzenlenen top toplayıcıları için de geçerlidir.

bir ifadeyle refakatçi çocukların bir sportif ekipman olarak değerlendirilmesi, onun menfaatinin zedelenmesine ve bununla bağlantılı olarak da kişilik hakkının ihlaline sebebiyet verebilmektedir. Refakatçi çocuklara ilişkin düzenlemeye, yapılacak bir değişiklik ile birlikte Futbol Müsabaka Talimatı'ndayer verilmesi uygun olur.

Refakatçi çocuk organizasyonunun süjesi “*çocuk*” olduğundan dolayı konuya Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları açısından da değinmek gerekir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesindeki düzenlemeden hareketle her çocuğun, kendisini ilgilendiren herhangi bir konu ya da işlem sırasında görüşlerini serbestçe ifade etme, görüşlerinin dikkate alınmasını isteme ve katılma hakkına sahip olduğu söylenebilir¹¹. “*Katılma hakkı*” refakatçi çocuk organizasyonu açısından da dikkate alınmalıdır. Şöyle ki çocuklar, belirlenen şartları taşımak kaydıyla, refakatçi çocuk organizasyonuna katılabilir. Böylece çocuklar, toplumda bir “*bi-rey*” olarak yer alıyor olma duygusunu yaşayabilir ve kendini değerli hissedebilir. Ayrıca genel anlamda çocukların spor organizasyonlarında yer alması, onların sporu sevmelerinin yanı sıra fiziksel ve psikolojik olarak da gelişimlerine büyük katkı sağlayacağından dolayı, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen herkesin kendini geliştirme hakkına sahip olması durumu ile de birlikte değerlendirilmesi mümkündür.

B. Refakatçi Çocuk Organizasyonu ve Şartları

Refakatçi çocuk organizasyonunun gerçekleştirilebilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Refakatçi çocuk organizasyonuna ilişkin şartların SET'in 22. maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenmesi mümkündür. Söz konusu şartlar ayrı başlıklar halinde incelenmektedir.

¹¹ Katılma hakkı için bkz., Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 55; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 52; Ercüment Erbay, “Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Türkiye Değerlendirmesi”, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, C.2, S.1, 2013, s. 39 vd.; Tuğba Canbulut, “Türkiye’de Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Derleme”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, C.1, S.2, 2014, s. 88 vd.

1. Organizasyonun Ev Sahibi Kulüp Tarafından Gerçekleştirilmesi

Refakatçi çocuk organizasyonu, ev sahibi kulüpler tarafından gerçekleştirilir. İlgili müsabakanın ev sahibi kulübü, müsabaka öncesinde yapılan seremonide refakatçi çocuklara yer verebilir. Birinci fıkrada yer alan "... *dilerse...*" ifadesinden refakatçi çocuk organizasyonunun zorunlu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte ev sahibi kulüp, refakatçi çocuk organizasyonunun gerçekleştirilmesi istiyorsa söz konusu çocuklara ilişkin olarak her türlü sorumluluk da bu kulübe ait olmaktadır. Örneğin kış aylarında oynanacak olan bir müsabakada, refakatçi çocuklar müsabaka öncesi seremonide yer alacaklarsa, söz konusu çocukların üşmemesi ya da soğuktan herhangi bir zarar görmemesi için ev sahibi kulübün her türlü tedbiri alması gerekmektedir.

2. TFF Tarafından Organizasyona İzin Verilmiş Olması

Refakatçi çocuk organizasyonunun şartlarından bir diğeri TFF tarafından bu organizasyona izin verilmiş olmasıdır. Fıkrada geçen "... *TFF'nin izni çerçevesinde...*" ifadesinden, kimi durumlarda refakatçi çocuk organizasyonuna izin verilmediği sonucu çıkarılabilir. Bu bakımdan organizasyonun yapılmasından önce konu ile ilgili olarak TFF'nin bilgilendirilmesi ve izninin alınması gerekmektedir.

İlgili madde dikkate alındığında, TFF'den alınacak iznin içeriği ve şekli hakkında herhangi bir düzenlemenin söz konusu olmadığı görülmektedir. Ancak refakatçi çocuk organizasyonunu gerçekleştirmek isteyen ev sahibi kulüp, müsabakadan önce TFF'ye yazılı olarak bildirimde bulunarak organizasyon için izin isteyebilir. Ev sahibi kulübün TFF'den isteyeceği izin, müsabakanın başlamasından önce ve fakat makul bir süre içerisinde yapılmalıdır. Örneğin müsabakaya çok az bir süre kala böyle bir iznin TFF'den istenmesi, TFF tarafından durumun değerlendirilmesi ve iznin verilip verilmemesi noktasında yeterli zamanın bulunmaması ve konuya ilişkin sağlıklı bir karar verilememesi sonucunu doğurabilir.

3.Yaş Şartı

Refakatçi çocuk organizasyonu bakımından son şart ise refakatçi çocukların yaşına ilişkindir. Buna göre refakatçi çocuklar on iki yaşından küçük olmalıdır. Başka bir ifadeyle on iki yaşında ya da on iki yaşından büyük olan çocukların, refakatçi çocuk olarak organizasyonda yer almaları mümkün değildir. Söz konusu durum SET'in 22. maddesinin birinci fıkrasında "...12 yaşından küçük çocukları..." şeklinde açıkça düzenlenmektedir.

Refakatçi çocuk organizasyonunda yer alacak çocukların 12 yaşından küçük olmaları gerekmele birlikte bu organizasyonlara katılım noktasında yasal temsilcilerinin izninin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilmektedir. İlgili düzenlemede konuya ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Ancak organizasyonun özelliği ve bu organizasyon için TFF'den izin alınması gerektiği düşünüldüğünde organizasyona katılacak olan çocukların yasal temsilcilerinden de konuya ilişkin olarak izin alınması yerinde olur. Ayrıca ilgili düzenlemede bir "yaş şartı sınırı" getirildiği için yine yasal temsilcisinin izninin alınması gerekliliği gündeme gelebilir. Velayethakkı söz konusu ise bu hak kapsamında da değerlendirmeler aynı yönde yapılabilir¹². Özetle çocuğun menfaati doğrultusunda hareket edilmesi ve çocuğun menfaati dikkate alınarak yasal temsilcilerine organizasyona katılım noktasında izin verip vermedikleri sorulmalıdır.

C. Refakatçi Çocuk Sayısı ve Formalar

Refakatçi çocuk organizasyonuna ilişkin şartların yanında SET'in 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde de refakatçi çocuk sayısının, seremoniye katılan futbolcu ve hakem sayısına eşit olması gerektiği; bu sayıdan az ya da fazla olamayacağı belirtilmektedir. Bir orta hakem, iki yan hakem ve her iki kulübün sahaya çıkan ilk on birleriyle birlikte toplam yirmi beş kişinin seremoniye katıldığı düşünüldüğünde,

¹² Velayet hakkı kapsamında çocuğun korunması noktasında bkz., Sevgi Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 132 vd.

şayet refakatçi çocuk uygulaması yapılacaksa, yirmi beş tane de refakatçi çocuğun seremonide yer alması gerekir.

Refakatçi çocuk organizasyonunda uyulması gereken kurallardan bir diğeri de refakatçi çocukların giyeceği formalara ilişkindir. Bu durum SET'in 22. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre seremonide yer alacak olan refakatçi çocukların, ev sahibi takımın forma setlerini giymesi gerekmektedir. Bununla birlikte müsabakada görev alan hakemlerin yanında yer alacak olan refakatçi çocuklar ise göğüs hizasında ve 200 cm² boyutunda olmak şartıyla, "Fair-Play" veya "Saygı" yazısı bulunan ev sahibi takım forma setlerini giymek zorundadırlar. Görüldüğü üzere müsabaka hakemlerine eşlik edecek olan refakatçi çocuk formaları, diğer refakatçi çocuk formalarından farklı olmaktadır.

SONUÇ

"Refakatçi çocuk" kavramı spor hukuku bakımından SET'in 22. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre refakatçi çocuk organizasyonunda, refakatçi çocuk olarak seçilenler müsabaka başlamadan hemen önce yapılan seremonilerde futbolcularla birlikte sahaya çıkar ve onlara refakat ederler. Müsabaka öncesi yapılan seremoniden sonra da sahadan ayrılmak zorundadırlar.

Refakatçi çocuk düzenlemesinde tartışılması gereken konu, bu düzenlemenin SET'te yer alıyor olmasıdır. SET'te sportif ekipmanlara ilişkin hususlar düzenlenmektedir. Bu türlü düzenlemelerin yer aldığı talimatta, refakatçi çocuklara ilişkin düzenlemenin bulunması uygun değildir ve bu durum kişilik haklarının ihlal edilmesi anlamını da taşımaktadır.

Refakatçi çocuk organizasyonun gerçekleştirilebilmesi için TFF'nin izninin alınması gerekmektedir. TFF'den alınacak olan iznin neye bağlı olduğu SET kapsamında belirtilmemektedir. Başka bir ifadeyle refakatçi çocuk organizasyonuna TFF'nin hangi durumlarda izin vermeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin yapılması ve en azından örnekleme

yoluyla izin verilmeyecek hallerin belirtilmesi uygun olurdu. Ayrıca TFF'den alınacak olan izinde izlenmesi gereken usulüne ne olacağı, iznin şekli vb. konuların da açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Benzer şekilde refakatçi çocuk organizasyonuna katılacak olan çocukların yasal temsilcilerininbu organizasyona katılım noktasında izinlerinin aranıp aranmayacağı hususuna ilişkin düzenlemeye de ihtiyaç duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

Akyıldız, Ali, “*Sporun Hukuku ve Yargısı*”, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Mattek Matbaası, Ankara 2013, s. 61-116.

Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, 2. Baskı, Ankara 2012.

Aydın, Zübeyt, “*Spor ve Spor Politikaları*”, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Akın Ataksoy Armağanı, Ed: Tacar Çağlar, Afşaroğlu Matbaası, Ankara 2015, s. 177-311.

Canbulut, Tuğba, “*Türkiye’de Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Derleme*”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, C.1, S.2, 2014, s. 85-94.

Çağlayan, Ramazan, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.

Çakar, İlhan, “*Sporda Vergi Hukuku*”, Spor Hukuku Tezleri, Ed: Kısmet Erkiner, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 69-84.

Ekşi, Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2015.

Erbay, Ercüment, "Çocukların Katılım Hakkı Üzerine Bir Türkiye Değerlendirmesi", İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, C.2, S.1, 2013, s. 38-54.

Ertaş, Şeref /**Petek**, Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011.

Erten, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Erten, Rifat, "Türk Sporunun Yapısal Düzeni", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.1,2, 2006, s. 117-136, (Yapısal Düzen).

Genç, Durmuş Ali, Spor Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998.

Gülşen, Recep, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.

Kaya, Mine, "Sporda Şiddet Ve Düzensizlikten Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.9, Y.3, 2012, s. 117-150.

Kılıçgil, Ertan, Sosyal Çevre-Spor İlişkileri (Teori ve Elit Sporculara İlişkin Bir Uygulama), Bağırhan Yayınevi, Ankara 1998.

Köse, Hüseyin Alpay, Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.

Özoğlu, Süleyman Çetin, "Spor Psikolojisi ve Gelişmeler", 1. Uluslararası Spor Psikolojisi Sempozyumu, Ed: Şefik Tiryaki, Bağırhan Yayınevi, Ankara 1997, s. 3-13.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Tükenmez, Metin, Toplum Bilim ve Spor, Kaynak Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011.

Usta, Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012

Wong, Glenn M., Essentials of Sports Law, Abc-Clio, 4. Baskı, California 2010.

İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU REVİZYON TASARISININ ŞİRKET SERMAYESİ VE PAYLAR BA- KIMINDAN GETİRDİĞİ BAZI YENİLİKLER

*Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE**

ÖZET

Bu çalışmada, İsviçre Anonim Şirketler Hukuku'nda gerçekleştirilmek istenen değişikliklerden seçilmiş üç tanesi incelenecektir:

Bu değişikliklerden ilki, esas sermayenin yabancı bir para birimi üzerinden belirlenebilmesidir.

İkinci değişiklik, payın asgari itibari değeri üzerinde yapılan değişikliktir. Değişiklikle payın asgari itibari değerinin sıfırdan büyük olması yeterli olacaktır.

Üçüncü değişiklik ise, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümlerin kaldırılmasıdır. Bunun yerine, yönetim kurulunun şirket sermayesinin belirli bir aralıkta hem artırabildiği hem de azaltabildiği yeni bir sistem önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *İsviçre'de anonim şirketler revizyonu, payların asgari itibari değeri, yabancı para cinsinden esas sermaye, sermaye artırımı, sermaye azaltımı*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
aayuce@erciyes.edu.tr; posta@aydinalberyuce.org
Makale Geliş Tarihi: 11.10.2017
Makale Kabul Tarihi: 23.11.2017

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Studie werden drei ausgewählte Abänderungen, die im schweizerische Aktienrecht gemacht werden, untersucht.

Die erste Änderung dieser Abänderungen ist die Möglichkeit, das Kapital mit einer ausländische Währung zu bestimmen.

Die zweite Änderung ist die Abänderung im Nennwert der Aktien. Mit dieser Änderung wird es genügen für den Nennwert der Aktien, um grösser als Null zu sein.

Die letzte Änderung ist die Aufhebung der Bestimmungen über das eingetragene Kapital. Statt dessen wird ein System, in dem der Verwaltungsrat das Kapital sowohl erhöhen als auch herabsetzen kann, empfohlen.

Schlüsselwörter: *die Aktienrechtsrevision in der Schweiz, der Mindestnennwert der Aktien, das Kapital auf eine ausländische Währung, die Kapitalerhöhung, die Kapitalherabsetzung*

I. GİRİŞ

İsviçre’de şirketler hukukunda gerçekleştirilmek istenen reforma ilişkin süreçte 23 Kasım 2016 tarihinde yeni bir safhaya geçilmiştir. Reform kapsamında anonim şirketler hukukunda birçok değişiklik planlanmaktadır. Bu çalışmada esas sermaye ve paylarla ilgili seçilen üç başlık incelenecektir:

Payların 1 Rappen olan en az itibari değerinin daha da düşürülebilmesi imkânı getirilmektedir. Ancak asgari itibari değeri sıfırdan büyük olmalıdır.

Şirketin esas sermayesinin belirlenmesinde yabancı bir para birimi de kullanılabilir. Seçilen para biriminin şirket faaliyetleri açısından önem arz etmesi gerekmektedir. Seçilen para birimi daha sonra İsviçre Frankı ya da bir başka para birimi olarak değiştirilebilir. Yabancı para birimleri arasında da değişiklik mümkün olacaktır.

Şirket sermayesinin değiştirilmesinde yönetim kurulunun hareket alanı genişletilmektedir. Artık, genel kurulun yetkilendirmesiyle yönetim kurulu, kayıtlı sermaye sistemindeki gibi sadece sermayeyi artırma yetkisine sahip olmayacaktır. Bunun dışında sermayenin azaltılması da yönetim kurulunun yetkileri arasında olacaktır. Yönetim kurulu bu yetkisini belirli bir bant aralığında kullanacaktır.

II. ASGARI ESAS SERMAYENİN YABANCI PARA BİRİMİ ÜZERİNDEN BELİRLENEBİLMESİ

A. İsviçre Borçlar Kanunu’na Göre Mevcut Düzenleme

Payların itibari değerinin İsviçre Frankı üzerinden ifade edilmesi gerekir¹. OR Art. 621 hükmüne göre; anonim şirket esas sermayesi en az 100.000 Frank tutarında olmalıdır. Bundan çıkan sonuç, ticaret siciline yapılacak tescilin de bu şekilde olması gerektiği, yani Frank üzerinden tescilin zorunlu olduğudur². Ancak, mevcut hukukî durum üzerinde deği-

¹ Peter **Böckli**, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, §4 N. 4; BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 28.

² Botschaft 2016, BBl 2017, s. 429.

şikliğe gidilerek yabancı bir para biriminin de kullanılabilmesi imkânı getirilmektedir:

B. Revizyon Tasarısına Göre eOR Art. 621 Düzenlemesi

İsviçre Hukuku'nda denetime ilişkin hukuk kuralları ile anonim şirket hukukuna ilişkin kurallar arasında belirli bir ilişkiyi ve koşutluğu sağlamak, aşağıda değinilecek özellikteki yabancı para biriminin kullanımına izin verilmesi yönündeki düzenlemenin arkasında yatan gerekçedir³. Zira halihazırda, defter tutma ve denetim konularında zaten yabancı bir para biriminin kullanılması mümkündür⁴.

Hükümün gerekçesinde⁵, yabancı para biriminin kullanımı konusundaki yenilik yanında, özsermaye ve özellikle sermayenin korunmasına yönelik hükümler ülke parasına göre düzenlenmiş olduğundan şirketler hukukuna ilişkin meselelerin değerlendirilmesinde halen Frank'ın önemli olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, yabancı bir para biriminin tercih edilmesi, şirketlere kâr dağıtımını ya da borca batıklığın tespiti gibi hususlarda seçilen yabancı para birimi üzerinden değerlendirme yapılabilmesi imkânını sağlar⁶.

Getirilmek istenen yasal düzenlemenin ayrıntılarına inmek gerekirse; eOR Art. 621 hükmü üç fıkradan oluşmaktadır⁷. Hükümün *ilk fıkrası* mevcut düzenlemenin tekrarıdır (asgari sermaye tutarının 100.000 İsviçre Frankı olması zorunluluğu).

