

**Gazi Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi  
Dergisi**



**Gazi University  
Faculty of Law  
Review**

---

**Cilt XX, Nisan 2016, Sayı 2  
Vol. XX, April 2016, No. 2**

---



**ANKARA  
Nisan 2016**

# GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Gazi University**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief**

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

**Editörler: Editors :**

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

**Editör Yardımcıları Deputy Editors**

Arş. Gör. Onurdoğan KARAKAÇ Res. Assist. Onurdoğan KARAKAÇ

Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ Res. Assist. Özgür GÜVENÇ

**Yayın Kurulu : Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri : Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

**ISSN-1302-0013**

**Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN**

**Basım Yeri:**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE  
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>  
e-posta: [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.**

### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)**

### **Yayın İlkeleri**

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

*tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.*

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

**10.** Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

### **11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:**

#### **Kitaplar:**

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

#### **Makaleler:**

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

**12.** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

**İletişim Adresi:**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.  
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro su  
Yakını) Beşevler/ANK.

**Tel:** (312) 216 21 90

**Faks:** (312) 215 01 69

**http:** www.hukuk.gazi.edu.tr

**e-posta:** hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com



## **GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY**

- 1.** Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published four times per year as a “Peer-reviewed Journal” and it is indexed by ULAKBIM.
- 2.** Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- 3.** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
- 4.** The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
- 5.** Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
- 5.** Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
- 6.** It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
- 7.** Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to the peer reviewer without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not informed regarding the identity of the reviewer. Should the reviewer demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should the article is declined by the reviewer; no subsequent reviews are carried out. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.



8. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.

9. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University Faculty of Law. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.

10. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.

11. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

**Books:**

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2<sup>nd</sup> Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

**Articles:**

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6<sup>th</sup> Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

**12.** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such:

SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample:

AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample:

GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

# Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XX

Nisan 2016

Sayı 2

## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER\*

#### ÖZEL HUKUK

AB Hukukunun Bloke Edici Etkisi

**A. Füsun ARSAVA** .....3-24

Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları

**Metin İKİZLER** .....25-60

Limited Şirket Esas Sözleşmesi ile Ortakların Diğer  
Ortaklarla Rekabet Etme Yasası Öngörülebilir mi?

**Rauf KARASU** .....61-72

Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma

**Bünyamin GÜRPINAR**.....73-102

Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı

**İpek Yücer AKTÜRK**.....103-128

ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik  
Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve  
Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

**Mesut AYGÜN** .....129-170

Haksız Protesto

**Mustafa Sencer KARA**.....171-208

Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete  
İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu

**Sema ÇÖRTOĞLU KOCA** .....209-268

1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından  
Tebliğat Kanunu'na İlişkin Bazı Sorunlar

**Gonca Gülfem BOZDAĞ** .....269-310

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi <b>Süleyman MORTAŞ</b> .....	311-370
Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Rekabet Uyum Programları <b>Ahmet Fatih ÖZKAN</b> .....	371-390
Mobbing Davalarında İspat Sorunu <b>Ahmet TAŞKIN</b> .....	391-438
<b>KAMU HUKUKU</b>	
Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak <b>Ümmühan Elçin ERTUĞRUL</b> .....	441-470
Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.118) <b>Uğur ERSOY</b> .....	471-516
Başbakanlığın Kamu Personel İşlemlerine İlişkin Son Genelgelerinin Hukuki Tahlili <b>Çınar Can EVREN</b> .....	517-576
5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması <b>Doğan KILINÇ</b> .....	577-624
Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar <b>Emine CİN KARAGÖZ</b> .....	625-646
7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun 21. ve 35. Maddelerinde Yapılan Değişiklikler Karşısında 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 26/3. Maddesinin Uygulanabilirliği <b>Fatih TORUN</b> .....	647-678
Türk Ceza Kanunu’nda İnsanlığa Karşı Suçlar: Uluslararası Mekanizmalar Işığında Eleştirel Bir İnceleme <b>Volkan MAVİŞ</b> .....	679-708

# Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XX April 2016 Number 2

## CONTENTS

### ARTICLES\*

#### PRIVATE LAW

<i>Blocking Effect Of European Union Law</i> <b>A. Füsün ARSAVA</b> .....	3-24
<i>Buyer's Rights Against Seller In Case Of Sale Of Leased Property</i> <b>Metin İKİZLER</b> .....	25-60
<i>Can Non-Competition Be Provided By Means Articles Of Association Of Limited Liability Company Among Partners?</i> <b>Rauf KARASU</b> .....	61-72
<i>Exit A Limited Liability Company And Contribution To The Exiting</i> <b>Büyümin GÜRPINAR</b> .....	73-102
<i>Consumer Status Of Business Corporations</i> <b>İpek Yücer AKTÜRK</b> .....	103-128
<i>A Theoretical And Methodological Overview Of The Usa Conflict Of Laws: Various Theory And Methods, II. Restatement And The Law To Be Applied To Contracts</i> <b>Mesut AYGÜN</b> .....	129-170
<i>Unfair Protest</i> <b>Mustafa Sencer KARA</b> .....	171-208
<i>International Jurisdiction Problems Concerning In Divorce, Legal Separation, Marriage Annulment And Custody</i> <b>Sema ÇÖRTOĞLU KOCA</b> .....	209-268
<i>Some Issues Related Notification Act Within The Scope Of Hague Convention Dated 1965</i> <b>Gonca Gülfem BOZDAĞ</b> .....	269-310

\* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

*The Parameter Of “Husband’s Surname” In Determining  
The Surname Of The Married Woman And The Surname  
Of The Child Whose Parental Custody Is Given To The Woman*  
**Süleyman MORTAŞ** .....311-370

*Competition Compliance Programmes In Turkish Competition Law*  
**Ahmet Fatih ÖZKAN**.....371-390

*Proof Issue In The Mobbing Cases*  
**Ahmet TAŞKIN** .....391-438

## PUBLIC LAW

*Responsibility To Protect: A Make Up To Humanitarian Intervention*  
**Ümmühan Elçin ERTUĞRUL**.....441-470

*Prevention Of Use Of Syndical Rights (TCC Art.118)*  
**Uğur ERSOY**.....471-516

*Legal Analysis Of Recent Circulars Enacted By Prime  
Ministry On Transactions Concerning Civil Servants*  
**Çınar Can EVREN**.....517-576

*Protection Of Private Life Within The Context Of Article 9/A Of Law  
No. 5651 On Regulating Broadcasting In The Internet And Fighting  
Against Crimes Committed Through Internet Broadcasting*  
**Doğan KILINÇ**.....577-624

*Legal Quality Of The Declaration Of Curfews And Private  
Security Zones And The Problems Arising In Their Enforcement*  
**Emine CİN KARAGÖZ**.....625-646

*Applicability Of The Administrative Jurisdiction Law  
No.2577 Under Article 26/3 Against Which The Changes  
The Notification Law No.7201 Under Article 21 And 35.*  
**Fatih TORUN**.....647-678

*Crimes Against Humanity In The Turkish Criminal Code:  
A Critical Review In The Light Of International Mechanisms*  
**Volkan MAVİŞ**.....679-708

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ



## AB HUKUKUNUN BLOKE EDİCİ ETKİSİ

A. Füsun ARSAVA\*

### ÖZET

AB ve üyeleri arasında yetki taksimi Avrupa entegrasyon sürecinin en tartışmalı konularından biridir. Her anlaşma değişikliği yoğun bir şekilde yetki düzeninde yaratacağı muhtemel sonuçlar bakımından inceleme konusu yapıldığı gibi, hiçbir ulusal yasama faaliyeti mevcut Avrupa hukuku ışığında değerlendirilmeden gerçekleşmemektedir. Lizbon anlaşmasında Avrupa hukukunda ilk kez bloke edici etkisi olan supranasyonal yetki alanları ve ulusal yetki alanları açık şekilde düzenlenmiştir. Makale Avrupa hukukunun bloke edici etkisini, koşullarını, üye devletlerin yasama faaliyetleri üzerindeki sonuçlarını ele almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** rakip yetkiler; münhasır yetkiler; paralel yetkiler; yetki katalogları

### BLOCKING EFFECT OF EUROPEAN UNION LAW

### ABSTRACT

Shared competence between EU and Members is one of the most controversial topic of European integration process. Every agreement chance is subject of study on probable consequences of competence order and any legislative act can substantiate without considering in the light of European law. In European law, supranational competence which has blocking affect and national competence has been regulated clearly for the first time by Treaty of Lisbon. This article takes blocking effect of European law, conditions and consequences of this blocking on Member States legislative cats effect in hand.

**Keywords:** Rival competence, exclusive competence, parallel competence, competence catalogues

---

\* Prof.Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Avrupa Hukukunun bloke edici etkisi şimdiye dek AB Adalet Divanının içtihatında açıkça yer almamıştır. Avrupa Hukuku literatüründe de konuya Avrupa Hukukunun tereddüt yaratan kavramları arasında yer verilmiştir. Avrupa Hukukunun bu karanlık köşesi genelde 1964 tarihli Costa/Enel kararına istinat ettirilmektedir<sup>1</sup>. Costa/Enel kararıyla getirilen Avrupa Hukukunun önceliği Costa/Enel davasından itibaren supranasyonal hukuk düzeni ve ulusal hukuk düzenleri arasında kapsamlı hukuki uyumsuzluklara yol açmış ve aynı paralelde Avrupa hukukunun bloke edici etkisi gibi etki gösteren başka çözüm mekanizmalarının kullanılmasına neden olmuştur. Avrupa hukukunun bloke edici etkisi prensip olarak geniş yahut dar anlamda Avrupa hukukunun önceliğini içermekle beraber, bu öncelik Avrupa hukukunun bloke edici etkisi ışığında primer ve sekonder hukuk bakımından farklı bir bakış açısı ile açıklanmaktadır.

AB Adalet Divanı Avrupa Hukukunun önceliğini Costa/Enel davasında, AET anlaşmasının kendi hukuk düzenini yarattığı, bu hukuk düzeninin anlaşmanın onaylanması ile üye devletlerin hukuk düzenine dahil olduğu ve onların ulusal mahkemeleri tarafından uygulandığı, bunun sonucu olarak üye devletlerin bu hukuk düzenine aykırı tek taraflı önlemler alarak tasarrufta bulunamayacakları, bu tür önlemlerin topluluk hukuk düzeninin uygulanmasını engelleyemeyeceği şeklinde açıklamıştır<sup>2</sup>. Bu cümleler ile Divan iki hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi genel olarak hiyerarşik karakterli olarak niteleyerek, geniş anlamda Avrupa hukukunun önceliğini vurgulamıştır<sup>3</sup>.

Costa/Enel davasında kanun sözcüsü Lagrange'in nihai talebinde ulusal hukuk düzeninde yanyana geçerlilik iddia eden, birbirine ters düşen hükümler içeren hukuk normları bakımından bir başka kategori öncelik de dile getirilmiştir<sup>4</sup>. Öncelik sorunu bu bağlamda supranasyonal hukukun spesifik bir normu ile ulusal hukuk arasında doğan bir normlar çatışması olarak ele alınmıştır. Hukuk normları arasındaki bu çatışmayı Divan kararında hukuk düzeninin önceliğine istinaden çözmüştür. Divan Avrupa hukukunun önceliğini geniş anlamda bir dogma olarak ortaya koyduktan sonra, anlaşma

<sup>1</sup> Martin Nettesheim, bkzn.: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, ErgL 51, ErgL.2013, Art.2 AEUV, Rn.27

<sup>2</sup> EuGH, Rs. 6/64 (Costa/Enel), Slg.1964, 1251, 1269 vd.

<sup>3</sup> Hans Dieter Jarass/Sasa Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, s.1,2 vd.

<sup>4</sup> bkzn.: Costa/Enel, Slg. 1964,1951,1285

tarafından yaratılan, bu şekilde kendi muhtar kaynağı olan hukuka karşı kendine özgü özelliği nedeniyle hiçbir ulusal hukuk normunun öncelik iddia edemeyeceğini vurgulamıştır. Ulusal hukukun spesifik bir normlar çatışmasında uygulama dışı bırakılmasını vurgulayan bu ifade dar anlamda Avrupa hukukun önceliğini dogma haline getirmiştir.

Avrupa hukukunun geniş anlamda ve dar anlamda önceliği arasında yapılan ayırım, örneğin ulusal hukuk normlarının Avrupa hukuku muvacehesinde yorumlanarak, normlar çatışmasının ortaya çıkmasının önlenmesini isteyen Avrupa hukukuna uygun yorum yaklaşımı bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Avrupa hukukunun geniş anlamda önceliğinin aynı şekilde bir sonucu olan bu yorum kuralı dar anlamda Avrupa hukukunun önceliğinden iki bakımdan farklılık göstermektedir. Avrupa hukukuna uygun yorum müessesesi ulusal hukuk metodoloji izin verdiği ölçüde uygulanabilir<sup>5</sup>. Diğer taraftan Avrupa hukukuna uygun yorum supranasyonal hukuka ters düşen ulusal hukukun uygulanmamasını değil, Birlik hukukuna uygun yorum istemektedir. Frankovich kararında geliştirilen, üye devletlerin direktifleri iç hukukta yanlış düzenlemeleri sonucu doğan sorumlulukları bu çerçevede bir diğer örnek hukuki müessese oluşturmaktadır. AB Adalet Divanı Frankovich davasında devletlerin sorumluluğunu aynı şekilde Avrupa hukukunun geniş anlamda önceliğine istinat ettirmiştir<sup>6</sup>. Davada hukuki sonuç olarak Avrupa hukukuna ters düşen bir ulusal normun dar anlamda Avrupa hukukunun önceliği anlamında uygulama dışı kalması değil, devletlerin sorumluluğunun iddia edilebilmesi kabul edilmiştir.

Avrupa hukukunun geniş ve dar anlamda önceliği arasında ayırım yapıldığı takdirde, Avrupa hukukunun bloke edici etkisi daha rahat tasavvur edilebilmektedir. Avrupa hukukunun bloke edici etkisi ve dar anlamda önceliği aynı madalyonun iki ayrı yüzüdür. Her iki müessese de Birlik hukukunun ulusal hukuka nazaran önceliğini temin etmeye matuf düşünülmüştür. Geniş anlamda ve dar anlamda öncelik ayırımının ilk önce İngilizce olarak formüle edilmesi, İngilizcede primacy ve supremacy kavramlarının bu çerçevede daha önceden kullanılmasından ileri gelmektedir<sup>7</sup>. Avrupa hukukunun

<sup>5</sup> EuGH, Rs. 14/83 (Colson), Slg.1984,1891, Rn.28; Rs. C-106/98 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135, Rn.8

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-6/90 ve 9/90 (Frankovich) Slg, 1991, I-5357, Rn.31

<sup>7</sup> Samuel Krislov/Claus Dieter Ehlermann/Joseph Weiler, The Political Organs and die Decision-Making Process in the United States and the European Community, bkz.: Mauro Cappelletti/Monica Seccombe/Joseph Weiler (Hrsg.), Integration Through Law, Volume 1, Book 2, 1986, s.3.89 vd.

geniş anlamda önceliği (primacy) ve dar anlamda önceliği (supremacy) arasında yapılan ayırım Avrupa hukukunun bloke edici etkisinin dayanağını oluşturmuştur.

### **I - Bloke Edici Etkinin Primer Hukuka İstinaden Açıklanması**

Avrupa hukukunun önceliği dogması Adalet Divanını Avrupa hukukunun bloke edici etkisi kavramını açıkça kullanmaktan uzun yıllar alıkoymuştur. Bu boşluğa 1980 tarihli İngilizce yapılan ve ABD anayasa hukuku dayanıklı iki katkının dikkat çekmesinden itibaren Avrupa hukukunun bloke etkisi Avrupa hukukunun gündemine girmiştir. Joseph Weiler'in 1982'de: "*pre-emption means that, in relation to fields in which the Community has policy-making competence, the Member States are not only precluded from enacting legislation contradictory to Community law (by virtue of the doctrine of supremacy) but they are pre-empted from taking any action at all*" şeklinde yaptığı açıklama AB hukukunun bloke edici etkisini ifade bakımından başlangıç olmuştur<sup>8</sup>. Bu ifade Avrupa hukukunun bloke edici etkisini primer hukuktan doğan mevcut Birlik yetkileriyle açıklamakta ve primer hukuka istinat eden sekonder hukuka sadece gerekli olduğu nispette destekleyici şekilde yer vermektedir: "pre-emption precedes this situation in the temporal and (legal) spatial sense"<sup>9</sup>. Primer hukuka istinat eden bloke edici etki yaklaşımı herşeyden önce Topluluk münhasır yetkilerinin bloke edici etkisinden<sup>10</sup> ve Topluluğun tasarrufta bulunduğu nispette münhasır yetkiye dönüşen rakip yetkilerinin bloke edici etkisinden hareket etmektedir.

### **II - Bloke Edici Etkinin Sekonder Hukuka İstinaden Açıklanması**

Sekonder hukuka istinaden bloke edici etki Michel Waelbroeck'in 1982 tarihli katkısı ile gündeme gelmiştir: "*The problem of pre-emption consists in determining whether there exists a conflict between a national measure and a rule of Community law. The problem of primacy concerns the manner in which such a conflict, if it is found to exist, will be resolved*"<sup>11</sup>. Bu yaklaşıma

<sup>8</sup> Joseph Weiler, The Community System: the Dual Character of Supranationalism, YEL 1 (1981), s.267,277 ("*Yerini alma, Topluluğun politika yapma yetkisinin olduğu alanlarla ilgili olarak, üye devletlerin (üstünlük doktrininden dolayı), sadece Topluluk hukukuyla çelişen düzenleme yapmalarının engellenmesi değil aynı zamanda hiçbir biçimde/ herhangi bir yolla Topluluk hukukunun yerini alacak girişimde bulunmalarının engellenmesi anlamına gelmektedir*").

<sup>9</sup> Samuel Krislov/Claus Dieter Ehlermann/Joseph Weiler s.90

<sup>10</sup> Ulrich Haltern, Europarecht, 2.Auflage 2007, Rn.221 vd.

<sup>11</sup> Michel Waelbroeck, The Emergent Doctrine of Community Pre-emption–Consent and Re-delegation, bknz.: Terrance Sandalow/Eric Stein (Hrsg.), Courts and Free Markets, Volume

göre üye devletlerin hukuki tasarruflarının engellenmesi Birliğin sekonder hukuk tasarrufu ihdas etmesine bağlıdır<sup>12</sup>. Bloke edici etki engelleyici bir rol oynayarak ulusal şekillendirme olanağı bırakılmamakta, dolayısı ile yetki uyumsuzluğunu önlemektedir. Öncelik ise tespit edilen uyumsuzluğu çözmektedir. Waelbroeck bakımından dar anlamda ve geniş anlamda öncelik arasında ayırım yapılması zorunlu görülmesi de, sekonder hukuka istinaden bloke edici etkiyi açıklayan kimi diğer hukukçular bu ayırma istinat etmiştir<sup>13</sup>.

Sekonder hukuka istinat ettirilen bloke edici etki Lizbon anlaşması öncesinde paralel yetkilerin etkisini açıklamak için kullanılmıştır. Paralel yetkiler hem supranasyonal seviyede, hem de ulusal seviyede yasama yetkilerinin kullanılabilmesi nedeniyle rakip yetkilere benzemektedir. Bu iki yetki kategorisi, ulusal hukukta doğan etkilerin primer hukuk yahut sekonder hukuk kaynaklı olmasına göre birbirinden ayrılmaktadır. Birlik Sekonder hukuk tasarrufu ile rakip yetkisini kullandığı takdirde primer hukuka istinaden bloke edici etki doğmaktadır. Birlik buna karşılık paralel bir yetki kullandığı takdirde, ihdas edilen sekonder hukukun üye devletleri doğrudan etkilemesi, diğer bir ifade ile sekonder hukuka istinaden bloke edici etkinin doğması kabul edilmiştir. Topluluk ve üye devletler yetkileri paylaştıkları nispette Lizbon sözleşmesine kadar paralel yetkilerin mevcudiyeti kabul edilirken, Lizbon sözleşmesiyle beraber yetkiler yeniden düzenlenmiş ve rakip yetkiler ilk kez bloke etkiye sahip olmak üzere primer hukukta yerini almıştır.

### **III - Birlik Hukukunun Lizbon Anlaşmasında Öngörülen Bloke Edici Etkisi**

Lizbon anlaşmasında supranasyonal hukukun bloke edici etkisi Birlik hukukunun önceliği gölgesinde gerçekleşmiştir. 2001 tarihli Laeken deklarasyonunda Birlik ve üye devletler arasında yapılacak yetki taksiminin Birliğin karşı karşıya olduğu sorunlara uyumunu sağlamada taşıyacağı öneme işaret edilmiştir. Şimdiye dek geçerli primer hukuktan önemli bir farklılık olarak AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.maddesinde ilk kez Birliğin yetkileri kategorize edilmiş ve yine aynı anlaşmanın 3.-6. maddelerinde yetki katalogları somutlaştırılmıştır. Hernekadar AB'nin çalışma

II, 1982, s.548,551 (“*Yerini alma sorunu, Topluluk hukukunun bir kuralı ile ulusal alan arasında bir ihtilafın mevcut olup olmadığının tespit edilmesine bağlıdır. Öncelik sorununa, bu gibi bir ihtilafa bağlı olarak, eğer mevcut ise karar verilecektir*”).

<sup>12</sup> Andreas Furrer, Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts, 1994, s.90 vd.

<sup>13</sup> Robert Schütze, Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community Pre-emption, CMR Rev.43 (2006), s.1033

usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 6.fikrasına göre yetkilerin kapsamı şimdiye dek olduğu gibi ilgili münferit politika alanları için belirlenmişse de, 2.madde bunun ötesinde her bir yetki kategorisinin üye devletler üzerinde yapacağı etkiyi belirlemiştir. Primer hukuktan bu şekilde münhasır yetkiler ve paylaşılmış yetkilerin önemli şekilleri için Birlik hukukunun bloke edici etkisi istihraç edilebilmektedir.

### **1. Birliğin Münhasır Yetkileri**

AB'nin çalışma usulleri hakkında anlaşmanın 2.madde, 1.fikrası ilk yetki tipi olarak Birliğin münhasır yetkilerini öngörmektedir. Bu yetkiler için sadece supranasyonal seviyede yasama yetkisinin kullanılması ve bağlayıcı tasarrufların ihdası mümkündür. Münhasır yetki alanlarında üye devletler sadece Birlik tarafından yetkilendirildikleri takdirde ve Birlik hukukunu icra etmek için tasarrufta bulunabilir. AB Adalet Divanı münhasır yetki alanında önlemlerin alınması yetkisinin tam olarak ve nihai olarak Birliğe ait olduğunu ifade etmektedir<sup>14</sup>. Münhasır yetkiler Birlik için yetkiler tesis etmekte, üye devletlerin bu yetki alanlarında tasarrufta bulunmasını yasaklamaktadır<sup>15</sup>. Üye devletler için öngörülen bu primer hukuk yasağı, Birliğin sekonder hukuk ihdas ederek bu alanda yetki kullanmasından bağımsızdır. Münhasır bir yetkinin varlığı üye devletler bakımından bloke edici bir etki doğurmaktadır. Münhasır yetkilerin kapsamlı bloke edici etkisi nedeniyle AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 1.fikrasında münhasır yetki alanları sınırlı tutulmuştur.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 2.fikrasında Birliğin dış yetkileri bakımından öngörülen düzenleme münhasır yetkiler bakımından özel bir durum oluşturmaktadır. Bu hüküm Divanın AETR kararını (EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263, Rn.22) primer hukukta kodifiye etmiş ve 3 konuyu Birliğin dış yetkileri olarak münhasır yetki alanında düzenlemiştir. Birlik, bir Birlik yasama tasarrufu ile uluslararası anlaşma yapma konusunda yetkilendirildiği nispette münhasır bir dış yetki elde edecektir. Bu çerçevede orijinal bir münhasır yetki söz konusu değildir. Birliğin bu yetkiyi sekonder hukuk üzerinden kazanması nedeniyle kimi hukukçular bu yetkinin rakip yetki olarak kategorize edilmesi gerektiğini ve bu düzenlemenin bir sistem hatası olduğunu ileri sürmektedir<sup>16</sup>. Bu eleştiri

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-804/79 (Seefischerei-Erhaltungsmaßnahmen), Slg. 1981, 1045, Rn.17 vd.

<sup>15</sup> Christoph Ritzer, Europäische Kompetenzordnung, 2006, s.156

<sup>16</sup> Volkmar Götz, Kompetenzverteilung und Kompetenzkontrolle in der Europäischen Union, bkz.: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, s.43

rakip yetkilerle bir karşılaştırma yapıldığında, Birliğin bu çerçevede primer hukuka istinat eden münhasır bir dış yetkiye sahip olmaması nedeniyle ilk bakışta doğru gözükmektedir. Divan içtihatının ve anlaşma metninin 3.madde, 2.fıkrasının dikkate alınması halinde ancak bu çerçevede münhasır bir dış yetkinin oluşmasının bir sekonder hukuk tasarrufunun ihdasına istinaden mümkün olacağı ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde kazanılan münhasır dış yetki üye devletler bakımından bloke edici etki doğuracaktır.

Birliğin münhasır bir dış yetki elde etmesi yine ikinci bir olasılık olarak Birliğin intern yetkilerini kullanabilmesinin uluslararası bir anlaşma yapılmasına bağlı olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir<sup>17</sup>. Bu şekilde intern ve extern yetkiler birbirinden ayrılmaz şekilde birbirine bağlanmıştır. AB hukukunun bu ikinci durumda bloke edici etkisi menşei itibariyle anlaşmada düzenlenmiştir ve sekonder hukuk düzenlemesi yapılmasını gerektirmemektedir<sup>18</sup>.

Üçüncü olarak, üye devletlerin taraf olduğu bir uluslararası hukuk anlaşmasının Birliğin ortak kurallarını ihlâl etmesi veya kapsamını değiştirmesi durumunda Birlik münhasır bir dış yetki elde etmektedir. Başarısız şekilde formüle edilen bu hükmün amacı primer ve sekonder Birlik hukukunu üye devletlerin yaptığı uluslararası hukuk anlaşmalarına karşı korumaktır<sup>19</sup>. Bu tür bir ihlâli saptamak için ilgili Birlik hukuk normunun sadece kapsamının değil, tabiatının, içerik ve gelişme perspektifinin mümkün olduğu takdirde analiz edilmesi gerekmektedir<sup>20</sup>. Münhasır dış yetkiye ilişkin bu üçüncü model rakip yetkiler için olduğu gibi kısmen sekonder hukukun gelişmesine bağlı olması nedeniyle dinamik bir özellik göstermektedir. Üye devletlerin uluslararası hukuk anlaşmalarının intern Birlik hukukunun yoğunluk kazanması nedeniyle Birlik hukukunu ihlâli olasılığının artması ışığında primer hukuk bu çerçevedeki Birlik yetkilerinin münhasır yetkiye dönüşmesini öngörmektedir.

Birinci ve üçüncü modeller için öngörülen münhasır dış yetkiye dönüşme durumlarında primer hukuka istinaden Birlik hukukunun bloke edici etkisi doğmaktadır. Lizbon anlaşması bu şekilde AB'nin dış yetki düzeninde önemli

<sup>17</sup> bkz.: EuGH, Gutachten 1/76 (Stillegungsfonds), Slg.1977, 741; Rs. C-476/98 Open Skies), Slg. 2002, I-9855, Rn.83

<sup>18</sup> Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 5.Aufl. 2011, §38, Rn.25

<sup>19</sup> EuGH, Rs.22/70 (Europäisches Übereinkommen über Strassenverkehr), Slg. 1971, 263, Rn.15-19

<sup>20</sup> EuGH, Gutachten 1/03 (Übereinkommen von Lugano), Slg.2006, I-1145, Rn.126

bir reform yapmış olmaktadır. Lizbon anlaşması öncesinde Birliğin yazısız dış yetkileri Birliğin münhasır, rakip veya paralel yetkiler olarak kategorize edilen yetkilerinden ayrı tutulurken, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 2.fıkrası muvacehesinde bundan böyle Birliğin yetki kataloğuna dahil edilmiştir. Münhasır yetkiyle bağlantılı olarak doğacak bloke edici etkinin potansiyeli literatürde 3.madde, 2.fıkranın dar yorumlanması yaklaşımının benimsenmesine yol açmaktadır. Divan da bu yaklaşıma uzak olmadığına Pringle davasında verdiği kararlar ortaya koymuştur<sup>21</sup>.

## **2 - Birliğin Paylaşılmış Yetkileri**

Paylaşılmış yetki alanlarında gerek Birlik, gerekse üye devletler yasama faaliyetinde bulunabilir ve bağlayıcı hukuki tasarruflar ihdas edebilir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın yetki düzenlemeleri hernekadar paylaşılmış yetkilerden söz etse de, bu başlık altında birçok kez rakip yetkiler düzenlenmektedir. Rakip yetkiler, daha aşağı statüde bulunan hak sahibine, üst statüde bulunan hak sahibi yetkilerini kullanıncaya kadar, diğer bir ifade ile primer hukukta öngörülen tasarrufta bulunma yasağı ortaya çıkıncaya kadar tasarrufta bulunma olanağı tanımaktadır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 2.fıkra, 2.cümlesi, Birlik yetkilerini kullanmadığı takdirde üye devletlerin ne nispette yetki kullanabileceklerini düzenlediği için bir tür tasarruf yasağı tesis etmektedir. Avrupa hukuk literatüründe bu tasarruf yasağı bloke edici etki olarak nitelendirilmektedir<sup>22</sup>. Lizbon anlaşmasına göre Avrupa Birliği rakip yetkisini kullandığı takdirde, bloke edici etki doğmaktadır; dolayısı ile üye devletlerin bundan böyle söz konusu alanda tasarrufta bulunması mümkün değildir.

Primer hukukun bloke edici etkisinin kapsamını tayin etmek yetki sınırlaması sorununun en zor tarafıdır. AB'nin yetkisini kullanmadığı nispette ve ölçüde şeklinde ifade edilen birbirleriyle bağlantılı inceleme adımlarının atılması gerekmektedir. Bloke edici etkinin kapsamını tayin etmek için önce Birliğin tasarrufta bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Aynı tasarruf iki ayrı denetime tabî tutulmaktadır. Paylaşılmış yetkilerin kullanılmasına ilişkin primer hukuk hiyerarşisine sahip 25 nolu protokol bu çerçevede yapılacak denetimlerde yol göstermektedir. 25 nolu protokole göre primer hukuka istinat eden bloke edici etkinin kapsamının tayini için öncelikle sekonder hukukun içeriğinin analiz edilmesi gerekmektedir. Bu

---

<sup>21</sup> EuGH, 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn.99 vd.

<sup>22</sup> Albrecht Weber, vom Verfassungsvertrag zum Lissabon, EuZW 2008, s.7,11 vd.



meyanda farklı harmonizasyon derecelerinin, örneğin asgari, azami yahut tam harmonizasyon derecelerinin esas alınması mümkündür.

Yapılan içerik denetimi Birliğin rakip yetkilerini Federal Alman Anayasasında (GG) düzenlenen rakip yetkilerden ayırmaktadır. GG 72.maddeye içerik denetimi yabancı değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına (BVerfGE 7,342,347) ve literatüre göre<sup>23</sup> bloke edici etkinin doğması için Federal Yasama organının bir konuyu detaylı bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Bunun için ölçü belli bir alanın kapsamlı ve hiçbir boşluk bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır (BVerfGE 109,190,230). Federal Anayasa Mahkemesi bu bağlamda “nispette” ve “ölçüde” formülünü değil, 72.maddede açıkça dile getirilmeyen bir unsur olarak konunun kapsamlı ve boşluk bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olmasını esas almıştır.

ABD’nde pre-emption doktrin hangi koşullar altında eyalet hukukunun Birlik hukukundan sapabileceğini düzenlemektedir. ABD yüksek mahkemesi pre-emption’ın farklı tiplerini kapsayan bir içtihat geliştirmiştir<sup>24</sup>. Amerikan anayasa hukuku açık “pre-emption” yanı sıra, tüm yetkilerin Birlik tarafından kullanıldığı “field pre-emption”, eyalet hukukunun engel teşkil ettiği “obstacle pre-emption”, federal yahut eyalet hukukuna riayet edilmesinin mümkün olmadığı “rule pre-emption”den söz etmektedir<sup>25</sup>. Bu tür bir pre-emption yaklaşımı muvacehesinde ilgili federal düzenlemenin detaylı şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Avrupa hukuku literatüründe Amerikan pre-emption doktrinin bloke edici etkisinin Birlik ve üye devletler arasındaki yetki sınırlamasında örnek olma özelliğine yoğun bir şekilde işaret edilmiştir. AB’nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 2.fıkrasının ve 25 nolu protokolün içeriğinin titiz şekilde incelenmesi bu düzenlemelerin pre-emption doktrininden esinlendiğini göstermektedir. Birlik hukukunda bloke edici etkinin kabul edilebilmesi için hukuki tasarrufun kapsamının dikkate alınmasını, dolayısıyla somut durumun detaylı şekilde analizini gerektirmektedir. Divanın içtihatları Lizbon anlaşmasından itibaren normların analizine yönelik denetimin arttığını göstermektedir. Bloke edici etkinin kapsamının düzenlemenin detaylı olmasına bağlı olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Christoph Degenhart, bknz.: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6.bası, 2011, Rn.27 vd.

<sup>24</sup> Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, s.387 vd.

<sup>25</sup> Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, 4.Auflage, 2011, Chapter 5, s.399 vd.

<sup>26</sup> C.Calliess, bknz.: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EuV/AEUV, 4.Aufl. 2011, Art.2 AEUV, Rn.17

### **a- Paralel Yetkiler**

Paylaşılmış yetkiler alanında AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 3.fıkra ve 4.fıkrası özel bir yere sahiptir. Bu hükümler bir taraftan araştırma, teknolojik gelişme, uzay alanını düzenlerken, diğer taraftan da gelişmede işbirliği ve insani yardım konusunu düzenlemektedir. Madde hükmü Birliğe önlemler alma ve 4.fıkra muvacehesinde buna ilave olarak ortak politika izleme olanağı vermektedir. Rakip yetkilere nazaran paralel yetkinin özelliği her iki fıkranın sonunda ortaya çıkmaktadır. Birlik tarafından bu yetkilerin kullanılması üye devletlerin kendi yetkilerini kullanmasını engellemektedir. Literatürde bu nedenle, söz konusu alanların paylaşılmış yetki alanlarında değil, daha çok üçüncü yetki tipi olan destekleyici yetkiler alanında mütalâa edilmesi gerektiğini savunanlar bulunmaktadır<sup>27</sup>. Benzer görüşlerin Avrupa anayasası için yapılan hükümetlerarası konferansta, anayasa tasarısına ilişkin literatürde ileri sürülmekle beraber Lizbon anlaşması üzerinde etki yapmadığı görülmektedir<sup>28</sup>. Bu durum AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 3.fıkra ve 4.fıkrasının sistematik bir kaza olmadığını, paylaşılmış yetkilerin özel bir şekli olarak rakip yetkiler yanısıra bir de paralel yetkilerin bulunduğunu göstermektedir<sup>29</sup>.

Bu çerçevede paralel yetki alanında alınan AB önlemlerinin üye devletler üzerinde nasıl etki doğuracağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 2.fıkra, 2.cümlesi rakip yetkiler bakımından AB hukukunun bloke edici etkisini kabul ederken, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 3.fıkra ve 4.fıkrası paralel yetkileri için bu etkiyi kabul etmemektedir. Bu nedenle genel olarak Birlik hukukunun önceliğinin (dar anlamda) paralel yetkiler alanında sekonder hukukun üye devletlerde uygulanmasına olanak sağladığı kabul edilmektedir. Paralel yetkilere ilişkin bu hükümler aynı zamanda bloke edici etki ve dar anlamda öncelik arasındaki farkı teyit etmektedir.

### **b - Hukuki Sonuç**

Münhasır yetkiler ve rakip yetkilerin kullanılması primer hukuka istinaden AB hukukunun bloke edici etki göstermesine yol açmaktadır. Bu çerçevede üye devletlerin yetki taksimine aykırı davranmalarının hukuki

<sup>27</sup> Beate Braams, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, bknz: Ingolf Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2008, s.124 vd.

<sup>28</sup> Thomas Oppermann, Eine Verfassung für die Europäische Union, DVBl. 2003, s.1165,1172

<sup>29</sup> Daniel Scharf, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, bknz.: Christian Tietje (Hrsg.), Beiträge zum Europa und Völkerrecht, Heft 3, s.17 vd.

sonuçları açık şekilde düzenlenmemiştir. AB hukukunun dar anlamda önceliği ulusal düzenlemenin iptal edilmesini isteyen geçerlilik önceliğinden farklı olarak uygulama önceliğine matuftur. Uygulama önceliğine göre üye devletlerin Birlik hukukunun uygulanma alanında ulusal normları uygulamaması gerekmektedir<sup>30</sup>. Uygulama önceliği bir taraftan üye devletleri korurken, diğer taraftan da Birlik hukukunun etkinliğini garanti etmektedir. Lizbon anlaşmasında primer hukuk olarak öngörülen bloke edici etki AB hukukuna ters düşen ulusal önlemlerin geçersizliği veya uygulama dışı kalması sorununu yeniden gündeme getirmiştir.

Amerikan pre-emption doktrininin hukuki sonuçları dikkate alındığında Federal hukuka ters düşen eyalet kanunlarının geçersiz kabul edildiği görülmektedir. Federal Almanya'da da GG muvacehesinde Birlik hukukuna ters düşen eyalet kanunlarının geçersiz olmasını gerektirmektedir (BVerfGE 109, 190,244 vd.). Bu hukuki sonuç eyaletlerin sadece madde hükmünde öngörülen koşullarla yasama yetkisine sahip olduğunu düzenleyen GG'in 71. ve 72.madde, 1.fikrasında karşımıza çıkan formülasyonunda da yer almaktadır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 2.fikrası buna karşılık üye devletlerin hangi koşullarla paylaşılmış yetkilerini kullanabileceğini düzenlemektedir. Madde hükmü lâfzı itibariyle üye devletlerin AB'nin yetkisini kullandığı takdirde ve ölçüde AB hukukuna ters düşen ulusal önlemlerin uygulanmamasına işaret etmektedir. Anlaşmanın 2.madde, 2.fikra, 3.cümlesinde öngörülen üye devletlerin blokajdan kurtulma düzenlemesi de AB'nin bu çerçevedeki yetkilerini kullanmama kararına bağlı olduğunu göstermektedir. Böyle bir durumda şimdiye dek uygulama dışı kalan ulusal düzenleme ulusal yasama organının bir müdahalesi olmadan yeniden canlanabilecektir. Bloke edici etkinin hukuki sonucu olarak uygulama dışı kalan ulusal hukukun, bloke edici etkinin kalkması ile yeniden canlanması, uygulama önceliğinin üye devletleri koruma özelliğini ortaya koymaktadır<sup>31</sup>.

#### **IV - Lizbon Anlaşmasından Sonraki İçtihat**

AB hukukunun önceliği dogması bloke edici etkiye ilişkin AB Adalet Divanı içtihatına da yansımıştır. Divan bloke edici kavramını halâ açık olarak kullanmamaktadır. Literatürde kimi hukukçular tarafından Divanın bu tutumu ile karmaşık ve sonuçları zor tahmin edilecek primer hukuk yorumundan

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-10/97 (IN.CO.GE), I – 6307, Rn.21

<sup>31</sup> M.Nettesheim, bknz.: Eberhard Grabitz/Mainhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 51, Ergl. 2013, Art.2 AEUV, Rn.27

kaçınma iradesini yansıttığı ileri sürülmektedir<sup>32</sup>. Lizbon anlaşmasıyla beraber bloke edici etkiye ilişkin primer hukuk dayanağı değişmiştir. Lizbon'dan itibaren bloke edici etki münhasır yetkiler ve rakip yetkiler bakımından Divan içtihatında da farklılık göstermektedir.

### **1 - Münhasır Yetkiler Alanı**

Divan Pringle davasında üye devletlerin bazıları arasında uluslararası hukuk anlaşması ile kurulan Avrupa istikrar mekanizmasının (ESM) Avrupa Birliği hukukuna uygunluğunu karara bağlamıştır. Bu davada Divan münhasır yetkilerin ihlâl edilip edilmediğini iki bakımdan incelemiştir. Divan ilk olarak para birimi Avro olan üye devletler bakımından Birliğin para politikası alanında yetkili olduğunu öngören AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 1.fıkrasının ihlâl edilip edilmediğini incelemiştir. Divan para politikasının primer hukukta tanımlanmadığını, bu nedenle bu hedef ışığında para politikasının yorumlanması gerektiğini tespit etmiştir. Üye devlet merkez bankaları AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 127. madde, 1.fıkra, 282.madde, 2.fıkra, 2.cümle muvacehesinde fiyat istikrarını sağlamakla mükelleftir. Avrupa istikrar mekanizması anlaşmasının amacı ise zora giren üye devletlerin finansal ihtiyaçlarını karşılamaktır<sup>33</sup>. ESM'nin faaliyetleri fiyat istikrarı üzerinde etkili olsa da, bu sadece dolaylı bir sonuç olarak görülebilir. Bu nedenle anlaşmanın 3.madde, 1.fıkra, c bendinde para politikası için öngörülen Birliğin münhasır yetkisi ihlâl edilmemiştir.

Davada ikinci olarak uluslararası hukuk anlaşması teşkil eden ESM anlaşmasının AB hukukunun ortak kurallarını ihlâl etme ve değiştirme olasılığı nedeniyle AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 2.fıkrasında öngörülen Birliğin yazısız dış yetkilerinin ihlâli iddiası ele alınmıştır. Madde hükmünün lâfzı ışığında doğan imkân nedeniyle münhasır dış yetkinin üçüncü modelinin olağanüstü kapsamlı şekilde uygulanması mümkündür. Divan bu nedenle Birliğin ESM gibi sürekli bir istikrar mekanizmasını oluşturma yetkisine sahip olup olmadığını incelemiştir<sup>34</sup>. Birlik münhasır dış yetkisini sadece mevcut sekonder hukukta düzenlenen alanlarda değil, bunun dışında potansiyel olarak sekonder hukukta düzenlenebilecek alanlarda da kullanabilir. Divan anlaşmanın 122.madde, 2.fıkrasının Birliğe muayyen konularda mali destek verme yetkisi verdiğini tespit etmiştir. Bu

<sup>32</sup> Eugene D.Cross, Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, CML Rev.29 (1992), s.454

<sup>33</sup> EuGH, 27.11.2012, Rs. C-370/12 (Pringle), Rn.96

<sup>34</sup> EuGH, 27.11.2012, Rw. C-370/12 (Pringle), Rn.105

yetkiye istinaden Avrupa Finansal İstikrar Fonu (EFSF) sadece geçici olarak kurulmuştur; Birliğin sürekli bir istikrar mekanizması oluşturma yetkisi yoktur. Bu gerekçe münhasır dış yetkinin tespitinin ve bunun sonucu olarak doğacak bloke edici etkinin Birlik hukuku düzenlemesinin kapsamına ve bu düzenlemenin derinliğine bağlı olduğunu göstermektedir. Anlaşmanın 3.madde, 2.fıkrasını Divan münhasır dış yetkinin üçüncü modeli bakımından başlangıçta çok geniş yorumlamış olsa da, somut durumlarda AB hukuku ihlâlinin tespiti için verdiği kararlarda mevcut Birlik hukukunun derinliği, detayları ve öngördüğü yetkiler muvacehesinde potansiyel olarak ihdas edilebilecek sekonder hukuku esas aldığı görülmektedir. Bu şekilde Divan yazısız münhasır dış yetkilerin yorumunda dar yorum tekniğini benimsemiş ve sonuç olarak ESM'nin AB'nin yetki düzenini ihlâl etmediğini hükme bağlamıştır<sup>35</sup>.

## **2 - Rakip Yetkiler**

Rakip yetkiler bakımından Amerikan anayasa hukukuna istinaden Divan içtihatında bloke edici etki bakımından üç tipin geliştirildiği görülmektedir. Bunlar: tüm alanın bloke edilmesi, engellerin bloke edilmesi ve münferit normlarla bloke edici doğmasıdır.

### **a - Tüm Alanın Bloke Edilmesi:**

Tüm alanın bloke edilmesi (field pre-emption) için, sekonder hukuk tasarrufunun uygulandığı alanı tümüyle düzenlemesi gerekmektedir. Bloke edici etkininin en güçlü hissedildiği bu çerçevede üye devletlerin kendi hukuki düzenlemelerini yapmaları, bağımsız ulusal yasama tasarruflarının Birlik yasa koyucusunun tam ve mütecanis supranasyonal düzenleme yapma amacını tehlikeye sokabileceği gerekçesine istinaden mümkün kabul edilmemektedir<sup>36</sup>. AB Adalet Divanı Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren iki kararında tüm alana ilişkin bloke edici etkiyi kabul etmiştir. Divan ilk kararında (rekabet hukukuna ilişkin dava) direktifin açık hükmüne istinaden nihai düzenleme yapıldığından hareketle, diğer kararında (menşe işareti davası) sekonder hukukta zımnî düzenleme yapıldığından hareketle bloke edici etkiyi kabul etmiştir.

<sup>35</sup> EuGH, 27.11.2012, Rs.C – 370/12 (Pringle), Rn.107

<sup>36</sup> Robert Schütze, Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption, CML Rev. 43(2006), s.1040

Adalet Divanının ilk kararı, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 11.5.2005 tarihli ve 2005/29 sayılı işletmeler ve tüketiciler arasındaki ilişkiler bağlamında haksız rekabet uygulamalarını harmonize eden direktife ilişkindir (ABl. EU 2005 L 149/22). Direktif AT anlaşmasının 95.maddesi muvacehesinde (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anl. md.114) iç pazar alanında Birliğin sahip olduğu yetkiye istinaden ihdas edilmiştir. İç pazar alanındaki Birlik yetkileri AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 2.fıkra, a-bendine göre rakip yetki alanında mütalâa edilmektedir. Almanya'da söz konusu direktif haksız rekabet kanununu değiştiren 2008 tarihli kanunla iç hukukta düzenlenmiştir (BGB.l 2008, I, s.2149). Bu meyanda Almanya eski haksız rekabet kanununun tüketicilerin çekilişlere bir malı alma koşuluyla katılmalarını yasaklayan §4 Nr.6'da yer alan düzenlemesini olduğu gibi bırakmıştır. Bir Alman perakende ticaret zincirinin müşterilerine belli bir puan toplamaları koşuluyla ücretsiz lotto (şans oyunları) çekilişine katılma olanağı vermesi nedeniyle söz konusu yasağın ihlâlinin iddia edildiği davada BGH Divana yaptığı önkarar başvurusunda Alman haksız rekabet kanununun ilişkilendirme yasağı öngören §4 Nr.6 düzenlemesinin AB direktifine aykırı olup olmadığının cevaplandırılmasını talep etmiştir (BGH, EuZW 2008, 542).

Divan, ulusal düzenlemenin Birlik direktifi muvacehesinde uygulanamayacağını, zira Birlik direktifinin işletmeler ve tüketiciler arasındaki ilişkiyi tam olarak harmonize ettiğini karara bağlamıştır. Bu nedenle üye devletlerin daha yüksek bir tüketici koruma seviyesi sunsa dahi, daha ağır bir düzenleme getirmesi mümkün değildir<sup>37</sup>. Divan bu çerçevede direktifin üye devletler üzerindeki etkisini değerlendirirken, direktifin uygulanma alanı ile direktifte yapılan düzenlemenin yoğunluğunu birbirine bağlamıştır. Üye devletler, anlaşmanın 288.maddesine göre direktifleri iç hukukta düzenlemekle yükümlü olmaları nedeniyle direktiflerle bağlantılı yasama yetkilerini tam olarak kaybetmemekle beraber direktifin içerik olarak öngördüğü hususları iç hukuktaki düzenleme esnasında gözardı edemez.

Divanın diğer kararı, "Bud" işaretinin Çek Budvar bira işletmesi tarafından mı, yoksa diğer bir bira işletmesi olan Anheuser-Bush tarafından mı kullanabileceğine ilişkindir<sup>38</sup>. Çek Budvar-Brauerei ve Avusturyalı dağıtıcı ortağı Anheuser-Busch arasındaki bu oldukça karmaşık hukuki uyumsuzlukta Konseyin 20.03.2006 tarihli ve 510/2006 sayılı tarım ürünlerine ve gıda ürünlerine ilişkin coğrafi işaretlerin ve menşe işaretlerinin korunması

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-304/08, Slg.2010, I-4281, Rn.41)

<sup>38</sup> EuGH, 8.9.2009, Rs. C-478/07 (Budvar), Slg. 2009, I-7721, Rn.23 vd.

hakkında ihdas ettiği tüzüğün bloke edici etkisinin kapsamının tayin edilmesi gerekmiştir. AT anlaşmasının 37.maddesine (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 43.md.) istinaden ihdas edilen tüzüğün düzenleme konusu Lizbon anlaşması ertesinde, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 2.fıkra, d-bendi muvacehesinde rakip yetki alanına girmektedir. Çek cumhuriyeti 1993'ten itibaren "Bud" gibi menşe işaretlerini koruyan uluslararası bir anlaşma olan Lizbon anlaşmasının tarafıdır. Avusturya söz konusu Lizbon anlaşmasına katılmamış olsa da, Çekoslovakya ile yaptığı 1976 tarihli bir bilateral anlaşma ile Çek menşe işaretlerinin Avusturya'da tanınmasını kabul etmiştir. AB Adalet Divanının söz konusu davada bilateral anlaşmanın menşe işaretleriyle ilgili tüzük muvacehesinde Çek Cumhuriyetinin 2004'te AB'ne katılmasından sonra uygulanmasının mümkün olup olmadığını cevaplandırması gerekmiştir. Divan kararına söz konusu AB tüzüğünde tarım ürünleri ve gıda ürünleri için menşe işaretleri konusunun nihai olarak düzenlenip düzenlenmediği ve bu bağlamdaki diğer düzenlemelerin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği sorularının cevabı esas alınmıştır. Kanun sözcüsü Colomer'in nihai talebinde açıkça vurguladığı gibi, hangi ölçü ve koşullarla üye devletlerin bir alandaki rakip yetkilerinin Topluluk yasama tasarrufları ile ortadan kaldırılabilceği sorusu bloke edici etkinin kapsamının somut durum esas alınarak tespit edilmesi nedeni ile cevaplandırılması gereken en önemli husustur<sup>39</sup>.

Divan menşe işaretlerine ilişkin tüzüğün yorumunda tüzüğün harmonizasyon öngören hükmüne istinat etmemekle beraber, tüzüğün alana ilişkin nihai düzenleme yaptığını sistematik ve teleolojik yorum yöntemiyle ortaya koymuştur. Sistematik anlamda marka hukuku ile bir karşılaştırma yapılmıştır. Avrupa yasa koyucusu 40/94 sayılı (Abl.EG 1994 L 11/1) tüzükle markalara ilişkin ulusal düzenlemelerin yanısıra Topluluk çapında ilave bir marka koruması sağlamıştır. Menşe işaretlerine ilişkin tüzük buna karşılık menşe işaretlerine ilişkin ulusal rejime açıkça izin vermemekle, tüzüğün nihai düzenleme karakterine işaret etmektedir. Bunun dışında 2004'te AB'ne katılan devletlere "Bud" işareti için 6 ay içinde başvuru yapmaları durumunda geçiş hükümlerinden istifade etme olanağı tanınmıştır. Divan sonuç olarak, menşe işaretleri hakkındaki tüzüğün alana ilişkin düzenleme yoğunluğu muvacehesinde bilateral anlaşmalar dahil üye devletlere ulusal düzenlemelerini uygulama izni vermediği sonucuna varmıştır<sup>40</sup>. Divanın

<sup>39</sup> Ruiz-Jarabo Colomer, 8.9.2009, Rs. C-478/07 (Budvar), Slg. 2009, I-7721, R.93

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-478/07 (Budvar), Slg. 2009, I-7721, Rn.129

kararında kanun sözcüsünün nihai talebinde bloke edici etki veya pre-emption kavramını kullanmaması menşe işaretleriyle ilgili tüzüğün Lizbon anlaşmasından önce ihdas edilmesi ve önkarar başvurusunun 2007'de yapılması ile açıklanmaktadır.

**b - Engellerin Bloke Edilmesi:**

İkinci tip bloke edici etki, sekonder hukuk tasarruflarının ihdasına engel teşkil eden ulusal engellerin ortadan kaldırılmasına matuftur. Bu bloke edici etki tipi, tüm alan için doğan bloke edici etki ile münferit normlarla sağlanan bloke edici etki arasında bulunan ve tanımlanması en zor olan tip olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk tip bloke edici etkiden farklı olarak bu bloke edici etki tipinde sekonder hukukun nihai olarak düzenleme yapması gerekliliği bulunmamaktadır. Üçüncü bloke edici etki tipiyle karşılaştırıldığında da bloke edici etkinin doğması için ulusal düzenlemenin somut bir Birlik hukuku kuralını ihlâl etmesi gerekliliğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu çerçevede ulusal hukukun Birlik hukuku tasarrufunun kurallara uygun fonksiyonunu veya amacını engellemesi bloke etkinin doğması için yeterli kabul edilmektedir<sup>41</sup>.

Lizbon anlaşması ertesinde Divan tarım sektöründe yapılan yardımlarla ilgili olarak açılan bir davada bu yaklaşımı benimsemiştir. Açılan davada ortak tarım politikası çerçevesinde doğrudan ödemeler hakkında ihdas edilen 29.09.2003 tarih ve 1782/2003 sayılı tüzüğün kapsamının tayin edilmesi gerekmiştir. Söz konusu tüzük AT anlaşmasının 36.madde vd. maddelerine (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 42.md. vd.) istinaden ihdas edilmiştir. Lizbon ertesinde tarım alanı AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 4.madde, 2.fikra, d bendine göre rakip yetki alanı içinde mütalâa edilmektedir. Macaristan'da tarım alanında çalışan Bábolna 2004'te tarım ekonomisi alanında görev yapan merkezi bir ulusal merciden (Hivatal) bir tarım yardımı almıştır. Bábolna ekonomik zorluklara girmesi üzerine 2004 Eylül'ünde ihtiyari olarak işletmesini dönüştürmek amacı ile tasfiye yöntemine başvurmuştur. Hivatal bunun üzerine ihtiyari tasfiye isteyen işletmelere yardımı yasaklayan ulusal düzenleme muvacehesinde verilen yardımı geri istemiştir. Davaya bakan Budapeşte mahkemesi Divana önkarar başvurusu yaparak, ulusal düzenlemenin Birlik hukuku ile uyumlu olup olmadığının cevaplandırılmasını istemiştir. Divan cevabı bağlamında ortak tarım politikası alanında mali yardımlar için mütecanis düzenlemeler içeren doğrudan ödemeye ilgili Topluluk tüzüğüne atıf yaparak, yeni üye devletler

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C -27/96 (Danisco Sugar), Slg. 1997 I-6653, Rn.24



için Topluluk kurallarının adım adım yürürlüğe konulması nedeniyle, tüzüğün nihai düzenleme olarak görülemeyeceğini vurgulamıştır. Bu nedenle tüzüğün 143.madde, 6.fikrasına göre üye devletlerin tamamlayıcı doğrudan yardımlar yapması mümkündür. Bununla beraber üye devletlerin bu çerçevede muayyen bir takdir alanına sahip olması, ulusal düzenlemelerin ortak tarım politikasının ve doğrudan ödeme tüzüğünün amaçlarının ihlal edilmesine cevaz vermez<sup>42</sup>. Diğer bir ifade ile ortak pazarın kurulmasından sonra ilgili alan nihai olarak düzenlenmemiş olsa dahi, ulusal engellemeler caiz değildir. AB Adalet Divanı Topluluk amaçları muvacehesinde ihtiyari tasfiye sürecini başlatan tüzel kişilere yardımı yasaklayan Macaristan düzenlemesinin bu tür bir engel olduğunu kabul etmiştir. Divanın yaptığı saptamaya göre, doğrudan ödeme tüzüğü düzenleme yoğunluğu itibariyle alana ilişkin her konuyu düzenleyen nihai bir niteliği olmasa da, ortak pazar amaçları itibariyle engel teşkil eden ulusal düzenlemeler bakımından bloke edici etkiye sahiptir.

### **c - Münferit Ulusal Normlar Üzerinde Birlik Hukukunun Bloke Edici Etki Doğurması:**

Bloke edici etkinin üçüncü tipi, somut bir Birlik hukuku normuna ters düşen ulusal normlar bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede bloke edici etkinin doğması, iki normun birlikte uygulanmasının mümkün olmamasından ileri gelmektedir. Normlar uyumsuzluğunun önlenmesine matuf olarak ulusal normun AB hukukuna uygun yorumunun mümkün olmadığı durumlarda bir normlar çatışmasından söz edilmektedir.

Divanın Marinov kararı Lizbon sonrasında bu çerçevede önemli bir örnek oluşturmaktadır<sup>43</sup>. Marinov davasında, Konseyin 28.11.2006 tarih ve 2006/112 sayılı ortak işletme vergi sistemine ilişkin Konsey direktif karara esas olmuştur. AT anlaşmasının 93.maddesine göre (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 113.md.) dolaylı vergilerin harmonizasyonu için kabul edilen yetkiye istinaden ihdas edilen direktifin düzenleme konusu anlaşmanın 4.madde, 1.fikrasına göre rakip yetki alanları içinde bulunmaktadır. Direktifin 74.maddesine göre işletme vergisinin belirlenmesinde "harcanan zamanın" esas alınması gerekmektedir. Bulgar işletme vergi kanununun 27.maddesi belli mal ve hizmetler için "normal değeri" verginin belirlenmesinde dayanak almaktadır. Divan önünde gerçekleştirilen prozedürde normal değerın direktif tarafından istenilen zaman değeriyle aynı olup olmadığı açıklığa

<sup>42</sup> EuGH, Rs.C-115/10 (*Bábolna*), *Slg.* 2011, I-5017, Rn.37

<sup>43</sup> Lizbon öncesi önemli bir örnek olarak Gallaher davası gösterilmektedir; bkzn.: EuGH, Rs. C-11/92 (*Gallaher*), *Slg.* 1993, I-3545, Rn.20

kavuşmamıştır. Divan bu nedenle ulusal mahkemeden, Bulgar vergi idaresinin işletme vergi kanununun 27.maddesini nasıl yorumlayıp, uyguladıklarını incelemesini istemiştir<sup>44</sup>. AB Adalet Divanı bununla beraber yaptığı inceleme talebinde işletme vergi direktifinin 74.maddesinin açık ve mutlak olarak vergi ölçümündeki dayanakları düzenlediğini ve bu nedenle ulusal yasama organının supranasyonal yükümlülükleri zamanında ve yeterli şekilde yerine getirmemesi durumunda genel kurallara göre direktifin doğrudan uygulanacağına işaret etmiştir. Ulusal mahkemenin ulusal kanuna göre mümkün olduğu takdirde öncelikle işletme vergi kanununun 27.maddesini direktife uygun yorumlaması gerekmektedir. Birlik hukukuna uygun bir yorum imkânsız olduğu takdirde Birlik hukukuna aykırı Bulgar kanunu düzenlemesi uygulama dışı kalacaktır<sup>45</sup>. Bu şekilde işletme vergi direktifinin 74.maddesinin ulusal düzenleme bakımından bloke etki doğurması kabul edilmiştir.

Marinov kararı bir kez daha bloke edici etkinin düzenlemenin derinlik ve kapsamına bağlı olarak doğduğunu teyit etmiştir. Bu çerçevede günümüzde yetki dayanağı oluşturan AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 113.maddesi baştan tam bir harmonizasyonu yasaklamaktadır. Bu maddeye istinaden ihdas edilen işletme vergi direktifinin bu nedenle tüm işletme vergi alanını bloke etmesi mümkün değildir. Bununla beraber direktifin kimi münferit normlarının, kendisine ters düşen ulusal normları bloke etmesi mümkündür. Sonuç olarak, Birlik hukuku düzenlemesinin derinliği ne kadar az ise, bloke edici etkinin kapsamı da o kadar dar olmaktadır. Bu tablo bloke edici etkinin tüm alan için söz konusu olduğu durumlarda, ulusal normun sekonder hukuk alanına girmesine, engel teşkil eden ulusal normlar bakımından bloke edici etkinin doğması için normlar arasında en azından bir uyumsuzluğun çıkmasına, bloke edici etkinin münferit ulusal normlar bakımından doğması için ise AB hukuku ile somut bir uyumsuzluğun doğmasına bağlı olduğunu ortaya koymaktadır.

### **Sonuç**

AB hukukunun önceliği uzun bir süre diğer uyumsuzluk çözüm mekanizmalarını saf dışı bırakırken Lizbon anlaşması bloke edici etkinin karanlık bir köşede kalmasını sona erdirmiştir. Bu yenilik, dar anlamda ve geniş anlamda öncelik arasında ayırım yapıldığı nispette fark edilmektedir.

---

<sup>44</sup> EuGH, 26.04.2012, Rs. C-142/12 (Marinov), Rn.34 vd.

<sup>45</sup> EuGH, 26.04.2012, Rs. C-142/12 (Marinov), Rn.39

Geniş anlamda öncelik supranasyonal ve ulusal hukuk düzenleri arasındaki ilişkiyi düzenlerken, dar anlamda öncelik ulusal düzenlemelerin supranasyonal düzenlemelerle uygulama dışı bırakılmasını düzenlemektedir. Bloke edici etki ve dar anlamda öncelik aynı madalyonun farklı yanlarıdır. Her ikisi de AB hukukunun üye devletlere karşı geniş anlamda önceliğini temin etmeye çalışmaktadır. Bu ayırım Lizbon sözleşmesinde öngörülen Birlik yetkilerinin göstereceği etkinin dayanağını oluşturmaktadır.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşma ilk kez olarak yetki katalogları düzenlemiş, münhasır ve rakip yetkiler için bloke edici etkinin primer hukukta yer almasını temin etmiştir. Dış yetkiler bakımından bu sonuç yazısız paylaşılmış yetkilerin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 3.madde, 2.fıkrası muvacehesinde yazısız münhasır yetkilere dönüştürülmesi ile sağlanmıştır. Bu yaklaşımı AB Adalet Divanı yazısız münhasır yetkilerin dar yorumunu kabul ettiği Pringle davasında takip etmiştir.

Intern yetkiler bakımından Lizbon anlaşması ilk olarak rakip yetkiler alanında primer hukuka istinat eden bloke edici yetkiyi kabul etmiştir. Bloke edici etki konusunda primer hukuk ancak önemli bir sınırlama koymuştur. Primer hukukta öngörülen bloke edici etki yetki dönüşümü sonucu değil, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 2.madde, 2.fıkra, 2.cümlesine istinaden sekonder hukuk üzerinden doğacaktır.

Divan şimdye dek bloke edici etkiyi açık bir şekilde içtihatlarında ifade etmemiştir. Bununla beraber Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girdiği 2009 yılında bir kanun sözcüsünün nihai talebinde bloke edici etkiyi zikretmesi sürpriz olarak nitelendirilmiştir. Divanın bu günkü kararlarından bloke edici etki, bloke edici etkinin koşulları ve bloke edici etkinin üye devletlerin yasama yetkisine etkisi konusunda sonuçlar çıkarılabilmektedir. Üye devletlerin Birliğin münhasır yetki alanlarında baştan itibaren tasarrufta bulunması yasak iken, rakip yetki alanlarında bloke edici etkinin kapsamı sekonder hukuk düzenlemesinin derinliğine bağlıdır. Divanın içtihatından üç kategori bloke edici etki istihraç edilmektedir. Bloke edici etki Birlik hukuku tarafından düzenlenen tüm alan için, ulusal hukukta Birlik hukukunun fonksiyonunu yahut amacını engelleyen engeller için, ulusal hukukun münferit normları için doğabilir. Hukuki sonuç olarak bloke olan ulusal hukukun geçersiz değil, uygulama dışı kaldığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.

**Kısaltmalar:**

ABl	Amtsblatt
AETR	Accord Européen sur les Transports Routiers ( <i>European Agreement concerning the work of crews of vehicles engaged in international Road Transport</i> )
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ASM	Avrupa Stabilizasyon Mekanizması
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
CML Rev.	Common Market Law Review
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ESM	Europäische Stabilitätsmechanismus
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Rn.	Randnummer
Rs	Rechtssache
Slg.	Sammlung
YEL	Yearbook of European Law

**Bibliyograya:**

Albrecht Weber, vom Verfassungsvertrag zum Lissabon, EuZW 2008

Beate Braams Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, bknz: Ingolf Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2008

Christian Calliess, bknz.: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EuV/AEUV, 4.Aufl. 2011, Art.2 AEUV

Christopf Degenhart, bknz.: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6.bası, 2011

Christopf Möllers Gewaltengliederung, 2005

Christopf Ritzer Europäische Kompetenzordnung, 2006

Daniel Scharf Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon, bknz.: Christian Tietje (Hrsg.), Beiträge zum Europa und Völkerrecht, Heft 3,

Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, 4.Auflage, 2011, Chapter 5

Eugene D.Cross Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, CML Rev.29 (1992)

Hans Dieter Jarass/Sasa Beljin Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004

Joseph Weiler The Community System: the Dual Character of Supranationalism, YEL 1 (1981)

Martin Nettesheim bknz.: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, ErgL 51, ErgL.2013, Art.2 AEUV

Michel Waelbroeck, The Emergent Doctrine of Community Pre-emption – Consent and Re-delegation, bknz.: Terrance Sandalow/Eric Stein (Hrsg.), Courts and Free Markets, Volume II, 1982

Robert Schütze Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community Pre-emption, CMR Rev.43 (2006)

Ruiz-Jarabo Colomer 8.9.2009, Rs. C-478/07 (Budvar), Slg. 2009, I-7721, R.93).

Samuel Krislov/Claus Dieter Ehlermann/ The Political Organs and the

Decision-Making

Joseph Weiler Process in the United States and the European  
Community, bkz.: Mauro Cappelletti/Monica  
Seccombe/Joseph Weiler (Hrsg.), Integration  
Through Law, Volume 1, Book 2, 1986,

Thomas Opper mann/Claus Dieter, Classen/Martin Nettesheim  
Europarecht, 5.Aufl. 2011, §38, Rn.25).

Thomas Opper mann Eine Verfassung für die Europäische Union,  
DVBl. 2003

Ulrich Haltern, Europarecht, 2.Auflage 2007

Volkmar Götz Kompetenzverteilung und Kompetenz-kontrolle in der  
Europäischen Union, bkz.: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf  
des Europäischen Konvents, 2004

# KİRALANANIN SATILMASI DURUMUNDA ALICININ SATICIYA KARŞI HAKLARI

Metin İKİZLER\*

## ÖZET

818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nda "satım kirayı bozar" ilkesi benimsenmişken, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre "satım kirayı bozmaz". Gerçekten de, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesine göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. TBK m. 310 satış sözleşmelerinde de uygulanır ve mülkiyetin nakliyle birlikte alıcı kira sözleşmesinin tarafı hâline gelir. Ancak bu durum alıcının satış sözleşmesi yapmaktaki menfaatleri ile çatışabilir. Diğer yandan kira sözleşmesinden dolayı satıcı satıştan doğan borçlarını gereği gibi ifa edemeyebilir. İşte bu çalışmada TBK m. 310'un satış sözleşmesine etkisi üzerinde durulacak, bu bağlamda alıcının TBK. m. 310'un olumsuz etkileri karşısında satıcıya karşı ne gibi haklara sahip olduğu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kira sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 310, kiralananın mülkiyetinin el değiştirmesi, "satış kirayı bozmaz" kuralı, satış sözleşmesi

## BUYER'S RIGHTS AGAINST SELLER IN CASE OF SALE OF LEASED PROPERTY

### ABSTRACT

According to new Turkish Code of Obligations No. 6098, "sale does not void the lease", whereas "sale voids the preexisting lease" rule was located in former Code No. 818. Indeed, in accordance with Art. 310 of Turkish Code of Obligations No. 6098, after concluding the lease contract lessor alienates the object for any reason, the lease passes to the acquirer. Art. 310 applies where after concluding the lease landlord sells the object too and buyer becomes a party to the lease together with ownership of the object. But this may interfere with buyer's interest in concluding the sale contract. Additionally, because of lease contract, seller might fail discharge an obligation under the sale contract as required. This article focuses on the effects of Art. 310 of Turkish Code of Obligations No. 6098 on the sale contract. Therefore, this article analyzes what remedies are available to the buyer against seller for negative effects of applying Art. 310.

**Keywords:** Lease contract, Art. 310 of Turkish Code of Obligations No. 6098, alienation of leased property, "sale does not void the lease" rule, sale contract,

\* Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi

## GİRİŞ

Bilindiği gibi, Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile, önceki Borçlar Kanunu'nda benimsenen “satım, kirayı bozar” ilkesi kaldırılmıştır. “Satım, kirayı bozar” ilkesi, kiralananın sonradan bir başkasına satıldığı durumlarda alıcının, yani yeni malikin, kira sözleşmesi ile bağlı olmadığını ifade ediyor; dolayısıyla o, kiralananı kiracının elinden alabiliyordu. Zira alıcının edindiği mutlak hak karşısında kiracının nispi hakkı güçsüz kalıyor; kiracı kira sözleşmesinden doğan hakkını alıcıya karşı ileri süremezken, alıcının edindiği mülkiyet hakkına kiracının saygı göstermesi bekleniyordu.