Mevcut düzenlemeye ilave olarak getirilen *ikinci fıkraya göre* şirket sermayesi; şirket faaliyetlerine göre yapılacak değerlendirme sonucu belirlenecek bir yabancı para birimi üzerinden de tespit edilebilir⁸ (f. 2, c.

³ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 430; aynı yönde bkz. Karin **Poggio**/Florian **Zihler**, „Entwurf zur Revision des Aktienrechts als dritter Meilenstein“, EF 1/17, s. 93.

⁴ **Poggio/Zihler**, s. 93.

⁵ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 430.

⁶ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 480.

⁷ BBl 2017, s. 684.

⁸ Defter tutma ve denetim ile ilgili hukuk kuralları da bu nitelikteki bir yabancı para birimi kullanılmasını mümkün kılmaktadır (Botschaft 2016, BBl 2017, s. 428). Gerekçede yer verilen OR Art. 957a/4 hükmüne göre defterler Frank ya da şirket

1). Belirlenecek tutar şirketin kuruluşu anında 100.000 Frank tutarına karşılık gelmelidir⁹ (f. 2, c. 2). Eğer şirketin esas sermayesi yabancı bir para birimi üzerinden tespit edilmişse; şirketin muhasebe ve defterleri bu para birimi üzerinden tutulmalı ve denetimi de bu para birimi üzerinden gerçekleştirilmelidir¹⁰ (f. 2, c. 3).

Yabancı bir para biriminin şirketin sermayesini ifade eder şekilde kullanılması için gerekli şartlar şunlardır¹¹:

- Tercih edilecek yabancı para biriminin şirket faaliyetleri için önemli olması,

- Şirketin defter tutma faaliyeti ve denetiminin de aynı para birimi üzerinden gerçekleşiyor olması,

- Seçilen yabancı para biriminin Frank olarak karşılığının, *şirketin kuruluşu anında*, 100.000 Frank tutarına karşılık gelmesi (dolayısıyla, seçilen para birimi İsviçre Frankı'na çevrilebiliyor olmalıdır¹²)

Özetle bu konuda, hiçbir koşula bağlı olmaksızın, tamamen serbestçe bir seçimden bahsedilemez¹³. Hükmün gerekçesinde şirketin kurulduğu anda asgari sermaye şartının sağlanması gerektiği belirtilerek, anılan şartların hepsinin bir arada sağlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴.

VeOR Art. 621/2 hükmünde esas sermayeyi ifade eden yabancı para biriminin *şirketin ticaret siciline tescili anında* 100.000 Frank tutarına karşılık gelmesi gerektiği yönündeki düzenleme, tasarımın görüşe açıldığı süreçte eleştirilmiştir¹⁵. *Nagel-Jungo/Meyer* eleştirilerinde, yabancı para biriminin Frank'a çevrilmesi sırasında esas alınacak kur konu-

faaliyetleri için önemli olan yabancı bir para birimi üzerinden tutulabilir. Aynı kabul OR Art. 958d/3 hükmünde denetim için tekrarlanmıştır.

⁹ Kullanılacak para biriminin Frank'a dönüştürülebilir nitelikte olması aranmıştır (Botschaft 2016, BBl 2017, s. 428).

¹⁰ OR Art. 958d/3 hükmüne göre; şirketin denetimi işlemlerinde para birimi olarak Frank kullanılmıyorsa; *değerler* ilaveten Frank olarak da ifade edilmelidir. Kullanılan döviz kuru bildirilmeli ve gereğinde açıklanmalıdır.

¹¹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 481; **Poggio/Zihler**, s. 93.

¹² Peter **Böckli**, „Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision“, GesKR 2015, s. 2; **Gnos/Hohler**, s. 36.

¹³ **Böckli**, Aktienrechtsrevision, s. 2.

¹⁴ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 481.

¹⁵ Söz konusu eleştiri ve öneri için bkz. Gabriela **Nagel-Jungo**/Dieter **Meyer**, „Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision“, 5 März 2015, s. 1-3.

sunda tasarıda bir belirsizlik bulunduğunu belirtmişlerdir. Yazarlara göre; bilanço için esas alınacak kur belirli değildir ve olası kur farklarının varlığında ne yapılacağı da taslaktan anlaşılmamaktadır ve bu konuda ticaret siciline tescil anı ile ilgili bir belirleme yapılmış ancak sonrası için bir şart öngörülmemiştir. Yazarlar konuyu şu örnekle somutlaştırmaktadırlar: 1970 yılında bir şirket 25.000 USD esas sermaye ile kurulmuştur. Kuruluş sırasında 1 Dolar = 4.35 İsviçre Frank'ı etmekte ve bu da 108.750 Frank esas sermayeye karşılık gelmektedir. Bugünkü (Mart 2015) kur ise 0.93'tür ve bu da 23.250 Frank esas sermaye demektir¹⁶. Bu noktada yazarlara göre; OR Art. 725 hükmünün¹⁷ ihlali tehlikesi bulunmaktadır. Burada esas sermaye ile ilgili bir sorun görünmediği için yönetim kurulunun herhangi bir tedbir alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yazarlar 25.000 Dolar esas sermayeli şirket için verilmiş aynı örnekten devam ederek; 100.000 Dolar özsermayeli bu şirkette, 62.500 Dolar tutarında dağıtılmamış kârın bulunduğu varsayımında, şirketin toplam özsermayesi 93.000 Frank tutmasına rağmen bunun dağıtılabileceğini belirtmişlerdir.

Bu eleştirilere karşılık yazarların önerisi şu olmuştur¹⁸: Yapılacak düzenleme ile, Frank üzerinden belirlenmiş asgari sermaye tutarı kuralına her bilanço günü için uyulmalıdır. Yabancı para birimi üzerinden belirlenmiş olan esas sermaye tutarı, bilanço günü güncel kur üzerinden İsviçre Frankı'na çevrilir. Yapılacak çevrim sonucunda asgari sermaye tutarı altına düşüldüğü görülürse yönetim kurulu, son yıllık bilançonun onaylanmasının gündemde olduğu en yakın genel kurul toplantısına tekrar asgari sermaye tutarına yükselmek için sermaye artırımı tedbirlerini sunmalıdır. Sermayenin eski haline getirilmesi, pay sahiplerine yapılacak herhangi bir temettü dağıtımından önce gerçekleşmelidir.

Böckli de seçilen yabancı para biriminin değer kaybetmesi olasılığına alacaklıların korunması bağlamında yaklaşmakta ve söz konusu para biriminin her değer kaybedişinde alacaklıların korunması prensibinin

¹⁶ Kurdaki dalgalanmaların asgari sermaye tutarının altına düşmeye yol açabileceği yönündeki diğer bir tespit için bkz. **vonderCrone/Angstmann**, s. 4.

¹⁷ Hükümde, sermayenin kaybı ve borca batıklık durumunda yönetim kurulunun görevleri ve alınacak tedbirler düzenlenmektedir.

¹⁸ **Nagel-Jungo/ Meyer**, s. 2.

zayıfladığını ifade etmektedir¹⁹. Öntasarı ile tasarı arasındaki sermayenin karşılığının olup olmadığı hususunun tespiti konusundaki farklılık; öntasarıda ticaret siciline tescil anının esas alınması; buna karşılık tasarıda şirketin kuruluş anının esas alınmasıdır²⁰.

Hükümün *üçüncü fıkrasına* göre; genel kurul hesap yılının başında²¹ esas sermayesinin kendisi üzerinden ifade edildiği para birimini değiştirmeye yetkilidir²² (f. 3, c. 1). Para biriminde değişikliğe gidildiğinde yönetim kurulu esas sözleşmenin mevcut duruma uyarlanması için gerekli işlemleri gerçekleştirir (f. 3, c. 2). Bu uyarlamada, hükümün ikinci fıkrasında öngörülen şartların yerine getirildiği tespit edilir. Ayrıca uygulanan döviz kuru da saptanır (f. 3, c. 3). Bu saptama resmî belgeler vasıtasıyla yapılır²³. Böylece gerekli olan aleniyet sağlanır ve ticaret sicili memurluğunun da sermayenin karşılığının bulunup bulunmadığı hususunda denetim yapması kolaylaşmış olur²⁴.

Para birimi değişikliği, İsviçre Frankı'ndan bir başka para birimine ya da bir başka para biriminden İsviçre Frankı'na dönüş şeklinde gerçekleştirilebilir²⁵. İsviçre Frankı dışında para birimleri arasında da -örneğin Amerikan Doları ve Euro- geçiş mümkündür²⁶.

eOR 621/3 hükmünde, değişikliği yapma konusunda yetkili şirket organı olarak *genel kurul* gösterilmiştir. Genel kurul kararında para birimi değişikliğinin ne zamandan itibaren geçerli olacağı anlaşılmalıdır²⁷.

Genel kurulun bu hususta karar almasını sağlamak için yönetim kurulu, devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden ötürü, genel kuruldan talepte bulunur²⁸. Esas sözleşmenin değiştirilmesi gerektiğinden,

¹⁹ **Böckli**, Aktienrechtsrevision, s. 2.

²⁰ Şirketin kuruluş anı için bkz. OR Art. 629/1.

²¹ Devam eden bir hesap yılı içerisinde bu şekilde bir para birimi değişikliğine gidilemeyeceği yönünde bkz. **Gnos/Hohler**, s. 38.

²² Para birimindeki değişikliğin örtülü bir sermaye artırımını ya da azaltımını sonucunu doğurmaması gerektiği yönünde bkz. **Poggio/Zihler**, s. 94; Botschaft 2016, BBl 2017, s. 483.

²³ **Poggio/Zihler**, s. 93.

²⁴ **Poggio/Zihler**, s. 93, 94.

²⁵ **Gnos/Hohler**, s. 37; Botschaft 2016, BBl 2017, s. 482.

²⁶ **Gnos/Hohler**, s. 37; Botschaft 2016, BBl 2017, s. 482.

²⁷ **Gnos/Hohler**, s. 37, 38.

²⁸ **Gnos/Hohler**, s. 37; aynı yönde bkz. Botschaft 2016, BBl 2017, s. 482.

zaten yönetim kurulu da bu işlemi genel kurul olmaksızın yapamaz²⁹. Genel kurulun bu konuda alacağı karar, eOR Art. 704 hükmüne göre nitelikli çoğunluk ile alınır³⁰. Nitelikli çoğunluğun aranmasında amaç şirketin pay sahiplerini korumaktır³¹.

Ödemelerin farklı bir para birimi üzerinden yapılması: Tasarının 633. maddesinin son fıkrasında, pay taahhüdünden doğan borcun ödenmesinde esas sermayenin belirlenmesinde kullanılan para birimi üzerinden yapılan ödemelerin de geçerli olduğu ve ayrıca, esas sermayenin belirlendiği para birimine dönüştürülebilen diğer para birimleri üzerinden yapılan ödemelerin de bu şekilde geçerli olduğu belirtilmektedir. eOR Art. 633/3 düzenlemesiyle İsviçre Hukuku uygulamasında mevcut olan ve İsviçre Frankı üzerinden belirlenen esas sermayenin taahhüt edilmesinden doğan borcun bu para birimine çevrilebilir bir diğer para birimi üzerinden ifa edilebilmesine yönelik somut uygulama kanunlaştırılmaktadır³².

III. PAYIN EN AZ İTİBARI DEĞERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. İsviçre Borçlar Kanunu'na Göre Payların Asgari İtibari Değeri

Her payın, hisse senedi üzerinde yazılı olan ve esas sözleşme ile tespit edilmiş bir *itibari değeri* bulunur³³. Bir anonim şirkette farklı itibari değere sahip paylar da bulunabilir³⁴. Payların itibari değerinin bulunması, ortaklık haklarının kapsam ve çerçevesinin belirlenmesine yardımcı olur³⁵. İsviçre Hukuku'nda payların itibari değeri için altına düşülemeyecek asgari bir tutar öngörülmüş; ancak, şirket faaliyetlerinin olumlu seyir

²⁹ Gnos/Hohler, s. 37.

³⁰ Gnos/Hohler, s. 37.

³¹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 482.

³² Urs P. Gnos/Dominik Hohler, *Gesellschaftsrecht - Entwicklungen 2015, 2016*, s. 36.

³³ BSK OR II – Baudenbacher, Art. 622 N. 28.

³⁴ BSK OR II – Baudenbacher, Art. 622 N. 28.

³⁵ BSK OR II – Baudenbacher, Art. 622 N. 31.

izlemesi sebebiyle payların gerçek değeri pek çok kez söz konusu itibari değer üzerine çıkmıştır³⁶.

İsviçre Anonim Şirketler Hukuku'nda payların asgari itibari değeri 19. yüzyıldan beri birçok defa değiştirilmiş ve düşürülmüştür³⁷. OR Art. 622/4 hükmüne göre, payın asgari itibari değeri en az 1 Rappen³⁸dir.

Payın en az asgari tutarının 1 Rappen olarak belirlenmesinin, onun tekrar bölünmesini engellediği; 1936 yılında belirlenmiş olan 100 Franklık tutarın da yüksek olduğu ve bunun payların alım-satımını olumsuz etkilediği belirtilmektedir³⁹. Özellikle, büyük halka açık anonim şirketlerin payları borsada yüksek itibari değerlere erişmiş ve bu da borsa ticaretini oldukça zorlaştırmıştır⁴⁰. Bundan dolayı söz konusu asgari itibari tutar 1991 revizyonunda 10 Frank'a indirilmiş ve ardından 2001 yılında da bu tutar 1 Rappen olarak tutulmuştur⁴¹. Revizyon tasarısında bu tutar daha da düşürülmektedir:

B. Revizyon Tasarısına Göre Payların Asgari İtibari Değeri

İsviçre Borçlar Kanunu Revizyon Tasarısı'nın (eOR) Art. 621 hükmüne göre⁴²; anonim şirketin asgari sermayesi 100.000 Frank'tır⁴³.

³⁶ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431; aynı yönde bkz. **Poggio/Zihler**, s. 94.

³⁷ Peter V. **Kunz**, „Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der aktuellen Aktienrechtsrevision - Kurzbeitrag zu ausgewählten Neuerungsvorschlägen bei Art. 620 - Art. 636 E-OR und bei Art. 1 - Art. 5 Übest E-OR“, GesKR 2008, s. 10.

³⁸ İsviçre para birimi bakımından „kuruş“un karşılığı, 1 Rappen = 0,01 Frank, 100 Rappen = 1 Frank; Payın kanun tarafından belirlenmiş asgari itibari değerinin altında bir değeri itibari değer olarak belirlemiş bir anonim şirket sözleşmesinin tescil edilemeyeceği; her nasılsa tescilin gerçekleşmiş olduğu durumlarda da OR Art. 643/3 hükmüne göre şirketin kuruluşundaki eksikliklerden dolayı feshinin talep edilebileceği yönünde bkz. BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 30.

³⁹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431.

⁴⁰ BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 29.

⁴¹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431.

⁴² BBl 2017, s. 684.

⁴³ Revizyon tasarısında ayrıca şirketin esas sermayesinin yabancı bir para birimi üzerinden de belirlenebileceği ve şirketin kuruluşu anında tespit edilmiş olan yabancı para biriminin 100.000 Frank'ı karşılması gerektiği belirtilmektedir (eOR Art. 621/2).

Bu asgari sermaye tutarını oluşturmak üzere, eOR Art. 622/4 hükmü uyarınca payların asgari itibari değeri “sıfırdan büyük” olmalıdır. Düzenlemenin gerekçesi, asgari itibari değeri 1 Rappen olarak belirlenmiş payların dahi tekrar bölünmeye ya da itibari değer azaltılmasına ihtiyaç gösterebilmesi olarak işaret edilmektedir⁴⁴.

Bir payın itibari değerinin bulunması, bunun her durum için geçerli ve hiçbir zaman değişmeyen bir değer olduğu anlamına gelmez⁴⁵. Şirketin kuruluşunda tespit edilmiş olan pay itibari değerinin değiştirilmesi için, genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirmesi gerekir⁴⁶. Şirketin esas sermayesinin değiştirilmeden payların itibari değerinin değiştirilmesi ya payların bölünmesini ya da birleştirilmesini gerektirir⁴⁷. OR Art. 623’e göre, bu konuda genel kurul yetkilidir. Pay sahiplerinin, payların birleştirilmesi durumunda olduğunun aksine (OR Art. 623/2); payların bölünerek itibari değerlerinin düşürülmesi durumunda bu işleme engel olma imkânları yoktur⁴⁸.

Payların itibari değerindeki bir azaltma bir sermaye azaltımı ya da payların bölünmesi anlamına gelebilir⁴⁹. Yeni düzenlemeyle payların *sınırsız* olarak ve itibari değeri sıfırdan büyük olmak üzere (0,1; 0,01; 0,001 gibi) parçalara bölünebileceği ifade edilmiştir⁵⁰. Payların itibari değerlerinin bu şekilde bölünmesi ve azaltılması, itibari değerden yoksun

⁴⁴ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431.

⁴⁵ BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 33.

⁴⁶ **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, §4 N. 12.

⁴⁷ **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, §4 N.13.

⁴⁸ **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, §4 N. 13a.

⁴⁹ BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 33.