TBK m. 310 ile, bu kural tam tersine dönmüş; bu defa da alıcı yeni malikin, kiracının kira sözleşmesinden doğan haklarına dokunamaması esası benimsenmiştir. Daha doğrusu, yeni malik kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olur; kira sözleşmenin kendiliğinden gerçekleşen devri ile kiraya veren sıfatını kazanır<sup>1</sup>. Kira sözleşmesinden doğan hakların sahibi olduğu gibi borçlardan da sorumlu olur. Bunun anlamı Türk borçlar hukuku sisteminde artık “satım, kirayı bozmaz” ilkesinin geçerli olduğudur.

“Kiralananın el değiştirmesi “ başlığını taşıyan TBK m. 310’da bu ilke şu şekilde ortaya konmuştur: “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur”. Hükmün gerekçesine göre de, “...kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla, kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir”.

Görüldüğü gibi, hüküm satıştan değil; kiralananın herhangi bir nedenle el değiştirmesinden söz etmektedir. Gerçekten öğretilerde de benimsendiği üzere<sup>2</sup>, satış dışında, mal değişimi, bağışlama, adi ortaklık sözleşmesi,

<sup>1</sup> Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 286; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 347; Aydın ZEVKLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. bası, Ankara 2014, s. 276; M. Alper GÜMÜŞ, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 276. Hüküm emredici niteliktedir. Murat İNCEOĞLU, **Kira Hukuku**, Cilt: I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 576; Pinar ALTINOK ORMANCI, “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: Satım Kirayı Bozmaz İlkesinin Sonuçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sa. 24/2, 2013, s. 130.

<sup>2</sup> ARAL/AYRANCI, s. 286-287; EREN, **Borçlar Özel**, s. 347; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 276; GÜMÜŞ, (2013), s. 275; Burak ÖZEN, “Kira Konusunun Devri”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sa. 103-104, 2013, s. 99; aynı yönde İsvBK m. 261 için Theo GUHL/Alfred KOLLER, § 44. **Miete und Pacht**, in: **Das Schweizerische Obligationenrecht**



ölünceye kadar bakma sözleşmesi vb. bir nedenle kiralanan el değiştirirse, yeni malik yine kira sözleşmesinin tarafı olacaktır<sup>3</sup>.

Bu çalışmada TBK m. 310; kiralananın sonradan el değiştirmesinin kira sözleşmesine etkisi incelenmeyecektir. Çalışma, satıcıdan kiralananı edinen alıcının, TBK m. 310'un uygulanacağı durumlarda, satıcıya karşı ne gibi haklara sahip olabileceğine odaklanmaktadır. Gerçekten, isteğine bakılmaksızın, TBK m. 310 gereği kira sözleşmesinin tarafı olan alıcının, her durumda bundan memnun olacağı düşünülemez. Kiranın varlığı nedeniyle kiralananı kullanamama durumu ile karşılaşan alıcının, satıştan beklediği amaç da bazı durumlarda hâliyle gerçekleşmemiş olacaktır. Odaklandığı bu içerik dolayısı ile çalışmanın *satılanın kirada olmasının satışa etkisi* olarak da sunulması yanlış olmaz. Bu anlamda, aslında TBK m 310, kiralananın el değiştirmesinin çeşitli hukuki nedenlerine aynı sonucu bağlasa da, çalışma bu nedenlerden sadece satışı konu edinmektedir. Diğer nedenlere göre yaygınlığı tartışmasız olan satışa odaklanmak suretiyle, çalışmanın derli toplu olması ve bir makale düzeyini aşmaması hedeflenmektedir.

Sorunun bu boyutuna geçmeden önce TBK m. 310'un özelliklerinin ortaya konması gereği açıktır. Ancak TBK m. 310 ile ilgili, önceden ortaya

---

**mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Aufl., bearbeitet von Alfred KOLLER, Anton K. SCHNYDER, Jean Nicolas DRUEY, Schulthess Verlag, Zürich 2000, § 44 N. 72; Peter HIGI, Die Miete, in: **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, 3. Aufl., herausgegeben von Peter GAUCH, Schulthess Verlag, Zürich 1994, Art. 261-261a N. 11; Peter HEINRICH, Art. 261-261b OR, in: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, 2. Aufl., herausgegeben von Markus MÜLLER-CHEN, Claire HUGUENIN, Daniel GIRSBERGER, Schulthess Verlag, Zürich 2012, Art. 261-261b N. 2; SVIT-Kommentar (Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft-Kommentar), **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2008, Art. 261-261a N. 2.

<sup>3</sup> “Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır” (TBK m. 310/2); miras hukukundaki külli halefiyet gibi, bu kapsamda değerlendirilemeyecek hukuki ilişki ve durumlar için bak. Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 433; GÜMÜŞ, (2013), s. 275; ARAL/AYRANCI, s. 287; EREN, Borçlar Özel, s. 347. Gerçekten de mirasçılar külli halef sıfatıyla miras hukukunun esasları gereği, taraf sıfatı kazanarak kira sözleşmesinden doğan hakları edinip borçlardan sorumlu olacağından burada TBK m. 310 ile ilgili bir durum yoktur.; ayrıca bak. HEINRICH, Art. 261-261b N. 3; Richard PERMANN, Art. 261 OR, in: **Orell Füssli Kommentar, Mietrecht Kommentar** mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, Art. 261 N. 1; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a N. 3.

konan bilimsel çalışmaların sayısı dikkate alındığında<sup>4</sup>, bu konuda çok fazla ayrıntıya inmeye gerek yoktur. Bu gerekçeyle aşağıda önce özlü bir şekilde TBK m. 310'a değinilecek, ardından da çalışmanın asıl konusunu oluşturan TBK m. 310'un uygulanmasının satıcı ile alıcı arasındaki sözleşme ilişkisine etkisi üzerinde yoğunlaşılacaktır.

## I. TBK m. 310'UN KAPSAMI VE KOŞULLARI

**Çalışmanın ikinci kısmıyla bağlantılı olarak, TBK m. 310'un bazı özellikleri şu şekilde sıralanabilir:**

1- *Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir* (TBK m. 299).

TBK m. 310, kira sözleşmeleri ile ilgilidir. Dolayısıyla bu hükmün uygulanması için her şeyden önce geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı gerekir<sup>5</sup>. Kira sözleşmesi örneğin kiracının sözleşmenin yapıldığı sırada ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle geçersiz ise, bu geçersiz sözleşme kiralananın el değiştirmesi ile sıhhat bulmaz. Dolayısıyla TBK m. 310, ancak geçerli kira sözleşmelerinin yeni malike devrini öngörür.

2- Satıcı ile alıcı arasında geçerli bir satış sözleşmesi kurulmamışsa bu sözleşmenin ifası ile kiralananın mülkiyeti el değiştirmeyeceğinden, TBK m. 310'un uygulanması ile karşılaşılmayacaktır<sup>6</sup>.

3- TBK m. 310'u uygulanabilmesi için, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın *el değiştirmiş*<sup>7</sup> olması gerekir. Bu husus madde lafzında

<sup>4</sup> M. Fadıl YILDIRIM, "Kiralananın Temliki Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? –Kiralananın Temliki Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sa. 4, 2013, s. 117 vd.; ÖZEN, 89 vd.; Sezer ÇABRİ, "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, Sa. 3, 2012, s. 163 vd.; Hayrunnisa ÖZDEMİR, "Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 62, Sa. 1, 2013, s. 147 vd.; Meltem ERTUĞRUL, "Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:72, Sa. 4, 2014, s. 541 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 125 vd.

<sup>5</sup> ÖZDEMİR, s. 150; ÇABRİ, s. 183; ERTUĞRUL, s. 550.

<sup>6</sup> ERTUĞRUL, s. 550; bak. ÇABRİ, s. 175; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 455.

<sup>7</sup> "el değiştirme" ifadesinin eleştirisi için bak. YILDIRIM, *Kiralananın Temliki*, s. 118-119.

açıkça ifade edilmiştir. Eğer kira sözleşmesinden önce kiralananın mülkiyeti bir başkasına devredilmiş ve fakat bir şekilde –kiraya veren önceki malik tarafından- kiralanan kiracıya bırakılmışsa bir başka hüküm; TBK m. 309 uygulanır<sup>8</sup>. Burada da yine kiracı bakımından ilişkiye yabancı bir –üçüncü-kişi devreye girmektedir. Nitekim gerek 309 gerekse 310 “Üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar sebebiyle sorumluluk” üst başlığı altında toplanmıştır. Ancak TBK m. 309 kira sözleşmesinde zaptı düzenlemekte ve bu durumda kiraya verenin kiracıya karşı açılan davayı üstlenmesini ve kiracının bundan doğan her türlü zararını gidermesini öngörmektedir<sup>9</sup>.

4- TBK m. 310’un uygulanması için, kiralananın kullanımının kiracıya bırakılmış olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bilindiği gibi, kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan borçlarından biri de kiralananın kiracının kullanımına bırakılmasıdır; TBK m. 301’in ifadesi ile kiracıya teslim edilmesidir. Kuşkusuz bu, sözleşmenin kurulması ile değil; sözleşmenin ifası ile ilgilidir. TBK m. 310’un lafzında ise sadece kira sözleşmesinin kurulmuş olmasından söz edilmekle, ayrıca kiralananın kiracıya bırakılmasından, zilyetliğinin yukarıdaki maksadı gerçekleştirmek için kiracıya devrinden, söz edilmemektedir.

Mesele gerek Türk gerekse İsviçre Hukukunda tartışmalıdır. Yeri gelmişken değinmek gerekir ki, İsviçre hukukunda da kiralananın el değiştirmesi kanunla düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun (İsvBK) 261. maddesi TBK m. 310 ile aynı konuya ayrılmıştır. Hatta madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, TBK m. 310’un düzenlenmesinde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 261. maddesinin birinci ve sonuncu fıkraları göz önünde tutulmuştur. Nitekim İsvBK 261/1’de de kira sözleşmesi –borçlandırıcı işlem- zikredilmekte ve fakat kiralananın kiracıya bırakılmış olmasından açıkça söz edilmemektedir.

Türk ve İsviçre Hukukunda daha fazla taraftar toplayan görüşe göre, TBK m. 310’un (İsvBK m. 261’in) uygulanması için, kira sözleşmesinin varlığı yetmez; kiralananın zilyetliğinin de kiracıya devredilmiş olması gerekir. Yani kiralanan kiracıya bırakılmış olmalıdır ki daha sonra mülkiyeti el değiştirdiğinde yeni malik sözleşmenin tarafı olsun<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 433; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 455; ÖZEN, s. 101.

<sup>9</sup> Bak. İNCEOĞLU, s. 234 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 286-287; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 275; EREN, Borçlar Özel, s. 342 vd.; GÜMÜŞ, (2013), s. 273 vd.; ERTUĞRUL, s. 548; ÇABRİ, s. 184.

<sup>10</sup> M. Alper GÜMÜŞ, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 148; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 434; ARAL/AYRANCI, s. 287;

Diğer görüşe göre ise, kira sözleşmenin varlığı maddenin uygulanması için yeter; ayrıca kiralananın zilyetliğinin kiracıya devri gerekmez<sup>11</sup>; gerek kanunun lafzı gerekse kiracıyı koruma amacı açısından bu sonuca varmak gerekir<sup>12</sup>.

Aşağıda TBK 310'un uygulanabildiği durumlarda alıcının satıcıya karşı başvurabileceği hukuki yollar incelenirken, bu iki görüşe göre de değerlendirme yapılacaktır<sup>13</sup>.

5- TBK m. 310'da sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple "el değiştirmesinden" söz edilmektedir. Kiralananın el değiştirmesi onun mülkiyetinin kiraya verenden bir başkasına geçmesini gerektirir<sup>14</sup>. Mülkiyet devrini sağlayan bu işlem tasarruf işlemi niteliğindedir. Dolayısıyla mülkiyetin nakline neden teşkil edecek bir borçlandırıcı işlemin varlığı maddede öngörülen koşulu sağlamaz<sup>15</sup>. Şu hâlde satış sözleşmesi ile satıcının mülkiyeti devir borcu altına girmesi, onun kiraya veren sıfatını etkilemez; ne zaman bu borcunu ifa eder ve böylelikle mülkiyeti nakleder, o zaman kira sözleşmesi kanun gereği alıcıya devredilmiş olur. Yeni malik de mülkiyeti elde ettiği an itibarıyla kiraya veren sıfatını kazanır; kira sözleşmesinin tarafı hâline gelir. Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir (TMK m. 763/1). Dolayısıyla zilyetliğin bu maksatla devredildiği anda, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Taşınmazlarda ise mülkiyetin geçiş anı Türk ve İsviçre Hukukunda tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tapu siciline tescil tarihinde taşınmazın mülkiyeti kazanılmış olur. Zira TMK m. 705/1'e göre, "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur". Diğer görüşe göre ise burada tescilin sonuçlarını düzenleyen TMK m. 1022 dikkate alınmalıdır.

---

ÖZEN, s. 100; ÖZDEMİR, s. 158; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 455; ALTINOK ORMANCI, s. 128-129; GUHL/KOLLER, § 44 N. 72-73; PERMANN, Art. 261 N. 4.

<sup>11</sup> HEINRICH, Art. 261-261b N. 4.

<sup>12</sup> ÇABRİ, s. 185; ERTUĞRUL, s. 552.

<sup>13</sup> Ancak belirtmek gerekirse kanaatimce, mutlak hak karşısından nispi hakkı güçlendiren TBK m. 310 bir istisna hükmü olarak görülmeli ve dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle, uygulanması için, kiralananın zilyetliğinin kiracıya bırakılmış olması aranmalıdır.

<sup>14</sup> TBK m. 311'e göre, "Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir ayni hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır". Hüküm, kiralanan üzerinde bir üçüncü kişinin sınırlı ayni hak sahibi olması durumunu düzenlemektedir.

<sup>15</sup> ÖZEN, s. 100; ÇABRİ, s. 173, 185; "Mülkiyetin el değiştirmesi tasarruf işlemine işaret edeceğinden, TBK m. 310/f.1'in borçlandırıcı işlem yerine buna dayanan tasarruf işlemi kapsadığı söylenecektir" YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 432; İNCEOĞLU, s. 577; ÖZDEMİR, s. 162; ERTUĞRUL, s. 550; HIGI, Art. 261-261a N. 15; SVIT-Kommentar, Art. 261-261a N. 3.

Bu hükümde ise, tescilin etkisinin yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden başlayacağı düzenlemiştir. Yani sonradan tescilin gerçekleşmesi ile birlikte –tescilin gerçekleşmesi koşuluyla-, yevmiye defterine kayıt tarihi itibariyle taşınmazın mülkiyeti kazanılmış olacaktır<sup>16</sup>.

6- TBK m. 310'un uygulanması için kiraya verenin, malik olması aranmalı mıdır? Bir başka deyişle, kiralananı devreden, aynı zamanda kira sözleşmesinin tarafı sıfatını taşımalı mıdır?

İsviçre hukukundaki genel anlayışa göre, önceki malikin kiraya veren olmadığı durumlarda, kira sözleşmesi yeni malike -kanun gereği- devredilmiş olmaz<sup>17</sup>. Bu kanaatin oluşumunda, İsvBK'nın, *kiraya verenin kiralananı devretmesinden* “veräussert der Vermieter die Sache...” (m. 261/1) söz etmesinin etkisi yadsınamaz. Aynı ifade TBK m. 310'da geçmemektedir. Anımsatmak gerekirse, Kanun'da *kiralananın el değiştirmesinden* söz edilmektedir. Bu ikisi arasında bir anlam farkına yol açmayacak şekilde, Türk öğretisinde de kiraya verenin mülkiyet hakkına sahip olması gerektiği ifade edilebilmektedir<sup>18</sup>. Diğer bir görüşe göre, kira sözleşmesinin devri için kiraya verenin mutlaka malik olması gerekmez<sup>19</sup>.

## II. TBK. M. 310'UN UYGULANDIĞI DURUMLARDA ALICININ SATICIYA KARŞI HAKLARI

Daha önce değinildiği gibi, TBK m. 310, kira sözleşmesinin kanun gereği yeni malike devrini öngörmektedir. Devrin nedenini satışın oluşturduğu

<sup>16</sup> Bu görüşler için, TBK m. 310 ve İsvBK m. 261 ile bağlantılı olarak bak. GUHL/KOLLER, § 44 N. 64; HIGI, Art. 261-261a N. 25; HEINRICH, Art. 261-261b N. 6; PERMANN, Art. 261 N. 3; ÇABRİ, s. 173-174; ERTUĞRUL, s. 555-556; ÖZDEMİR, s. 155-156; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 432; EREN, Borçlar Özel, s. 347; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 459; GÜMÜŞ, (2012), s. 149. Mülkiyetin tescilsiz kazanımı hakkında, TBK m. 310 ile bağlantılı olarak bak. İNCEOĞLU, s. 579; ÇABRİ, s. 174-175, 185.

<sup>17</sup> Bak. HIGI, Art. 261-261a N. 15; ERTUĞRUL, s. 553; ÖZDEMİR, s. 151.

<sup>18</sup> Bu görüş ve iyiniyetin mülkiyetin kazanılmasında etkisi bakımından değerlendirmeler için bak. ÖZEN, s. 101; ÖZDEMİR, s. 151; bu görüşte GÜMÜŞ, (2013), s. 275; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 457; “Bundan dolayı kiralananı devreden veya üzerinde üçüncü bir kişiye aynı hak tanıyan kişi kira sözleşmesinin tarafı değilse, bu halde kira sözleşmesi devredilmiş olmaz ve kiralanan üzerinde hak sahibi olan kişi kiracıdan kiralananı iade veya tahliye etmesini isteyebilir. Bu halde kiracı, kiraya verenden sözleşmeye aykırılık hükümlerince (TBK m. 112) uğramış olduğu müspet zararların tazminini isteyebilir”. ÇABRİ, s. 186; ERTUĞRUL'a göre ise; “.....kiracının korunabilmesi esastan hareket edilerek, kiraya verenin mutlaka malik olması şartı aranmamalıdır. Ancak bu hüküm malik dışında bir kişi tarafından malikin rızası veya onayıyla yahut malik tarafından malın kiraya verilmesi halinde uygulanmalıdır”. ERTUĞRUL, s. 553.

<sup>19</sup> İNCEOĞLU, s. 582 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 431-432, 434; ERTUĞRUL, s. 553.

işlemler açısından da bu kural geçerlidir. Şu hâlde kira ilişkisinin devrinin gerçekleşmesi alıcının rızasına bağlı değildir. Hatta devrin gerçekleşmesi, alıcının bu durumu bilip bilmemesine de bağlı değildir<sup>20</sup>. Alıcı mülkiyetini kazandığı malın bir başkasına kiraya verildiğini bilmesede dahi kira sözleşmesinin tarafı olacaktır. Bu durumda alıcı hiç de istemediği hâlde kiraya veren sıfatını kazanacak, kira sözleşmesinden doğan borçları yüklenecek ve -kendisine yabancı birisi- kiracı ile muhatap olmak zorunda kalacaktır. Belki daha da önemlisi malı kullanma imkânını yitirecektir. Kiradan dolayı satıcı da, satıştan doğan borçlarını yerine getirmede güçlükler yaşayacaktır ve alıcıya karşı sorumluluğu doğacaktır.

Yukarıda ipuçları verilen nedenlerle, alıcının satıcıya karşı sahip olacağı hakları iki üst başlık altında toplayarak incelemek isabetli olabilir: Borca aykırılıktan doğan haklar ve irade bozukluklarından doğan haklar. Yine alıcının, satıcı ile işlem yaparken kiranın varlığını bilip bilmemesi, satıcıya karşı kullanabileceği haklar açısından önem arz edeceğinden konu incelenirken dikkate alınmalıdır.

Konu incelenirken dikkate alınması gereken bir başka husus ise, kira ile satışın, gerek kurulma gerekse ifa anı açısından çeşitli ihtimallere göre birbirine etkisidir. TBK m. 310'un satıştan dolayı uygulandığı durumlarda, tarafları aynı olmayan iki hukuki ilişki bulunacağı açıktır. Bunlardan birisi satıcı ile alıcı arasındaki satış ilişkisi, diğeri ise satıcı/kiraya veren ile kiracı arasındaki kira ilişkisidir. Alıcının satıcıya karşı başvurabileceği haklar noktasında, bu iki ilişkinin kurulma anı açısından öncelik sonralığı ve hangisinin önce ifa edildiği önem taşımaktadır.

## **A. Borca Aykırılıktan Doğan Haklar**

### **1. Kira Sözleşmesinin Önce Satışın Sonra Kurulduğu Durumlar**

Bu ihtimalde önce kira sözleşmesi kurulmuş, sonra kiraya veren/malik, bir başkası ile satış sözleşmesi yapmıştır. Bu durumda karşılaşılabilecek sorunları, zilyetliğin devri noktasında hangi sözleşmenin daha önce ifa edildiğine göre ayrı ayrı incelemekte yarar vardır.

#### **a. Zilyetliğin Alıcıya Devredilmiş Olması**

Kira sözleşmesi yapıldıktan sonra kiraya veren, kiralananın zilyetliğini kiracıya devretmeyip onu bir başkasına satmış ve satılanı alıcıya devretmiş

---

<sup>20</sup> ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 277 dn. 251; İNCEOĞLU, s. 587; ÖZEN, s. 102; ÖZDEMİR, s. 150; ÇABRİ, s. 187.

olabilir. Bu ihtimalde hâliyle kiraya veren, kiralananın kiracıya teslimi borcunu yerine getirmeden (TBK m. 301), satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmiş olmaktadır.

Böyle bir ihtimalde, kiralanan taşınır ise bilindiği gibi, zilyetliğin bu maksatla devri ile mülkiyet alıcıya geçecektir. Bu durumda kiraya veren ile alıcı arasında, mülkiyetin devrini sağlayan tasarruf işlemi gerçekleşmiş olmaktadır. Yani şeyin maliki artık alıcıdır. Acaba kiracı ile alıcı arasında bu ihtimalde TBK m. 310 gereği kira sözleşmesinin varlığından söz edilebilecek midir?

Bu sorunun yanıtını öğretideki farklı görüşlere göre vermek gerekir.

**-Öğretide bir görüşün, TBK m. 310'un uygulanması için kiralananın kullanımının kiracıya bırakılmış olmasını zorunlu gördüğüne değinilmişti.** Kira sözleşmesi satıştan önce kurulmuş olsa bile, kiralananın zilyetliği kiracıya devredilmemişse, bu görüşe göre, TBK m. 310 uygulanmaz. Dolayısıyla alıcı kira sözleşmesinin tarafı olmaz. Şeyi kiracıya bırakmak zorunda değildir. Bu durumda kiracı, kiraya veren sıfatı devam eden satıcıya başvurarak TBK m. 112 çerçevesinde, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarını (olumlu zararlarını) talep edebilecektir<sup>21</sup>.

Satıcı ile alıcı arasındaki ilişkiye gelince, bu ihtimalde alıcı ifadan beklediği menfaati elde etmekte; satıcı da şeyin zilyetliğini ve mülkiyetini gereği gibi devretmekle borcunu ifa etmiş olmaktadır. Bu nedenle kira sözleşmesinin varlığı, satış açısından bir sorun doğurmamakta; alıcının da kira kaynaklı bir yoksunluk ya da olumsuzluk nedeniyle satıcıya yönelteceği bir talep bulunmamaktadır.

**-İkinci görüşe göre ise, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra** kiracıya zilyetlik devredilmemiş olsa bile, TBK m. 310 uygulanacaktır. Dolayısıyla şeyin zilyetliği ve mülkiyeti kendisine devredilen alıcı, kira sözleşmesinin tarafı hâline gelecektir. Kiralananın kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmak kira sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır (TBK m. 299). Kiraya verenin asli edim yükümlülüklerinden biri de, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir duruma kiracıya teslim etmektir (TBK m. 301). O hâlde kiracı, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra şey başkasına satılıp devredilse dahi, artık kira sözleşmesinin tarafı hâline gelen yeni malikten kiralananın kendisine

<sup>21</sup> ÖZEN, s. 100; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 455; aynı yönde İsviçre Hukukunda PERMANN, Art. 261 N. 4.

bırakılmasını isteyebilecek; bu maksatla aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilecektir. Yine, kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan TBK m. 125’de yer alan seçimlik haklardan da yararlanılabilecektir. Özetle, kiralananı bırakma borcunu yerine getirmeyen kiraya veren, temerrüde düşürülebilecektir. Kuşkusuz, kiralananı tahrip ya da yok etmişse, bu takdirde de borcunu hiç ya da gereği gibi ifa edemeyeceğinden, kiracının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır (TBK m. 112).

Şu hâlde ikinci görüşe göre, kiracı aynen ifa davası açarak alıcının yeni satın aldığı şeyi kendisine bırakmasını sağlayabilir. Bir başka deyişle, satılanı kira sözleşmesinden dolayı alıcının elinden alabilir. Bu durumun satıcı ile alıcı arasındaki ilişkiye olumsuz yansıtacağı açık olmakla birlikte, alıcıya ne gibi hukuki imkânlar sağlayacağı üzerinde durmak gerekir. Her şeyden önce, kiracının aynı zamanda kiralanan niteliği taşıyan satılanı alıcının elinden almasının, zapt anlamında bir “elden alma” olup olmadığına karar vermek gerekir.

Taşınır satışında satıcının zapttan sorumluluğu TBK m. 214 ve devamında düzenlenmiştir. TBK m. 214’e göre, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur. Şu hâlde üçüncü kişinin hakkı öyle bir haktır ki, alıcının hakkına göre korunmakta ve alıcının üçüncü kişinin satılan üzerindeki hakkına saygı göstermesini gerektirmektedir. Bir başka deyişle üçüncü kişinin satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan hakkı, alıcının hakkına göre üstün bir haktır ve bu nedenle alıcı, üçüncü kişinin satılanı elinden almasını veya onu mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerden yoksun bırakmasını engelleyememektedir<sup>22</sup>.

Üçüncü kişinin satılanı zaptının dayandığı hak, mülkiyet hakkı veya bir sınırlı ayni hak olabilir. Bu ikisinin alıcının hakkına göre üstünlüğü noktasında tartışma yoktur<sup>23</sup>. Örneğin, taşınırı çalınmış ve başkasına satılmış bir kişi, satış sözleşmesi açısından üçüncü kişi konumundadır. Kendisinden çalınan satılanı, alıcı iyiniyetli olsa bile, beş yıl içinde açacağı bir dava ile onun elinden alabilir (TMK m. 989).

---

<sup>22</sup> ARAL/AYRANCI, s. 107.

<sup>23</sup> H. Nami NOMER/B. İlkay ENGİN, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, m. 214 n. 33.



Mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar mutlak hak niteliğindedir; herkese karşı korunur ve herkese karşı ileri sürülebilir. Satıcının üstün hakkı, yine mutlak hak niteliğine sahip diğer haklara; fikrî ve sınai haklar<sup>24</sup> ve kişilik hakkına<sup>25</sup> da dayanabilir.

Nispi haklara gelince, bunların alıcının mülkiyet hakkı karşısında, zapta neden olacak bir üstünlük sağlayıp sağlamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre nispi haklar bu imkânı sağlamaz<sup>26</sup>; diğer görüşe göre, tapu siciline şerh verilmiş böylelikle kuvvetlendirilmiş nispi haklar da zapttan sorumluluğa yol açar<sup>27</sup>.

Kira sözleşmesi, kiraya veren ile kiracı arasında borç doğuran bir sözleşmedir. Kiracıya nispi hak sağlar. Kira sözleşmesi tapu siciline şerh verilebilirse de bunun etkisi ve konuluş amacı farklıdır (TBK m. 312)<sup>28</sup>. Bu nedenle TBK m. 310 açısından şerh verilmiş olsun veya olmasın yahut konusu taşınmaz ya da taşınır olsun tüm kira sözleşmeleri için sorunun incelenmesi gerekir.

Öncelikle, satılanın alıcının “elinden alınmasını” sağlayacak üstün hakkın yalnız mutlak hak niteliğinde olabileceği kabul edilir ve nispi haklar dışarıda tutulursa, kira sözleşmesinden doğan kiracının hakkı, zapttan sorumluluğa yol açmaz. Bu durumda, kiralananı kiracıya bırakmak zorunda kalan alıcının satıcıya karşı TBK m. 112’ye göre tazminat isteme hakkı doğar; zira borç gereği gibi ifa edilmemiş olur<sup>29</sup>.

Zapta neden olan üstün hakkın nispi hak niteliğinde de olabileceğini kabul eden görüşe gelince, tapu siciline şerh verilmiş nispi hakların bu nitelikte görülmesi; şerhin nispi hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlamasından dolayıdır. TBK m. 310, kira sözleşmesinin kanun gereği devrini öngörmekte ve tarafların buna rızasını aramamaktadır. Hâl böyle

<sup>24</sup> ARAL/AYRANCI, s. 107; EREN, Borçlar Özel, s. 82; GÜMÜŞ, (2013), s. 55; NOMER/ENGİN, m. 214 n. 33.

<sup>25</sup> EREN, Borçlar Özel, s. 82; NOMER/ENGİN, m. 214 n. 33.

<sup>26</sup> GÜMÜŞ, (2013), s. 55.

<sup>27</sup> Bak. NOMER/ENGİN, m. 214 n. 33; ARAL/AYRANCI, s. 107; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 144-145; EREN, Borçlar Özel, s. 82.

<sup>28</sup> Hüküm hakkında bak. ÇABRİ, 190 vd.; İNCEOĞLU, 609 vd.; GÜMÜŞ, (2012), 152 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 348 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 457-458, 463 vd.

<sup>29</sup> Bu ihtimalde, satılanın zilyetliği ve mülkiyeti alıcıya devredilmiş olmakla birlikte, kiracı TBK m. 310 gereğince kira sözleşmesinden dolayı şeyin kendisine bırakılmasını (aynen ifa) sağlayabileceğinden, satıcının TBK m. 112 anlamında alıcıya karşı borcunu gereği gibi ifa etmediğinden söz etmek gerekir.

olunca, kiracının alıcı/yeni malike yönelttiği kiralananın kendisine bırakılması (zilyetliğinin devri) talebi de kanun gereği alıcıya karşı ileri sürülebilir bir hakka dayanmış olmaktadır. Bu yolla kiracı, kiralananı “alıcının elinden” alabilmektedir. Şu hâlde TBK m. 310 kaynaklı bu elden alma, kanundan doğan nispi hak nitelikli bir üstün hakka dayanmış olmaktadır. Gerçi burada mülkiyet hakkı yine malikte kalmaktadır. Ancak zaten zapta yol açan elden alma, muhakkak satılanın tamamıyla –mülkiyet hakkı anlamında- elden alınmasını gerektirmez. Dolayısıyla, maliki kullanım hakkından yoksun bırakan, TBK m. 310 kaynaklı elden alma bu gerekçeyle de zapt kapsamı dışında kalmaz.

Bu açıklamalar ışığında, nispi hakların da zapta neden olabileceği görüşü açısından, TBK m. 310’un uygulanabildiği durumlarda, kiracının kiralananı alıcının elinden almasının, satıcının zapttan sorumluluğuna yol açacağı ortaya çıkmaktadır<sup>30</sup>.

Zapt, tam zapt veya kısmi zapt şeklinde gerçekleşebilir. Satılan alıcının elinden tamamen alınmıyorsa tam zapt; kısmen alınıyor ya da bir sınırlı aynı hak yahut nispi haktan dolayı mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerden alıcıyı yoksun kılıyorsa kısmi zapttan söz edilir<sup>31</sup>. Kira sözleşmesinin varlığı, alıcının satılan üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirmemekte, ancak satılanı kullanma imkânından onu yoksun bırakmaktadır. Bu nedenle TBK m. 310’un gereği olarak satılanın zilyetliğinin kiracıya devredilmek zorunda kalınması, tam zapt değil kısmi zapt olarak nitelendirilmelidir<sup>32</sup>.

Kısmi zapt hâlinde alıcının haklarını düzenleyen TBK m. 218’e göre, satılanın bir kısmı elinden alınmışsa alıcı, satıcıdan sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir (f. 1). Maddede hangi zararların hangi esaslara göre giderileceğine dair bir açıklık yoktur. Bu hususta, satıcının tam zapttan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 217’ten yararlanılabileceği kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Bu maddede satıcının bazı zararlar için kusursuz sorumluluğu; bazıları içinse kusur sorumluluğu öngörülmüştür<sup>34</sup>. Kusur sorumluluğu

<sup>30</sup> Bak. NOMER/ENGİN, m. 214 n. 33 ve aynı sayfada dn. 53; ÖZEN, s. 102; İsvBK m. 261 için GUHL/KOLLER, § 44 N. 66.

<sup>31</sup> ARAL/AYRANCI, s. 107-108; EREN, Borçlar Özel, s. 94; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 143.

<sup>32</sup> NOMER/ENGİN, m. 214 n. 42; ÖZEN, s. 102-103.

<sup>33</sup> ARAL/AYRANCI, s. 114; Ancak hükmün nasıl uygulanacağı hakkında farklı görüşler için bak. GÜMÜŞ, (2013), s. 62-63.

<sup>34</sup> Ayrıntılı bilgi için bak. GÜMÜŞ, (2013), s. 61 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 120-121; EREN, Borçlar Özel, s. 86 vd.; ARAL/AYRANCI, s. 113-114.

öngörülenler için, TBK m. 112'deki gibi burada da satıcı aleyhine kusur karinesi devreye girer.

Kısmi zaptta asıl olan, görüldüğü gibi, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi<sup>35</sup> değil; satıcının zapttan dolayı tazminat ödemesidir; yani taraflar arasındaki satış sözleşmesi varlığını sürdürür. Bunun istisnası 218. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “Ancak alıcının, satıldandaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini isteyebilir. Bu durumda alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlüdür”.

Kiradan dolayı satılanın kısmi zaptı durumunda da alıcı TBK m. 218/2'nin sunduğu imkândan yararlanabilir. Bu durumda, satılanın kiraya verildiğini bilmiş olsaydı alıcının onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılmalıdır.

Tam zapt hâlinde satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesini öngören TBK m. 217'nin aksine, kısmi zapt hâlinde sözleşmeye son verilmesi hâkimden istenir. Yani bu hak dava yoluyla kullanılır. Mahkemece verilen sözleşmesinin sona erdiğine ilişkin karar da yenilik doğuran bir karardır<sup>36</sup>.

Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanacağından (TBK m. 246), yukarıda yapılan açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde taşınmaz satışlarında TBK m. 310'un uygulanması ile karşılaşılan durumlar için de geçerlidir. Örneğin, yaşadığı yerden başka bir kente atanan bir memur, oturmak amacıyla orada bir taşınmazı satış yoluyla edindiğini ve fakat taşınmaz kiraya verildiği için bu imkândan yoksun kaldığını ispatlayarak, satış sözleşmesinin sona erdirilmesini hâkimden isteyebilir. Kuşkusuz bunun yerine alıcı, yeni malikin konut gereksinimine dair TBK m. 351'den yararlanarak da kira sözleşmesini sona erdirmeye yolunu seçebilir ki bu durumda, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirecek ve edinmeden<sup>37</sup> ancak altı ay sonra tahliye davası açacaktır (TBK m. 351)<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Tam zapt hâlinde, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır (TBK m. 217/1).

<sup>36</sup> EREN, Borçlar Özel, s. 95; GÜMÜŞ, (2013), s. 63.

<sup>37</sup> Altı aylık süre bildirim tarihinden değil, edinme tarihinden hesaplanır. GÜMÜŞ, (2012), s. 359.

<sup>38</sup> “Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir” (TBK m. 351/2).

Alıcı kiranın varlığından dolayı kısmi zapt hükümlerine başvurarak satış sözleşmesinin sona ermesini sağlarsa, ilişkiye yine tam zaptta ilişkin TBK m. 217'nin kıyasen uygulanması gerekir<sup>39</sup>.

Bu hususta üzerinde durulması gereken bir başka husus, satılan kendisine devredilen alıcının, kira sözleşmesinin varlığını sonradan öğrendiğinde, kiracı kendisinden henüz bir talepte bulunmadan önce zapt hükümlerine başvurup başvuramayacağıdır. Burada, kira ilişkisinin varlığı tek başına yeterli olmayıp, kiracının kiralananın kendisine bırakılmasını talep etmiş olması, yani zapt hakkını kullanmış olması aranmalıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla kiracı bu hakkını kullanmadan önce, alıcı zapt hükümlerine göre satıcıya başvuramaz<sup>41</sup>.

Alıcı kuşkusuz satılanla ilgili bir başkası ile yapılmış kira sözleşmesinin varlığını bilerek de satış sözleşmesini yapmış olabilir. Bu durumda kira sözleşmesinin varlığını TBK m. 310'un uygulanmasında yeterli gören görüş açısından, TBK m. 214/II'ye değinmek gerekir. Bu hükme göre, alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça zapttan dolayı sorumlu olmaz. Dolayısıyla alıcı, kira ilişkisinin varlığını bilerek satın almaya razı olmuşsa, zapt hükümlerine kural olarak başvuramayacaktır. Ancak satıcı, satılanın alıcının elinden alınmayacağını ayrıca üstlenirse, zapttan sorumlu olacaktır<sup>42</sup>.

### **b. Zilyetliğin Kiracıya Devredilmiş Olması**

Bu başlık altında iki ihtimal incelenebilir. İlk olarak, önceki malik ile kiracı arasında geçerli bir kira ilişki vardır. Bu ilişkinin gereği olarak, kiralanan kiracıya bırakılmıştır. Daha sonra kiralanan bir başkasına satılmıştır. İkinci olarak, kira sözleşmesi yapıldıktan ve fakat ifa edilmeden önce kiraya veren, kiralananı bir başkasına satmıştır. Ancak henüz zilyetliğinde ve mülkiyetinde bulunan o şeyi alıcıya değil; kiracıya teslim etmiştir. Bu durumda hâliyle önceki malik, kira sözleşmesinden doğan, kiralananın kullanımını kiracıya bırakma borcunu yerine getirmeyi tercih etmiş olmaktadır.

<sup>39</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122; GÜMÜŞ, (2013), s. 62-63.

<sup>40</sup> Genel olarak zaptta aynı sonuç için bak. EREN, Borçlar Özel, s. 112; ARAL/AYRANCI, s. 110; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 145; konunun tartışmalı yönü için bak. NOMER/ENGİN, m. 214 n. 43.

<sup>41</sup> Bak. aşağıda "3. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Dolayı Alıcının Hakları".

<sup>42</sup> Kiracıya zilyetliğin devrini zorunlu gören görüş açısından ise, "elden alma" noktasında zaptın koşullarının gerçekleştiğinde tereddüt doğacaktır ki, bu hususa ayrıca bir başka vesile ile değinilecektir.

Her iki durumda da satılanın alıcıya teslim edilemeyeceği açıktır. Oysa satış sözleşmesinde satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devredilmesi, satıcının asli borçlarını oluşturur. Nitekim bu sözleşmenin tanımını içeren 207. maddede, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devredilmesinin üstlenilmesi satışın objektif esaslı unsuru olarak yer alır. Yine taşınır satışına ilişkin 210. maddeye göre satıcı, mülkiyetini geçirmek amacıyla satılanın zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür.

Bu hükümler 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden farklılık arz eder. Zira bu Kanun'da satılan malın *tesliminden* söz ediliyordu (BK m. 182, 185). Nitekim gerek TBK m. 207 gerekse 210. maddenin gerekçesinde bu duruma dikkat çekilmiş; taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslimine bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da (kısa elden teslim veya hükmen teslim gibi) gerçekleşebileceği göz önünde tutularak, “teslim” yerine, daha kapsamlı olan “zilyetliğin devrinden” söz edildiği ifade edilmiştir. Gerçekten de teslim, zilyetliğin devri yollarından biridir. Teslim denince akla öncelikle bir şeyin fiilen karşı tarafa bırakılması, ona verilmesi anlaşılır. Ayrıca eşya üzerinde egemenlik sağlayan, bir otomobilin anahtarı gibi araçların verilmesi, zilyetlik anlaşması yoluyla fiilî egemenliğin sağlanması da zilyetliğin teslim yoluyla kazanılması kapsamında görülür. Kısa elden teslim de, alıcının zaten zilyetliğindeki şeyi satın aldığı durumlarda söz konusu olur. Buna karşılık, hükmen teslim ve zilyetliğin havalesi yoluyla zilyetlik devredildiğinde, devralana şey fiilen teslim edilmiş olmaz<sup>43</sup>.

TBK'da “teslim” yerine “zilyetliğin devrinden” söz edilmesi, satıcıya zilyetliğin devri yollarından dilediğini seçme hususunda bir hak tanınmış olduğuna yorumlanmamalıdır. Satıcının borcu, üzerinde alıcının dışında bir başka zilyetlik kalmayacak şekilde satılanın zilyetliğini alıcıya devretmektir. Bu kabul, satıcının herhangi bir zilyetliğin devri yolunu seçme konusunda serbest olmadığı anlamına gelir. O hâlde Kanun'da, zilyetliğin devri yollarının tamamını kapsayan bir ifade tercih edilmiş olmakla isabetli davranılmıştır ve fakat bununla satıcıya eskisinden geniş yetkiler verilmemiş; bu yollardan bir kısmına başvurulması alıcının rızası olmaksızın kullanılamaz kalmıştır<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Satış sözleşmesi açısından bak. GÜMÜŞ, (2013), s. 50; NÖMER/ENGİN, m. 207 n. 53; Mustafa ARIKAN/Mehmet AKÇAAL, “Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümler Bakımından Zilyetliğin Devri Kavramına İlişkin Değerlendirmeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sa. 2, 2013, s. 166, 169.

<sup>44</sup> Bu konuda çeşitli değerlendirmeler için bak. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 89; NÖMER/ERGİN, m. 207 n. 54; GÜMÜŞ, (2013), s. 50-51; ARAL/AYRANCI, s. 89; ARIKAN/AKÇAAL, s. 171 vd.

Kira sözleşmesine gelince, satılan şey kirada ise satıcı, şeyi kira sözleşmesi devam ederken kiracının elinden -onun rızası olmadan- alarak alıcıya teslim edemez. İlişkide, satılan kiracıda bulunduğu için o dolaysız zilyettir; satıcı/kiraya veren ise dolaylı zilyettir. Bu durumda satıcının şeyin dolaylı zilyetliğini alıcıya havale ederek borcunu yerine getirmesi düşünülebilir. Ancak yukarıdaki açıklamalar gereği, alıcı zilyetliğin bu yolla devrini kabul etmeyebilir. Alıcının bu reddi alacaklının temerrüdüne yol açmaz. Aksine, borcun gereği gibi ifasını öneremeyen borçlunun sorumluluğu doğar.

Borçlunun hangi hükümlere göre sorumluluğunun doğacağına belirlenmesinde ise, aşağıda olduğu gibi, kira sözleşmesinin konusu ve niteliği de dikkate alınarak açıklamalarda bulunmak gerekir.

#### **aa. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinde**

Kira sözleşmeleri belirli ya da belirsiz (belirli olmayan) bir süre için yapılabilir (TBK m. 300/1). Kanun'a göre, kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmeleri belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır (TBK m. 300/2). Yine belirli süreli bir kira sözleşmesinde taraflar, aralarında açık bir anlaşma olmaksızın, bu sürenin sona ermesinden sonra da kira ilişkisini sürdürüyorlarsa kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK m. 327).

Belirsiz süreli kira sözleşmeleri fesih bildirim ile sona erdirilebilir. Taraflar bunun için fesih dönemleri ve fesih bildirim süreleri belirlemiş olabilirler; yahut sadece bunlardan birisi (fesih dönemi veya fesih bildirim süresi) üzerinde durmuş ve anlaşmış olabilirler. Eğer böyle bir anlaşma varsa, bu anlaşmaya uyularak fesih gerçekleştirilmelidir. Yoksa, TBK'da öngörülen yasal fesih dönemleri ve fesih bildirim sürelerine uyulmalıdır (TBK m. 328). Bu dönem ve süreler, Kanun'da kira sözleşmesinin niteliğine veya konusuna göre farklı farklı düzenlenmiştir. Aşağıda taşınır kirası, taşınmaz ve taşınır yapı kirası ve son olarak konut ve çatılı işyeri kiraları açısından konuya değinilecek ve fakat ürün kirasına<sup>45</sup> ayrıca yer verilmeyecektir (bak. TBK m. 367-368).

---

<sup>45</sup> TBK m. 310'un ürün kirasında da uygulanacağı yönünde ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 276; ERTUĞRUL, s. 549; aynı yönde İsvBK 261 için HEINRICH, Art. 261-261b N.1; PERMANN, Art. 261 N. 1.

### aaa. Taşınır kiralarda

Taşınır kiralarda, taraflardan her biri, bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir (TBK m. 330/1).

Satıcı, alıcıya bu gibi bir malın zilyetliğinin devrini, zilyetliğin havalesi yoluyla gerçekleştirmeyi önerebilir. Alıcı zilyetliğin havalesi yoluyla zilyetliğin devrini ve bu yolla mülkiyetin naklini kabul etmek zorunda değildir. İşte eğer alıcı bu öneriyi reddederse, satıcının temerrüde düştüğünden söz etmek ve borçlunun temerrüdü hükümlerini uygulamak isabetli olur. Zira satılan her ne kadar kiracıda olsa da, satıcının bunu ondan geri alarak alıcıya teslim etmesi mümkündür. Satıcı fesih bildiriminde bulunarak bildirimden üç gün sonrası için kira ilişkisini sona erdirebilir. Hâliyle şeyi kiracıdan geri alabilir ve doğrudan zilyetliğini ve bu yolla mülkiyetini alıcıya devredebilir.

Bu tür kiralarda ifa zamanı geldiğinde alıcı zilyetliğin dolaylı devrini kabul etmezse, satıcı hemen fesih bildiriminde bulursa bile borcunu ancak üç gün gecikme ile yerine getirebilecektir. Yani satıcının burada borcunu zamanında yerine getiremediği süre en az üç günlük bir süre olup bu süre içinde ifanın gerçekleşmesi imkânsızdır. Bu imkânsızlık geçici olup süreklilik arz etmediğinden, TBK m. 112'nin kapsamına girmez<sup>46</sup>. Zira TBK m. 112, "borcun hiç yerine getirilmemesi" anlamında, borçlunun sorumlu olduğu sürekli imkânsızlık hâllerinde uygulanır. TBK m. 330/1'e tabi taşınır kiralarda ise borcun ifası imkânsızlaşmamıştır; satıcı fesih bildiriminde bulunabilir ve böylece gecikmiş de olsa borcunu ifa edebilir.

Satışla ilgili TBK m. 212 ve 213'te satıcının temerrüdü ile ilgili hükümler vardır. TBK m. 212/1'de, satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler TBK m. 117 vd.nda yer almaktadır. Satış

<sup>46</sup> Geçici imkânsızlıkta borcun sona ermeyeceğine, TBK m. 112'nin (önceki Borçlar Kanunu m. 96'nın) uygulanmayacağına ilişkin bak. Andreas VON TUHR, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: 1-2, çeviren: Cevat EDEGE, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 562; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1040; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 13. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, n. 1488; S. Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 1217; ayrıca bak. Fatih GÜNDOĞDU, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 52-53; Başak BAŞOĞLU, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 174 vd.

sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine alacaklıya tanınan üç seçimli haktan alıcı da yararlanır. Bunlar kısaca; aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan olumlu (müspet) zararın tazmini ve nihayet sözleşmeden dönerek sözleşmenin geçerli olmamasından doğan olumsuz (menfi) zararın tazmini talepleridir. Burada geçici imkânsızlık söz konusu olduğunu göre, alıcı imkânsızlık geçene kadar aynen ifa talebinde bulunamaz<sup>47</sup>. Ancak bu dönemde de koşulları gerçekleşmişse, diğer yollara başvurarak olumlu ya da olumsuz zararının tazminini isteyebilir.

Aslında üç günlük fesih bildirim süresine tabi taşınır kiralalarında, kiralananın satın alınması durumunda alıcı, zilyetliğin dolaylı devrini kabul edebilir ve kira sözleşmesinin tarafı olduktan sonra bizzat kendisi kiracıya karşı fesih bildiriminde bulunabilir. Kuşkusuz alıcı pratik **görünen** bu yolu da tercih edebilir. Ancak alıcı, önceden tanımadığı kiracı ile muhatap olmak istemeyebilir. Yahut fesih bildiriminden sonra kiracıdan malı almak (kiracının malı kendisine teslimini sağlamak) için bir hukuki mücadeleye girişmeyi –bu riski göze almayı- tercih etmeyebilir. Alıcının bu ve benzeri nedenlerle dolaylı zilyetliğin devrini reddi TMK m. 2'ye de aykırı görülmemelidir. Yani satıcı, alıcının zilyetliğin havalesini kabul etmesi gerektiğini, zira zaten üç gün sonra kira ilişkisini sona erdirebileceğini; bu nedenle alıcının dolaysız zilyetliğin devrindeki ısrarının hakkın kötüye kullanılması olduğunu ileri sürememelidir.

Belirsiz süreli taşınır kiralalarının tamamında fesih süresi böyle kısa değildir. Nitekim TBK m. 330/2'ye göre, kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Özel kullanımdan, fıkranın ilk kısmında geçen mesleki faaliyet gereği olmanın aksi anlaşılmalıdır. TBK m. 330/2'ye tabi taşınır kiralalarında da, satılanın dolaysız zilyetliğinin ve bu yolla mülkiyetinin devri belli bir süre için imkânsızdır. Ancak buradaki geçici imkânsızlık nispeten uzundur ve süresi dört aya kadar kira sözleşmesinin başlangıç tarihine göre değişebilir. Zira TBK m. 328/1'e göre, fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır. Dolayısıyla yeni kira dönemine 29 ya da 30 gün kala ifa edilecek bir satış sözleşmesinde, satıcının gecikmiş –gereği gibi- ifayı gerçekleştirebileceği

---

<sup>47</sup> Bu konuda çeşitli görüşler ve ayrıntılı bilgi için bak. GÜNDOĞDU, s. 108 vd., 110; ayrıca BAŞOĞLU, s. 174.



en yakın zaman yeni dönemden iki ay geçtikten sonra son aya girmeden yapılacak bildirim ile bu ayın sonu olacağından beklenecek süre yaklaşık dört ayı bulacaktır. Örneğin Ocak-Şubat-Mart dönemli bir kira akdine konu malın satılması üzerine, 3 Martta satılanın teslimi öngörülmüşse, fesih bildirim süresi de –bu dönem için- geçmişse Nisan-Mayıs-Haziran döneminde akit ancak feshedilebilecek böylece satıcının doğrudan zilyetliği devredebileceği en yakın tarih 1 Temmuz olacaktır. Aşağıdaki örnekte ise, hemen yapılacak fesih bildirimine üzerine beklenecek süre sadece son bir ay olacaktır. 28 Şubat'ta ifa edilecek satış sözleşmesi için, Ocak-Şubat-Mart dönemli kira sözleşmesi aynı gün yapılacak bildirimle Mart sonunda feshedilebilecek yani imkânsızlık sadece bir ay için gündeme gelecektir<sup>48</sup>.

Satış sözleşmesinde alıcı için aynen ifayı isteyemeyeceği süre bu tür taşınır kiralalarında hâliyle kısa olmayabilir. Ancak bu durumlarda alıcı eğer bu sürenin sonunu beklemek istemiyorsa, tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün diğer sonuçlarına başvurabilir; aynen ifadan vazgeçerek tercihine göre olumlu zararını isteyebileceği gibi sözleşmeden dönerek olumsuz zararını da isteyebilir.

Alıcının bu iki haktan birini kullanabilmesi için satıcının temerrüde düşmüş olması yetmez. Bundan başka, alıcı satıcıya borcun ifası için uygun bir süre (mehil) vermelidir (TBK m. 123). Görüldüğü gibi bu uygun süre borçlunun ifa ile borcunu sona erdirmesi için verilen son bir şanstır<sup>49</sup>. Öğretide uygun sürenin; tarafların çıkarları, edimin özelliği ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak belirlenen, edimin ifasına imkân veren bir süre olduğu ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Kanaatimce, bu tür taşınır kiralalarında uygun süre, satıcının fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdireceği en yakın dönem sonu olarak kabul edilmemelidir. Yani alıcının, aynen ifanın gündeme gelmeyeceği iki haktan birini kullanmadan önce, ifa ile sorunu çözme konusunda satıcıya vereceği bu son şans, geçici imkânsızlığın sona ereceği en yakın tarihe bağlanmamalıdır. Uygun süre, sanki satılan kiraya verilmemiş gibi, satılanın niteliğine ve (diğer) durum ve koşullara göre verilmesi gereken süre ne ise o olmalıdır. Bu noktada

<sup>48</sup> Kuşkusuz satıcı zamanında fesih bildiriminde bulunmazsa, bir sonraki dönem sonu beklemek zorunda kalınacaktır. Yine Ocak-Şubat-Mart dönemli bir kira sözleşmesinde satılanın 27 Martta teslimi öngörülmüş ve satıcı da Mart ayı girmeden –zamanında- fesih bildiriminde bulunmuşsa, sözleşme 31 Martta sona ereceğinden, geçici imkânsızlık sadece dört gün için söz konusu olacaktır.

<sup>49</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, alıcının uygun süre vermesi ve sonrasında bu sürenin dolması, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkını ortadan kaldırmaz.

<sup>50</sup> Bak. EREN, Borçlar Genel, s. 1111; OĞUZMAN/ÖZ, n. 1656.

alıcının hakkını, kiranın varlığı kısıtlamamalı; borcun ifasını içermeyen diğer iki hakkı kullanma imkânını ötelememelidir.

Yukarıdaki kabul doğrultusunda, o hâlde, kira ilişkisi –en yakın fesih dönemi- dikkate alınmadan belirlenecek süre, ya zaten geçici imkânsızlığın kalkacağı kadar uzun olacak ya da bu kadar uzun olmayacaktır. Bu iki ihtimale göre, sorunu çözmek gerekir.

i. İlk olarak, uygun süre, geçici imkânsızlığın kalkacağı süreden uzun olabilir. Örneğin kira ilişkisinin fesih yoluyla sona erdirileceği en yakın süre bir ay sonrasındır ve satılan için TBK m. 123'e göre verilmesi gereken uygun süre kırk gündür. Bu durumda satıcı, uygun süre dolmadan önce, fesih bildirim yoluyla kira sözleşmesini sona erdirerek aynen ifayı gerçekleştirebilir ve böylece alıcı artık diğer iki yola başvuramaz; aynen ifanın yanında gecikmeden doğan zararının tazminini ister ve kendi borcu da kuşkusuz varlığını sürdürür. Eğer fesih gerçekleşmezse, uygun süre içinde borç ifa edilmediğinden, alıcı diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

Bu ihtimalde, fesih bildirim süresinin satıcı tarafından sessiz geçilmesinin uygun süreye etkisi üzerinde de durulmalıdır. Örneğin, satıcıya kırk gün süre verilmiş ve fakat satıcı kira döneminden bir ay önceki on günü bildirimde bulunmadan geçirmişse, artık bu bildirim en yakın dönem sonu için kira ilişkisini sona erdirmeyecektir<sup>51</sup>. Bu takdirde artık, TBK m. 124'ten dolayı, sürenin sonunu beklemenin gereksiz olduğu; alıcının on günün sonunda diğer (aynen ifa içermeyen) seçimlik haklarından birini kullanabileceği düşünülebilir. Ancak bu düşünceye itibar edilmemelidir. Nasıl ki, uygun sürenin verilmesinde kira ilişki dikkate alınmadan, sanki kira ilişkisi yokmuş gibi bir süre belirlenmeli ise, burada aynı esas geçerli olmalı fesih bildirim süresinin geçmesi, uygun sürenin sonuna kadar beklenmesini engellememelidir. Bu sürenin dolması beklenmelidir. Zira uygun süre dolmadan önce satıcı, fesih dışındaki herhangi bir yolla da kira ilişkisini sona erdirmeye fırsatı yakalayabilir. Örneğin satıcı, kiracıyı ikna ederek anlaşma (ikale) yoluyla kira ilişkisini sona erdirebilir ve aynen ifa imkânına kavuşabilir.

ii. İkinci olarak, uygun süre, geçici imkânsızlığın kalkacağı süreden kısa olabilir. Örneğin kira ilişkisinin fesih yoluyla sona erdirileceği en yakın süre iki ay iken satılan için TBK m. 123'e göre verilmesi gereken uygun süre on gündür. Bu durumda, uygun süre içinde kira sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla burada, diğer (aynen

---

<sup>51</sup> Bu gibi durumlarda bildirim ya hiç yapılmamış olabilir veya geç yapılmış olabilir. Geç yapılmışsa geçersiz olmayıp bir sonraki dönem için sonuç doğurur.

ifa dışındaki) seçimlik hakların kullanılması için uygun süre verilmesinin istisnalarını düzenleyen TBK m. 124'e değinilmelidir. Bu maddede aynen ifa için borçluya uygun süre verilmesini gerektirmeyen üç durum düzenlenmiştir: Bunlardan ilki, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağını anlaşılmıştır. Eğer uygun süre içinde, fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilemeyeceği tek ölçüt olarak alınır, bu takdirde bu istisnaya dayanılarak alıcının satıcıya hiç süre vermeksizin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği sonucuna varılması gerekir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi, bu uygun süre kira ilişkisi *unutularak/yokmuş gibi* belirleneceğine göre, yine aynı şekilde kiradan (onun uygun süre içinde bildirim yoluyla feshedilememesinden) etkilenmeden varlığını sürdürmelidir. Zira yine değinildiği gibi, satıcı bir başka çözümle satılanı geri alarak alıcıya onun dolaysız zilyetliğini ve mülkiyetini devredebilir.

Bu arada, TBK m. 124'teki diğer iki istisnaya da burada kısaca değinmekte yarar vardır. Tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt durumunda aynen ifa içermeyen diğer iki seçimlik hakkın kullanımı için şu durumlarda da uygun süre vermek gerekmez:

-Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

-Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.

Taşınırın kiracıda olmasından dolayı satıcının borcunu zamanında ifa edemeyerek temerrüde düştüğü tüm durumlarda, kuşkusuz eğer bu ikisinden biri gerçekleşirse uygun süre verilmesi gerekmez. Üç günlük fesih bildirim süresine tabi taşınır kiralaları için de bu esas geçerlidir. Nitekim bir firmanın, renk körü müşterileri için yılda bir kez düzenlediği bir organizasyonda kullanmak üzere sipariş ettiği çok özel bir elektronik alet sunum günü kirada olduğu için teslim edilmezse, fesih yoluyla üç gün sonra teslim edilmesinin de anlamı kalmayacağı için uygun süre verilmesi gerekmeyecektir. Zira borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için artık yararsız kalmıştır.

### **bbb. Taşınmaz ve taşınır yapı kiralaları ile Konut ve çatılı işyeri kiralalarında**

Taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında, taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel âdetde belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık

kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyararak feshedebilir (TBK m. 329).

Taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında, dönemler ve bildirim süreleri taşınır kiralara olduğundan uzundur. Ancak üç ay dönemli ve bir ay bildirim süreli taşınır kiralalarında alıcının hakları ile ilgili yukarıdaki açıklamalardan burada da ayrılmak için bir neden yoktur.

Kiraya verenin fesih bildirim yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmesi açısından, en uzun beklenilecek kira ilişkileri, konut ve çatılı işyerlerine ilişkin olanlardır. Nitekim konut veya çatılı işyerine ilişkin belirsiz süreli kira sözleşmesi, kiraya veren tarafından ancak kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sona erdirebilir (TBK m. 347).

On yıl gibi uzun bir süre<sup>52</sup>, imkânsızlığın geçici olarak nitelendirilmesinde tereddüde yol açabilir. Nitekim öğretideki baskın görüşe göre<sup>53</sup>, imkânsızlık geçici nitelikte olsa bile geçiciliğin kalkmasına kadar beklenmesi sözleşmenin amacını elde edilemez kılıyor ya da geçiciliğin ne kadar süreceği belirsiz kalıyorsa, artık kalıcı (sürekli) bir imkânsızlıktan söz edilebilir ve borçlu bunda kusurlu ise TBK m. 112'ye başvurulabilir.

Ancak burada esas dikkat edilecek husus, kiralananın en nihayetinde satıcının mülkiyetinde olması ve satıcının kiracıyı ikna ederek kira sözleşmesini fesih dışında bir yolla sona erdirmeye ihtimalinin her zaman için var olmasıdır. Zaten bu çalışmada kabul edilen şekliyle aynen ifadan vazgeçmeye imkân tanıyan uygun süre, kira ilişkisi yokmuş gibi belirleneceğinden, konut ve çatılı işyeri kirasındaki on yıllık uzun süre, alıcının bu kadar beklemesini de gerektirmeyecektir. Tekrarlamak gerekirse alıcı, konut kirada değilmiş gibi aynen ifa için satıcıya uygun bir süre verecek; bu süre içinde ifa gerçekleşmezse temerrütten doğan diğer iki seçimlik hakkını kullanacaktır (TBK m. 125/2).

---

<sup>52</sup> Kuşkusuz konut ve çatılı işyeri kiralalarında da fesih için beklenecek süre her durumda on yıl olmayacaktır. Örneğin satış, kira akdinin on üçüncü yılında yapılmış, dönem sonu için fesih bildiriminde bulunulmuş ve satıcının borcunu ifa zamanı, kira akdinin fesihle sona ermesinden önceki yedinci güne denk gelmiş olabilir. Bu örnekte ifa, sadece yedi gün için –geçici- imkânsız olacaktır.

<sup>53</sup> Bak. OĞUZMAN/ÖZ, n. 1488; EREN, Borçlar Genel, s. 1040-1041; VON TUHR (EDEGE), s. 562; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1217; ayrıntılı bilgi için GÜNDOĞDU, s. 53, 104 vd.; BAŞOĞLU, s. 175 vd.

### bb. Belirli Süreli Kira Sözleşmelerinde

Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli süreli (TBK m. 300/2). O hâlde belirli süreli kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer (TBK m. 327/1). Konut ve çatılı işyeri kiralarda durum farklıdır. Bu tür kiralarda, kiracı belirli süreli sözleşmelerin bitiminden önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren ise ancak on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, sözleşmeyi sona erdirebilir (m. 347).

Belirli süreli kira sözleşmelerindeki durum da, yukarıda belirsiz süreli kira sözleşmeleri için olandan, satıcının borcunun ifası noktasında pek farklı değildir. Bu kira ilişkilerinde de sürenin bitimine kadar, satışın gereği olan, dolaysız zilyetliğin ve bu yolla mülkiyetin devri geçici olarak imkânsızdır.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin bitimi ile kira ilişkisi kendiliğinden sona ereceğinden aynen ifayı engelleyen geçici imkânsızlık da artık ortadan kalkmış olur. Ancak bu noktada TBK m. 327/2'ye de değinmek gerekir. Bu hükme göre, belirli süreli kira sözleşmesinin tarafları, süre dolmasına karşın açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Bir başka deyişle, bu hüküm sayesinde kira sözleşmesi belirli süreli olmaktan çıkarak belirsiz süreli bir nitelik kazanmakta ve bu hâliyle kira ilişkisi varlığını sürdürebilmektedir. Şu hâlde somut olayda, belirli süreli kira sözleşmesine konu edilmiş kiralanan satılmış ve fakat süre dolduktan sonra hâlâ kiracının zilyetliğinde ise, bunun TBK m. 310'un uygulanmasına nasıl bir etkisi olacaktır? Satış açısından ise, imkânsızlık ortadan kalkmış mı yoksa devam ediyor mu kabul edilecektir?

İki farklı ihtimale göre, bu sorular yanıtlanabilir. İlk olarak, kira sözleşmesinin sürdürülüp sürdürülmediği, satışın varlığı dikkate alınmadan, kiracı ve kiraya verenin birbirine yönelik davranışları yorumlanarak belirlenmeye çalışılabilir. Bu noktada, kiralananın hemen geri alınmamış ya da iadesinin istenmemiş olmaması<sup>54</sup> tek başına bir fikir vermez ise de, kiracının kira ödemeye devam etmesi ve kiraya verenin çekince ileri sürmeksizin bu ödemeleri alıyor olması gibi davranışlar<sup>55</sup> kira ilişkisinin sürdürüldüğüne yorumlanabilir. İkinci olarak, kiralananın satılması, satıcının/kiraya verenin

<sup>54</sup> Çeşitli örnekler için bak. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 577.

<sup>55</sup> EREN, Borçlar Özel, s. 379; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 576-577.

kira ilişkisini sürdürme iradesinin bulunmadığına yorumlanabilir. Böylece belirli süreli kira sözleşmelerinde, sürenin dolmasından önce kiralananın satışı için sözleşme yapılmışsa, artık kira ilişkisinin sona ereceği, belirsiz süreli sözleşme olarak devamının istenmediği ileri sürülebilir. Bu ikinci anlayışın takibi daha isabetli olabilir. Zira satışın varlığı hâlinde, satıcının hem kiralananı satıp hem de kiraya veren sıfatını korumak istediğinin kabulü çelişki olur. Sonuçta, TBK m. 310 uygulanırsa ve satışa karşın kira varlığını sürdürse bile, satıcı kiraya veren sıfatını yitirecek ve alıcı kira ilişkisinin tarafı olacaktır. Özetle, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin dolmasından önce kiralanan satılmışsa, kiraya veren malikin kira ilişkisini sürdürme niyetinin bulunmadığının benimsenmesi uygun olacaktır.

## **2. Satış Sözleşmesinin Önce Kiranın Sonra Kurulduğu Durumlar**

Bu ihtimalde önce satış sözleşmesi kurulmuş, sonra satıcı/malik, bir başkası ile kira sözleşmesi yapmıştır. Bu durumda karşılaşılabilecek sorunları da, zilyetliğin devri noktasında hangi sözleşmenin daha önce ifa edildiğine göre ayrı ayrı incelemekte yarar vardır.

### **a. Zilyetliğin Alıcıya Devredilmiş Olması**

Satış sözleşmesi yapıldıktan sonra malik, satılanı bir başkasına kiraya vermiş ve satılanı alıcıya devretmiş olabilir. Bu durumda hâliyle kiralananı kiracıya teslim etmemiş (TBK m. 301), zilyetliğini kiracıya devretmemiş olmaktadır.

Anımsatmak gerekirse, daha önce, TBK m. 310'un lafzıyla da bağlantılı iki görüş üzerinde durulmuştur.

Bir görüş, TBK m. 310'u uygulanması için, kiralananın zilyetliğin kiracıya devredilmiş olmasını arıyordu. Bu görüşe göre, satılan, sonraki kira sözleşmesine karşın alıcıya devredildiğinden, yani kiracı şeyin zilyetliğini kazanamadığından, TBK m. 310'un uygulanması gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla satıcı ile alıcı arasındaki ilişki kiradan etkilenmeyeceğinden, alıcının bu noktada konumuz açısından incelenecek özel bir durumu yoktur.

İkinci görüş ise, TBK m. 310'un kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın el değiştirmesinden söz eden lafzından ve hatta ruhundan (kiracının bu durumda da korunmasından vazgeçilmemesinden) hareketle, kiracının zilyetliği sağlanmasa da kira ilişkisinin doğmuş olmasını, TBK m. 310'un uygulanması için yeterli görüyordu. Bu açıdan bakıldığında, satış sözleşmesi daha önce kurulmuş olsa bile, kira sözleşmesinin yapılmasından

sonra, satılanın mülkiyeti alıcıya devredilmiş olursa, yine TBK m. 310 uygulanacaktır. Kiracı sözleşmesinin ifasını, kiralananın kendisine teslimini yeni malikten isteyebilecektir.

Alıcının bu durumda satıcıya karşı zapt hükümlerine başvurup vuramayacağı ise bir başka sorundur. Zaptın koşullarından birisi, “satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla” satılanın alıcının elinden alınmasıdır (TBK m. 214/1). Oysa burada kira hakkı satıştan sonra doğmaktadır. Burada, m. 310’un tasarruf işlemi (el değiştirme) esaslı düzenlemesi nedeniyle –eskiden zapt açısından gündeme gelmeyen- yeni bir durum doğduğu, bir kanun boşluğu meydana geldiği ve bu boşluğun zapt hükümlerine kıyasen başvurmak yoluyla doldurulması kabul edilmezse, alıcının yapacağı, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı TBK m. 112’ye göre satıcıdan olumlu zararını istemek olacaktır.

Bir başka hususa burada kısaca değinmek gerekirse, satış sözleşmesinin yapıp mülkiyetin alıcıya geçirildiği ve bu aşamadan sonra satıcının bir de satılan için kira sözleşmesi yaptığı durumların TBK m. 310 ile ilgisi yoktur. Bu durumda satıcı bir başkasının malını kiraya veren durumundadır<sup>56</sup>. Sözleşmeyi ifa edemeyince, kiracıya karşı sorumlu olacaktır<sup>57</sup>.

### **b. Zilyetliğin Kiracıya Devredilmiş Olması**

Satış sözleşmesi yapıldıktan sonra malik, satılanı bir başkasına kiraya vermiş ve satılanı kiracıya devretmiş olabilir. Örneğin vade gününe kadar satılanı (onun zilyetliğini ve mülkiyetini) elinde bulunduran satıcı, bu tarihten önce onu bir başkasına kiraya verebilir ve kiracıya dolaysız zilyetliğini devredebilir.

TBK m. 310’un, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra satılanın el değiştirmesinden söz eden, tasarruf işlemi esas alan bir yapısı olduğuna değinilmişti. Bu bakış açısıyla, satış sözleşmesinin önce yapılmış olması, kiracıya kiralananın zilyetliğinin devrini hem arayan hem de aramayan görüş

<sup>56</sup> GUHL/KOLLER, § 44 N. 74; ÖZDEMİR, s. 158.

<sup>57</sup> Öğretide konunun tartışmalı yönü vardır. Mesele bir görüş açısından değerlendirilirse, burada imkânsızlıktan söz etmek doğru olmaz; zira satıcı borcu ifa edemese de, malın sahibi için pekâlâ ifa mümkündür. Yani objektif bir imkânsızlık ortada yoktur ve bu nedenle temerrüt hükümlerinin uygulanması düşünülmelidir. Bu görüş için bak. EREN, Borçlar Genel, s. 1039, 1040, 1089-1090; Fahrettin ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 72; Diğer görüş açısından değerlendirilir ise, burada malı malikinden temin ederek borcunu yerine getiremeyen kiraya veren açısından, borç artık kusuru ile imkânsızlaşmış olup TBK m. 112’ye göre kiracıya karşı sorumluluğu doğar. bak. GÜNDOĞDU, s. 145 vd.; ÖZDEMİR, s. 158.

için, TBK m. 310'un uygulanmasını engellemeyecektir. Zira kiralananın zilyetliğinin kiracıya devrini arayan görüş bakımından, bu devir gerçekleştikten sonra mülkiyetin devri (kiralananın el değiştirmesi) gerçekleşmiştir. Kira sözleşmenin kurulmuş olmasını yeterli gören görüş için de, el değiştirme kiradan sonra gerçekleştiğinden yine TBK m. 310 uygulanacaktır.

Satıcı, bu ihtimalde, alıcıya satılanın dolaysız zilyetliğini ve bu yolla mülkiyetini devredememektedir. Alıcı da dolaylı zilyetliğin ve bu yolla mülkiyetin devrini kabul etmezse satıcı temerrüde düşmüş olacaktır ki, yukarıda bir başka başlık altında belirli-belirsiz süreli kira sözleşmeleri açısından konu ayrıntılı biçimde incelenmişti.

Satıcının zapttan sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğine gelince, zapta karşı sorumlulukta “satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla” zaptın gerçekleşmesi gerekirken, bu başlık altında incelenen ihtimalde, kira sözleşmesi satıştan sonra kurulmaktadır. İkinci olarak, zilyetlik kiracıya devredildiğinden, satılan satıcının elinden alınmış da olmamaktadır ki, TBK m. 214'te zaptın “satılanın tamamının veya bir kısmının bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınır” gerçekleşeceği açıkça zikredilmiştir. Bu iki nedenle, alıcının -dolaylı zilyetliğin (ve bu yolla mülkiyetin) devrini kabul etmiş olsa da- satıcıya karşı zapt hükümlerine başvuramayacağı anlaşılmaktadır. O hâlde alıcının yapacağı iş, borcun gereği gibi ifa edilmemesine dayanarak TBK m. 112'ye göre satıcının sorumluluğuna gitmek olacaktır.

### **3. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Dolayı Alıcının Hakları**

TBK m. 112'de borcun hiç ifa edilmemiş olması yanında gereği gibi ifa edilmemiş olması da düzenlenmiştir. Bu durumda borç ifa edilmiştir ve fakat sözleşmeye uygun, gereği gibi ifa edilmemiştir. Bundan dolayı da borçlu, alacaklının borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararını tazmin edecektir. Yani gereği gibi ifa etmeden dolayı alacaklı borçludan olumlu zararının tazminini isteyebilecektir:

-TBK m. 310'un uygulanması için kiracıya kiralananın zilyetliğinin devrini zorunlu görmeyen görüş açısından, alıcı satılanı devraldıktan sonra, kira ilişkisinin varlığını öğrenmiş olabilir. Bu durumda alıcı, kiracı tarafından satılan elinden alındığında, satıcıya karşı zapt hükümlerine başvurabileceği gibi TBK m. 112'ye de başvurabilir. Zira Kanun'un satış sözleşmesinde zapt hâli için ayrıca hükümler getirmiş olması, alıcının TBK m. 112'ye başvurma hakkını ortadan kaldırmaz<sup>58</sup>. Bu ikisi yarışır nitelikte olup zapt hükümlerine

<sup>58</sup> “Kanun koyucuların genel olarak ifa yükümlülüğü ve ifa etmemenin sonuçlarının yanı sıra



(m. 214 vd) gitmek yerine alıcı TBK m. 112'ye göre tazminat isteme yolunu da tercih edebilir.

-Yine aynı görüş açısından, satılan kendisine devredilen alıcının, kira sözleşmesinin varlığını sonradan öğrendiğinde, kiracı kendisinden henüz bir talepte bulunmadan önce zapt hükümlerine başvuramayacağına yukarıda değinilmişti. Ancak bu durum TBK m. 112'nin uygulanmasına engel olmaz; borcun gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle TBK m. 112'ye göre alıcı satıcının sorumluluğuna gidilebilir.

-Alıcı satılanın kiraya verildiğinden haberdar olduğunda, bu hâliyle satılanı teslim almayı –yahut dolaylı zilyetliğin devrini- kabul etmeyebilir. Bu husus yukarıda incelendi. Ancak aynı durumda alıcı satılanı kabul de edebilir ve satıcının satış sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediğine dayanarak TBK m. 112'ye göre tazminat talebinde bulunabilir.

## B. İrade Bozukluğundan Doğan Haklar

### 1. Yanılma

Yanılma irade bozukluğu hâllerindedir. TBK m. 30'a göre, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.

Alıcı satılanın kirada olduğundan habersiz ise<sup>59</sup>, TBK m. 310'un uygulandığı durumlarda, satış sözleşmesi açısından yanılma hükümlerine başvurulup vurulamayacağı üzerinde de durmak gerekir.

Burada gündeme gelecek yanılma saik yanılmasına dayanan esaslı yanılmadır.

---

ayrıca zapta karşı tekeffül sorumluluğunu düzenlemeleri, alıcının kendisini malik addetmekte kendisine duyduğu güvenin korunmasıdır. Gerçekten de geçerli olarak kurulduğuna güvenilen ve fakat geçerli olarak kurulmamış bir sözleşmeye duyulan güven; ifa edilmemiş ve fakat ifa edileceğine dair duyulan güven ve görünüşte ifa edilmiş ancak ifanın görünüşte gerçekleştiğinin sonradan anlaşılması ile yaşanabilecek olumsuz durumlar ve özellikle alıcının çeşitli ithamlara maruz kalabilme (hırsız olduğu vs. şeklinde) tehlikesi, özel bir düzenleme yapmanın gerekçeleri arasında sayılabilir. Söz konusu hükümlerin genel olarak ifa engellerini düzenleyen hükümler karşısındaki (TBK. m. 112 vd.) konumu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce hak sahibi bu hükümlere seçimlik bir biçimde dayanabilir". M. Fadıl YILDIRIM, "Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s. 1050; NOMER/ENGİN, m. 214 n. 24-25; GÜMÜŞ, (2013), s. 54.

<sup>59</sup> "Gayrimenkullerdeki kira sözleşmesinde, kiralananın tapu kayıtlarına gerekli şerhler düşülmediği durumlarda, üçüncü kişilerin gayrimenkulün kira ile yüklü olup olmadığını bilmemesi gayet normaldir" ÖZDEMİR, s. 150.

Saikte yanılma tek başına esaslı yanılma olarak değerlendirilmez. Saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılması için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir (TBK m. 32):

- Yanılan, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saymalı,
- yanılanın bu anlayışı iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olmalı,
- yanılma konusu saik karşı tarafça da bilinebilir olmalıdır.

Yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması, yanılmanın subjektif unsurudur. Eğer yanılan, bu yanılması olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak veya mevcut koşullarla yapmayacak idiyse durum böyledir<sup>60</sup>. TBK m. 310 açısından, alıcı satılanın kirada olduğunu bilseydi bu sözleşmeyi yapmayacak idiyse (veya aynı koşullarla yapmayacak idiyse), subjektif koşul gerçekleşmiş olur.

İkinci unsur objektif bir değerlendirme gerektirir. Yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saymasının iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması da gerekir ki yanılma esaslı olsun. Şu hâlde, satılanın kirada olmasından dolayı, dolaysız zilyetliği elde edemeyip TBK m. 310'a göre kira sözleşmesinin tarafı hâline gelme, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları açısından esaslı bir yanılma görülmeli midir? Yani alıcının satılanın dolaysız zilyetliğini elde edeceği -hâliyle onun kirada olmadığı- düşüncesi boşa çıkarsa, yanılma objektif açıdan esaslı yanılma sayılmalı mıdır?

Kanaatimce burada alıcı lehine bir tutum izlenmeli, “kirada olan bir malın alınmak istenmeyeceği” esasen kabul edilmelidir:

-Öncelikle, kiranın varlığı mülkiyetten doğan o şeyi kullanma yetkisini engeller<sup>61</sup>. Bir şeyin mülkiyetini satın alma sonucu kazananın, o şeyi kullanma amacının olması ise kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle aksi ortaya konmadıkça alıcının, satılanı kullanabileceği düşüncesini de taşıyarak sözleşme ilişkisine girdiği kabul edilmelidir.

-Satılanı tekrar satmak için edinenler açısından da, kiraya verilmiş bir malın alınmak istenmeyeceği esasen kabul edilmelidir. Zira kirada olan bir malı satmak normalde daha güçken; TBK m. 310 karşısında daha da güçleşmiştir.

<sup>60</sup> Bak. O. Gökhan ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 317; OĞUZMAN/ÖZ, n. 334; EREN, **Borçlar Genel**, s. 388;

<sup>61</sup> Bilindiği gibi mülkiyet hakkı, o şey üzerinde malike kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini bahşeder.

-Öte yandan, kira gibi sürekli bir ilişki içine çekilmek ve tanımadığı biriyle sözleşme tarafı hâline gelmek, ilk bakışta aşağı yukarı herkesin karşılaşmak isteyemeyeceği bir duruma işaret eder. Gerçekten de, TBK m. 310 ile, sözleşme serbestisinin asıl olduğu bir sistemde kişi, istisnai şekilde, iradesi dışında sözleşme tarafı olmaktadır. Satılanı kiraya verme düşüncesi olsa bile, sözleşmenin karşı tarafını seçme<sup>62</sup> imkânını yitirmektedir.

Tüm bu nedenler, alıcının satılanın kirada olmadığı saikini sözleşmenin temeli saymasının, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları açısından da haklı görülmesini gerektirmektedir. Bir başka deyişle, alıcının “satılanın kirada olduğunu bilseydi onu almayacağı” anlaşılmışsa, bu tavrın toplumun genelinin de düşüncesini yansıttığı benimsenmelidir.

Kuşkusuz yukarıdaki soyut değerlendirmeler, somut olaydaki durum ve koşullara göre gerçek anlamını bulacaktır. Örneğin bir çiftçinin satış sözleşmesinden beklentisi, sürekli kullandığı eski traktörünün yerine yenisini koymak ise ya da bir avukatın yeni açtığı yazıhanesinde kullanmak üzere mobilyalar satın aldığı anlaşılıyorsa, yanılmanın hem subjektif hem de objektif koşulu gerçekleşmiş olacaktır.

Saik yanılmasının esaslı yanılma sayılması için, yanılma konusu saikin karşı tarafça bilinebilir olması da gerekmektedir<sup>63</sup>. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, bir şeyi satın alırken alıcının, onun üzerinde mülkiyet hakkından doğacak yetkileri dilediği gibi kullanabileceği düşüncesi ile hareket etmesi asıldır; olağandır. Dolayısıyla somut olaydan aksi anlaşılmadıkça satıcı, üzerinde mülkiyetten doğan yetkileri dilediği gibi kullanabileceği düşüncesi ile alıcının satılanı aldığını bilebilecek durumda kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, prensip itibarıyla, satıcı alıcının malın kirada olmadığı saiki taşıyabileceğini bilebilecek durumdadır.

Bu değerlendirmelere göre, saik yanılmasının esaslı yanılma sayılması için aranan koşullar pratikte sıklıkla gerçekleşeceğinden, TBK m. 310’un uygulandığı durumlarda, alıcı yanılma hükümlerine başvurabilecektir<sup>64</sup>. Bu yolla sözleşmeyi iptal edebilecek; kira ilişkisinin tarafı olmaktan ve –kira müddetince- kullanamayacağı bir şeyi edinmekten kurtulabilecektir.

<sup>62</sup> ve sözleşme koşullarını belirleme

<sup>63</sup> “...karşı taraf yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saydığını biliyor veya dürüstlük kuralına göre gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi bilebilecek durumda bulunuyor idi ise, bilinebilirlik unsuru gerçekleşmiş olur.” EREN, Borçlar Genel, s. 389.

<sup>64</sup> İNCEOĞLU, 596 dn. 2403; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 452; ÇABRİ, s. 194.

Kira ilişkisine gelince, alıcının iptal hakkını kullanması ile satış sözleşmesi -geçmişe etkili şekilde- hükümsüz hâle gelecek; satıcı ile kiracı arasındaki kira sözleşmesi varlığını sürdürecektir<sup>65</sup>. Dolayısıyla alıcının yanılma hükümlerine başvurmasından –kiracı sıfatının değişmemesi noktasında- kiracı açısından bir sakınca doğmayacaktır.

## 2. Aldatma

TBK m. 36/1'e göre, taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Aldatmada da bir yanılma vardır ve fakat buradaki yanılma bir başkasının diğerini sözleşme yapmaya sevk etmek maksadıyla onda kasten uyandırdığı bir yanlış kanaate dayanmaktadır. Yani buradaki saik yanılması aldatmadan doğmaktadır ve bu durumda yanılma esaslı yanılma niteliğinde olmasa da aldatılana sözleşmeyi iptal hakkı tanınmaktadır.

Aldatma aktif ya da pasif bir davranışla (susma) gerçekleştirilebilir. Aslında tarafların sözleşme ile ilgili hususlarda bildikleri her şeyi karşı tarafa aktarma yükümlülüğü yoktur<sup>66</sup>. Ancak taraflardan birinin diğerini aydınlatma yükümlülüğü varsa, bu yükümlülüğün yerine getirilmeyerek sessiz kalınması aldatmadır<sup>67</sup>. Bu yolla, sessiz kalınarak diğerinden bir olay gizlenmekte, onun bu hususta düşmüş olduğu yanlış kanaatin sürmesi sağlanmaktadır. Böylece kişi, o konudaki yanılmasını bilseydi sözleşme kurmayacak bir durumda iken, yanlışı kasten düzeltilmediği için, yanılmasından yararlandıdığı için, sözleşme ilişkisine girmektedir. İşte susmanın aldatmaya yol açmasına neden olan aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı, öğretide, kanun, sözleşme yahut dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olarak gösterilmektedir<sup>68</sup>. Taraflardan birinin gerekli dikkat ve özeni gösterdiğinde yanıldığını fark edebileceği<sup>69</sup>, olayın doğru biçimini kolaylıkla öğrenebileceği<sup>70</sup> durumlarda ise karşı tarafın aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir.

TBK m. 310 açısından, satıcının satılanın kirada olduğunu alıcıya söylememesinin, bu hususta susmasının, aldatma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine değinmek gerekir.

<sup>65</sup> İNCEOĞLU, s. 578; ÇABRİ, s. 175.

<sup>66</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 398; OĞUZMAN/ÖZ, n. 355; ANTALYA, s. 328.

<sup>67</sup> Bak. ANTALYA, s. 328; M. Fadıl YILDIRIM, **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara 2002, s. 104 vd.; Zekeriya KURŞAT, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul 2003, s. 51 vd.

<sup>68</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 399; YILDIRIM, (2002), s. 105; KURŞAT, s. 53.

<sup>69</sup> KURŞAT, s. 52.

<sup>70</sup> YILDIRIM, (2002), s. 106.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda yanılmanın subjektif unsurunda değinildiği gibi, alıcının satılan üzerinde mülkiyetten doğan üç yetkiyi de kullanabileceği saiki ile hareket etmesi olağandır. Dolayısıyla alıcının, şeyin kirada olduğunu bilseydi dahi sözleşmeyi aynı koşullarla yapacağı ortaya konmadıkça, onun satılan üzerinde mülkiyetten doğan tüm yetkileri kullanabileceği saikiyle sözleşme ilişkisine girdiği kabul edilmelidir.

Hâl böyle olunca, alıcının kira ilişkisini bilemeyebileceğinin farkında olan satıcının onu uyarması, aydınlatması beklenebilir. Bir başka deyişle, kanaatimce, bu gibi durumlarda satıcının dürüstlük kuralından doğan bir aydınlatma yükümlülüğü vardır ve bu nedenle alıcıya satılanın kirada olduğunu söylememesi, susma yolu ile aldatma (pasif aldatma) olarak kabul edilmelidir<sup>71</sup>.

Yukarıdaki kanaat özellikle, satılan satıcının elinde ise, alıcı satıcının nezdinde satılanı görmüş ve pazarlık yapmışsa güçlenmektedir. Zira satılanı satıcıda gören alıcının onun kirada olduğunu düşünmesi pek beklenemez.

Satılan kirada olmasına karşın herhangi bir nedenle satıcıda bulunuyor olabilir. Öncelikle kira ilişkisi kurulmuş olmasına karşın, henüz satılan kiracıya teslim edilmemiş olabilir<sup>72</sup>. Kiracıya teslim edilmiş olsa bile, onarım vb. bir maksatla geçici olarak satıcıda bulunuyor olabilir. Hatta kiralananı satacağını söyleyerek, alıcı adaylarına sergilemek üzere bir müddet için kiracıdan alınmış olabilir. Tüm bu durumlarda malı satıcının elinde gören alıcıdan, satılanın kirada olduğunu düşünmesi ya da kirada olup olmadığını araştırması beklenemez.

Satış sözleşmesi için yapılan müzakere sürecinde, satılan satıcıda değil de, bir üçüncü kişi de ise durum farklıdır. Alıcıdan böyle bir durumda hiç olmazsa hangi nedenle satılanın üçüncü kişide bulunduğunu sorması beklenir. Dolayısıyla satılan üçüncü kişide ise ve alıcı bunu biliyorsa, satıcının artık dürüstlük kuralından doğan bir aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmelidir. Hâliyle satıcının susması, kiradan söz etmemesi, aldatma olarak değerlendirilemez. Ancak alıcının sorması üzerine, gerçeğe aykırı beyanlarda bulunursa, örneğin satılanın onarım için başkasında bulunduğunu, üçüncü kişiye ödünç verildiğini söyleyerek alıcıyı yanıltırsa, aldatma yine

<sup>71</sup> Aldatma hükümlerine başvurulabileceği yönünde İNCEOĞLU, s. 596; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 452; ÇABRİ, s. 194.

<sup>72</sup> Özellikle kiracıya zilyetliğin devrini TBK m. 310'un uygulanması için zorunlu görmeyen görüş açısından bu ihtimali de belirtmek gerekir.

gerçekleşmiş olur<sup>73</sup>. Kuşkusuz burada artık susmak suretiyle değil, aktif davranışla gerçekleştirilen bir aldatma vardır.

Aldatmanın veya yanılmanın varlığı hâlinde alıcı, aldatmayı veya yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirebilir; iptal hakkını kullanabilir. İptal hakkını bu süre içinde kullanmazsa sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m. 39/1). Aldatma durumunda iptal hakkının kullanılmamış olması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz (TBK m. 39/2). Dolayısıyla alıcı, aldatmadan doğan zararlarını satıcıdan isteyebilir.

Tıpkı yanılmada olduğu gibi, alıcının borca aykırılıktan doğan hakları ile aldatmadan doğan iptal hakkı yarışır<sup>74</sup>. Dolayısıyla alıcı, dilerse o hükümlere dilerse aldatma hükümlerine başvurabilir. Ayrıca her ikisinin koşulları da somut olayda sağlandığında, alıcının yanılma veya aldatmadan dilediğine dayanması da mümkündür.

## SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 310'a göre, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın el değiştirmesi kira ilişkisini sona erdirmemektedir. Kiralananın el değiştirmesinin nedeni satış sözleşmesi de olabilir. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun'la, öncesinden farklı olarak, artık, "satış kirayı bozmaz" ilkesi benimsenmiş olmaktadır.

Satış kirayı bozmadığına göre, alıcı kira sözleşmesinin tarafı olacaktır. Bu durum kendiliğinden gerçekleşeceğinden, alıcının rızası önem taşımaz. Hatta alıcı kiranın varlığını bilmiyor olsa dahi aynı sonuç doğar.

İstemedi, bilgisi ve rızası dışında, bir sözleşme ilişkisinin tarafı olmaktan alıcı çoğu zaman memnun olmayacaktır. Özellikle kira gibi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme için bu rahatlıkla söylenebilir. Diğer yandan kiranın varlığı, alıcının şeyi kullanmasını engelleyecektir.

Kira ilişkisinden dolayı, kiraya veren satıcı, satıştan doğan borçlarını yerine getiremezse, alıcı satıcıya karşı satış sözleşmesine dayanarak birtakım haklar ileri sürebilecektir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, TBK m. 310'un uygulandığı durumlarda, alıcının satıcıya karşı zapt hükümlerine, TBK m.

---

<sup>73</sup> Satıcının satılanın kirada olduğunu ve fakat kiracı ile anlaşmalarını, satış üzerine kiranın anlaşma ile sona erdirileceğini bu hususta kaygılanmamasını ifade ederek, aslında hiç de böyle bir durum yokken, alıcıyı kandırması da aldatma niteliğindedir.

<sup>74</sup> Bak. GÜMÜŞ, (2013), s. 54.

112'ye, borçlunun temerrüdüne başvurabileceği ihtimaller vardır. Bu çeşitlilik bir yandan TBK m. 310'un koşulları ile ilgili öğretideki görüş ayrılıklarından bir yandan da somut olayda iki sözleşmenin (satışla kiranın) borçlandırıcı ve tasarruf işlemi aşamalarının gerçekleşme sırasından kaynaklanmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, TBK m. 310'un uygulandığı durumlarda alıcının, irade bozukluğu hâllerine, yanılma ve aldatmaya, başvurma imkânı da çoğu zaman bulunacaktır.

### KAYNAKÇA

ALTINOK ORMANCI, Pınar: “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: Satım Kirayı Bozmaz İlkesinin Sonuçları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 12, Sa. 24/2, 2013, s. 125-141.

ANTALYA, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ARAL, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

ARIKAN, Mustafa/AKÇAAL, Mehmet: “Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümler Bakımından Zilyetliğin Devri Kavramına İlişkin Değerlendirmeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21, Sa. 2, 2013, s. 163-189.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

BAŞOĞLU, Başak: **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

ÇABRİ, Sezer: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, Sa. 3, 2012, s. 163-199.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ERTUĞRUL, Meltem: “Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:72, Sa. 4, 2014, s. 541-578.

GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred: **§ 44. Miete und Pacht**, in: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Aufl., bearbeitet von Alfred KOLLER, Anton K. SCHNYDER, Jean Nicolas DRUEY, Schulthess Verlag, Zürich 2000.

GÜMÜŞ, M. Alper: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, M. Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt: I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

GÜNDOĞDU, Fatih: **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

HEINRICH, Peter: Art. 261-261b OR, in: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, 2. Aufl., herausgegeben von Markus MÜLLER-CHEN, Claire HUGUENIN, Daniel GIRSBERGER, Schulthess Verlag, Zürich 2012.

HIGI, Peter: Die Miete, in: **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V2b, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, 3. Aufl., herausgegeben von Peter GAUCH, Schulthess Verlag, Zürich 1994.

İNCEOĞLU, Murat: **Kira Hukuku**, Cilt: I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

KURŞAT, Zekeriya: **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul 2003.

NOMER, H. Nami/ENGİN, B. İlkay: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 13. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.



**ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: “Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sa. 1, 2013, s. 147-174.

**ÖZEN**, Burak: “Kira Konusunun Devri”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 9, Sa. 103-104, 2013, s. 89-107.

PERMANN, Richard: Art. 261 OR, in: **Orell Füssli Kommentar, Mietrecht Kommentar** mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.

SVIT-Kommentar (Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft-Kommentar), **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2008.

TEKİNAY, S. Sulhi /AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, A.: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 6. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

VON TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Cilt: 1-2, çeviren: Cevat EDEGE, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

YILDIRIM, M. Fadıl: **Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile**, Ankara 2002.

YILDIRIM, M. Fadıl: “Kiralananın Temlik Halinde Kiracının Korunması Gereksiz mi? –Kiralananın Temlik Halinde Yeni Malik Tarafından Tahliye Edilen Kiracının Tazminat Talebi-”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 4, 2013, s. 117-125.

YILDIRIM, M. Fadıl: “Saticının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s.1049-1059.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. bası, Ankara 2014.



# LİMİTED ŞİRKET ESAS SÖZLEŞMESİ İLE ORTAKLARIN DİĞER ORTAKLARLA REKABET ETME YASAĞI ÖNGÖRÜLEBİLİR Mİ?

Rauf KARASU\*  
LL.M., Dr. jur. (Heidelberg)

## ÖZET

*Türk Ticaret Kanunu'nun 613/2 hükmünde, limited şirket esas sözleşmesi ile ortakların şirketle rekabet etme yasağının öngörülmesine izin verilirken, ortakların diğer ortaklarla rekabet etmeme yükümlülüğünün öngörülüp öngörülemediği konusunda TTK'da bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uygulamada bazı limited şirket esas sözleşmelerinde ortakların şirketle rekabet etme yasağının yanında diğer ortaklarla rekabet etme yasağı da öngörülmektedir. Söz konusu bu tür rekabet yasakları, Anayasamızın 48/1. hükmüne aykırı olduğu gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Türk Borçlar Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırıdır ve bu yasakları öngören esas sözleşme hükümleri de kesin hükümsüzlükle sakattır.*

**Anahtar Kelimeler :** Rekabet, limited şirketler, ortaklar, esas sözleşme, rekabet yasağı

## **CAN NON-COMPETITION BE PROVIDED BY MEANS ARTICLES OF ASSOCIATION OF LIMITED LIABILITY COMPANY AMONG PARTNERS?**

### **ABSTRACT**

*According to Turkish Commercial Code, Article 613/2, by means of articles of association of limited liability company, regulating a non-competition rule is allowed between partners and limited liability company; on the other hand, there is no any provision that allows non-competition among partners. Yet, in practice, the articles of association in some limited liability companies provide non-competition among partners in addition to non-competition between partners and the limited liability company. Such a prohibition of competition is not compatible with Article 48/1 of Turkish Constitution and imperative provisions of Law on the Protection of Competition, Turkish Code of Obligations and Turkish Civil Code, furthermore, the provisions of articles of association that is related with the non-competition have absolute nullity.*

**Keywords :** Competition, limited liability company, partners, articles of association, non-competition

---

\* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## **GİRİŞ**

6102 sayılı TTK'nın 626. maddesinde müdürlerin şirkete karşı rekabet yasağının olduğu düzenlenirken, 613. maddesinin 2. fıkrasında ise, şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece limited şirket ortakları kural olarak şirkete karşı rekabet yasağına tabi değildir. Ayrıca TTK'da esas sözleşme ile ortakların şirketle rekabet etme yasağının kararlaştırılabileceği düzenlenirken, ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uygulamada bazı limited şirket esas sözleşmelerinde ortakların şirketle rekabet etme yasağı yanında diğer ortaklarla rekabet etme yasağı da öngörülmektedir. Özellikle ortakları sermaye şirketlerinden oluşan limited şirketlerde bu tür rekabet yasakları öngörülmektedir. Örneğin gıda sektöründe faaliyet göstermek üzere kurulan bir limited şirketin ortaklarından biri Almanya'da diğeri de Türkiye'de nakliyecilik alanında faaliyet gösteriyorsa, Türkiye'deki ortak Almanya'daki ortağın Türkiye'de sadece gıda sektöründe değil, aynı zamanda nakliye sektöründe de faaliyet göstermesini yasaklanmasını arzu etmektedir. Bu nedenle bu çalışmada bu tür rekabet yasaklarının 6102 sayılı TTK, RKHK ve TBK hükümleri çerçevesinde geçerli olup olmadığı değerlendirilecektir.

Tespit ettiğimiz kadarıyla doktrinde konuyla ilgili henüz bilimsel bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın bilime katkısı yanında uygulamaya da yol gösterici olacağı umulmaktadır.

## **I. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ REKABET YASAĞINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ**

6102 sayılı TTK'nın "Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı" başlıklı 613. maddesinin ikinci fıkrasında; ortakların şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamayacakları ve özellikle kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamayacakları belirtildikten sonra, şirket sözleşmesiyle ortakların şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceği de ifade edilmiştir. Söz konusu bu hükümden anlaşıldığı üzere, 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde olduğu gibi, 6102 sayılı yeni TTK'ya göre de ortakların kanundan doğan bir rekabet yasağı bulunmamaktadır. Rekabet

yasağı sadece TTK'nın 626. maddesinde müdür ortaklar için öngörülmüştür. Bu yükümlülük de emredici bir hüküm olarak değil, aksi şirket esas sözleşmesi veya ortaklar kurulu ile kararlaştırılabilecek bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.<sup>1</sup> TTK'nın 613. maddesine ilişkin gerekçede de, ortakların bağlılık yükümünün sınırını rekabet yasağının oluşturduğu, sınırlı sorumluluk ilkesinden dolayı ortağın kanunen rekabet yasağına bağlanmasının kural olarak haklı görülemeyeceği ve şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde sadece bağlılık yükümünden hareketle ortağın kanun gereği rekabet yasağına tabi olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı açıkça belirtilmiştir.

## **II. BİR ORTAĞIN DİĞER ORTAKLARLA REKABET YASAĞINI ÖNGÖREN ESAS SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN GEÇERLİ OLUP OLMADIĞI**

### **A. Yasağın Emredici Hükümler İlkesi Açısından Değerlendirilmesi**

6102 sayılı TTK'nın 579. maddesine göre, “Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” Söz konusu düzenleme ile limited şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiştir. Zira bu maddeye göre, esas sözleşmede yapılacak olan ihtiyarî düzenlemeler ancak, “kanunda açıkça izin verilmiş olma” koşulu ile geçerli olmaktadır. 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konunun, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği anlayışı hakim iken, 6102 sayılı TTK'ya göre, esas sözleşme, limited şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. 6102 sayılı TTK'da, limited şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden, limited şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Limited şirketlerde emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK'nın 579. maddesine paralel bir düzenleme, anonim şirketler için TTK'nın 340. maddesinde öngörülmüştür. Ancak üzülererek belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı TTK ile “emredici hükümler ilkesi” anonim ve limited şirketlere hakim olan temel ilkelerden biri olarak kabul edilmesine rağmen, şirketler hukuku ile ilgili ders kitapları ve başvuru kaynak (şerh) kitaplarında bu ilke temel ilkeler arasında henüz yeterince incelenmemiştir. Söz konusu ilke anonim şirketler

<sup>1</sup> Bkz. TTK m. 626/2.

açısından az sayıda yazar tarafından da olsa incelenirken<sup>2</sup>, tespit ettiğimiz kadarıyla limited şirketler açısından şimdiye kadar gündeme gelmemiştir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, TTK'da limited şirket ortaklarının diğer ortaklarla rekabet etme yasağının olup olmadığı konusunda açık pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar, TTK'nın 613. maddesinin 2. fıkrasında, şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceğine ilişkin bir hüküm yer alsa da, bu hüküm ortakların sadece şirketle rekabet eden işlem ve davranışlarından kaçınma yükümlülüğünün kararlaştırılmasına izin vermekte, buna karşılık bir ortağın başka bir ortakla rekabet eden işlem ve davranışlarından kaçınma yükümlülüğünün öngörülmesine izin verilmemiştir. Bu durumda TTK m. 613'den hareketle bir ortak için diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülmesi mümkün değildir.

İncelenmesi gereken bir husus da, TTK'nın 577. maddesinin g) bendinin, bir ortağın diğer ortaklarla rekabet etme yasağının kararlaştırılmasına izin veren bir hüküm olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Söz konusu hükme göre, şirket sözleşmesinde öngörülmeleri şartıyla kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler bağlayıcıdır. Bu hükmün lafzi yorumundan söz konusu iznin verildiği sonucuna varılabilir. Zira, TTK'nın 613. maddesi, 577/g hükmünde bahsedilen ortakların rekabet yasağına ilişkin kanuni düzenlemedir. Bu düzenlemede esas sözleşme ile limited şirket ortaklarının sadece şirketle rekabet etme yasağının öngörülmesine izin verilmiş olmakla birlikte, esas sözleşmede ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülmesi, bu hükümden ayrılan bir hüküm olarak değerlendirilebilir, dolayısıyla geçerli olduğu düşünülebilir. Ancak hükmün lâfzından söz konusu esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu şeklinde bir sonuç çıkarılabilirse de, kanundaki bir hükümden farklı bir düzenleme yapmaya izin verilmediği tespit edilirken, hükmün sadece lâfzına bakılmamalıdır. Zira kanun hükümleri lâfzî ve ruhu ile hüküm ifade ettiğinden, lâfzî yorumla tespit edilen anlamla yetinmemek, kanunun ruhunu da araştırmak gerekir. Bir hükmün lâfzından çıkan anlamın kanunun ruhuna uygun olmaması hâlinde kanunun özünün esas

---

<sup>2</sup> Bkz. Rauf KARASU, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 1 vd.; Hasan, PULAŞLI, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. I, 4. Baskı Ankara, 2016, s. 284; İsmail, KIRCA / Feyzan Hayal ŞEHİRALİ, ÇELİK/Çağlar, MANAVGAT, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt I Ankara, 2013, s. 160 vd.; Cafer EMİNOĞLU/Berrin DALGIÇ ALTINTAŞ, "Türk Ticaret Kanunu'nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 2, Yıl: 2014, 1-25.

alınması gerekir. Hükümde kullanılan ifadeler hükmün amacını aştığında veya hükmün kastettiği olayları kapsamadığında daraltıcı veya genişletici yorum yapmak suretiyle hükümde geçen sözcük veya ifadeleri hükmün maksadına göre daraltmak ya da genişletmek gerekir. Yapılan bu yorum metoduyla kanun koyucunun yerine geçerek yeni bir hüküm ihdas edilmemekte, bilakis yasa koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmak suretiyle kanun koyucunun maksadına uygun hareket edilmiş olmaktadır.<sup>3</sup> Bu kapsamda somut çalışma konumuz açısından da yorum yapılırken, öncelikle limited şirket ortakları için TTK'da öngörülen rekabet yasağının amacının tespiti gerekmektedir. Ortaklar için öngörülen rekabet yasağı ile, şirket içindeki konumu nedeniyle şirketin sırları hakkında yakından bilgi sahibi olan ortakların bu bilgileri ve sahip oldukları yetkileri kötüye kullanarak şirkete zarar vermelerinin engellenmesi amaçlanmıştır.<sup>4</sup> Oysa limited şirketlerde ortakların birbirlerinin ticari sırlarını ve ticari faaliyetleri ile ilgili bilgilerini öğrenme imkanı olmadığından, karşılaştırılan rekabet yasağının meşrutiyet temeli de olmayacaktır. Ayrıca rekabet yasağına ilişkin TTK'da öngörülen hükümler ile korunmak istenen, ortakların kişisel menfaatleri değil, şirketin haklı menfaatleri olduğuna göre, TTK'nın 577. maddesinin g) bendi, bir ortağın diğer ortaklarla rekabet etme yasağının karşılaştırılmasına izin veren bir hüküm olarak değerlendirilemez. Bu hükmün amacı, ortakların rekabet etme özgürlüğünü sınırlamak değil, şirketin menfaatlerini ortaklardan gelen tehlikelere karşı korumaktır. Yine bu konuda yorum yapılırken dikkate alınması gereken bir husus da, bir sermaye şirketi olan limited şirkette ortakların şirketle rekabet etme yasağı bile ancak istisnai hallerde ve esas sözleşmeye hüküm konulmasıyla mümkün olduğuna göre, bir ortağın başka bir ortakla rekabet yasağının öngörülmesi limited şirketin temel yapısıyla bağdaşmayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir hükmün emredici hüküm olup olmadığı konusunda yorum yapılırken, hükmün emredici mi yoksa yedek hüküm mü olduğu konusunda tereddüt oluşursa, hükmün emredici olduğu, dolayısıyla esas sözleşme ile aksinin karşılaştırılmasına izin verilmediği kabul edilmelidir.<sup>5</sup> Bilindiği üzere iş hukukunda “işçi lehine yorum ilkesi” geçerlidir. Yine genel işlem şartlarından doğan uyuşmazlıklarda genel işlem şartlarını

<sup>3</sup> Bkz. KARASU (2015), s. 50.

<sup>4</sup> Bkz. N. FRANKO, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, *Batider* 1985, C. 13, S. 1, s. 13 vd. s. 25; Ersin, ÇAMOĞLU, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, *Ikt. ve Mal., Der.*, 1969, C. XVI. S. 9, s. 357; BGHZ 70, s. 331, 336; 104, s. 246, 251.

<sup>5</sup> Bkz. KARASU (2015), s. 52.

düzenleyen aleyhine, tüketici lehine yorum ilkesi geçerlidir. Bu örneklerde olduğu gibi, anonim ve limited şirketler hukukunda da, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra artık “emredici hükümler lehine yorum ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.<sup>6</sup> Yani TTK m. 340 ve 579’da yer alan “açıkça” ifadesine rağmen amaçsal yorum da yapılabilir, ancak yorum yapılırken tereddüt halinde hükmün emredici olduğu kabul edilmelidir. Yukarıda yaptığımız yorumlar sonucunda, TTK’nın 577. maddesinin g) bendinden, bir ortağın diğer ortaklarla rekabet etme yasağının kararlaştırılmasına izin verildiği sonucu açıkça çıkmadığına göre ve tereddüt halinde hükmün emredici olduğunun kabul edilmesi gerektiği de dikkate alındığında, limited şirket esas sözleşmesi ile ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülemeyeceği sonucuna varmak gerekir.

İncelenmesi gereken bir husus da, limited şirket esas sözleşmesi ile ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının kararlaştırılması halinde, böyle bir hükmün geçersizlik türlerinden hangisi ile sakat olacağının tespitidir. Kanaatimizce söz konusu hüküm mutlak butlanla (kesin hükümsüzlük) sakat bir hüküm olur. Zira yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere, TTK’da limitet şirketler için, hatta hiçbir şirket türü için ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının kararlaştırılabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce ortakların diğer ortaklarla rekabet edemeyeceğinin kararlaştırılması, limited şirketin temel yapısıyla bağdaşmamaktadır. TTK’nın 622. maddesi ve 447. maddesi uyarınca limited şirketlerin temel yapısına aykırı esas sözleşme hükümleri ve genel kurul kararları kesin hükümsüz olduğuna göre, kararlaştırılan söz konusu rekabet yasağı da kesin hükümsüz olur.

Ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağı 6762 sayılı TTK döneminde kararlaştırılmış ise, acaba bu tür sözleşme hükümleri de kesin hükümsüz sayılır mı? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira, her ne kadar 6762 sayılı TTK’da emredici hükümler ilkesi geçerli olmasa da, Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’unun 22. maddesine göre, “anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini, yayımı tarihinden itibaren onsekiz ay içinde Türk Ticaret Kanunuyla uyumlu hâle getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapılmaması hâlinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” Bu durumda 6762 sayılı TTK döneminde hazırlanan esas

---

<sup>6</sup> Bkz. KARASU (2015), s. 52.



sözleşme hükümleri, tanınan süre içinde yeni TTK hükümlerine uyumlu hale getirilmemiş ise, bu esas sözleşme hükümleri yerine Yeni TTK'nın hükümleri geçerli olur ki, bu hükümlere göre de, söz konusu sözleşme hükmünün geçersiz olduğunu yukarıda belirtmiştik.

### **B. Yasağın Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi**

RKHK, rekabet düzenini sağlamak amacıyla emredici hükümler içerdiğinden, rekabet yasağı anlaşmalarının bu hükümlere aykırı olmaması gerekir.<sup>7</sup> Bu nedenle ortakların diğer ortaklarla rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde, TTK'nın emredici hükümlerinin yanında RKHK hükümleri de dikkate alınacaktır. Ortaklık sıfatı devam ederken ve bu sıfatın sona ermesinden itibaren belli bir süre için öngörülen rekabet yasağı ile ortakların diğer ortaklarla rekabet etmesi önlenmeye çalışılırken, kartel hukuku bu yasakları önlemeyi, dolayısıyla rekabeti sağlamayı amaç edinmiştir. RKHK'nın 4. maddesine göre "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır".

Bir anlaşmanın RKHK'nın 4/1. maddesi çerçevesinde hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu anlaşmanın doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlama, bozma veya engelleme amacını taşıması veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Ortaklar için öngörülen rekabet yasağı, dürüst ve gerçek bir rekabetin ortadan kalkmasına neden olduğundan RKHK'nın 4/1. maddesine aykırılık teşkil eder. RKHK'nın 4/1. maddesine göre, bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için, rekabeti sınırlama amacı taşıması veya bu etkiyi doğurması ya da doğurabilecek nitelikte olması gerekir. RKHK, AT Anlaşması'nın 81/1. maddesinden farklı olarak, anlaşmanın sadece güncel etkisinin değil, ileride dogması muhtemel etkisinin de dikkate alınması gerektiğini belirterek, potansiyel rekabet olasılığını da açıkça düzenlemiştir. Buna göre bir anlaşma, fiilî etkileri itibariyle rekabeti sınırlayıcı bulunmasa da, ilerideki rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmaya müsait ise, yine yasaklanabilecektir. Bu nedenle bir ortağın şirket ile rekabet

<sup>7</sup> Bkz. Metin TOPÇUOĞLU, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001, s. 175; Ozan CAN, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, Ankara 2011, s. 118.

teşkil edecek faaliyetinin, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılma anında olması, RKHK'nın 4/1 maddesinin uygulanması açısından şart değildir.<sup>8</sup>

Ortakların şirketle rekabet etme yasağının öngörülmesi, belli şartlar altında geçerli kabul edilirken<sup>9</sup>, bir ortağın şirketin başka bir ortağı ile rekabet etme yasağı geçerli kabul edilemez. Zira böyle bir esas sözleşme hükmü rekabet yasağını haklı gösterecek hiçbir nedene dayanmamaktadır. Bu konuda Alman hukukunda geliştirilen Immanenztheorie'ye göre rekabet hukuku, RKHK'a rağmen, şirketler hukukunda yöneticiler ve ortaklar için öngörülen rekabet yasağını, bir şirketin ticarî faaliyetlerinin güven içerisinde devamının sağlanması için gerekli olduğu ölçüde hazmetmektedir.<sup>10</sup> Oysa ortakların diğer ortaklarla rekabet yasağında şirketin haklı bir menfaatinin olduğu söylenemez. Zira bu gibi durumlarda şirket sırlarının kullanılması ve dolayısıyla şirketin zarar görmesi ihtimali söz konusu olamaz. Menfi içerikli edimlerde borçlunun ekonomik alandaki hareket özgürlüğünü sınırlayan sözleşmeler, alacaklının menfaati haklı gösterdiği ölçüde geçerlidir. Nitekim Alman Ticaret Kanunu (HGB), şirket temsilcileri için öngörülen rekabet yasağının geçerliliğini, işverenin haklı bir menfaatinin bulunması şartına bağlamıştır (§ 74/I HGB). Aynı şekilde TBK m. 444 ve 445'de, hizmet sözleşmesinin bitiminden sonra işçi için öngörülebilecek rekabet yasağının geçerliliği, işverenin önemli bir menfaatinin bulunması şartına bağlanmıştır. Yine TTK'nın 123. maddesi, acentenin müvekkili karşısındaki zayıf konumunu göz önüne alarak ve onun ekonomik geleceğinin korunması için, rekabet yasağı konusunda yer, konu ve süre bakımından sınırlar getirmiştir.<sup>11</sup>

### **C. Yasağın Anayasa Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi**

Anayasamızın 48/1. maddesi uyarınca herkes dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahiptir. Aynı

<sup>8</sup> Rauf KARASU, "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Yasağı", *Batider*, C. XXII S. 4, s. 85.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KARASU (2004), s. 87 vd.

<sup>10</sup> Bkz. Karsten SCHMİDT, "Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht", *ZHR* 149 (1985), s. 1, 7, 10 vd.; Wernhard MÖSCHEL, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln-Berlin-Bonn- München 1983, s. 35; Andreas MÜLLER, *Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Gesellschafters und seine körperschaftsteuerlichen Folgen*, Frankfurt am Main 1985, Rn. 204; Rauf KARASU, *Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters unter besonderer Berücksichtigung der Lösungsmöglichkeiten zur Unangemessenheit des § 51 a GmbHG*, Konstanz 2003, s. 169.

<sup>11</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Can, 1 vd.

şekilde TBK'nın 26/1. hükmüne göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. BK'nın 27. maddesine göre ise, Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. MK m. 23 uyarınca da "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları kanuna veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz." Özellikle ticarî doğruluk ve dürüstlüğe sığmayan, bir tarafın iktisadî hürriyetini aşırı derecede kısıtlayan veya aşırı bir süre bağlılık yaratan sözleşmeler ahlaka aykırı olup hükümsüzdürler.<sup>12</sup> Ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağını öngören esas sözleşme hükümleri, ticarî doğruluk ve dürüstlüğe sığmamakta, onların iktisadî hürriyetini aşırı derecede kısıtlamaktadır. Örneğin inşaat mühendisi bir gerçek kişinin ortak olduğu bir şirket, sadece gıda alanında faaliyet gösterdiği halde, şirket esas sözleşmesinde, inşaat şirketlerinde inşaat mühendisi olarak çalışmasının yasaklanması, mesleği inşaat mühendisi olan ortağın çalışma özgürlüğünü ortadan kaldırır ve dürüstlük ilkesi ve ahlakla bağdaşmaz. Aynı şekilde tüzel kişi ortaklardan oluşan bir limited şirkette, ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülmesi, bazen tüzel kişi ortağın hiçbir faaliyet göstermemesi sonucunu doğurabilir.

Anayasamızın ve TBK'nın ve TMK'nın yukarıdaki hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, şirketin korunmaya değer haklı menfaatlerine hizmet etmeyen ve süre, yer ve konusu açısından şirket ortaklarına mesleklerinin icrasını veya ticaret yapma imkânını aşırı derecede güçleştiren rekabet yasaklarının geçerli olmadığı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konunun, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebileceği anlayışı hakim iken, 6102 sayılı TTK'nın 579. maddesi ile kabul edilen emredici hükümler ilkesi uyarınca, esas sözleşme, limited şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. TTK'nın 613/2 hükmünde limited şirket esas sözleşmesi ile ortakların şirketle rekabet etme yasağının öngörülmesine izin verilirken, ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının öngörülüp öngörülemeyeceği konusunda TTK'da bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle emredici hükümler ilkesi uyarınca, limited şirket esas sözleşmesi ile ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağının kararlaştırılmayacağı kanaatindeyiz.

<sup>12</sup> Bkz. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, s. 77; KARASU (2004), s. 90.

Ortakların diğer ortaklarla rekabet yasağını öngören esas sözleşme hükümleri, RKHK'nın 4/1 hükmüne de aykırıdır. Zira bu tür hükümler rekabeti sınırlama, bozma veya engelleme amacını taşımaktadır. Ayrıca bu tür rekabet yasaklarında, meşru ve dürüst bir rekabeti sınırlamayı haklı gösterecek bir menfaat de söz konusu değildir. Ortakların diğer ortaklarla rekabetini yasaklayan sözleşme hükümleri Anayasamızın 48/1. hükmü, TBK'nın 26/1, 27 maddeleri ve TMK'nın 23. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasaklarının öngörüldüğü esas sözleşme hükümleri TTK, RKHK, TBK ve TMK'nın emredici hükümlerine aykırı olduğundan, kesin hükümsüzlükle sakattır. Bu nedenle söz konusu rekabet yasaklarının geçersizlikleri kural olarak herhangi bir süreye tabi olmaksızın tespit edilebilir.

#### KAYNAKÇA

EMİNOĞLU, Cafer/DALGIÇ ALTINTAŞ, Berrin, “Türk Ticaret Kanunu'nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 2, Yıl: 2014, 1-25.

CAN, Ozan: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Ankara 2011

ÇAMOĞLU, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı”, **Ikt. ve Mal., Der.**, 1969, C. XVI. S. 9, s. 357 vd.

FRANKO, N.: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, **Batider** 1985, C. 13, S. 1, s. 13 vd.

KARASU, Rauf: **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Ankara, 2015.

KARASU, Rauf: “Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Yasağı”, **Batider**, C. XXII S. 4, s. 80-96.

KARASU, Rauf; **Informationsrecht des GmbH-Geschafters unter besonderer Bercksichtigung der Lbsungsmglichkeiten zur Unangemessenheit des § 51 a GmbHG**, Konstanz 2003.

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku Cilt I** Ankara, 2013.

MÖSCHEL, Wernhard: **Recht der Wettbewerbsbeschränkungen**, Köln-Berlin-Bonn- München 1983

MÜLLER, Andreas: **Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschafters und seine körperschaftsteuerlichen Folgen**, Frankfurt am Main 1985

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2000.

SCHMİDT, K.: “Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht”, **ZHR** 149 (1985), s. 1-27.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 4. Baskı** Ankara, 2016.

TOPÇUOĞLU, Metin: **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2001.



## LİMİTED ŞİRKETTE ÇIKMA VE ÇIKMAYA KATILMA

Bünyamin GÜRPINAR\*

### ÖZET

Türkiye’de en çok tercih edilen ortaklık türü limited şirketlerdir. Kuruluş kolaylığı, tüzel kişilik ve alacaklılara karşı şirketin sadece malvarlığı ile sorumlu olması bu ortaklık türünü cazip kılmaktadır. Anonim ortaklıklar bakımından çok önem arz eden sermayenin korunması ilkesi, pay sahibinin çıkma yoluyla anılan şirketten ayrılmasına izin vermemektedir. Bu ilke limited şirketlerde vazgeçilmez bir prensip değildir. Bu durum, limited şirketlerde ortaklıktan çıkmayı anonim ortaklığa göre mümkün hale getirmektedir. Ortak ile limited şirket arasındaki ortaklık ilişkisi temelde üç şekilde son bulur: Bunlar, ayrılma, çıkarılma ve şirketin feshine karar verilmesidir. Ortakların limited şirketten ayrılması ise iki yolla olur: Bunlar esas sermaye payının devri ve şirketten çıkmadır. Bu çalışmada sadece çıkma alt türleri ile birlikte incelenecektir. Çıkma, şirket sözleşmesinde bir sebebe bağlı olarak veya sebepsiz şekilde tanınabilir. Şirket sözleşmesinde hiç tanınmamış olsa bile haklı sebebe dayanarak her zaman gerçekleşebilir. Veyahut çıkma, çıkmaya katılma yolu ile gerçekleşebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Limited şirket, ortak, ortaklıktan çıkma, çıkmaya katılma

### EXIT A LIMITED LIABILITY COMPANY AND CONTRIBUTION TO THE EXITING

### ABSTRACT

Limited liability company is the most preferred partnership in Turkey. Facility in the establishment of a company, having a legal entity and as a partnership, being responsible with only assets against the creditors are the main subjects of the company to make it favored. The principle of capital maintenance as to be very importance of join stock company disallow the shareholders leave the company by the way of exit. This principle is not an indispensable rule of the limited liability companies. This makes the exit possible for limited liability companies rather than join stock companies. Partnership relation between the stockholder and the limited liability company comes to the end in three ways: These are dispersion, exclusion and deciding to dissolution of the company. Leaving the limited liability company of stockholders could be in two ways: These are assignment of capital share and exit the company. In this study, only exit the company will be analysed with its sub-types. Exit the company could be provided in the stockholders agreement based on the reasons or motivelessly. Even though, it is not hold in the agreement, exit occur at any time based upon valid ground. Besides, exit could be happened via the contribution to the exiting.

**Keywords:** Limited liability company, shareholder, Withdraw from partnership, contribution to the exit

\* Yrd.Doç.Dr. Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, bgurpinar@fsm.edu.tr, bunyamingurpinar@gmail.com

## 1. GİRİŞ

Ülkemizde kuruluşunun kolaylığı, ortakların sorumluluğunun sınırlı olması gibi nedenlerle limited şirketler, diğer şirketlere kıyasla daha çok tercih edilmiş ve edilmektedir. Sadece 2016 yılı Ocak ayında 5.652 yeni limited şirketin kurulmuş olduğu<sup>1</sup>, Haziran 2014 itibariyle toplam rakamın ise 713.861<sup>2</sup> olduğu dikkate alınır, limited şirketlerin ülkemiz ekonomisindeki yeri ve önemi daha net görülecektir. Sayıca bu denli fazla olan limited şirketlerde ortaklar arasında bir takım uyuşmazlıkların çıkması, dolayısıyla ortakların şirket kuruluşundaki arzularını, amaçlarını yitirmeleri ve ortaklıkla arasındaki ilişkiye son vermek istemeleri sık karşılaşılan bir durumdur.

Limited şirketler, kanunda her ne kadar bir sermaye şirketi olarak nitelendirilmiş ise de anonim şirkete göre ortaklar arasındaki ilişkiler daha kuvvetlidir, ortakların birbirini tanıma ve birbirlerine güven duymaları önem arz eder; bu nedenle limited ortaklıklar şahıs şirketi niteliği de gösterirler<sup>3</sup>. Dolayısıyla ortakların şirketten çıkmaları pek arzu edilen bir durum değildir. Esas sermaye payını devretme suretiyle ayrılma ise anonime göre daha zordur<sup>4</sup>. Ancak kimseden ileriye dönük çıkar beklentisi kalmamış bir hukuki ilişkiyi zorla sürdürmesi beklenemez. Bu kapsamda şirket sözleşmesinde belirlenen nedenle veya haklı bir sebebin varlığında ilişkiyi sonlandırmanın mümkün olabileceği teorik olarak mümkün görülmeyle beraber konu, Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda limited şirkette çıkma, çıkmaya katılma ve çıkarma alt başlıkları ile aslında bir kurum olarak düzenlenmiştir.

Bu incelemede 6102 sayılı Kanun esas alınarak limited şirkette ortağın çıkma hakkı ve çıkmaya katılma kurumu incelenecektir. Bu amaçla çıkma kavramı, hukuki niteliği ve türleri, çıkmaya katılma ve son olarak çıkmanın sonuçları üzerinde durulacaktır.

---

<sup>1</sup> <http://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.aspx>. (E.T.: 27.02.2016)

<sup>2</sup> <http://icticaret.gtb.gov.tr/istatistikler/sirket-sayilari> (E.T.: 15.05.2015)

<sup>3</sup> Anonim ortaklıkta çıkma yoktur, çıkma benzeri bazı haller vardır. Yine limited ortaklıkta olduğu gibi (TTK m. 638/1), anonim ortaklıkta pay sahibine esas sözleşme ile çıkma hakkı da tanınmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, N. 848; Ersin ÇAMOĞLU, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi”, **Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXI, Sa. 1, 2015, s.11’de 12 numaralı dipnot.

<sup>4</sup> Zeynep MİNELİLER, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Sa., 3, 2012, s. 96.



## II. ORTAKLIK İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

Türkiye ticari hayatında geçmişten bu yana ve an itibariyle limited ortaklıkların diğer ortaklık türlerine nispetle sayıları oldukça fazladır. Ayrıca yeni kuruluşlar incelendiğinde limited şirketlere yönelme eğiliminin artarak devam ettiği görülmektedir<sup>5</sup>. Bu durum limited ortaklıkları ve ortaklık ile ortaklar arasındaki ilişkilerin niteliği ve seyrini mercek altına almanın kaçınılmaz gereğine işaret etmektedir. Ortaklar ve ortaklar ile ortaklık ilişkilerinin bir sözleşme tahtında yürüdüğü/yürütüldüğü bilinmektedir. Dolayısıyla ve kısaca sözleşme bu ilişkilerin temel unsurudur. Klasik anlatımla, icap ve kabul ile ortaklar arasında kurulan bu bağ, kanunen gerekli şartların yerine getirilmesiyle ticari ortaklığın kurulmasına imkân vermektedir<sup>6</sup>. Ortaklık ilişkisi sürekli nitelikte ve bu ilişkideki müşterek amaç, kazanç sağlamak ve bu kazancı (kârı) paylaşmak olduğuna göre bu amacın gerçekleştirilebilmesi, başlangıçta sermaye olarak ortaklığa sunulan daha sonra ortaklığın ekonomik etkinlikleri sonucu malvarlığına dönüşen ayrı bir değer daha işletilmesi<sup>7</sup>, yani bu malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkının etkin kullanılmasıyla mümkündür. Bu nedenle kısaca malvarlığının işletmesi olarak tarif edebileceğimiz ortaklık faaliyetlerinin özünde girişim ve mülkiyet hakkı bulunmaktadır.

İrade özgürlüğünün yansımaları olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, hem tarafların kanunda belirtilen şartlar dairesinde özgürce diğer kişilerle, dilediği şekilde, türde ve içerikle akit yapabilmesi, hem de bu bağa mahkûm olmadan, yine kanun hükümleri dairesinde bu ilişkiyi anlaşarak özgürce sona erdirebilmesi veya içeriğini değiştirebilmesi olarak tanımlanabilir<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Örneğin Ocak-2016 verilerine göre Türkiye’de bir ay içinde toplam 6894 şirket kurulmuştur. Bunlardan sadece bir tanesi kollektif ortaklık ve 1.182 adedi anonim ortaklık iken 5652’si limited ortaklık şeklinde kurulmuştur. Kaynak: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, <http://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.aspx>. (E.T.: 27.02.2016).

<sup>6</sup> Hemen belirtmek gerekir ki 6102 s. Kanunla anonim ve limited ortaklıkların tek kişi ile kurulmasına ve ortak sayısının bire düşmesi hâlinde yaşamlarını sürdürmelerine izin verilmiştir. Bu durum aslında özellikle limited ortaklıkta, şirketin feshine karar vermek yerine ortağın çıkması veya çıkarılması seçeneğini daha uygun hale getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal TEKİNALP, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 57 vd.

<sup>7</sup> Ünal TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 80, (N. 9-07).

<sup>8</sup> Aydın ZEVKLİLER/Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 2010 s. 7 vd.; Haluk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku C:I Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 9 vd.

Ancak bu hakkın kullanılmasında kişinin menfaati kadar sözleşmenin diğer tarafının<sup>9</sup> ve diğer ilgililerin (örneğin alacaklıların) de menfaatinin korunması gerekmektedir. Sermaye ortaklıklarına kıyasla kişi ortaklıklarında, bir ortağın ortaklıktan ayrılması, sermayenin azalması bakımından ve sermaye belirli olmadığından diğer ortaklar tarafından nispeten kabul edilebilir bir durumdur. Buna karşın sermaye ortaklıklarında ortaklara sözleşme ile çıkma hakkı tanımak çok arzu edilebilir bir durum değildir<sup>10</sup>.

Anonim ortaklıklar bakımından çok önem arz eden sermayenin korunması ilkesi, pay sahibinin çıkma yoluyla anılan şirketten ayrılmasına izin vermemektedir<sup>11</sup>. Bu ilke limited şirketlerde vazgeçilmez bir prensip değildir. Bu durum, limited şirketlerde ortaklıktan çıkmayı anonim ortaklığa göre mümkün hale getirmektedir. Ortak ile limited şirket arasındaki ortaklık ilişkisi temelde üç şekilde son bulur: Bunlar, ayrılma, çıkarılma ve şirketin feshine karar verilmesidir. Ancak yine de limited şirkette ortaklar arasındaki irtibat, işbirliği ve güven ilişkisi anonim şirket ortaklarına kıyasla daha fazla önem arz ettiğinden, kural olarak bir anonim şirkette ortak ancak payını devrederek ortaklıktan ayrılabilirken limited şirket ortağı için belirli durumlar söz konusu olduğunda ancak ortaklıkla arasındaki ilişkiye son vermesine imkân tanınmıştır<sup>12</sup>.

Ortakla limited şirket arasındaki ortaklık ilişkisi temelde iki şekilde son bulur: Bunlar ayrılma ve çıkarılmadır. Ortakların limited şirketten ayrılması ise iki yolla olur: Bunlar esas sermaye payının devri ve şirketten çıkmadır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ortaklık sözleşmeleri genellikle ikiden fazla kişinin yaptığı sözleşmeler olarak genel sözleşme hükümlerine tabi olmakla beraber, klasik sözleşme kavramından bazı bakımlardan ayrıldığı kabul edilir ve bu tür sözleşmelere, BK'nin sözleşmeye ilişkin genel kuralları kıyasen uygulanır (Bkz. M. Kemal OĞUZMAN ve M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-I, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 41-42; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 213.

<sup>10</sup> Nihat, TAŞDELEN, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 85.

<sup>11</sup> Ayşe ŞAHİN, "Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **ERSİN ÇAMOĞLU**'na **Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 176. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından bu durumun bir istisnası Sermaye Piyasası Kanunu m. 23 ile getirilmiştir. Ancak anılan hükümlerle getirilen hakkın ayrılma mı yoksa çıkma hakkı mı olduğu kanımızca tartışılmalıdır. (bkz.: Tekin MEMİŞ/ Gökçen TURAN, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.140 vd.; Mustafa ÇEKER, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı", **Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi**, cilt XXIII, Sa. 1, Haziran 2005, s.62).

<sup>12</sup> Hanife DIRİKANAN ÖZTÜRK, **Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 23 vd.

<sup>13</sup> Ersin ÇAMOĞLU, "Limited Şirketten Çıkma-I", **Yaklaşım Dergisi**, Ocak-2014a, S. 253, s. 255.

## A. ÇIKMA KAVRAMI

Çıkma, ortağın iradi olarak ortaklıkla arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirmesi olarak tanımlanabilir<sup>14</sup>. Bu tanımdan ve sözcük anlamından hareketle çıkma, çıkanın iradesiyle yakından ilgilidir. Ancak doktrinde ölüm, cebri icra gibi iradi olmayan çıkma hallerinin de bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir<sup>15</sup>.

Limited şirketlerde sona erme ve ayrılmaya ilişkin bölümde düzenlenen TTK m.638 ve m. 639 hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun üç tür çıkma hâlini düzenlediğini görmekteyiz. Bunlar şirket sözleşmesi ile tanınan çıkma hakkı, haklı sebebin varlığında mahkeme kararıyla çıkma hakkı ve çıkmaya katılma yoluyla çıkmadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu anılan hükümlerde, devir veya sermaye azaltma gibi başkaca bir amaca yer vermeksizin, ortağın doğrudan çıkma iradesiyle ortaklığa bir kişisel hakkını yöneltmesini ya da çıkmasına karar verilmesi için mahkemeye başvurma imkânını düzenlemiştir.

Doktrinde çıkma kavramı, payın devri ve itfası ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve hâkimiyetin kötüye kullanılması hallerinde de değerlendirilmeye alınmaktadır. Çalışma konusunun sınırlandırılması amacıyla, ilgili ortağın ortaklıkla ilişkisinin iradi olarak sona ermesi olarak tanımlayabileceğimiz “ayrılma” kavramı ile doğrudan bu amaçla ortaklıkla hukuki ilişkisini sona erdirmeye amacının ön planda olduğu “çıkma” kavramının farkına değinmek

<sup>14</sup> İrfan BAŞTUĞ, **Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması** (Doçentlik Tezi), İzmir, 1966, s.803, TAŞDELEN, s. 85; ÇAMOĞLU, 2014a, s. 255; Engin ERDİL, **Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 34.

<sup>15</sup> TAŞDELEN, a.g.e., s. 85. Doktrinde çıkma kavramı altında temel olarak TTK m. 595 hükmü kapsamında esas sermaye payının tamamen devri, limited şirket ortağının kişisel iflası, payının haczi, payın itfası, TTK m. 202/1.f.b. ve m. 202/2 uyarınca hâkim ortaklığın davacı pay sahiplerinin paylarını satın almasına hâkimin karar vermesi, ortakların oybirliğiyle bir ortağın çıkarılmasına karar vermesi, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortağın çıkma hakkı, TTK m. 596 uyarınca miras, mal rejimi hükümleri uyarınca esas sermaye payının geçmesi, ortaklık sözleşmesinde öngörülen sebeplerle çıkma, mahkemece haklı sebeple çıkmaya karar verilmesi ve çıkmaya katılma hususları incelenmiştir. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, yaptığı sınıflandırmada ortağın kendi isteğiyle ayrıldığı hâlleri sayarken ortağın iflası veya payının haczini de bu kapsamda saymıştır Bkz. Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, N. 1677. Ancak iflas, kişinin kendi talebiyle olabileceği gibi iradesi dışında bir sebeple, örneğin alacaklısının talebiyle de gündeme gelebilir. Aynı şekilde payın haczinde ortağın iradesinden, çıkma isteğinden bahsetmek, dolayısıyla bu iki hâli çıkma sınıflandırmasında zikretmek kanaatimizce doğru değildir. Payın tamamen devri, hâkimiyetin kötüye kullanılmasında davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına hükmolunması, ortağın ortaklıktan çıkması sonucunu doğursa da teknik anlamda bu hâllerde bir çıkma hakkının kullanılmasından ziyade sermayenin geçişi hükümleri gündeme gelecektir.

gerekir. Her ne kadar ortağın ayrılmasıyla neticelenen cebri icra gibi irade dışı haller ve ölüm gibi doğal hâller çıkma olarak nitelendirilmiş, “*kişiyi ortaklık ilişkisinin dışında bırakan bir hal*”<sup>16</sup> olarak telakki edilerek ortaklıktan çıkma sebepleri arasında sayılmış olsa da bu tür bir sınıflandırma bu çalışmada esas alınmamaktadır. Nitekim çıkma neticesinde ortağın ilişki dışında kaldığı hususunda şüphe olmasa da pekâlâ aynı neticenin çıkarılma hâlinde de doğacağı şüphesizdir.

Kanaatimizce ortağın iradesinin önem arz etmediği cebri icra, ölüm gibi istisnai hâllerle birlikte haklı sebeple ya da şirket sözleşmesinde düzenlenmek suretiyle ortağa tanınabilecek çıkma hakkının ve payın devri dâhil ortaklıkla ortak arasındaki bağın sona ermesine neden olan tüm hâlleri “ayrılma”; buna karşılık Kanunda belirli hâllerde ya da şirket sözleşmesiyle bağlayıcılık kazanan ortağın iradesinin ön planda olduğu ortaklıktan ayrılma hâllerinin ise “çıkma” kavramı altında incelenmesi, kavram karışıklığına engel olacaktır<sup>17</sup>. Bu nedenle çalışmada TTK’nin Limited Şirketler Kısımının “Sona Erme ve Ayrılma” bölümü altında 638. maddede düzenlenen haklı sebeple ve şirket sözleşmesi hükmüyle tanınan haklar “çıkma” kavramı çerçevesinde incelenecektir.

Çıkma hakkı, yöneldiği sonuç açısından bozucu yenilik doğuran<sup>18</sup>, kullanılış tarzı bakımından ise yenilik doğuran işlem veya yenilik doğuran dava olarak değerlendirilebilir. Yenilik doğuran işlem, karşı tarafa beyan edilmesiyle, yenilik doğuran dava ise mahkemeye müracaat etmek suretiyle gündeme gelip arzu edilen netice mahkemenin talebi kabul etmesi yoluyla sağlanabilir<sup>19</sup>. İleride ayrıntıları incelenecek olan çıkma hakkının düzenlendiği TTK m. 638’den çıkarılacak sonuç şudur: Sözleşmeyle kararlaştırılan çıkma hakkı yenilik doğuran işlem, haklı sebeple çıkma ise haklı sebebin tespitine mahkeme karar vereceğinden yenilik doğuran dava niteliğindedir. Yenilik doğuran hakların özellikleri itibariyle bu tür haklar usulüne uygun olarak kullanılmakla istenen amaç gerçekleşir ve sonuç gerçekleştikten sonra bundan

---

<sup>16</sup> TAŞDELEN, a.g.e., s. 114.

<sup>17</sup> Doktrinde geniş-dar anlamda ayrılma şeklinde de sınıflandırmaların yapıldığı görülmektedir. Dirikkan çıkma, çıkarılma dâhil şirketle ortak arasındaki ilişkiyi sonlandıran tüm hâlleri geniş anlamda ayrılma, tarafların anlaşarak ortağın payını devretmesi yoluyla ayrılmasını ise dar anlamda ayrılma olarak sınıflandırmıştır. Bkz. DİRİKKAN ÖZTÜRK, a.g.e., s. 17-18.

<sup>18</sup> ÇAMOĞLU, 2014a, s. 255.

<sup>19</sup> Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.163.

geri dönmek mümkün olmadığı<sup>20</sup> gibi koruyucu bir hak olması nedeniyle baştan bu haktan feragat etmek de mümkün değildir.

Ortağa sözleşme ile tanınan bir çıkma hakkının bulunduğu durumlarda çıkma hakkı, ortak ya da temsilcisi<sup>21</sup> tarafından ortaklığa bildirimde bulunmak suretiyle kullanılabilir. Bu bildirim ortaklığa yöneltilmesi gereken tek taraflı yenilik doğurucu irade beyanıdır<sup>22</sup>.

Çıkma hakkı aynı zamanda vazgeçilmez hak niteliği taşımaktadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla bu hak, sahibinin rızası olmaksızın elinden alınamaz. Eğer söz konusu çıkma hakkı, şirket sözleşmesi ile ortağa tanınmış bir hak ise, Kanunun izin verdiği ölçüde sınırlandırılması mümkün olmakla birlikte, hakkın kaldırılması ve özüne ilişkin, kullanımını ortadan kaldıracak nitelikte değişiklik yapılması, ortağın rızası olmadıkça, mümkün değildir.