⁵⁰ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431; Payların itibari değerinin bu biçimde belirlenmesi 2007 revizyon tasarısı sırasında da gündeme gelmiştir ve söz konusu düzenlemeye göre payların itibari değeri sıfırdan büyük herhangi bir değer olabilmekteydi, **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, §4 N. 33a; Roland **von Büren**/Walter A. **Stoffel**/Rolf H. **Weber**, *Grundriss des Aktienrechts Mit Berücksichtigung der laufenden Revision*, Zürich - Basel - Genf 2011, s. 28 N. 98a; Hans-Ueli **Vogt**/Adrian **Bieri**/Ivo **Zuberbühler**, *Aktienrecht - Entwicklungen 2007*, Bern – 2008, s. 87; Tasarının gerekçesi incelendiğinde, 2016 yılında yayımlanan gerekçe ile içerik olarak aynı olduğu görülmektedir. Söz konusu yasa önerisinin İsviçre Hukuku uygulaması ve bunun doğurduğu ihtiyaçlarla yakın ilişkili olduğu yönünde bkz. **Kunz**, s. 9.

paylarda olduğu gibi önemli bir esneklik sağlamaktadır⁵¹. İtibari değer in bu şekilde belirlenmesiyle payların istendiği zaman bölünme ya da itibari değerlerinin azaltılması imkânı yaratılmış olmaktadır⁵². Aynı zamanda böylelikle payların alınma-satılma kabiliyeti yükselmekte ve geniş bir pay sahipliği çevresine ulaşmak mümkün olmaktadır⁵³. Payların itibari değerinin düşürülmesiyle, yatırımcılar için daha cazip olan kolay alınıp satılabilir paylar ortaya çıkmakta ve bu da likiditeyi artırmaktadır⁵⁴. Ayrıca, pay bedellerinin düşük olması yatırımcıların yatırımlarını çeşitlendirmesine de imkân tanımaktadır⁵⁵.

Hükümün gerekçesinde itibari değer in bu şekilde tespit edilmesinin yaratabileceği bir olumsuzluğa da temas edilmektedir⁵⁶: Paylar için pay senetlerinin çıkarılmış bulunduğu hallerde, payların itibari değer inin tekrar bölünmesi ya da itibari değer in düşürülmesi durumunda senetlerin değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak yine gerekçede, İsviçre Hukuku uygulamasında çoğunlukla pay senedi ihracı yapılmamakta olduğu ve söz konusu dezavantajın da çok sınırlı hallerde görülebileceği belirtilmiştir.

IV. SINIRLI ESNEK SERMAYE SİSTEMİ⁵⁷ (KAPITALBAND)

A. İsviçre Borçlar Kanunu'na Göre Sermayenin Artırılması-Azaltılması

Sermaye artırımını OR Art. 650 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Sermaye artırımını ile ilgili OR Art. 650 hükmüne göre, sermaye artı-

⁵¹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431.

⁵² Peter **Forstmoser**/Marcel **Küchler**, "Schweizer Aktienrecht 2020", EF 1-2/16, s. 92.

⁵³ BSK OR II – **Baudenbacher**, Art. 622 N. 29.

⁵⁴ Jürg **Frick**, *Private Equity im Schweizer Recht*, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 272, Zürich/St-Gall 2009, s. 283'te dn. 1151.

⁵⁵ **Frick**, s. 283'te dn. 1151.

⁵⁶ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 431.

⁵⁷ Terim için bkz. Hayrettin **Çağlar**, "Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi", GÜHFD, Cilt 17, 2013, Sayı: 1-2.

rımına genel kurul karar verir ve bu karar yönetim kurulu tarafından uygulanır.

Kayıtlı sermaye artırımını yöntemi OR Art. 651 hükmünde düzenlenmektedir. Genel kurulun yönetim kurulunu bir esas sözleşme değişikliği vasıtasıyla en fazla iki yıl için⁵⁸ yetkilendirdiği bu sermaye artırımını türünde, esas sözleşmede yönetim kurulunun sermayeyi artırabileceği tutar yer alır. Bu şekilde artırılacak miktar, mevcut sermayenin yarısını aşamaz. OR Art. 651a hükmü ise, bu sermaye artırım türünde esas sözleşmenin uyarlanmasıyla ilgilidir.

OR Art. 732-735 arasındaki hükümler de esas sermayenin azaltılmasını konu almaktadır.

B. Revizyon Tasarısına Göre Durum

Anonim şirketler hukukunda *sabit ve belirli* bir esas sermaye oldukça önemlidir ve bu sermayenin oluşturulması, korunması ve miktarının değiştirilmesiyle ilgili oldukça ayrıntılı hükümler mevcuttur⁵⁹. Yasa koyucu bundan dolayı, sermayenin değiştirilmesi konusunda pay sahiplerinin (ve dolayısıyla genel kurulun) yetkili olmasını uygun bulmuştur⁶⁰. Fakat burada, *Forstmoser/Küchler*'in deyişiyle⁶¹, şirketin ihtiyaç duyduğu sermayenin sağlanması konusundaki yetkiler bakımından bir çelişki mevcuttur ve bu çelişki de yönetim kurulunun tek başına, şirketin ihtiyaç duyduğu borçların (*Fremdkapital*) sağlanması bakımından yetkili olması; buna karşılık genel kurulun da esas sermaye miktarını değiştirebilmesi ve şirket kârı üzerinden tasarruf etmek suretiyle şirketin finansmanında söz sahibi olmasından kaynaklanmaktadır⁶². İsviçre Hukuku'nda, bu ikilemin yumuşatılması amacıyla öncelikle kayıtlı sermaye artırımını yöntemi getirilmiş ve yönetim kurulunun da şirketin sermaye artırımlarında söz sahibi

⁵⁸ Bu yetki TTK m. 460 hükmüne göre en çok 5 yıl için verilir.

⁵⁹ Peter **Forstmoser**/Marcel **Küchler**, „Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil I“, SJZ 113/2017, s. 80.

⁶⁰ **Forstmoser/Küchler**, Aktienrechtsreform, s. 80.

⁶¹ **Forstmoser/Küchler**, Aktienrechtsreform, s. 80.

⁶² **Forstmoser/Küchler**, Aktienrechtsreform, s. 80; Esnek bir sermaye sisteminin zaman ve para yönünden tasarruf sağlayacağı yönünde bkz. **Çağlar**, s. 354.

olması sağlanmış; ardından da yönetim kurulunun hem sermaye artırımını hem de azaltımı yetkilerine sahip olabildiği bir sistem düşünülmüştür⁶³.

Sermayenin artırılması ve azaltılmasıyla ilgili getirilen bu yeni düzenlemeler ile hem şirketler için önemli bir esneklik sağlanmak istenmekte; hem de konu daha açık hükümlerle düzenlenerek hukukî güvenlik ilkesinin uygulanması amaçlanmaktadır⁶⁴. Tasarıda sermayenin artırılması ve azaltılması birlikte ele alınmış ve eOR Art. 650 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Böylece, mevcut haliyle belirsizlikler ve eksiklikler içeren sermayenin azaltılması konusu, diğer sermaye miktarı değişiklikleriyle birlikte bir bütün olarak ele alınmış ve bu suretle mevcut düzenlemede var olan eksiklikler giderilmek istenmiştir⁶⁵.

eOR Art. 650 hükmü, sermaye artırımlarında genel kurul kararını düzenlemektedir. Mevcut düzenlemede kayıtlı sermaye artırımını yöntemi içeren eOR Art. 651 ve 651a hükümleri kaldırılmaktadır⁶⁶. Çünkü, getirilen sistem kayıtlı sermaye sistemi yerine düşünülmektedir⁶⁷. Zaten, belirli bir bant aralığında yönetim kurulu tarafından sermayenin artırılıp azaltılabilmesi imkânı yanında; ayrıca bir kayıtlı sermaye sistemine de ihtiyaç olmaz⁶⁸.

eOR Art. 653s ve Art. 653w hükümleri arasında ise, esas sözleşmede yer alacak bir yetkiye istinaden yönetim kurulunun belirli bir bant genişliğinde (*Kapitalband*) esas sermayeyi değiştirmesi düzenlenmekte-

⁶³ **Forstmoser/Küchler**, Aktienrechtsreform, s. 80; aynı yönde bkz. Hans Caspar **vonderCrone/Luca Angstmann**, „Kernfragen der Aktienrechtsrevision“, SZW 2017, s. 7, 8.

⁶⁴ **Poggio/Zihler**, s. 94.

⁶⁵ **Poggio/Zihler**, s. 95.

⁶⁶ **Poggio/Zihler**, s. 95; **Gnos/Hohler**, s. 43.

⁶⁷ **Poggio/Zihler**, s. 95; aynı yönde bkz. Peter **Voser**, „Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen / 10. - 12.“, Gesellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1. September 2015 in Zürich und vom 8. September 2015 in Lausanne / Contributions des séminaires de formation continue organisés par la Fondation Notariat Suisse le 1er septembre 2015 à Zurich et le 8 septembre 2015 à Lausanne, 2016, s. 167; **Gnos/Hohler**, s. 43; Aynı tespit 2007 revizyon tasarısı için de geçerlidir (Jean Nicholas **Druey**/Eva **Druey Just**/Lukas **Glanzmann**, *Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl*, 2015, §9 N. 75, ayrıca bkz. §9 N. 81 vd.).

⁶⁸ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 435.

dir. Bu sistem, yönetim kurulunun sadece sermaye artırımını yapabildiği kayıtlı sermaye sistemi yerine düşünülmüş ve sistem artırım yanında sermaye azaltımı ya da şartlı sermaye artırımını gibi ihtimalleri de içermektedir⁶⁹. Esas sözleşmede tanınmış bant aralığında (yönetim kurulu tarafından) yapılacak sermaye artırımını şartlı sermaye artırımını biçiminde gerçekleştirirse, her iki kuruma ait kurallar birlikte uygulanır⁷⁰.

eOR Art. 653s hükmüne göre; esas sözleşme yönetim kurulunu en çok 5 yıllık bir süre için⁷¹, belirli bir bant genişliğinde esas sermayeyi değiştirmek hususunda yetkilendirebilir (f.1, c. 1).İlgili genel kurul kararı ticaret siciline tescil edilir⁷². Süre genel kurul kararıyla başlar⁷³. Bu süre, genel kurul tarafından uzatılabilir⁷⁴. Genel kurul tarafından daha kısa bir süre de öngörülebilir ve genel kurul dilediği zaman bu yetkiyi geri alabilir⁷⁵. *Gericke*'ye göre⁷⁶, her ne kadar kayıtlı sermayedeki iki yıllık süre (OR Art. 651) göz önünde tutulduğunda, buradaki 5 yıllık süre bir ilerleme sayılırsa da; yine de burada bir sürenin belirlenmesi getirilen düzenlemenin ruhu ile uyuşmamaktadır. Yazara göre⁷⁷; sermayenin bir bant genişliğinde değiştirilmesi, kayıtlı sermaye artırımında olduğu gibi sadece bir sermaye artırım yöntemi değildir ve bunun aksine şirketin yapısına ilişkin bir ögedir. Yazar, anonim şirketin yapısal öğelerinden olan –esas sermaye gibi- diğer unsurlarda olduğu gibi burada da hiçbir sürenin bulunmamasını; alacaklılar ve pay sahipleri açısından daha şeffaf, daha tutarlı ve hukukî açıdan daha güvenli bulmaktadır⁷⁸.

Esas sözleşmede, yönetim kurulunun hangi sınırlar içinde esas sözleşmeyi artırıp azaltabileceği tayin edilir (eOR Art. 653s, f. 1, c. 2).

⁶⁹ Hasan **Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2015, §49 N. 14.

⁷⁰ **Gnos/Hohler**, s. 48.

⁷¹ 2007 yılı tasarısında bu süre üç yıl idi [Dieter **Gericke**, “Das Kapitalband - (E Art. 653s - 653x OR)“, GesKR 2008, s. 39].

⁷² Botschaft 2016, BBl 2017, s. 435.

⁷³ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 514.

⁷⁴ **Gnos/Hohler**, s. 48.

⁷⁵ **Forstmoser/Küchler**, Aktienrechtsreform, s. 80.

⁷⁶ **Gericke**, Aktienrechtsreform und Private Equity, s. 118.

⁷⁷ **Gericke**, Aktienrechtsreform und Private Equity, s. 119.

⁷⁸ **Gericke**, Aktienrechtsreform und Private Equity, s. 119; Aynı yönde bkz. **Gericke**, Vorentwurf 2014, s. 111.

Yönetim kurulunun esas sermayeyi değiştirebileceği üst sınır, ticaret siciline tescil edilmiş olan esas sermayeyi en fazla % 50 oranında aşabilir (eOR Art. 653s, f. 2, c. 1). Bu konudaki alt sınır ise, yine ticaret siciline tescil edilmiş esas sermayenin en fazla % 50 oranında altına düşebilir (eOR Art. 653s, f. 2, c. 2). Öngörülen alt sınır, mevcut hukuk bakımından, ticaret siciline tescil edilmiş olan esas sermayenin fonksiyonunu üstlenmektedir⁷⁹. Sermayenin azaltılmasıyla beraber, aynı zamanda tekrar artırılması durumunda (*Harmonika*) bu tutarın altına inmek mümkündür⁸⁰. Her surette, sermaye azaltımı işleminde asgari sermaye tutarına dikkat edilmelidir⁸¹.

Esas sözleşmede yönetim kurulunun yetkisi sınırlandırılabilir (eOR Art. 653s, f. 3, c. 1). Özellikle esas sözleşme ile yönetim kurulunun esas sermayeyi sadece artırabileceği ya da sadece azaltabileceği öngörülebilir (eOR Art. 653s, f. 3, c. 2). Eğer yönetim kurulu sadece sermayenin artırılmasıyla yetkilendirilirse, bu durumda yöntem, halihazırdaki uygulama için söz konusu olan kayıtlı sermaye artırımına benzer⁸². Eğer sadece sermaye azaltımı ile yetkilendirme söz konusu olursa, mevcut hukuk bakımından tanınmayan *kayıtlı sermaye azaltımı* söz konusu olur⁸³. Yönetim kurulunun yetkilendirilmesinde yetkinin kullanımı bazı görevlerin yerine getirilmesine ya da bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanabilir⁸⁴. Buna göre, yönetim kurulunun yetkilendirilmesinde hiçbir sınırın söz konusu olmadığı, adeta açık çek niteliğinde bir genel kurul kararı alınmaz⁸⁵.

Yönetim kurulunun esas sözleşme ile sermayenin azaltılması konusunda yetkilendirilmesi, sadece, şirket yıllık hesabın sınırlı denetiminden vazgeçmemişse mümkündür⁸⁶ (eOR Art. 653s, f. 4). Denetimin şart koşulmasıyla şirket alacaklılarının korunması amaçlanmaktadır⁸⁷.

⁷⁹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 435.

⁸⁰ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 513.

⁸¹ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 513.

⁸² Botschaft 2016, BBl 2017, s. 435.

⁸³ Botschaft 2016, BBl 2017, s. 435.

⁸⁴ **vonderCrone/Angstmann**, s. 8; **Gnos/Hohler**, s. 48.

⁸⁵ **vonderCrone/Angstmann**, s. 8.

⁸⁶ Şirket hesaplarının “sınırlı denetimi” OR Art. 727a hükmünde düzenlenmektedir. Hükme göre, olağan denetim için gerekli şartlar yoksa, şirket yıllık hesabını bir

eOR Art. 653t hükmü, konu ile ilgili esas sözleşmesel dayanakları belirlemektedir. Buna göre; eğer 653s maddesi uygulanacaksa esas sözleşmede aşağıdaki konular hakkında malumat vermelidir (*eOR Art. 653t, f. 1*):

- Esas sermayenin değiştirilebileceği alt ve üst sınırlar
- Yönetim kurulunun esas sermayenin değiştirilmesi konusunda yetkilendirildiği zaman diliminin bitim tarihi
- Yetkilendirmenin sınırları, yükümlülük ve şartları.
- Payların ya da katılma intifa senetlerinin sayısı, türü ve itibari değerleri ayrıca, paylara ya da katılma intifa senetlerine ait rüçhan hakları.
- Özel menfaatlerin içeriği ve değeri, ayrıca özel menfaatlerden yararlanan kişilerin isimleri.
- Nama yazılı payların devirlerine ilişkin sınırlamalar.
- Yeni pay alma hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması; yönetim kurulunun bu hakkı sınırlandırması ya da kaldırmasına yol açan önemli sebepler, ayrıca, kullanılmayan ya da kaldırılan yeni pay alma haklarına ilişkin tahsis.
- Bir sözleşmeye dayanılarak iktisap edilmiş yeni pay alma haklarının kullanılmasına ilişkin şartlar.
- Yönetim kurulunun esas sermayeyi şartlı olarak artırma konusunda yetkilendirilmesi ve *OR Art. 653b* hükmüne göre⁸⁸ verilmesi gerekli malumat.
- Yönetim kurulunun katılma intifa senetleri için uygun bir sermaye yaratması konusunda yetkilendirilmesi.

denetim kurulu vasıtasıyla sınırlı olarak denetletmelidir. Hükmün ikinci fıkrasına göre, tüm pay sahiplerini onayla bu denetimden vazgeçilebilir. *OR Art. 727* hükmünde ise olağan denetimin şartları yer almaktadır. Buna göre halka açık olan ve olmayan şirketler belirli şartlarla (örn. 20.000.000 Frank tutarında bilanço toplamı bulunması) denetime tabi olmaktadır.