## B. ÇIKMANIN TÜRLERİ

Ölüm<sup>24</sup>, iflas vb. irade dışı durumlar bir kenarda tutulacak olursa, limited şirketlerde ortaklar, kendilerine bu yönde bir yetki tanınmadıkça tek yanlı

<sup>20</sup> OĞUZMAN/BARLAS, a.g.e., s.164.

<sup>21</sup> Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların temsilci aracılığıyla kullanılması konusu yanında, Alman ve İsviçre doktrininde bu hakların sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere devri konusu tartışılmaktadır. Söz konusu tartışmalar ve Almanya ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulamaları için bkz.: Vedat BUZ, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 377-394. Yazar özellikle ayıba karşı tekeffülden doğan hakların yanı sıra iptal ve borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshi gibi örnekler üzerinden sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların doğdukları sözleşmeden bağımsız olarak devrinin devreden ve devralan açısından bir anlam ifade etmediğini savunmaktadır. Yazar ayrıca hakkın bağımsız olarak devrinin taraflara bir menfaat sağlamayacağını, hakkın kullanılmasındaki amacın temsilciye yetki vermek yoluyla sağlanmasının zaten mümkün olduğunu ifade etmiştir. Üçüncü kişi hakkı kullanmaktan daha çok hakkın kullanılmasıyla doğacak bir takım maddi neticelerle ilgileniyorsa yine hakkın bizzat sahibi ya da hak sahibi adına temsilcisi tarafından kullanılmasından sonra elde edilen iade alacağının bu kişiye devrinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Biz de yazarın görüşüne, haklı ya da sözleşmeyle kararlaştırılan bir sebebe dayalı çıkma hakkının ve çıkmaya katılma hakkının devri açısından, aynı gerekçelerle katılmaktayız. Yani çıkma hakkı temsilci vasıtasıyla kullanılabilir ancak bağımsız olarak devredilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Aksi fikrin kabulü halinde, çıkma hakkını üçüncü bir kişiye devreden limited şirket ortağı, örneğin çıkma için haklı sebebin varlığına, çıkma hakkını devralan üçüncü kişiyi ikna etmek durumunda kalacak, başarısız olması halinde haklı sebebin veya sözleşmeyle öngörülen sebebin gerçekleşmesine rağmen bu ilişkiye devam etmek zorunda kalacaktır. Bu durum çıkma hakkının niteliğiyle bağdaşmamaktadır.

<sup>22</sup> BAŞBUĞ, a.g.e., s. 39, TAŞDELEN, a.g.e., s.178. Ayrıca bkz. s. 12 vd.

<sup>23</sup> TEKİNALP, 2015, s. 559.

<sup>24</sup> Ölüm doğal bir çıkma hali olarak nitelenmektedir (bkz. TEKİNALP, 2015, s. 559).

iradeleriyle şirketten ayrılamazlar<sup>25</sup>. Bu nedenle iradi ayrılma olan çıkmanın ya bir sözleşmesel temele ya da kanuni temele dayanması gerekmektedir. Sözleşmesel temele dayalı çıkma kendi içinde sözleşmenin tür ve amacına göre sınıflandırılabilir. Kanuni temel ise çıkma konusunda yasanın ortağa belirli durumlarda (haklı nedenler) çıkma hakkını kullanabilme yetkisi vermesidir.

## **1. Sözleşme İlişkileri Kapsamında Çıkma**

Sözleşme ilişkileri kapsamında çıkmanın en tipik hali, şirket sözleşmesinde ortaklara tanınan ve genellikle belli sebeplere dayalı çıkma hakkıdır. Bunları şirket sözleşmesinde belirlenen geçerli sebepler (haklı sebep değil) şeklinde nitelemek mümkündür. Bunun dışında şirketin bölünmesi, başka bir şirketle birleşmesi veya tür değiştirmesi gibi yeniden yapılandırma halleri de sözleşme ilişkileri kapsamında çıkmanın tanınabileceği ve düzenlenebileceği durumlardır.

### **a. Yeniden Yapılandırma Sözleşmeleri İle Tanınan Çıkma**

#### **aa. Birleşme**

Birleşmede çıkma hakkı ayrılma akçesini düzenleyen TTK m. 141/1'de<sup>26</sup> düzenlenmiştir. Bu maddeye göre birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına, birleşme sözleşmesinde devralan şirkette pay ve ortaklık haklarının iktisabı veya iktisap olunacak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi alıp çıkmak arasında seçim yapma hakkı tanınabilir<sup>27</sup>. Bu durumda ilgili ortak ya birleşmeye muvafakat ederek devralan şirkette veya birleşme yoluyla yeni kurulacak şirkette ortak olacak ya da birleşme sözleşmesinde devralınacak payların gerçek değerine denk düşecek şekilde kararlaştırılan ayrılma akçesini<sup>28</sup> seçerek şirketten çıkabilecektir.

---

<sup>25</sup> Tekinalp, limited ortaklık sözleşmesinde ortaklara, herhangi bir sebebe veya şarta bağlı olmaksızın tek taraflı irade beyanı ile çıkma hakkının tanınmasının tartışılabilirliğini ifade etmekte hatta bunu mümkün görmektedir. Bkz.: TEKİNALP, 2015, s. 559.

<sup>26</sup> Maddenin ikinci fıkrasında birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesini kararlaştırabileceği, yani çıkarma hakkı düzenlenmektedir.

<sup>27</sup> Çamoğlu'nun ifade ettiği üzere, maddenin anılan fıkrasında her ne kadar ortaklara devralan şirketteki pay ve ortaklık haklarının karşılığı olarak çıkma hakkı tanınabileceği söylenmekte ise de aynı olanağın yeni kurulacak bir şirketin bünyesinde birleşme (yeni kuruluş şeklinde birleşme) halinde de var olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. ÇAMOĞLU, 2014a, s. 256.

<sup>28</sup> Yeniden yapılandırma hallerinde genel hüküm olan 191. maddeye göre taraflara, ayrılma karşılığının uygun belirlenmemesi halinde ilgili kararın ilânından itibaren iki ay içinde mahkemenin denkleştirme akçesinin saptanmasını isteme imkânı verilmiştir.

TTK m. 141 gerekçesinde bu durum her ne kadar ortaklara kanunen tanınan yenilik doğurucu seçimlik bir hak olarak açıklanmış olsa da hükmün lafzı bu tür bir yoruma açık değildir. Yani birleşmeye katılan şirketlere birleşme sözleşmesiyle kararlaştırılması koşuluyla devredilen şirket ortaklarına seçimlik bir hak tanınması imkânı getirilmiştir. Gerekçede belirtildiği üzere, birleşme sözleşmesiyle tanınan çıkma hakkını çok sayıda ortağın kullanması hâlinde birleşmenin gerçekleşememe ihtimali de mevcuttur. Böyle bir ihtimalin, anılan duruma ilişkin bir sakınca olarak değil, “*azınlığın korunması*” ve “*pay sahipleri demokrasisinin gereği*” olarak değerlendirilmesi, dolayısıyla şirketi zor duruma düşürme olasılığı bulunan bir değişikliğe engel olunmasının amaçlandığı şeklinde değerlendirmek yerinde olabilir.

Diğer taraftan birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesine yer vermemiş olabilirler. Bunun anlamı, birleşmeye karşı olan ortakların çıkma hakkına ilişkin bir sözleşme düzenlemesinin olmamasıdır. Bu durumda birleşmeye karşı olan ortakların, haklı sebeple çıkma hakkı saklı kalmak kaydıyla, şirketten çıkması mümkün değildir<sup>29</sup>.

#### ab. Bölünme

Şirket bölünmelerinde ortağın çıkma hakkının olup-olmadığına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bölünme halinde birleşmede olduğu gibi TTK m. 161’de ayrılma akçesinden söz edilmemektedir. Ancak anılan maddenin gerekçesinde mutabakatın<sup>30</sup> sağlanması halinde ortakların ayrılabilceği, fakat ihraç edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda, bölünmede sözleşmeyle ya da mutabakatla ortağın çıkmasına izin verilmemişse, birleşmede olduğu gibi ortak bölünmeye karşı olsa dahi ortaklıktan çıkamayacaktır. Moroğlu seçimlik hak olarak çıkma hakkını tanımayı birleşen şirketlerin tercihine

<sup>29</sup> TTK m. 141/1 ifadesinden devrolunan şirket ortaklarına ayrılma/çıkma hakkı tanınmasının zorunlu olmadığı anlaşılmalı beraber bu durum haklı eleştirilere uğramıştır. Bkz. Erdoğan MOROĞLU, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 7. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2012, s.85 vd.; Fena İPEKEL KAYALI, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 251; Yusuf Z. SÖNMEZ, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 201.

<sup>30</sup> Çamoğlu, Gerekçe ’deki mutabakat varsa sözlerinden ne anlaşılması gerektiğinin yoruma muhtaç olduğunu, eğer bu ibare ile ayrılmak isteyen ortakla diğer ortaklar arasında bir mutabakat sağlanması kastediliyorsa, böyle bir anlaşmanın (özel bir yasa hükmüne gerek olmadan) ayrılmaya temel olacağına kuşkusuz olduğunu ifade ettikten sonra, ikinci olasılığın ise bu ibare ile bölünme sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkının tanınmış olmasının kastedilmiş olabileceğini, bu ikinci halde TTK m. 638’deki genel hükmün bir uygulaması olacağını, Gerekçe ’de mutabakat sağlanırsa ortakların çıkabileceğinin belirtilmesini, yasa koyucunun taraflara bu olanağı hatırlatmak istediği şeklinde değerlendirdiğini belirtmektedir. ÇAMOĞLU, 2014a, s. 260’da 8 nolu dn.

bırakmanın doğru olmadığını, hükmün “*tanyabilirler*” yerine “*tanırlar*” şeklinde düzenlenmesi gerektiğini, bu şekilde kanunen bir seçimlik hak tanıma zorunluluğu getirilmesi gerektiğini, birleşmenin yanı sıra bölünmede de azınlığın korunması gerektiğine dikkat çekerek bölünme sözleşmesinde de ayrılma akçesinin seçimlik hak olarak tanınmasının zorunlu tutulması gerektiğini savunmuştur<sup>31</sup>.

### **ac. Tür Değişirme**

Tür değiştirmeye ilgili TTK'nin 180 ila 190. maddeleri arasında çıkmaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Gerekçe’de de ortakların çıkma hakkına değinilmemiştir. Ancak sözleşme serbestisi asıl olduğuna ve kanunda bir yasaklama da mevcut olmadığına göre birleşme ya da bölünmeden farklı bir neticeye tür değiştirme açısından varmak mümkün değildir<sup>32</sup>. Sadece birleşme, bölünme ve tür değişikliğine ilişkin “ortak hükümler” üst başlığını taşıyan TTK m. 191’de şu hüküm yer almaktadır: “(1) Birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması halinde, her ortak, birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilânından itibaren iki ay içinde, söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir. Denkleştirme akçesinin belirlenmesinde 140. maddenin ikinci fıkrası uygulanır. (2) Davacı ile aynı hukukî durumda bulunmaları halinde, mahkeme kararı, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm ifade eder..”

Diğer yandan Kanunda birleşme bakımından seçimlik bir hak olarak çıkma hakkının tanınabileceği düzenlendiği halde, bölünme veya tür değiştirme açısından benzer bir düzenlemenin bulunmaması, bu hallerde ortaklara mutabakatın sağlanması halinde dahi çıkma hakkının tanınmasının mümkün olmadığı şeklinde bir yoruma ulaşmak kanımızca mümkün değildir.

### **b. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Sebeplere Dayalı Çıkma**

Sözleşmesel çıkma hakkı TTK m. 638’in birinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Şirket sözleşmesi, ortaklara şirketten çıkma hakkını tanıyabilir; bu hakkın kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilir.”

---

<sup>31</sup> MOROĞLU, 2012, s. 85 vd.

<sup>32</sup> ÇAMOĞLU, 2014a, s. 260’da 8 nolu dn.



Çıkma hakkı ayrıca limited şirket sözleşmesinin içeriğine ilişkin, şirket sözleşmesinde öngörülmesi hâlinde tüm ortaklar açısından bağlayıcı nitelikte hükümleri düzenleyen TTK m. 577'de karşımıza çıkmaktadır. Bu maddenin (k) bendine göre çıkma hakkı, kullanım şartları ile çıkma hakkının kullanılması hâlinde ortağa ödenecek ayrılma akçesinin türü ve miktarı da şirket sözleşmesinde öngörülmesi hâlinde bağlayıcı olacak hükümler arasında düzenlenmiştir. Çıkma hakkıyla bağlantılı diğer bir madde TTK m. 641'dir. Bu madde ileride çıkmanın sonuçları kısmında<sup>33</sup> incelenecek olan şirketten ayrılan ortağın ayrılma akçesi isteyebileceğine ilişkin düzenleme içermektedir. Bu kapsamda bir diğer hüküm ise anılan ayrılma akçesinin ödemesi, sırası ve muacceliyet koşulları ile ilgili TTK m. 642'dir.

TTK m. 638 kapsamında ortaklara şirket sözleşmesiyle tanınan çıkma hakkının kullanımın belirli şartlara bağlanabilmesine izin verilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede düzenlendiği takdirde bağlayıcı olan bu hakkın, ortaklık sözleşmesinde ne şekilde düzenleneceğine ilişkin bir şart öngörülmemiş olup bu husus kurucuların veya sonradan çıkma hakkı getiriliyorsa ortakların takdirine bırakılmıştır. Ortaklar şirket sözleşmesiyle dilerse şartsız olarak çıkma hakkını tanyabilecekleri gibi, dilerse bildirim, süre, ödeme gibi hususlarda emredici hükümlere aykırı olmayan diledikleri şartları getirebilirler<sup>34</sup>.

Çıkma hakkının şartsız olarak tanınması, kanunen bir yasak bulunmamakla birlikte, uygulamada sorunlara neden olabilecektir. Örneğin bir limited şirketin esas sermayesinin üzerinde bir malvarlığı bulunmadığı hâlde, bir veya daha fazla ortağın çıkması durumunda, ayrılan ortağın payına karşılık gelen bedelin ödenmesinde güçlükler doğabileceği gibi bu payı satın alabilecek üçüncü bir kişinin hemen bulunması çok zor bir ihtimal olduğundan, özellikle büyük bir pay sahibinin çıkması olasılığında şirketin sona ermesi dahi söz konusu olabilecektir<sup>35</sup>. Kanun koyucu uygulamada sıkıntı doğurabilecek bir hüküm olarak eleştirilen, şartsız çıkma hakkının şirket sözleşmesiyle tanınmasına imkân veren eTK 551/1 maddesini aynen TTK 638/1 hükmünde

<sup>33</sup> MOROĞLU, 2012, s. 20 vd.

<sup>34</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., s. 33 vd.

<sup>35</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., s.33. Yazar şartsız çıkma imkânının limited şirketlerin yapısına aykırı olduğunu savunmakta, ortaklar arasındaki ilişkinin limited şirketlerde kuvvetli olduğu, pay devrinin zorlaştırılmış olması, birlikte yönetim ve temsil gibi ilkelere de bu hususun aykırı olduğu gerekçeleriyle şahıs şirketlerinde ve birliklerinde olduğu gibi çıkma ihbar süresinin ve geçerlilik zamanının hesap yılı sonu olarak limited şirketler için de düzenlenmesinin gerekli olduğunu savunmaktadır.

düzenlemiştir. Hatta ileride inceleyeceğimiz çıkmaya katılma<sup>36</sup> hâlini de yeni bir hüküm olarak TTK 639. maddede düzenleyerek çıkma imkânını ortaklar lehine daha da genişletmiştir.

Ortakların çıkma hakkına getirebilecekleri şartlar sınırlı sayıda olmadığından çalışmamızda genel olarak getirilebilecek birkaç hususu saymakla yetineceğiz.

Çıkma hakkının kullanılması belirli bir süre için kısıtlanabileceği gibi varsa sözleşmede öngörülen sebebin, sözleşmede çıkma sebebi yoksa çıkma isteğinin belirli bir süre önceden bildirilmesi ya da çıkma bildiriminin belirli süre sonra hüküm doğuracağı şirket sözleşmesinde kararlaştırılabilir<sup>37</sup>. Bu tür düzenlemelere şirket sözleşmesinde yer verilmesi daha önce de bahsettiğimiz üzere şirket ve diğer ortaklar bakımından faydalı olacak, şartsız ve süresiz çıkma hakkının sakıncaları özellikle “uzak görüşlü” limited ortaklıklar açısından bertaraf edilmiş olacaktır<sup>38</sup>.

Diğer bir kısıtlama şekli çıkma bildiriminin yapılma şekline dair olabilir. Çıkma bildiriminin yapılmasında sözlü, tek taraflı irade beyanı yeterli görülebileceği gibi bildirim özel şarta, mesela taahhütlü mektupla ya da noter aracılığıyla yapılacağı kabul edilmesi, hatta haklı sebeple çıkma hâlinde olduğu gibi mahkemenin ya da çıkmaya karar vermek üzere hakemin yetkilendirilmesi mümkündür. Böyle bir şartın öngörülmesi, sözlü bildirim şirket tarafından dikkate alınmaması ya da şirketin çıkma sebebinin gerçekleşmediğini düşünmesi ihtimalleri düşünüldüğünde çıkan kişinin ispat bakımından da yararlıdır. Nitekim bu hâlde çıkan kişinin bildirim yapmış olduğunu ispatlaması yeterli olup çıkma sebebinin gerçekleşmediğinin tespiti ve bildirim geçersizliğini ispat yükü şirketin üzerinde olacaktır<sup>39</sup>.

Bildirim ve süre dışında da çıkma hakkına farklı türde sınırlamalar getirmek mümkündür. Çalışmamızda tüm şartları incelememiz mümkün olmadığından, çıkma hakkına, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, sınırlamalar getirilmesinin ortaklığın yararına olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

---

<sup>36</sup> Bkz. s. 17 vd.

<sup>37</sup> Örneğin çıkma hakkının şirketin kuruluşundan itibaren belirli bir süre kullanımının kısıtlanması sermayenin azaltılmasının yeni şirketlerdeki etkisi göz önünde bulundurulursa çok faydalı olabilecektir. BAŞTUĞ, a.g.e., s. 35, TAŞDELEN, a.g.e., s.176,

<sup>38</sup> BAŞTUĞ, a.g.e.,35.

<sup>39</sup> TAŞDELEN, a.g.e.,178.

## 2. Haklı Sebep Çıkma

Limited ortaklık sürekli bir borç ilişkisidir. Ortağın ortaklıkla arasındaki hukuki bağ, sahip olduğu hak ve borçlar birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmede çıkma hakkı tanınmadıkça ahde vefa ilkesi gereğince ortağın sebepsiz yere ortaklıktan ayrılması düşünülemez<sup>40</sup>. Ancak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde tarafların MK m. 2'deki dürüstlük kuralı gereğince, devamı kendisi için çekilmez hâle gelen bir ilişkiyi sürdürmesi beklenemeyeceğinden<sup>41</sup>, haklı sebeplerin varlığı hâlinde bu ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür<sup>42</sup>. Limited ortaklıklarda, haklı bir sebebin gerçekleştiğini düşünen her ortak TTK m. 638/2 hükmüyle verilen imkândan yararlanarak haklı sebeple çıkma davası açabilir<sup>43</sup>. Kanuni çıkma hakkı olarak da anılan haklı sebeple çıkma hakkı, sözleşmeyle çıkma hakkı tanınmış olsa dahi bâkidir. Nitekim haklı sebeple çıkma hakkı vazgeçilmez, mutlak bir haktır<sup>44</sup>.

Haklı sebep uygulamada bahsi çok geçen temel bir kavramdır. Özel hukukun birçok alanında ve özellikle ticaret hukukunda yaygın kullanımı olduğu söylenebilir. Ortaklıklar hukuku anlamında bazı tanımlara göz atıldığında, örneğin Çamoğlu haklı sebebi, *ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ve dürüstlük kurallarına göre ortak açısından bu ilişkinin sürdürülmesinin kendisinden istenemeyeceği nedenler* şeklinde ifade etmektedir<sup>45</sup>. Limited ortağın çıkma gerekçeleri bağlamında bazı durumlara topluca işaret etmesi bakımından ifade edilecek olursa haklı sebep, ortak açısından ilişkinin objektif imkânsızlığına neden olan, ilişkinin sürdürülmesi imkânını ortadan kaldıran hâller şeklinde tanımlanabilir<sup>46</sup>. Şirketler hukuku açısından Kanunda haklı sebebin

<sup>40</sup> BAŞTUĞ, a.e.,42.

<sup>41</sup> Ersin ÇAMOĞLU, *Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması*, İstanbul, 2008, s. 55; ÇAMOĞLU, 2014a, s. 257 vd.; Aytekin ÇELİK, *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013 s. 293.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. Özer SELİÇİ, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, 1977; Pınar ORMANCI ALTINOK, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011.

<sup>43</sup> Maddeye göre, mahkeme talep edilmesi halinde, bir ihtiyati tedbir kararıyla davacının ortaklıktan doğan hak ve yükümlülüklerini kısmen ya da tamamen dondurabilecek, diğer taraftan da davacı ortağın durumunun teminat altına alınması için diğer önlemlere karar verebilecektir.

<sup>44</sup> TAŞDELEN, s.180.

<sup>45</sup> ÇAMOĞLU, 2014a, s. 257.

<sup>46</sup> Doktrinde haklı sebep "*hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hale getiren ve bozucu yenilik doğuran bir bildirim veya dava ile hukuki ilişkiyi sona erdirmek veya değiştirmek yetkisinin kullanılmasını adil gösteren hukuki olgu*" şeklinde tanımlanmıştır. Halil ASLANLI/Hayri DOMANIÇ, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 1989, s.736.

tanımı genel hükümlerde veya limited şirketlere ilişkin hükümlerde yer almamaktadır. Sadece kollektif şirketlerin sona ermesi bölümünde TTK m. 245’de haklı sebebin tanımı yapılarak numerus clausus olmayan haklı sebep hâlleri sayılmıştır. Bu maddeye göre haklı sebep:

*“şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkansız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olması”*

şeklinde tanımlanmış, bir ortağın yönetimde, hesaplarda şirkete ihanet etmesi, kendisine düşen asli görev ve borçları yerine getirmemesi, şirket unvanını veya mallarını şahsi çıkarları için kötüye kullanması, şirket işlerini yapamayacak duruma gelmesi gibi hâlleri haklı sebebe örnek olarak dört bent halinde sıralamıştır<sup>47</sup>. Bu örneklerden de açıkça anlaşılacağı üzere haklı sebep herhangi bir ortakla<sup>48</sup> ilgili olabileceği gibi ortaklar arasındaki münasebetlerde de kendisini gösterebilir<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Bu hükmün limited şirketlerde haklı sebebin belirlenmesinde de uygulanma alanı bulabileceği kabul edilmiştir. Bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2010, N. 1678b, s. 819, Hasan PULAŞLI, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2012, s. 1045. Haklı sebebe ilişkin Yarg. 11. HD.’nin, 17.06.2002 t., E.2002/2286, K.2002/6137 sayılı Kararı’nda limited şirkette, ortaklardan birinin diğerini iş yerine sokmamasını, kilitleri değiştirmesini, ortaklık hesap ve belgelerini gizlemesini şirketin feshi için haklı sebep olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. Yrg. 11. HD.’nin, 15.02.2005 tarih ve E.2004/7433, K.2005/1213 sayılı; Yarg. 11. HD.’nin, 07.05.2002 tarih ve E. 2002/599, K.2002/4496 sayılı; Yarg. 11. HD.’nin, 21.02.2000 tarih ve E.2000/55, K.2000/1242 sayılı kararları (www.kazanci.com).

<sup>48</sup> Haklı sebebin meydana gelmesine neden olan, yani söz konusu olay kendi şahsında gerçekleşen ortak açısından çıkarma sebebi sayılabilecek bir hususu, diğer ortaklar açısından haklı sebeple çıkma gerekçesi olarak değerlendirmek mümkündür.

<sup>49</sup> Haklı sebeplerin özel hukukta veya ticaret hukukunda genel olarak bir dökümü yapılmış değildir ve muhtemelen bu pek olası da değildir. Ancak TTK’de yaklaşık 37 ayrı maddede haklı sebebe atfen hüküm yer almaktadır. Örneğin; TTK m. 121, acentenin haklı sebeple feshine, m. 122/3 müvekkilin haklı sebeple sözleşmeyi feshine, m. 123/3 rekabet yasağı anlaşması ile bağlı olmamanın gerekçesine, m. 199/4 bağlı ve hakim şirket ilişkilerinde bağlı şirketlerin raporun hazırlanması için gerekli bilgi ve belgeleri hakim şirketin uzmanlarına vermelerinin gerektiği aksi için haklı sebep bulunması konusunda, m. 219/1 ve 220 kollektif şirket sözleşmesi ile atanan yöneticinin görevden alınmasına, m. 235/1 kollektif şirkette temsilcinin temsil yetkisinin kaldırılmasına, m. 245 kollektif şirketin haklı nedenle feshine, m. 255 kollektif ortaklıkta ortağın çıkarılmasına, m. 257/1 yalnız iki kişilik kollektif ortaklıkta bir ortağın çıkarılmasına, m. 274/1-275/1-276/1 kollektif şirket tasfiye memurunun görevden alınmasına, m. 282/1 tasfiye memurunun yetkilerinin daraltılmasına, m. 310/3 komandit şirkette komanditer ortağın denetim hakkının kapsamına ilişkin olarak, m. 399/8 anonim ortaklıkta denetçinin denetleme sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak, m. 461/2 anonim ortaklıkta rüchhan haklarının sınırlandırılmasında, m. 466/1 anonim ortaklıkta önerilmeye muhatap olma hakkının kaldırılması veya sınırlandırılmasında, m. 479/2 anonim ortaklıkta oyda imtiyaz sınırının genişletilmesinde, m. 531/1 anonim ortaklığın feshinde, m. 537/2 anonim ortaklıkta

Haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir yetkisi ise hâkime aittir. Şüphesiz hâkim söz konusu sebebin haklı olup olmadığını takdir ederken ilgili limited şirketin yapısını da göz önünde bulunduracaktır. Şöyle ki limited şirketler TTK m. 124 hükmünde açıkça sermaye şirketleri arasında sayılmış olmakla birlikte, anonim şirketlere kıyasla şahıs ortaklığı özellikleri gösteren nitelikleri de mevcuttur. Pay devrinin imzaları noter onaylı sözleşme mecburiyetiyle zorlaştırılmış olması, yan edim yükümlülükleri getirme imkânı, çıkma ve çıkarılma kurumlarının düzenlenmiş olması gibi hükümler limited şirketin bu yönünü göstermektedir<sup>50,51</sup>. Dolayısıyla çok ortaklı, tüm ortakların şirket işleriyle bizzat ilgilenmeyip daha ziyade anonim şirketlerde olduğu gibi kişiliklerinin ön plana çıkmadığı, yaptığı yatırımın değerlendirilmesine önem verdiği “*kapitalist karakterli*” limited şirketlerde, ortakların şahıslarında meydana gelen sebepler her zaman haklı sebep sayılamayabilir<sup>52</sup>. Bu hâlde ortaklar, ortaklık ilişkilerinden kaynaklanan, yani objektif nedenlerden dolayı haklı sebebe dayanarak çıkma haklarını kullanabileceklerdir. Ortaklığın sürekli zarar etmesi, uzun yıllar boyunca kâr dağıtılmaması, şirketin atıl durumda olması, ortakların birbirlerine duydukları güven ortamının kaybolması, amacın gerçekleşmesinde hukuki veya ekonomik imkânsızlıkların doğması şeklinde doktrinde birçok husus örnek olarak sayılmıştır<sup>53</sup>.

tasfiye memurlarının görevden alınmasında, m. 591/2 limited ortakların rüçhan haklarının sınırlandırılmasında, m. 595/5 limited şirkette şirket sözleşmesinin ayrılmaya izin vermediği veya genel kurulun onaylamadığı durumlarda ortağın çıkma hakkının saklı tutulmasında, m. 600/2 limited ortaklık genel kurulunun esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınmasında, m. 621/1-h) “bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararının önemli kararlardan olduğu hakkında, m. 630/2,3 limited ortaklıkta müdürlerin görevden alınması yönetim ve temsil yetkilerinin sınırlandırılmasında, m. 636/3 limited şirketin feshinde, m. 638/2 ortaklıktan çıkmada, m. 639/1-a), b) çıkmaya katılmada, m. 640/3 limited ortağın çıkarılmasında, m. 1083/1,2 donatma iştirakinde paydaş donatanın çıkmasında, m. 1086/2 tasfiye memurunun alınmasında kollektif şirkete atıfla, m. 1220/1 kaptanın rotadan sapması hususunda, m. 1239/1 taşıyanın konşimentoda gösterilenler ile yüklenenlerin aynı olup-olmadığında şüpheye düşmesi konusunda, m. 1281/5 dispeç raporuna itirazın süresinde yapılmamasında, m. 1415/1 sigortacının sözleşmenin bazı hükümlerini fesh etmesinde veya onlardan caymasında.

<sup>50</sup> TTK’den farklı olarak esas sermaye pay senetlerinin nama yazılı senet şeklinde düzenlenmesi ve bir ortağın birden fazla paya sahip olması imkânının getirilmesi, kavram olarak limited şirket payının anonim şirket payına yaklaştığını göstermektedir. Bkz. KENDİGELEN, a.g.e., s. 487.

<sup>51</sup> Limited şirketin sermaye ve kişi ortaklıklarından farklı unsurlar barındırdığı için karma bir tür olarak değerlendirilmesi konusunda bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, a.g.e., N. 1638, 1638a.

<sup>52</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., 48, 49.

<sup>53</sup> Bkz. BAŞTUĞ, a.g.e., s. 56, Akar ÖCAL, “Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme

Bu bağlamda Yargıtay'ın değişik dönemlerde verdiği kararlarında haklı sebebe ilişkin şu örneklere rastlamaktayız:

“...Davalı şirketin, davacı dışındaki ortaklarının yakın akraba oldukları anlaşılmaktadır. Davacı bu şirketlere ortak olduktan sonra bir müddet müdürlük görevinde bulunmuş, daha sonra müdürlükten azledilmiş, bundan sonra ise davacı ile diğer ortaklar arasında dava dosyasına yansıyan sürtüşmeler başlamıştır. Davacı ile diğer ortaklar arasındaki olayların kronolojik gelişme seyrine göre, davacının şirket ortaklığını sağlıklı bir şekilde sürdürme imkanının kalmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum ise, TTK'nun 551/2. maddesi uyarınca ortaklıktan çıkma için muhik sebep oluşturur”<sup>54</sup> diyerek ortaklar arasındaki sürtüşmeleri çıkma açısından haklı sebep kabul etmektedir.

“Mahkemece ....davacı ortağın diğer ortaklara ve şirket müdürüne güveni kalmadığından haklı sebeple şirket ortaklığından çıkma şartları mevcut olduğu gerekçesiyle davacının ortaklıktan çıkmasına, çıkma payı olarak davacı hissesine düşen 66.181,64 TL ile dağıtılmayan 2006 yılı kar payından yine davacı hissesine düşen 1.413,55 TL'nin davalı şirketten tahsiline karar verilmiştir...”<sup>55</sup> şeklindeki yerel mahkeme kararının, ortağın diğer ortaklara ve şirket müdürüne güveni kalmadığından haklı sebeple şirket ortaklığından çıkma şartları mevcut olduğu görüşünü kabul etmiş, ancak çıkma payına ilişkin hesaplama yönünden kararı bozmuştur.

Başka bir vakada “...şirket müdürü vasi F. Y.'in davalı şirketi zarar uğrattığını, Ş. Y. hakkında güveni kötüye kullanmaktan dolayı şikayette bulunulduğunu ve soruşturmanın devam ettiğini ileri sürerek, öncelikle haklı sebeple davalı şirketten çıkmaya izin verilmesi ve paylarının gerçek değerine denk gelen ayrılma akçesinin ödenmeyen karlarla birlikte davalı şirketten tahsiline...”<sup>56</sup> şeklindeki kararı ile Yüksek Mahkeme “şirket müdürü hakkında güveni kötüye kullanmaktan soruşturma açılmasını” haklı sebep olarak nitelemiştir.

Başka bir davada Yüksek Mahkeme: “Dava, muhik sebeplere dayalı olarak limited şirketten çıkmaya izin verilmesi ve sermaye payının ödenmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davacının şirketin iştigal konusu ile ilgili bilgi, görgü ve tecrübeye sahip olmamasının tek başına çıkma için haklı sebep

---

Kararıyla Sona Erdirilmesi”, **Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, 2003, s.223, TAŞDE-LEN, a.g.e., 185 vd.,

<sup>54</sup> YARGITAY 11. HD, E. 2002/162, K. 2002/3015, T. 2.4.2002 (E.T.: 25.12.2015).

<sup>55</sup> YARGITAY 11. HD, E. 2012/5955, K. 2012/10241, T. 11.06.2012 (E.T.: 25.01.2016).

<sup>56</sup> YARGITAY 11. HD, E. 2012/15246, K. 2013/12937, T. 20.6.2013 (E.T.: 25.01.2016). Benzer karar: YARGITAY 11. HD, E. 2014/7222, K. 2014/14813, T. 29.9.2014 (E.T.: 25.01.2016).

*oluşturmayacağı, davacının bunun haricinde haklı sebep sunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de; davacı iddiasında sadece mahkeme gerekçesinde haklı sebep olup olmadığı irdelenen nedene değil, ayrıca şirket müdürü olan kardeşinin, kendisine şirket hakkında bilgi vermekten de kaçınmasına, taraflarınca yapılan tüm girişimlerin sonuçsuz kalmasına da dayanmıştır. O halde mahkemece, davacının dayandığı tüm sebepler ve buna ilişkin deliller değerlendirilerek, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle davacının şirketten çıkmasını gerektirecek haklı bir sebebin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir....”<sup>57</sup> şeklinde karar verirken çıkmak isteyen davacının şirketin faaliyet konusunda uzman olmamasının haklı neden olmayabileceğini ancak ortağa yönetici tarafından bilgi verilmemesinin haklı neden sayılacağına zımnen hükmetmiştir.*

Görüldüğü üzere sayılan hâllerden birçoğu esasında şirketin feshi için de haklı sayılabilecek sebepler olarak kabul edilebilir. Haklı sebep kavramının doğumu da zaten kişi ortaklıklarının infisahı doğrultusunda gelişmiştir<sup>58</sup>. Nitekim eTTK döneminde şirketten çıkma ve çıkarılmayı düzenleyen eTTK m. 551’in ikinci fıkrası hükmü, ortakların haklı sebeple çıkmaya müsaade edilmesini veya şirketin feshini talep etmesine imkân tanımaktaydı<sup>59</sup>. Yeni TTK’de ise bu iki hâl bir arada düzenlenmemiş, TTK m. 636/3’de haklı sebeple ortaklığın feshini talep hakkı korunarak, mahkemenin fesih yerine davacı ortağın pay bedelinin kendisine verilerek şirketten çıkarılmasına hükmedebileceği düzenlenmiştir. Ortaklıktan ayrılma imkânı bulunan ortağın pay karşılığını elde edememesi ihtimali dışında ortaklığın sona erdirilmesinde hukuki menfaati bulunmadığından, ayrıca ortaklığın ayakta tutulması amacıyla fesih hakkının son imkân olarak ele alınması gerektiği, dolayısıyla çıkma imkânı ile düzeltililecek bir ihtilafın hallinde feshe karar verilmesi doğru görülmemiştir<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> YARGITAY 11. HD, E. 2014/8798, K. 2014/14978, T. 1.10.2014 (E.T.: 25.12.2015).

<sup>58</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., s. .45.

<sup>59</sup> eTTK döneminde, uygulamada hâkimin davayı reddetmesine ve yeni bir dava açılmasına yol açan bu durum, TTK ile usul ekonomisine uygun bir hâle getirilerek, hâkime daha geniş bir yetki verilmiştir. Hâkimin açılan fesih davasında, ileri sürülen haklı sebebi, şirketin feshi için yeterli görmemesi veya bunun son çare olduğunu düşünmemesi hâlinde fesih talebini reddetmekten başka çaresi kalmamaktadır. Fakat TTK’deki bu düzenleme ile davacı ortak veya davalı şirket tarafından talep edilmemiş olsa bile hâkim davayı kendisi genişletebilmekte ve talep dışında karar vererek; ortağı şirketten çıkarabilmektedir. TTK ile hâkime bir hak daha tanınarak “duruma uygun düşen ve kabul edilen diğer bir çözüme” hükmedebileceği düzenlenmiştir. Bu çözümün ne olduğu belirsizdir. Fakat düzenleme ile şirketin yararına olarak hâkime geniş müdahale hakkı tanınmıştır.

<sup>60</sup> Yargıtay da bu fikirle hareket etmektedir. R. Eda GİRAY, “Limited Şirketlerin Haklı Nedenlerle Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,

Eski dönemde verilen kararlarda zaman zaman sözleşmede tanınan çıkma nedenleri ile haklı sebepler de birbirine karıştırılabiliyordu. Örneğin bir kararında Yargıtay;

*“TTK’nın 551/2. maddesi hükmünce, haklı nedenlerle Limited Şirket ortaklığından ayrılma hakkı doğan ortak, diğer ortakların bu yöndeki iradeye uymaması halinde Şirket ortaklığından çıkmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilir. Anılan yasa maddelerinde haklı nedenler sayılmadığı gibi, davalı şirket ana sözleşmesinde de bu husus düzenlenmediğinden, haklı nedenlerin varlığının yargıç tarafından değerlendirilerek saptanması gerekir”<sup>61</sup>* şeklinde sonuca varmıştır.

Bu durum göstermektedir ki, sözleşmeyle soyut çıkma hakkının tanınmasını (belirli bir nedene bağlamaksızın) ayrı bir kategori, sözleşmede belli durumlar/nedenlere dayalı çıkma hakkı tanınmasını “geçerli nedenler” adı altında ayrı bir kategori olarak kabul etmek, haklı nedenleri ise başlı başına bir kategori olarak zikretmek daha isabetli bir sınıflandırma olabilir. Zira gerçekten bir çıkma nedeninin haklı sebep olup-olmadığını takdir hakkı yargıca aittir<sup>62</sup>.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus limited şirket ortağının payını devredememesinin çıkma için başlı başına bir haklı sebep olup olmadığıdır. Limited şirket ortağının tüm paylarını şirkete, başka bir ortağa ya da üçüncü bir kişiye devretmesi ortağın ortaklıktan –teknik anlamda çıkma olarak adlandırılmasa da- ayrılması sonucunu doğurur. TTK m. 595’de pay devri için, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, sözleşmenin taraflarının imzalarının noterce onanması ve ortaklar genel kurulunun onayı gerekli görülmüştür. Devir için kanunun bu kadar ağır şartlar içermesi limited şirket payı bakımından kanuni bağlam bulunduğu anlamına gelebilir<sup>63</sup>. Bu örtülü bağlam hükmünün ayrılmak isteyen ortak bakımından haklı sebep teşkil edip-etmeyeceği tartışma konusudur.

İncelenen konu bakımından önem arz eden bir diğer husus, TTK m. 595’in beşinci fıkrasıdır. Anılan fıkrada payın devri şirket sözleşmesiyle yasaklanmışsa veya genel kurul TTK m. 595’in yedinci fıkrası uyarınca devrin

---

Sayı: 12, Güz2007/2, s. 210; Bkz. Yarg. 11. HD. 19.12.1988 T., E. 9182 K.7852, Yarg. 11. HD., 11.02.2002 E. 8760 K.1018, www.kazanci.com.

<sup>61</sup> YARGITAY 11 HD, E. 2001/7132, K. 2001/9218, T. 22.11.2001 (E.T.: 25.12.2015).

<sup>62</sup> ÇAMOĞLU, 2014a, s. 257.

<sup>63</sup> YILDIZ, a.g.e., s.137.



onaylanması için başvurulmasından itibaren üç ay içinde devir başvurusunu reddederse, payını devretmek isteyen ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Yıldız, devrin yasaklanması veya onaylanmaması halinde kanun koyucunun bu hükümle menfaatler dengesinin gözetilmesi amacıyla payını devredemeyen ortak açısından haklı sebeple çıkma imkânı tanıdığını savunmaktadır<sup>64</sup>.

Kanaatimizce hüküm sadece ortağın haklı sebeple çıkma hakkının saklı olduğuna işaret etmektedir. Gerekçede de hükmün amacı “(y)asağa rağmen ortak haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkabilir. Haklı sebeplerin nitelik ve özellikleri ile ilgili bir sınırlama yoktur.” şeklinde aydınlatılmıştır. Aksi fikrin kabulü hâlinde zaten devrin yasaklanması veya onay vermekten kaçınılması hâli Kanunda açıkça izin verilen bir çıkma sebebi olarak kabul edilecek, bu durumda mahkemenin bu sebebin haklı olup olmadığına karar vermesi gerekmeyecektir. Dolayısıyla “haklı” kelimesinin maddede yer almaması gerekirdi<sup>65</sup>.

Devir neticesinde devralınan payın bedeli devralan tarafından karşılanacaktır. Ancak devre genel kurulca izin verilmemesi ya da en başından pay devrinin şirket sözleşmesiyle yasaklanmış olması ihtimallerinde, ortak varsa haklı sebeple çıkma için ya ortaklığa kanuni çıkma hakkını bildirerek, ya da haklı sebeple çıkma davası açarak şirketten çıkmasına karar verilmesini talep edebilir.

### 3. Çıkmaya Katılma Yoluyla Çıkma

Çıkmaya katılma yoluyla çıkma<sup>66</sup> hakkı, TTK m. 639 ile hukukumuzda getirilen yeniliklerden biridir. Bu imkân sayesinde bir ortağın sözleşmesel ya da kanuni çıkma hakkını kullanarak şirketten ayrılmak istemesi hâlinde, diğer ortakların da çıkma işlemine veya davasına katılması mümkündür. Maddenin gerekçesinde hükmün eşit işlem ilkesinin sağlanmasına hizmet edeceği, ayrıca menfaatler dengesi ve dava ekonomisine de uygun olduğu belirtilmiştir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> YILDIZ, a.g.e., s.139, 142.

<sup>65</sup> Abuzer KENDİGELEN, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler İlk Tespitler*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.501, 502.

<sup>66</sup> Ünal TEKİNALP, Çıkmaya Katılma, <http://arslanlibilimarsivi.com/>; ÇAMOĞLU, 2014a, s. 258-9.

<sup>67</sup> Doktrinde hükmün öngörülme amaçlarından birinin çıkmanın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanımının engellenmesi, şirket kaynaklarına çıkma yoluyla el konulmasının önüne geçmek olduğu, diğer yandan büyük ortakların çıkma haklarını küçük ortaklara karşı şantaj aracı olarak kullanmalarının da çıkmaya katılma imkânıyla önüne geçildiği belirtilmektedir. Bkz. TEKİNALP, Çıkmaya Katılma, s. 2-4.

Maddeye göre bir ortağın ortaklığa çıkma iradesini yöneltmesi veya haklı sebeple çıkma davası açması hâlinde bu durum ortaklık müdürlerince diğer ortaklara bildirmekle görevlendirilmiştir. Bu bildirim alan ortak da 1 ay içerisinde şirket sözleşmesinde yer alan sebebin kendisi açısından da geçerli olduğunu düşünüyor ve çıkmak istiyorsa bu durumu müdürlere bildirerek veya haklı sebeple çıkma davası yoluyla çıkma talep edilmişse bu davaya katılarak şirketten ayrılabilir. Maddenin son iki fıkrasında eşit işlem ilkesine ve ortağın çıkarılmasında bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı kuralına yer verilmiştir.

Çıkmaya katılma konusunda üzerinde durulması gereken hususlardan ilki, çıkmaya katılmak isteyen ortak, çıkan ortağın dayandığı sözleşmede yer alan sebeple ya da mahkemede haklı sebep olarak ileri sürülen çıkma sebepleriyle sınırlandırılmış mıdır? Yani bu sebeplerin birebir aynı olması zorunlu mudur yoksa farklı bir çıkma sebebine ya da haklı sebebe dayanarak çıkmaya katılmak mümkün müdür? Lafzi yorumla sözleşmede öngörülen çıkma sebebinin “*kendisi yönünden de geçerli*” olması şartı aynı sebebe işaret ediyor gibi görünürken, haklı sebep konusunda ise böyle bir şarta yer verilmeksizin “*haklı sebepler dolayısıyla çıkma davasına katılmak*” açılacak davanın tek şartı olarak hükümde yer almaktadır. Madde gerekçesine baktığımızda ise açılan davadaki haklı sebebin “*diğer bazı ortaklar için de geçerli olması*” hâlinde söz edildikten sonra açıkça katılmanın sözleşmede yer alan aynı çıkma sebebine veya davanın dayandırıldığı haklı sebebe dayandırılmasının şart olup olmadığı tartışmasının yargı kararlarına ve öğretiyeye açık olduğu belirtilmiştir. Çamoğlu'na göre, sözleşmede birden çok çıkma sebebi öngörüldüğü takdirde, çıkma hakkını kullanan ortak hangi sebebe dayanmışsa, diğer ortaklar çıkmaya katılmayı aynı sebebe dayalı olarak kullanabilirler. Sözleşmedeki sebeplerden başka birisine dayanılması bağımsız bir çıkma hakkı kullanılmasıdır. Çıkma hakkını kullanan ortak bu talebinden vazgeçerse, çıkmaya katılan ortakların da başvuruları düşer. Ancak aynı sebep ortak açısından da geçerli ise katılan ortak bu başvurusunu bağımsız bir çıkma talebine dönüştürebilir<sup>68</sup>.

Yukarıda da değinildiği üzere, gerek çıkma ve gerekse çıkmaya katılma hususunda haklı sebebe sözleşmede yer verilmesi gerekli değildir. Hatta yer yer karışıklık yaratacak potansiyele sahiptir. Nitekim doktrinde bu konuda Kendigelen TTK m. 639/2-a hükmünde “haklı sebep” kavramına

---

<sup>68</sup> Ersin ÇAMOĞLU, “Limited Şirketten Çıkma-II”, *Yaklaşım Dergisi*, Sa. 254, Şubat-2014[b], s. 247.

yer verilmesini eleştirmiş, haklı sebebin takdiri mahkemeye ait olduğundan sözleşmede yer verilen bir sebebin haklı sebep değil, çıkma sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>69</sup>.

Tekinalp bu konuda Kanunun aynı haklı sebebin ileri sürülmesini aramadığını ancak pay devrine onay verilmemesi, ortağın çıkma talebinde bulunması veya çıkma davası açması ya da tek taraflı irade beyanıyla, yani bildirimle çıkma hâllerinde çıkmaya katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>70</sup>.

Bir diğer çalışmasında ise yazar, TTK m. 639/1 hükmünde haklı sebep ibaresine yer verilmemiş, genel bir ifadeyle şirket sözleşmesindeki hükme dayalı çıkmanın mümkün olduğu düzenlenmiş olsa da TTK m. 639/2-a hükmü de dikkate alınarak yapılacak değerlendirme neticesinde hem çıkma açısından hem de çıkmaya katılma bakımından haklı bir sebebin bulunmasının gerekli olduğunu savunmuştur<sup>71</sup>.

Kanaatimizce bu görüş doğru değildir. Nitekim haklı sebeple ilgili en temel husus, hâkimin takdir yetkisine göre sebebin haklı olup olmadığına karar vermesidir. Çıkma ve çıkmaya katılma kurumunun amaçları dikkate alındığında, ortaklara sözleşme serbestisi çerçevesinde, şirketlerinin yapısını da dikkate alarak, gerekli gördükleri takdirde çeşitli şartlar da öngörmek suretiyle çıkma hakkının kullanımına sınırlamalar veya şartlar getirebileceği, sözleşme serbestisi ile çıkma hakkının yanı sıra uzun süreli bu borç ilişkisinden her ortağın haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sözleşmede çıkmaya dair hükümler bulunsun bulunmasın, mahkemeden çıkmasına izin verilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Bu iki husus birbirinden farklı şartlarda incelenmektedir. Sözleşmede yer alan bir hükmün haklı olup olmadığına da hâkimin takdirine bırakmak usul ekonomisine de, ortakların korunması amacına da aykırıdır. Zaten sözleşmede haklı sebep olarak düzenlenmiş bir sebebin takdirinin hâkime ait olduğu kabul edildiği takdirde bu sebep sözleşmede yer almasa da, ortakların mutlak hakkı olan haklı sebeple çıkma hakkı çerçevesinde ilgili hususu mahkemeye taşıyarak sebebin haklılığı konusunda hâkime başvurması mümkündür.

<sup>69</sup> KENDİGELEN, a.g.e., s. 554, dn. 136.

<sup>70</sup> TEKİNALP, 2012, s.382.

<sup>71</sup> TEKİNALP, Çıkmaya Katılma, s. 4. Yazar 8no'lu dipnotta mehoz İsviçre BK 822a maddesi ve gerekçesinde sözleşmede yer alan hüküm veya haklı sebeple çıkmada haklı sebebin TTK'da olduğu şekilde katılma hakkına hasredilmediğini vurgulamıştır.

Nitekim aksi fikrin kabulü, esasında kanun koyucunun abesle iştigal ettiği ya da ettirildiği düşüncesini de beraberinde getirmektedir. Sözleşmede düzenlenen çıkma sebebine dayanarak ortaklığa yöneltilecek tek taraflı irade beyanıyla ortağın çıkma hakkının var olduğunu savunarak ayrıca sözleşmeyle kararlaştırılan bir sebebin haklı olup olmadığının hâkimin takdirine bırakılacağını iddia etmek kanaatimizce çelişkilidir.

### **C. Çıkmanın Sonuçları**

Sözleşmede kararlaştırılan bir sebebe dayanarak çıkma hakkının kullanılmasında, çıkma bildirimimin ortaklığa ulaştığı an, haklı sebeple çıkmada ise hükmün kesinleştiği anda çıkma gerçekleşir<sup>72</sup>. Çıkma, yapılan tescilin ilanı ile hüküm doğurur. Çıkma neticesinde ilgili ortak bakımından bu ilişkiden kaynaklanan hak ve borçlar kural olarak sona erer ve çıkan ortağa “*esas sermaye payının gerçek değerine uyan*” ayrılma akçesinin<sup>73</sup> ödenmesi gerekir. Ayrılma akçesi TTK’nin 641 ve 642. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrılma akçesi hususunda eTTK döneminde doktrinde haklı olarak, eTTK 521, 530, 523/4 gibi maddelerde yapılacak ödemelere ilişkin “gerçek değer” esasına Kanunda yer verilmişken çıkmada ödenecek ayrılma akçesinde aynı esasa yer verilmemesi eleştirilmiş, TTK m. 621’de ise bu ödemenin “*esas sermaye payının gerçek değerine uygun*” olacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>74</sup>.

Ayrılma akçesinin talep edilmesi TTK’nin 641/1. maddesinde ortağa bir hak olarak tanındığından, nitelik olarak müktesep hak olarak değerlendirilecek, bunun neticesinde TTK m. 641/2’de belirtilen, ayrılma akçesinin şirket sözleşmesiyle farklı bir şekilde düzenlenmesi imkânının kullanılmasında hakkın özüne dokunmayan, adil sınırlandırmalar getirilebilecektir<sup>75</sup>. “Gerçek değer” in bilinçli olarak kanunda tanımlanmadığı vurgusu, birçok maddenin gerekçesinde<sup>76</sup> yer almaktadır. 641. madde gerekçesinde ise bu ibarenin en azından “bilanço değerini” ifade ettiği belirtilmiştir. Birleşmede ayrılma akçesini düzenleyen 141. madde gerekçesinde ise “yaşayan şirket” değerinin

<sup>72</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., s. 75; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, 2010, N. 1679a.

<sup>73</sup> Ayrılma kavramı ortakla çıkma ve çıkarılma dâhil ortaklık arasındaki bağı sona erdiren tüm nedenler anlamına geldiği halde, TTK’nin 641 ve 642. maddelerinde “*ayrılma hakkı*” olarak işaret edilen hak esasında “*çıkma hakkı*” olarak değerlendirilmelidir. KENDİGELEN, a.g.e., s. 557.

<sup>74</sup> BAŞTUĞ, a.g.e., s. 79.

<sup>75</sup> KENDİGELEN, a.g.e., s. 557.

<sup>76</sup> Bkz. TTK m. 141, 493, 531, 596 ve 641 gerekçeleri.

gerçek değerin hesaplanmasına temel teşkil edeceği belirtilmiştir. Bu değer belirlendikten sonra ortaklıktan çıkan kişinin sahip olduğu payın itibari değerinin hesaplanması gerekecektir<sup>77</sup>. Bu ikinci hesaplamada ekonomik anlamda paylar arasındaki eşitliğin sağlanması için ayrılma akçesinin değerine etki edebilecek, pay üzerindeki imtiyazlar gibi, tüm etkenlerin hesaba katılması gerekmektedir<sup>78</sup>. Mahkeme aşamasında gerçek değeri hesaplamada esas alınacak tarih bakımından, yine kesin bir kural olmamakla birlikte, anonim şirketlerde haklı sebeple feshe ilişkin hüküm göz önünde bulundurulabilir. Bu maddeye göre hâkim karar tarihine en yakın bir tarih esas alınmak üzere bilirkişi marifetiyle gerçek değer hesaplanmasını sağlayabilecektir.

Şirket, ayrılma akçesini TTK m. 640/2 uyarınca kural olarak nakden ödeyecektir. Ancak taraflar dilerse bunun aksini, mesela aynı olarak ödemeyi kararlaştırabilir<sup>79</sup>. Bu konuda kanun koyucu sadece genel bir çizgi çekmekle yetinmiş, ortakların tamamen keyfi, adil olmayan düzenlemelerden kaçınmaları gerekliliği madde gerekçesinde de belirtilmiştir.

Ayrılma akçesinin ödenmesiyle ilgili TTK'nin 642. maddesinde ise 6762 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak ayrılma akçesinin muacceliyet şartları ve anına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre çıkma neticesinde şirketin tasarrufta bulunabileceği özkaynakları mevcutsa veya çıkan kişinin ortaklıktaki paylarının devri kabilsen ya da sermaye azaltması yoluna gidilmişse ayrılma akçesi muacceliyet kesbedecektir. Kullanılabilir özkaynağın, bu tutarın ayrılma akçesinin ödenmesinde yetersiz kalması hâlinde yapılacak esas sermaye azaltmasının tutarını belirlemede işlem denetçisine yetki veren TTK m. 642'nin ikinci fıkrası 6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik neticesinde, özellikle iradi çıkma hâllerinde üzerinde tasarruf edilebilecek özkaynak bulunup bulunmadığının nasıl tespit edileceği, denetleneceği, dolayısıyla sermayenin azaltılması yoluna gidilip gidilemeyeceği, gidilmesi gerekiyorsa miktarın kim tarafından hangi usulle belirleneceği hususları belirsizdir<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013, s.76.

<sup>78</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, a.g.e. s. 76. Yazara göre gerçek değerin belirlenmesinde TTK m. 597'den faydalanmak mümkündür. Bu maddeye göre taraflar uzlaşamadıkları takdirde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi, taraflardan birinin istemi üzerine payın gerçek değerini belirleyebilecektir.

<sup>79</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, a.g.e., s. 776.

<sup>80</sup> KENDİGELEN, a.g.e., s. 557.

TTK m. 642'nin son fıkrasında, ayrılma akçesinin tamamen ödenmediği takdirde, söz konusu alacağın şirkete karşı bütün alacaklardan sonra gelen bir alacak niteliğinde olacağı, şirketin yıllık raporunda kullanılabilir özkaynak ayrılmasıyla kalan kısma dair alacağın tekrar muaccel olacağı düzenlenmiştir<sup>81</sup>.

Ortaklıktan çıkmanın bir diğer sonucu ile ilgili olarak, TTK m. 604 hükmü anılabilir. Bu hükme göre ortak, TTK m. 642/1-b uyarınca payının devredilmesi yoluyla şirketten ayrıldıktan sonra iki yıl içerisinde şirket iflas ederse, ek ödeme için kendisine başvurulabilecektir. İkinci fıkra uyarınca bu yükümlülük payın halefince yerine getirilmediği takdirde, yükümlülüğün gerçekleştiği tarihte ortağa karşı ileri sürülebileceği ölçüde devam edecektir.

### III. SONUÇ

Çalışmamızda ortağın iradi olarak ortaklıkla arasındaki ilişkiyi sona erdirmesi hâllerini, yani çıkma kurumunu incelemeye çalıştık. Bu çalışmadan çıkarabileceğimiz sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz.

1- Çıkma hakkının temel hak ve özgürlükler çerçevesinde mülkiyet hakkına dayandığı söylenebilir. Herkesin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişinin özgürce diğer kişilerle akit yapabilmesi ve bu ilişkiyi anlaşılarak ya da Kanunun izin verdiği hâllerde tek taraflı olarak özgürce sona erdirebilmesi hakkının var olduğu şüphesizdir. Ancak her hukuki ilişkide olduğu gibi hakkın kullanılmasında sözleşmenin her iki tarafının da menfaatinin korunması gerekmektedir. Nitekim bir sermaye ortaklığı olan limited şirketlerde, diğer sermaye şirketlerinde olduğu gibi sermayenin korunması, ortakların serbestçe ortaklıkla arasındaki sözleşmeye son vererek belki de ortaklığın sona ermesine neden olması istenmediğinden ve sınırlı sorumluluk prensibinin kötüye kullanılması, kişi ortaklıklarına nazaran sermayeyi daha koruyucu, diğer bir deyişle ortakların ve dolayısıyla sermayenin eksilmesini engelleyici bir tutumun var olduğu söylenebilir.

---

<sup>81</sup> Söz konusu alacak için maddede ilgili bir hüküm bulunmadığı hâlde faiz ödenmeyeceğini belirten gerekçenin amacı ve anlamı doktrinde eleştirilmiş, maddenin ilk fıkrası uyarınca muaccel olacağı düzenlenen bu alacağa faiz işletilebilmesinin gerekli olduğu savunulmuştur. KENDİGELEN, a.g.e., s. 558. BAŞTUĞ ise alacağın doğumu ile muaccel olmasının farklı kavramlar olduğunu, muacceliyetten bahsedebilmek için öncelikle alacağın miktarının belirli olması gerektiğini, dolayısıyla ortağın payının karşılığı şirket sözleşmesinde kararlaştırılmış, özel ara bilançoyla ya da mahkemece kesin kararlar belirlenmiş olsa dahi muaccel olmayacağını belirterek, kollektif şirketlerin aksine çıkma halinde ortağın şirket alacaklısı hâline gelmeyeceğini, uygulamada genellikle sermaye azaltması prosedürünün uygulanması sebebiyle durumun tescil ve ilânıyla alacağın muaccel olacağını ifade etmiştir. BAŞTUĞ, a.g.e., s. 83.

2- Sözleşme özgürlüğünün yanı sıra çıkma hakkı, kullanılma yetkisi bakımından kişisel bir haktır. Yöneldiği sonuç açısından bozucu yenilik doğuran, kullanılış tarzı bakımından ise yenilik doğuran işlem veya yenilik doğuran dava olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çıkma hakkının kullanımı temsilciye bırakılabilirse de üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir. Çıkma hakkının mütesep hak niteliği de vardır. Şirket sözleşmesi ile ortağa tanınmış bir çıkma hakkı, Kanunun izin verdiği ölçüde sınırlandırılması mümkün olmakla birlikte, hakkın kaldırılması ve özüne ilişkin, kullanımını ortadan kaldıracak nitelikte değişiklikler yapılması, ortağın rızası olmadıkça, mümkün değildir.

3- Yaptığımız sınırlandırma çerçevesinde TTK ile ortağa bahsedilen iradi çıkma haklarının, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede mutabakatla, sözleşmede kararlaştırılan sebeplerle, haklı sebeple ve çıkmaya katılma yoluyla çıkma hakkı olarak incelemek mümkündür.

4- Birleşmede çıkma hakkı imkânı TTK m. 141/1'de açıkça düzenlenmişken bölünme sözleşmesinde çıkma hakkı tanıma imkânı ve tür değiştirmede çıkma imkânı açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum azınlığın menfaatlerine aykırı olup, birleşmede olduğu gibi seçimlik bir hak olarak çıkma hakkının ve ayrılma akçesinin de bölünme ve tür değiştirmeye ilgili madde metninde yer alması gerekirdi.

5- TTK'nin 595. maddesinin beşinci fıkrasında ise payın devri şirket sözleşmesiyle yasaklanmış olması veya genel kurulun TTK m. 595'in yedinci fıkrası uyarınca devrin onaylanması için başvurulmasından itibaren üç ay içinde devir başvurusunu reddetmesi hâlinde, payını devretmek isteyen ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm sadece ortağın haklı sebeple çıkma hakkının saklı olduğuna işaret etmektedir. Kanunda açıkça izin verilen bir başka çıkma sebebi değildir.

6- Bir diğer çıkma hâli, haklı sebeple çıkmadır. Bu hak vazgeçilmez, mutlak bir haktır. Haklı sebep herhangi bir ortaktan, faaliyetlerinden veya ortaklar arasındaki münasebetlerden doğabilir. Takdir yetkisi hâkime bırakılan haklı sebebin tespitinde, ilgili limited şirketin yapısı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kapitalist karakterli limited şirketlerde ortakların şahıslarında meydana gelen sebepler her zaman haklı sebep sayılamayabileceği hâlde ortaklık ilişkilerinden kaynaklanan ve objektif nedenleri işaret eden haklı sebebe dayanarak çıkma hakkı söz konusu olabilecektir.

7- Çıkmaya katılma kurumu 6102 sayılı Kanunla getirilen yeniliklerden biridir. Çıkmaya katılmak isteyen ortağın, çıkan ortağın dayandığı sözleşmede yer alan sebeple ya da mahkemede haklı sebep olarak ileri sürülen çıkma sebepleriyle bağlı olup olmayacağı hususu bilinçli olarak Kanunda netleştirilmemiş, bu konunun tartışılması yargı ve doktrine bırakılmıştır. Doktrinde kanunun haklı sebep konusunda aynı sebebin aranmadığı savunulmuş, TTK'nin 639/1. hükmünde haklı sebep ibaresine yer verilmemiş, ancak TTK'nin 639/2-a hükmüyle birlikte değerlendirilmesi neticesinde hem çıkma açısından hem de çıkmaya katılma bakımından haklı bir sebebin bulunmasının gerekli olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Kanaatimizce çıkma ve çıkmaya katılma kurumunun amaçları ve haklı sebebin takdir yetkisinin hâkimin tekelinde olduğu hususu dikkate alındığında, sözleşmede yer alan bir hükmün haklı olup olmadığının da hâkimin takdirine bırakılması çıkma kurumunun amacına aykırıdır. Dolayısıyla TTK'nin 639/2-a hükmünde yer alan “haklı sebep” ibaresinin sözleşmede kararlaştırılan sebep olarak değerlendirilmesi, maddenin ve çıkma kurumunun amacına uygun bir yaklaşım olacaktır.

8- Çıkmanın en önemli sonucu olan ayrılma akçesi, TTK m. 641 ve m. 642'de düzenlenmiştir. Ayrılma akçesinin ödenmesiyle ilgili TTK m. 642'de ise, eTTK'de yer alan düzenlemeden farklı olarak ayrılma akçesinin muacceliyet şartları ve muacceliyet anına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Ancak 6335 sayılı Kanunla anılan 642. maddenin ikinci fıkrasının kaldırılması neticesinde özellikle iradi çıkma hâllerinde üzerinde tasarruf edilebilecek özkaynak bulunup bulunmadığının tespiti konusunda belirsizlikler oluşmuştur.



## KAYNAKÇA

ASLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri, **Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 1989.

BAŞTUĞ, İrfan, **Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması** (Doçentlik Tezi), İzmir, 1966.

BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, Dora, Bursa, 2013.

BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÇAMOĞLU, Ersin, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÇAMOĞLU, Ersin, “Limited Şirketten Çıkma-I”, **Yaklaşım Dergisi**, Ocak, 2014[a], Sa. 253, s. 255-263.

ÇAMOĞLU, Ersin, “Limited Şirketten Çıkma-II”, **Yaklaşım Dergisi**, Şubat, 2014[b], Sa. 254, s. 247-252.

ÇAMOĞLU, Ersin, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakim Taktir Yetkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXI, Sa. 1, 2015, s. 5-19.

ÇEKER, Mustafa, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı”, **Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIII, Sa. 1, Haziran 2005, s. 61-73.

ÇELİK, Aytekin, **Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

DİRİKKAN ÖZTÜRK, Hanife, **Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ERDİL, Engin, **Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

GİRAY, R. Eda, “Limited Şirketlerin Haklı Nedenlerle Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sa. 12, Güz-2007/2, s.195-218.

GÖZÜYEŞİL, F. Fırat, “Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa., 1-2, Ocak-Nisan 2013,

s. 663-681.

İPEKEL KAYALI, Ferna, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

KENDİGELEN, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler İlk Tespitler**, XII Levha, İstanbul, 2012.

MEMİŞ, Tekin/ TURAN, Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

MİNELİLER, Zeynep, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Sa., 3, Temmuz-2012, s. 95-117.

MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 7. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-I, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk-Giriş- Kaynaklar- Temel Kavramlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

ORMANCI ALTINOK, Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi**, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2011.

ÖCAL, Akar, “Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi”, **Turgut Kalpsüz'e Armağan**, , Ankara, 2003, s. 215-227.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

PULAŞLI, Hasan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

SELİÇİ, Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, 1977.

SÖNMEZ, Yusuf Z., **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

ŞAHİN, Ayşe, “Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıklarda Ortaklığın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **ER-SİN ÇAMOĞLU'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.175-210.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku, C:I Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TAŞDELEN, Nihat, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

TEKİNALP, Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, (Tek Kişi Ortaklığı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

YILDIZ, Şükrü, **Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2010.

#### Elektronik Kaynaklar

TEKİNALP, Ünal, Çıkma Katılma, <http://arslanlibilimarsivi.com/> (Çıkma Katılma)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

#### KISALTMALAR

<b>a.g.e.:</b>	adı geçen eser	<b>HD:</b>	Hukuk Dairesi
<b>a.g.m.:</b>	adı geçen makale	<b>inc.:</b>	inceleyiniz
<b>aşa.:</b>	aşağıda	<b>K.:</b>	Karar
<b>bkz.:</b>	bakınız	<b>m.:</b>	madde
<b>c.:</b>	cümle	<b>N.:</b>	kenar/paragraf numarası
<b>C.:</b>	cilt	<b>s.:</b>	sayfa
<b>dn.:</b>	dipnot	<b>Sa.:</b>	sayı
<b>E.:</b>	esas	<b>t.:</b>	tarih
<b>E.T.:</b>	Erişim tarihi	<b>TTK:</b>	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>eTTK:</b>	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu	<b>vd.:</b>	ve devamı
<b>f.:</b>	fıkra	<b>Yarg.:</b>	Yargıtay



# TÜZELKİŞİ TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI

İpek Yücer AKTÜRK\*

## ÖZET

Mevcut hukuk sistemimiz, bazı haller bakımından aydınlatılması gereken düzenlemeler içermektedir. İşte bu kapsamda ele alınması gereken bir konu da tüzelkişi tacirlerin, özellikle de şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olmayacaklarıdır. Nitekim, bir tarafta tüzelkişi tacirlere, özellikle de şirketlere adi saha tanımayan TTK<sup>1</sup> hükümleri, diğer tarafta ise “ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden her tüzel kişiyi” tüketici kapsamında değerlendiren TKHK<sup>2</sup> düzenlemeleri mevcuttur. O halde, bu çelişkili düzenlemeler nasıl yorumlanmalıdır? Söz konusu çalışmamız, bu sorunun cevaplandırılması ve hukuken yerinde bir çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Zira, bu konunun derinlemesine incelenerek aydınlatılması, adil olmayan uygulamaların önlenmesi için büyük bir öneme sahiptir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici, Tüzelkişi Tacir, Tüzelkişi Tüketici, Ticari veya Mesleki Amaç, Ticari İş Karinesi

## CONSUMER STATUS OF BUSINESS CORPORATIONS

### ABSTRACT

Our current legal system involves provisions that need to be clarified in certain aspects. A subject matter which requires to be discussed in this context is whether legal person merchants and especially the companies may be qualified as consumers or not. In fact, on one hand there are the Turkish Commercial Code provisions disallowing legal person merchants and especially the companies to have an ordinary scope outside their mercantile affairs; and on the other hand, there is the Act on Consumer Protection qualifying “any legal person who acts for purposes outside his trade or profession” as a consumer. In this case, how should these conflicting provisions be interpreted? This article intends to answer the aforementioned question and come up with a lawful solution, since it is crucial to elaborate and illuminate the subject matter in order to prevent inequitable practices.

**Keywords:** Consumer, Dealer Juristic Person, Consumer Juristic Person, Commercially or Professional Aim, Commercial Business Presumption

\* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk/ Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, “TTK” olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun “TKHK” olarak anılacaktır.