⁸⁷ **Gnos/Hohler**, s. 47.

⁸⁸ Tasarıya göre söz konusu hüküm, şartlı sermaye artırımında şartlı sermayenin itibari değeri, mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılması ya da kısıtlanması, değiştirme ya da alım haklarının kullanılma şekli ya da bu haklardan vazgeçilmesi gibi konularda esas sözleşmede bilgiler olmasını gerektirmektedir.

Hükme göre; yönetim kurulunun sermayeyi değiştirme konusunda yetkilendirilmiş olduğu sürenin sona ermesinin ardından, yönetim kurulu söz konusu sermaye artırımını usulüne ilişkin hükümleri esas sözleşmeden çıkarır (eOR Art. 653t, f. 2).

eOR Art. 653u hükmü, esas sermayenin belirlenmiş bant genişliğinde artırılıp azaltılmasını konu almaktadır. Hükme göre yönetim kurulu, yetkilendirilmiş olduğu çerçevede esas sermayeyi artırabilir ya da azaltabilir (eOR Art. 653u, f. 1).

Yönetim kurulu esas sermayeyi artırmaya ya da azaltmaya karar verirse, gerekli olan hükümleri de çıkarır. Fakat bunun için bahsedilen hükümlerin yönetim kurulunu yetkilendiren genel kurul kararında yer almıyor olması gereklidir (eOR Art. 653u, f. 2).

Esas sermayenin her artırılmasından ya da azaltılmasından sonra yönetim kurulu resmî bir belge ile gerekli tespitleri yapar ve esas sözleşmeyi de bu duruma uyarlar (eOR Art. 653u, f. 3).

eOR Art. 653v hükmü, esas sermayenin bir genel kurul kararı vasıtasıyla artırılması ya da azaltılmasını konu almaktadır. Hükme göre genel kurul, yönetim kurulunun belirli bir bant genişliği içerisinde yapacağı sermaye değişiklikleri konusunda yetkilendirilmiş olduğu süre içerisinde; sermaye üzerinde artırma ya da azaltma yönünde bir değişiklik yaparsa, şartlı sermaye sistemini uygularsa ya da sermayeye esas olan para birimini değiştirirse⁸⁹, sermayenin bir bant genişliği içerisinde değiştirilebilmesine yönelik esas sözleşme hükmü düşer. Esas sözleşme de yeni duruma uyarlanır.

eOR Art. 653w hükmü ise, “Alacaklıların Korunması” kenar başlıklıdır. Hükme göre genel kurul, sermayenin değiştirilebileceği bant genişliğinin alt sınırını, ticaret siciline tescil edilmiş olan esas sermayenin altına sadece şu durumlarda düşürebilir (eOR Art. 653w, f. 1):

- Sermayenin bir bant genişliği içerisinde değiştirilebilmesi imkânına şirketin kuruluşu münasebetiyle izin verilmişse ya da

⁸⁹ Tasarı çerçevesinde İsviçre Frankı dışındaki bir para biriminin de kullanılabilme imkânının getirilmesi hakkında bkz. yuk.

- Alacaklılar, OR Art. 653k hükmüne göre⁹⁰ alacaklarını bildirme konusunda uyarılmışlarsa ve OR Art. 653m hükmüne göre⁹¹ bir denetim gerçekleşmişse.

Yönetim kurulu esas sermayeyi tespit edilmiş olan bant genişliği içerisinde azaltmışsa, alacaklılara çağrı ya da bu konuda bir denetim gerekli değildir (eOR Art. 653w, f. 2).

Yönetim kurulu, esas sermayeyi bu şekilde, sadece, sermayenin azaltılmasıyla alacaklıların alacakları tehlikeye düşmüyorsa azaltabilir (eOR Art. 653w, f. 3). Bu konuda sorumluluk yönetim kuruluna aittir ve yönetim kurulu sorumluluk riskinden kurtulmak için, dilerse alacaklılara çağrı ve denetim süreçlerini kendiliğinden işletebilir⁹².

Belirli bir bant genişliğinde sermayenin azaltılması imkânının gelmesi sayesinde, payların yatırımcılardan geri alınması ya da azaltım sonucu geriye kalan sermayenin iadesi bugüne göre daha kolaylaşmıştır⁹³. *Böckli*⁹⁴ ise, özellikle bir sermaye azaltımı yöntemi olarak sermayenin bu metot ile değiştirilmesinde, yönetim kuruluna şirketin paylarını geri alması konusunda 5 yıl gibi uzun bir süre devam edebilecek aşırı ve riskli bir yetki verilmiş olduğu görüşündedir⁹⁵. Bu yöntemle sermaye azaltımının somut uygulamada ortaya çıkabilecek olumsuz bir başka yönü ile ilgili olarak da, payların her geri alınımının beraberinde *şeklî* bir sermaye azaltımını getirecek olması gösterilmektedir⁹⁶.

⁹⁰ Tasarıda yer alan eOR Art. 653k hükmü “alacaklıların korunması” kenar başlıklıdır ve bir sermaye azaltımı durumunda şirketin alacaklılarının alacaklarının güvence altına alınmasını düzenlemektedir.

⁹¹ Tasarıda yer alan eOR Art. 653m hükmü sermaye azaltımı sürecinde denetime ilişkindir ve denetim vasıtasıyla alacaklıların alacaklarının karşılığının bulunup bulunmadığı incelenir.

⁹² **Gnos/Hohler**, s. 49.

⁹³ Dieter **Gericke**, *Private Equity V Fundraising, Investition, Realisation, Reinvestition - Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen im Ökosystem Private Equity*, EIZ - Europa Institut Zürich Band/Nr. 175, Zürich - Basel - Genf 2016, s. 117, 118.

⁹⁴ **Böckli**, *Aktienrechtsrevision*, s. 3.

⁹⁵ eOR Art. 653j hükmüne göre sermaye azaltımı, payların itibari değerinin düşürülmesi suretiyle ya da payların imhası yoluyla gerçekleştirilebilir.

⁹⁶ **Gericke**, *Aktienrechtsreform und Private Equity*, s. 118.

Bu yöntemle sermaye azaltımına gidildiğinde şirketin kendi paylarını edinmesinde OR Art. 659 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı yönünde (ön tasarıda) bir düzenleme bulunmaması; esasında sermaye azaltımı ile payların şirket tarafından iktisabı arasında yakın bir ilişki bulunduğundan bir eksiklik olarak görülmektedir⁹⁷. Bu yönde bir düzenleme, yayınlanan tasarıda da bulunmamaktadır. Bir görüşe göre⁹⁸, OR Art. 659 hükmünde yer alan %10'luk sınır, bu yöntemle yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilecek bir sermaye azaltımı söz konusu olduğunda uygulanmamalıdır. Değinilen görüşü savunan yazara göre; OR Art. 659 hükmüne, *“bir bant aralığı içerisinde yönetim kurulunun sermaye artırımını yapması durumunda şirket tarafından yapılacak olan pay iktisaplarına, sadece, eOR Art. 653s ve devamındaki sınırlar ve alacaklıların korunması hükümlerinin uygulanacağı”* yönünde bir ilave yapılmalıdır⁹⁹.

V. SONUÇ

İsviçre’de yapılması planlanan değişiklikler kapsamında sermayenin yabancı bir para birimi üzerinde belirlenebilmesi mümkün hale gelmiştir. Daha sonra bu para biriminin değiştirilmesi de olanaklıdır. Buna karşılık 6102 sayılı TTK m. 332 hükmü asgari sermaye tutarını düzenlemektedir ve asgari sermaye tutarının Türk Lirası olarak belirlendiği görülmektedir.

Getirilmek istenen diğer bir değişiklik, payların asgari itibari değerinin düşürülmesiyle alakalıdır. Değişiklikle payların itibari değerinin yalnızca sıfırdan büyük olması yeterli olacaktır. Bu konuda eTTK m. 399/I hükmüne göre; hisse senetlerinin itibarî kıymeti en az bir Yeni Kuruştur (c. 1). Bu kıymet ancak en az birer Yeni Kuruş olarak yükseltilebilir (c. 2). Yeni Ticaret Kanunu’nda ise m. 476/1 hükmüne göre, payın itibari değeri en az 1 kuruştur (c. 1). Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir (c. 2). Hukukumuzda bu konuda uzun yıllardır uygulanan kuralların korunduğu görülmektedir.

⁹⁷ Dieter **Gericke**, „Das Kapitalband in Vorentwurf 2014“, GesKR 2015, s. 110.

⁹⁸ **Gericke**, Vorentwurf 2014, s. 111.

⁹⁹ **Gericke**, Vorentwurf 2014, s. 113.

İnceleme konumuz olan son değişiklik sermaye artırımını ile ilgilidir. İsviçre Hukuku'nda kayıtlı sermaye sistemine ilişkin kurallar kaldırılarak, yerine yönetim kurulunun hem sermaye artırımını yapabildiği hem de sermaye azaltımına karar verebildiği yeni bir sistem getirilmektedir. Hukukumuz bakımından yönetim kurulunun sermaye değişikliğinde söz sahibi olabilmesi; TTK m. 460 kapsamında yetkilendirme ile mümkün olmaktadır. Daha evvel de ifade edildiği üzere, bu hükümlerin karşılığı İsviçre Anonim Şirketler Hukuku'ndan çıkarılmış olmaktadır.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BBl	: Bundesblatt
Bkz.	: Bakınız
Botschaft 2016	:Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl s. 400 vd.
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
EF	: Expert Focus (ISSN 0036-746X)
eOR	: İsviçre Borçlar Kanunu Revizyon Tasarısı
f.	: Fıkra
GesKR	: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (ISSN 1661-7673)
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
eTTK	: 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu
m.	: Madde
N.	: Kenar (Paragraf) numarası
s.	: Sayfa
S./S.	: Seite (sayfa)/Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung (ISSN 0036-7613)
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (ISSN 1018-7987)

vd.	: Ve devamı
VeOR	: İsviçre Borçlar Kanunu Revizyon Ön Tasarısı
yuk.	: Yukarı(da)

YAZILI KAYNAKLAR

- Böckli, Peter** *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009. (Schweizer Aktienrecht)
- Böckli, Peter** „Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision“, *GesKR* 2015, S. 1. (Aktienrechtsrevision)
- Çağlar, Hayrettin** „Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi“, *GÜHFD*, Cilt 17, 2013, Sayı: 1-2.
- Druey, Jean Nicolas / Just, Eva Druey / Glanzmann Lukas** *Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl*, 2015.
- Forstmoser, Peter/ Küchler, Marcel** „Schweizer Aktienrecht 2020“, *EF* 1-2/16 S. 86. (Aktienrecht 2020)
- Forstmoser, Peter/ Küchler, Marcel** “ Die Aktienrechtsreform vor der letzten Etappe? Teil I“, *SJZ* 113/2017 S. 73. (Aktienrechtsreform)

- Frick, Jürg** *Private Equity im Schweizer Recht*, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 272, Zurich/St-Gall 2009.
- Gericke, Dieter** *Private Equity V Fundraising, Investition, Realisation, Reinvestition - Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen im Ökosystem Private Equity*, EIZ - Europa Institut Zürich Band/Nr. 175, Zürich - Basel - Genf 2016. (Aktienrechtsreform und Private Equity)
- Gericke, Dieter** Das Kapitalband - (E Art. 653s - 653x OR)“, GesKR 2008 S. 38. (Kapitalband)
- Gericke, Dieter** „Das Kapitalband im Vorentwurf 2014“, GesKR 2015 S. 109. (Vorentwurf 2014)
- Gnos, Urs P. / Hohler, Dominik** *Gesellschaftsrecht - Entwicklungen 2015, 2016.*
- Honsell/Vogt/Watter** (Hrsg.) *Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH*, 4. Auflage, Basel 2012. (Atif: BSK OR II – Bölüm Yazarı, Art. - N. -).
- Kunz, Peter V** „Geplante Neuerungen bei einigen Generalien der

- aktuellen
Aktienrechtsrevision -
Kurzbeitrag zu
ausgewählten
Neuerungsvorschlägen bei
Art. 620 - Art. 636 E-OR
und bei Art. 1 - Art. 5 Übest
E-OR“, GesKR 2008 S. 9.
- Nagel-Jungo, Gabriela /
Meyer, Dieter** „Vernehmlassung zur
Aktienrechtsrevision“, 5
März 2015.
- Poggio, Karin /
Zihler, Florian** „Entwurf zur Revision des
Aktienrechts als dritter
Meilenstein“, EF 1/17 S. 91.
Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt
II, 2. Bası, Ankara 2015.
- Pulaşlı, Hasan**
- Vogt, Hans-Ueli /
Bieri, Adrian /
Zuberbühler, Ivo** *Aktienrecht - Entwicklungen
2007*, Bern – 2008.
- von Büren, Roland /
Stoffel, Walter A./
Weber, Rolf H** *Grundriss des Aktienrechts
Mit Berücksichtigung der
laufenden Revision*, Zürich -
Basel - Genf 2011.
- vonderCrone, Hans Caspar /
Angstmann, Luca** „Kernfragen der
Aktienrechtsrevision“, SZW
2017 S. 3.
- Voser, Peter** „Notarielle Pflichten bei
gesellschaftsrechtlichen /
10. - 12.“,

Gesellschaftsrecht und
Notar - La société au fil du
temps Beiträge der
Weiterbildungsseminare der
Stiftung Schweizerisches
Notariat vom 1. September
2015 in Zürich und vom 8.
September 2015 in
Lausanne / Contributions
des séminaires de formation
continue organisés par la
Fondation Notariat Suisse le
1er septembre 2015 à
Zurich et le 8 septembre
2015 à Lausanne, 2016.

MATERYALLER

Botschaft 2007

Botschaft zur Änderung des
Obligationenrechts
(Aktienrecht und
Rechnungslegungsrecht
sowie Anpassungen im
Recht der Kollektiv- und der
Kommanditgesellschaft, im
GmbH-Recht,
Genossenschafts-,
Handelsregister- sowie
Firmenrecht) vom 21.
Dezember 2007.

Botschaft 2016

Botschaft zur Änderung des
Obligationenrechts
(Aktienrecht) vom 23.
November 2016, BBl s. 400
vd.

İsviçre Borçlar Kanunu

Revizyon Tasarısı

BB1 2017, s. 683 vd.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.mevzuat.gov.tr ; Türk Hukuku'ndaki güncel mevzuat metinlerine ulaşmak için ziyaret edilmiştir.
- <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>; 28.11.2014 tarihli İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısı'na ilişkin genel bilgi ve belgelere ulaşmak için ziyaret edilmiştir (E.T. 1.11.16).
- <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/stgn-universitaeten.pdf>; 28.11.2014 tarihli İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısı'na ilişkin bilimsel görüşlere (*die Vernehmlassungen zur Revision des Aktienrechts*) ulaşmak için ziyaret edilmiştir (E.T. 2.11.16).

**Kamu Hukuku/
Public Law**

NAMUS CİNAYETLERİNİN TÜRK VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM**

ÖZET

İnsanlık, bireylerden, aileye; aileden kabile ve aşirete; kableden de devlete evrilmiştir. Hukuk bunun her aşamasında var olmuş ve fonksiyonlarını icra etmiştir. Ancak, devlete geçme aşamasında, kabilelerinkendi hukuk anlayışlarını terk etmek istememesi ciddi sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Özellikle ceza hukuku alanında zaman zaman sıkıntılar yaşanmıştır. Ülkemizde, özellikle töre/namus cinayetlerinde, aşiretin verdiği kararlar sonucu kadınların öldürüldüğüne şahitlik edilmektedir. Kan davaları kabile ve aşiret anlayışının diğer bir tezahürüdür. Biz bu çalışmamızda, yargı ve medyaya yansıyan aşiret kararları sonucu namus cinayetlerini Türk ve İslam ceza hukuku perspektifinden ele alacağız. Özel hukuk alanında aşiret ve cemaat hukuk anlayışının olumlu katkıları ise konumuz sınırlarını aştığından inceleme dışı bırakılacaktır. Umarız bu çalışma aşiretlerin anlaşılmasına katkı sağlar.

Anahtar kelimeler: Aşiret, Hukuk, Suç, Ceza, Töre, Namus

* Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.
Makale Geliş Tarihi: 13.06.2017
Makale Kabul Tarihi: 18.12.2017

ABSTRACT

Humanity has evolved from individual to family; from family to tribe; from tribe to state and law has existed and performed its functions at every stage of this evolution. However, during the transition from tribe to state, the desire of the tribes not to relinquish tribal law brought forward serious difficulties. In particular, there have been some troubles in criminal law. In Turkey, we occasionally observe that women are killed under the pretext of honor killing as a result of tribal decisions. Vengeance is another manifestation of tribal understanding. This study will examine honor killings as a result of tribal decisions appeared in the judiciary and media in the perspectives of Turkish and Islamic criminal law. The positive contributions of tribal and communal resolutions in private law will be excluded as it is outside the scope of this study. We hope this contributes to our understanding of tribes.

Keywords: Tribe, Law, Crime, Punishment, Custom, Honor

1-GİRİŞ

Ahlak, hukuk, din, örf-adet gibi sosyal düzen kuralları insanlıkla yaşattırlar. Medeni ve vahşi yönü bulunan insan, ikircikli bir yapı arz etmektedir. Medeni ve uyumlu tarafını göz ardı edenlerin, bu uyuma yeneden kazandırılabilmesi için sosyal düzen kurallarına ihtiyaç bulunmaktadır. Aristo tarafından ‘sosyal bir varlık’¹ olarak tanımlanan insanın hemcinsleri ile uyum içinde yaşayabilmesi için sosyal kurallara ihtiyaç vardır. Bu kurallar, din, toplum veya üstün güç (lider, devlet) tarafından konulmaktadır. Kuralların temeli vahye dayanıyorsa, dini kurallar, kaynağını toplumdan alıyorsa ahlaki kurallar, yaptırımını liderden veya devletten alıyorsa hukuk adını almaktadır. Bu kurallar bazen birbirlerini etkilerler ve kesişirler, bazen de ayrılırlar. Hukuk’un kaynakları arasında ahlak ve dini ilkeler yer alıyorsa bunların kesiştiğinden söz edilir. Örneğin, adam öldürmek, dinen günah, ahlaken ayıp, hukuken ise suçtur. Hukuk kaynağını beşer iradesinden alıyorsa, seküler hukuk, vahiy kaynağından alıyorsa dinsel hukuk olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde hukuk anlayışı genelde beşer iradesine dayanmakta ve seküler olarak nitelendirilmektedir. Dinsel temele dayanan bazı hukuk kurallarının uygulandığı ülkeler de günümüzde mevcuttur.²

Hukukun gelişimi, bireysel yaptırımlardan toplumsal ve devlet yaptırımına doğru evrilerek gelişim göstermiştir. Ceza hukuku alanında tarih içerisinde bunu gözlemlemek mümkündür. Dini kaynaklara göre, Kabil’in Habil’i öldürmesi ile başlayan kan dökme, öç alma veya kan davası şeklinde devam etmiştir.³ İnsanların bir güç etrafında birleşmesi ile ceza verme yetkisi bu güç etrafında temerküz etmiştir. Bu güç, efendi, kabile/aşiret lideri gibi sözü dinlenen kişiler olmuştur. Aynı amaca hizmet eden dil, kültür vb. birlikteliğin bir araya gelerek oluşturduğu güç devletleşme sürecini beraberinde getirmiştir. Bu süreç hukuksal gelişimi beraberinde getirerek, yaptırım uygulama yetkisini kendi tekeline almış,

¹ Zeynep Kantarcı (2014). “En iyi yönetime giden yol: Aristoteles’in siyaset felsefesi” *Mavi Atlas Gümüşhane Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, S. 2. s. 23.

² Detaylı bilgi için bkz. Necip Bilge (1994). *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi.

³ Kur’an, *Mâide*, 5/27-31.

ferdi veya lider tarafından cezalandırma yöntemi zamanla etkisini yitirmiştir.⁴ Ancak ülkemizde olduğu gibi bazı toplumlarda ferdi veya lider temelli cezalandırma⁵ anlayışı hala fonksiyonunu icra etmektedir.⁶ Bu bağlamda, namus cinayetlerine kurban gidenlerin aile meclisi veya aşiret⁷ kararları sonucu öldürüldüklerine şahit olmaktayız.⁸ Bu kararların arka planında yer aldığı iddia edilen dinsel motiflerin gerçek ve doğru bilgiye ait olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Bu çalışmamızda, medyaya ve mahkemelere yansıyan bazı örnekleriMer'i ve İslam ceza hukuku açısından değerlendireceğiz.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. SulhiDönmezer vd. (2016).*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul: Der Yayınları, c. 1; Cahit Can (2002).*Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık; Hüseyin Esen (2006).*İslam'da suç ve ceza: İslam hukukunda cezai sorumluluk*, İstanbul: Yeni akademi yayınları;Ergün Şahin (2014).“Ceza yargılamasının tariheşi”.*Türkiye adalet akademisi dergisi*, S. 18, ss. 249-385.

⁵ Kanaat önderleri ve toplumun ileri gelenlerinden oluşan komisyonlar tarafından alınan kararların olumlu yönleri de vardır. Adli ve cezai uyumsuzlukların çözümünde bu tür kararlar önemli ölçüde başarı sağlayabilirler. Ceza muhakemeleri kanunu 253-254;KayaKoroğlu (2014).“Kanun ve kültür: Töre kavramının hukuki ve sosyolojik bir analizi”.*Türkiye adalet akademisi dergisi*, S. 16.ss. 421-422.

⁶ Urfa Valiliği'nin 1927'de yayınladığı Urfa Salnamesinde (yıllık) yer alan aşiret hukuku ile ilgili bir örnek şöyledir: ‘Aşirete mensup bir kız, bir gence meylederek onunla kaçarsa, veli ve vasilerine karşı kız ve erkek ölüme mahkum olurlar. Aralarında nikah yapılırsa bile, kızın akrabasına başlık namıyla bir şey verilmez ve bir sulh yapılmazsa, kızı kaçıran hakkında katillere tatbik edilen usul tatbik edilir... Kocalı bir kadın bir erkekle kaçarsa ise her ikisi takipten uzak bölgelerde hayatlarını geçirmeye mecburdurlar. Kadını kaçıran, bu kadının akrabası hem de kadının kocası tarafından takip olunur. Bu cinayette erkek ve kadına yönelik öldürme hakkı daima bakidir.’ Salih Zeki İskender (2009). “Öğreti ve yargısal kararlar ışığında töre saikiyle öldürme suçunun (namus cinayetlerinin) değerlendirilmesi”.*Yargıtay dergisi*, S. 127, s. 24 dipnot 42. (Farc Mehmet (2004).*Töre Kısacasında Kadın*, İstanbul: Gunizi Yayıncılık, s. 20'den naklen). Aşağıda anlatılacağı üzere bunun İslam hukuku ile bir alakası yoktur.

⁷ Aşiret, ‘dil ve kültür yönünden büyük bir türdeşlik gösteren, birçok boydan oluşan, yapısındaki aileler arasında toplum, ekonomi, din, kan veya evlilik bağları bulunan göçebe veya yerleşik nitelikteki topluluk, oymak’olarak tanımlanmaktadır.http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58f1c1ec8e3859.35196753, erişim tarihi: 15.4.2017.

⁸ Dünyanın farklı yerlerinde de namus cinayetlerine rastlanmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Çinli bir göçmen kendisini aldatan eşini öldürür. Çin kültüründe bu davranışın normal olduğunun bir antropolog tarafından mahkemede ifade edilmesi üzerine mahkeme, kişinin şartlı tahliyesine karar verir. Koroğlu, ‘Töre kavramı,’ s. 417-418.

Öncelikle, töre, örf-adet ve namus kavramlarının kısa tanıma göz atalım. Töre kelimesinin Moğolca'da devlet ve kanun anlamında olan "tör" kelimesinden türetildiği ifade edilmektedir.⁹ Arapça, 'aref' kökünden türeyen örf, iyi olanı ifade ederken Arapça 'âde' kökünden türeyen adet ise tekrar eden ve kalıplaşan davranış biçimlerini ifade eder.¹⁰ Başka bir ifade ile örf ve adet "kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun, topluluğun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel kalıntılar, bilgi, töre, adet ve davranışlar" olarak tanımlanabilir.¹¹ İslam hukuk metodolojisinde ise akıl sahipleri tarafından hoş görülen ve tekrarlanan davranışlar olarak tanımlanmaktadır.¹² Namus sözlükte 'toplum içinde onur ve ahlak kurallarına sıkı sıkıya bağlılık, doğruluk, dürüstlük, erdemlilik, ahlaklılık, cinsel erdem, iffetlilik' olarak tanımlanmaktadır.¹³ Köroğlu'na göre, 'dine ve kültürel anlayışa göre namus, kadın için cinsel davranışa ilişkin gelenek-görenek ve inançtan kaynaklanan cinsel saflık ve korunmayı ifade eden; erkeğin ise başkalarının namusuna el uzatmamak ve kendi ailesinden olan kadınlarının namuslarını özenle korumak'¹⁴ anlamına gelmektedir.

⁹ Sağlam'a göre töre kelimesi Tevrat'taki yasa ve 'Tora' kelimelerinin zamanla töreye dönüşmüş halidir. Sağlam, Bahaeddin, 'İslam, devlet ve töre cinayetleri ve din namına işlenen diğer cinayetler,' <https://dusuncekahvesi.wordpress.com/2009/09/08/islam-devlet-ve-tore-cinayetleri-ve-din-namina-islenen-diger-cinayetler/>, erişim tarihi: 31.3.2017.

¹⁰ Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî İbn Manzûr (t.y.). *Lisânü'l-arab*, Suudi Arabistan: Vizâretü's-Şûûni'l-İslâmiyye, c. 4, s. 314; c. 11. s. 144; Köroğlu 'Töre kavramı,' s. 407-408.

¹¹ Ali Püsküllüoğlu (1999). *Türkçe Sözlük*, İstanbul: Doğan Kitap, s. 632, 1136; İskender, 'Töre saikiyle öldürme,' s. 8-9.

¹² Abdullah Kahraman (2010). *Fıkıh Usulü: Giriş, Deliller, Hükümler, Hüküm Çıkarma Yöntemleri*, İstanbul, Rağbet Yayınları, s. 184.

¹³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58e49805178d16.57038191, erişim tarihi: 5.4.2017.

¹⁴ Köroğlu, 'Töre kavramı,' s. 409.

2-NAMUS CİNAYETLERİNİN DİNİ BOYUTU

Konumuza şu soru ile başlayalım: “*Başka yerlerde de görülmekle beraber daha çok Doğu'da insanlar, zina¹⁵ yapan veya yaptığından şüphe edilen kızı/kadını aile kararı ile veya aile fertlerinden birinin kendi başına verdiği karar ile öldürüyorlar. Ölen mezara, öldüren hapishaneye gidiyor, sözüml ona namus kurtuluyor; yani çevre, ‘aşk olsun adama, namusunu kurtardı, kadını öldürdü!’ diyorlar. Öldürmezse de aleyhinde konuşuyor, onur kırıcı dedikodular yapıyorlar. Peki bu fiilin din ve ahlakta yeri ve değeri nedir?’*”¹⁶ Diyanet'e sorulan şu soruda ‘*namus için karımı öldürmem caiz midir, değil midir,*’ konunun ciddiyetini ortaya koymaktadır.¹⁷

Yukarıda yer alan soruda her ne kadar dini boyuta dikkat çekilmiş ise de töre ve namus cinayetlerinin birçok etkeni olup¹⁸ yalnızca dini inançlarla bağlantılı olarak görülmesi hatalıdır.¹⁹ Geri kalmış toplum-

¹⁵ Devlet öncesi zamanlarda zina eyleminin ve diğer töreye aykırı davranışların aile başkanlarınca cezalandırıldığı kayıtlarda yer almaktadır. İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 11.

¹⁶ <http://www.hayrettinkaraman.net/makale/0055.htm>, erişim tarihi: 4.4.2017.

¹⁷ <http://www.memurlar.net/haber/31954/namus-icin-karimi-oldurecegim-caiz-midir-degil-midir.html>, erişim tarihi: 29.03.2017.

¹⁸ *Bu tür cinayetlerin arka planına baktığımızda, toplum tarafından suç sayılan bir eylemin, hukukça suç sayılmaması ya da cezanın yeterli görülmemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu cinayetlerin diğer bir nedeni ailenin ve erkeğin, kadının yaşamını belirleme hakkının olduğunu kendinde görmesidir. Katil, maktulün kocası, eski kocası, babası, kardeşi ve diğer erkek akrabaları olabilmektedir. Bu cinayetler genelde, bıçak, balta, kurşun, boğma, nehre atma, taş ve sopa ile döverek öldürme gibi şekillerde karşımıza çıkmaktadır. İntihara sürüklenme de bunlar arasında sayılabilir. Mazhar Bağlı (2008). Töre ve/veya Namus Adına Cinayet İşleyen Suçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yapıları, Aile İlişkileri ve Kişisel Özellikleri İle Bunların Sosyo-Ekonomik Analizine İlişkin Bir Analiz, Diyarbakır, s. 43; Sevgili, Töre cinayetleri, s. 56.*

¹⁹ Töre cinayetleri için bkz. Ferda Güllüoğlu (2003). “Türk hukuk sistemi açısından namus ve töre Cinayetleri”. *Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu*, Diyarbakır; Feyza Şule Düşgün (2006). “İslam hukuku açısından töre cinayetleri”. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 7.ss.149-175.

*larda bu tür cinayetlere rastlanmakta olduğundan, bunun belirli inanç sistemine bağlanması gerçeğin göz ardı edilmesine neden olacaktır.*²⁰

Yukarıda yer alan sorulardan da anlaşılacağı üzere, fertler hem yargılamayı hem de cezalandırmayı kendileri yapmak istemektedirler ve bunun için de dini alet etmektedirler. Halbuki İslam hukukunda hem yargılama hem de cezalandırma yetkisi devlete aittir. Meşru müdafaa hariç fertlerin, aile meclislerinin veya aşiret liderlerinin yargılama veya cezalandırma yetkisi yoktur.²¹ Suçların önlenmesi ve suç işleyenlerin cezalandırılması devlete ait en temel güçlerden birisidir.²² Hz. Peygamber, Medine'ye geldiğinde ilk yaptığı icraatlardan biri devlet temelini oluşturan şehrin ileri gelenleri ile bir anlaşma yapmasıdır. Bu anlaşmanın maddelerinden birisi cezalandırma yetkisini Hz. Peygamber'e devredilmesidir.²³ Öç alma, kan davası gibi sonu gelmeyen cinayetlerin engellenmesi için bu tür bir tedbirin alınması zaruridir. Tüm dinlerin ve hukukların korumakla yükümlü olduğu iki temel prensip can ve namus emniyetidir. Can ve namus emniyetinin olmadığı toplumlarda, tecavüz ve cinayetlerin önüne geçme imkanı olmaz. Bu durum, mafya, anarşi gibi istenmeyen durumlara götürür. Hukuk istikrarı ve emniyetinin olmadığı toplumlarda kaos ve anarşi hüküm sürer. Bunun bilincinde olan İslam hukukçuları ferdi veya kabile cezalandırmalarını yasaklamışlar; yargılama ve cezalandırma yetkisinin devlete ait olduğunu açıkça ve kesin bir dille ifade etmişlerdir.²⁴

²⁰ Bazılarına göre töre, cinayetleri gelenekle modernite arasındaki sıkışmışlığın bir yansımasıdır. Macit M. Sevgili (2007). *İslam Hukuku Açısından Töre Cinayetleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 52.

²¹ Ahmet Efe (2011). "İslam hukukunda ceza infaz yetkisi açısından töre cinayetleri". *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 13/24.ss. 105-119.

²² Kur'an, *Mâide*, 5/32; *Nahl*, 16/57-60; *İsrâ*, 17/33; *Zuhruf*, 43/16-18; *Tekvir*, 81/8-9.

²³ Hayreddin Karaman (1991). *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: Nesil Yayınları, s. 69-72.

²⁴ Devlet başkanının görevleri arasında toplumun düzenini koruma, suçluları yargılama ve cezaları infaz etme yükümlülüğü vardır. Örneğin, kısas davalarının mutlaka devlet başkanının veya görevlendirdiği yargıcın huzurunda görülmesi gerekir. Ancak yargılama sonrasında infazın herhangi bir kişi tarafında yerine getirilmesinde bu kişiye ceza gerekip gerekmeyeceği tartışmalıdır. Bazılarına göre bu kişiye kısas gerekir, bazıları göre ise tazir gerekir. Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed

Ülkemizde evliliklerde ailelerin ciddi rolü bulunmaktadır. Ailenin istemediği bir namzetle erkek veya kızın evlenmesi bazı bölgelerde söz konusu değildir. Bu bölgelerde yakın akraba evlilikleri tavsiye edilmektedir. Ailenin kabul etmediği bir kişi ile evlenme ise neredeyse mümkün değildir. Örneğin amcaoğlunun talipli olduğu bir kızın başkası ile evlenmesi imkansız gibidir.²⁵

Aşiret mensubu kızların evliliğinde görünmeyen bir kast sisteminin olduğu düşünülmektedir. İslam hukukunun esas aldığı denklik kuralına da riayet edilmediği dile getirilmektedir.²⁶ Kız veya erkek, bu talepleri reddettiklerinde aile veya aşiret dışına itilmekte, yalnızlaştırılmakta, kendi kaderlerine terk edilmekte, hatta ekonomik ve psikolojik taciz uygulanmaktadır. Bu tür evlilikler sonucu psikiyatrist veya psikolog tedavisi alanların olduğu bilinmektedir.²⁷

Aile isteklerini kabul etmeyen, hatta kaçarak evlilik yolunu seçen kızların ölüm korkusu ile yaşadıkları bir gerçektir. Özellikle, aileyi hiç sayarak sevdiğine kaçan bir kızın ailenin yakın üyeleri (abi, kardeş vs.) tarafından ortadan kaldırıldıkları bilinmektedir. Kararlar ya aile büyüğü tarafından alınmakta veya aile meclisinde alınmakta, infaz ise erkek kardeş, abi amcaoğlu, dayıoğlu, vb. tarafından yerine getirilmektedir. Bazen,

(t.y.). *Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, ss. 18, 83-121; Gazali, Ebu Hamid Muhammed (1972). *İktisad fi 'itikad*, tahkik Muhammed Mustafa Ebu'l-Ala, Mısır: Mektebetü'l-cüdi, s. 200; İbn Kudâme, Muvaffakuddin (1984). *Muğni*, Beyrut: Dâru'l-fikr, c. 9, s. 348, 394-395; c. 10, s. 348; Şirbini, Muhammed el-Hâtibi (1958). *El-Muğni'l-Muhtâc ilâ Mâ'rifet-i Me'âni'l-elfâz el-Minhâc*, Mısır: Matba'at Mustafa Halebi, c. 4, s. 151-152.