## 1. GİRİŞ

Tüketici sıfatı ve tüketici sıfatının kişilere sağladığı koruma hukuk sistemimizde çok önemli bir role sahiptir. Türk hukukunda tüketici kavramı, ilk kez 4077 sayılı TKHK ile tanınmış ve halihazırda yürürlükte olan 6502 sayılı TKHK ile de gelişerek geniş bir kapsam kazanmıştır. Gerçekten, 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı TKHK’da yer alan tüketici işlemi niteliğindeki sözleşme tipleri, 6502 sayılı TKHK ile genişletilmek suretiyle, tüketici kavramına daha büyük bir önem kazandırılmıştır. Tüketici kavramı 6502 sayılı TKHK m.3/k’da “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. İlgili düzenlemede yer alan ifadeler çok açık bir şekilde söz konusu amaçlar dışında hareket eden her gerçek ve tüzelkişiyi tüketici kavramına dahil etmektedir. Ancak, tüketici kavramının soyut bir şekilde açıklanmasından ziyade, somut bir biçimde tanımlanması ve içeriğinin doldurulması gerekmektedir.

Tüketici kavramının içeriğinin doldurulması kapsamında ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden gerçek kişiler bakımından herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Nitekim, her insan gerçek kişidir ve ticari veya mesleki amaç gütmeye açık veya örtülü olarak anlaşılan her gerçek kişi de tüketicidir. Tüzel kişilerin tüketici sıfatı bakımından ise, konu ikiye ayrılarak açıklanmaktadır. Nitekim, manevi amaç güden tüzelkişilerin, özel veya kişisel amaçla hareket etmeleri şartıyla tüketici sayılacakları mutlak olarak kabul edilmektedir. Ancak, tüzelkişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları tartışmalıdır. Burada özellikle, TTK’da yer alan ticari iş karinesi ve bu karinenin tüzelkişi tacirler için herhangi bir istisnaya yer verilmeden mutlak olarak düzenlenmiş olması, şirketlerin tüketici sayılmayacağı görüşünün savunulması sonucunu doğurmuştur. Zira, bu görüş gerek doktrin gerekse içtihatlarda yaygın olarak benimsenmektedir. Fakat, diğer taraftan, TKHK’da tüketici kavramı tüzelkişiler için herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin kaleme alınmıştır. Yani, TKHK bakımından ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden her tüzelkişi, buna elbetteki şirketler de dahil olmak üzere, tüketici olarak nitelendirilmiştir. O halde, TKHK kapsamında şirketlere de tüketici sıfatına sahip olma hakkı tanınmıştır.

O halde, tüzelkişi tacir niteliğinde olan şirketler, TKHK kapsamında tüketici sıfatına sahip olabilirler mi-olamazlar mı? İşte, bu sorunun cevaplandırılması hem doktrin hem de uygulama için çok önemlidir. Bu amaçla, çalışmamızda ilk olarak ilgili kavramlar ele alınmıştır. Daha sonra

ise tüketici kavramının unsurları derinlemesine incelenmiştir. Bu unsurlar kapsamında, konu tüm hukuki boyutu ile tartışılmış ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından yerinde bir sonuca kavuşturulmuştur.

## II. KAVRAMLAR

### 1. TÜZEL KİŞİLİK

Türk Medeni Hukuku, haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını sadece gerçek kişilere, yani insanlara tanımamıştır. Özellikle sosyal ihtiyaçlar ve belirli bir amaca ulaşma yollarının kolaylaştırılması sebepleri ile tüzel kişiler de hak süjesi olarak kabul edilir. Nitekim TMK m.47/1'e göre; "Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar". İlgili hüküm de göz önüne alınarak, tüzel kişilik, belirli bir amaca ulaşmak için bir araya gelen kişi toplulukları (korporasyon) ve belirli ve sürekli bir amaca özgülenen mal topluluklarının (kurum), kendisini oluşturanlardan bağımsız bir kişiliğe sahip olma iradesi ile örgütlenmeleri sonucunda oluşan sùjelerdir. Ancak, elbetteki belirli bir amaca ulaşmak için biraraya gelmiş tüm kişi veya mal topluluklarının kişilik sıfatı kazanması söz konusu değildir.

Tüzelkişilerin, bir hak süjesi olarak tanınabilmesi öncelikle, kişi ve mal topluluklarının belirli bir amaç gütmelerini şart koşmaktadır. Bu amaç, kurum niteliğindeki mal toplulukları bakımından birden fazla olabilir. Zira, burada önemli olan bir veya birden fazla amaç güden mal topluluklarının, bu amacı gerçekleştirmek için yeterli malvarlığı değerini bu amaca özgülemiş olmalarıdır. Korporasyon yapısındaki kişi topluluklarında ise amacın tek ve belirli olması ilkesi kabul edilmektedir. Tüzelkişilerde amaç unsuru, özel hukuk tüzelkişilerinin sınıflandırılması ve farklı hükümlere tabi olmasında göz önüne alınan temel kriteri teşkil etmektedir. Zira, iktisadi amaç ve kazanç paylaşma amacı güden tüzelkişiler tacir sıfatına haiz olurlar ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında yer alan hükümlere tabi olurlar. Kazanç paylaşma amacı dışında, farklı bir amaç güden kişi ve mal toplulukları ise, TMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirilirler. Burada, özellikle dernek ve şirketlerin birbirinden ayrılması için esas alınan kazanç paylaşma amacı kriterinin dar yorumlanması gerektiği ileri sürülür. Böylece, kendi bünyesini oluşturanlar dışında daha geniş bir kitleye maddi çıkar sağlayan tüzelkişilerin de dernek olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülür<sup>3</sup>. Tüzelkişilere kişilik

<sup>3</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, 499 vd.

tanınmasının diğer bir şartı ise, bağımsız bir varlığa sahip olma iradesidir. Başka bir deyişle, gerek mal toplulukları gerek kişi toplulukları bakımından mallarını özgüleyen ve belirli bir amaç için biraraya gelen kişilerin, kendilerinden ayrı, yeni bir hak süjesi oluşturmaya yönelik iradelerinin varlığı gereklidir. Aksi takdirde, yeni bir hak süjesinden, dolayısıyla da tüzelkişilikten bahsedilemez. Son olarak ise, belirli bir amaç için biraraya gelmiş kişi toplulukları ve belirli ve sürekli bir amaca özgülenmiş mal topluluklarının örgütlenmiş olmaları gereklidir. Tüzelkişiler niteliklerine göre, ilgili hukuki düzenlemelerde yer alan gerekli organlara sahip olmak suretiyle örgütlenirler<sup>4</sup>.

## 2. TÜZELKİŞİ TACİR

Özel hukuk tüzelkişilerinden kişi topluluğu yapısında olanlar bakımından pratikte en sık karşımıza çıkanlar dernekler ve şirketlerdir. Daha önce de ifade edildiği gibi, dernek ve şirket niteliğinin tespiti için, bunların “kazanç paylaşma amacı” taşıyıp taşımadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sonucunda kazanç paylaşma amacı güttüğü tespit edilen özel hukuk tüzelkişileri “ şirket” olarak nitelendirilirler. Ticaret şirketleri de TTK m. 16/1’e göre tacir sıfatına sahiptirler. Ancak, TTK m.16/1 bakımından kazanç paylaşma amacı güden özel hukuk tüzelkişileri dışında gerekli şartların varlığı halinde vakıflara ve hatta derneklere de tacir sıfatı tanındığı göze çarpmaktadır. Nitekim TTK m.16/1’e göre; “Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.” Anlaşıldığı gibi ilgili düzenlemede tüzelkişi tacir sıfatına sahip olanlar açıkça belirtilmiştir. İlgili maddenin 2.fikrasında ise tacir sıfatına sahip olmayan tüzelkişilerin hükme bağlanması ile hangi özel hukuk tüzelkişilerinin tacir sıfatına haiz olduğu sorusu şüpheye yer vermeyecek şekilde kanun tarafından cevaplandırılmıştır. Zira, TTK m.16/2’ye göre; “Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”

---

<sup>4</sup> HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 79-82; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 239-250.



O halde, tüzelkişi tacirler; ticaret şirketleri, amacına varmak için ticari bir işletme işleten dernek ve vakıflar ile kamu tüzelkişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Tüketici sıfatının tespiti yönünden tartışma konumuz dışında kalan amacını gerçekleştirmek için bir ticari işletme işleten dernek ve vakıflar, kısmen de olsa bir ticari işletmeyi işletmelerinden dolayı, TTK kapsamında tacir sayılırlar. Zira, gerek dernek, gerek vakıf, kazanç paylaşma amacı ile kurulamamakla birlikte, amacına ulaşmak için bir ticari işletmeyi işletebilme hakkına sahiptir. Yine, inceleme konumuzun kapsamına girmeyen kamu tüzelkişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da kendi kuruluş kanunları gereği özel hukuk hükümlerine göre yönetilen veya ticari şekilde işletilmek üzere kurulan kurum ve kuruluşlardır. Bunlar Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzelkişileri tarafından kurulmak suretiyle tacir sıfatına sahip olurlar<sup>5</sup>.

Esas olarak inceleme konusu yaptığımız ticaret şirketlerinin kapsamı ise TTK m.124/1’de hükme bağlanmıştır. Buna göre; “Ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.” Bir ticaret şirketinin TTK m.124/1’de belirtilen türlerden hangisine dahil olduğu, şirketin yapısı, yönetimi, hakları ve borçları, sona ermesi gibi konular TTK’nın Şirketler Hukuku bölümünde yer alan hükümlere göre belirlenir. Ancak, burada kooperatif niteliğindeki ticaret şirketleri bakımından Kooperatifler Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulduğu unutulmamalıdır. TTK m.124/2’de “Bu Kanunda, kollektif ile komandit şirket şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirketi sayılır.” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile ticaret şirketlerinden, sadece kollektif ve adi komandit şirketlerin ancak bir ticari işletme varlığı halinde kurulabileceği ve bunların tacir sıfatının kısmen ticari işletmeden doğduğu ifade edilmek istenir. Başka bir deyişle, bu iki şirket tipi dışındaki diğer dört şirket tipinin (anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, kooperatif) ticari olmayan işletmeler konusunda da kurulabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu dört şirketin tacir sıfatı ticari işletmelerine değil, kanuna uygun olarak tüzelkişilik kazanmış olmalarına bağlıdır<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 167-168; ASLAN/ ERGÜN, s. 49-50; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 204-205; KARAHAN, s. 96-97.

<sup>6</sup> DOMANIÇ/ULUSOY, s. 203; POROY/YASAMAN, s.108-109; AYHAN/ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 168; KARAHAN, s. 96; ASLAN/ ERGÜN, s.48.

### 3. TİCARİ İŞ VE TİCARİ İŞ KARİNESİ

Konunun daha iyi anlaşılması ve isabetli bir biçimde temellendirilmesi bakımından üzerinde durulması ve açıklanması gereken bir diğer kavram ise “ticari iş” kavramıdır. Ticari iş TTK m.3’de düzenlenmiştir. Buna göre: “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”. O halde ticari iş, bir taraftan TTK’da düzenlenen hususlar diğer taraftan ise ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlemler olmak üzere iki grup halinde incelenebilir. İlk olarak, TTK’da düzenlenen hususların ticari iş kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır. Zira, TTK’da düzenlenen hususların genel olarak ticari işletmeyle ilgili olduğu düşüncesi, bu düzenlemenin doğal bir sonuç olduğunu göstermektedir. Ancak, bu hüküm ile bir ticari işletmeyle ilgili olmasa bile sadece TTK’da düzenlenmiş olması da bir iş veya fiilin ticari iş sayılması sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan, iki memur arasındaki çek veya bono ilişkisi ticari iş kapsamında değerlendirilir. Her ne kadar iş veya fiil bir ticari işletmeyle ilgili olmasa da, çek ve bonoya ilişkin düzenlemelerin TTK’da yer alması, bunun ticari iş sayılmasına neden olmaktadır. Ticari iş başlığı altında değerlendirilen diğer konu ise, ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işlemlerdir. Doktrindeki hakim görüşe göre<sup>7</sup>, TTK m.3’de yer alan bu ifade geniş yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, bir ticari işletmede yürütülen ticari faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisinin bulunduğu kabul edilebilen tüm işlem ve fiiller, ticari iş sayılmalıdır. Yine, iş veya fiilin ticari iş sayılması için, bunun kaynağının hukuki işleme, hukuki işlem benzeri fiile veya haksız fiile dayanması arasında bir fark yoktur. Böylece, bir ticari işletmenin ihtiyacı olan bir işyerini kiralaması ya da ticari işletmede kullanılmak üzere çeşitli araç, gereç satın alması ticari iş olarak değerlendirilmektedir<sup>8</sup>.

TTK m.19’da ise ticari iş karinesi düzenlenmiştir. Bu karine ile, somut uyumsuzlukta ispat külfetini düzenleyen TMK m.6 anlamında, tacir sıfatına sahip olan kişinin borçları ticari iş kapsamında değerlendirilecek, ilgili borcun ticari nitelikte olmadığına ilişkin ispat külfeti ise tacire ait olacaktır. TTK m.19/1’e göre; “Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır”. İlgili düzenleme tacirlerin tüm borçlarının

---

<sup>7</sup> POROY/YASAMAN, s. 68; ARKAN, s. 64; ARSLANLI, s. 22; ASLAN/ ERGÜN, s.24.

<sup>8</sup> ARKAN, s. 64; KARAHAN, s. 54; AYHAN/ ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 63; ASLAN/ ERGÜN, s.24; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 41.

ticari olduğu varsayımından hareket ederek, tacirlerin borçlarının kaynağını oluşturan tüm eylem, fiil ve işlemlerinin ticari olduğunu kabul eder. Ticari iş karanesi, hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere sadece tacirlerin borçlarına ilişkindir, dolayısıyla tacirlerin alacakları karine kapsamına girmemektedir. Yine, karinenin uygulanması bakımından ilgili borcun sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğması fark yaratmamaktadır. İlgili düzenleme, ticari iş karanesi bakımından ticari işletmeden ziyade tacirleri esas aldığı için eleştirilmektedir. Bu eleştiriyi içeren görüşe göre<sup>9</sup>, esas itibarıyla ticari işletme göz önüne alınarak hazırlanan TTK'da, bu ilkeden ayrılmak suretiyle, böyle bir hüküm tesis edilmesi, Kanun'un sistemine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu hükümde, ticari iş karanesinin uygulanabilirliği bakımından gerçek kişi tacirler için bir istisna getirilmiştir. Buna göre, gerçek kişi tacir işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça bildirmişse veya somut olayın şartları işin ticari olmasına uygun değilse, artık bir ticari işten bahsedilemeyecektir. Zira, bu istisnai durumlardan herhangi birinin varlığı halinde, gerçek kişi tacirin, "ticari veya mesleki amaç olmaksızın hareket ettiği" göz önüne alınarak TKHK kapsamında gerçek kişi tüketici sayılacağı kuşkusuzdur. Nitekim, örneğin, bir gerçek kişi tacirin ticari işletmesinde kullanmak üzere bir bilgisayar satın alması halinde, bu işlem bir ticari iştir. Ancak, aynı gerçek kişi tacirin evinde kullanmak için bir bilgisayar edinmesi durumunda, bu işlemin şartları varsa bir tüketici sözleşmesi sayılması gerektiği aşikardır<sup>10</sup>. Gerçek kişi tacirler için açık bir şekilde hükme bağlanan bu istisnanın ve dolayısıyla da işin ticari olmadığını ispatı imkanının, tüzelkişi tacirler bakımından geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Bu konuya ilişkin doktrindeki hakim görüşe göre<sup>11</sup>, kanun bu istisnayı sadece gerçek kişilere tanımak suretiyle gerçek ve tüzelkişiler arasında bilinçli bir ayırım yapmıştır. Bu nedenle, ticari iş karanesi gerçek kişi tacirler için aksi ispat edilebilir adi bir karine iken, tüzel kişi tacirler için mutlak bir karine olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, tüzel kişi tacirlerin tüm borçlarının ve işlemlerinin ticari olduğu, adi bir sahalarının olmadığı benimsenmelidir.

TTK m.19/2'de ise, bir taraf için ticari sayılan işlerin de ticari sayılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre; "Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari

<sup>9</sup> ARSLANLI, s. 26.

<sup>10</sup> ARKAN, s. 65; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 217-218; ASLAN/ ERGÜN, s.24-25; KARAHAN, s.56; AYHAN/ ÖZDAMAR/ DOMANIÇ, s. 65-66; POROY/ YASAMAN, s.111.

<sup>11</sup> DOMANIÇ/ULUSOY, s. 218-219; ARKAN, s.65; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 65-66; POROY/YASAMAN, s.111; KARAHAN, s.56.

iş sayılır”. Bu hükmün uygulanabilmesi için taraflar arasındaki ilişki mutlaka bir sözleşmeden kaynaklanmalıdır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişki haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuşsa, ilgili düzenlemenin uygulanması söz konusu olmaz. Böylece, örneğin, bir tacir ve tacir sıfatına sahip olmayan bir kişi arasındaki eser sözleşmesi, tacir olmayan taraf için de ticari iş sayılır. Bunun sonucu olarak da, ticari işlerin tabi oldukları hükümler, tacir sıfatına sahip olmayan kişi bakımından da uygulama alanı bulur<sup>12</sup>.

#### 4. TÜKETİCİ

Tüketici kavramı Türk hukukunda ilk kez 08.09.1995 yılında yürürlüğe girmiş olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tanınmıştır. Bu kanun 4822 sayılı Kanun ile 14.06.2003 tarihinde neredeyse tamamen değiştirilmiştir. Bugün ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, bize bu kavramı tanımlamaktadır.

Tüketici kavramının, hukuki kapsamının belirlenmesi bu kavramın ortaya çıkış nedenleri ve bugüne kadar geçirdiği evrelerin incelenmesi suretiyle ortaya koyulmalıdır. Zira, tüketici kavramının ve dolayısıyla tüketici hukukunun doğuşu ve hukuki düzenlemelere konu olması, esas olarak 19.yüzyılda seri üretimin artması saikine dayanmaktadır. Seri üretimde görülen bu artışın tüketime de yansımaları kaçınılmaz olmuştur. İşte bu noktada, Borçlar Kanunun'da yer alan “sözleşme özgürlüğü ilkesi”nin sınırları tartışılmaya başlanmıştır. Nitekim taraflara istedikleri içerikte sözleşme yapabilme imkanı veren bu genel ilkenin yine Borçlar Kanununda hüküm altına alınmış genel sınırlamaları ile korunması, tüketimin günden güne arttığı bir toplum bakımından yetersiz kaldığı gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Böylece Borçlar Kanunundaki hükümlerin zayıf olanı yeterince koruyamaması nedeniyle yeni ve özel koruma sağlayan düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. İşte tüketicileri koruyan ve tüketici kavramını hukuki boyuta taşıyan “Tüketici Hukuku” bu şekilde doğmuştur. Tüketici hukukuna ilişkin düzenlemeler, Türkiye, Yunanistan, Avusturya gibi bazı ülkelerde bir tek Kanun altında toplanırken, İsviçre gibi diğer bazı ülkelerde dağınık bir şekilde yürürlük kazanmıştır. Almanya'da ise, Tüketici Hukukuna ilişkin düzenlemeler, 2002 yılında yapılan reform ile Alman Medeni Kanunu kapsamına alınmıştır. Avrupa Topluluğuna üye olan ülkelerin birçoğunda Tüketici Hukukuna ilişkin düzenlemelerin Türk Hukukundaki gibi tek bir Kanun altına toplanıp yeknesaklaştırılmamış

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. ARKAN, s. 66; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 220; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 65.

olması, aslında Avrupa Topluluğunun Tüketici Hukukunu tekil yönergeler çerçevesinde ele almasına dayanmaktadır. Bu dağınıklığın giderilmesi ve ortak metinler hazırlanması çabaları özellikle Avrupa Birliğine üye olan ülkelerde halen devam etmektedir<sup>13</sup>.

Tüketici hukukunun temelini oluşturan tüketici kavramı, gerek 4822 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olan 4077 sayılı eski Kanun'da gerekse yürürlükte olan 6502 sayılı Kanun'da tanımlanmıştır. Nitekim, Eski TKHK m.3/e'de tüketici kavramı; “: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” ifadeleri ile açıklanırken, 6502 sayılı TKHK m.3/k'da “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak düzenlenmiştir. Tüketici kavramının 6502 sayılı Kanun'da değiştirilmiş olduğu açıktır. Bunun sebebi, 1999/44/EC sayılı Tüketim Mallarının Satışı ve İlgili Garantilerinin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönerge'de yer alan tüketici kavramı tanımının 6502 sayılı Kanuna adapte edilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, ilgili Yönerge'de tüketici kavramı “ sözleşmelerde ticareti, işi (işletmesi), ya da mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden her gerçek kişi” olarak nitelendirilmiştir. Bu tanım, 6502 sayılı TKHK'ya tüketici kapsamına “tüzel kişiler” de eklenmek suretiyle alınmıştır<sup>14</sup>.

O halde, tüketici kavramı; ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen kişilere hukukun verdiği bir sıfat ve bu sıfatın sağladığı hukuki koruma olarak nitelendirilebilir. Tüketici sıfatının tespiti, bir yandan TKHK'da yer alan özel hükümlerden yararlanma, diğer yandan alıcı ve tacir sıfatından ayrılmak suretiyle, TBK ve TTK'ya tabi olmama bakımından çok önemlidir. Bu bakımdan tüketici sıfatı, her somut olayda incelenmesi ve özellikle de çok ağır hükümlere tabi olma sonucunu doğuran tacir sıfatından ayrılması gereken bir kavramdır. Aksi halde, kanun koyucunun amacına aykırı olarak, TKHK'da amaçlanan zayıfları koruma hedefi, TTK'da yer alan ağır ve zorlayıcı hükümlerin uygulanması söz konusu olur, ki, bu durum hiç adil olmayan sonuçları doğurur.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. ATAMER, s. 21-32; ASLAN, s. 1 vd.; ZEVKLİLER/ AYDOĞDU/ AYDOĞDU, s. 80 vd.; AYDOĞDU, s. 59 vd.; OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, s. 56 vd.

<sup>14</sup> GÜMÜŞ, s. 30.

### III. TÜZEL KİŞİ TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI

#### 1. Genel Olarak

TKHK m. 3/k'da “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanan tüketici sıfatının, tüzelkişileri de kapsamına aldığı kuşkusuzdur. Ancak, özellikle şirket niteliğindeki tüzelkişilerin tüketici kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ayrı olarak incelenmesi ve uygulama bakımından aydınlatılması gereken önemli bir konudur.

İşte bu başlık altında, tüketici kavramının unsurları da ele alınmak suretiyle tüzelkişi tacirlerin özellikle de şirketlerin, tüketici kavramı içine dahil edilmesi gerekip gerekmediği ve dolayısıyla da TKHK'nın uygulama alanına girip girmediği ele alınacaktır.

#### 2. Ticari veya Mesleki Olmayan Amaç

##### a. Kavram

Tüketici kavramının asli unsurlarından birini “ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etme” oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Bu unsur, tüketici sözleşmesi yapıldığı sırada alıcının amacı bakımından göz önüne alınması gereken bir kriterdir<sup>16</sup>.

Bu unsurun açıklanması ticari ve mesleki amaç ile hareket etmenin ne anlama geldiği ve özellikle de hangi durumları kapsadığı sorularının yanıtlanmasını gerektirmektedir. Bu konuda doktrinde ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>17</sup>, bir mal veya hizmet ve onun maliyeti alıcının uhdesinde kalmıyorsa, yani mal veya hizmet herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönüyor ve bunun için ödenen maliyet geri kazanılabiliyorsa, ticari ve mesleki amaçla hareket söz konusu olmaktadır. Ticari veya mesleki amaç dışında hareket, alınan mal veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması suretiyle gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, tüketim amacının tespitinde bir malın veya hizmetin maddi varlığının veya ekonomik değerinin ortadan kalkması değil, onu satın alan kişiye maloluş değerinin geri gelip gelmemesi

<sup>15</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. BRUNNER, s. 594; REHBINDER, s. 71; WESTERMANN, s. 81.

<sup>16</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 83; ASLAN, s. 4 vd.; OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, s. 77 vd.

<sup>17</sup> ASLAN, s. 4.

göz önünde tutulmalıdır. Bir kişinin tüketici sıfatına sahip olabilmesi, bir mal veya hizmeti edinmek için harcadığı paranın, o mal veya hizmetin kullanılmış veya tüketilmiş olmasıyla bağlantılı olarak tekrar geri gelmemesine bağlıdır. Bir başka görüşe göre ise<sup>18</sup>, kişinin mesleki bir amaç güdüp gütmeyeceği onun mesleki kimliğinden anlaşılmaktadır. Nitekim, otomobil satın almak için kredi talebinde bulunan kişinin, kredi talep formunda basılı bulunan eczane kaşesi, otomobilin mesleki faaliyette bulunmaya tahsis edileceğinin delili sayılmıştır. Dolayısıyla, kredi talebine ilişkin her türlü delil ve delil başlangıcı, kullanımın mesleki olup olmadığının tespitine hizmet etmektedir. Yine, kredi alanın turistik amaçlarla hizmet etmeye yönelik bir otomobil satın alması durumunda, bu otomobilin taşıma ve dağıtım işlerinde kullanılmayacağı anlaşılmaktadır. Yani tüketici kredisi ile satın alınan şeyin niteliğinden, hangi amaca tahsis edildiği anlaşılmaktadır ve böylece somut olayda ticari veya mesleki bir amaçla hareket edilip edilmediği belirlenebilmektedir. Bir başka görüş ise<sup>19</sup>, bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna girecek şekilde hareket eden kişiler, tüketici sayılmazlar. Nitekim, Yargıtay'da aynı görüş doğrultusunda ilgili bir kararında<sup>20</sup>; “*tüketici sayılabilecek kişinin mal veya hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerektiğini, mal ya da hizmetin bizzat kendi kullanımı veya yararlanmasının talep edilmesinin “nihai yararlanmak” olarak anlaşılması gerektiğini*” ifade etmiştir.

Bize göre, tüketici kavramının sınırlarının belirlenmesi bakımından en önemli kriter niteliğinde olan, “ticari veya mesleki amaçlı olmama” unsurunun belirlenmesinde göz önüne alınması gereken, kişinin ilgili mal veya hizmeti özel kullanımı veya tüketimi için edinmiş olup olmadığının tespiti olmalıdır<sup>21</sup>. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında<sup>22</sup>; “*tüketicinin, mal veya hizmeti kendi özel ve kişisel kullanımı için edinen veya talep eden, dolayısıyla da nihai tüketen olduğu, mesleki ve ticari bir amaç gütmeksizin hareket*

<sup>18</sup> İNAL, s. 246.

<sup>19</sup> ZEVLİLER/ AYDOĞDU, s. 83

<sup>20</sup> YARGITAY 13.HD, 2000/19-1255 Esas, 2000/1249 Karar.

<sup>21</sup> “Ticari veya mesleki olmayan amaç, tüketicinin kendi kişisel veya ailevi ihtiyaçlarını karşılama ve tüketicinin işletmesiyle bağlantılı bulunmayan edinimler olarak da nitelendirilmektedir” Bkz. BRUNNER, s. 594;

<sup>22</sup> BGE 121 III 336; “somut olay davacı pul ticareti yapan anonim şirketin, davalı pul koleksiyoncusunun kendisine olan faizler dışında hesaplanan 333’141 Fr. borcunun ödenmesi talebine ilişkindir. İnceleme sonucunda İsviçre Federal Mahkemesi, Zürih Mahkemesinin değil, davalının ikamet ettiği Bath mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir.

*edilmesinin belirleyici olduğu, şüphe halinde somut olayda ilgili sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak yorumlanması gerektiği, tüketici sözleşmeleri bakımından belirleyici olanın bir taraftan tarafların kişisel mi yoksa mesleki amaçla mı hareket ettikleri, diğer taraftan ise tarafların rolleri olduğu, nitekim tüketici sözleşmesinde bir taraftan mal veya hizmeti sunan sağlayıcı, diğer taraf ise mal veya hizmeti özel bir amaçla edinen tüketici olması gerektiği, hatta davalının aynı zamanda pul ticareti de yapmasının somut olay bakımından tüketici sıfatını etkilemeyeceğini, çünkü somut olayda mesleki bir amaç taşımadığını”* belirtilmiştir. Zira, yukarıdaki görüşler dikkate alınarak, ilk olarak bu kapsamda mal veya hizmetin maliyetinin geri kazanılamaması kriteri dikkate alınmamalıdır. Zira, bu durumda tüketici sözleşmesi yapıldığı esnada özel ve kişisel amaç ile hareket eden, ancak daha sonra ilgili mal veya hizmetten ticari veya mesleki bir amaçla yararlanan kişiler tüketici kavramı dışında tutulmak zorunda kalır, ki bu kabul edilemez. Daha önce de belirtildiği gibi tüketici sıfatının tespiti bakımından esas alınması gereken an, tüketici sözleşmesinin yapıldığı andır. Dolayısıyla, ilgili mal veya hizmetin maliyetinin edinene geri dönmesi halinde de ticari veya mesleki amaçla hareket edilmemiş olabilir. Yine, kişilerin tüketici olup olmadığının, başka bir deyişle mesleki veya ticari bir amaç güdüp gütmediklerinin, onların mesleki kimliklerine ilişkin her türlü delil ve delil başlangıcından anlaşılabilceğini savunan görüş de benimsenmemelidir. Zira, bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>23</sup>, bu kriter objektif nitelikte değildir. Diğer taraftan, ticari veya mesleki amacın sadece bu kriterle göre belirlenmesi de yerinde görülmemelidir. Örneğin, her ne kadar kredi talep ederken eczane kaşesi kullanılsa da, somut olay bakımından bu kredinin özel veya kişisel amaçla kullanılabilmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda, krediden yararlanan kişinin tüketici olmadığını söylemek ve onu hukuki korumadan mahrum bırakmak hukuken yerinde görülmemelidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ticari veya mesleki amaç dışında hareket etmek, kişinin mal veya hizmetten nihai yararlanan olması, yani mal veya hizmeti kar veya çıkar amacı gütmeksizin, kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesi olarak anlaşılmalıdır<sup>24</sup>. Bunun sonucunda da, mal veya hizmetin maliyetinin geri dönmüş olup olmamasına veya mesleki faaliyete ilişkin bir delilin bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, her somut olayda kişinin özel

<sup>23</sup> REHBINDER, s. 71; WESTERMANN, s. 81; OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, s. 72; ASLAN, s. 6.

<sup>24</sup> “Bu bakımdan nihai kullanım ölçütünün, tüketici kavramının tespiti bakımından belirleyici bir unsur taşıması gerektiği, bilakis özel amacın tespiti yönünden yardımcı bir ölçüt olarak göz önüne alınması gerektiği ifade edilir.” Bkz. OZANOĞLU, s. 687-688.



veya kişisel amacının mevcut olup olmadığı somut olayın tüm şartları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, ticari veya mesleki amaç dışında hareket etmenin tespiti, tek bir kritere bağlı olmamalı ve buna ilişkin katı sınırlar çizilmemelidir. Aksi takdirde, zayıfları koruma amacı güden Tüketici Hukuku amacına hizmet etmez ve özel amaçla hareket eden bir kişi tüketici sayılmayabilir. Bu bakımdan, bir otomobili tacir sıfatı ile satın alan kişi, bu otomobili sadece kendi kişisel ve aile ihtiyaçları için kullanma amacı güdüyorsa, bu kişinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğinden söz edilmemelidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, bir mal veya hizmetin bir taraftan ticari veya mesleki amaçla, diğer taraftan ise ticari veya mesleki amaç dışında edinilmesi halinde, tüketici sıfatının tespiti bakımından nasıl hareket edilmesi gerektiğidir. Bu duruma ilişkin savunulan bir görüşe göre<sup>25</sup>, burada karma bir işlem mevcuttur ve kısmen tüketici gibi davranan kişilerden söz edilmektedir. Bu hallerde, bu kişilerin işlemleri bir yönüyle ticari veya mesleki olduğundan ve muhasebe tekniği bakımından bir bütün olarak kayda geçeceğinden, bölünme söz konusu olamayacaktır. Bu durumda da, bu kişilerin tüketici sayılması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, bir ticari ortaklığın kendi adına araç alması ve bu aracı ticari ortaklığın işlerinde kullanması ve bazen de özel nitelikte kullanması durumunun işlerin niteliğini değiştirmeyeceği, aksi halin kabulünün hem vergi yasaları ve hem de ortaklık bilançosu bakımından karışıklıklar yaratacağını ifade etmiştir<sup>26</sup>. Böylece, karma amaçlı işlemlerde kişilerin tüketici sayılması olanaklı olamayacağından, TKHK'ya göre değil, genel hükümlere göre hareket etmek gerekmektedir<sup>27</sup>. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise<sup>28</sup>; ilgili mal veya hizmetin ticari amaçlı olmayan kısımlarının diğer kısımlardan ayrılabilirdiği hallerde, bu kısımlar bakımından tüketici sıfatının mevcut olduğunu kabulü ile TKHK'nun uygulanması gerektiğinin benimsenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan örneğin, yoğurt fabrikası olan bir tacirin satın aldığı sütün bir kısmını hammadde olarak ticari işinde kullanırken, diğer bir kısmından barınaktaki yavru hayvanları beslemek için faydalanabilir. Bu durumda, niteliği ve miktarı bakımından diğer kısımdan ayrılabilen kısım için tüketici sıfatına sahip olmadığını söylemek hukuka aykırılık teşkil eder.

<sup>25</sup> KEMPER, s. 27; ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 84; ÖZEL, s. 32.

<sup>26</sup> YARGITAY 13.HD, 1815 Esas, 5112 Karar.

<sup>27</sup> “Burada objektif kıstas, maliyetlerin geri dönüp dönmemesidir. Alıcının soyut kullanım amacının araştırılması yeterli değildir. Bu amaçla özellikle söz konusu malların maliyetlerinin, işletmenin kayıtlarına geçip geçmediğine bakmak gerekir.” ASLAN, s. 5.

<sup>28</sup> ATASOY/TAŞKIN/ACAR, s. 8-9.

Nihayet, bir işverene bağlı olarak çalışan işçinin, edindiği maldan çalıştığı iş kapsamında yararlanması halinde, tüketici sıfatına sahip olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Burada savunulan bir görüşe göre<sup>29</sup>, bu halde her ne kadar işçi aldığı malı işte kullanmak üzere satın alsa bile tüketici sıfatına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan, bir başkasının taksisini işçi sıfatıyla çalıştıran kişi, otomobile benzin alması halinde de tüketici sıfatına sahiptir. Bir başka görüşe göre ise<sup>30</sup>, burada edinilen mal, edinenin bizzat kullanım ve yararlanması amacıyla değil, bilakis bir başkasının yararı amacı göz önüne alınarak satın alınmaktadır. Bu nedenle, bir başkasına bağlı olarak çalışan işçinin temsil yetkisine dayanarak işletme hesabına bir sözleşme yaptığı, dolayısıyla tüketici sıfatı kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bize göre, her iki görüş de TKHK kapsamında açık bir şekilde tanımlanan tüketici kavramı bakımından eksik gerekçelendirilmiştir. Zira, tüketici kavramının kapsamı yukarıda da açıklandığı üzere, kişilerin mal veya hizmeti edinme amaçları göz önüne alınarak belirlenmelidir. Dolayısıyla bir kişinin bir başkasına bağımlı olarak çalışması, başka bir deyişle kendi adına bir ticari iş yapmaması, tüketici kavramı bakımından önem arz etmemelidir. Burada göz önüne alınması gereken tek kıstas, kişinin sözleşmeyi yaptığı sırada hangi amaçla hareket ettiği olmalıdır. Böylece, bir başkasına bağımlı olarak çalışan işçi, her ne kadar tacir sıfatına sahip olmasa da, edindiği malı kendi kişisel ihtiyaçlarından ziyade, kendi işinde kullanmak veya yararlanmak amacıyla hareket ediyorsa, ticari veya mesleki bir amacının olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle, bu kişinin tüketici sıfatına sahip olduğu kabul edilmemelidir.

#### **b. Ticari veya Mesleki Olmayan Amacın Tüzelkişi Tacirler Bakımından Yorumlanması**

Çalışmamızın esasını oluşturan “tüzelkişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağı” konusu, temelinde tüzelkişi tacirlerin, ticari ve mesleki amaç dışında hareket edebilecekleri bir alanın bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplandırılması ile aydınlatılabilir.

Konu, gerek doktrinde gerekse içtihatlarda, iki görüş etrafında toplanmaktadır. Hakim görüşe göre<sup>31</sup>, tüzelkişi tacirler, başka bir deyişle

<sup>29</sup> KEMPER, s. 27; ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 84.

<sup>30</sup> ASLAN, s. 6.

<sup>31</sup> ASLAN, s. 5; ZEVKLİLER/ AYDOĞDU/ AYDOĞDU, s. 81; GÜMÜŞ, s. 31; AYDOĞDU, s. 60; ARKAN, s. 66; DOMANİÇ/ULUSOY, s. 218-219; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 65-66; POROY/YASAMAN, s.111; KUNTALP, s. 305 vd.

ticaret şirketleri hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olamazlar. Çünkü, tüzelkişi tacirlerin tüm işlemleri TTK m. 19/1 hükmü göz önüne alındığında, ticari niteliktedir. Zira, TTK m.19'da gerçek kişi tacirlerin belirli şartların varlığı halinde adi işlerinin olabileceği kabul edilirken, tüzelkişi tacirler bakımından böyle bir istisnaya yer verilmemiştir. O halde tüzelkişi tacirlerin tüm işlemlerinin istisnasız olarak ticari iş niteliğinde olduğu kabul edilir. Böylece, ticaret şirketlerinin adı altında yapılan işlemlerde hiçbir şekilde özel amaç olamayacağı ve dolayısıyla da tüzelkişi tacirlerin yaptıkları tüm işlemlerin TKHK kapsamı dışında kalacağı kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim ilgili görüş Yargıtay tarafından da benimsenmektedir<sup>32</sup>. Bu görüş kapsamında Yargıtay bir kararında<sup>33</sup>; *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi, yani özel sayılacaktır.*

<sup>32</sup> YARGITAY, HGK, 2011/19-500 Esas, 2011/550 Karar; “Dava, borçlu olunmadığının tespiti ( menfi tespit ) istemine dair olup; icra takibinden sonra Ticaret Mahkemesine açılmıştır. Uyuşmazlık; davaya bakmakla görevli mahkemenin tespiti noktasındadır. Davacı Limited Şirket tacir olup, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere otomobil satın almış; bedelini ödemek üzere kredi kullanmıştır. Davacı tüketici olarak tanımlanamayacağı gibi yaptığı işlem tüketici işlemi değildir ve kullandığı kredinin tüketici kredisi olduğunu kabule de olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar taraflar arasındaki kredi sözleşmesi “Tüketici Kredisi Sözleşmesi” başlığını taşımakta ise de davada, maddi olayları açıklamak davanın taraflarına, hukuksal nitelendirilmesini yapmak ve uygulanacak yasa hükümlerini belirlemek ve uygulamak hakime ait bir görev olduğuna göre, salt sözleşmede “Tüketici Kredisi” tabirinin kullanılmış olması kredinin tüketici kredisi olduğunu kabulüne olanak sağlamaz ve uygulanacak Kanunun tespitinde de esas alınmaz. Kredi sözleşmesini kefil sıfatıyla imzalayan gerçek kişi diğer davacı bakımından tüketici mahkemesinin görevli olduğu yönünde görüş ileri sürülmüş ise de, şirket yetkilisi olan kefil de tacir olup, ticaret şirketine alınan ve şirket adına kaydedilen otomobil sebebiyle verdiği kefaletin şirket lehine olduğu belirgin olmakla, kefilin açtığı davaya bakmakla genel mahkemenin görevli olduğu sonucu varılmıştır. O halde, yerel ticaret mahkemesince, ortada bir tüketici işleminin bulunmadığı gerekçesiyle, görevli olduğunu kabulle işin esasının incelenmiş olması yerindedir.”; Ayrıca bkz., YARGITAY, HGK, 2006/13-637 Esas, 2006/679 Karar; YARGITAY, 20.HD, 2002/8260 Esas, 2002/9761 Karar; YARGITAY, HGK, 2006/19-684 Esas, 2006/647 Karar.

<sup>33</sup> YARGITAY, HGK, 2000/19-1255 Esas, 2000/1249 Karar. “Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki, uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, ticari nitelik taşıyan uyuşmazlığın tüketici mahkemesi sıfatıyla incelemesi ve karara bağlanması yasaya aykırıdır. Tarafların tüzel kişi tacir bulunması nedeniyle bu davanın genel hükümlere göre açılmış bir dava olarak kabulü ile verilecek bir ara kararıyla davanın genel mahkemede açıldığının kabulü ile harcın tamamlattırılması ondan sonra tarafların iddia ve savunmalarının incelenmesi ve hasıl olacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir.”

( TTK. md. 21 ) Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla yada işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacaktır. ” gerekçesi ile tüzelkişi tacirlerin ticari ve mesleki amaç dışında hareket edip etmediklerine bakılmaksızın, tüketici sayılmalarının söz konusu olamayacağını vurgulamıştır. Diğer bir görüşe göre ise<sup>34</sup>; TTK m.19’da yer alan ticari iş karanesi, ilgili muamele, fiil ve işin ticari işletmeyle bağı olduğunun varsayıldığı hallerde, bu işlerin ticari iş sayılması ve TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Böylece örneğin, yağlı boya satıcısı bir tacirin yüklü miktarda boya satın alması veya bir otomobil lastiği toptancısının yüz adet lastik satın alması durumunda, bu işlemlerin ticari işletmeyle ilgili olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak, tacirin ticari işletmesindeki yemekhanede kullanılmak üzere yiyecek maddesi alması veya fabrikasına kahve makinası satın alması durumunda, bu işlemlerin ticari nitelikte bir alım-satım olmadığı, aksine tüketim amacı ile yapılan satım sözleşmeleri olduğu açıktır. Bu amaçla yapılan sözleşmelerde tüzelkişi tacirler özellikle de şirketler de tüketici sıfatına sahip olmalıdır. Nitekim, bu sözleşmelerde nihai kullanım amacı bulunmaktadır ve ticari veya mesleki bir gelir elde etme amacı mevcut değildir. Bu durum göz önüne alınarak, tüketici hukukunun sağladığı korumadan, tüketim amacı ile hareket eden tüzelkişi tacirler mahrum bırakılmamalıdır. Tüzelkişi tacirlerin fiil ve işlemleri bakımından TTK kapsamında adi sahaları bulunmadığından, ancak iktisadi faaliyet konuları dışında kalan mal ve hizmet edinimleri bakımından tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmelidir. Bu görüş Yargıtay tarafından verilen bir kararda da benimsenmiştir. İlgili kararda<sup>35</sup>; “Ticari

<sup>34</sup> POROY, Armağan, s.524-525; TAŞKIN, s. 34-37; OZANOĞLU, s. 685; SCHMEIZER, s. 62; Ayrıntılı bilgi için bkz., GEZDER, s. 159-169.

<sup>35</sup> YARGITAY, 19.HD, 1999/3932 Esas, 1999/4621 Karar; “Davacı vekili; müvekkilinin davalı O... A.Ş.den 12.12.1996 tarihli fatura ile bir adet Opel Frontera aracı satın aldığını, ancak araçtan kısa bir süre sonra arızalar meydana geldiğini, durumun davalı firmaya bildirildiğini, davalının Almanya’dan parça getirtilerek tamir yapılacağını bildirdiğini ve müvekkilinden izin alınmadan aracın motorunun indirilip parça değişikliği yapıldığını, ancak aracın arızasının giderilmediğini ve davalıdan aracın yenisi ile değiştirilmesi talebinde bulunulduğunu, bunun kabul edilmemesi üzerine Ankara Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurularak 9.3.1998 tarihinde aracın yenisiyle değiştirilmesi kararının alındığını, buna rağmen davalının değiştirme yapmadığını belirterek, aracın iadesi karşılığında yeni bir araçla değiştirilmesini

şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek bulunmadığı savunulamaz. Nitekim, AT Komisyonunun ikinci Eylem planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla "... alım gücü az ya da çok...» tabirleriyle konu vurgulanmıştır. Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK.nun 2-1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar ( lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi ) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez.” ifadeleri yer almaktadır.

Kanımızca konu, tüzelkişi tacirlerin özellikle de şirketlerin ticari veya mesleki amaç gütmeksizin hareket edip edemeyecekleri sorusunun cevaplanması suretiyle aydınlatılmalıdır. Bunun için de ilk olarak, TKHK'nın tüketici kavramına ilişkin tanımını göz önüne alınmalıdır. Nitekim tüketici kavramı, TKHK m. 3/k'da "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. O halde, ticari veya mesleki amaç dışında yapılan tüm işlemlerin, TKHK'nın kapsamına girdiği şüpheye yer vermeyecek kadar açıktır. Böylece, sadece TKHK'nın tüketici kavramına ilişkin ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, tüzelkişi tacirlerin ticari veya mesleki amaç dışında hareket ettikleri tüm işlemler bakımından tüketici sıfatına sahip olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, bu noktada tartışma konusu yaratan tüzelkişi tacirler bakımından mutlak bir karine olarak nitelendirilen ticari iş karinesinin varlığından kaynaklanmaktadır. Nitekim TTK m.19'da, gerçek kişi tacirler için kabul edilen istisnanın tüzelkişiler için açık bir şekilde düzenlenmemiş olması, tüzelkişi tacirlerin hiçbir zaman adi sahalarının bulunmadığı ve dolayısıyla hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olamayacakları şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak, bize göre tüzelkişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları tartışması, yukarıda açıklanan görüşler çerçevesinde yüzeysel ve gerekçesiz değerlendirmelerle ele alınmıştır. Nitekim, burada cevaplanması gereken asıl soru, "her ticari işin ticari veya mesleki bir amaç taşıyıp taşımadığı" olmalıdır. Çünkü, TKHK tüketici kavramı kapsamında "ticari işten değil, ticari veya mesleki amaçtan" hareket etmektedir. O halde, eğer bu soru olumsuz bir şekilde cevaplandırılırsa, tüzelkişi tacirlerin de amaçları doğrultusunda belirli

talep ve dava etmiştir.”

hallerde tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmelidir. Daha önce de üzerinde durulduğu gibi ticari veya mesleki amaç dışında hareket etme ile kastedilen, kişinin mal veya hizmetten nihai yararlanan olması, yani mal veya hizmeti kar veya çıkar amacı gütmeksizin, kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesidir. Bu durumda, örneğin bir anonim şirketin fakir çocukları okutmak amacıyla bir özel okul sözleşmesinin tarafı olması veya yönetim kurulu üyelerinin kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için odalarına alınması planlanan buzdolapları için satım sözleşmesi yapması gibi durumlarda, ticari veya mesleki bir amaç ile hareket edilmiş olmasından bahsedilmemelidir. Burada her ne kadar ilgili işlemlerin TTK m.19'da yer alan düzenleme kapsamında ticari iş sayılması gerektiğinden söz edilse de, bunun varsayılan bir sonuç olduğu kabul edilmelidir. Zira, tüzelkişi tacirleri açık veya örtülü olarak kapsam dışında bırakmayan TKHK göz önüne alınarak, ticari veya mesleki amaçlar dışında hareket edildiği açık olan hallerde, şirketlerin de tüketici sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Bu hallerde, ticari veya mesleki amaç gütmeyen şirketleri TTK m.19 çerçevesinde varsayılan bir amaca tabi tutmak, gerçeği reddetmekten başka bir anlama gelmez. Karineler, bilinen bir durumdan bilinmeyen bir durum lehine çıkarılan sonuçlardır. Karinelerin amacı, bilinmeyi yorumlamak suretiyle adil olan gerçeğe ulaşmaktır. Ancak, bilinen ve gerçek mevcut iken, karinelere dayanmak, gerçekliği saptırmaktan başka bir sonuç doğurmaz. Bu da, ne hukukun ne de kanun koyucunun amacı ile bağdaştırılabilir. Açılanan bu sebeplerle, ticari veya mesleki amaç dışında hareket ettikleri hallerde, tüzelkişi tacirlerin özellikle de şirketlerin, tüketici sıfatına sahip olması gerektiği ve dolayısıyla TKHK hükümlerinin onlar için de uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilmelidir.

### **3. Gerçek veya Tüzelkişi Olma**

#### **a. Genel Olarak**

Tüketici sıfatının gerektirdiği diğer bir şart da TMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde kişilik sahibi olmaktır. Nitekim TKHK m.3/k'da, ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden gerçek ve tüzelkişilerin tüketici sıfatına sahip olabileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Daha önce de ifade edildiği gibi, gerçek kişiler insanlardır. Tüzelkişiler ise fiziki ve cismani bir varlığı olmamakla beraber, insanlara özgü yaş, cinsiyet gibi özellikler dışında hukukun gerçek kişilerden ayırt etmeksizin haklara ve borçlara sahip olabilme yetkisi tanıdığı, sosyal ve gerçek varlıklardır. TKHK'nın tüketici sıfatını gerçek kişiler yanında tüzelkişilere de tanınması, yaratılış gereği sahip olunamayan

haklar dışında tüzelkişilerin de gerçek kişilerle eşit haklara sahip olabileceğine ilişkin TMK'nın benimsediği genel hukuk ilkesine dayanmaktadır.

TKHK tüketici kavramına, gerçek kişiler yanında tüzelkişileri de almak suretiyle diğer birçok hukuk sisteminden ayrı bir hukuk politikası sergilemektedir. Nitekim, özellikle Avrupa Birliği Hukukunda ve Alman Hukukunda tüzelkişiler tüketici olarak kabul edilmemektedirler. Zira, AB Hukukundaki ilgili düzenlemeler göz önüne alındığında, örneğin, 2 Aralık 1987 tarihli “Tüketici Kredisi Hakkında AB Konsey Direktifi”nde, tüketicinin “mesleki veya ticari faaliyet dışındaki amaçlarla bir kredi sözleşmesine taraf olan gerçek bir kişi olduğu” (m.1/2/a), yine “Haksız Şartlara İlişkin AB Konsey Direktifi”nde, “ kendi zanaati, işi veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek kişiyi ifade ettiği” (m.2/b) açık bir şekilde belirtilmiştir. Alman Hukukunda ise, BGB § 13’de tüketicinin, “ mesleki ve ticari amaçlar dışında hukuki işlem yapan gerçek kişiler” olduğu hükme bağlanmıştır. İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu’nda ise, tüketici, “ticari veya mesleki bir amaç gütmeksizin tüketici kredisi sözleşmesi akdeden gerçek veya tüzelkişi olarak” tanımlanmıştır (Art. 3 KKG).

Türk Hukukunda gerçek kişiler yanında tüzelkişilerin de tüketici kavramı içine dahil edilmesi bizim de katıldığımız görüşe göre yerindedir. Zira, özellikle tüketici kredisi dışında<sup>36</sup> çoğu zaman güçlendirme, eğitim, tedavi, ekonomik destek gibi ideal amaçlarla hareket eden tüzelkişilerin konumu ve parasal olanakları bakımından tüketici sıfatıyla korunmaya değer olduğu, özellikle de satıcı ve sağlayıcı karşısında zayıf durumda bulunabileceği, bu nedenle de TKHK kapsamında tüzelkişilere de yer verilmesinin yerinde olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>.

### **b. Tüketici Sıfatının Tüzelkişi Tacirler Bakımından Değerlendirilmesi**

Tüzelkişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacaklarına ilişkin olarak doktrin ve uygulamada iki ayrı görüş mevcuttur. Bu konuda ileri sürülen hakim görüşe göre<sup>38</sup>; şirketlerin herhangi bir işleminin tüketici işlemi sayılması mümkün değildir. Çünkü şirketlerin her

<sup>36</sup> Karşı görüş için bkz., AKİPEK, s. 197.

<sup>37</sup> ZEVLİLER/ AYDOĞDU/AYDOĞDU, s. 81; AYDOĞDU, s. 61; GÜMÜŞ, s. 30; GEZDER, s. 158 vd.

<sup>38</sup> ASLAN, s. 8; ZEVLİLER/ AYDOĞDU/ AYDOĞDU, s. 81; GÜMÜŞ, s. 31; AYDOĞDU, s. 60; ÖZEL, s. 30; GEZDER, s. 161; ; ARKAN, s. 66; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 218-219; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 65-66; POROY/YASAMAN, s.111.

işlemi ticari işletmeleri ile ilgilidir ve TTK m.19 göz önüne alınarak ticari iştir. Bu bakımdan ticari amaç güden bir işlemin tüketici işlemi sayılmasından söz edilemez. Burada ayırt edici olan unsur, şirketlerin yaptıkları tüm işlemlerin maliyetinin geri dönüşümünün söz konusu olabilemesidir. Ancak, tüketici işlemlerinde, yapılan işlemin maliyetinin tüketiciye geri dönebilmesi mümkün değildir. Gerçek kişi tacirler bakımından ise TTK m.19/2’de yer alan istisnalar göz önüne alınarak adi sahalarının olduğu ve bu kapsamda yaptıkları işlemler yönünden tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında<sup>39</sup>; “*gerçek kişi olan bir tacirin, yaptığı işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işlemin ticari sayılmasının niteliği gereği uygun olmaması halinde bu işlemlerden doğan borcun adi, yani özel sayılacağını, anılan madde yönünden yasa koyucunun sadece gerçek kişi tacirleri öngörmesine ve dolayısıyla tüzelkişi tacirlerin bu kuralın dışında kalmasına, tüzelkişiler için her türlü işlemin ticari sayılmasının gerekmesine ve tacir olan tüzelkişilerin özel işlemleri olamayacağına göre, tüzelkişi tacirlerin tüm işlemlerinin istisnasız olarak ticari sayılması gerektiğini*” belirtmiştir. İlgili kararda benimsenen görüş göz önüne alınarak Yargıtay bir başka kararında da<sup>40</sup>; “*Tüzel kişi tacirin barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığını kabul edildiğini, hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacir sayıldıklarını, doğrudan ticari amaçla yada işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olamayacağını, tacir olmanın nimetine göre külfetinin de mevcut olduğunu, TTK. 20-25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre “hak” yerine göre külfet” niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlendiğini, bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu olduğunu, tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiğini, bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olduğunu, o nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmadıklarını, somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta kamyonet almış olduğunu, özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın,*

<sup>39</sup> YARGITAY, 11.HD, 1997/ 1815 Esas, 1997/ 5112 Karar

<sup>40</sup> YARGITAY HGK, 2000/ 19-1255 Esas, 2000/ 1249 Karar.



*davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu olamayacağını” ifade etmiştir<sup>41</sup>.*

Diğer bir görüşe göre ise<sup>42</sup>; TTK m.19’da düzenlenen ticari iş karanesi, ticari işletmeyle ilgili tüm fiil ve işlemlerin ticari iş sayılması gerektiği şeklinde değil, aksine ilgili fiil ve işlemlerin ticari işletmeyle ilgili olduğunun varsayılması halinde ticari iş olarak değerlendirilmesi gerektiği biçiminde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla tacirlerin tüm fiil ve işlemlerinin TTK hükümlerine tabi olduğu kabul edilmemelidir. Nitekim, nihai kullanım amacının mevcut olduğu ve ticari veya mesleki bir gelir elde etme sonucunun söz konusu olmadığı hallerde, tüzelkişi tacir sıfatına sahip olan şirketlerin de tüketici sayılacağı ve TKHK hükümlerinden yararlanması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece, tacir sıfatına sahip şirketlerin, TTK m.19 kapsamında özel alanları bulunmadığından, iktisadi faaliyet konuları dışında yaptıkları mal ve hizmet alımları bakımından TKHK’ya tabi olup, tüketici sayılmaları gerekmektedir. Örneğin, bir gofret fabrikasına 100 kg un alınması veya 500 kg şeker alınması halinde, ilgili satım sözleşmelerinin ticari işletmeyle ilgili olduğu açıktır. Ancak, aynı fabrikaya klima alınması veya lavabolarda kullanılmak üzere temizlik malzemeleri alınması durumunda, ilgili sözleşmelerde tüketim amacı güdüldüğü ve ticari bir amacın mevcut olmadığı da inkar edilemez. İşte bu hallerde, şirketlerin de tüketici sıfatına sahip olması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay da daha önce bahsi geçen ilgili kararında<sup>43</sup>, *“Ticaret şirketlerinin tüketici kavramı içinde mütalaa olunmalarının, TKHK 1. maddede öngörülen amacın gerçekleşmesini de olanaklı kılacağını, ticari şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek bulunmadığının savunulamayacağını, nitekim, AT Komisyonunun ikinci Eylem planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla “... alım gücü az ya da çok...” tabirleriyle konunun vurgulandığını, bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK.nun 2-1 maddesinin, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımadığını, tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar ( lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi ) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın*

<sup>41</sup> Benzer kararlar için Bkz. YARGITAY 13. HD, 1997/ 1815 Esas, 1997/ 5112 Karar; YARGITAY 11.HD, 1997/ 8979 Esas, 1997/ 9841 Karar.

<sup>42</sup> KEMPER, s. 26; POROY, s. 524-525; TAŞKIN, s. 36.

<sup>43</sup> Bkz., dipnot 29.

*kapsamı dışında bıraktığının düşünilemeyeceğini, kaldı ki hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın nihai tüketici olan gerçek kişi tacirler koruma kapsamında iken tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebileceğini” belirtilmiştir.*

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşler göz önüne alınarak, bize göre, tüzelkişi tacir niteliğinde olan şirketlerin hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olamayacağını söylemek yerinde değildir. Zira, herşeyden önce TKHK m.1’de yer alan ve Kanunun amacını düzenleyen hüküm bu görüşümüzü destekler niteliktedir. İlgili düzenlemeye göre; “Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir”. Gerçekten, bu amaçlar göz önüne alınarak TKHK’nın hukuk sistemimizde yer alması ve özellikle de geniş bir uygulama alanına sahip olması, tüketim toplumu olan ülkemiz bakımından bir gereksinimin sonucudur. Özellikle tüketici kredisi ve taksitle satış uygulamalarının artması, çeşitli malların piyasaya sürülmesi, mesafeli sözleşmelerin yaygınlaşması ve elbetteki çeşitli reklam yolları ile tüketicinin özendirilmesi karşısında tüketicinin korunması hukukun asli görevidir<sup>44</sup>. Toplumun gereksinimlerine göre şekillenen hukuk kurallarının, piyasada mevcut olan malların kalitesinden haberdar olmayan ya da aldatıcı reklamlar yoluyla kolayca kandırılabilir olan tüketicileri koruması bir zorunluluktur. İşte açıklanan bu gerekçeler göz önüne alınarak, ticari veya mesleki bir amaç gütmeksizin hareket ettikleri haller bakımından, şirketlere tüketici sıfatı tanımamak kabul edilebilir nitelikte değildir. Zira, kendi ticari işletmesi ile ilgili olan konularda basiretli iş adamı gibi davranma yükümü olan şirketleri, kendi iş ve faaliyet alanlarına yabancı bir mal veya hizmet edinmeleri halinde TKHK’nın sağladığı korumadan yoksun bırakmak Kanunun amacına ve dolayısıyla da hukuka aykırılığa sebep olur. Çünkü TKHK, tüketici kavramı bakımından ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden tüzelkişileri bir bütün olarak ele almış, şirketlerin bu kapsamda değerlendirilmeyeceğine ilişkin açık veya örtülü bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla, gerek TKHK’nın genel gerekçesi gerekse, TKHK’nın amacı ve tüketici tanımını içeren ilgili düzenlemeleri, şirketlerin de tüketici sıfatına sahip olabileceği gerçeğini ortaya sermektedir.

---

<sup>44</sup> TANDOĞAN, s. 10 vd.

Diğer taraftan, hukukun uygulanmasına yönelik kurallar bakımından da, şirketlerin tüketici sıfatına sahip olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim, hukukun zaman bakımından uygulanması kapsamında genel kanun- özel kanun, eski tarihli kanun- yeni tarihli kanun ilişkisi net ilkelere tabidir. Buna göre, her somut olayda özel kanun hükümleri genel kanun hükümlerine, yeni tarihli kanun hükümleri ise eski tarihli kanun hükümlerine tercih edilmelidir. Bu bakımdan, ticari iş karinesinin mevcut olması gerekçesine dayanarak, tüzelkişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici olamayacağını savunan görüş, yerinde değildir. Zira, TKHK yeni tarihli özel bir kanundur. TTK ise eski tarihli genel bir kanundur. Dolayısıyla, TKHK hükümlerinin, TTK hükümlerine tercih edilmesi gerektiği açıktır. Bu bakımdan, şirketler de dahil olmak üzere hiçbir ayırım gözetmeksizin ticari veya mesleki amaç dışında hareket eden tüm tüzelkişilerin icabında tüketici sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü, tüzelkişi tacirlerin adi sahalarının olmadığı ve hiçbir şekilde tüketici sayılamayacakları şeklinde yorumlanan TTK'nın ilgili hükümleri, hukukun zaman bakımından uygulanması kurallarına göre tatbik edilir nitelikte değildir. Nihayet, her somut olayda şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacaklarının takdiri TTK'nın ilgili düzenlemelerinden bağımsız, TKHK'da yer alan hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bunun sonucunda da, somut olayda ticari veya mesleki amaç gütmeyen bir şirketin tüketici sayılması gerektiği görüşü benimsenmelidir.

Son olarak ise, bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmelerin diğer taraf için de ticari nitelikte sayılacağına ilişkin TTK m.19/2 bakımından, gerçek kişi tacirler için kabul edilen durumun, TKHK kapsamında tüzelkişi tacirler için de benimsenmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Zira, TTK m.19/2 yönünden, gerçek kişi tacirlerin bir sözleşme yaparken, bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını belirtse bile, eğer bu sözleşme diğer taraf için ticari iş niteliğindeyse, bildirim yapan gerçek kişi tacir bakımından da ticari iş sayılacağı belirtilmektedir. Ancak, yine de bu durumun bildirim yapan gerçek kişi tacirin TKHK kapsamında tüketici sayılmasına engel olmayacağı da kabul edilmektedir. Bu durumun, aslında tüketici hukukunun ticari hükümlerin uygulama alanını kısıtlayan bir örnek niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir<sup>45</sup>. Bu görüş, tüzelkişi tacirlerin, yani şirketlerin tüketici sıfatına sahip olabilmeleri bakımından da kabul edilmelidir. Zira, TTK m.19/2 kapsamında hukukun zaman bakımından uygulanması kuralları dikkate alınırken, TTK m.19/1 bakımından bunların gözardı edilmesi, hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır.

<sup>45</sup> Bkz., ARKAN, s. 67.

## SONUÇ

TKHK'da, gerek gerçek gerekse tüzelkişilere tüketici sıfatına sahip olabilme hakkı tanınmıştır. Yine ilgili düzenlemeye göre gerçek ve tüzelkişiler arasında tüketici sıfatına sahip olabilmek bakımından hiçbir fark gözetilmemiştir. Yani her iki kişi grubu da TKHK kapsamında tüketici sıfatını edinebilmek konusunda eşit hakka sahiptirler. Kanun koyucu aynı eşitliği, tüzelkişiler bakımından da benimsemiş ve tüzelkişiler de kendi içinde hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüketici kavramı kapsamına alınmışlardır. İşte TKHK'nın herhangi bir istisnaya yer vermeksizin tüm tüzelkişilere tüketici sıfatı tanınması, dernek, vakıf, sendika vb. gibi ticari iş kapsamı dışında değerlendirilen tüzelkişiler bakımından şüphesiz olarak kabul edilmektedir. Ancak, özellikle şirketlerin tüketici sıfatına sahip olup olamayacakları, ticari iş ve özellikle de ticari iş karinesinin varlığından dolayı farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bu konuya ilişkin hakim görüş, TTK m.19'a dayanarak tüzelkişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olamayacağını savunmaktadır. Zira, bu bakımdan tüzelkişi tacirlerin, mutlak olarak ticari ve mesleki amaçla hareket ettiği ileri sürülmektedir.

Ancak, hakim görüşün benimsenmesi halinde, kanun koyucunun AB direktiflerinden ve diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak TKHK m.3/k'da gerçek kişiler yanında tüzelkişilere de tüketici sıfatını tanınması anlamsız bir hale gelmektedir. Kanun koyucunun bu düzenleme ile sadece tacir sıfatına sahip olmayan tüzelkişiliğe sahip sınırlı sayıda topluluğa tüketici sıfatı tanıdığını kabul etmek de mümkün değildir. Zira, TKHK'da böyle bir istisnaya yer verilmediği aşıkardır. O halde, tüzelkişi tacirlerin de ticari veya mesleki amaç dışında hukuki işlemler yapabileceklerinin benimsenmesi, hukuki bir zorunluluktur. Bu sebeple, TKHK m.3/k'daki düzenlemenin, TTK m.19/2 hükmünün bir istisnası olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Aksinin kabulü, kanun koyucunun iradesi ile bağdaştırılamaz.

Böylece, Türk Medeni Hukukunda yaratılış gereği sahip olunan özellikleri dışında, gerçek kişilerle eşit haklara sahip olan ve eşit korumadan yararlanan tüzelkişilerin, tüketici sıfatına sahip olabilmek bakımından da TKHK kapsamında gerçek kişilerle eşit tutulduğu açıktır. TKHK hükümlerinin de, TTK hükümlerini kısıtladığı kabul edilerek, tüzelkişi tacir sıfatına sahip olan şirketlerin, hal ve şartlara göre tüketici sayılabileceklerinin benimsenmesi bir zorunluluktur.

## KAYNAKÇA

AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.

AKİPEK/ Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, 10.Bası, İstanbul 2013.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19.Bası, Ankara 2014.

ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuku, Umumi Prensipler, 3.Bası, İstanbul 1960.

ASLAN, İ, Yılmaz/ ERGÜN, Mevci: Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009.

ASLAN, İ.Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4.Bası, 2014.

ATAMER, Yeşim M.: Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını, Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 21-32.

ATASOY, Ömer Adil/TAŞKIN, Mustafa/ACAR, Hakan: Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2000.

AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Bası, Ocak 2015.

AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7.Bası, Ankara 2014.

BRUNNER, Alexander: Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992.

DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, Ankara 2007.

GEZDER, Ümit: Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.

GÜMÜŞ, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (madde: 1-46), İstanbul 2014.

HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler, İstanbul 2014.

İNAL, Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.

KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 26.Bası, Ekim 2014.

KEMPER, Rainer: Verbraucherschutzinstrumente, Baden-Baden 1994.

KUNTALP, Erden: Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayırımı, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, 298 vd.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 14.Bası, İstanbul 2014.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: Beta, 2000.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: I, s. 55-90 (Tüketici Sözleşmeleri Kavramı).

ÖZEL, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alım Hakkı, Ankara 1999.

POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012.

POROY, Reha: Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.

REHBINDER, Manfred: Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (JKR), Bern 1995.

SCHMEIZER, Mikael: Der Konsumentenvertrag- Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, Zürich 1995.

TANDOĞAN, Haluk: Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977.

TAŞKIN, Mustafa: Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: I, Yıl: 1997.

WESTERMANN, Harm Peter: Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, Köln 1983.

ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Aydın/ AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004.

**ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNA  
KURAMSAL VE METODOLOJİK BİR BAKIŞ: ÇEŞİTLİ  
TEORİ VE METOTLAR, II. RESTATEMENT VE SÖZLEŞMEYE  
UYGULANACAK HUKUK**

**Mesut AYGÜN\***

**ÖZET**

*Bu çalışma, ABD kanunlar ihtilâfi hukukunu etkileyen bazı kuramsal ve metodolojik gelişmeler ile II. Restatement'ta sözleşmeye uygulanacak hukuk üzerine odaklanmıştır. I. Restatement'a karakteristik özelliğini yansıtan (klâsik sistem olarak da ifade edilen) kazanılmış haklar kuramı incelendikten sonra, klâsik ABD kanunlar ihtilâfi hukukuna yöneltilen eleştiriler ve bu alandaki çağdaş eğilimler ile II. Restatement üzerinde durulacaktır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin II. Restatement'ta yer alan düzenlemelerin, son dönem kanunlar ihtilâfi hukuku kuram ve metodolojisi açısından devrim niteliğinde olduğu söylenebilir.*

***Anahtar Kelimeler:** Kanunlar ihtilâfi, Kanunlar ihtilâfi kuram ve metodolojisi, Kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin II. Restatement, Sözleşmeye uygulanacak hukuk, Milletlerarası özel hukuk.*

**A THEORETICAL AND METHODOLOGICAL OVERVIEW OF THE  
USA CONFLICT OF LAWS: VARIOUS THEORY AND METHODS, II.  
RESTATEMENT AND THE LAW TO BE APPLIED TO CONTRACTS**

**ABSTRACT**

*This study has focused on some theoretic and methodological advancements having influences on the USA conflict of laws and applicable law to contract in II. Restatement. After the vested rights theory reflecting the characteristic features of I. Restatement (which is also called as classical system) is examined, the criticism directed to the USA classical conflict of laws and contemporary trends in the field and II. Restatement will be discussed. The regulations in the II. Restatement regarding the governing law of obligation relationships arisen from contracts can be suggested to be revolutionary with regards to the recent conflict of laws theory and methodology.*

***Keywords:** Conflict of laws, Theory and methodology of conflict of laws, II. Restatement of the conflict of laws, The applicable law to contract, Private international law.*

---

\* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (maygun@anadolu.edu.tr).

## GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfi hukukunda kuramsal açılarından bazı soruların cevabı her zaman aranmıştır. Örneğin, evrensel adaleti gerçekleştirme güdüsüne özgülenmiş üst normun veya normlar demetinin kaynağı nereden gelmektedir? Üst norm ile bağlama kuralları arasındaki rabıta nasıl sağlanacaktır, nasıl bir akıl yürütme uygulanacaktır? Milletlerarası özel hukuk, bütün milletleri bağlayıcı özelliğini nereden almaktadır? Kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının oluşmasında rol oynayan kaynaklar nelerdir? Bu kaynaklar, salt akıl, eşyanın tabiatı veya uluslararası toplumda yaşanan gelişmelerin gözlemi olabilir mi?