²⁵ Şanlıurfa'nın kırsal kesimlerinde akraba evlilik oranının %63'lere çıktığı ifade edilmektedir. Şevket Ökten (2009). "Toplumsal cinsiyet ve iktidar: Güneydoğu Anadolu bölgesinin toplumsal cinsiyet düzeni". *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi/The Journal of International Social Research*, S. 2/8, s. 305.

²⁶ Ebu Hanife'ye göre, altı noktada denklik aranır. Bunlar, soy, dine giriş, hürriyet, servet, dindarlık ve meslektir. Denkliğin şart olmadığını söyleyen İslam hukukçuları da vardır. Recep Çiğdem (2012). *Mukayeseli medeni hukuk: İslam-Türk Mer'i, Kişi, Aile ve Miras Hukuku*, İstanbul: Rağbet Yayınları, s. 53-54.

²⁷ Bu durumun yaygınlığının anket çalışmaları ile desteklenmesi gerekmektedir. Ancak anket çalışmalarının gerçeği yansıtmayacağı konusu ayrı bir tartışmadır. Zira, bu tür konular tabu kabul edilerek konuşulmaması istenmemektedir.

ergen tarafından işlenen cinayet, ergen olamayan üzerine atılmakta veya onun üstlenmesi sağlanarak gerçek cinayeti işleyen korunmaktadır.

Namus cinayetlerine kurban gidenlerle alakalı zaman zaman dinsel motiflerin yer aldığı duyulmaktadır.²⁸ Hanefî dışındaki Şafî, Maliki, Hanbeli mezhebine göre, kızı evlendirme yetkisi babaya veya en yakın erkek akrabaya aittir. Bu yetki olmadan yapılan evlilik batıldır.²⁹ Bu evliliğe devam eden zina etmektedir. Bu durum, aileye sürülmüş bir lekedir ve bu lekenin giderilmesi gerekir. Bunun temizlenmesi için aile meclisi toplanmakta ve zina eden kızın öldürülmesine, böylece lekenin temizlenmesine karar vermektedir. İnfazı ise en yakın kardeşe yaptırılarak bunun da bu tür bir davranış sergilemesinin önüne geçilmekte, bu kardeşin yaşadığı travma ise göz ardı edilmektedir. Bir taşla iki kuş vurulmuş olmaktadır. Ailede yer alan diğer kızlara da gözdağı verilmektedir. Ablasının öldürüldüğünü gören bir kızın bu tür bir davranış için de bulunması neredeyse imkânsızlaşmaktadır.

Şafî hukukuna göre, veli tarafından evlendirmeyen kızın nikahı batıldır. Ancak bu mezhebe göre, nikahın batıl olduğuna karar verecek makam mahkemedir. Aynı şekilde, ceza yargılaması yapacak makam da yargı merciidir. İnfaz da devlete aittir. Devlet dışında, yargılama ve infaz mümkün değildir. Ayrıca, kızın nikahı diğer şartlar mevcutsa (taraf, irade beyanı, evlenme engeli olmaması, şahit gibi) Hanefî mezhebine göre geçerlidir ve kız zina yapmamaktadır. Farklı görüşlerin mevcut olduğu bir yerde tek görüşe bağlanıp, onu da kısmen alıp uygulamak dini istismar etmektir. Bu tür kararları alanların dini bilgileri de yeterli değildir. Can'ın olmadığı yerde din de fonksiyonunu icra edemeyecektir.³⁰

²⁸ Aytaç'ın şu ifadesini paylaşmak mümkün değildir. 'Türkiye'de işlenen namus cinayetleri, bu konuyla da yakından ilgilidir. Erkek, kadının 'namusuna' sürülen 'lekeyle' yaşayamayacağına inanır. Bu da dinin getirdiği bir değerdir. Özellikle kapalı toplumlarda din adamları ne derlerse ona inanılıyor. Alternatif bir bilgi verilmiyor.' Şule Aytaç, "Töre cinayetleri üzerine bir röportaj". <http://www.nlp.gen.tr/yayinlar/torecinayetleri.htm>, erişim tarihi: 30.3.2017

²⁹ Çiğdem, *Mukayeseli medeni hukuk*, s. 53.

³⁰ Yaman, zarûrât-ı hamse diye bilinen beş temel esasta sıralamanın önemli olduğunu vurgular. Ona göre sıralama şöyle olmalıdır: Canı korumak, dini korumak, akli korumak, nesli korumak ve mali korumak. Canı koruma diğerlerinden öncelikli olmalıdır. Zira can olmayan yerde din olmaz. Klasik sıralamada dine öncelik verilmiştir.

Zina etmek gûnahtır, ancak bunun yargılanması ve cezalandırılması devlete aittir. Zina eden kişinin tövbesinin kabul edilmesi gerektiği bazı hukukçularca dile getirilmektedir.³¹ Varsayalım ki bu kişiler zina ediyorlar, tövbe kapısı her zaman açıktır. Bu mümkün iken cezalandırma yöntemini seçmek din ve akılla bağdaşmamaktadır. Ayrıca *yargısız infaz yapanların kasten adam öldürme suçu nedeniyle İslam hukukuna göre kısas ile cezalandırılmaları gerekmektedir.*³²

*Hz. Peygamber zamanında, eşini zina ederken yakalayan bir kişiden dört şahit getirmesi talep edilmiştir.*³³ *Ya şahit getirmesi ya da eşine zina iftirası nedeniyle cezalandırılacağı bildirilmiştir. Olay şöyle cereyan etmiştir:* Hilâl b. Ümeyye Hz. Peygambere gelerek Şerik b. Sehmâ isimli birisi ile karısının zina ettiğini iddia etmiştir. Hz. Peygamber de ya delil getirmesini (dört şahit) ya da iftira cezasına çarptırılacağını bildirmiştir. Hilâl, ‘Ey Allah’ın elçisi, bir kimse karısının üzerinde bir erkek görürse şahit arar mı?’ diye mukabele de bulunmuşsa da Hz. Peygamber, ‘Ya delil veya sırtına had/ceza’ diye cevap vermiştir. Bunun üzerine liân ayeti nâzil olmuştur. Kocası ve karısı karşılıklı lanetleşmişlerdir. Hz. Peygamber, biriniz yalan söylüyor demesine rağmen kadın lanete devam etmiştir. Hz. Peygamber, kadın gözleri sürmeli, kalçaları geniş, baldırları büyük bir çocuk dünyaya getirirse, bu çocuk Şerik b. Sehmâ’nındır,’ demiştir. Hakikaten kadın böyle bir çocuk doğurmuş; Hz. Peygamber de şöyle demiştir: ‘Allah’ın kitabı ile karar verilmiş olmasaydı, benim bu kadınla işim vardı.’³⁴ Yani kadının zina ettiği ikincil delille aslında ispat edilmiştir.

Ahmet Yaman (2009).“İslam hukuk ilmi açısından makâsîd içtihadının ya da gâi/teleolojik yorum yönteminin ilkeleri üzerine”.*Makâsîd ve İctihad*, Edt. Ahmet Yaman, İstanbul: Rağbet Yayınları, ss. 208-209.

³¹ İbnü’l-kayyim (2010). “Maslahat, niyet, şart, ortam ve zamanın değişmesine göre fetvanın değişmesi”. Çev. Pehlül Düzenli,*Makasîd ve İctihad*, Edt. Ahmet Yaman, İstanbul: Rağbet Yayınları, s. 413.

³² İbn Kudâme, *Muğni*, c. 9, s. 348, 394-395; c. 10, s. 348; Şirbini, *Muğni’l-Muhtâc*, c. 4, s. 151-152.

³³ Bu rivayetlerin değerlendirilmesi için bkz. Enbiya Yıldırım. “Mulâane ayetlerinin nüzûl sebebi”.<http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/308.pdf>, erişim tarihi: 7.4.2017.

³⁴ Ebû Dâvûd, *Talâk*, 27. (Hadis no: 2254).

Fakatliân uygulaması yapıldığından artık yeniden yargılama yapılamamıştır.

Başka bir örnek şöyledir. Bir Cuma gecesini, Mescide bir adam girer ve şöyle der: ‘Bir adam karısıyla bir adamı bulsa ve bunu söylese, onu sopalarsınız, öldürse öldürürsünüz, sussa kininden susar, bunu Allah’ın elçisine soracağım.’ Ertesi gün Allah’ın elçisinin yanına gelir ve şöyle der: ‘Bir adam karısıyla bir adamı bulsa ve bunu söylese, onu sopalarsınız, öldürse öldürürsünüz, sussa kininden susar, Allah’ım bana yol göster.’ Dua etmeye başlar ve liân ayetleri nazil olur. Sonra eşini getirerek lanetleşirler. Hz. Peygamber, bu kadının kıvrıkcık saçlı siyahi bir çocuk dünyaya getireceğini zannediyorum der. Ve çocuk kıvrıkcık saçlı siyahi olarak dünyaya gelir.³⁵ Yani kadının zina ettiği tespit edilir, ancak ceza verilmez.

Bu rivayetlerden açıkça anlaşıldığı üzere, zina üstünde koca karısını dahi yakalasa onlara herhangi bir ceza veremez. Zira ceza verme yetkisi devlete aittir. Yakalanmasına rağmen kadın zinayı kabul etmezse, kadın eşinde boşanır, başka da bir ceza almaz. Rivayetlerde de geçtiği üzere, koca bu esnada cezalandırmaya kalksa, kendisi de cezalandırılır. Bu durum hadiste şöyle ifade edilmiştir: ‘Bir adam karısıyla bir adamı bulsa ve... öldürse, öldürürsünüz.’³⁶

Bazı alimlerin zina üstünde yakaladığı esnada, kocanın önce sözlü olarak onları uyarmasını, vazgeçmezlerse öldürmesinin caiz olduğu şeklindeki görüşlerini ihtiyatla karşılamak gerekir. Benzer hükümlerin Hanefi

³⁵ EbûDâvûd, *Talâk*, 27. (Hadis no: 2253).

³⁶ İbn Hacer al-Askalâni, cumhura göre bu durumda öldürene kısas gerekeceğini belirtmiştir. Hz. Ömer’den kısas veya diyet gerekeceği yönünde nakil olduğunu da belirtir. Cezeri de aynı görüşe katılmaktadır. Haskefi, ceza kararı verilmeden öldürürse kısas veya diyet gerekeceğini ancak karar verildikten sonra öldürmüştü kanın heder olacağını öldürenin ceza almayacağını belirtir. İbn Hacer al-Askalâni (t.y.) *Fethu’l-bâri*, tahkik Muhibbuddin el-hatip, Kahire: Dâru Reyyan, c. 12, s. 181; Abdurrahman El-Cezeri (1986) *Kitâbulfikih ‘ale’l-mezâhibi’l-erba’a*, İstanbul: Çağrı yayınları, c. 5, s. 65; Haskefi (1984) *Reddü’l-muhtâr*, İbnAbdidin’in, *Hâşiye ‘ala reddü’l-muhtâr* ile birlikte, İstanbul: Kahraman yayınları, c. 4, s. 11. Karaman’da verdiği bir cevapta bunu şöyle vurgulamıştır: Hem âyetler hem de hadisler ve uygulama açıkça ortaya koyuyor ki, hiçbir kimsenin, kendi başına karar vererek namus/töre uğruna insan öldürmesi caiz değildir, öldürürse cinayettir, günah ve suç işlemiş olur ve cezasını çeker. <http://www.hayrettinkaraman.net/makale/0055.htm>, erişim tarihi: 7.4.2017.

hukukunda ve Osmanlı Ceza kanunnamelerinde, günümüzde ise İran ceza kanununda³⁷ yer alması yukarıdaki rivayetlerle çelişmektedir.³⁸ Zira bu kapının açılması yargısız infaza kapı aralayacaktır. Eşinden kurtulmak isteyen bir koca, kadına zina iftirası atarak onu öldürebilecek ve bu meşum eylemini kamufle edebilecektir. Bu nedenle, yargısız infaza kapı aralayan bu hükümlerin, yukarıdaki rivayetler ışığında ele alınarak hukuksal düzenlemelerin dışında bırakılması gerekir. Bu tür bir yetki verilmemelidir.

3-BAZI ÖRNEKLERİN İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlıkta mahkemelere ve medyaya yansıyan bazı namus cinayetlerinin İslam hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır. Aşağıda görüleceği üzere, bu cinayetlerin, İslam hukuku ile ilişkilendirmesi mümkün değildir.

Örnek 1: *Urfa'nın Viranşehir ilçesinde, bir bayan gayri meşru ilişki sonrası hamile kalır. Tehditler nedeniyle, Diyarbakır'da koruma altına alınır. Amcaoğulları, kadınla irtibata geçerek olayın tatlıya bağlanacağını söyleyerek eve dönmesini isterler. Bunun üzerine, kadın amcaoğullarıyla birlikte sığınma evinden ayrılır. Ancak bayan eve dönmez, köyün iki kilometre ilerisinde yirmi metre derinliğindeki bir kuyudan cesedi çıkarılır. Vücudunda darp izleri ve boynunda bir ip bulunmuştur. Kadı-*

³⁷ İran ceza kanunu, madde 630. <http://www.refworld.org/pdfid/59ef3ee04.pdf>, erişim tarihi: 18.12.2017.

³⁸ 777. Mesele: Zeyd, zevcesi Hind ile Amr'ihîn-i zinada katl eyledikten sonra, Hind ile Amr'ın veresesi Zeyd'ikısas, yahut Zeyd'den diyet almağa kadir olur mu? Elcevap: Olmaz, kat'a teftiş olunmaz memnû'dur. 778. Mesele: Zeyd mülkünde, bir gece Amr ile Zeyd'in kız kardeşi Hind zina eyleseler, ZeydAmr'ıkatl edip, Zeyd'in anası Hind'ıkatl eylese, ehl-i 'urf bunlara dahle kadir olur mu? Elcevap: Asla olmaz. 779. Mesele: Zeyd, kız kardeşi Hindi nâ-mahrem olan Amr ile bir evde görüp, Hind'ıkatl edip, Amr'ı mecruh edip bir günden sonra Amr fevt olup, Zeyd 'Hind ile Amr'ı ben katl ettim' deyu ikrar edip ahar yere gittikte, Zeyd'inammileriZeyd'e kefil değiller iken, Amr'ın kardeşi Bekr kavil getirip, mezbûrlardan hilâf-i şer' zulmencebr ile iki yüz altın alsa, sonra Zeydgeldikte giden akçalarını verdikleri kimseden bit-tamam şerle almağa kadir olur mu? Elcevap: Olurlar. Ertuğrul M. Düzdağ (1983).*ŞeyhulislamEbussuud efendifetvâları ışığında 16. Asır Türk hayatı*, İstanbul, Enderun Kitapevi, s. 158.

nın sekiz buçuk aylık hamile olduğu anlaşılmıştır. İki kardeş suçlarını itiraf etmişlerdir.³⁹

Bu olayda kadının öldürülme kararının aile meclisi tarafından alınmış olması kuvvetle muhtemeldir. Yerel anlayışa göre, kadın zina ederek ailenin namusunu kirletmiştir, bunun temizlenmesi gerekir, bu ise kadının öldürülmesi demektir. Bu bölgede, amcaoğulları kendilerini kızın sahibi olarak gördüklerinden bu iş onlar için de bir lekedir. Bu nedenle onlarda bunu temizleme işini üstlenirler.

Bu örnekte, aile meclisi veya amcaoğulları kuzenlerini infaz etmişlerdir. İslam hukukuna göre bu suçtur ve amcaoğullarının yargılanması gerekir. Bu acımasız infaz, İslam hukukuna göre ağır bir suçtur.⁴⁰

Örnek 2: Şanlıurfa 3. ağır ceza mahkemesi bir davada (Dosya no: 2010/249), TCK'nın 82/1-'a-d-k' maddesi gereğince katili ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırmıştır. Bu davada, baba, sevgilisi ile kaçıp İmam nikahı ile evlenen kızını ve damadını, istenilen ücret/başlık parası verilmediği için diğer damadının yardımı ile takibe almıştır. Daha sonra, kızını öldürmüş, damadını ise öldürmeye teşebbüs etmiştir.

Bu davada, başlık parasının verilmemesi, kızın ölümüne damadın ise öldürülmeye teşebbüs edilmesine neden olmuştur. Damat kaçmamış olsaydı muhtemelen öldürülmüş olacaktı. İslam hukukçularından Hanefî, Şafi ve Maliki mezhebine göre başlık parası adlı bir para alınmaz. Ebussuud'a göre böyle bir para haram olarak değerlendirilir. Ona göre, kalın (başlık) adı altında verilen miktar, ya mehr-i muaccel veya rüşvettir,⁴¹ evlilik olmazsa mehri muaccel iade edilir, kalın ise evlilik olsa da olmasa da iade edilir. Zira bu bir rüşvettir.⁴²

³⁹ <http://www.hurhaber.com/19-yasindaki-hacire-gov-katledildi/haber-614880>, erişim tarihi: 7.4.2017

⁴⁰ Merğînâni (1986). *El-Hidâye*, İstanbul: Kahraman yayınları, c. 2, s. 99.

⁴¹ Salih b. Ahmet el-Kefevi (t.y.). *Fetâvâ Ali Efendi ma'aNukûlli'l-Kefevi*, İstanbul: Matba'a 'Amire, c. 1, s. 46-47; Çiğdem, *Mukayeseli medeni hukuk*, s. 46.

⁴² 30. Mesele: Zeyd kızı Hind'i, Amr'ın üç yüz akçe ağırlığın alamayınca, Amr'atezvic eylemese, Amrba'de't-tezvic üç yüzü Zeyd'den almağa kadir olur mu? El-cevâp: Olur, vermediği takdirce tezvic etmemek mukarrer olacak, ağırlık olmaz rüşvet olur. 31. Mesele: Zeyd, Amr'ın kızı Hind'enamzed olup, bir miktar akçe ve bazı esbâb kalın gönderse, Amr mukabelesinde dondan ve gömlekten ve sâir leva-

Şanlıurfa ya Hanefi veya Şafi mezhebine tabi olduğundan, böyle bir paranın talep edilmesi dinen uygun değildir. Bundan açıkça anlaşılmaktadır ki öldürme olayı dinle bağlantılı değildir, aksine acımasız yerel âdetin bir tezahürüdür. Bu öldürme, İslam hukuku açısından ayrıca suçtur.

Talep edilen bu para dinen uygun olsa dahi, bu para verilmediği için işlenecek cinayet İslam hukukuna göre suç olacaktır. Zira, alacağın mahkeme aracılığıyla talebi mümkündür. Ancak bu talep hiçbir zaman cinayete konu olamaz.

Örnek 3: Bir bayan istemediği birisiyle dini nikahla evlendirilir. Kadın kısa bir süre sonra evi terk ederek sevdiği kişiyle kaçar. Görevlendirilen iki yakın akrabası tarafından öldürülür.⁴³

İstemediği birisi ile zorla evlendirmek dinen uygun bir evlendirme şekli değildir. Hz. Peygamber evliliğe zorlanan kızların nikahlarını iptal etmiştir.⁴⁴ Hanefiler bu uygulamalardan yola çıkarak ergen bir kızın zorla evlendirilemeyeceği kanaatine ulaşmışlardır. Şafiler ise evlendirme yetkisini kızın velisine verdiklerinden bu veli tarafından zorla evlendirilebileceğini kabul etmişlerdir.⁴⁵ Zorla evlendirme zaman zaman yukarıda yer alan olayların yaşanmasına neden olabilmektedir. Her ne olursa ol-

zımdan ana muâdil bazı esbâb gönderse, ba‘de zamanın ayrıldıktan, Zeyd kalın deyupeyverdiği akçeyi ve esbâbı almağa kadir olur mu? El-cevâp: Kalın mehr-i muacceldir. Hediye değildir ki mukabelesinde ivâz-ı muâdil gönderile, vermek lâzımdır. 32. Mesele: Hindhîn-i tezevvücdede Zeyd’e ergenlik bir bağ verip, Zeyd dâhi 'ivaz bir kaftan vermiş olsa, bir yıldan sonra mufârakâtettikte Hind Zeyd'den ol bağı almağa kadire olur mu? El-cevâp: Olur, rüşvettir, ivazın Zeyd'e verir. 33. Mesele: Zeyd, kızkardeşi Hind'imüteveffânın kızı Zeyneb'i, Amr'a zevceliğe verdikte, ergenlik onbin akçe verse, Zeyneb fevt oldukça, Zeyd akçeyi Amr'dan almağa kadir olur mu?

El-cevâp: Zeyd vermiş olucak ergenlik olmaz, rüşvet ise alır, hibe ise almaz. 34. Mesele: Hind, zevci Zeyd'e ergenlik verdiği, Hind'in fevtinden sonra sâir verese Zeyd'den almağa kadir olur mu?

El-cevâp: Olurlar, rüşvettir. Düzdağ, *Ebussuud*, s. 37.

⁴³ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin E. 2005/1329 ve K: 2006/587 sayılı kararı. İskender, 'Töre saikiyle öldürme,' s. 31-32, 38-39.

⁴⁴ İbn Mâce, *Nikâh*, 12.

⁴⁵ Çığdem, *Mukayeseli medeni hukuk*, s. 53.

sun, kız zina etmiş dahi olsa, onun fertler tarafından öldürülmesi caiz olmaz.

Örnek 4: Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 08.06.2009 tarih ve 2008/248 E, 2009/3287 K sayılı kararı: ‘Sanığın, olay günü annesi ... ile maktulü parkta birlikte gördüğü, öpüştüklerini düşünerek annesine tokat vurduğu, maktülü de konuşma bahanesiyle arabasına bindirip ıssız bir yere götürerek bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda; sanığın annesinin, kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğluna karşı bir sorumluluğunun olmayıp sadece Türk Medeni Kanununun 185/2.maddesine göre, eşine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla maktulün, sanığın annesiyle rızası dâhilinde arkadaşlık etmesinin, sanığa yönelik haksız bir eylem oluşturmadığı, sanığın eylemi, maktulün..., annesi ...ile görüşüp arkadaşlık etmesi nedeniyle, ailenin namus ve şerefini eksilttiği düşünülmesiyle ve töre/namus saikiyle gerçekleştirdiği anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK’nın 82/1-k, maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılıya düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 81. maddesi ile hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir’.⁴⁶

Bu örnekte, oğul, annesi ile birlikte olan kişiyi öldürmüştür. Mahkemenin yerinde bir tespitle, annesinin eşine karşı bir sadakat yükümlülüğü olsa da oğluna karşı bir sadakat yükümlülüğü yoktur. Annenin öpüşmüş olması, İslam hukukuna göre öldürmeyi gerektiren bir ceza değildir. Zina iddiasında bulunmuş olsaydı ya maktulün bunu itiraf etmesi ya da katilin bunu 4 şahitle ispat etmesi gerekirdi. Bunlar olmadığı takdirde kendisi iftira suçu işlemiş olacağından hadd-i kazf-cezası ile yüz yüze kalacaktır. Zina etmiş olsa dahi şüpheliyi öldürerek yargısız infaz etme yetkisi bulunmamaktadır.

*Örnek 5:*Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 30.01.2009 tarih ve 2008/10901 E, 2009/293 K sayılı kararı: “Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdure-katılan Y.’nin sanığın kız kardeşi, maktule G’nin ise Y.’nin kızı olduğu, maktülenin kocasını aldattığı yönünde dedikodular çıkması üzerine maktülenin ailenin namus ve şerefini eksilten davranışlarda bulun-

⁴⁶ Recep Doğan (2016).“Yargıtay kararlarında töre saikiyle öldürme suçu”.*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 126.s. 130(dipnot 13).

makla suçlandığı, maktule hakkında dedikoduların çıktığı tarihte sanığın onu öldürmeye karar verdiği, aradan yaklaşık bir yıl geçmesine karşın bu kararında ısrar ederek caymadığı, saat 06.00 sıraları sanığın, maktülenin kaldığı odaya girerek ailenin namusunu kurtarmak (töre) saikiyle hamile olduğunu ve doğumuna az bir süre kaldığını bildiği, uyumakta olan maktüleye bıçakla dördü ayrı ayrı öldürücü olmak üzere dokuz ayrı yerinden vurarak tasarlayarak öldürdüğü; sanık hakkında maktule G'yi tasarlayarak öldürme suçundan kurulan hüküm yönünden; sanığın maktule G'ye yönelik eyleminin; gebe olduğu bilinen bir kadını, kendini savunamayacak durumda olan bir kişiyi, tasarlayarak ve töre saikiyle öldürme suçlarını oluşturduğu halde yazılı şekilde hüküm tayini bozmayı gerektirmiştir.”⁴⁷

Bu örnekte hamile bir kadın öldürülmüştür. Burada katil, hem yargılama yapmış, hem cezasının infazı mümkün olmayan kadını infaz etmiş, bir de masum cenini öldürmüştür. Bunun İslam ile bir ilişkisinin olmadığı açık ve nettir.

4-TÜRK CEZA HUKUKUNUN TÖRE VE NAMUS CİNAYETLERİNE YAKLAŞIMI

Töre saikiyle öldürme suçu ilk defa 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) düzenlenmiştir. *Töre cinayetlerinin TCK'daki yerine baktığımızda, TCK'nın 81. maddesi basit kasten adam öldürme suçunu düzenlerken, 82. maddesi töre saikidahlı nitelikli halleri düzenlemektedir. Kasten öldürme suçunun tasarlanarak işlenmesi (soğukkanlılıkla, planlayarak)⁴⁸ ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmektedir. Aynı şekilde, bu suçun canavarca hisle veya eziyet çektirilerek işlenmesi, üst soy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı işlenmesi, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı yapılması, gebe olduğu bilinen kadına karşı*

⁴⁷ Köroğlu, 'Töre kavramı,' s. 135, dipnot 23.

⁴⁸ Bkz. Hasan Ali Güllü (2014). *İslam hukukunda ve Türk ceza kanununda bedene yönelik suçlar ve cezaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

*işlenmesi, töre saikiyle işlenmesi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirir.*⁴⁹

Töre saikiyle işlenen cinayetlerde korunan hukuksal yarar insanın bedensel bütünlüğü ve yaşama hakkıdır. Bu suçun faili erkek veya kadın olabilir. Yasada suçun mağduru ile alakalı özel bir düzenleme yapılmadığından erkek veya kadın bu suçun mağduru olabilir. Pratikte, genelde kadın bu suçun mağduru olmaktadır.⁵⁰ Suçun yasal (tipiklik) unsuru ise kanunda açık ve net olarak yer almamıştır. Törenin tanımlanmamış olması hem doktrinde hem de yargı kararlarında karmaşıklığa yol açmıştır. Bu kavramın namus cinayetlerini kapsayıp kapsamadığı da açık ve net değildir. Bazılarına göre, töre kavramı çok geniş olup namus cinayetlerini kapsamaktadır. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi de namus cinayetlerini töre saikiyle öldürme olarak kabul etmektedir. Ancak her namus cinayeti de töre saiki kapsamında değerlendirilmemektedir.⁵¹ Yargıtay, ilk dönem kararlarında töre saikli suçlarda aile meclisi kararı aramış; bireysel kararla işlenen suçları ise namus cinayetleri⁵² olarak değerlendirmiş, töre maddesi içerisine almamıştır.⁵³

⁴⁹ **TCK Madde 82-** (1) Kasten öldürme suçunun;

- a) Tasarlayarak,
- b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,
- c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle,
- d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı,
- e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
- f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı,
- g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
- h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla,
- i) Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle,
- j) Kan gütmeye saikiyle,
- k) Töre saikiyle, işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

⁵⁰ İskender, 'Töre saikiyle öldürme,' s. 19-20.

⁵¹ Örneğin, Yargıtay erkeklere cep telefonuyla mesaj çekmesi nedeniyle bir kadının erkek arkadaşı tarafından öldürülmesi eylemlerini töre saikiyle öldürme suçu olarak kabul etmemiştir. İskender, 'Töre saikiyle öldürme,' s. 32-33.

⁵² Köroğlu, 1 Haziran 2005 tarihinden 2010 yılının ortalarına kadar geçen süre içinde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda tutarlılık olmadığını, her olayda farklı uygu-

Suçun maddi unsurunu öldürme eylemi oluşturmaktadır. Bu eylem icrai davranışla işlenebildiği gibi ihmali davranışla da işlenebilmektedir. Suçun neticesi dış dünyada öldürme eyleminin meydana getirdiği değişikliktir. Neticeyi doğurmaya elverişli her koşul yani koşulların eşitliği kuramı nedensellik bağına oluşturur. Ortaya çıkan sonuç faile bağlanabiliyorsa, nedensellik ilişkisi kurulabilecektir. Suçun manevi unsuru genel kasttır. Genel kast, ‘suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.’⁵⁴ Kişi yaptığı eylemi bilmeli ve sonucunu istemelidir. Yasa, töre suçlarında genel kastı yeterli görmemiş, saiki de dikkate almıştır. Saik, ‘kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir.’⁵⁵ Bu tür cinayetlerde aile meclisi kararının suçun unsuru açısından gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bazıları aile meclisi kararını esas kabul ederken, bazıları ise, böyle bir kararın suçun unsuru için gerekli olmadığını ifade ederler.⁵⁶

Suçun özel görünüş biçimi içerisinde yer alan teşebbüse bu suç olanaklıdır. Yani, öldürmeye kastettiği kişiye yönelik elverişli hareketlere

lama yaptığını belirtir. Yargıtay kararları incelendiğinde, Köroğlu’nun bu kanaatinin doğru olduğu görülmektedir. Köroğlu, ‘Töre kavramı,’ s. 138.

⁵³ İskender, Yargıtay’ın bu yaklaşımını şöyle eleştirmektedir: ‘Öncelikle belirtelim ki, töre/namusunu kurtarmak saikiyle öldürme suçu, adı üstünde bir saik suçudur. Başka bir anlatımla, *çok faili bir suç* değildir. Dolayısıyla, bir saik suçu olan kan gütme saikiyle öldürme suçunda olduğu gibi, tek sanık tarafından anlık bir karar sonucu işlenebileceği gibi, aile bireylerinden birden çok kişinin (azmettirenlerin) aldıkları öldürme kararının infazıyla görevlendirdikleri kişi ya da kişiler tarafından tasarlanarak işlenebilmesi de olanaklıdır. Gerçekte, *aile meclisi* kararı denilen olgunun, öldürülenin yakın akrabalarının, kimi zaman da aşiretinin ileri gelenlerinin suça değişik şekillerde katılmalarına ilişkin yaptıkları toplantı sonucu aldıkları öldürme kararından başka bir şey değildir. Bu durum, gerçekleştirilen öldürme eyleminin namus cinayeti olduğuna ilişkin hukuksal nitelendirmeyi kolaylaştırırsa da, suçun unsuru olduğu söylenemez.’ İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 25-27.

⁵⁴ TCK, madde 21; İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 27-28.

⁵⁵ İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 29-30.

⁵⁶ Avcı, ‘Karar incelemesi,’ s. 178. Ayrıca bkz. Mustafa Avcı (2005). ‘Töre cinayetleri açısından sosyal-hukuki düzenlemelerin evrimi’ *Ekev Akademi Dergisi*, S. 22.ss. 1-26; Cengiz Otacı (2009). ‘Yeni yargı kararları ışığında töre saikiyle öldürme suçu’ *Güncel Hukuk Dergisi*, Haziran, ss. 34-36; Mahir Topaloğlu (2009). ‘Töre saiki ile insan öldürme suçu’ *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 83/1. s. 137; Hakan Hakeri (2007). *Kasten Öldürme Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları; Zeki Hafizoğulları, & Muharrem Özen (2010). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.

başlayıp da elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamadığı durumda kişi teşebbüsten sorumlu olacaktır.⁵⁷ Bu suça iştirak, azmettirmek, yardım etmek de olanaklıdır.⁵⁸ İskender, cezalandırma yeteneği olmayan küçükleri⁵⁹ suçta kullananların TCK'nın 38/2. maddesine göre değil,⁶⁰ 37/2. Maddesine⁶¹ uyarınca cezalandırılmasını önermektedir.⁶²

Özetlemek gerekirse, töre saikiyle öldürmeden bahsedebilmek için şu unsurlar aranmaktadır:

‘1-Fail mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır.

2- Fail suçu töre saikiyle ve görev bilinciyle işlemelidir.

3-Mağdurun eylemi hukuka, geleneksel davranış kalıplarına uygun olmasa bile fail açısından bir haksızlık teşkil etmemelidir.

4-Mağdurun geniş anlamda failin ailesi, aşireti veya mensubu olduğu gruplailişkinin bulunması gerekmektedir.’⁶³

Yeni TCK'nın 29. Maddesinde yer alan tahrik indirimine ‘haksız fiil’ ifadesi eklenmiştir.⁶⁴ Madde gerekçesinde bu eklemenin töre saikiyle işlenmiş suçlarda indirim yapılmaması olarak açıklanmıştır.⁶⁵

⁵⁷ TCK, madde 35; İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 40.

⁵⁸ İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 41.

⁵⁹ *Türk Ceza Kanuna göre daha az ceza aldıkları için 18 yaşından küçük çocuklara infaz görevi verilmektedir. Bağlı ise bunun doğru olmadığını ifade etmektedir. Mahmut Tezcan (1999). “Ülkemizde aile içi töre ya da namus cinayetleri”. Töre Cinayetleri Panel Bildirileri, Ankara, ss. 21-27.*

⁶⁰ **TCK Madde 38-** (2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

⁶¹ **TCK Madde 37-** (2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

⁶² İskender, ‘Töre saikiyle öldürme,’ s. 44-45.

⁶³ Köroğlu, ‘Töre kavramı,’ s. 134 dipnot 21; Mustafa Avcı & Erdal Yerdelen (2015). “Karar incelemesi – Garantörsel ihmali suçta ihmali ve icrai davranış ayrımı”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 19/1. s. 178.