Kuramsal içerik taşıyan bu soruların yanında, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanması gerektiği sorusu da metodolojik arayışların bir ürünü olmuştur. Bu hususlar tarihin eski dönemlerinden beri tartışılan bir konudur. Keza, Roma-Cermen İmparatorluğu döneminde glassatörlerin başlattığı bu süreç, beş asır hâkimiyet kuran statüler nazariyesini ortaya çıkarmış, gerek statüler teorisine yöneltilen eleştiriler, gerekse bu teoriden elde edilen çıkarsamalar, günümüz anlayışına ışık tutan farklı teorileri beraberinde getirmiştir.

Yabancı hukukun uygulanması sorununa çözüm arandığında, kanunların mülkiliği esası ile kanunların şahsiliği esası her zaman karşı karşıya gelmiştir. Her iki esas da kanunlar ihtilâfi hukuku alanında farklı kuramların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Elbette ki, bu kuramların ortaya atıldıkları dönemin egemenlik ve devlet anlayışının önemi göz ardı edilemez. Feodal düzenin hüküm sürdüğü Orta Çağ döneminde Fransız statücü *B. d'Argentre*'nin; ulus devletlerin ortaya çıkmaya başladığı on yedinci yüzyıl döneminde Hollandalı statüçülerin, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında ülkesel kuramların gelişmesinde önemli katkıları vardır. Kanunlar ihtilâfını uluslararası hukuk boyutunda inceleyen, başta *Ulrich Huber*, *Paul Voet* ve *Johannes Voet* gibi Hollandalı statüçülerin görüşleri, önce İngiltere'ye, oradan da ABD'ye yayılmış, Anglosakson hukukunu derinden etkilemiştir.

Bu çalışmada öncelikle, ABD kanunlar ihtilâfi hukukunu etkileyen, statüler teorisi dâhil bazı kuramsal ve metodolojik gelişmeler genel hatlarıyla incelenecektir. Takiben ABD'nde *comity* teorisini ortaya atan *Joseph Story*'nin görüşleri ile *I. Restatement*'a karakteristik özelliğini yansıtan kazanılmış haklar kuramı değerlendirilecektir. Sonrasında klâsik ABD kanunlar ihtilâfi hukukuna yöneltilen eleştiriler, bu alandaki çağdaş eğilimler ve *II. Restatement* üzerinde durulacaktır. Bu çağdaş eğilimler içerisinde *Cavers*, *Ehrenzweig* ve



*Currie*'nin görüşlerine özellikle yer verilecektir. Daha sonra uyumsuzlukların en fazla ortaya çıktığı sözleşmeler hukuku alanında uygulanacak hukukun tespitine yönelik *II. Restatement* hükümleri değerlendirilecektir. Ayrıca çalışmada alana ilişkin mahkeme kararlarına da yer verilecek olup, ulaştığımız vargıları içeren sonuç kısmı ile çalışma son bulacaktır.

## I. ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNU ETKİLEYEN KURAMSAL VE METODOLOJİK GELİŞMELER

### A) *B. d'Argentre* ve Ülkesellik Prensibi

Amerikan hukukundaki ülkesellik doktrininin temelleri, Hollandalı ünlü hukukçu *Ulrich Huber*'e kadar uzanmaktadır. Hollanda Okulu mensubu olan *Huber* üzerinde ise, *B. d'Argentre*'nin tesiri büyük olmuştur<sup>1</sup>.

Kanunların ülkeselliği ve kişiselliği ilkelerinin esasları statücüler tarafından ortaya konulmuştur. İtalyan statücüler, bir hukuk düzeninin hangi hukuki ilişkiye uygulanacağı sorusundan ziyade, bir hukuk kuralının uygulama alanına giren olayların hangisi olduğu sorusuna cevap bulmaya çalışmışlardır. Bu nedenle, hareket noktaları, hukuki ilişkileri gruplandırmak değil, hukuk kurallarını gruplandırmak olmuştur<sup>2</sup>. Statücü görüşe göre, hukuk kuralının uygulama alanı kendisindedir. Hukuk kuralı, niteliği gereği ya kişiyi izler, ya da ülkede uygulanır. Hukuk kuralının ülkesel mi yahut kişisel mi olduğu, onun

<sup>1</sup> **Wolff**, M. (1950), *Private International Law*, Second Edition, Oxford: The Clarendon Press, s. 27; **Menekşe**, A. M., “Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu (Haksız Fiiller Alanından Örneklerle)”, Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 511.

<sup>2</sup> Dogmatik inancın yansımaları gereği, **yazılı akıl** olarak Justinyen kodunu seçen statücüler, üst Roma Hukuku normlarını somut olaya uygulamaları nedeniyle tümdengelim metodunu benimsemişlerdir. İtalyan statücüler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **De Nova**, R., “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, 118 Rec. des Cours, (1966/II), s. 441-622: 441 vd.; **Yntema**, H. E., “The Historical Bases of Private International Law”, Selected Readings Conflict of Laws, St. Paul Minn. 1956, s. 30-46: 34 vd.; **Pillet**, A., “Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Nazariyesi (Çeviren: Hicri Fişek)”, AÜHFĐ, 1950, C. VII, S. 1-2, s. 250-281: 250 vd.; **Cheshire**, G. C. (1961), *Private International Law*, Sixth Edition, London, s. 22 vd.; **Schmitthoff**, C. M. (1954), *The English Conflict of Laws*, Third Edition, London: Stevens & Sons Limited, s. 19 vd.; **Yörük**, A. K. (1950), *Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, s. 19 vd.; **Berki**, O. F. (1966), *Devletler Hususî Hukuku*, C. II: Kanun İhtilâfları, 6. Baskı, Ankara, s. 214 vd.; **Seviğ**, M. R./**Seviğ**, V. R. (1962), *Devletler Hususî Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, s. 319 vd.; **Seviğ**, V. R. (1974), *Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)*, 2. Baskı, İstanbul, s. 4 vd. (Kanunlar İhtilâfi); **Göğçer**, E. (1977), *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi Hukuku)*, 4. Baskı, Ankara, s. 28 (Kanunlar İhtilâfi); **Altuğ**, Y. (1973), *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, s. 134 vd. (DHH); **Nomer**, E. (2015), *Devletler Hususî Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 50 vd.; **Çelikel**, A./**Erdem**, B. B. (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 49 vd. (MÖH).

içeriğine bakılarak belirlenir. Buna göre, hukuk kuralları ne mutlak olarak mülkî, ne de mutlak olarak kişiseldir. Bunların bir kısmı ülkesel, bir kısmı da kişiseldir.

İtalyan statücülere, İtalyan şehir devletlerinin kanunlarını (statutalarını) tek tek inceleyerek, niteliklerine göre, bir kanunlar tipolojisi oluşturmuşlardır. Buna göre, üç tür statü vardır: - *Statuta Personalia* (Kişisel Statü); - *Statuta Realia* (Aynî Statü) ve - *Statuta Mixta* (Karma Statü)<sup>3</sup>. Kişiyi takip eden kurallar (örneğin, taşınır mallara ilişkin kurallar) kişisel statüyü, ülkesel nitelik taşıyan kurallar (örneğin, taşınmaz mallara ilişkin kurallar) ise aynî statüyü oluşturmaktadır. Karma statü, üzerinde çok tartışılmasına rağmen, şahsî ve aynî statüye girmeyen kurallar (örneğin, haksız fiil, sözleşmelere ilişkin kurallar) için geçerli olup, ülkesel niteliktedir<sup>4</sup>.

En önde gelen Fransız statücülere şunlardır: *B. d'Argentre*, *Molinus* (*Dumoulin*) ve *Guy Coquille*<sup>5</sup>. Fransız statücülerinin İtalyan statücülere ile birleştikleri hususlar, Roma hukukunu yazılı akıl olarak almaları ve tümdengelim yöntemini benimsemeleridir. Aynı zamanda İtalyan statücülere ile başlayan kanunların ülkeselliği ve kişiselliği ayrımı, Fransız statücülere ile önemli bir boyut kazanmıştır. On altıncı yüzyıl Kıta Avrupasında feodalitenin hüküm sürmesi nedeniyle, Fransız statücülerinin bir kısmı kanunlar ihtilâfını, feodal bölgelerin düzenlemeleri arasındaki ihtilâflar olarak görmüşler<sup>6</sup> ve doğal olarak ülkesellik-kışisellik kıstasından yola çıkmışlardır<sup>7</sup>. Buna karşılık *Dumoulin*, Roma hukuku yerine müşterek bir Fransız teamül hukukunu savunması, kanunların şahsiliği<sup>8</sup> ilkesini benimsemesi ve feodalizme

<sup>3</sup> Nygh, P. (1999), *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Clarendon Press, s. 3; Wolff, s. 24.

<sup>4</sup> Wolff, s. 24 vd.; Nomer, s. 51.

<sup>5</sup> De Nova, s. 447; Seviğ, Kanunlar İhtilâfî, s. 6.

<sup>6</sup> Aslında, kanunlar ihtilâfî kuramları, ortaya atıldıkları dönemin egemenlik ve devlet anlayışının etkisi altında kalmışlardır. Bu nedenle, kanunlar ihtilâfî kuramları incelenirken, ait oldukları dönemin koşulları göz önünde bulundurulmalıdır. Kanunlar ihtilâfî hukukunun kuramsal gelişim sürecinde evrenselci ve tikelci görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göger, E., "Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar", Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 397-413: 400 ("Kuramsal Akımlar").

<sup>7</sup> Schmitthoff, s. 21.

<sup>8</sup> *Dumoulin*, sözleşmeye uygulanacak hukuk için sözleşmenin ifa edileceği yer hukukunun uygulanmasının doğru olmadığını, bu şekilde tespit edilecek hukukun tesadüfî olabileceğini belirtmiştir. O'na göre, örneğin Tübingen'den bir kişi, geçici bir süre bulunduğu İtalya'da Tübingen'deki evini satıyorsa, ona satışın gerçekleştiği yerin kanunu değil, Tübingen kanunu uygulanmalıdır. Lando, O., "On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts", *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development o Private International Law*, (Edited

karşı giriştiği mücadelesiyle ön plâna çıkmıştır. *Dumoulin*'in sözleşmeye uygulanacak hukuku tarafların tayin etmesi gerektiğine temas etmesi ile (tartışmalı olmakla birlikte) irade muhtariyeti ilkesinin kurucusu olduğu da ileri sürülmüştür<sup>9</sup>. Görüşlerini yeterince geliştiremeyen *Dumoulin*'in statüler teorisinin gelişmesine muhalifi *B. d'Argentre* kadar etkisinin olmadığı ifade edilmektedir<sup>10</sup>.

**B. d'Argentre**, kanunların mülkiliği prensibini benimsemiştir. Feodal bir çevrede yaşayan ve feodaliteyi savunan *d'Argentre*<sup>11</sup>, mallar ile ilgili kuralları ele almış ve bu kuralları, taşınmaz mallar ile ilgili olanlar (*statuta realia*); hem taşınmaz mallar, hem de şahıslarla ilgili olanlar (*statuta mixta*) olarak ikiye ayırmıştır<sup>12</sup>. Ve her ikisinin de malın bulunduğu yer kanununa (*lex rei sitae*) tâbi olacağını belirtmiştir. Ehliyet, vesayet gibi tamamen kişiyi ilgilendiren kuralları ise şahsî statü (*statuta personalia*) başlığı altında bir üçüncü grup olarak ele almıştır ki bunları, ikametgâh yeri kanununa (*lex domicili*) tâbi kılmıştır<sup>13</sup>. *D'Argentre*'nin mallarla ilgili uyuşmazlıklar için malın bulunduğu yer kanununu, şahsî statüler için ikametgâh yeri kanununu işaret etmesi çoğu uyuşmazlık bakımından *lex forin*in uygulanması sonucunu ortaya çıkardığı ve bu nedenle *lex forin*in uygulanma kabiliyetinin *D'Argentre* ile birlikte en üst seviyeye çıktığı ifade edilmiştir<sup>14</sup>. *D'Argentre*, beş asır boyunca hâkimiyetini sürdüren statü teorisi içinde ağırlıklı bir yer edinmiş ve *lex rei sitae* üzerine verdiği ağırlık, günümüz Fransız ve Anglosakson hukukunda ilgi uyandırmıştır<sup>15</sup>.

## B) Hollanda Okulu ve *Comitas Gentium*

On yedinci yüzyıla girdiğimizde, yavaş yavaş ulus devletlerin oluşmaya başladığını görmekteyiz. Bu yüzyılda statü teorisini geliştirmede önceliği Hollandalı statücüler almıştır. *D'Argentre*'nin görüşleri Hollanda statücülerini üzerinde büyük etki uyandırmıştır. Bu nedenle Hollanda statücülerini de

by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 237-253: 240.

<sup>9</sup> Crawford, E. B./ Carruthers, J. M. (2010), *Private International Law: A Scots Perspective*, Third Edition, London: W Green, s. 16 vd.; Nygh, s. 4; Çelikel/ Erdem, MÖH, s. 50.

<sup>10</sup> Nomer, s. 51.

<sup>11</sup> *B. d'Argentre* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: De Nova, s. 447 vd.

<sup>12</sup> Crawford/ Carruthers, s. 16.

<sup>13</sup> Schmitthoff, s. 21; Nomer, s. 52.

<sup>14</sup> Kegel, G., "The Crises of Conflict of Laws", 112 Rec. des Cours (1964/II), s. 95-263: 103 vd.

<sup>15</sup> Nomer, s. 52; Çelikel/ Erdem, MÖH, s. 51.

kanunların ülkeselliği esasından hareket etmişlerdir<sup>16</sup>. Önde gelen Hollanda statücülere şunlardır: *Burgundus*, *Ulrich Huber*, *Paul Voet* ve oğlu *Johannes Voet*<sup>17</sup>.

Ancak, onlara geçmeden önce, onların düşüncelerini önemli ölçüde etkileyen *Hugo Grotius*'dan da söz etmek gerekir. Devletler genel hukukunun kurucusu kabul edilen *Grotius*, "egemenlik" kavramından bahseden ilk hukukçudur<sup>18</sup>. *Grotius*, kuramını devletlerin egemenliği ve açık denizlerin serbestliği üzerine kurmuştur. *Grotius*, bireyler arasındaki hukuki uyumsuzlukların çözümünde yeni yöntemler önermiştir<sup>19</sup>. Hollanda statücülere, *Grotius*'un görüşlerinden yararlanarak, salt akıldan hareketle uluslararası nitelikli uyumsuzluklara çözüm getirilemeyeceği; usa vurmanın, gözlem yoluyla belirlenen ilkelerden hareket edildiği takdirde doğru sonuçlar vereceği sonucuna ulaşmışlardır. Hollanda statücülere, önceki İtalyan ve Fransız statücülerinden farklı olarak uluslararası kanunlar ihtilâfi ile ilgilenmişlerdir.

Hollanda ekolünün önde gelen temsilcisi, *Huber*'dir. Kanunların ülkeselliği esasından hareket eden *Huber*'e göre, bir ülkenin hukuku, o ülkenin sınırları içerisinde bulunan kişilere, vatandaş veya yabancı olmalarına ya da o ülkede daimî veya geçici olarak ikamet etmelerine bakılmaksızın uygulanır<sup>20</sup>. Bir devletin hukukunun, başka bir devletin ülkesinde uygulanması bir mükellefiyet midir, neyin sonucudur sorusuna *Huber*, devletlerin yabancı bir ülkenin hukukunu uygulamakta yasal bir yükümlülüğünün olmadığı, ancak uluslararası ilişkilerin sağlıklı yürüyebilmesi için yabancı hukukun uygulanmasının, uluslararası mücemele (*comitas gentium*) esasını uyarınca gerekli olduğunu ifade etmiştir<sup>21</sup>. Ancak, *comitas gentium* her zaman mutlak sonuç doğurmayabilir. Keza, yabancı hukukun uygulanması, uygulandığı

---

<sup>16</sup> Schmitthoff, s. 22.

<sup>17</sup> Crawford/ Carruthers, s. 17; Seviğ, Kanunlar İhtilâfi, s. 9.

<sup>18</sup> O'Brien, J. (1999), Conflict of Laws, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited, s. 13; Brilmayer, Lea (1995), Conflict of Laws, Second Edition, USA: Little, Brown and Company, s. 16, (Conflict). *Grotius*'un egemenlik kavramını geliştirmesine dayanak olan husus, Hollandalıların 1648'de yapılan Vestfalya Antlaşması ile İspanya İmparatorluğundan bağımsızlıklarını kazanmış olmalarıdır: Altuğ, DHH, s. 137.

<sup>19</sup> *Grotius*'a göre, uyumsuzluklar sadece akıl yürütme yoluyla değil, aynı zamanda tabiat kanunları (eşyanın tabiatı) da incelenerek çözüme kavuşturulabilir. Sosyal tabiatın da kuralları vardır. Her somut olaydan hareketle (tüme varım yoluyla) soyut ilkelere ulaşılabilir.

<sup>20</sup> Morris, J. H. C./ McClean, D./ Abou-Nigm, V. R. (2012), The Conflict of Laws, Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell, s. 536; De Nova, s. 448 vd.; Yntema, s. 38 vd.; Crawford/ Carruthers, s. 17.

<sup>21</sup> De Nova, s. 450; Lando, s. 240; Altuğ, DHH, s. 137.

ülkenin toplum düzenine aykırı sonuç doğuracaksa, yabancı hukuk uygulanmayabilir. Böylelikle, kamu düzeni olgusunun temelleri ilk defa Hollanda statücülerini tarafından atılmıştır<sup>22</sup>.

## II. ANGLO-AMERİKAN ÜLKESELLİK DOKTRİNİ

### A) Genel Olarak

*Huber*'in kabul etmiş olduğu *comitas gentium* prensibi, on sekizinci yüzyıldan itibaren önce İngiliz hukukunu, daha sonra ABD hukukunu derinden etkilemiştir<sup>23</sup>. Hollandalı statücülerin görüşlerinin Anglo-Amerikan hukukunda önemli bir yeri vardır<sup>24</sup>. Keza, *Huber*'in mücemele kuramı, Anglo-Amerikan hukukunda kazanılmış haklar kuramına (*vested rights*) kaynak teşkil ettiği gibi, ABD'nde *Joseph Story*'nin *comity* teorisine de zemin teşkil etmiştir<sup>25</sup>.

İngiliz ve Amerikalı hukukçular Hollanda'dan kendilerine geçmiş olan ülkeselci görüşe bağlı kalmış ve uzun bir süre de yabancı kanunun uygulanmasını *comitas gentium* 'a dayandırmışlardır<sup>26</sup>.

İngiltere ve Amerika'da kanunlar ihtilâfı aynı zamanda bölgelerarası bir kanunlar ihtilâfı olarak belirlediğinden aynı egemenliğe tâbi olan diğer

<sup>22</sup> **Wolff**, s. 27 vd. İngiltere'de *Dicey*, kamu düzeni müdahalesini göz önünde bulundurarak, uluslararası alanda kazanılmış haklara saygı prensibini uygulayan ilk müellif olmuştur. Devletler özel hukukunda kamu düzeni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Ökçün**, A. G. (1997), Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara.

<sup>23</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 536 vd.; **Çelikel**, A., "Devletler Hususî Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metot", İÜHFİM, 1970, C. XXXV, S. 1-4, s. 231-248: 232 vd. ("Metot").

<sup>24</sup> On sekizinci yüzyılın başlarında Hollanda'da hukuk eğitimi çok gelişmiştir. Birçok ülkeden hukuk öğrencisi Hollanda'da hukuk eğitimi almaktadır. Başta *Grotius* ve *Huber* olmak üzere, dönemin ünlü Hollandalı hukuk düşünürleri, özellikle uluslararası hukuk açısından çok önemli tespitler yapmışlardır. Hollanda'da hukuk eğitimi alan İskoçyalı öğrenciler, Hollandalı hukukçuların uluslararası hukuka ilişkin yapmış oldukları bu tespitleri (özellikle *Huber*'in görüşlerini) İngiltere'ye taşımışlar ve görülmekte olan davalara uygulamışlardır. Böylece Hollanda statücülerinin görüşleri, özellikle *comitas gentium* prensibi, önce İngiltere'ye, oradan da ABD'ye yayılmıştır: **Ehrenzweig**, A. A. (1962), *A Treatise on The Conflict of Laws*, St. Paul, Minn.: West Publishing Com., s. 4 vd. (Treatise); **Yntema**, s. 38 vd.; **Göger**, E. (1971), *Devletler Hususî Hukukunda Çağdaş Akımlar*, Ankara, s. 26 (Çağdaş Akımlar).

<sup>25</sup> **Collins**, L. (2006), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell., s. 12 (Dicey, Morris and Collins); **Brillmayer**, Conflict, s. 16; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 536 vd.; **Crawford/ Carruthers**, s. 17; **Göger**, Kanunlar İhtilâfı, s. 31; **Menekşe**, s. 513.

<sup>26</sup> **Ehrenzweig**, Treatise, s. 5 vd.

bölgelere karşı gerekli saygıyı gösterebilmek için kanunlar ihtilâfi sistemi, kazanılmış haklara saygı prensibinden hareket etmek zorunda kalmıştır<sup>27</sup>. Önceleri bölgesel plânda uygulanan bu prensip, sonraları uluslararası alana teşmil edilmiştir. Kazanılmış haklar (*vested rights*) kuramı, İngiltere’de *Dicey* tarafından ortaya atılmış, ABD’de *Beale* tarafından savunulmuştur<sup>28</sup>.

### **B. Joseph Story ve Comity Teorisi**

Gerçekte bu dönemde Amerika Birleşik Devletleri’nde kanunlar ihtilâfi hukuku alanına ilişkin ilk eseri *Samuel Livermore* yazmıştır. *Livermore*, 1828 yılında İtalyan, Fransız ve Hollandalı statücülerinin nazariyelerini *Dissertations on the Questions which arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations* (Değişik ülke ve milletlerin pozitif hukuklarının birbirine zıtlığından doğan meseleler üzerine incelemeler) adlı monografisinde anlatmıştır. *Livermore*, statücü doktrini ABD’nde tanıtmış, *Justinyen* Koduna göre çözüm önermiş ve yönlendirmelerde bulunmuştur<sup>29</sup>.

Harvard Üniversitesi’nde hukuk profesörü ve aynı zamanda ABD Yüksek Federal Mahkeme hâkimi olan **Joseph Story** (1779-1845), devletler özel hukuku alanında önemli bir yeri olan müelliftir<sup>30</sup>. *Story*’i önemli kılan hususlardan ilki, devletler özel hukukunun isim babasının pek muhtemelen kendisinin olmasıdır. Devletler özel hukuku (*private international law*) tâbirini ilk defa *Commentaries on the Conflict of Laws* adlı eserinde *Story* kullanmıştır<sup>31</sup>.

*Joseph Story*’i önemli kılan ikinci husus, kitabının Anglo-Amerikan hukukunun en önemli eserlerinden birisi olmasıdır. *Story*’nin 1834 yılında yayımlanan *Commentaries on the Conflict of Laws: foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgements* (Sözleşmeler, haklar, tedbirler ve özellikle evlenmeler, boşanmalar, vasiyetler, miraslar ve hükümlere ilişkin

<sup>27</sup> **Seviğ**, Kanunlar İhtilâfi, s. 16 vd.

<sup>28</sup> Kazanılmış haklar kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 539 vd.; **Cheshire**, s. 31 vd.; **Yntema**, s. 39; **Collier**, J. G. (2001), *Conflict of Laws* (Third Edition), London: Cambridge University Press, s. 379 vd.; **Turhan**, T (1989), *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara, s. 52 vd.; **Göger**, Kanunlar İhtilâfi, s. 38; **Göger**, Çağdaş Akımlar, s. 26 vd.

<sup>29</sup> **Altuğ**, Y., “Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu *Joseph Story*”, İÜHFİM, 1959, C. XXIV, S. 1-4, s. 63-75: 63 (“*Story*”).

<sup>30</sup> **Ehrenzweig**, *Treatise*, s. 7; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538.

<sup>31</sup> **Batiffol**, H.: *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, Deuxieme edition, Paris 1955, s. 19; **Seviğ**, Kanunlar İhtilâfi, s. 10.

yabancı ve yerli kanunlar ihtilâfi şerhleri) adlı eseri, kanunlar ihtilâfi hukuku alanında on üçüncü yüzyıldan beri ortaya çıkmış olan en dikkat çekici ve nitelikli bir çalışma olarak değerlendirilmektedir<sup>32</sup>.

*Huber*'in mücemele kuramını kendi sisteminin temeli yapan *Story*'nin, İngiliz ve Amerikan hukuk düşüncesi üzerindeki etkisi büyük olmuştur<sup>33</sup>. *Story*, görüşlerini uluslararası hukuka dayanarak açıklamış, kanunlar ihtilâfını bir uluslararası hukuk meselesi olarak ele almıştır. Kanunlar ihtilâfi, federe devletler arasında olsa bile, egemenlik esasına dayanılarak uluslararası hukukun esaslarına göre çözüme kavuşturulmalıdır. Bu yönüyle *Story*, tikelci ve pozitivist olmaktan çok, evrenselcidir. *Story*, statücülerin<sup>34</sup> yaklaşımlarını ABD'nde tanıtmış; yöntemlerini ve kuramsal esaslarını ortaya koymuştur<sup>35</sup>. *Story*, mahkeme kararlarından hareketle, ayrıca bütün Kıta Avrupası hukuklarını da inceleyerek, soyut milletlerarası özel hukuk genel ilkelerine ulaşmıştır. *Story*, bu ilkeleri tümden gelim metodu ile somut olaya uygularken, kendisinden faydalanılan çözüm araçları olarak görmüştür. Aslında, bir nevi ilk ABD milletlerarası özel hukuk genel ilkelerini ortaya koymuştur, diyebiliriz. Bu ilkeler, Amerikan doktrininin yazılı aklını oluşturmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *Story*, spesifik problemlerle meşgul olmadan önce, teorisini dayandırdığı birkaç genel kuraldan söz etmiştir. Bu genel kurallar üç tane olup, şu şekilde sıralanmaktadır:

(i) Her devletin ülkesel egemenliği (*territorial sovereignty of every nation*),

<sup>32</sup> **Cheatham, E. E./ Goodrich, H. F./Griswold, E. N./Reese, W.L.M.** (1957), *Conflict of Laws Cases and Materials and 1961 Supplement*, Fourth Edition, Brooklyn: The Foundation Inc., s. 6; **Wolff**, s. 33; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538. *Joseph Story*, sadece kanunlar ihtilâfi alanında değil, aynı zamanda *Commentaries on the Constitution of the United States* (ABD Anayasa Şerhleri) adlı önemli eseriyle anayasa hukuku alanında ve *Commentaries on Equity Jurisprudence* (Nesafet Hukuku Şerhleri) adlı eseriyle nesafet hukuku alanında şöhret yapmıştır: **Altuğ**, "Story", s. 63.

<sup>33</sup> **Schmitthoff**, s. 28; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 538.

<sup>34</sup> *Story*, Fransız statücülerden özellikle *Boullenois* ve *Bouhier*'nin; Hollanda statücülerinden de özellikle *Huber* ve *Rodenburg*'un görüşlerinden yararlanmıştır.

<sup>35</sup> *Story*, statü nazariyesini izah etmekle birlikte, *statuta personalia*, *statuta realia* ve *statuta mixta* ayırımına taraftar olmamıştır. *Story*, yabancı hukukçuların, kanunların şahsiliğinden kişilerin ehliyetini ilgilendiren bütün kanunları; kanunların mülkiliğinden ise mülkiyete ve eşyaya ait kanunları anladıklarını yazmaktadır: **Story, J.** (1834), *Commentaries on The Conflict of Laws: Foreign and Domestic in Regard to Contracts, Rights and Remedies and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgements*, Boston: Hilliard, Gray and Company, s. 3 vd.

(ii) Egemenliğin ülkesel sınırları (*territorial limits of sovereignty*),

(iii) Bir devletin kanunlarının diğeri tarafından tanınması (*recognition of the laws of one state by another*)<sup>36</sup>.

Story, kanunların ülkeselliği<sup>37</sup> prensibine sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. Story, yukarıda ifade ettiğimiz kurallar çerçevesinde teorisini şöyle ifade etmektedir: Kanun koyucu ancak kendi tebaası için kanun yapar. Bir ülkenin kanunları, ancak ülkesel sınırlar ve bu ülkenin yargılama alanı içerisinde geçerlidirler. Kanunların ülke aşıcılığı, kendiliğinden mümkün olmayıp, mücemele yani uluslararası nezaketin gereği olarak ortaya çıkmaktadır<sup>38</sup>. Ancak *Story*'e göre, yabancı kanunun tatbik sebebi, sadece mücemele esası ile açıklanamaz. Keza, uluslararası mücemele, devletlere mutlak olarak dayatılmış bir esas değildir. Aslında, kanunların ülke aşıcı etki doğurmasının temelinde, karşılıklılık esası önemli rol oynamaktadır. Devletler karşılıklı işlem esası gereğince, kanunlarının birbirlerinin ülkelerinde uygulanmasına imkân tanınmalıdır<sup>39</sup>.

*Story*, bir devletin kendi ülkesinde, yabancı devletin kanunlarını, karşılıklı olmak kaydıyla uluslararası nezaketin gereği olarak, kendi kamu

<sup>36</sup> **Cheatham**, E., "American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility", Harvard Law Review, 1944-45, s. 361-394: 373; **O'Brien**, s. 13.

<sup>37</sup> Walter Wheeler Cook, kanunların ülkeselliğini şu şekilde açıklamaktadır: Her devletin ülkesel egemenliği, devletlerin eşitlik ve bağımsızlığından doğan tabii bir prensiptir. Egemen devletin esaslı vasfı, kendisinin üstünde emredici bir makam bulunmaması, kendi ülkesinde yegâne hukuk yaratıcısı olmasıdır. Her devlet kendi ülkesinde münhasır egemenlik ve yargılama hakkına sahiptir. Bu kuralın doğrudan doğruya sonucu her devletin kanunlarının kendi ülkesinde bulunan gayrimenkul ve menkul mallarla, ülkede ikamet eden vatandaş ve yabancı herkese ve ülkede akdedilen tüm sözleşmelerle, fiillere uygulanmasıdır. Egemenliğin ülkesel sınırları, bir devletin kanunlarının o devlet sınırları ve yargı yetkisi dışında bir tesirinin kendiliğinden olamayacağını ifade etmektedir. Hiçbir devlet, kanunlarıyla kendi ülkesi dışındaki malları veya ülkesinde ikamet etmeyen şahısları doğrudan doğruya bağlayamaz. Keza, devletler eşit olup egemenlikleri ülkelerine münhasırdır (**Cook**, W. W. (1949), *The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws*, Second Edition, California: Harvard University Press, s. 49).

<sup>38</sup> Yabancı kanunun uygulanması hususunda *Story*, mücemele, milletlerarası nezaket esasına dayanmaktadır. Şüphesiz ki, *Story* mücemele esasını ifade ederken, Hollandalı statücülerden özellikle *Huber* ve *Voet*'lerin görüşlerinden faydalanmıştır. Bu bağlamda *Story*, *Huber*'in *comitas gentium* prensibinden etkilenerek, *international comity* teorisini geliştirmiştir: **Collins**, L., "Comity in Modern Private International Law", *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development of Private International Law* (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 89-110: 93 ("Comity"); **Altuğ**, "Story", s. 68.

<sup>39</sup> **Cheatham**, s. 373 vd.



düzenine aykırı düşmediği ölçüde uygulaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>40</sup>. *Story*, karşılıklılık esasına vurgu yaparak, *Huber*'in *comitas gentium* ilkesini hukuki bir prensip haline getirmiştir.

*Story*, şu soruya cevap aramıştır. Acaba, hangi olaya, kişiye, ilişkiye veya eşyaya, hangi şartlar altında, hangi ülkeyle ilişkili olması nedeniyle, hangi ülkenin hukuku uygulanmalıdır? Bağlama kuralları bu soruya cevap verecektir. *J. Story* kanunları analiz etmekten çok, olay ve ilişkileri analiz etmiştir<sup>41</sup>.

*Story*'i önemli kılan diğer bir husus, Avrupa'ya yapmış olduğu tesirde yatmaktadır<sup>42</sup>. *Story*'nin eseri, on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında Avrupalı müelliflere geçmişin kanunlar ihtilâfi alanındaki nazariyelerini nakleden tek doktrinal sentezdir. *Story*, özellikle Almanya'da *Savigny* ve *Von Bar*'ı, Fransa'da ise *Foelix*'i derinden etkilemiştir<sup>43</sup>. *Story*'nin bağlama kurallarının tespitinde kanunlardan değil de, ehliyet, sözleşmeler, mülkiyet, evlenme, boşanma gibi maddi alanlardan hareketle tespit etmesi ve bu yoldaki çalışma tarzı özellikle *Savigny* üzerinde etkili olmuştur. *Savigny* sık sık *Story*'den takdirle bahsetmektedir<sup>44</sup>.

*Story*'i önemli kılan başka bir husus da, mahkeme içtihatlarına olan tesiridir<sup>45</sup>. *Story*'nin *Commentaries on the Conflict of Laws* adlı eseri uzun bir süre, İngiliz ve Amerikan mahkemeleri tarafından otorite olarak kabul edilmiştir. Bu eser yayınlandıktan sonra, Amerika ve İngiltere'de ve hatta kıta Avrupası'nda pek çok davada uyuşmazlıklar *Story*'nin söz konusu eserinden hareketle çözüme kavuşturulmuştur<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> *Story*, s. 29 vd.

<sup>41</sup> *Nomer*, s. 54.

<sup>42</sup> *Wolff*, s. 33 vd.

<sup>43</sup> *Wolff*, s. 34. *Foelix*, 1843'te yayımlanan "*Tratié de Droit International Privé*" adlı eserinin temel prensipler bahsinin başında "bu bahiste izah ettiğimiz doktrin *Story*'e aittir, bunu tamamen kabul ediyoruz" demektedir. *Von Bar*'ın 1862 yayımlanan eserinde *Story*'nin şerhi çok övülmekte ve bunun "kanunlar ihtilâfi türleri üzerine gerçek bir milletlerarası vesaik modeli" olduğu yazılmaktadır: *Altuğ*, "Story", s. 66.

<sup>44</sup> Nitekim eserinin sekizinci cildinin dördüncü sayfasında açıkça "*Story*'nin mükemmel eseri malzeme bakımından çok zengin olup, aynı zamanda her bilgine çok faydalı olacaktır" demektedir: *Altuğ*, "Story", s. 66.

<sup>45</sup> *Rabel*, E. (1958), *The Conflict of Laws: A Comparative Study (Volume: I)*, Second Edition, Ann Arbor: Michigan Legal Studies, s. 12; *Lando*, s. 246; *Çelikel/ Erdem*, MÖH, s. 53.

<sup>46</sup> *Altuğ*, "Story", s. 67.

### III. ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KURAMSAL GELİŞMELER

#### A. ABD Klâsik Kanunlar İhtilafı Hukuku (Klâsik Sistem) ve I. *Restatement*

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kazanılmış haklar kuramını geliştiren müellifler, önemli ölçüde *Huber*'in etkisi altında kalmışlardır. Kazanılmış haklar kuramını (*vested rights theory*), ilk olarak İngiltere'de *Dicey* ve daha sonra ABD'nde *Dicey*'den etkilenen *J. Beale* geliştirmiştir<sup>47</sup>.

Kazanılmış haklar kuramı, insanoğlunun mutlak egemenlik anlayışı içinde yaşadığı on yedinci yüz yılın bir ürünüdür. Bu nedenle, kazanılmış haklar kuramının en belirgin özelliği, mutlak ülkesellik ilkesinden hareket etmesi olmuştur<sup>48</sup>. Kazanılmış haklar kuramının temelini meydana getiren ülkesellik ilkesi, prensip olarak mutlak<sup>49</sup>. Keza, *Dicey*'e göre, mahkeme kendi hukukuna izafe edilemeyecek bir nedenle, yabancı bir kanunu uygulamaya mecbur tutulamaz. Ancak, bazı hallerde, siyasal iktidarlar, yabancı bir kanuna göre doğmuş bulunan hakların ve borçların hâkimin ülkesinde hüküm ifade etmesine izin verebilirler. Yabancı bir kanuna göre hukuken ve tam olarak kazanılmış haklara, mahkemelerin riayet etmesi, her uygar devletin önde gelen vazifelerinden biri olmalıdır. Aksine bir düşüncenin kabulü halinde, milletlerarası ilişkilerin ve özellikle milletlerarası ticaret hayatının yürümeyeceği açıktır<sup>50</sup>.

*Bench*, *Holmes* ve *Cordoza* gibi yargıçlar tarafından benimsenen kazanılmış haklar kuramının ABD'nde asıl gelişimi ve yasal bir çerçeveye oturması, *J. Beale* sayesinde olmuştur<sup>51</sup>.

*Beale* de, kanunların ülkeselliğinden hareket etmiştir. Mahkemenin yabancı kanunu uygulaması söz konusu olamaz. Yabancı kanunun tatbik sebebi, o kanuna göre bir hakkın doğmuş olması ve bu hakkın kazanılmış hak olarak adalet ilkesi gereği tanınmasıdır. Bununla aslında yabancı

---

<sup>47</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 539; **Ehrenzweig**, s. 9.

<sup>48</sup> **Schmitthoff**, s. 33 vd.

<sup>49</sup> **Turhan**, s. 52 vd.

<sup>50</sup> **Fawcett**, J. J./ **Carruthers**, J. M. (2008), Cheshire, North & Fawcett Private International Law, Fourth Edition, New York: Oxford University Press; s. 24; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 539 vd; **Turhan**, s. 53.

<sup>51</sup> *Harvard*'lı bir profesör olan *Beale* hakkında bkz.: **Rabel**, s. 13; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 540.

kanun tatbik edilmemekte, o kanuna göre doğmuş bir hakka hukuki himaye kazandırılmaktadır<sup>52</sup>.

*J. Beale*, Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*)<sup>53</sup> tarafından 1934 yılında hazırlanan ve ABD kanunlar ihtilâfi hukukuna yönelik kuralları ihtiva eden, yarı resmî bir kod olan **I. Restatement**'ın baş raportörlüğünü yapmıştır. Bu nedenle, klâsik sistem olarak da ifade edilen kazanılmış haklar kuramı, *I. Restatement* 'a ağırlığını vermiştir<sup>54</sup>.

*Beale* 'e göre, kazanılmış haklar kuramının işleyebilmesi için, öncelikle olayda söz konusu olan hakkın niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Hakkın niteliği tespit edildikten sonra, bu hakkın geçerli olarak kazanılmış olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Bu ise, söz konusu hakkın vücut bulduğu kanunun saptanması sayesinde gerçekleşebilir, bunun için bağlama kurallarına ihtiyaç olacaktır<sup>55</sup>. *Beale*, kanunlar ihtilâfi hukukunun hakları ele aldığını öne sürmüş ve hakların tipolojisini yapmıştır.

## B. Klâsik Sistemin Eleştirisi ve ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Çağdaş Eğilimler

I. *Restatement* tarafından benimsenerek, klâsik sistem olma vasfını kazanan kazanılmış haklar kuramı, özellikle ABD'nde Northwestern

<sup>52</sup> **Audit**, B., "A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles", 27 *The American Journal of Comparative Law* (1979), S. 4, s. 589-603: 590; **Çelikel**, "Metot", s. 233.

<sup>53</sup> **Amerikan Hukuk Enstitüsü**, "Hukuk İyileştirilmesi İçin Daimi Teşkilat Kurulması Hakkında Komite" olarak bilinen, Amerika'nın önde gelen yargıç, avukat ve öğretim üyelerinden oluşan bir grup tarafından yapılan çalışmanın neticesinde 1923 yılında kurulmuştur. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün misyonu, ABD ortak hukukunun açıklığa kavuşturulması ve sadeleştirilmesi ile gelişen sosyal ihtiyaçlara daha iyi şekilde uyum sağlamasını teşvik etmek; adaletin daha iyi bir şekilde tecelli etmesini sağlamak ve hukuk alanında sürdürülebilir bilimsel çalışmaları cesaretlendirmek olarak açıklanabilir.

İşte, Amerikan Hukuk Enstitüsü ve hukuk uzmanları tarafından mülkiyet, sözleşme, haksız fiil gibi hukukun temel alanlarında dikkate alınması gereken ilkeler, açıklamalar ve emsal mahkeme kararlarını içeren, ciltler halinde toplanan ve bağlayıcı olmayan hukuk eserine **Restatement** adı verilmektedir. *Restatement*'ın ilk serisi 1923 ila 1944 yılları arasında yayınlanmıştır ve bu *Restatement* serisi, sözleşmeler, kanunlar ihtilâfi, haksız fiiller, mülkiyet, tazminat, şube, *trust* ve mahkeme kararlarına ilişkin eserlerden oluşmaktadır. Günümüzde, yine hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olmak üzere, *Restatement*'ın III. Serisi yayınlanmaktadır. III. serinin ilk eseri, ABD'nin uluslararası ilişkiler hukuku alanına ilişkin olup, 1987 yılında çıkarılmıştır. *Restatement* çalışmaları hukukun çok daha özel alanlarını da kapsayacak şekilde devam etmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü ve *Restatement*'lar hakkında detaylı bilgi edinmek için bkz.: "About ALI and Publications", American Law Institute (ALI): <<https://www.ali.org>>, (23.11. 2015).

<sup>54</sup> **Wolff**, s. 45 vd.; **Lando**, s. 249.

<sup>55</sup> **Menekşe**, s. 517.

Üniversitesi'nden *Walter Wheeler Cook* ve Yale Üniversitesi'nden *E. Lorenzen*, kıta Avrupa'sında Fransız hukukçu *Arminjon* tarafından eleştirilmiştir<sup>56</sup>. I. *Restatement*'a yöneltilen eleştiriler, *W. W. Cook*'a ait «mahallî hukuk teorisini (*local-law theory*)» ortaya çıkartmış ve bu teori de kazanılmış haklar kuramını önemli ölçüde sarsmıştır<sup>57</sup>. Mahallî hukuk teorisini incelemeye geçmeden önce, kanunlar ihtilâfı alanında kuramsal açıdan değişimleri ve kazanılmış haklar kuramına yöneltilen eleştirileri genel olarak inceleyelim.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında evrenselci görüşler yeniden canlanmış, kazanılmış haklar kuramı ve ülkesel kuramlar yeniden gerilemeğe başlamışlardır. Evrenselci görüşlerin canlanması, *Savigny* ve O'na bağlı Alman ekolünü kanunlar ihtilâfı alanında ön plâna çıkarmıştır. *Savigny*, yetkili hukukun tespit edilemediği hallerde, o hukuka göre bir hakkın kazanılıp kazanılmadığına karar vermenin imkânsız olduğuna dikkat çekerek, kazanılmış haklar kuramının yetersiz kalabileceğini belirtmiştir. Alman ekolünün etkisinin artması *Beale*'in kazanılmış haklar teorisini geriye itmiştir. *Beale*'in düşüncesi uygulamada biçim değiştirmiş ve “*lex fori*”nin üstünlüğüne dayanan milliyetçi bir uygulama yolunu tutmuştur<sup>58</sup>.

*Savigny*'nin daha önce belirttiği gibi, kazanılmış haklar kuramının uygulanması, kendi etrafında dönen çıkmaz bir yola neden olmaktadır<sup>59</sup>. Yabancı hukuka göre kazanıldığı iddia edilen bir hakkın gerçekten kazanılmış olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? Kazanıldığı iddia edilen hakkın milletlerarası alandaki geçerliliği ile ilgili olan bu sorunun cevaplandırılması, kazanılmış haklar teorisinin en zayıf yönünü oluşturmuştur. Nitekim kazanılmış haklar kuramını savunan hukukçular da bu soruya verilecek cevap konusunda görüş birliğine varamamışlardır<sup>60</sup>.

Bazen, bir hakkın geçerli olarak kazanılıp kazanılmadığını belirlemek amacıyla kendisine başvurulmasının gerekli olduğu saptanan yabancı hukukun ilgili hükmü, *for* devletinin kamu düzenine aykırı olabilir. Bu durumda, davacı, söz konusu hakkı yabancı hukuka göre geçerli olarak kazanmış olsa bile, bu hak *for* devletinde hüküm ifade etmeyecektir, bu soruna da kazanılmış haklar kuramı tam bir çözüm getirememiştir<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> *Cheatham/ Goodrich/ Griswold/ Reese*, s. 7; *Rabel*, s. 15; *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 540 vd.; *Ehrenzweig*, *Treatise*, s. 13 vd.

<sup>57</sup> *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 541 vd.

<sup>58</sup> *Göğür*, “Kuramsal Akımlar”, s. 408.

<sup>59</sup> *Fawcett/ Carruthers*, s. 25; *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 540.

<sup>60</sup> *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 541; *Cheshire*, s. 26; *Turhan*, s. 53.

<sup>61</sup> *Cheshire*, s. 26; *Morris/ McClean/ Abou-Nigm*, s. 541; *Menekşe*, s. 518.

Mahkemenin usule ilişkin olarak değerlendirdiği ve yabancı hukuka göre kazanılmış olan veya hâkimin hukukunun usule ilişkin bazı kuralları nedeniyle icra edilemeyen bir hakkın yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda, yabancı hukukun usulî nitelikte kabul edilen hükmüne göre kazanılmış hak, kendisine vücut veren hukukun, davaya bakan mahkeme tarafından dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır ki bu husus, kazanılmış haklar kuramının temel mantığına ters düşmektedir<sup>62</sup>.

Bütün unsurlarının bir devlette meydana geldiği ve fakat davanın başka bir devlette açılmış olduğu basit olaylarda kazanılmış haklar kuramı olumlu sonuç verebilir. Fakat unsurlarının birkaç devlet arasında dağılmış olduğu daha karmaşık bir olayda, kazanılmış haklar kuramı, gerçek anlamda kanunlar ihtilâfı “*true conflict*” sorunu ile karşı karşıya olup, bu sorunu aşmada yetersiz kalmaktadır<sup>63</sup>.

Kazanılmış haklar kuramının, uyuşmazlığa sebebiyet veren fiilin veya hukuki ilişkinin herhangi bir devletin hâkimiyet alanına girmeyen bir yerde örneğin, açık denizde gerçekleşmesi halinde nasıl hareket edileceğini açıklamaktan uzak olması da eleştirilmektedir<sup>64</sup>.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukukun seçiminde, kanunların ruhuna temas edilmeden, ilgili sosyal ve ekonomik mülâhazalar göz önünde bulundurulmadan, geniş ve analitik kurallar yelpazesine başvurulması, kazanılmış haklar kuramının eleştirilen diğer bir yönüdür<sup>65</sup>.

*I. Restatement*'da yer alan bağlama kurallarının yetersizliğini vurgulayan bütün bu eleştiriler, «en adil çözüme» ulaşacak yeni arayışları ortaya çıkarmıştır. Kazanılmış haklar kuramının katı normatif yapısını eleştiren *W. W. Cook*, klâsik sistemi geliştirmek için mahallî hukuk kuramını (*the local law theory*) ileri sürmüştür<sup>66</sup>. Hemen şunu ifade edelim ki *Cook* da

<sup>62</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541. Örneğin, *Slater v. Mexican Railroad C.* davasında, davacı taraf olan Slater, Meksika'da kusurlu bir hareket neticesinde meydana gelen ölüm olayından dolayı tazminata hak kazanamadı. Çünkü davaya bakan Texas mahkemesi, Meksika hukukunun periyodik dönemler için ödeme hükmünü, usulden sayarak, uygulamaktan kaçındı. Zararın türüne göre toptan bir ödemeyi öngören kendi devletin hukukunu uyguladı: **Currie, D. P./ Kay, H. H./ Kramer, L./ Roosevelt, K.** (2006), *Conflict of Laws: Cases-Comments-Questions*, Seventh Edition, USA: Thomson/West, s. 5; 13.

<sup>63</sup> **Cheatham**, s. 379; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

<sup>64</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

<sup>65</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 541.

<sup>66</sup> **Graveson, R. H.** (1960), *The Conflict of Laws*, Fourth Edition, London: Sweet & Maxwell Limited, s. 30; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 542.

ülkesellik prensibinden hareket etmiş olup, aynı zamanda pragmatik felsefe anlayışından ve özellikle Amerikan Realist Hukuk Okulu<sup>67</sup> düşünürlerinden etkilenmiştir<sup>68</sup>.

*Cook*'un mahallî hukuk teorisine göre, mahkeme gerçekte yabancı kanunu tatbik etmemekte ve fakat ona uygun, model bir kanun yaratmakta ve onu uygulamaktadır<sup>69</sup>.

*Cook*, mahkemenin yabancı bir unsur taşıyan bir olay ile karşılaştığı zaman, daima kendi hukukunu uygulayacağını söylemiştir. Mahkeme bunu yaparken, ya yabancı kanunun ilgili hükümlerinin aynısını ya da çok benzerlerini kendi hukukunda yaratacak ve bunun sonucunda ortaya çıkan hakları da koruyacaktır. Keza mahkeme yabancı hukuka uygun olarak kazanılmış bir hakka değil, sadece kendi hukuku tarafından yaratılmış bir hakka geçerlik tanıyabilir<sup>70</sup>.

*Cook* tarafından ileri sürülen ve *Lorenzen*'in de desteklediği mahallî hukuk teorisi, daha sonra önemini yitirmiş olsa bile, I. *Restatement*'ın katı normatif yapıya bürünen klâsik kanunlar ihtilâfi sistemini sarsmış ve ABD kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki çağdaş görüşler üzerinde önemli tesiri olmuştur.

Hukuki pozitivism akımının tesiri altında kalan klâsik ABD kanunlar ihtilâfi hukuku sistemi, hızla gelişen ve değişen ekonomik ve toplumsal yapı karşısında yetersiz kalmıştır. Buna bağlı olarak Sosyolojik Hukuk Okulu

---

<sup>67</sup> I. *Restatement*'tan sonra ortaya çıkan yeni arayışların önemli ölçüde etkilendiği iki hukuk okulu ön plânda olmuştur. Bu okullar, Realist Hukuk Okulu ile Sosyolojik Hukuk Okulu'dur. **Realist Hukuk Okulu**'nun (Almanya'da – Serbest Hukuk Okulu olarak anılır) en önemli temsilcisi *FRANK* olup, O'nun görüşleri ABD'nde kanunlar ihtilâfi hukuku düşünürlerini etkilemiştir. Bu Okul, normu reddedip, hukukun düzenleyici fonksiyonunu değil, somut olay adaletine göre uyumsuzluğu çözücü fonksiyonunu öne çıkarmıştır. Diğer okul, **Sosyolojik Hukuk Okulu** olup, en önemli temsilcisi *LARENZ*'dir ve O'nun görüşleri ABD'nde *ROSCOE POUND*'u etkilemiştir. Amerikan pragmatik felsefesinin rol oynadığı bu Okul anlayışına göre, olaylara, biçimsel şekilde ortaya konan kuralların uygulanması doğru değildir. Norm, hukukun tek aracı değildir, aynı zamanda sosyolojik açıdan hayat ilişkilerinin de dikkate alınması gereklidir. Sosyolojik Hukuk Okulu anlayışına göre, normu yorumlarken salt lafzi, sistematik yoruma değil, aynı zamanda amaçsal yoruma da başvurulmalıdır: **Aygün, M.**, “ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk”, Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 443-460: 449.

<sup>68</sup> **Collier**, s. 382.

<sup>69</sup> **Cook**, s. 20; **Fawcett/ Carruthers**, s. 26; **Graveson**, s. 63; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 542; **Collier**, s. 382; **Çelikel**, “Metot”, s. 233 vd.

<sup>70</sup> **Cook**, s. 20 vd.; **Menekşe**, s. 522.

önem kazanmaya başlamıştır. Sosyolojik Hukuk Okulu cephesinde yaşanan gelişmeler, Amerikan hukuki realizm akımını doğurmuştur. Hukuki realizm akımı, pozitivist, sosyolojik, ampirik ve fonksiyonel nitelikler taşımaktadır<sup>71</sup>. Fonksiyoncu bir görüş açısına sahip olan realistler, artık kâğıtlarda kalan kaidelerle değil, sosyal vakıalarla karşılaşmak istemektedirler<sup>72</sup>.

*I. Restatement*'a hâkim olan kazanılmış haklar kuramına karşı, gerek mahkemeler vasıtasıyla tatbikattan, gerek *Cook, Lorenzen, Arminjon* gibi müellifler aracılığıyla doktrinden yoğun eleştiriler gelmiştir. Öte yandan 1930'lu yıllardan beri gelişmekte olan hukuki realizm akımı ile sosyolojik hukuk okulu cephesinde yaşanan gelişmeler, klâsik sistemin hâkimiyetini sarsmış ve ABD kanunlar ihtilâfi hukuku alanında çağdaş görüşlerin öncüsü olmuştur.

Klâsik sistemin karşısında yer alan ve ABD kanunlar ihtilâfi hukuku alanındaki çağdaş görüşlerin en başta gelen temsilcileri olarak kabul edilen *Cavers, Ehrenzweig* ve *Currie* üzerinde özellikle durmak gerekir. Bu müellifler ülkesellik esasını benimsemekle birlikte, ileri sürdükleri görüşlerde sonuçta *lex fori*'nin uygulanmasına ağırlık vermişlerse<sup>73</sup> de sosyolojik akımları görüşlerine yansıtarak, *I. Restatement*'ta ifadesini bulan ABD kanunlar ihtilâfi hukukunun klâsik sistemini yerle bir etmeleri nedeniyle, Amerikan anarşist kuramcılarını olarak anılmaktadırlar.

*Cavers*'a göre, kanunlar ihtilâfi hukuku, uyuşmazlığa uygulanacak olan yabancı ülkenin hukukunu, içeriğine bakmadan, gözü kapalı yetkilendirmekle görevli değildir<sup>74</sup>. Bir devletin hukukunun içeriğine bakılmadan, “*a priori*” yetkili olduğunun kabul edilmesi, somut bir olayda adaletsiz sonuçlar doğurabilir. *Cavers*, yabancı unsur taşıyan olayda, olaya uygulanacak normun önceden belirlenemeyeceğini, mahkeme tarafından, o olayla ilgili devletlerin kanunları arasından, en âdil sonucu doğuracak normun seçilmesinin gerektiğini belirtmektedir (*Jurisdiction-selecting rules /Rule-selecting approach*)<sup>75</sup>. *Cavers*, mahkemenin yetkili hukuku seçerken, uyuşmazlığın özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiğini, aksi halde yapılacak seçimin, rasyonel olamayacağını ifade etmiştir<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> **Gürkan**, Ü. (1967), *Hukukî Realizm Akımı*, Ankara, s. 147.

<sup>72</sup> **Gürkan**, s. 148.

<sup>73</sup> **Aygün**, s. 453.

<sup>74</sup> **Nomer**, s. 58.

<sup>75</sup> **Cavers**, D. F., “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, 131 *Rec. des Cours*, (1970/III), s. 75-357: 151 vd.; **Fawcett/ Carruthers**, s. 28; **Turhan**, s. 73 vd.

<sup>76</sup> **Felix**, R. L./ **Whitten**, R. U. (2011), *American Conflicts Law*, Sixth Edition, Durham, North

*Cavers* yaklaşımında, “somut olay adaleti” kavramını ön plâna çıkartmaktadır. Geliştirdiği “*tercih prensipleri (principles of preference)*” metoduyla *Cavers*, hâkime, söz konusu uyuşmazlığı en ince ayrıntısına kadar inceleme görevini yüklemiştir<sup>77</sup>. İnceleme sonunda hâkim, söz konusu uyuşmazlığın ilgili olduğu devletlerden birisi lehine tercih yapacak ve o devletin hukukunu uygulayacaktır. Zaman içerisinde hâkimler tarafından bu şekilde yapılacak tercihler “*tercih prensipleri*”nin ortaya çıkmasını sağlayacak ve belli bir süre sonra hâkimler bu prensiplere dayanmak suretiyle kararlarını verebileceklerdir.

*Ehrenzweig* ise, kural olarak *lex fori*’nin uygulanmasından hareket eder, yabancı hukuka başvurulması istisnai durumlarda ortaya çıkar<sup>78</sup>. O’na göre, yabancı hukukun uygulanabileceği durumlar, önce uluslararası anlaşmalarda, ulusal kanunlarda ve kararlarda yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarından, sonra mahkeme kararlarının yorumu yoluyla üretilen kurallardan ve nihayet, *for* devletinin maddi hukukunun yorumu suretiyle ortaya çıkarılabilir. Bu üç aşamada da bir sonuç elde edilemezse, mahkeme kendi maddi hukukunu yani *lex fori*’yi uygulayacaktır<sup>79</sup>.

*Ehrenzweig*, uygulanacak hukukun tespitinde somut olay ile mahkeme arasındaki irtibatın (*forum convenient*) araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. O’na göre yetkili mahkeme doğru tespit edildiyse hâkimin hukukunun uygulanmasında hiçbir sakınca yoktur. *Ehrenzweig*, başta vasıflandırma olmak üzere, ön sorun, atıf, kanuna karşı hile ve kamu düzeni gibi genel esasları usulî nitelikte görmekte ve *lex fori*’nin uygulanmasına yarayacak şekilde ele almaktadır<sup>80</sup>.

*Ehrenzweig*’in görüşleri pek çok noktadan eleştirilmiştir. *Lex fori*’ye gereğinden fazla önem vermesinin, hem *forum shopping*<sup>81</sup> tehlikesine yol

---

Carolina: Carolina Academic Press, s. 192 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 543 vd.; **Fawcett/ Carruthers**, s. 28 vd.; **Lando**, s. 250 vd.

<sup>77</sup> **Cavers**, s. 151 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 544 vd.;

<sup>78</sup> **Ehrenzweig**, Treatise, 152 vd.; **Whincop**, M. J./ **Keyes**, M. (2001), Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws, Aldershot: Ashgate, s. 16 vd.

<sup>79</sup> **Ehrenzweig**, Treatise, 308 vd; **Fawcett/ Carruthers**, s. 32; **Nomer**, s. 59; **Menekşe**, s.526.

<sup>80</sup> **Ehrenzweig**, A. A., “The Lex Fori, Basic Rule in The Conflict of Laws”, 58 Mich. L. Rev. (1960), s. 637-688: 671 (“Basic Rule”); **Menekşe**, s.526.

<sup>81</sup> Tarafların kendi menfaatlerine en çok yaklaşan hukuka sahip devletin mahkemelerine başvurmak istemeleri şeklinde açıklayacağımız *forum shopping*, uyuşmazlığın tüm tarafları için adaletili sonuç ortaya çıkarmadığı müddetçe hukuk düşünürleri tarafından eleştirilen bir müessese olmuştur: **Fawcett/ Carruthers**, s. 32.



açacağı, hem de hâkimlerin milletlerarası toplum hayatına ve milletlerarası adalete uygun kararlar vermelerini güçleştireceği ifade edilmiştir<sup>82</sup>. Öte yandan *Ehrenzweig*'in geleneksel kanunlar ihtilâfi kuralları yerine, en uygun yer mahkemesi doktrinini önermesi, ABD hukuku bakımından uygulanma kabiliyeti taşısa bile, kıta Avrupası hukuk çevresi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir<sup>83</sup>.

*Currie*'nin görüşlerini incelemeden önce, teorisini oluştururken faydalandığı ABD Federal Anayasası'nın temel prensiplerine değinmek gerekir<sup>84</sup>. Bu anayasal prensipler; «*the full faith and credit clause*», «*the due process of law clause*», «*the equal protection of laws clause*», «*the privileges and immunities clause*» larıdır<sup>85</sup>. Bu prensipler, ABD'yi oluşturan federe devletler arasındaki ilişkiler açısından önem taşır. Ancak bunlardan özellikle «*The due process of law clause*» ve «*The equal protection of laws clause*» prensipleri,

<sup>82</sup> Menekşe, s. 526.

<sup>83</sup> Kegel, s. 236.

<sup>84</sup> ABD'nde kanunlar ihtilâfi meselesine anayasal düzeyde önem verilmektedir. Bilindiği gibi ABD, federal bir devlettir. Federal devleti oluşturan her federe devletin özel hukuka ilişkin farklı düzenlemeleri olabileceğinden, bir federe devletin hukukunun diğer bir federe devlette uygulanmasında sorunlar çıkması mümkündür. İşte ABD Federal Anayasası'nda, bu tür sorunların aşılmasında kullanılan ve aynı zamanda federe devletlerin haklarını tayin eden bir takım temel prensipler vardır.

<sup>85</sup> **The full faith and credit clause**, ABD. Anayasası'nın m. IV/ 1. fıkrasında yer almaktadır (“Full Faith and Credit shall be given in each State to the Public Acts, Records and Judicial Proceedings of every other State”). Bu ilkeye göre, her federe devlet, diğer tüm federe devletlerin kamu faaliyetlerine, resmî kayıtlarına ve adli yargı usullerine tam güven ve geçerlik tanıyacaktır. Buna göre, bir devletin kendi yetkisi dâhilinde yapmış olduğu tasarruflar ile mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara, diğer devletlerin gerekli saygıyı göstermek ve aynı etkiyi tanımak yönünde yükümlülükleri vardır.

**The due process of law clause**, ABD. Anayasası'nın m. XIV/ 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktadır (“nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”). Bu ilkeye göre, hiçbir devlet, yürürlükte bulunan hukuk kuralları dışında bir kimseyi hayat, özgürlük ve mülkiyet hakkından mahrum bırakamaz. Bu prensip gereği, kişilerin dâva edebilme ve yargılanma (savunma) hakkına riayet edilmelidir.

**The equal protection of laws clause**, ABD. Anayasası'nın m. XIV/1. fıkrasının son cümlesinde yer almaktadır (“nor shall any states deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws”). Bu ilkeye göre, hiçbir devlet, hiçbir kimseyi yargı önünde, kanun hükümlerinin himayesinden eşit olarak faydalanma hakkından mahrum bırakamaz. Bu ilke gereği herkes kanun önünde eşit olup, bireyler arasında, hukukî ve kanunî himayeden faydalanma konusunda fark yaratılamaz.

**The privileges and immunities clause**, ABD Anayasası'nın m. IV/2. fıkrasının ilk paragrafında yer almaktadır (“The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states”). Bu ilkeye göre, her federe devletin vatandaşı, diğer federe devletlerde vatandaşlara tanınan bütün imtiyaz ve muafiyetlerden yararlandırılmalıdır.

sadece ABD federe devletlerinin değil, dünya üzerindeki tüm devletlerin bağlı kalması gereken evrensel hukuk ilkeleri niteliğinde olmasından dolayı, ABD dışında (yabancı) devlet vatandaşlarına da uygulanması mümkündür<sup>86</sup>.

Bu anayasal prensipler, *Currie*'nin anladığı manada, uygulanacak hukukun tespitinde devletlerin aşırı egoist tutumlarını kontrol altına alma işlevini yerine getireceklerdir. *Currie*'ye göre, anayasal ilkelerden hareketle bir olayda *for* devleti hukukunun ya da yabancı bir devletin hukukunun uygulanmasına karar verilirken mutlaka ilgili devletlerin menfaatleri araştırılmak gerekir. Sonuçta, kendi maddi hukukunun uygulanmasında meşru bir menfaati olan devletin hukukuna başvurulması doğru olacaktır<sup>87</sup>.

Klâsik sistem olarak adlandırılan kazanılmış haklar kuramına, en ağır eleştirileri *Currie* getirmiştir. *Currie*, 1963 yılında yayımlanan *Selected Essays on The Conflict of Laws* adlı eserinde klâsik sisteme karşı ağır bir tutum sergilemiş ve sistem hakkında çok sert ifadeler kullanmıştır<sup>88</sup>. O'nun düşüncesine göre, bağlama kuralları olmasa çok daha iyi olacaktır<sup>89</sup>. *Currie*, klâsik sistemin kavramcı, akıl dışı, katı, faydasız, suni, saçma, keyfi, gizemli, mekanik ve safsata olduğunu, adilane işlemediğini ve işleminin de mümkün olamayacağını ifade etmiştir<sup>90</sup>. *Currie*'ye göre, kazanılmış haklar kuramının en önemli eksikliği, millî mahkemede tanınması ve korunması istenen hakkın, yabancı ülkede kazanılmış hak olduğunun tayininde, (yetkili) yabancı kanunun tespit edilmesinde nasıl bir yol izleneceği hususuna, kuramın tatmin edici bir cevap bulamamasıdır<sup>91</sup>.

Klâsik sistemin mekanik ve suni olmasının nedenlerini soyut bağlama kurallarından hareket etmesinde gören *Currie*, bağlama kuralları reddedildiği takdirde, vasıflandırma, atıf, kamu düzeni gibi genel esaslara gerek kalmayacağından, bunların varlığını kabul etmemektedir<sup>92</sup>. O'na göre, vasıf ihtilâflarının bizatihi kendisi, halledilmesi gereken bir sorundur; atıf da gereksiz ve değeri olmayan bir müessesedir. Öte yandan devlet, çıkarı olan her

---

<sup>86</sup> Menekşe, s. 538.

<sup>87</sup> Menekşe, s. 539.

<sup>88</sup> Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 546; Lando, s. 252.

<sup>89</sup> Currie, B. (1963), Selected Essays on The Conflict of Laws, Durham, North Carolina, s.183 (Selected).

<sup>90</sup> Currie, Selected, s. 138-140, 161, 178-180, 185-187; Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 546.

<sup>91</sup> Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 31.

<sup>92</sup> Göğer, Çağdaş Akımlar, s. 33 vd.; Morris/ McClean/ Abou-Nigm, s. 547.

yerde kendi kanunlarını bir bütün olarak uygulayacağına göre, kamu düzeni ve ön sorun kavramlarına da ihtiyaç yoktur.

Amerikan pragmatizminin ve sosyolojik akımların etkisi altında kalan *Currie*'nin ileri sürmüş olduğu devlet menfaatinin tahlili metodu, kanunlar ihtilâfi alanındaki problemleri, klâsik sistemde yer alan bağlama kurallarına başvurmaksızın çözebileceğini öngören radikal bir metottur<sup>93</sup>. *Currie*'nin nazariyesi, devlet menfaatini “*govermental interest*”i esas almaktadır. Devletler, hukuk kurallarını belli bir amacı veya siyaseti gerçekleştirmek için vaz'ederler. Devletin hedeflediği bu siyaset veya amaç, ekonomik, toplumsal ve hatta yönetsel olabilir. Devletin, hukuk kuralları ile hedeflediği siyaseti veya amacı gerçekleştirebilmesi için, mevcut hukuk kurallarının, kapsamlarına giren her olayda, bu olay yabancı unsur içerse bile, uygulamasında menfaati vardır<sup>94</sup>.

*Currie*'nin teorisinin anlaşılabilmesi bakımından, *Currie*'nin yoğun şekilde eleştirdiği 1961 tarihli *Haag v. Barnes* davası<sup>95</sup> üzerinde ayrıca durmak gerekir. Keza bu davada *Currie*, uyuşmazlıkla ilgisi olan devletlerin nafaka konusundaki yasama siyasetlerinin karşılaştırılmasına vurgu yapmıştır.

<sup>93</sup> **Felix/Whitten**, s. 188 vd.

<sup>94</sup> **Currie**, Selected, s. 62; **Whincop/Keyes**, s. 17 vd.; **Hay**, P. (2005), Conflict of Laws (Black Letter Outlines), Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, s. 202 vd.; **Symeonides**, S. C., “General Report”, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, London: Kluwer Law International 1998, s. 3-79: 13 vd. (“General Report”).

<sup>95</sup> Söz konusu davada, davalı ile davacı kadın aralarında yaptıkları bir sözleşme ile davalı, evlilik dışı çocuğu için ayda 275 dolarlık bir nafaka ödemeyi taahhüt etmiştir. Davacı kadın ve çocuğu *New York*'ta ikamet etmekte iken, davalı, *Illionis*'de ikamet etmekte olup, sözleşme *Illionis*'de kurulmuştur. İlgili *New York* kanununa göre davalı daha fazla nafaka ödemekle yükümlü olup, kamu düzeni müdahalesi nedeniyle *Illionis*'de imzalanmış olan bu anlaşma geçersiz olmalıdır. Davaya bakan mahkeme elindeki verilere göre, olayın en sıkı şekilde bağlılığının *Illionis* ile olduğunu kabul ederek, *Illionis* kanununu uygulamış ve sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir. Mahkeme, *Illionis* kanununa göre geçerli olan sözleşmenin, *New York*'da icra edilmesinin *New York* kamu düzenini ihlâl etmediğini, çünkü sözleşmede yeterli miktarda bir nafakanın taahhüt edilmiş olduğunu kabul etmiştir. *New York* mahkemesinin bu kararını, *Currie*, kendi kuramından hareketle eleştirmiştir. *Currie*, bu davada *New York* kanununun uygulanması gerektiğini, iki federe devletin kanunlarının siyaset yaklaşımının farklı olduğunu, evlilik dışı çocukların korunması politikasının *Illionis* kanununun uygulanmasına engel olacağını belirtmiştir. Zira *Currie*'nin kuramına göre, her iki devletin de aynı türden menfaati çatıştığında, davaya bakan mahkemenin tabi olduğu devletin (*for* devletin) kanunu uygulanacaktır. *Currie*, sözleşmenin geçerliliğini, her iki devletin güttükleri siyasetlerinin karşılaştırılması neticesine bağlamıştır. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt**, s. 225-226; **Çelikel**, “Metot”, s. 242.

*Currie* 'ye göre, bir devletin kanununu uygulamakta menfaati olduğunun söylenebilmesi için, bu kanun ile devletin güttüğü amaç veya siyasetin meşru ve makul olması gereklidir<sup>96</sup>. Zira devletin, milletlerarası anlayışa göre makul ve meşru olmayan amacını veya siyasetini gerçekleştiren kanunlarını, yabancı unsur içeren olaylara uygulamak doğru olmaz<sup>97</sup>.

*Currie* 'ye göre, kanunlar ihtilâfî alanındaki temel sorun, farklı devletlerin çatışan menfaatlerinin telifi veya bu menfaat çatışmasının çözümüdür<sup>98</sup>. *Currie* 'nin metodu temel başlıklarla şöyledir:

➤ Mahkemenin, yabancı unsur içeren davalar da dâhil, mutad olarak *for* kanunlarında yer alan maddi hukuk kurallarını uygulaması beklenmelidir.

➤ Mahkemeden yabancı bir devletin kanununa başvurması istendiğinde, mahkeme, öncelikle *for* kanunlarındaki devletin siyasetini tespit etmelidir. Daha sonra, olay ile *for* devleti arasındaki ilişkiye, devletin, tespit edilen siyasetini uygulamakta meşru bir çıkarının bulunup bulunmadığı, alışlagelen yorum metotlarıyla araştırılmalıdır.

➤ Mahkeme, gereken hallerde, aynı yöntemle yabancı kanunda ifadesini bulan siyaseti ve yabancı devletin bu siyaseti uygulamada çıkarının bulunup bulunmadığını tespit etmelidir.

➤ *For* devletinin kendi siyasetini uygulamakta çıkarı olmadığını ve fakat yabancı devletin çıkarı bulunduğunu tespit eden mahkeme, yabancı kanunu uygulayacaktır.

➤ Yabancı devletin çıkarının bulunmaması halinde ise mahkeme, kendi kanunlarını uygulayacaktır<sup>99</sup>.

Bu sıralamada açıkça görülmektedir ki, *for* devleti dışında iki yabancı devletin kanunları arasında meydana gelen çatışmada nasıl bir yol takip edileceği hususu eksik kalmaktadır. *Currie* bu eksikliği, sonradan yazdığı bir makalesinde özel olarak teklif ettiği *Restatement* projesinde açıkça hükme bağlayarak gidermektedir<sup>100</sup>. *Currie* 'nin bu teklifindeki düşüncesi

<sup>96</sup> *Currie*, Selected, s. 153, 167, 183; *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 36.

<sup>97</sup> Ancak, *Currie* 'nin meşru çıkar "*legitimate interest*" ve makul sebep "*reasonable basis*" olarak ifade ettiği bu kavramların, kanunlar ihtilâfî yönünden ifade ettiği anlam belirsiz olup, *Currie* tarafından açıklığa kavuşturulamamıştır. Keza bu belirsizlik, milletlerarası arenada hangi kanunların uygulanma kabiliyetine haiz olduğunun bilinmesine engel olmaktadır: *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 36.

<sup>98</sup> *Currie*, Selected, s. 163.

<sup>99</sup> *Göğer*, Çağdaş Akımlar, s. 38.

<sup>100</sup> *Currie*, B., "Comments on *Babcock v. Jackson*", Col. L. Rev., Vol. 63, 1963, s. 1233-

ve sıralaması öncekilerin tekrarı olmakla beraber, yenilik şu yönde kendini göstermektedir:

➤ Mahkeme, iki devlet arasındaki açık çatışmayı tespit ettiğinde, durumu tekrar gözden geçirmelidir. Devletlerden her birinin politikası veya çıkarını daha sınırlı ve ölçülü yorumlama suretiyle ihtilâfi bertaraf etmelidir. Şayet mahkeme, yeniden tetkik sonunda iki devletin çıkarları arasındaki çatışmayı kaçınılmaz bulursa *for* kanunlarını uygular.

➤ *For* devletinin çıkarı bulunmadığı ve farklı iki yabancı devlet kanunları arasındaki çatışma bertaraf edilemediği hallerde mahkeme, davaya bakmaktan kaçınmayacağına göre, *for* kanunu, daha isabetli bir yol ileri sürülmediği sürece uygulamalıdır.

*Currie* 'nin görüşleri gerek doktrinde, gerek uygulamada önemli ölçüde dikkate alınmakla beraber, Amerikalı ve Avrupalı müellifler tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir<sup>101</sup>. *Currie* 'nin teorisini eleştiren hukukçuların üzerinde en çok durdukları husus, kanunlar ihtilâfi hukukunun aslında devletlerin menfaati ile değil, kişilerin menfaatleri ile ilgilendiği yönünde olmuştur<sup>102</sup>. Devlet menfaatinin tahlili metodu, devletlerin egemenliği ilkesine gereğinden fazla önem verirken, bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın tarafı ve aynı zamanda adaletin gerçekleşmesi yönünde güçlü menfaatleri olan bireyleri göz ardı etmektedir<sup>103</sup>.

*Currie* 'nin metodunda bir şekilde hâkimin hukuku (*lex fori*) hep ön plâna çıkmaktadır<sup>104</sup>. Özellikle, bir devletin kendisinin taraf olmadığı uyuşmazlıklarda, kendi kanununa başvurulmasında bir menfaatinin olmasını anlamak mümkün değildir<sup>105</sup>. Gerçek anlamda bir kanunlar ihtilâfi sorununun söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak kanunun tespiti tamamen davacının inisiyatifine kalmaktadır. Davacı uyuşmazlığa uygulanmasını istediği kanunun yürürlükte olduğu devlette dava açarak bu sonucu elde edebilir. Doğaldır ki bu da *forum shopping* sorununu gündeme getirir<sup>106</sup>.

1243: 1242 vd. ("Comments"); **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548; **Göğler**, Çağdaş Akımlar, s. 38.

<sup>101</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548.

<sup>102</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 548 vd.

<sup>103</sup> **Kegel**, s. 183 vd.

<sup>104</sup> **Reese**, W. L.M., "Discussion of Major Areas of Choice of Law", 111 Rec. des Cours, (1964/I), s. 315-417: 332 ("Discussion"); **Aygün**, s. 455.

<sup>105</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 549.

<sup>106</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 549; **Menekşe**, s. 551.

Currie, Metodunu Federatif Sisteme Sahip Olan Amerika'daki Federe Devletler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklardan Hareket Ederek Geliştirmiştir. Bu Nedenle Currie'nin Metodunun Uluslararası Düzeyde Uygulanması Güç Olmakla Birlikte Karmaşık Milletlerarası Özel Hukuk Problemlerine Çözüm Getirmekten De Uzak Olduğu Söylenbilir<sup>107</sup>.

## C. Wilis L. M. Reese ve II. Restatement

ABD kanunlar ihtilâfi hukuku doktrininde çağdaş akım olarak değerlendirdiğimiz, *Currie*, *Cavers* ve *Erenzweig*'in esasta aynı, ancak, farklı gerekçelere dayanan görüşleri, kazanılmış haklar kuramını esas alan *I. Restatement*'in otoritesini tamamen yıkmıştır. Öte yandan mahkemelerde de tek tek her olayın analizi yoluyla, bu yeni akıma paralel, emsal kararlar<sup>108</sup> ortaya çıkmaya başlamıştır. Kanunlar ihtilâfi alanındaki sorunlar, gerektiğinde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ancak bu gelişme, gittikçe karmaşık bir hâl almıştır. İşte bu karmaşıklığın önüne geçmek ve yeni gelişmeye yol gösterici bir metin için 1965 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından *II. Restatement*'in<sup>109</sup> hazırlıklarına başlanmış ve çalışmaların baş raportörlüğüne de **Willis L. M. Reese** getirilmiştir<sup>110</sup>.

*II. Restatement* ile tarafların uygulanacak hukuku seçmelerine sıcak bakmayan *I. Restatement*'in anlayışı yıkılmıştır<sup>111</sup>. Aynı zamanda *II.*

<sup>107</sup> **Kegel**, s. 196; **Morris/McClean/Abou-Nigm**, s. 549; **Menekşe**, s. 557.

<sup>108</sup> Bu kararlar içerisinde en önemlilerinden biri, *Babcock v. Jackson* davasında New York temyiz mahkemesinin vermiş olduğu karardır. Bu karar ile *I. Restatement*'da ifadesini bulan haksız fiiller alanındaki *lex loci delicti* (ika yeri) klasik bağlama kuralı mutlak olarak uygulanan kural olmaktan çıkmıştır: **Symeonides**, S. C. (2008), *American Private International Law*, The Netherlands: Kluwer Law International (American PIL), s. 108 vd.; **Felix/Whitten**, s. 430, dn. 2; **Turhan**, s. 68-72. *Hagg v. Barnes*; *Tooker v. Lopez*; *Neumeier v. Kuehner*; *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc.*; *Pritchard v. Noron*; *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.*; *Chesny v. Marek*; *Lilienthal v. Kufman*; *Wood Bros Homes, Inc. v. Walker Adjustment Bureau*; *Phillips v. General Motors Corp.* gibi davalarda verilen kararlar başta olmak üzere çağdaş akımı temsil eden bu kararlar için bkz.: **Currie/Kay/Kramer/Roosevelt**, s. 91 vd.; **Brilmayer, L./Goldsmith, J.** (2002), *Conflict of Laws: Cases and Materials*, Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business, s. 181 vd. (Cases and Materials).

<sup>109</sup> Şunu ifade edelim ki, yarı resmî kod niteliğinde olan *Restatement*, yargıçlar açısından yol gösterici bir metin olup, bağlayıcılığı yoktur. Önüne gelen olayda yargıç, *Restatement*'in çözüm tarzını benimseyip, gerekçesinde gösterebileceği gibi, *Restatement*'dan farklı bir sonuca da ulaşabilir, ancak bu durumda gerekçesi doğal olarak daha ayrıntılı olacaktır.

<sup>110</sup> **Felix/Whitten**, s. 205.

<sup>111</sup> **Blom, J.**: "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (Part II)", *The Canadian Yearbook of International Law*, 1979, s. 206-246: 228.

*Restatement*'ın kuramsal çatısını oluşturan *Reese*'in geliştirmiş olduğu en sıkı ilişkili kanun (*the law of the most significant relationship*) metodu, hem Anglosakson, hem de kıta Avrupası hukuk sistemlerini özellikle sözleşmeler alanında olmak üzere önemli ölçüde etkilemiştir<sup>112</sup>.

*Reese*'e göre, kanunlar ihtilâfı hukuku alanında hâkimlere yardımcı olmak amacıyla açık, kesin ve objektif bağlama kuralları yaratılmalıdır<sup>113</sup>. Bu bağlama kurallarının elde edilmesi birbirini takip eden aşamalarda mümkün olup, öncelikle belli bir hukuki uyumsuzluk kategorisinin altında yatan (amaç, sosyal fonksiyon, devlet menfaati gibi) yasama siyasetlerinin değerlendirilerek söz konusu uyumsuzluk kategorisi hakkında belli bir yaklaşıma ulaşılabileceği gerekmektedir<sup>114</sup>.

*Reese*, hukuki uyumsuzluk kategorilerinin temelinde yatan yasama siyasetlerinin değerlendirilmesinde hâkimlerin dikkate almak zorunda olduğu kanunlar ihtilâfı hukuku değerlerini **II. Restatement**'ın 6. paragrafında yer vermiş bulunmaktadır<sup>115</sup>. Bu değerler, söz konusu paragrafın 2. fıkrasında 7 bent halinde sıralanmış olup, bunlar arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır<sup>116</sup>. Ancak burada önem arz eden husus, hâkimlerin her daim, olayla ve taraflarla en sıkı ilişki içinde olan kanunu tespit etmek zorunda olmalarıdır<sup>117</sup>. Paragrafın metni aşağıda yer almaktadır:

**II. Restatement § 6:** (1) *Bir mahkeme, anayasal ilkelere bağlı kalmak kaydıyla, uygulanacak hukukun seçiminde, kendi devletinin kanunî hükümlerini takip edecektir.*

(2) *Ortada böyle bir hüküm yoksa uygulanabilecek hukuk kuralının seçiminde ilgili faktörler olarak;*

(a) *Federe devletlerarası ve uluslararası toplumun gerek ve ihtiyaçlarına uygunluk,*

<sup>112</sup> **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 555; **Çelikel, MÖH**, s. 57 vd.

<sup>113</sup> **Reese, W.L.M.**, “Conflict of Laws and the Restatement Second”, 28 *Law and Contemporary Proplems* (1963), s. 679-699: 681 (“Restatement Second”).

<sup>114</sup> **Reese, W.L.M.**, “General Course on Private International Law”, 150 *Rec. des Cours*, (1976/ II), s. 1-193: 50 vd. (“General Course”).

<sup>115</sup> **Blom**, s. 226 vd.; **Güngör, G.** (2007), *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 45 (Yakınlık Yaklaşımı); **Turhan**, s. 78.

<sup>116</sup> **Hay, P.** (2005), *Conflict of Laws (Black Letter Outlines)*, Fifth Edition, St. Paul, Minnesota: Thomson/West, s. 210.

<sup>117</sup> **Reese**, “General Course”, 50-51; **Turhan**, s. 79.

(b) Davaya bakan mahkemenin mensup olduğu devletin çıkarlarının korunması,

(c) Dava konusu uyuşmazlıkla ilgisi bulunan diğer devletlerin çıkarlarının korunması,

(d) Uyuşmazlığın taraflarının dava ile ilgili haklı ve meşru beklentilerinin gözetilmesi,

(e) Uyuşmazlık konusunun ilgili olduğu hukuki alanın altında yatan temel yasama siyasetlerinin dikkate alınması,

(f) Hukuki kesinlik, öngörülebilirlik ve milletlerarası karar uyumunun sağlanması,

(g) Uyuşmazlığa uygulanacak kanunun saptanmasının ve bu kanunun uygulanmasının kolaylaştırılması rol oynayacaktır<sup>118</sup>.

Altıncı paragraftaki bu ilkeler, uygulanacak hukuka ilişkin mahkemenin kendi devletinin hukuki düzenlemeleri başta olmak üzere takip etmek durumunda kalacağı bir ana metni ifade etmektedir<sup>119</sup>. Bu ilkeler ile hâkime, kanunlar ihtilâfi meselelerini çözüme kavuştururken ilkelerin bir kısmını ya da tamamını göz önünde bulundurarak uyuşmazlığa uygulanacak bağlama kurallarını tespit etme serbestliği sağlanmıştır<sup>120</sup>.

Reese'e göre, bağlama kurallarının elde edilmesi süreci içinde bir sonraki aşama, belli bir uyuşmazlık kategorisi hakkında genel bir ilkeye ulaşılması evresidir. Bu ilkeler birer bağlama kuralı niteliğinde olmayıp, belli bir konuda açık ve kesin bir bağlama kuralı elde edilinceye kadar hâkimlere yol gösterecek olan kurallardır. Nihayet, son aşama, bağlama kurallarının elde edildiği aşamadır. Daha önceki aşamalardan elde edilen verilerden hareketle, sadece belli bir uyuşmazlık kategorisinin tümü için değil, fakat bu uyuşmazlık kategorisine dâhil olan belli bazı özel uyuşmazlık türleri için bile açık ve kesin bağlama kuralları getirebilmek mümkündür<sup>121</sup>.

Herhangi bir kategorideki hukuki uyuşmazlığa uygulanacak bağlama

---

<sup>118</sup> II. *Restatement*'in 6. paragrafında yer alan temel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Brilmayer/ Goldsmith**, *Cases and Materials*, s. 263; **Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt**, s. 204 vd.; **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 551-552; **Fawcett/ Carruthers**, s. 33; **Blom**, s. 226 vd.; **Brilmayer**, s. 74 vd.; **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 45 vd.; **Turhan**, s. 78; **Aygün**, 456 vd.

<sup>119</sup> **Blom**, s. 227.

<sup>120</sup> **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 45.

<sup>121</sup> **Reese**, "General Course", 52; **Fawcett/ Carruthers**, s. 35; **Turhan**, s. 79.



kuralı ile en âdil sonuca ulaşmayı amaç edinen en sıkı ilişkili kanun metodu, 1971 yılında yayınlanmış bulunan *II. Restatement*'ın kuramsal çatısını oluşturmuştur. Bu metod, klâsik kanunlar ihtilâfı hukuku metodu ile sosyolojik hukuk akımı yanlısı *Currie, Cavers* ve *Ehrenzweig* gibi hukukçuların metotları arasında bir denge, uzlaşma sağlamış bulunmaktadır<sup>122</sup>. Keza, en sıkı ilişkili kanun metodunun, klâsik bağlama kurallarına karşı katı bir tutum sergilemeyerek hukuki kesinliği ve güvenliği sağlamaya çalıştığı, diğer yandan sosyolojik hukuk akımı yanlısı hukukçuların görüşlerinin de dikkate alınmasının neticesinde klâsik metoda nazaran somut olayı da tahlil eden, yumuşak ve esnek bir metod olarak karşımıza çıktığını söyleyebiliriz<sup>123</sup>. *Reese*, kanunlar ihtilâfı hukukunun normatif yapısını esnekleştirmiştir.

En sıkı ilişkili kanun metodunun, haksız fiillerde “ika yeri”, akitlerde “ifa yeri”, “i’nikad yeri” gibi klâsik bağlama kurallarının uygulama alanını sınırlandırması bakımından kıta Avrupası hukuk çevresini de önemli ölçüde etkilemiştir. Bu etki, özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinde had safhaya ulaşmış olup, günümüzde varlığını devam ettirmektedir. *Reese*'in metodu, Avrupa Birliği düzenlemeleri dâhil pek çok ülkenin yeni kodifikasyonunda benimsenmiş bulunmaktadır<sup>124</sup>.

#### D. II. Restatement'ta Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler, *II. Restatement*'ın sekizinci kısmında yer almaktadır. Bu düzenlemeler içerisinde özellikle tarafların hukuk seçimini düzenleyen 187. paragraf ile hukuk seçimi yokluğunda en sıkı ilişkili hukuku düzenleyen ve aynı zamanda sözleşmeler için genel nitelikte bir kural olan 188. paragraf üzerinde durmak gerekmektedir<sup>125</sup>:

#### *II. Restatement* § 187. Tarafların Seçtiği Hukuk – Söbjektif Bağlanma

(1) *Tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri açık bir hükümden hareketle çözüme kavuşturulabilecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu*

<sup>122</sup> Turhan, s. 79 vd.

<sup>123</sup> Turhan, s. 80.

<sup>124</sup> Hatta İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun, *II. Restatement*'ın Kıta Avrupası versiyonu olarak görüldüğünü söyleyebiliriz: **Morris/ McClean/ Abou-Nigm**, s. 555; **Fawcett/ Carruthers**, s. 35; **Turhan**, s. 80; **Nomer**, s. 62 vd.; **Çelikel**, MÖH, s. 60.

<sup>125</sup> **Little**, Laura E. (2013), *Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, s. 412 vd.; **Symeonides**, *American PIL*, s. 225-226.

uyuşmazlığa ilişkin sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerle, tarafların seçmiş oldukları devletin hukuku uygulanır.

(2) Tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülükleri için seçmiş oldukları devletin hukuku, somut olay tarafların sözleşmelerinde o konuya yönelik açık bir hükümle çözüme kavuşturulabilecek bir olay olmasa bile,

(a) seçilen devletin hukuku ile işlem veya taraflar arasında esaslı bir ilişki bulunmuyor ve tarafların seçiminin başka bir makul nedeni bulunmuyor veya

(b) seçilen hukukun uygulanması, somut olaya ilişkin, seçilen hukuktan daha önemli bir menfaate sahip olan ve 188. paragrafta göre, tarafların geçerli bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde hukuku uygulanacak devletin temel politikasına aykırı olmadıkça uygulanacaktır.

(3) Aksi yönde bir ifade açıkça kullanılmadığı müddetçe gönderme, hukuku seçilen devletin maddi hukukunadır<sup>126</sup>.

Görülüyor ki, sözleşmeler alanında *II. Restatement*, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafların hukuk seçimine öncelikli olarak yer vermektedir<sup>127</sup>. Elbette bu öncelik, sözleşmelerin temel karakteristiği olan irade serbestisi ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu paragraf uyarınca seçilen hukuk, söz konusu hukuki olayın tümüne değil, tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri kayıtlara ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki sorun veya sorunlara uygulanacaktır. Hukuk seçimi açık veya örtülü olabilir, fakat farazi hukuk seçimi kabul edilmemiştir<sup>128</sup>.

*II. Restatement* § 187/2, tarafların sözleşme serbestisinin sınırlarını aştığı durumları düzenlemektedir. Bu hüküm çerçevesinde değerlendirilebilecek hususlara örnek olarak, sözleşmenin şekli veya ehliyete ilişkin sorunlar verilebilir, taraflar bu konuları sözleşme ile kararlaştıramazlar. *II. Restatement* § 187/2 hükmünün, uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya olay ile iki ya da daha fazla devletin, hukuklarının tatbik edilmesinde menfaatler arasında bir çatışma varsa uygulanacağı ifade edilmiştir. Aksi halde, tüm irtibat noktalarının tek bir devlette yerleştiği ve tek bir devletin menfaatinin bulunduğu durumlarda §

<sup>126</sup> **Richman, W. M./ Reynolds, W.** (2002), *Understanding Conflict of Laws*, Third Edition, USA: LexisNexis, s. 222 vd.; **Brilmayer/ Goldsmith**, *Cases and Materials*, s. 280; **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 32.

<sup>127</sup> **Richman/ Reynolds**, s. 223; **Nygh**, s. 12.

<sup>128</sup> **Güngör**, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 33.

187/2 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>129</sup>.

Taraflar sözleşme serbestisinin sınırlarını aşarak, sözleşmeleri bakımından çözüme kavuşturabilecekleri bir konu olmamasına rağmen, o konu hakkında hukuk seçimi yoluna gitmiş olabilirler. Buna rağmen seçtikleri hukukun uygulanabilmesi, bazı hususların gerçekleşmesini gerektirmektedir<sup>130</sup>. Bunlardan ilki, seçilen hukukun taraflar ve işlem ile maddi yönden ilişkili olması gerekliliğidir. Maddi yönden ilişki, seçilen hukukun taraflar ve sözleşme ile yeterince yakın ilişki halinde bulunması olarak ifade edilmiştir. Ancak tarafların hukuk seçiminde makul bir temeli bulunuyorsa bunun da kabul edilebileceği belirtilmektedir (§ 187/2-a). Seçilen hukukun taraflar ve işlem ile esaslı yönden bir ilişkisi yoksa uygulanma kabiliyetini yitireceği açıktır. Bu durumda *II. Restatement*'ın sözleşmelerde objektif bağlanmaya ilişkin (§ 188 ve diğerleri) hükümlerine göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir<sup>131</sup>.

Seçilen hukukun ayakta tutulabileceği diğer bir durum, § 187/2-b'de yer almaktadır. Buna göre, hukuk seçiminin, 188. paragrafa göre tespit edilen objektif sözleşme statüsü niteliğinde ve aynı zamanda tarafların seçtiği hukuka nazaran daha yüksek bir menfaati bulunan en sıkı ilişkili hukukun tâbi olduğu devletin temel politikalarını yansıtan kurallara (örneğin, tüketici sözleşmesinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan kurallara<sup>132</sup>) aykırı olmamalıdır<sup>133</sup>. Bu durumda tarafların münferit konuya ilişkin seçmiş oldukları hukuk uygulanabilecektir. Eğer bu hususlar sağlanamıyorsa, bu defa tarafların seçtiği hukuk değil, 188. paragrafta düzenlenen ve çeşitli noktalardan hukuki ilişki ile en sıkı irtibatın bulunduğu hukukun uygulanması söz konusu olacaktır<sup>134</sup>.

§ 187/3, taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını bertaraf ederek, olası atıf problemlerinin önüne geçmektedir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, seçtikleri hukuka ilişkin gönderme, hukuku seçilen devletin sadece maddi hukuk hükümlerini işaret etmektedir.

<sup>129</sup> **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 223-224.

<sup>130</sup> **Little**, s. 430 vd.

<sup>131</sup> **Blom**, s. 229; **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 224.

<sup>132</sup> **Güngör**, G. (2000), Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 91, (Tüketici).

<sup>133</sup> **Hay**, s. 242; **Richman/ Reynolds**, s. 224-225; **Kocasalak**, H. Ö. (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 99.

<sup>134</sup> **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 34; **Richman/ Reynolds**, s. 226; **Blom**, s. 229 vd.

Objektif sözleşme statüsüne gelecek olursak, bu yönde temel hüküm, 188. paragrafta yer almaktadır. Etkili hukuk seçimi bulunmayan hallerde, 188. paragrafta düzenlenen en sıkı ilişkili hukukun uygulanması söz konusu olacaktır<sup>135</sup>. 188. paragraf, bütün sözleşmeler ile *II. Restatement*'ın sözleşmelere ilişkin kısmında düzenlenmeyen hususlar bakımından genel nitelikte ve nihai bir hükümdür. *II. Restatement*'ta sözleşmelere ilişkin tüm kısım için dayanak noktasıdır, denilebilir<sup>136</sup>. Şimdi söz konusu paragrafı tahlil edelim:

## **II. Restatement § 188. Tarafların Geçerli Seçimi Bulunmadığı Hallerde Uygulanacak Hukuk – Objektif Bağlanma**

(1) *Sözleşmede yer alan bir konuya ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri, 6. paragrafta yer alan ilkeler ışığında, bu konuya ilişkin işlem ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip devletin maddi hukuku uyarınca belirlenir.*

(2) *Taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde (bak § 187), bir uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuku tespit etmek için, 6. paragraftaki prensiplerin uygulanmasında şu bağlantılar göz önünde bulundurulacaktır:*

(a) *sözleşmenin yapıldığı yer,*

(b) *sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer,*

(c) *sözleşmenin ifâ edileceği yer,*

(d) *sözleşmenin konusunun bulunduğu yer,*

(e) *tarafların ikâmetgâhı, sakin bulunduğu yer; vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeri.*

*Bu irtibatlar; uyuşmazlığa ilişkin önem derecelerine göre değerlendirilecektir.*

(3) *Sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa edileceği yer aynı devlet içinde ise, 189-199 ve 203. paragraflarda aksi öngörülen haller dışında, bu devletin maddi hukuku genellikle uygulanacaktır<sup>137</sup>.*

*Restatement II*'de sözleşme ile ilgili bazı hukuki sorunların çözümü için § 188'e gönderme yapılmıştır. Buna göre, sözleşme ehliyeti ve şekil dışında sözleşmenin geçerliliği ile ilgili tüm hukuki sorunlar (§ 200); hata, hile, ikrah (§ 201); hukuka aykırılık (§ 202); sözleşme terimlerinin yorumu (§

<sup>135</sup> **Güngör**, Tüketici, s. 91.

<sup>136</sup> **Symeonides**, American PIL, s. 226.

<sup>137</sup> **Brilmayer/ Goldsmith**, Cases and Materials, s. 281; **Richman/ Reynolds**, s. 228.

204); sözleşmeden doğan borçların niteliği ve kapsamı (§ 205) ve tazminatın hesaplanması (§ 207), § 188 uyarınca tespit edilen en sıkı ilişkili hukuka tâbidir<sup>138</sup>.

187 ve 188. paragraflar ile *II. Restatement*'ın sözleşmeler kısmındaki diğer paragrafları birlikte değerlendirerek, 188. paragrafa ilişkin bir yol haritası belirleyelim. Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemiş olabilirler veya seçmiş oldukları hukuk, § 187/2'ye göre hüküm ifade etmiyor olabilir veya sözleşmeden doğan borç ilişkisine § 188'de öngörülen en sıkı ilişkili hukukun uygulanması zarureti ortaya çıkabilir. İşte tüm bu hallerde, 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, sözleşme ve taraflarla ilgili çeşitli irtibat noktalarının, uyumsuzlukla olan ilgi derecelerine göre değerlendirilmesiyle en sıkı ilişkili hukuk bulanacaktır<sup>139</sup>.

§ 188/2'de sözleşme ve taraflar ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukukun araştırılmasında dikkate alınabilecek yer ve şahıs bakımından irtibatlar yer almaktadır. Bunlar, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer, tarafların ikametgâhı, meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeridir<sup>140</sup>. Bu irtibatlar muhtemelen sözleşme ve tarafları bakımından en önemlileri olup, sınırlı sayıda değildir. Bunlar asgari irtibatlar olup, sözleşme ve taraflarla ilgili diğer irtibatlarla birlikte, hukuki sorun bakımından sahip oldukları önem derecelerine göre değerlendirmede dikkate alınacaklardır. Dolayısıyla asgari irtibatların § 188/2'de anılma sıralaması bunların önem derecelerine işaret etmez<sup>141</sup>.

§ 188'de düzenlenen en sıkı ilişkili hukuk metodu, iki yanlı, tarafsız ve objektif bir yöntemdir. Bu yöntem, gerek sözleşmeye, gerek sözleşmenin taraflarına ilişkin § 188/2'de yer alan irtibatların uyumsuzluk bakımından taşıdıkları önemin, 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, tarafsızca değerlendirilmesi esasına dayanmaktadır. Aynı zamanda metot, taraflardan

<sup>138</sup> Ancak § 188'e gönderme yapılmadığı halde, sözleşmeden doğan hakların temliki (§ 208), temlik eden ile temlik alanın karşılıklı hak ve yükümlülükleri (§ 209), temlikin borçlu üzerindeki hukuki sonuçları (§ 210), birden fazla temlikte öncelik sorunu (§ 211), taraflardan birinin veya her ikisinin fiiliyle ifadan başka sebeplerle ibra (§ 212/1) ve teminatın serbest bırakılmasına ilişkin bazı hukuki sorunlar (§ 213/1) da yine § 188'e göre tespit edilen en sıkı ilişkili hukuka tâbi olacaktır: **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 35-36.

<sup>139</sup> **Symeonides**, American PIL, s. 226; **Blom**, s. 231; **Richman/ Reynolds**, s. 230; **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 36.

<sup>140</sup> **Güngör**, Tüketici, s. 91.

<sup>141</sup> **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 38.

birinin menfaatinin diğerine üstün tutulmasını amaç edinmez. Keza hâkimin yapacağı değerlendirme sonucunda en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilen hukuk, hem sözleşmenin tarafları, hem de sözleşme ile en yakın ilişkili olduğu düşünülen hukuktur<sup>142</sup>.

En sıkı ilişkili hukukun tespiti bakımından örnek olması amacıyla, ABD’nde bir davaya konu olan ve *II. Restatement* § 188’e göre çözüme kavuşturulan uyuşmazlığı tahlil edelim: *A.M. Capen’s Co. v. American Trad. & Prod. Corp.* (1996) davasında, davacı distribütör şirket, bir *New Jersey* ortaklığı olup, davanın diğer tarafı olan üreticinin distribütörlük sözleşmesinin münhasır (tek satıcı) niteliğine son vermesinin, Porto Riko Satıcı Kanununu ihlal ettiği iddiasıyla açmış olduğu davada tazminat talep etmiştir. Taraflar aralarındaki uyuşmazlık için hukuk seçimi yoluna gitmemişlerdir. Davacı, Porto Riko’da işyeri, deposu, çalışanları olmamasına rağmen, müşteri siparişlerini almak üzere çalışanlarını düzenli olarak oraya göndermektedir. Davaya bakan mahkeme, söz konusu uyuşmazlığın hem sözleşme, hem de haksız fiil niteliğinin bulunduğu, davacının tek satıcı olarak dağıtıcılık faaliyeti nedeniyle sözleşmenin konusunun Porto Riko’da yerleşmiş bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Davacının tek satıcı olarak dağıtıcılık faaliyetinin Porto Riko’da sonlandırılmış olması, bu yerin aynı zamanda ihlal yeri olduğunu göstermektedir. Öte yandan mahkeme, Porto Riko hukukunun olaya uygulanmasında kamu düzenine ilişkin yüksek menfaati bulunduğunu da tespit etmiştir. Netice olarak mahkeme, bu dava bakımından Porto Riko hukukunu baskın ve en sıkı ilişkili hukuk olarak tayin etmiştir<sup>143</sup>. Görülmektedir ki mahkeme, bu davada öncelikle *II. Restatement*’ın 6. paragrafında yer alan, dava konusu uyuşmazlıkla ilgisi bulunan diğer devletlerin çıkarlarının korunması rehber ilkesini tahlil ederek, Porto Riko devletinin söz konusu uyuşmazlık alanına ilişkin temel politikalarını araştırmıştır. Mahkeme aynı zamanda § 188/2’de yer alan sözleşmenin konusunun bulunduğu yer irtibat noktasına yoğunlaşarak, yüksek menfaate sahip olan Porto Riko hukukunu, sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip hukuk olarak tayin etmiş ve bu hukukun maddi hükümlerini olaya uygulamıştır.

*Restatement II* § 188/3’te en sıkı ilişkili hukuka yönelik olarak bir genel karene yöntemine yer verilmiştir. Söz konusu karineye göre, sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa edileceği yer aynı devletin ülkesi içinde ise, *II. Restatement*’ın 189-199 ve 203. paragraflarında yer alan özel hükümler saklı kalmak üzere, bu devletin hukuku genellikle en sıkı ilişkiye sahip hukuk olduğu

---

<sup>142</sup> **Güngör**, Tüketici, s. 92.

<sup>143</sup> **Güngör**, Yakınlık Yaklaşımı, s. 42.

kabul edilmektedir<sup>144</sup>. § 188/3'teki genel karine adi nitelikte olup, aksi her zaman ispat olunabilir. § 188/3 uyarınca çakışma yeri devletinin hukukunun uygulanması ile elde edilecek amaç somut olayda gerçekleşmiyor ve sözleşme ile taraflarla yeterince ilgili değil ise, söz konusu adi karinenin çürütüldüğü kabul edilmektedir. § 188/3'te belirtilen irtibat noktalarının (sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa yeri) somut olay bakımından önemini kaybettiği hallerde de genel karineden ayrılmak gerektiği ifade edilmektedir<sup>145</sup>.

*Restatement II*'de § 188/3'teki genel karine dışında, bazı sözleşme tiplerine ilişkin özel karinelere de yer verilmiştir. II. *Restatement*'ın sözleşmelere ilişkin kısmında 188. paragrafı, dokuz farklı sözleşme tipi bakımından uygulanacak hukuku tayin eden ve özel bağlama kuralları olarak ifade edilen dokuz paragraf daha takip etmektedir (§ 189 - § 197)<sup>146</sup>. Karine niteliğini taşıyan bu bağlama kurallarının ortak özelliği, göndermede bulunulan hukukun, kural olarak, düzenlenen konu ile en sıkı ilişkiye sahip hukuk olduğunun kabul edilmesidir<sup>147</sup>. § 189 - § 197 arasında düzenlenen bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuk, 6. paragrafta yer alan bağlama ilkelerinden hareketle, belirli bir konuya ilişkin başka bir devletin daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı durumlarda uygulanacaktır. Eğer başka bir devletin sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, söz konusu karine bertaraf edilecek, olay ile daha sıkı ilişkiyi sahip devletin maddi hukuku uygulanacaktır<sup>148</sup>.

Bu özel bağlama kuralları arasında yer alan ve § 196'da düzenlenen hizmet verme sözleşmesine ilişkin ABD'nde mahkeme önüne gelen *Wood Brothers Homes, Inc. v. Walker Adjustment Bureau*<sup>149</sup> davasını inceleyelim: Kaliforniya'da ikamet eden davalı ile *Colarado*'lu yüklenici firma, davalının *New Mexico*'da sahibi bulunduğu apartman inşaatının marangozluk işlerinin yapılması hususunda anlaşmışlardır. Üç federe devlette süren müzakerelerin ardından sözleşme *Colarado*'da imzalanmış ve yüklenici firma işe başlamıştır. Yüklenici firmanın *New Mexico* için geçerli iş yapım ruhsatı

<sup>144</sup> Hay, s. 242; Symeonides, American PIL, s. 226; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43.

<sup>145</sup> *Restatement II*'nin § 198 (sözleşme ehliyeti), § 199 (şekil) ve § 203 (faiz)'e ilişkin hükümleri, *Restatement II* § 188/3'te istisna tutulmuş olmakla birlikte, bu hükümlerde yer alan bağlama kuralları, adi karine niteliğinde değildir: Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43; dn. 116.

<sup>146</sup> Richman/ Reynolds, s. 226-227; Symeonides, American PIL, s. 226.

<sup>147</sup> Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 43; 62.

<sup>148</sup> Symeonides, American PIL, s. 226; Güngör, Yakınlık Yaklaşımı, s. 62.

<sup>149</sup> Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 221-228; Richman/ Reynolds, s. 227-228.

bulunmadığından, *New Mexico* 'lu yetkililer projeyi durdurmuştur. Sonrasında davalının sözleşmeyi iptal etmesi üzerine, yüklenici firma mahkemeye müracaat etmiştir. Mahkeme öncelikle *Restatement II* § 196'da yer alan özel karine niteliğindeki bağlama kuralını tahlil etmiştir.

§ 196'ye göre, hizmet vermeye ilişkin sözleşmenin geçerliliği ve bu sözleşmeden doğan haklar, belirli bir konuya ilişkin başka bir devletin daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, sözleşmeye göre hizmetin veya hizmetlerin büyük bir kısmının gerçekleştiği yer devletinin hukukuna tâbidir.

Olaya tatbik edecek olursak, 196. paragrafta yer alan özel karine, yüklenici firmanın geçerli bir ruhsatı olmamasının haklı bir fesih nedeni olup olmadığı konusunda *New Mexico* hukukunu işaret etmektedir. Bu özel karine, ancak *Colarado* 'nun konuya ilişkin daha sıkı bir ilişkisinin bulunduğu durumda bertaraf edilebilir. Mahkeme özel karineyi kabul etmiştir. Mahkemeye göre, *Colarado* 'nun sözleşmeler hukuku bakımından çok önemli görülen ve aynı zamanda § 6. paragrafta yer alan, işlemin geçerliliği ve sonuçlarıyla alakalı tarafların haklı ve meşru beklentilerinin gözetilmesini öneren temel bağlama ilkesi açısından olayla güçlü bir ilgisinin bulunduğu söylenebilir. Ancak bu ilgi, 196. paragrafta düzenlenen özel karineyi bertaraf etmeye yetecek kadar güçlü değildir. Mahkeme, *New Mexico* 'nun kaliteli ve emniyetli inşaat yapılması yönündeki politikasına yoğunlaşmış ve onu, sözleşmede tarafların haklı beklentilerini korumayı amaçlayan *Colarado* 'nun politikasına üstün tutmuştur<sup>150</sup>.

Mahkemenin kararını değerlendirecek olursak, eğer mahkeme *New Mexico* 'nun konuya ilişkin politikalarını doğru şekilde tespit ettiyse, bu karar haklı bir sonucu işaret edebilir. Keza bir devletin inşaat güvenliğiyle ilgili düzenleyici politikaları, diğer devletlerin daha genel nitelikte olan çıkarlarını sınırlayıcı niteliktedir. İnşaat yapımında ruhsat gerekliliği, aynı zamanda yabancı yüklenicilerden kaynaklanan rekabeti sınırlamak için tasarlanmış basit bir önlemdir. Her ne kadar sözleşme *Colarado* 'da imzalanmış olsa da, *Colarado* dışında icra edileceğinden, *Colarado* 'nun sözleşmeye ilişkin çıkarı, *New Mexico* 'nun çıkarına nazaran daha sınırlıdır. Ancak mahkemenin kararını verirken gerekçenin sağlam dayanaklara sahip olmaması eleştirilmiştir. Mahkeme, kararında her bir devletin ilgisinden bahsettikten sonra, onları sanki bir denge üzerine yerleştirmiş gibi görünerek ve yetersiz dayanak ile 196. paragrafta yer alan karinenin çürütülemeyeceğini tespit etmiştir<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 221-222.

<sup>151</sup> Currie/ Kay/ Kramer/ Roosevelt, s. 222.



## SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunda temel amaç, uyuşmazlıkla ilgisi bulunan hukuklardan, uyuşmazlığı en iyi ve en âdil şekilde çözecek hukuku tespit etmektir. Tarihi süreç içerisinde bu olguya yönelik oldukça farklı öneriler getirilmiştir. ABD kanunlar ihtilâfı doktrini de bu hususa gereğinden fazla önem vermiştir. Nitekim bu çalışmada *J. Story*'nin *comity* teorisi ile I. *Restatement*'ta ifadesini bulan ve her hukuki ilişki için soyut bağlama kurallarından hareket etmeyi öngören (klâsik sistem olarak da ifade edilen) kazanılmış haklar kuramı incelenmiştir. Keza, klâsik sistem yoğun eleştirilere maruz kalmış ve eski önemini kaybetmiştir.

Klâsik sisteme karşı gerek doktrinden ve gerekse tatbikattan gelen eleştiriler, ABD kanunlar ihtilâfı hukuku alanında yeni, çağdaş görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüşlerin üç önemli etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, artık kazanılmış haklar kuramı ölmüştür. İkincisi, sözleşmenin yapıldığı yer, haksız fiilin gerçekleştiği yer gibi I. *Restatement*'in mekanik bağlama kuralları yumuşatılmıştır. Nihayet üçüncüsü, kanunlar ihtilâfı problemleri gerektiğinde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak esnek bir şekilde çözüme kavuşturulması anlayışı yerleşmiştir. Nitekim bu yenilikçi akım, II. *Restatement*'in genel yapısına ve anlayışına yansımıştır.

*W.L.M. Reese*'in en sıkı ilişkili hukuk metodu, 1971 yılında yayınlanmış bulunan II. *Restatement*'in temel yapısını oluşturmuştur. Bu metod, herhangi bir kategorideki uyuşmazlığa uygulanacak bağlama kuralı ile en âdil sonuca ulaşmayı amaç edinmiştir. Bunun için, bağlama kuralının altında yatan unsurlar (amaç, sosyal fonksiyon, devlet politikası, vs.) tahlil edilmiş, bazı genel ilkelere ulaşılmıştır. Bu metodun klâsik ABD kanunlar ihtilâfı hukuku metodu ile sosyolojik hukuk akımı yanlısı *Currie, Cavers ve Ehrenzweig*'in metodları arasında bir denge, uzlaşma sağladığını söyleyebiliriz. Bu metodun etkisi sadece ABD ile sınırlı olmamıştır. Metodun getirmiş olduğu yakınlık yaklaşımı, başta kıta Avrupası ülke hukukları (özellikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu), AB hukuku düzenlemeleri ve Türk hukuku olmak üzere, kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin pek çok ülkenin düzenlemesinde yerini almıştır.

II. *Restatement*'ta sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde subjektif bağlanmaya, başka bir ifadeyle tarafların hukuk seçimine (§ 187) öncelikli olarak yer verilmiştir. Bu düzenleme, sözleşmeler alanındaki irade muhtariyetinin karşılanması bakımından arzu edilen bir sonuçtur. Tarafların

sözleşme serbestisi sınırlarını aştığı durumları düzenleyen § 187/2’de, en sıkı ilişkili hukuk yaklaşımından faydalanılmıştır. Keza, taraflar § 187/1’de öngörülen sınırı aşarak hukuk seçimi yapmış olsalar bile, seçilen hukukun taraflar ve sözleşme ile yeterince yakın ilişki halinde olması gerekmektedir.

En sıkı ilişkili hukuk yaklaşımı esas itibariyle tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı, objektif bağlanmada kendini gösterir. Bu yaklaşımın sözleşmelerden kaynaklananlar başta olmak üzere çeşitli uyuşmazlık tipleri bakımından uygulanacak hukuku tespit etmede metodolojik yönü bulunmakla birlikte, kuramsal yönünün de olduğu unutulmamalıdır. Keza uyuşmazlığa uygulanacak hukukun uyuşmazlıkla en yakın ilişkili hukuk olduğu yönünde genel bir inanç bulunmaktadır. Kanunlar ihtilâfının hukukunun temel amacı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığı adil şekilde çözüme kavuşturacak hukukun bulunması ve uygulanmasıdır. Ancak bu şekilde milletlerarası özel hukuk adaletine ulaşılabilecektir. Bu noktada bağlama kurallarının bir takım menfaatleri gözeterek oluşturulması gerekmektedir. ABD kanunlar ihtilâfı hukukunda II. *Restatement*’ın 6. paragrafı bu ihtiyacı karşılamaktadır. Çünkü 6. paragraf, uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini, uyuşmazlık konusu işlem ile alakalı menfaatleri, hukuki istikrar, düzen ve güvenlikle ilgili menfaatler ile uyuşmazlıkla ilgili devletlerin menfaatlerini dikkate alarak çeşitli bağlanma (rehber) ilkelerini ortaya koymaktadır. Tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin olarak, uyuşmazlığın önüne geldiği mahkeme, gerek genel nitelikte bağlama kuralı (§ 188), gerekse karine niteliğindeki özel bağlama kuralları (§ 189 - § 197) söz konusu olsun, 6. paragrafta yer alan bağlanma ilkelerini dikkate almak zorundadır. 6. paragrafta yer alan rehber ilkelerin ışığında, § 188/2’de yer alan yer ve şahıs bakımından irtibat noktalarının uyuşmazlıkla olan ilgi derecelerine göre değerlendirilmesiyle en sıkı ilişkili hukuk bulunacaktır. Eğer mahkeme önüne gelen uyuşmazlık, bazı özel sözleşme tipleri bakımından 189 ila 197. paragraflarda yer alan özel bağlama kurallarının kapsamına giriyorsa, 6. paragrafta yer alan bağlanma ilkeleri dikkate alınarak, bu defa söz konusu özel karinelerin çürütülüp çürütülemeyeceğini araştırılıp, uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

**KISALTMALAR**

<b>§</b>	: Paragraf (madde)
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ALI</b>	: American Law Institute
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz. (bkz.)</b>	: Bakınız
<b>BTHAE</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Can. YIL.</b>	: Canadian Yearbook of International Law
<b>Col. L. Rev.</b>	: Columbia Law Review
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>DHH</b>	: Devletler Hususi Hukuku
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>MHB</b>	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
<b>Mich. L. Rev.</b>	: Michigan Law Review
<b>MÖH</b>	: Milletlerarası Özel Hukuk
<b>n.</b>	: Numara
<b>PIL</b>	: Private International Law
<b>Rec. des Cours</b>	: Recueil des Cours
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>USA</b>	: United States of America
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volume (Cilt)
<b>vs.</b>	: Ve saire

**KAYNAKÇA**<sup>152\*</sup>

**ALTUĞ**, Yılmaz, “Anglo-Amerikan Âleminin İlk Önemli Devletler Hususî Hukukçusu Joseph Story”, İÜHFİM., 1959, C. XXIV, S. 1-4, s. 63-75 (Story).

**ALTUĞ**, Yılmaz (1973), Devletler Hususî Hukuku, İstanbul (DHH).

**AUDIT**, Bernard, “A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles”, 27 The American Journal of Comparative Law (1979), S. 4, s. 589-603.

**AYGÜN**, Mesut, “ABD Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie’nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk”, Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s. 443-460.

**BATIFFOL**, Henri (1955), Traité Élémentaire de Droit International Privé, Deuxieme Edition, Paris.

**BERKİ**, Osman Fazıl (1966), Devletler Hususî Hukuku, C. II: Kanun İhtilâfları, 6. Baskı, Ankara.

**BLOM**, Joost, “Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract (Part II)”, The Canadian Yearbook of International Law, 1979, s. 206-246.

**BRILMAYER**, Lea (1995), Conflict of Laws, Second Edition, USA: Little, Brown and Company (Conflict).

**BRILMAYER**, Lea/ **GOLDSMITH**, Jack (2002), Conflict of Laws: Cases and Materials, Fifth Edition, New York: Aspen Law & Business (Cases and Materials)

**CAVERS**, David F., “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, 131 Rec. des Cours, (1970/III), s. 75-307.

**CHEATHAM**, E. E., “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”, Harvard Law Review, 1944-45, s. 361-394.

**CHEATHAM**, E. E./ **GOODRICH**, H. F./**GRISWOLD**, E. N./**REESE**, W.L.M. (1957), Conflict of Laws Cases and Materials and 1961 Supplement, Fourth Edition, Brooklyn: The Foundation Inc.

---

<sup>152</sup> Aynı yazara ait birden fazla eserden faydalanılmışsa, ayırt etmek için, esere ait künye metninin sonunda parantez içinde eserle ilgili anlamlı kısaltmaya yer verilmiştir.

**CHESHIRE**, G. C. (1961) Private International Law, Sixth Edition, London.

**CLARKSON**, Christopher M. V./ **HILL**, Jonathan (2011), The Conflict of Laws, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press.

**COLLIER**, J. G. (2001), Conflict of Laws, Third Edition, London: Cambridge University Press.

**COLLINS**, Lawrance, “Comity in Modern Private International Law”, Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development o Private International Law, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 89-110 (“Comity”).

**COLLINS**, Lawrance (2006), Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws, Fourteenth Edition, London: Sweet & Maxwell (Dicey, Morris and Collins).

**COOK**, Walter Wheeler (1949), The Logical and the Legal Bases of the Conflict of Laws, Second Edition, California: Harvard University Press.

**CRAWFORD**, E. B./ **CARRUTHERS**, J. M. (2010), Private International Law: A Scots Perspective, Third Edition, London: W Green.

**CURRIE**, Brainerd (1963), Selected Essays on The Conflict of Laws, Durham, North Carolina (Selected).

**CURRIE**, Brainerd, “Comments on Babcock v. Jackson”, Col. L. Rev., Vol. 63, 1963, s. 1233-1243 (“Comments”).

**CURRIE**, David P./ **KAY**, Herma Hill/ **KRAMER**, Larry/ **ROOSEVELT**, Kermit (2006), Conflict of Laws: Cases-Comments-Questions, Seventh Edition, USA: Thomson/West.

**ÇELİKEL**, Aysel, “Devletler Hususî Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”, İÜHFİM, 1970, C. XXXV, S. 1-4, s. 231-248 (“Metot”).

**ÇELİKEL**, Aysel/ **ERDEM**, B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi (MÖH).

**DE NOVA**, Rodolfo, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, 118 Rec. des Cours (1966/II), s. 443-622.

**EHRENZWEIG**, Albert A., “The Lex Fori, Basic Rule in The Conflict

of Laws”, 58 Mich. L. Rev., 1960, s. 637-688 (“Basic Rule”).

**EHRENZWEIG**, Albert A. (1962), A Treatise on The Conflict of Laws, St. Paul, Minn.: West Publishing Com. (Treatise).

**FAWCETT**, J. J./ **CARRUTHERS**, J. M. (2008), Cheshire, North & Fawcett Private International Law, Fourth Edition, New York: Oxford University Press.

**FELIX**, Robert L./ **WHITTEN**, Ralph U. (2011), American Conflicts Law, Sixth Edition, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

**GÖĞER**, Erdoğan (1971), Devletler Hususî Hukukunda Çağdaş Akımlar, Ankara (Çağdaş Akımlar).

**GÖĞER**, Erdoğan (1977), Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi Hukuku), 4. Baskı, Ankara (Kanunlar İhtilâfi).

**GÖĞER**, Erdoğan, “Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar”, Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 397-413 (“Kuramsal Akımlar”).

**GRAVESON**, R. H. (1960), The Conflict of Laws, Fourth Edition, London: Sweet & Maxwell Limited.

**GÜNGÖR**, Gülin (2000), Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara: Yetkin Yayınları (Tüketici).

**GÜNGÖR**, Gülin (2007), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara: Yetkin Yayınları (Yakınlık Yaklaşımı).

**GÜRKAN**, Ülker (1967), Hukuki Realizm Akımı, Ankara.

**HAY**, Peter (2005), Conflict of Laws (Black Letter Outlines), Fifth Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West.

**KOCASAKAL**, Hatice Özdemir (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

**KEGEL**, Gerhard, “The Crises of Conflict of Laws”, 112 Rec. des Cours (1964/II), s. 95-263.

**LANDO**, Ole, “On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts”, Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development on Private

International Law, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, s. 237-253.

**LITTLE**, Laura E. (2013), Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems, New York: Wolters Kluwer Law & Business.

**MENEKŞE**, Ayhan M., “Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu (Haksız Fiiller Alanından Örneklerle)”, Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 501-561.

**MORRIS**, J. H. C./ **MCCLEAN**, D./ **ABOU-NIGM**, V. R. (2012), The Conflict of Laws, Eighth Edition, London: Sweet & Maxwell.

**NOMER**, Ergin (2015), Devletler Hususî Hukuku, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

**NYGH**, Peter (1999), Autonomy in International Contracts, Oxford: Clarendon Press.

**O'BRIEN**, J. (1999), Conflict of Laws, Second Edition, London: Cavendish Publishing Limited.

**ÖKÇÜN**, A. Gündüz (1997), Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara.

**PILLET**, Antoine, “Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Nazariyesi (Çeviren: Hicri Fişek)”, AÜHFD., 1950, C. VII, S. 1-2, s. 250-281.

**RABEL**, Ernst (1958), The Conflict of Laws: A Comparative Study (Volume: I), Second Edition, Ann Arbor: Michigan Legal Studies.

**REESE**, Willis L.M., “Conflict of Laws and the Restatement Second”, 28 Law and Contemporary Proplems (1963), s. 679-699 (“Restatement Second”).

**REESE**, Willis L.M., “Discussion of Major Areas of Choice of Law”, 111 Rec. des Cours, (1964/I), s. 315-417 (“Discussion”).

**REESE**, Willis L.M., “General Course on Private International Law”, 150 Rec. des Cours, (1976/II), s. 1-193 (“General Course”).

**RICHMAN**, William M./ **REYNOLDS**, William (2002), Understanding Conflict of Laws, Third Edition, USA: LexisNexis.

**SCHMITTHOFF**, Clive M. (1954), The English Conflict of Laws, Third Edition, London: Stevens & Sons Limited.

**SEVİĞ**, M. R./**SEVİĞ**, V.R. (1962), Devletler Hususi Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.

**SEVİĞ**, V. R. (1974), Kanunlar İhtilâfi (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), 2. Baskı, İstanbul (Kanunlar İhtilâfi).

**STORY**, Joseph (1834), Commentaries on The Conflict of Laws: Foreign and Domestic in Regard to Contracts, Rights and Remedies and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgements, Boston: Hilliard, Gray and Company.

**SYMEONIDES**, Symeon C., “General Report”, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, London: Kluwer Law International 1998, s. 3-79 (“General Report”).

**SYMEONIDES**, Symeon C. (2008), American Private International Law, The Netherlands: Kluwer Law International (American PIL).

**TURHAN**, Turgut (1989), Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.

**WHINCOP**, Michael J./ **KEYES**, Mary (2001), Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws, Aldershot: Ashgate.

**WOLFF**, Martin (1950), Private International Law, Second Edition, Oxford: The Clarendon Press.

**YNTEMA**, Hessel E., “The Historical Bases of Private International Law”, Selected Readings Conflict of Laws, St. Paul Minn. 1956, s. 30-46.

**YÖRÜK**, Abdülhak Kemal (1950), Nazari ve Ameli Devletler Hususi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul.

\_\_\_\_\_ “About ALI and Publications”, American Law Institute (ALI): <<https://www.ali.org>>, (23.11. 2015).



## HAKSIZ PROTESTO

Mustafa Sencer KARA\*

### ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Kambiyo Senetleri"ne ilişkin hükümleri içerisinde protesto, poliçe hükümlerinde düzenlenmiştir (TTK m.714-722). Poliçenin protestosuna ilişkin hükümlerde, protestonun süresi, şartları, düzenlenme usulü, içinde yer alması gereken kayıtlar açıklanmıştır. Bu hükümlere aykırı düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren protestolar, aynı zamanda gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisinde yer almayan kişilerin zararına yol açıyorsa "haksız protesto" olarak nitelendirilir.

Başvuru hakkının kullanılmasına yönelik olarak düzenlenen protesto, protesto muhatabının düzenlediği veya kabul ettiği senedi ödemede sıkıntıya düştüğünü, kambiyo taahhüdünü yerine getirmediğini veya getiremediğini tespit etmektedir. Protestonun Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilmesi ile senedin ödenmesinden sorumlu olanın ticarî itibarı zedelenmektedir. Gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisinde yer almayan kişilerin zararına yol açan haksız protesto çekilmesi sebebiyle ticarî itibarı zedelenen kişinin tazminat hakkının doğduğu kabul edilir.

Türk Ticaret Kanunu'nda haksız protesto düzenlenmemiş olmasına rağmen, doktrinde tartışılmış ve yargı kararlarına da konu olmuştur. Bu çalışmada haksız protesto kavramı, uygulamada görülen ve yargı kararlarına konu olan haksız protesto halleri, ticarî itibar kaybı ve tazmini, tedbir yoluyla protestonun durdurulması konuları incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kambiyo Senetleri, Haksız Protesto, Sakat Protesto, Ticarî İtibar, İhtiyati Tedbir

### UNFAIR PROTEST

### ABSTRACT

A protest, as a part of the provisions of bills of exchange in Turkish Commercial Law, is regulated in policy provisions (TTK m.714-722). The duration of a protest, its terms, procedure of regulation and the records to be included are specified in the provisions regarding the protest of a policy. If any protests that are regulated against these provisions or those that contain false information cause harm to those who aren't actually in debt or not in a commercial exchange relationship, they are called 'unfair protest'.

\* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

*The protest issued for the use of right to application determines that addressee of the protest has difficulty in paying the bill that he has issued or accepted, doesn't fulfil exchange undertaking or fails to do so. Upon the protest being notified to The Banks Association of Turkey Risk Center, it causes harm to the commercial standing of the one who is liable for the payment of the bill. It is an accepted fact that those who are, as a matter of fact, not in debt or not in a commercial exchange relationship, are harmed by the loss of their commercial standing due to unfair protest, and hence gains right to compensation.*

*Although the unfair protest is not regulated in Turkish Commercial Law, it has been discussed within the doctrine and also mentioned in verdicts. In this article, the term unfair protest, cases of unfair protests that have been encountered in practice and mentioned in verdicts, the loss of commercial standing and its compensation, and interruption of the protest by means of measures are analysed.*

**Keywords:** *Bills Of Exchange, Unfair Protest, Unsound Protest, Commercial Standing, Provisional Measure*

### **I. GENEL OLARAK**

Kambiyo senetlerinin düzenlenmesi, kabulü, cirosu gibi işlemlerin yapıma usulü ve geçerliliği Türk Ticaret Kanunu'nda bazı şekil şartlarına bağlanmıştır. Kanunda aranan şekil şartlarına uyulmaması, yapılan işlemin geçersizliğine ya da farklı sonuçlar doğurmasına neden olur. Bu yönüyle kıymetli evrak hukuku, şekle özel önem veren bir hukuk dalıdır. Yapılma usulü ve geçerliliği bakımından önem taşıyan, kambiyo senetleri ile ilgili işlemlerden birisi de “protesto”dur.

Protesto, Latince “alenen beyan etmek, bildirmek, ihtar etmek” anlamında “protestare” fiilinden türemiştir<sup>1</sup>. Türk Hukuku'nda genel anlamıyla protesto, menfi veya müspet bir edimin ifasına davet, tazminat talebi, karşı tarafın taleplerinin reddi gibi amaçlarla noter vasıtasıyla gönderilen tek taraflı bir irade açıklamasıdır<sup>2</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamış olan protesto, kıymetli evrak hukukunda ve kambiyo senetleri uygulamasında, genellikle iki anlamda kullanılmaktadır. Protestonun birinci anlamı, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılabilmesi için senedin kabul edilmemesi veya ödenmemesi hallerinin tespiti ve ispatı amacıyla noter

<sup>1</sup> KALPSÜZ, s.9; KARAYALÇIN, s.202; ALTUN, s.62, dn.1; GÜRBÜZ, s.151; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.401; AYDINALP, s.659; DOMANIÇ, s.288-289.

<sup>2</sup> İNAN, s.833; DOMANIÇ, s.289; GÜRBÜZ, s.151; AYDINALP, s.659.

tarafından düzenlenen resmi nitelikte bir belge olmasıdır<sup>3</sup>. Diğer anlamı ile protesto, senedin kabul edilmek veya ödenmek üzere borçlusuna ibrazı veya ibrazına teşebbüs edilmesi halinde, senedin kabul edilmemesi veya ödenmemesi, borçlunun ödeme yerinde bulunmaması veya ticaret yeri veya konutunun belirlenmemesi hallerinin noter tarafından düzenlenen resmi bir belge ile tespiti işlemidir<sup>4</sup>.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Kambiyo Senetleri"ne ilişkin hükümleri içerisinde protesto, poliçe hükümlerinde düzenlenmiştir (TTK m.714-722). Bononun niteliğine aykırı düşmemesi kaydıyla, poliçenin protestosuna ilişkin hükümler bono hakkında da uygulanır (TTK m.778/1,d). Hakeza poliçenin protestosuna ilişkin TTK m.715 ilâ 717 ve 719 ilâ 721. maddeleri çek hakkında da geçerlidir (TTK m.818/1,ı).

Poliçenin protestosuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun hükümlerinin bir kısmı, protestonun süresi ve şartları (TTK m.714), düzenlenme usulü (TTK m.715, 717-720) ve protesto içinde yer alması gereken kayıtlara (TTK m.716) ilişkindir. Poliçenin protestosuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bu hükümlere aykırı olarak düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren protestolar, etkileri bakımından "sakat protesto" ve "haksız protesto" olarak ifade edilmektedirler. Türk Ticaret Kanunu'nda sakat protesto düzenlenmiş olmasına rağmen (TTK m.721), haksız protestoya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak uygulamada rastlanan haksız protesto halleri, yargı kararlarına da konu olmaktadır.

## **II. HAKSIZ PROTESTO KAVRAMI**

Sakat protesto ile haksız protesto farklı anlamları olan iki ayrı kavramdır. Türk Ticaret Kanunu'nun protestoya ilişkin hükümlerine aykırı düzenlenmiş bir protesto, hem sakat protesto, hem haksız protesto niteliğinde olabilir. Fakat her sakat protesto, haksız protesto niteliğinde olmayabileceği gibi, her haksız protesto da sakat protesto niteliğinde olmayabilir. Her iki kavram arasında ayırımın yapılması bakımından, haksız protesto kavramından önce sakat protestonun açıklanmasında yarar vardır.

<sup>3</sup> BOZER/GÖLE, s.124; BOZGEYİK, s.107; ERTEKİN/KARATAŞ, s.461; GÜRBÜZ, s.151-152; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.401; KARAYALÇIN, s.203; ÖZTAN, s.146; ÖZBEK, s.69.

<sup>4</sup> ZEYNELOĞLU, s.8; KALPSÜZ, s.9; POROY, s.408; POROY/TEKİNALP, s.234; DOMANIÇ, s.289; PULAŞLI, s.163; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.204. TTK 714/1'e göre, "Kabul etmemenin veya ödememenin, kabul etmeme veya ödememe protestosu denilen resmî bir belge ile belirlenmesi zorunludur". TTK 714/1'de "belirlemeden" söz edilmesi sebebiyle, protesto "ihtar" değil, "tespit" niteliği taşımaktadır.

Sakat protesto, Türk Ticaret Kanunu'nun 721. maddesinde "sakat protesto" madde başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, noter tarafından düzenlenen ve imza edilen protestonun kanuna uygun olarak düzenlenmemesi veya protesto içindeki bazı kayıtların yanlış olması halinde sakat protesto söz konusu olur. Kanuna uygun düzenlenmese veya yanlış kayıtlar içerse de, sakat protesto geçerli sayılır (TTK m.721/1).

Poliçenin kabul edilmemesi veya ödenmemesi halinde, hamilin bu durumu resmi belge niteliğinde "kabul etmeme protestosu" veya "ödememe protestosu" ile belgelemesi zorunludur (TTK m.714/1). Hamilin, başvurma hakkını kullanabilmesi için, poliçenin kabul edilmediğinin ve ödenmediğinin tespiti amacıyla, protesto yerine başvurabileceği başka alternatif hukuki imkân bulunmamaktadır<sup>5</sup>. Bu nedenle noterin kusuru ile protestonun kanuna uygun düzenlenmemesi veya yanlış kayıtlar içermesi sebebiyle hamilin başvurma hakkının kaybolması istenmemiş<sup>6</sup>; TTK m.721/1 hükmünde sakat da olsa düzenlenen protestonun geçerli olduğu ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Her ne kadar sakat protesto geçerli kabul edilse de, protestonun kanuna uygun düzenlenmemesi veya protesto içindeki kayıtların yanlış olması sebebiyle, bu protestoyu düzenleyen noter hakkında disiplin hükümleri uygulanır (TTK m.721/2)<sup>8</sup>. Noterin, eksik veya yanlış protesto düzenlemesi sebebiyle gerek mesleki disiplin (NK m.125 vd.), gerekse hukuki sorumluluğuna (NK m.162) gidilebilir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> KALPSÜZ, s.9; BOZGEYİK, s.108; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.204; DEMİRKAPI, s.24.

<sup>6</sup> AYDINALP, s.695; CAN, s.114; ÖZTAN, 1997, s.735; KARAYALÇIN, s.206; DEMİRKAPI, s.52.

<sup>7</sup> "...6-T.T.Kanununun 633. Maddesinde noter tarafından imza edilen protestonun kanuna uygun olarak tanzim edilmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde dahi geçerli olacağı belirtilmektedir. Bununla beraber bu geçerlilik 642. maddede öngörülen cirantalara, keşideciye ve diğer borçlulara karşı hamilin haiz olduğu hakların kaybolmamasını temin ve tedavül eden kıymetli evraka dayanan alacak hakkının korunması ve bu yönden çıkacak ihtilafları önleme amacını taşır." (Y.11.HD., T.30.04.1975, E.1975/736, K.1975/3069) (DOĞANAY, s.25).

<sup>8</sup> KARAYALÇIN, Türk Ticaret Kanunu'nun protestoya ilişkin hükümlerine aykırı bütün protestolar "sakat" ve dolayısıyla geçerli kabul edilse, noterin hukuki sorumluluğunun da bulunmayacağı ifade etmiştir. KARAYALÇIN, s.207.

<sup>9</sup> Noterin sakat protesto sebebiyle sorumlu tutulması için, protestonun kanuna uygun düzenlenmemesi veya yanlış kayıtlar içermesi, bir zararın doğması, noterin kusurlu olması ve zarar ile noterin kusurlu davranışı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.297.

TTK m.721/1 hükmü lâfzî yorumlanacak olursa, noterin düzenleyip imzaladığı her protesto belgesi, TTK m.714-719'da öngörülen şartları taşımaya veya içerdiği kayıtlar yanlış da olsa, geçerli kabul edilebilecek, tarafları bağlayacak, muhatabı temerrüde düşürecek, hamilin başvuru haklarını kullanmasını sağlayacaktır<sup>10</sup>. Maddenin bu şekilde yorumlanması halinde, tarafların isim veya ticaret unvanlarını göstermeyen, ibraz yer ve zamanını belirtmeyen, muhatabın kısmi ödeme teklifini içermeyen noter imzalı her protestoyu geçerli kabul etmek gerekecektir<sup>11</sup>. Bu yorum tarzı, gerek protesto usulü ve şartlarına ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri, gerekse de protesto işleminin amacı ile çelişmektedir<sup>12</sup>. Dolayısıyla, TTK m.721/1 hükmünün lâfzî olarak yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir<sup>13</sup>.

Kambiyo senetlerinin geçerli kabul edilebilmeleri için bazı unsurların zorunlu tutulması gibi (TTK m.671, 672, 776, 777, 780, 781), geçerli bir protestonun da kanunda öngörülen usule uygun olması ve zorunlu kayıtları içermesi gerekmektedir (TTK m.716). Protestonun geçerliliği belirlenirken, kanuna aykırılığın derecesi ve eksik veya yanlış kaydın ne olduğunun incelenmesi şarttır<sup>14</sup>. Protesto belgesinde esaslı sayılabilecek unsurlar eksik olsa veya esaslı unsurlar bulunmasına rağmen yanlış olsa, TTK m.715 ve 716'ya aykırı olması sebebiyle bu protesto geçersiz kabul edilmelidir<sup>15</sup>. Protestoda tali sayılabilecek, protestonun amaç ve niteliğini zedelemeyecek

<sup>10</sup> KARAYALÇIN, s.206; DOMANIÇ, s.293; KINACIOĞLU, s.192; GÜRBÜZ, s.182; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.437; BOZGEYİK, s.149; DEMİRKAPI, s.52.

<sup>11</sup> "Ödememe protestosunun geçerli olabilmesi için noter tarafından düzenlenip imza edilmiş olması şarttır. Noter tarafından imza edilen protesto, TTK'nun 628inci maddesindeki unsurları tamamen muhtevi olmasa dahi yine geçerlidir. Şayet noterin bir ihmali mevcutsa bu husus durumu etkilemeyecek ancak noter aleyhine –hakkı ziya uğrayan tarafından- tazminat davası ikamesine veya disiplin kovuşturması talebine imkân verir". (Y.İc.İf.D., T. 28.12.1967, E.12327, K.12310) (DOĞANAY, Şerh, s.1530).

<sup>12</sup> KARAYALÇIN, s.206; DOMANIÇ, s.293; ÖZTAN, 1997, s.736; GÜRBÜZ, s.182; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.437; BOZGEYİK, s.150; DEMİRKAPI, s.53. KARAYALÇIN'a göre, eğer kanuna uygun düzenlenmeyen her protesto, noterin imzasını taşıması kaydıyla geçerli kabul edilse, protesto usulüne ilişkin hükümlerinin (TTK m.714-719) kanuna neden konulduğunun sorulması gerekir. KARAYALÇIN, s.206.