⁶⁴ İslam hukukçularına göre haksız tahrik, acı, elem, kedergibi durumların altında suç işlenmesidir. Had suçlarında haksız tahrik nedeniyle indirim yapılamayacağı ancak

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.2010 tarih ve E: 2010/1-56, K: 2010/111 sayılı kararında, töre saiki kavramının bazı şartlarda namus saikini de kapsayan bir üst kavram olduğu vurgulanmış; töre saiki kavramının aile meclisi kararı gerektirmediğine yer verilmiş ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁶⁶Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.6.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararında töre ile namus saikinin aynı kabul edilmesini kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanması olarak değerlendirmiş ve TCK m. 2/3 uyarınca buna imkan olmadığını belirtmiştir. Avcı'ya göre bu karar doğrudur, zira namus ile töre kavramları farklıdır.⁶⁷

Bu karardan sonra konuyu yeniden gerekçelendiren Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 12.12. 2012 tarih 2012/3659 E, 2012/9331 K sayılı kararı ise şöyledir:

“Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinin konusunu oluşturan törenin, belli bir davranışı gerçekleştiren veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren, kötü bir töreyi ifade ettiği,dolayısıyla töre saikiyle öldürmeden bahsedilebilmesi

tazir suçlarında indirim yapılabileceği ifade edilmektedir. Had suçlarında haksız tahrik tespit edilmişse, şüphe nedeniyle cezanın düşürülmesi daha doğru olacaktır. Örneğin, borcunu alamayan bir şahıs, borçlusuna kızarak ve öfke ile borçlunun malını çalarsa, kendisine hırsızlık cezası verilmeyecektir. İbn Abidin (1984).*HâşiyetüReddi'l-muhtâr*, İstanbul: Kahraman Yayınları, c. 4, s. 94-95; Hadi Sağlam & Mehmet Çolak&Sema Gökbayır (2012).“İslâm ceza hukukunda haksız tahrikin ceza indirimine etkisinin değerlendirilmesi”.*Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5/1. ss. 164, 184, 189. Öfke ve aşırı kızgınlık halinde (*iğlâk, medhûş*) sorumluluğun kalktığı ve talakın da geçersiz olduğu ile ilgili bkz. İbn Abidin, *Hâşiyetü*, 3, s. 244; SabriErturhan (2002). “İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı”.*Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 6/2. ss. 202-222.

⁶⁵ Yeni TCK'nın 29. maddesine göre ‘*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye*’ belirli ceza indirimlerinde bulunulur. Gerekçedeki ifadeyle, ‘*maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzennince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması sözkonusu olabilecektir*’. Ece Göztepe (2005). “Namus cinayetlerinin hukuki boyutu: Yeni Türk ceza kanununun bir değerlendirmesi”.*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.59, s. 44.

⁶⁶ Doğan, ‘Yargıtay kararlarında töre,’ s. 151-152.

⁶⁷ Avcı, ‘Karar incelemesi,’ s. 179. Ayrıca bkz. Göztepe, ‘Namus cinayetlerinin hukuki boyutu,’ s. 29-48.

için, öncelikle mağdurun toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın ölümlü cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin şart olduğu, burada toplumdan kastedilenin tüm ülke olabileceği gibi köy, mahalle, geniş aile gibi küçük bir topluluk da olabileceği, töre saikiyle öldürme suçunun oluşması açısından bunlar arasında fark bulunmadığı, töre kavramıyla sık sık karıştırılan namus kavramının ise bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin subjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin töre saikiyle öldürme olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan, sırf bu nedenle töre saikiyle öldürme olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, töre cinayeti ile namus cinayetinin aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasasının, töre saikiyle öldürme suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği, somut olayda; sanık A.'nın, erkek kardeşi M.'nin eşi olan maktüleyi kendisinin dayattığı yaşam biçimine uymadığı için toplumda bu şekilde davrananların öldürülmesi gerektiği yönünde her hangi bir beklenti bulunmadığı halde, sırf kendi subjektif değerlendirmelerine dayalı olarak öldürmesinin, töre saikiyle öldürme biçiminde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı, bu cihetle, sanık hakkında tahriksiz kasten öldürme yerine, suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde töre saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

Bu kararda töre cinayetleri ile namus cinayetleri kavramları ayrıştırılmıştır. Yargıtay'a göre, töre cinayetlerinde, toplumca benimsenmiş davranış biçimine aykırı davrananların öldürülmesinin toplumca beklenebilmesini ve failin bu beklentiye karşılık üzere öldürmeyi gerçekleştirmiş olması gerekir. Aile meclisi kararı olmasa da bu tür davranış Yargıtay'a göre töre saiki kapsamında değerlendirilir. Namus cinayetlerini bireysel karar olarak görmesi ve tahrik indirimine tabi tutması ise bazı yazarlara göre Yargıtay'ın bir yanlılığıdır. Neyin töre kabul edilip neyin edilmeyeceği, toplumda öldürme beklentisinin neye göre tespit edileceği belli değildir.⁶⁸ Yasa koyucunun bu tür karmaşıklığı gidermek üzere, yeni bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

5-SONUÇ

Töre veya namus kavramlarının dini ilgilendiren yönü bulunsa da bu iki sebebe dayanan cinayetlerin dinle ve İslam hukuku ile bir ilişkisi yoktur. 'Haksız yere bir kişiyi öldürmeyi tüm insanlığı öldürme'⁶⁹ gibi değerlendiren İslam'ın yargısız infaza kapı aralaması düşünülemez. Cehaletten ve bazı yerel katı adetlerden kaynaklanan vahşi cinayetlerin dinle ilgilendirilmesi en ufak tabirle dini bilgisizliktir. Bazı sözde din adamlarının bu tür cinayetleri kapalı kapılar ardında onayladıkları ifade edilse dahi, bu durum bu vahşetin dinle ilişkilendirilmesi için bir zemin oluşturmaz. Buna kapı aralayanların din bilgisinin olmadığı bu çalışmada açıkça ortaya konulmuştur. Zira İslam hukuku konusunda yeterli eğitim almış bir uzman, yargılama ve infaz yetkisinin devlete ait olduğunu bilir ve bu vahşete göz yumamaz. Töre ve namus cinayeti işleyenler İslam hukukuna göre suçludurlar. Hem de günah işlemektedirler. Zira yargılama yapılmadan kişilerin suçsuz olup olmadığı tespit edilemez. İslam hukukunda kişilerin aksi ispat edilinceye kadar suçsuz olduğu kabul edilir. Mecelle'nin ifadesiyle 'beraatı zimmet asıldır.'⁷⁰ Suçsuz bir cana kıyan

⁶⁸ Köroğlu, 'Töre kavramı,' s. 156-162.

⁶⁹ Kur'an, Maide, 5/32.

⁷⁰ Mecelle, madde 8.

ise, büyük günah işlemiş olur.⁷¹ Suçlu olmuş olsa dahi bu tespit bağımsız mahkemelerce yapılmadan cinayet işlense yine kişi günah işlemiş olur. Zira kendisine öldürme yetkisi verilmemiştir.

Yeni Türk ceza kanunu ile töre saikiyle adam öldürme nitelikli bir suç olarak kabul edilmiştir. Ancak töre saiki kavramının namus cinayetlerini karşılayıp karşılamadığı, aile meclisi kararının gerekli olup olmadığı, failin tahrik indiriminden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı gibi konularda açık ve net bir düzenleme bulunmadığından bu konunun yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Bölgede eğitim oranının giderek yükselmesine rağmen hala bu tür cinayetlerin işlenmesi, özellikle kırsal kesimlerde akraba evliliklerinin kast sistemini andırır şeklide zorunlu tutulması, konunun ciddi boyutta ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Zorunlu evliliğe tabi tutulanların aile içi mutluluk oranının araştırılması, aile içi şiddetin boyutlarının tespit edilmesi, intihar teşebbüslerinin araştırılması da önemlidir. Molla tabir edilen kişilerin din bilgilerinin güncellenmesi, Diyanet işleri başkanlığı tarafından konu ile ilgili özel çalışmalar yapılmasının sorunun çözümüne katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AVCI, Mustafa (2005). “Töre cinayetleri açısından sosyal-hukuki düzenlemelerin evrimi”.*Ekev Akademi Dergisi*, S. 22.ss. 1-26;

AVCI, Mustafa &Yerdelen, Erdal (2015). “Karar incelemesi – Garantörsel ihmali suçta ihmali ve icrai davranış ayrımı”.*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 19/1.ss. 163-190.

AYTAÇ, Şule, “Töre cinayetleri üzerine bir röportaj”.<http://www.nlp.gen.tr/yayinlar/torecinayetleri.htm>, erişim tarihi: 30.3.2017.

⁷¹ Şüphesiz Yüce Allah, bu gününüz, bu ayınız ve bu beldeniz haram olduğu gibi kanlarınızı,mallarınızı ve namuslarınızı birbirinize haram kılmıştır. Buhâri, *Hudûd*, 9.

BAĞLI, Mazhar (2008).*Töre ve/veya Namus Adına Cinayet İşleyen Suçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yapıları, Aile İlişkileri ve Kişisel Özellikleri İle Bunların Sosyo-Ekonomik Analizine İlişkin Bir Analiz*, Diyarbakır.

BUHARİ, İsmail (2006).*Sahih*, Beyrut: Mektebetü'r-rüşd.

BİLGE, Necip (1994).*Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi.

CEZERİ, Abdurrahman (1986). *Kitâbulfikh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, İstanbul: Çağrı yayınları.

CAN, Cahit (2002).*Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÇİĞDEM, Recep (2012).*Mukayeseli medeni hukuk: İslam-Türk Mer'i, Kişi, Aile ve Miras Hukuku*, İstanbul: Rağbet Yayınları.

DOĞAN, Recep (2016). "Yargıtay kararlarında töre saikiyle öldürme suçu".*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 126.ss.123-166.

DÖNMEZER, Sulhi& Erman, Sahir, vd. (2016).*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul: Der Yayınları.

DÜŞGÜN, Şule, Feyza (2006). "İslam hukuku açısından töre cinayetleri".*Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 7.ss.149-175.

DÜZDAĞ, M. Ertuğrul (1983).*ŞeyhulislamEbussuud efendifetvâları ışığında 16. Asır Türk hayatı*, İstanbul: Enderun Kitabevi.

EBUDâvûd, (t.y.).*Sünen*, tahkik Muhammed MuhyiddinAbdulhamid, Beyrut: Mektebetü'l-asriyye.

EBU'L-FAZL Muhammed b. Mükerrerem b. Ali el-Ensârî İbnManzûr, (t.y).*Lisânü'l-arab*, Suudi Arabistan: Vizâretü's-şüûni'l-İslâmiyye.

EFE, Ahmet (2011). "İslam hukukunda ceza infaz yetkisi açısından töre cinayetleri".*Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 13/24.ss. 105-119.

ERTURHAN, Sabri (2002). “İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı”.*Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 6/2. 202-222.

ESEN, Hüseyin (2006).*İslam’da suç ve ceza: İslam hukukunda cezai sorumluluk*, İstanbul: Yeni akademi yayınları.

FARAC, Mehmet (2004).*Töre Kıskaçında Kadın*, İstanbul: Gunizi Yayıncılık.

GAZALİ, Ebu Hamid Muhammed (1972).*İktisad fi ‘itikad*, tahkik Muhammed Mustafa Ebu’-l-Ala, Mısır:Mektebetü’l-cüdi.

GÖZTEPE, Ece (2005).“Namus cinayetlerinin hukuki boyutu: Yeni Türk ceza kanununun bir değerlendirmesi”.*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.59. ss. 29-48.

GÜLLÜ, Ali, Hasan (2014).*İslam hukukunda ve Türk ceza kanununda bedene yönelik suçlar ve cezaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şanlıurfa: Harran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

GÜLLÜOĞLU, Ferda (2003).“Türk hukuk sistemi açısından namus ve töre Cinayetleri”.*Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu*, Diyarbakır.

HAFIZOĞULLURI, Zeki & Özen Muharrem (2010).*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.

Hakeri, Hakan (2007).*Kasten Öldürme Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınları.

HASKEFİ (1984).*Reddü’l-muhtâr*, İbnAbdidin’in, *Hâşiye ‘ala reddü’l-muhtâr* ile birlikte, İstanbul: Kahraman yayınları.

<http://www.hayrettinkaraman.net/makale/0055.htm>, erişim tarihi: 4.4.2017.

<http://www.hurhaber.com/19-yasindaki-hacire-gov-katledildi/haber-614880>, erişim tarihi: 7.4.2017

<http://www.memurlar.net/haber/31954/namus-icin-karimi-oldurecegim-caiz-midir-degil-midir.html>, erişim tarihi: 29.03.2017.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58e49805178d16.57038191, erişim tarihi: 5.4.2017.

İBN ABİDİN (1984).*HâşiyetüReddi'l-muhtâr*, İstanbul: Kahraman Yayınları.

İBN HACER al-Askalâni (t.y.).*Fethu'l-bâri*, tahkik Muhibbuddin el-hatip, Kahire:Dâru Reyyan.

İBNÜ'L-KAYYIM (2010). 'Maslahat, niyet, şart, ortam ve zamanın değişmesine göre fetvanın değişmesi', Çev. Pehlül Düzenli,*Makasid ve İctihad*, Edt. Ahmet Yaman, İstanbul: Rağbet Yayınları.

İBNKUDÂME, Muvaffakuddin (1984).*Muğni*, Beyrut:Dâru'l-fikr.

İBNMÂCE (2009), *Sünen*, Beyrut: Dârurisâleti'l-alemiyye.

İSKENDER, Zeki, Salih (2009). "Öğreti ve yargısal kararlar ışığında töre saikiyle öldürme suçunun (namus cinayetlerinin) değerlendirilmesi".*Yargıtay dergisi*, S. 127, ss. 5-60.

KANTARCI, Zeynep (2014). "En iyi yönetime giden yol: Aristoteles'in siyaset felsefesi".*Mavi Atlas Gümüşhane Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, S. 2.ss. 20-39.

KAHRAMAN, Abdullah (2010).*Fıkıh Usulü: Giriş, Deliller, Hükmümler, Hüküm Çıkarma Yöntemleri*, İstanbul: Rağbet Yayınları.

KARAMAN, Hayreddin (1991).*Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: Nesil Yayınları.

KÖROĞLU, Kaya (2014). "Kanun ve kültür: Töre kavramının hukuki ve sosyolojik bir analizi".*Türkiye adalet akademisi dergisi*, S. 16.ss. 405-440.

MÂVERDÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed (t.y.).*Ahkâmu's-Sultâniyye*, Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye.

MERĞİNÂNİ, (1989).*El-Hidâye*, İstanbul: Kahraman yayınları.

OTACI, Cengiz (2009). "Yeni yargı kararları ışığında töre saikiyle öldürme suçu".*Güncel Hukuk Dergisi*, Haziran.ss. 34-36;

ÖKTEN, Şevket (2009). “Toplumsal cinsiyet ve iktidar: Güneydoğu Anadolu bölgesinin toplumsal cinsiyet düzeni”. *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi/The Journal of International Social Research*, S. 2/8, ss. 302-312.

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali (1999). *Türkçe Sözlük*, İstanbul: Doğan Kitap.

SAGLAM, Bahaeddin, “İslam, devlet ve töre cinayetleri ve din namına işlenen diğer cinayetler”. <https://dusuncekahvesi.wordpress.com/2009/09/08/islam-devlet-ve-tore-cinayetleri-ve-din-namina-islenen-diger-cinayetler/>, erişim tarihi: 31.3.2017.

SAGLAM, Hadi & Çolak, Mehmet & Gökbayır, Sema (2012). “İslâm ceza hukukunda haksız tahrikin ceza indirimine etkisinin değerlendirilmesi”. *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5/1. ss. 159-194.

SALİH B. AHMET el-Kefevi (t.y.). *Fetâvâ Ali Efendi ma‘a Nuküllî'l-Kefevi*, İstanbul: Matba‘a ‘Amire.

SEVGİLİ, M. Macit (2007). *İslam Hukuku Açısından Töre Cinayetleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ŞAHİN, Ergün (2014). “Ceza yargılamasının tarihçesi”. *Türkiye adalet akademisi dergisi*, S. 18, ss. 349-385.

ŞİRBİNİ, Muhammed el-Hâtibi (1958). *El-Muğni'l-Muhtâc ilâ Mâ'rifet-i Me'âni'l-elfâz el-Minhâc*, Mısır: Matba‘a Mustafa Halebi.

TOPALOĞLU, Mahir (2009). “Töre saiki ile insan öldürme suçu”. *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 83/1. ss. 135-141.

Tezcan, Mahmut (1999). “Ülkemizde aile içi töre ya da namus cinayetleri”. *Töre Cinayetleri Panel Bildirileri*, Ankara.

YAMAN, Ahmet (2010). “İslam hukuk ilmi açısından makâsîd içtihadının ya da gâi/teleolojik yorum yönteminin ilkeleri üzerine”. *Makâsîd ve İctihad*, Edt. Ahmet Yaman, İstanbul: Rağbet Yayınları.

YILDIRIM, Enbiya, “Mulâane ayetlerinin nüzûl sebebi” <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/308.pdf>, erişim tarihi: 7.4.2017.