<sup>13</sup> DOMANIÇ, s.293.

<sup>14</sup> ERİŞ'e göre, "...bu sakatlığın, eş deyişle eksiklik durumunun sınırı nedir? Sakatlığın sınırı bakımından objektif bir ölçü koymak olanaksızdır. Kanımızca, sakatlığın sınırı her olay göz önüne alınarak takdir ve ona göre belirlemek gerekecektir..." ERİŞ, s.362.

<sup>15</sup> ÖZTAN, 1997, s.736; KAYAR, s.650-651; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.297; BOZGEYİK, s.150; KARAYALÇIN, s.207; DOMANIÇ, s.293; DEMİRKAPI, s.53. BAŞBUĞOĞLU, eksik veya yanlış olması protestonun geçersizliğine sebep olacak esaslı unsurlara "senedi düzenleyeninin veya muhatabının belli olmaması"nı örnek olarak göstermiştir. BAŞBUĞOĞLU, s.855.

unsurların bulunmaması veya yanlış olması halinde, bu protesto TTK m.721/1 gereği geçerli sayılmalıdır<sup>16</sup>.

6102 sayılı TTK m.721/1 hükmü, 6762 sayılı Mülga TTK m.633/1'in sadeleştirilmiş tekrarından ibarettir. 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, 633/1 maddede düzenlenen sakat protestoları geçerli olacağına ilişkin hükmün çok tehlikeli ve çoğunlukla da uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>17</sup>. Protestonun düzenlenme usul ve şartları ile çelişen nitelikteki bu hükmün kanun değişikliği ile düzeltilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>18</sup>. Buna rağmen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda aynı hükmün değiştirilmeksizin korunduğu ve halen kanunun protestoya ilişkin hükümleri ile olan çelişkinin sürdüğü görülmektedir.

Protestonun, kanunda öngörülen usule uygun düzenlenmemesi veya içerdiği bilgilerin yanlış olması halinde, borçlu ya da senetle ilgisi olmayan kişilerin, kanuna aykırı düzenlenen bu protestodan dolayı zarar görmesi mümkündür. Protesto, kanunda öngörülen usule uygun olarak hazırlanmış ve içerdiği kayıtlar doğru olsa bile, iyi niyet kurallarına aykırı olarak kambiyo senesinde görünen veya görünmeyen kişilerin zararına düzenlenmiş de olabilir. Kanuna aykırı düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren, bu nedenle de gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisinde yer almayan kişilerin zararına yol açan protestolar "haksız protesto" olarak nitelendirilmektedir.

Başvuru hakkının kullanılmasına yönelik olarak düzenlenen protesto, protesto muhatabının düzenlediği veya kabul ettiği senedi ödemedede sıkıntıya düştüğünü, kambiyo taahhüdünü yerine getirmediğini veya getiremediğini tespit etmektedir. Düzenlenen protestonun, ayrıca Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilerek alenileştirilmesi ile senedin ödenmesinden sorumlu olanın ticari itibarı zedelenmektedir. Protesto muhatabının ticari çevresinden gördüğü itibar azalmakta, bankalar ile üçüncü kişiler nezdindeki

---

<sup>16</sup> ÖZTAN, 1997, s.736; KAYAR, s.651; KARAYALÇIN, s.206; KINACIOĞLU, s.192; DOMANIÇ, s.293-294; BOZGEYİK, s.150; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.297; GÜRBÜZ, s.182; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.437; DEMİRKAPI, s.53. BAŞBUĞOĞLU, eksik veya yanlış olması protestonun geçersizliğine sebep olmayacak tali unsurlara "ibraz yer ve zamanının gösterilmemesi, ödemeye davet yapıldığının belirtilmemesi"ni örnek olarak göstermiştir. BAŞBUĞOĞLU, s.855. DOMANIÇ'e göre muhatap "Rıza Yaman Koll. Şti." olmasına rağmen, protestoda "Rıza Yaman Ltd. Şti." olarak gösterilmesi protestonun geçerliliğine etki etmeyen tali bir unsurdur. DOMANIÇ, s.294.

<sup>17</sup> DOMANIÇ, s.294.

<sup>18</sup> ÖZTAN, 1997, s.736; KARAYALÇIN, s.207; GÜRBÜZ, s.182; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.437.

kredisi tükenmektedir<sup>19</sup>. Başvuru şartlarının gerçekleşmemesine rağmen, iyi niyet kurallarına aykırı olarak protesto çekilmesi ya da kanunda öngörülen usule aykırı düzenlenen veya yanlış kayıtlar içeren protesto işlemleri, borçlu ya da üçüncü kişinin telafisi zor zararlar görmesine neden olabilir. Bu tür haksız protestolar nedeniyle ticari itibarı sarsılan protesto muhatabının tazminat hakkı doğduğu kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

Her ne kadar haksız protesto Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, doktrinde tartışılmış ve yargı kararlarına da konu olmuştur. Haksız protesto hususunda düzenlemenin bulunmaması, haksız protesto sebebiyle mağdur olan kişinin bu duruma katlanması gerektiği şeklinde yorumlanamaz, bu hususta kanunda bilinçli bir boşluk olduğu savunulamaz<sup>21</sup>. Haksız protesto, aynı zamanda bir haksız fiil hali olması sebebiyle, protesto muhatabı uğradığı zarar sebebiyle, TBK m.49 hükmüne göre zararını tazmin ettirebilir<sup>22</sup>.

Doktrinde bazı haksız protesto tanımlarına rastlamak mümkündür. Öztan'a göre, "*maddi hukuk yönünden hakkı olmadığı halde veya dürüstlük kurallarına (objektif iyiniyet kurallarına) aykırı surette düzenlenen ve borçlu veya senetle ilgisi bulunmayan kişilerin zarara uğramasına yol açan protestoları, "haksız protesto" olarak nitelemek mümkündür*"<sup>23</sup>. Gürbüz'e göre, "*haksız protesto, maddi hukukun protesto ile ilgili hükümlerine ya da nesnel iyi niyet kurallarına aykırı biçimde düzenlenip borçlu ya da senetle ilgisi olmayan kişinin zararına neden olan protestodur*"<sup>24</sup>. Kaya'ya göre, "*Sadece gereksiz yere protesto çekilmesi veya aynı zamanda bu protestonun T.C.Merkez Bankasına bildirilip bu bankanın bülteninde yer alması ile, kişinin mal ve/veya kişilik hakları ihlal edilmiş yani haksız fiile maruz bırakılmışsa haksız protesto söz konusudur*"<sup>25</sup>. Demirkapı'ya göre ise, "*Gerçekte borçlu olmayan ve kambiyo ilişkisi dışında bulunan kişi aleyhine düzenlenen protesto "haksız protesto" olarak isimlendirilir*"<sup>26</sup>. Kanaatimizce "haksız protesto", kanunda öngörülen usule aykırı düzenlenerek veya yanlış bilgiler içererek,

<sup>19</sup> BOZGEYİK, s.144-145.

<sup>20</sup> ÖZTAN, s.163; PULAŞLI, s.163; BOZGEYİK, s.145-146; ERTEKİN/KARATAŞ, s.472-473; GÜRBÜZ, s.184; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.439-443.

<sup>21</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.296; DEMİRKAPI, s.49.

<sup>22</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.296.

<sup>23</sup> ÖZTAN, s.163.

<sup>24</sup> GÜRBÜZ, Seminer, s.358.

<sup>25</sup> KAYA, s.24-25.

<sup>26</sup> DEMİRKAPI, s.49.

dürüstlük kurallarına aykırı biçimde gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisi içinde yer almayan kişilerin zarar görmesine neden olan protestodur.

### **III. BAŞLICA HAKSIZ PROTESTO HALLERİ**

Haksız protesto hallerini sayma suretiyle sınırlandırmak mümkün değildir. Kanunda öngörülen usule aykırı düzenlenmiş veya yanlış bilgiler içeren, borçlu veya üçüncü kişilerin zararına yol açan her protesto haksız sayılır. Yargıtay kararlarına konu olmuş ve uygulamada görülebilecek haksız protesto hallerine şunlar örnek olarak verilebilir:

#### **A. Kambiyo Senedi Niteliği Taşımayan Senetler İçin Protesto Düzenlenmesi**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka ilişkin üçüncü kitabının “Kambiyo Senetleri” başlıklı dördüncü kısmında “poliçe, bono ve çek” düzenlenmiştir. Kambiyo senetlerinin ortak özelliklerinden birisi, sıkı şekil şartlarına tabi olmalarıdır. Kambiyo senedinin geçerli olabilmesi için, poliçe, bono ve çek için aranan asgari şekil şartlarının kanunda belirtildiği gibi senede yazılması zorunludur (TTK m.671, 672, 776, 777, 780, 781). Aksi halde düzenlenmek senet kambiyo senedi vasfını taşımaz.

Geçerli bir poliçenin düzenlenebilmesi için, poliçenin metninde “poliçe” kelimesini veya senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi, belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi, ödeyecek olan kişinin, “muhatabın” adını, vadeyi, ödeme yerini, kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, düzenlenme tarihini ve yerini, düzenleyenin imzasını içermesi gerekir (TTK m.671). Bu sayılan unsurları içermeyen ve alternatif unsurları da bulunmayan poliçe geçerli değildir (TTK m.672). Kambiyo senedi (poliçe) sayılmayan bu senet sebebiyle düzenlenecek protesto da haksız protesto sayılır<sup>27</sup>. Uygulamada

---

<sup>27</sup> BOZGEYİK, s.147; GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444; KAYA, s.29-30. “...iddia, savunma, ihtiyati tedbir ve tespit dosyaları, Ticaret Sicil Memurluğunun cevabı ile toplanılan deliller dayanak yapılarak, davacının tacir olduğu sübuta ermediğinden ticari itibarının sarsılması söz konusu olmadığı, davacı tarafından düzenlenen senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığı, ademi tediye protestosunun ise ödenmeyen kambiyo senetleri için geçerli olduğu, bu itibarla senedin protesto edilmemesi gerekirken her ne kadar protesto edilmişse de, davacının senedin kambiyo senedi olmadığını mahkemece tespit ettirmesine ve protesto edilmemesi için tedbir kararı da almasına rağmen, bunu infaz ettirmeyerek ödenmeyen senedin protestoya bizzat sebebiyet verdiği gerekçesiyle, davalı Rasih hakkındaki davanın istima kabiliyeti bulunmadığından reddine, diğer davalı banka aleyhine açılan davanın da feragat sebebiyle reddine karar verilmiştir”. (Y.11. HD., T.4.12.1984, E.5384, K.6019) (ERTEKİN/KARATAŞ, s.490-491.)



kambiyo senedine lehtarın adı veya ticaret unvanının değil de, işletme adının yazıldığı<sup>28</sup>, düzenleme tarihinin bulunmadığı, senet bedelinin ödenmesinin şarta bağlandığı, vb. hallerde geçerli bir kambiyo senedinin bulunmaması sebebiyle, bu senedin ödenmediği gerekçesiyle düzenlenecek protesto da haksız sayılır. Kambiyo senedi sayılmayan bu senet sebebiyle düzenlenecek protestodan düzenleyen ve noter müteselsil sorumludur<sup>29</sup>.

## **B. Hatır Senedi İçin Protesto Düzenlenmesi**

Gerçekte borçlu olmayan bir kişinin, senet alacaklısının kredi almasını sağlamak veya mali durumunu olduğundan daha iyi göstermek amacıyla düzenlediği, karşı tarafın da bu senede dayanarak (düzenleyen veya kabul eden) senet borçlusundan talepte bulunmamayı veya senedi tedavüle çıkarmamayı taahhüt ettiği senetler, “hatır senedi” olarak adlandırılmaktadır<sup>30</sup>. Hatır senedinin dayanağını hatır anlaşması oluşturur. Bu anlaşma gereğince lehine senet düzenlenen ve senet alacaklısı görünen kişi, senet borçlusundan ödeme talebinde bulunmamayı taahhüt eder<sup>31</sup>. Hatır anlaşması sadece bu anlaşmanın taraflarını bağlar. Bu nedenle görünüşte borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine bakılmaksızın, hatır senedi iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından normal bir kambiyo senedinin hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>32</sup>. Senedin hatır senedi olduğu def’i, sadece hatır anlaşmasının karşı tarafına ve durumu bilen alacaklıya karşı ileri sürülebilir<sup>33</sup>.

Hatır senetleri tedavül amacı taşıyan ve taşımayan olarak farklılık gösterir. Kredi sağlamaya yönelik tedavül amacıyla düzenlenen hatır senetleri geçerli kabul edilmekle birlikte, tedavül amacı taşımayan hatır senetleri muvazaa nedeniyle hükümsüz sayılmaktadır<sup>34</sup>. Düzenlenen senedin hatır

<sup>28</sup> KAYA, s.30.

<sup>29</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

<sup>30</sup> İNAN, Hatır Senedi, s.64-65; ÖZTAN, 1997, s.1010; TÜRK, s.372. İNAN’a göre hatır senetleri, “öyle poliçe ve bonolardır ki, senette borçlu olarak görünen şahıs, senette yazılı meblağın bizzat kendi mamelekinden ödenmesini mucip bir borcu olmadığı halde senet alacaklısının nakdi kredi temin etmesini veya mali durumunu olduğundan daha iyi göstermesini mümkün kılmak için bu senedi tanzim etmeyi veya kabul etmeyi, karşı taraf da bu senede dayanarak borçludan talepte bulunmamayı ve ayrıca senet meblağını ödemesi için senet borçlusuna temin etmeyi veya senedi tedavüle çıkarmamayı taahhüt etmiştir”. İNAN, Hatır Senedi, s.64-65.

<sup>31</sup> İNAN, Hatır Senedi, s.64-65; ÖZTAN, 1997, s.1010; TÜRK, s.372-373.

<sup>32</sup> KINACIOĞLU, s.97.

<sup>33</sup> YILMAZ, s.231.

<sup>34</sup> OKTAY, s.362; İNAN, Hatır Senedi, s.118; ÖZTAN, 1997, s.1011; TÜRK, s.373.

senedi olduğunun ispat edilmesi halinde<sup>35</sup>, lehine kredi sağlamak amacıyla senet düzenlenen ve alacaklı görünen kişinin, senedin ödenmediğine ilişkin çekeceği protesto, haksız protesto niteliğindedir<sup>36</sup>. Kredi sağlama amacıyla lehine senet düzenlenen kişinin, düzenleyene karşı protesto düzenlemesi hatır anlaşmasına ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Hatır senedi devredilecek olursa, iyi niyetli hamil tarafından çekilecek protesto, haksız protesto olarak nitelendirilemez. Senedi düzenleyen, senedi devralan hamilin düzenleyen zararına senedin hatır senedi olduğunu bilerek devraldığını ispatlayabilirse<sup>37</sup>, hamil tarafından çekilen dürüstlük kurallarına aykırı protesto da haksız protesto sayılmalıdır. Hatır senedini düzenleyen kişinin ticari itibarının zedelenmesi sebebiyle protestoyu düzenleyen kişi haksız protestodan sorumludur<sup>38</sup>. Noter, senedin hangi amaçla düzenlendiğini bilemeyeceği için bu protestodan da sorumlu tutulamaz.

### C. Bedeli Tahsil Edilmiş veya Ödenmesi Kabul Edilmemiş Senet İçin Ödememe Protesto Düzenlenmesi

Kambiyo senedinin borçlusu, senedin teslimi karşılığında ödeme yapmakla yükümlüdür (TTK m.646/1). Ödeme yapacak kişi, senedin iadesi ile birlikte, ibra şerhinin yazılmasını da isteyebilir (TTK m.709/1; 778/1,c; 818/1,h). Senet bedeli ödenirken, senet geri alınmaz ve üzerine de ibra şerhi konulmazsa, iyi niyetli hamile karşı ödeme def'inde bulunulamaz. Senedin

<sup>35</sup> “Davacı Komandit şirket, keşidecisi olduğu 15.7.1986 tanzim tarihli 25.000.000.-TL. 'lık bononun hatır bonosu olduğunu, ana sözleşmenin 11. maddesine göre, hatır bonosu verilemeyeceğini, temsilcisinin yetkisini kötüye kullandığını iddia ederek, söz konusu bono ile borçlu olmadıklarının tespitiyle iptaline karar verilmesini istemiştir. HUMK.nun 290 ıncı maddesi hükmüne göre, senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin yazılı delille ispatı gerekir. Bu itibarla davacının bononun hatır bonosu olduğu yolundaki iddiasını yazılı delille ispat etmesi icap eder. Oysa davacı iddiası doğrultusunda yazılı delil ikame edememiştir. Hal böyle iken Mahkemece davacı şirket ile davalı lehtar A.S. arasında ticari ilişki olmadığı ve bir mal alım satımı yapılmadığından bahisle ve bononun mücerretlik ilkesi de dikkate alınmadan hatır bonosu olduğu kabul edilerek iptaline karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Davacının bononun lehtarına karşı öne sürdüğü hatır bonosu iddiası kanıtlanamadığına göre, hamil davalı bankanın TTK. 690. madde yollaması ile 601/2. maddesi hükmüne göre kotu niyetli müktesip olduğu iddiası üzerinde durmaya da gerek bulunmamaktadır. Mahkemece, yukarıda açıklanan nedenlerle kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Y.11. HD., T.7.3.1989, E.1988/4483, K. 1989/1412) (Kazancı İBB).

<sup>36</sup> İNAN, Hatır Senedi, s.85; KAYA, s.30.

<sup>37</sup> İNAN, Hatır Senedi, s.131; KARAYALÇIN, s.321.

<sup>38</sup> İNAN, Hatır Senedi, s.85; KAYA, s.30.

hamilin elinde bulunması, senet borcunun ödenmediğine karine teşkil eder. Aksini ispat yükümlülüğü borçluya aittir<sup>39</sup>. Hamil senedi iade etmemiş olmakla birlikte, miktarı yazılı bir parayı ödeme yapan senet borçlusundan aldığı gösteren bir makbuzu imzalayıp vermişse, bu makbuzla borçlu ödeme yaptığını ispatlayabilir<sup>40</sup>.

Police veya bononun vadesi gelmiş olmasına rağmen, hamil senet bedelinin ödenmesi için gereken işlemleri yerine getiremeyebilir. Bu durum borçlunun borcunu ve sorumluluğunu sona erdirmez. Böyle bir durumda borçlunun, senet bedelini masraf ve riski hamile ait olmak üzere bankaya tevdi etmesi gerekir. Bu halde senet, ödeme yapan borçluya iade edilmemiş olur (TTK m.712).

Senet borçlusunun senet bedelini ödemiş olmasına rağmen senedin iade edilmediği hallerde, hamilin kötü niyetli olarak senedin ödenmediğine ilişkin protestosu, haksız protesto niteliğinde sayılır. Uygulamada genellikle tahsil veya temlik cirosu ile bankaya verilen senetlerde, senet bedelinin bankanın farklı şubesine ödenmesi ve şubeler arasında bilgilendirme yapılmaması sebebiyle protesto çekildiği görülmektedir. Bu hususta Yargıtay'ın vermiş olduğu farklı kararlara rastlamak mümkündür. Yargıtay, bazı kararlarında bedeli farklı şubeye ödenen kambiyo senedi için ödeme yapan borçluya karşı çekilen protestonun haksız olduğuna karar vermiştir<sup>41</sup>. Bazı kararlarında ise

<sup>39</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.271; KARAYALÇIN, s.183.

<sup>40</sup> KARAYALÇIN, s.183.

<sup>41</sup> “Uluslararası bir nakliyat şirketinin müdürlüğünü yapmakta bulunan davacı, imal ve satış işleri ile uğraşan bir şirketten satın aldığı otomobilin, peşinatı dışında kalan kısmı için bono vermek suretiyle borçlanmıştır. Alacaklı şirket senetleri tahsil cirosu ile davalı bankanın Nuruosmaniye Şubesi'ne vermiş ve banka davacıya durumu bildirmiştir.

*Ancak davacı borçlu, 20.07.1974 vade tarihli 2058 liralık senet bedelini 22.07.1974 günü, aynı bankanın Galata Şubesi'ne ödemiştir. Bononun Nuruosmaniye Şubesi'nde olduğu ve orada bulunan bono bedelini ödediği parayı alan şube tarafından davacıya verilen 22.07.1974 tarihli makbuzda açıkça gösterilmiştir. Buna rağmen bonoyu elinde bulunduran banka şubesi, davacıya ödememe protestosu keşide ettirmiş ve bonoyu alacaklı şirkete iade etmiştir. Alacaklı şirket, davacı ve kefilleri hakkında icra takibi yapmış ve kendilerine ödeme emri göndermiştir. Davacı, her ne kadar icra tetkik merciine yapmış olduğu itiraz ile, icra takibini durdurmuş ise de, bono bedelini ödemediği halde, haksız olarak protesto edilmiş, gerek kendisi ve gerekse kefilleri hakkında icra takibi yapılmakla, başta kefilleri olmak üzere, arkadaşları önünde küçük düşürülmüş olduğunu ileri sürerek davalı bankadan manevi tazminat istemiştir.*

*Yapılan yargılama ve toplanan deliller sonunda; (hukuki mahiyeti gereği, amme itimatına mazhar bir müessese olan bankaların vatandaşların en emin ve en kolay yollarla tasarruflarını değerlendirmek ve aynı şekilde banka işlemlerini gereği gibi kanun dairesinde yerine getirmek görevi ile yükümlendiklerini, bu nedenle, aynı bankanın herhangi bir*

farklı şubeye yapılan ödemenin ihbarda bulunan şubeye bildirilmesinden ve bildirim masraflarından ödeme yapan borçluyu sorumlu tutarak, protesto düzenlenmesini bankanın kanuni hakkı olarak değerlendirmiştir<sup>42</sup>.

*şubesine yapılacak tediyein ilgili şubeye yapılmış gibi sayılması bankalar mevzuatı ve kanun hükümlerine uygun düşeceği davalı banka şubesinin yapmış olduğu hatayı daha da ileri götürerek ayrıca davacı hakkında icra takibi de yapıldığı, böylece davacının yapmış olduğu ikaz ve müdahalelerin gözönünde tutulmadığı cihetle sorumlu tutulması gerekeceği) nedeniyle mahkemece dava yerinde görülmüş ve talep edilen manevi tazminat miktarına aynen karar verilmiştir.*

...

7129 sayılı Bankalar Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre şube, bankaların şube, ajan ve banka muameleti ile iştigal eden sabit veya seyyar büroları gibi her türlü mahalli teşkilatını ifade eder. Şubeler kendi başlarına bankacılık işlemlerini yapmakla beraber ayrı kişilikleri yoktur. İşlemlerini bağlı buldukları banka adına yaparlar.

Söz konusu senet alacaklısı tarafından tahsil cirosu ile davalı bankanın Nuruosmaniye Şubesi'ne tevdi edildiğinden hamil davalı banka bulunmaktadır. Keşideci (senet alacaklısı) ile hamil arasındaki ilişki vekalet münasebetinden ibarettir. TTK.nun 690. maddesi delaletiyle 600. maddesi gereği olarak hamil senetten doğan bütün hakları kullanabilir. Bu arada protesto çekebilir, icra veya dava yoluna başvurabilir, mehil verebilir, sulh olabilir ve feragat edebilir. Hamil davalı banka olduğundan yapılan ödemeyi de kabul zorundadır. TTK.nun 620. maddesine göre belirli bir günde ödenecek senedin hamili, senedi ödeme gününden veya onu takip eden iki iş günü içinde ödenmek üzere borçluyu ibraza mecburdur. Borçlu davacı 20.07.1974 vade tarihli senet bedelini bu ibraz süresi içinde 22.07.1974 günü davalı bankanın Galata Şubesi'ne ödemiştir. Ödeme sebebinin ne olduğu elindeki makbuzda açıkça yazılıdır.

Hamil davalı banka olduğundan onun bir şubesinde bulunan bono bedelinin diğer şubesine tediye edilmesi senet bedelinin ödenmesini ifade eder. Senet hamili olan bankanın Galata Şubesi'ne yapılan ödeme havale olarak kabul edilemez.

Senet bedelini tahsil eden davalı bankanın Galata Şubesi, gerekli işlemlerini yaparak, bu senet bedelinin ödenmiş olduğunu saptaması, başka bir ifade ile senedin bulunduğu Nuruosmaniye Şubesi'ne keyfiyeti bildirmesi gerekirdi. Aynı bankanın değişik şubesine yapılan ödeme bu şube tarafından alınan paranın hangi sebepten alındığı bilinmiş olduğuna göre, asil şubece alınmış gibi kabulü gerekir.

Bankalar kâr kastı ile çalışan ticari birer müesseselerdir. Gördükleri hizmetin karşılığını almaktadırlar. Böyle olunca, parayı tahsil eden banka şubesinin, bonoyu elinde bulunduran şubeye bildirme yükümlülüğünü yüklenmiş olması gerekir. Eğer bu bildirme, maddi bir külfeti icap ettiriyorsa müşteriden masrafını bono bedeli ile birlikte alması gerekir. Bu işlemleri yapmamak suretiyle davacının protesto edilmesine ve kefilleri ile birlikte icra takibine maruz kalmasına sebebiyet vermiş olmakla, davalı banka bu olayda ağır kusurlu bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir". (Y. HGK., T.9.4.1980, E.1978/1129, K.1980/1488) (Kazancı İBB).

<sup>42</sup> "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve olayda senet borçlusu bulunan (davacı) senet bedelini, kendisine vadeden önce ihbarname gönderen davalı bankanın, merkez şubesine değil, aynı şehir içindeki o bankanın diğer bir şubesine ve vadeyi takip eden 2nci iş gününün son iş saatlerinde ödemişi bulunmasına ve bu ödemenin davalı bankanın senedi elinde tutan merkez şubesine telgraf veya telefon gibi en seri bir vasıta ile bildirilmesi için gerekli

Kanaatimizce, banka şubelerinin farklı tüzelkişiliklerinin bulunmadığı, merkeze bağlı olarak faaliyet gösterdikleri, basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü oldukları (TTK m.18/2) ve günümüzde şubeler arasında iletişim imkânlarının gelişmiş olduğu dikkate alınacak olursa, farklı şubeye yapılan ödemenin ihbarda bulunan şubeye bildiriminden bankanın kendisi sorumlu tutulmalıdır. Bu halde farklı şubeye bedeli ödenen kambiyo senedi sebebiyle bankanın düzenleteceği ödememe protestosu, haksız kabul edilmelidir.

Kambiyo senedi, vade günü geldiğinde ödenmelidir. Vadenin pazara veya resmi tatil gününe rastlaması halinde ödeme günü izleyen ilk iş günü kabul edilir (TTK m.752/1). Ödememe protestosu ise, ödeme gününü izleyen iki iş günü içinde çekilmelidir. Vade veya ödeme günü kambiyo senedi ödenmemişse, hamilin izleyen iki gün içinde protesto çekmesi kanuni hakkıdır. Bu iki günlük sürenin sonuna kadar beklemesi gerekmez. Ancak bu iki günlük süre içinde daha protesto düzenlenmemişse, hamilin yapılacak ödemeyi kabul etmemesi hakkın kötüye kullanılması (dürüstlük kuralına aykırılık) niteliğindedir<sup>43</sup>. Ayrıca TTK m.708/1 hükmü gereğince de ödeme gününü izleyen iki gün içinde yapılacak ödeme teklifi kabul edilmelidir. Borçlunun süresinde senet bedelini ödemek istemesine rağmen, hamilin ödeme teklifini kabul etmeyip, daha sonra protesto düzenletmesi haksız kabul edilmelidir<sup>44</sup>.

---

*muhabere masrafını ödemediğini iddia ve ispat etmemiş olmasına ve T.T.K.626ncı maddesi hükmüne tevfikan senedi elinde bulunduran davalı bankanın vadeden itibaren en geç 2 işgünü hitamını bile beklemeden senet bedelinin ödenmediğinden bahisle senet borçlusuna ödememe protestosu çekmek kanuni hakkına sahip bulunması hali de nazarı itibare alındığı takdirde davalı bankaya gerek maddi ve gerekse manevi tazminat yönünden herhangi bir kusur izafesine imkan olmamasına ve senedi elinde bulunduran banka şubesi dışındaki diğer bir şubesinin senet bedelini kabul etmesi ve diğer şubeye bu bedeli göndermesi hali bir nevi havale mahiyeti taşıyıp havale ücreti ile gerekli muhabere masrafının da borçlu tarafından ödeneceği aşikar olduğundan, bu sebeplerle yerinde olmayan mümeyyiz davacının temyiz itirazlarının reddi ile, usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA 21/6/1973 tarihinden oybirliğiyle karar verildi. ”. (Y. TD., T.21.06.1973, E.73/2982, K.73/2862) (Resmi Kararlar Dergisi, Yıl:8, 1973, İkinci Bölüm, s.524.)*

<sup>43</sup> Kambiyo senedi bedelini ödeme teklifinin kabul edilmediğini ispat yükümlülüğü borçluya aittir.

<sup>44</sup> “Mahkemece davacının bono bedelini 24.11.1986 günü saat 17.00’ye kadar ödeme yetkisi bulunduğu, oysa mezkur gün saat 16.00’da yapmak istediği ödemenin banka yetkililerince kabul olunmayıp bononun protesto edilmesinin haksız olduğu, ancak avukat olan davacının bu yüzden bir zarara uğradığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle protesto masrafı 2.454 TL’nin tahsiline, fazlaya dair talebin reddine karar verilmiştir...Her ne kadar usulsüz bir protesto işlemi var ve bundan tacir olmayan kişilerin manevi şahsiyetleri zarara uğrayabilirse de olayda protesto keyfiyetinin Merkez Bankası bülteninde yayınlandığının iddia ve ispat edilmediği, sadece protesto keşidesiyle yetinildiği ve davacının daha önce de

Kambiyo senedi bedelinin daha önce ödendiğini veya ödenmek istendiğini noter bilmeyebilir. Bu hallerde, haksız protestodan sadece düzenleyen sorumlu tutulmalıdır. Ancak noterin kambiyo senedi bedelinin ödendiğini bilerek protesto düzenlediği ispatlanırsa, haksız protestodan noter de sorumlu olacaktır.

#### **D. Senet İle İlgisi Olmayan Kişiyi Protesto Düzenlenmesi**

Kambiyo senetlerinin protestosunda, protestonun muhatabı ödeme ile yükümlü olan borçludur. Ödememe protestosu, bonoda senedi düzenleyene<sup>45</sup>; poliçede ise, kabul eden muhataba karşı düzenlenir. Başvuru borçlularına karşı protesto düzenlemenin bir etkisi bulunmamaktadır<sup>46</sup>.

Muhatap tarafından kabul edilmemiş bir poliçenin ödenmemesi halinde, ödememe protestosunun kime karşı düzenleneceği hususunda farklı görüşler vardır. KINACIOĞLU, kabul etmeme veya ödememe protestosu bakımından ayırım yapmamış, protestonun muhataba karşı düzenleneceğini ifade etmiştir<sup>47</sup>. ÖZTAN'a göre ise, kabul edilmemiş poliçede ödememe protestosu muhataba çekilmeli, fakat bu durum alenileştirilmemelidir<sup>48</sup>. BOZGEYİK ise, bu halde protestonun poliçeyi düzenleyene karşı çekilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>49</sup>.

---

*haklı olarak protesto edildiği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kararda usulsüzlük bulunmamasına ve haksız protesto çeken bankanın protesto edildiği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kararda usulsüzlük bulunmamasına ve haksız protesto çeken bankanın protesto masraflarına katlanması gerekmesine göre, her iki tarafın temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir". (Y. 11 HD., T.19.05.1989, E.1989/3733, K.1989/2980) (Kazancı İBB).*

<sup>45</sup> "Somut olayda takibe konu edilen bonolarla ilgili Tarsus 1. Noterliğince gönderilen posta belgeleri, süresinde ve yasaya uygundur. Keşideciye protesto gönderilmesi yeterli olup, ayrıca lehtarın protesto edilmesi gerekmediğinden, mahkemece hamilin, lehtar-cirantayı takip hakkı olduğu kabul edilerek istemin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (Y. 12. HD., T.21.06.2010, 4327/15876) (AYDIN, s.385). "TTK'nun 690. maddesi yollanmasıyla uygulanması gereken aynı yasanın 642. Maddesi gereğince lehtar-cirantanın takip edilebilmesi için keşidecinin protesto edilmesi zorunludur. Bu hususun yerine getirilmemesi halinde hamilin ihtara ve cirantalara karşı müraaat hakkı düşer." (Y.12.HD., T.19.11.2009, 14067/23180) (AYDIN, s.387).

<sup>46</sup> KARAYALÇIN, s.198; BOZGEYİK, s.122; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.290; DEMİRKAPI, s.47.

<sup>47</sup> KINACIOĞLU, s.192.

<sup>48</sup> ÖZTAN, 1997, s.730. Aynı yönde bkz. GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

<sup>49</sup> BOZGEYİK, s.122; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.290. Yargıtay TD.nin 16.06.1967 tarihli ve E.66/1658, K.67/2570 sayılı kararında daha önce muhatap tarafından kabul edilmemiş poliçe sebebiyle ödememe protestosunun muhataba karşı düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. ÖZTAN, 1997, s.730, dn.81.

Poliçenin kabul edilmemesi halinde, kabul etmeme protestosunun kime karşı çekileceği hususu da tartışmalıdır. BOZGEYİK'e göre kabul etmeme protestosunun, kabul etme yükümlülüğü bulunmayan muhataba karşı çekilmesinin anlamlı olmaması nedeniyle, poliçeyi düzenleyene karşı çekilmelidir<sup>50</sup>. ÖZTAN'a göre ise kabul etmeme protestosu da muhataba karşı düzenlenmeli, fakat bu durum alenileştirilmemelidir<sup>51</sup>.

Kabul eden muhatap veya düzenleyenin ölümü halinde bunun mirasçılara karşı protesto düzenlenebileceği kabul edilmekle birlikte böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Muhatap veya düzenleyenin fiil ehliyetinin bulunmadığı hallerde, protesto yine bu kişiye çekilmelidir. Kanuni temsilciye karşı protesto çekilemez<sup>53</sup>.

Protestonun senedin ödenmesinden sorumlu olmayan herhangi bir kişiye çekilmesi halinde, haksız protesto söz konusu olur. Protesto belgesinde, protesto muhatabının kimliğinin yanlış gösterilmiş olması nedeniyle senetle ilgisi olmayan bir kişiye<sup>54</sup> veya kanuni temsilciye çekilmesi halinde haksız protestonun varlığı kabul edilmelidir<sup>55</sup>. Bu halde haksız protestonun düzenlenmesinden düzenleyen ve noter müteselsilen sorumlu olur<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> BOZGEYİK, s.122; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.290.

<sup>51</sup> ÖZTAN, 1997, s.730.

<sup>52</sup> KINACIOĞLU, s.192; BOZGEYİK, s.123; DEMİRKAPI, s.48.

<sup>53</sup> BOZGEYİK, s.123.

<sup>54</sup> “Davalı bankanın notere protesto için yazdığı yazıda davacının soyadı yazılı olmayıp Nal soyadlı müşterisi hakkında protesto yapılması yazılı bulunmaktadır. Nitekim buna ait protesto belgesinde soyadının silinerek davacıya ait Atal soyadının yazılmış olduğu yine dosya içerisinde mevcut ikinci protesto kâğıdında bankaca gönderilmiş olan memurun uyarısı üzerine noterce senede göre yazılmış olan K.Atal ismi çizilerek K. Nal ismi yazılmıştır. İş muhitinde dürüst faaliyetleriyle iyi bir şöhret yapmış olan kimse hakkında, bunun aksi bir intiba uyandırıcı hareket, bu meyanda gereksiz bir protesto yaptırmak davalı banka için bir kusur teşkil etmekte ve hatta protesto keyfiyetinin Merkez Bankası bültenine geçirilmesine de gerek yoksa da, yukarıda açıklanan nedenler göz önünde tutularak buna göre bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı miktarda hükmedilmesi isabetsiz ve davalının temyiz itirazları bu bakımdan yerindedir. ” (Y.11. HD., T.18.1.1979, E.61, K.143) (ERİŞ, Kanun, s.447-448).

<sup>55</sup> “Bankalar bir kredi güven müessesesidir, bu nedenle yaptıkları işin niteliğine göre diğer tacirlerden daha dikkatli bir basiretli davranmaları gerekir. Banka tarafından bir tacirin bir başka kişi yerine protesto edilmesi veya Merkez Bankasına protesto edilen kişinin yanlış bildirilmesi ve Merkez Bankası tarafından bu kişinin protesto edilen kişiler arasında isminin (tüm bankalara) bildirilmesi bir tacir için manevi tazminatı gerektiren ağır bir durum ve bu işlemi yapan banka tarafından da ağır kusuru oluşturmaz”. (Y.11.HD., T.4.11.1985, 6207/5799) (ERİŞ, Kanun, s.450).

<sup>56</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

### **E. İbraz Yükümlülüğü Yerine Getirilmeksizin Protesto Düzenlenmesi**

Kambiyo senetleri tedavül yeteneğine sahip kıymetli evraklardandır. Yapılan devir işlemleri ile birlikte senedin hamili de değişir. Senedin vadesi geldiğinde senet borçlusunun, senedin kimin elinde olduğunu, yani hamilin kim olduğunu bilmesi mümkün değildir. Vade günü geldiğinde, hamilin senedi ibraz etmesi ve ödeme talebinde bulunması gerekir. Para borçlarındaki kuralın (BK m.89/I) aksine, kambiyo senetlerine ilişkin borç götürülecek değil, aranılacak bir borçtur. Bu nedenle senedin ibrazı, kıymetli evrakta hakkın senede bağlı olması kuralının da bir sonucudur<sup>57</sup>.

Hamilin, başvuru hakkını kullanabilmesi için senedin ibraz edilmiş olması zorunludur. Başvuru hakkının maddi şartlarının doğup doğmadığı ibraz ile anlaşılmaktadır. Bu nedenle ibraz edilmemiş bir kambiyo senedi için protesto da düzenlenemez. Bu durumu ifade etmek amacıyla “ibrazsız protesto olmaz” denilmektedir<sup>58</sup>. TTK m.716/1,c hükmüne göre, protesto “Sözü geçen davetin yapıldığı veya davet teşebbüsünün sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait bir şerhi” içermelidir. Kanundaki bu düzenleme gereğince, hamil senedi (bono veya poliçe) ödeme yerindeki bir notere götürmeli, noter de senet borçlusunun adresine giderek senedi ibraz etmelidir. Borçlunun adresinin bulunamadığı veya adresin bulunmasına rağmen senedin kabul edilmediği veya ödenmediği noter tarafından tespit edilmelidir<sup>59</sup>.

Ancak uygulamada çoğunlukla Kanunda öngörülen bu ibraz usulüne uyulmamaktadır. Noter veya görevli yetkili memur senet borçlusunun adresine gitmemekte ve ibraz gerçekleştirilmemektedir. Noter, standart protesto belgesini hamilin beyanına göre düzenlemektedir. Uygulamada görülen diğer bir yöntem ise, senedin tahsil edilmesi amacıyla bir bankaya tevdi edilmesidir. Bu halde de noter tarafından bir ibraz yapılmamakta, taahhütlü bir mektupla borçluya senedin bankada olduğu, bankaya gelerek senet bedelini ödemesi

---

<sup>57</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.174.

<sup>58</sup> GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.407; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.282.

<sup>59</sup> KARAYALÇIN, s.203-204; ÖZTAN, 1997, s.722; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.207; KINACIOĞLU, s.192; CAN, s.112.



için davet edildiği<sup>60</sup> bildirilmektedir<sup>61</sup>. Borçlunun senedi görmek ve ödeme yapmak üzere bankaya gitmemesi halinde bankanın beyanıyla ödememe protestosu çekilmektedir<sup>62</sup>.

Doktrinde kabul edilen hakim görüş, protesto işleminin noter tarafından ibraz mahallinde gerçekleştirilmesidir. Uygulamada görülen noter tarafından ibraz yapılmasızın protestonun düzenlenmesi, kanunun açık hükmüne aykırı düşmektedir<sup>63</sup>. İbraz yapılmaksızın düzenlendiği anlaşılan veya ispatlanan protestolar, haksız protesto niteliğindedir<sup>64</sup>. Bu halde düzenlenen haksız

<sup>60</sup> Banka tarafından yapılan bu davet, kambiyo senedinin aranacak borç niteliği taşıması özelliği ile çelişmektedir. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.207; BOZGEYİK, s.93.

<sup>61</sup> Senet borçluya ibraz edilmeksizin sadece alacaklının beyanıyla düzenlenen protestonun dayanağı olarak Adalet Bakanlığı'nın 07.03.1957 tarihli ve 15/22-1966 sayılı tamimi gösterilmekle birlikte, bu tamimin kanuna aykırı olduğu ifade edilmektedir. ÖZTAN, s.727-728.

<sup>62</sup> Doktrinde bazı yazarlar protestonun hamilin beyanıyla düzenlenebileceği ve bu protestonun geçerli olacağını savunmaktadır. TANJU, s.19, 24; ŞİMŞEK, s.106; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.283, dn.2; BOZGEYİK, s.113-114; PULAŞLI, s.163; KAYA, s.26-27.

<sup>63</sup> CAN, s.112; KARAYALÇIN, s.203, 207; KINACIOĞLU, s.192; ÖZTAN, 1997, s.729; KALPSÜZ, s.17; AYDINALP, s.868.

<sup>64</sup> “Olayda protestonun geçerli bir ibrazla dayandığı protesto belgesinde belirtilmemiş ibrazın davalı banka tarafından yapıldığına işaret edilmekle yetinilmiştir. Her ne kadar davacı vekili 29.5.1974 tarihli dilekçesinin ilk sahifesinde senedin davalı bankada olduğunun müvekkili tarafından bilindiği ve böylece ödeme için senedin ibraz edilmiş sayılacağını beyan etmekte ise de bu beyanın ödeme yerinin bilinmesi sebebi ile bankaya vaki ödemeye rağmen senedin iade edilmediğini izaha matuf bulunduğu ve beyandan sonra gelen cümlelerden anlaşılmaktadır. Esasen ibraz, senedin görülmesi, imzanın ve diğer sorumluluk unsurlarının incelenmesi olanağını sağlamak amacını güder; bankaların taahhütlü mektupla senedin kendilerinde olduğunu bildirmeleri, ticari hayatta kolaylığı temin için senedi tetkik imkanı veren bir ihbardır. Bununla beraber davacının ibraz yapılmışsa en geç vade günü olan 1.12.1973 tarihinde bankaya ödemede bulunması iktiza ettiğinden 2.12.1973 günü Pazar olduğundan ondan sonraki iki iş günü 3-4 Aralık 1073 içinde protesto keşide edilmesi kanunun emri icabıdır. Muayyen vade gününde ibraz yapılmamışsa onu takip eden iki iş günü içinde de ibraz yapılabileceğinden bu munzam müddet içinde ibraz olmazsa 624. madde gereğince borçlu masraf ve zarar hamile ait olmak üzere poliçenin bedelini notere tevdi edebilir. Bu suretle vadeden sonraki iki iş günü içinde de ibraz ve binnetice ödeme yapılabileceğinden 620. madde ile taayyün eden ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde 626. maddede gösterildiği gibi protesto keşide olunması icap eder. Bundan da anlaşılacağı üzere vadeden sonraki iki iş günü ibraz ve ödeme günü ondan sonraki iki iş günü de protestonun keşide edilebileceği günler olabilir. Demek ki ödeme ibrazla; protesto da ödeme gününe bağlıdır.

....

7 - Ancak protesto edilen senedi Merkez Bankasına bildirmekle yükümlü olan bir bankanın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin dışında Bankalar Kanununun verdiği bir ödevi yerine getirirken basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi hareket ederek ibraz olmadan yapılan protestoyu bildirmemesi aksi takdirde bundan doğan sorumluluğa katlanması iktiza eder. Zira

protestodan düzenleyen ve noter müteselsilen sorumludur<sup>65</sup>.

### **F. Kabule Arz Yükümlülüğü Yerine Getirilmeksizin Protesto Düzenlenmesi**

Poliçede düzenleyen, poliçenin kabule arz edilmesini şart koşabilir (TTK m.692/1). Cirantalar da, poliçenin kabule arzı yasaklanmış olmadıkça, cirantalar da poliçenin kabule arz olunacağını poliçede belirtebilirler (TTK m.692/4). Kabule arz zorunluluğu süreli veya süresiz olabilir.

Kabule arz zorunluluğu düzenleyen tarafından öngörülmüş ve poliçe verilen süre içinde kabule arz edilmemişse, hamil başvuru hakkını kaybeder (TTK m.730/2). Kabule arzı zorunlu tutulmuş ve kabule arz edilmemiş poliçe sebebiyle çekilecek protestolar haksız protesto niteliğindedir<sup>66</sup>. Ancak kabule arz zorunluluğu ciranta tarafından konulmuşsa, hamil başvuru hakkını sadece kabule arz şartını koyan cirantaya karşı kaybeder (TTK m.730/3). Bu halde hamilin düzenleyene karşı çekeceği protesto haksız protesto olarak değerlendirilemez.

### **G. Protesto Belgesinin TTK m. 716'da Öngörülen Zorunlu Unsurları İçermemesi**

Protesto belgesinde hangi esaslı unsurların bulunması gerektiği, TTK m.716'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. TTK m.715 hükmünde de, protestonun TTK m.716'ya uygun düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Protesto belgesi içerisinde, protestoyu çeken ve kendisine protesto çekilen

*protestonun Merkez Bankasına bildirilmesi ve bu suretle senedin ibrazına rağmen borcunu ödemeyenin bültende yayınlanarak ilan edilmesi ticari ahlakın korunması ve dürüstlüğü, iyi niyetin ve ahde vefanın hakim kılınması içindir. Senet kendisine ibraz edilmeyen bir kimsenin, kanun dahi yapılabileceğini öngördüğü sakat protestoya müsteniden itibarının zedelenmesini, kredilerinin kesilmesini intaç edecek bir şekilde protestoya sebebiyet verdiğinin ilanı, objektif iyi niyet kurallarına ve ticari ahlakın gereklerine uygun düşmez.*

*8 - Şu halde mahkemece yapılacak iş açıklanan esaslar uyarınca davalı bankanın kendisine düşen bu ödevi basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi yerine getirip getirmediğini saptamak için olayda senedin ibrazı hususunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır.” (Y.11.HD., T.30.04.1975, E.1975/736, K.1975/3069) (DOĞANAY, s.24-25.)*

*“Yasanın anılan buyurucu hükümlerine rağmen senedi protesto etmek ve bunu Merkez Bankasına bildirmek konusunda yasaların verdiği görevleri yerine getirirken herkesten çok basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi hareket etmek durumunda olan davalı bankanın, senedi davacı borçluya ibraz etmediği halde, notere ibrazın yapıldığını ve borçlunun taahhüdünü yerine getirmediğini bildirecek ödememe protestosunun çekilmesini sağlaması ve bunu Merkez Bankasına bildirmesi ağır kusur teşkil ettiği gibi...” (Y.11. HD., T.13.2.1978, E.5470/K.519) (ERİŞ, Kanun, s.447).*

<sup>65</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

<sup>66</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

kişilerin adları veya ticaret unvanları (TTK m.716/1,a), kendisine protesto çekilen kişinin, poliçeden doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği hâlde, taahhüdünü ifa etmemiş, kendisi bulunamamış veya ticaret yerinin ya da konutunun belirlenmemiş olduğuna ilişkin bir şerh (TTK m.716/1,b), sözü geçen davetin yapıldığı veya davet teşebbüsünün sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait bir şerhi (TTK m.716/1,c) ve protestoyu düzenleyen noterin imzası (TTK m.716/1,d) yer almalıdır. Bu unsurlardan birinin eksikliğine rağmen, protestonun Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilmesi halinde haksız protesto bulunduğu kabul edilmektedir<sup>67</sup>.

### H. Kabul Etmeme Yerine Ödememe Protestosu Düzenlenmesi

Poliçede düzenleyen, lehtar ve muhatap arasında üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Muhatap poliçeyi vadede ödeyeceğini kabul ederse, poliçenin asıl borçlusu haline gelir (TTK m.698/1). Ancak muhatabın, poliçeyi kabul etmesi zorunlu olmayıp, kabul etmediği poliçe sebebiyle sorumluluğu da bulunmamaktadır. Kabul eden muhatap vadede poliçe bedelini ve varsa faizini ödemek zorundadır (TTK m.698/1).

Poliçenin kabul edilmemesi halinde hamil tarafından kabul etmeme protestosu çekilir. Muhatabın poliçeyi kabul etmesi zorunlu olmadığı için, düzenlenen kabul etmeme protestosu muhatabın ticari itibarının zedelenmesine neden olmaz. Hâlbuki muhatabın kabul etmiş olduğu ve asıl borçlu haline geldiği poliçeyi ödememesi halinde çekilecek ödememe protestosu, muhatabın ticari itibarını olumsuz etkiler. Kabul etmeme protestosu yerine, ödememe protestosunun düzenlenmesi, kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı olup, muhatabın gerçekte sorumlu olmadığı poliçe sebebiyle ticari itibarının zedelenmesine yol açar<sup>68</sup>. Kabul etmeme yerine ödeme protestosunun

<sup>67</sup> GÜRBÜZ, s.187; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.445.

<sup>68</sup> "... sadece adem-i kabul protestosu keşidesi iktiza ederken, davalı banka tarafından (adem-i tediyeye ve adem-i kabul)den dolayı protesto keşide edilmiştir. Davacılar, davalı bankanın adem-i tediyesi yüzünden ticari itibarının sarsıldığı ve siparişlerinin iptali yüzünden maddi zararlara maruz kaldıkları iddia edildiğine göre bu halin sübutu sonucu davalı bankanın mezkûr zararlardan mesul tutulması gerekir...Her ne kadar davalı banka hatalı olarak çekilen protesto nevini sonradan düzeltilmiş ise de, böyle bir tashihi muamelesi haksız hareketiyle tahakkuk eden zararları tazmin borcundan davalı bankanın kurtulmasını mucip olamaz..." (Y. TD., T.24.3.1959, E.3270, K..882) (DOĞANAY, Protesto, s.537, dn.22).

"Kabulden imtina protestosu yerine yanlışlıkla ödememe protestosu çekerek "iş çevrelerinde kabul ettikleri için bir poliçeyi ödememiş duruma düşüklerine dair bir intiba uyandırmak" ticari şeref ve itibarı zedeleyen bir olaydır. Bu işlem bir kredi müessesesi olan davalı banka için ağır kusur teşkil eder. Davacı, maddi zarar ve ziyan olmadan da BK 49'a göre manevi tazminat talep edebilir." (Y. TD., T.19.11.1965, E.64/3487, K.65/3318) (BATİDER 1966, C.III, S.3, s.590).

düzenlendiği<sup>69</sup> veya kabul etmeme protestosu çekilmekle birlikte Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne ödememe protestosu biçiminde bildirildiği hallerde<sup>70</sup> haksız protesto söz konusudur. Poliçe üzerine kabul etmeme şerhi yazılmış olmasına rağmen, ödememe protestosunun düzenlenmesinden düzenleyen ve noter müteselsilen sorumludur. Kabul etmeme protestosu düzenlenmesine rağmen, hamil banka tarafından ödememe protestosunun bildirilmesi halinde, sadece hamil bankanın sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

### **I. Kabule Arz Edilmemiş ya da Kabul Etmeme Protestosu Çekilmemiş Poliçede Muhataba Karşı Ödememe Protestosu Düzenlenmesi**

Poliçenin kabule arz edilmesi hamil için iki bakımdan yarar sağlamaktadır. Bunlardan birincisi kabul arz edilen poliçe muhatap tarafından kabul edilecek olursa, muhatap artık poliçenin asıl borçlusu haline gelir<sup>71</sup>. Poliçenin kabul edilmemesi halinde ise, hamil artık vadeye kadar beklemesi gereksiz kabul etmeme protestosu çekerek başvuru hakkını kullanabilir.

Kabule arzın bu yararlarına rağmen, hamil poliçeyi kabule arz etmeyebilir ya da poliçe muhatap tarafından kabul edilmemesine rağmen kabul etmeme protestosu çekmeyebilir. Bu halde hamil vadeye kadar bekleyip muhabata karşı ödememe protestosu düzenletirse, bu protestonun haksız olup olmadığı hususu tartışma konusudur.

İNAN'a göre, kabule arz zorunluluğu konulmamışsa, hamil poliçeyi vadeden önce kabule arz etmek zorunda değildir. Hamil, kabul arz etmeye yetkilidir. Kabule arz etmek istemezse, vadeye kadar bekleyebilir. Vade geldiği zaman, poliçe kabul edilmiş olsun olmasın, hamil ödememe protestosu düzenlettirebilir. Kabul edilmeyen poliçelerde dahi, ödememe protestosu düzenlemek hamilin kanuni hakkıdır. Bu halde ödememe protestosunun düzenlenmesi değil, bu protestonun bildirilerek teşhir edilmesi haksızdır<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> KAYA, s.28; DEMİRKAPI, s.50; GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444.

<sup>70</sup> "Poliçeye kabul etmeme şerhi yazıp imzalayan muhabata çekilen kabul etmeme protestosunun, bankaca, ödememe protestosu biçiminde Merkez Bankasına bildirilmesi, borçlu tacirin ticari itibarını sarsıcı nitelikte kusurlu bir davranıştır. Maddi ve manevi ödencenin istenebilmesi süresiyse, borçlunun Merkez Bankasınca bültene alınma durumunu öğrendiği tarih üzerinden bir yıldır". (Y. 11. HD., T.5.10.1978, 3598/4157) (GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444, dn.913).

<sup>71</sup> Kabul edilmiş poliçenin ödenmemesi halinde, hamilin kabul eden muhabata başvuru hakkını kullanabilmesi için 3 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olur.

<sup>72</sup> İNAN, Protesto, s.287-288. Aynı yönde bkz. GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.445.

KAYA'ya göre ise poliçe kabule arz edilmeden ya da kabule arz edilip de kabul etmeme protestosu çekilmeden vadeye kadar beklenip ödememe protestosu çekilemez. Hamilin kabul etmeme protestosu çekip başvuru hakkını kullanma hakkı varken, muhatabın poliçeyi kabul etmediğini bile bile vade geldiğinde ödememe protestosu düzenlenmesi hakkın kötüye kullanılmasının açık bir örneğidir<sup>73</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, muhatap tarafından kabul edilmiş ve vade günü geldiğinde ödenmemiş poliçe için muhataba karşı ödememe protestosu çekilmesi haksız protesto olarak nitelendirilemez. Zira kabul ile birlikte asıl borçlu muhatap haline gelmiştir.

TTK m.691/1'e göre hamil, poliçeyi vadeye kadar kabule arz edebilir, fakat kabule arz etmek zorunda değildir. Hamil kabule arz etmeye yönelik hakkını kullanmayabilir. Bu durum "kabule arzın ihtiyarılığı" olarak ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Dolayısıyla hamilin vadeye kadar beklemesi, poliçeyi muhataba ödeme için ibraz etmesi ve sonra ödememe protestosu düzenlenmesi de haksız kabul edilemez. Ancak bu halde hamil ödememe protestosunu poliçeyi kabul etmeyen muhataba değil, düzenleyene karşı düzenletmelidir<sup>75</sup>. Kabul etmeyen muhatabın olumsuz etkileneceği ve ticari itibarının zedeleneceği bir protesto işlemi yapılmamalıdır<sup>76</sup>. Kanaatimizce hamilin kabule arz etmeyerek ya da kabul etmeme protestosu çekmeyerek vadeye kadar beklemesi ve vade geldiğinde ödememe protestosu düzenlenmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Ancak ödememe protestosunun poliçeyi düzenleyene değil de, kabul etmemiş olan muhataba karşı düzenletilmiş olması sebebiyle haksız protestonun varlığından söz edilebilir.

<sup>73</sup> KAYA, s.28-29.

<sup>74</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.226; BAHTİYAR, s.66-67.

<sup>75</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.290.

<sup>76</sup> Benzer durum görüldüğünde ödenecek vadeli poliçeler için de söz konusudur. MOROĞLU'na göre, "Görüldüğünde vadeli poliçeler, ibrazlarında ödeneceklerine göre, kural olarak daha önce "kabul" için ibrazları gerekmeyen ve muhatabına ödeme için ibraz edilecek olan poliçelerdir...Ancak, poliçe kendisine Banka aracılığıyla ibraz edilmiş ve ödemedi kaçınılmış olan muhatap, poliçe bedelini ödeme hususunda kambiyo taahhüdüne girmiş bulunan bir borçlu değildir. Binnetice, poliçe bedelini ödememesi nedeniyle muhatabın herhangi bir temerrüdünden de noterce sadece tespit zımında düzenlenecek olan "ödememe protestosunun", muhatap aleyhine sonuç doğurabilecek herhangi bir işleme konu yapılmaması ve hususiyile T.C.Merkez Bankasına bildirilmemesi zorunludur." MOROĞLU, s.37-38.

## **İ. Kanunda Öngörülen Sürelere Uyulmaksızın Protesto Düzenlenmesi**

Protesto usulüne uygun düzenlenmesinin şartlarından birini protesto süreleri oluşturmaktadır. Geçerli bir protesto düzenlenebilmesi için, kanunda öngörülen sürele uyulması zorunludur<sup>77</sup>. Kanunda öngörülen sürele uyulmaması protestonun geçersizliği sonucunu doğurur<sup>78</sup>. Noter düzenleyeceği protestonun süresinde olup olmadığını değerlendirmekle yükümlüdür<sup>79</sup>.

Kabul etmeme protestosu, kabule arz için öngörülen süre içinde çekilmelidir. Bu süre ise vadeye kadardır (TTK m.691/1). Vade günü gelmişse, artık kabul etmeme protestosu çekilemez. Kabule arz vadenin son günü yapılmışsa, kabul etmeme protestosunun çekilmesi takip eden iş günü de mümkündür (TTK m.714/2). Ancak görüldükten belli bir süre sonra ödenecek poliçede, kabul etmeme protestosu bir yıllık ibraz süresi içinde düzenlenmelidir (TTK m.704/1).

Başvuru hakkının kullanımında daha çok ödememe protestosunun düzenleme süresi hususunda uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Belirli bir günde veya düzenleme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şartını içeren senetlerde ödememe protestosu, ödeme gününü izleyen iki iş günü içinde çekilmelidir. Görüldüğünde ödenecek senetlerde ödememe protestosu bir yıllık ibraz süresi içinde düzenlenmelidir (TTK m.714/3).

Protesto çekilecek son günün pazara veya resmi tatil gününe rastlaması halinde, protesto süresi izleyen ilk iş gününe kadar uzar. Aradaki tatil günleri süre hesabına dahil sayılır (TTK m.752/2). Ödeme günü ile vade günü kural olarak aynı gündür. Vadenin pazara veya resmi tatil gününe rastlaması halinde ödeme günü izleyen ilk iş günü kabul edilir (TTK m.752/1).

Kanunda öngörülen protesto sürelerine uyulmayarak daha önce veya daha sonra düzenlenen protestolar haksız protesto olarak kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Protesto sürelerini kaçıran kişi, gerçekte olmayan bir mücbir sebep halini gerekçe göstererek süresinden sonra protesto çekerse, bu protesto da haksız

---

<sup>77</sup> DEMİRKAPI, s.38.

<sup>78</sup> DEMİRKAPI, s.44; KARAYALÇIN, s.198; KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.289.

<sup>79</sup> ÖZTAN, 1997, s.723; DEMİRKAPI, s.44.

<sup>80</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.445; BOZGEYİK, s.147; DEMİRKAPI, s.50. “Bankaca, vadeden önce protesto keşide edilmesi de, borçlu davacının ticari itibarını sarsıcı kusurlu davranış kabul edilerek, zararı ödemesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” (Y. 11.HD., T.2.11.1978, E.4768/K.4903) (GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.445, dn.914.)

protesto niteliğinde sayılmalıdır<sup>81</sup>. Bu halde gerçekten bir mücbir sebep halinin bulunup bulunmadığı, varsa protesto süresinin ne kadar uzadığı araştırılmalı, yapılacak inceleme sonucuna göre protestonun haksız olup olmadığına karar verilmelidir<sup>82</sup>. Kanunda öngörülen sürelerle uyulmadan düzenlenen haksız protestodan düzenleyen ile noter müteselsilen sorumlu tutulmalıdır<sup>83</sup>.

#### **J. İhtiyati Muhataba Başvurulmaksızın Protesto Düzenlenmesi**

Poliçede ihtiyati muhatap, hamilin başvuru hakkını vadeden önce veya sonra kullanabileceği durumlarda, poliçeyi kabul edecek veya ödeyecek olan kişidir (TTK m.734/1). Düzenleyen, cirantalar veya aval verenler lüzumu halinde poliçeyi kabul edecek veya ödeyecek bir ihtiyati muhatap gösterebilir. İhtiyati muhatap gösterilmesi halinde, hamil bu ihtiyati muhataba usulüne uygun bir şekilde ve süresinde başvurmadıkça, ihtiyati muhatabı gösteren başvuru borçlusuna başvurma hakkını kullanamaz<sup>84</sup>. Hamilin ihtiyati muhataba başvurmadan, başvuru hakkını kullanmaya yönelik düzenleteceği protesto, haksız protesto niteliğinde olacaktır<sup>85</sup>. Bu protesto sebebiyle düzenleyen hamil ve noter müteselsilen sorumludur<sup>86</sup>.

#### **K. Protestonun Yetkili Noter Tarafından Düzenlenmemesi**

Protesto işlemi, protesto çekilecek muhatabın ticaret yerinde ve böyle bir yeri yoksa konutunda yapılmalıdır (TTK m.755/1). Protesto ayrıca, kanunda öngörülen usule uygun olarak noter tarafından düzenlenmelidir (TTK m.715). Dolayısıyla protesto düzenlemeye yetkili kişi, protesto muhatabının ticaret yeri veya konutunun bulunduğu yer noteridir. Protesto çekilecek kişinin bulunduğu yer dışında bir notere protesto düzenlenmesi halinde, haksız protestonun varlığı kabul edilmektedir. Bu halde yetkisiz noter tarafından hazırlanan protesto sebebiyle düzenleyen ve noter müteselsil sorumludur<sup>87</sup>.

#### **L. Birden fazla protesto düzenlenmesi**

6762 sayılı mülga TTK'nın 631. maddesinde, bir poliçeyi kabul ve tediye edecek birden çok borçluların hepsi için, tek protesto belgesi düzenlenebileceği

<sup>81</sup> GÜRBÜZ, s.186; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.446.

<sup>82</sup> Yargıtay 11. HD.nin 4.7.1978 tarihli ve E.3676/K.3560. (GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.446, dn.918.)

<sup>83</sup> GÜRBÜZ, s.185; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.445.

<sup>84</sup> ÖZTAN, s.178.

<sup>85</sup> GÜRBÜZ, s.186; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.446.

<sup>86</sup> GÜRBÜZ, s.186; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.446.

<sup>87</sup> GÜRBÜZ, s.187; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.447.

hükme bağlanmıştı. Kanun koyucu tek protesto düzenlenebileceğini öngörmüş, fakat bir zorunluluk getirmemişti. Dolayısıyla hamilin, aynı senet için birden fazla protesto düzenlemesine engel bulunmamaktaydı. Böyle bir durumda hamil her bir protesto için yaptığı masrafları da başvuru borçlularından isteyebiliyordu (6762 sayılı TTK m.637/1/3).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile gelen değişiklik ile poliçeye ilişkin bir edimin birden fazla yükümlü tarafından ifasının istenmesi zorunlu ise, tek protesto belgesi düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir (TTK m.719)<sup>88</sup>. Başvuru hakkının birden fazla kişiye karşı kullanılabilmesi hallerde hamilin, bir protesto düzenlettikten sonra aynı senet sebebiyle tekrar protesto düzenletmesi, artık TTK m.719’da öngörülen usule aykırıdır. Kanaatimizce hamilin, bir protesto düzenlettikten sonra, aynı senet sebebiyle düzenleteceği sonraki protestolar, haksız protesto olarak değerlendirilmeli ve bu protestolar için yapılan masraflar başvuru borçlularından talep edilememelidir. Noter, daha önce aynı kambiyo senedi sebebiyle protesto düzenlendiğini bilemeyeceği için, bu haksız protestodan sadece düzenleyen sorumlu tutulmalıdır.

#### **IV. HAKSIZ PROTESTONUN TACİRLERİN TİCARİ İTİBARI YÖNÜNDEN SONUÇLARI**

Sözleşme ile borçlanmaya ehil olan her kişi, kambiyo senedi düzenleyerek borç altına girebilir (TTK m.670). Düzenlenen kambiyo senedinin kabul edilmemesi veya ödenmemesi sebebiyle herkes haksız protestonun muhatabı olabilir. Kambiyo senedi düzenleyebilmek için tacir olmak gerekmemektedir. Ancak tacirlerin ticari itibarlarını koruma kaygıları haksız protestoyu kendileri için daha önemli kılmaktadır.

Tacirler, ticari faaliyet gösterdikleri zaman süresince, gerek müşterileri nezdinde gerekse muhatap oldukları ticari çevre ve finans kuruluşları nezdinde belirli bir saygınlığa sahip olurlar. Bu saygınlığın kolay ve kısa zamanda kazanılması mümkün değildir. Tacirin ticari faaliyeti sırasında yapmış olduğu her bir işlem sonucunda üçüncü kişilere vermiş olduğu güven, bu saygınlığın elde edilmesini sağlar. İşte tacirlerin ticari faaliyetlerini sürdürdükleri piyasa ve ticari çevrede elde ettikleri saygınlık, “ticari itibar” olarak ifade edilmektedir<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> “6762 sayılı Kanunun 631 inci maddesinde bir poliçeyi kabul ve tediye edecek birden çok borçluların hepsi için tek protesto belgesi düzenlenebileceği belirtilmiştir. Oysa, kaynaktan poliçeye ilişkin bir edimin birden fazla yükümlü tarafından ifasının istenmesinin zorunlu olması varsayımı söz konusudur. Ayrıca, bu varsayımda tek protesto belgesinin düzenlenebileceği değil düzenlenmesi öngörülmüştür. Hüküm kaynağa uygun hâle getirilmiştir.” (6102 sayılı TTK Gerekeşi, m.719).

<sup>89</sup> DEMİREL, s.44.



Hamilin, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkını kazanmaya yönelik olarak düzenleteceği protesto, protesto muhatabı tacirin düzenlediği veya kabul ettiği senedi ödemede sıkıntıya düşüğünü, kambiyo taahhüdünü yerine getirmediğini veya getiremediğini tespit etmektedir. Tacirin düzenlediği veya ödemeyi kabul ettiği kambiyo senedini ödemediği veya ödeyemediğini, finansal kuruluşların ve bu tacir ile işlem yapan ticari çevrenin bilmeye hakkı vardır.

Türkiye Bankalar Birliği (TBB) Risk Merkezi<sup>90</sup>, kredi kuruluşları ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Türkiye Bankalar Birliği nezdinde kurulmuştur. Kredi kuruluşları ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından uygun görülecek finansal kuruluşların, TBB Risk Merkezi'ne üye olmaları zorunlu tutulmuştur. Üyeler, müşterileri ile ilgili her türlü bilgiyi TBB Risk Merkezine bildirmekle yükümlüdür. TBB Risk Merkezi, bu yükümlülüğe uymayanlara bilgi akışını durdurmaya yetkili kılınmıştır (Bankacılık Kanunu, Ek m.1/1,2).

Türkiye Bankalar Birliği tarafından yayımlanan Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği'nin "Risk Merkezine üyelerce verilecek bilgilerin kapsam, biçim ve içeriği" başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre, "Risk Merkezi Yönetimince belirlenecek asgari bildirim limitinin<sup>91</sup> üzerindeki ödememe protestoları senet bazında, bu limitin altında kalan protestolu senetler ise adet ve tutar olarak tek kalem halinde" bildirilir. Ödememe protestoları dönemsel olarak üyeler ile paylaşılır (Yönetmelik, m.10/3). Gerçek veya tüzel kişiler, kendilerine ait bilgilerin kendilerine ya da üçüncü kişilere verilmesini talep edebilirler. Buna ilişkin başvurular yazılı olarak TBB Risk Merkezi'ne yapılır (Yönetmelik, m.10/3).

Kredi Kayıt Bürosu (KKB), dokuz bankanın ortaklığında Türkiye'nin ilk ve tek kredi bürosu olarak 11 Nisan 1995 tarihinde kurulmuştur. KKB,

<sup>90</sup> Resmi Gazete'nin 25 Şubat 2011 tarih, 27857(mükerrer) sayılı Nüshasında yayımlanan 6111 sayılı Kanun ile 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na Ek Madde 1 ve geçici Madde 28 ilave edilmiştir. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi 28 Haziran 2013 tarihinde faaliyete geçmiştir.

<sup>91</sup> Senet bazı asgari bildirim limiti 2011 yılı ve sonrası için 2.000 TL. olup, bunun altındaki tutarlar toplu olarak bildirilmektedir.

TBB Risk Merkezi'ne vekâleten tüm operasyonel ve teknik faaliyetleri kendi bünyesinde yürütmekte ve Risk Merkezi üyesi finansal kuruluşlara veri toplama ve paylaşım hizmeti vermektedir<sup>92</sup>.

Tacir tarafından düzenlenen veya kabul edilen senet sebebiyle ödememe protestosunun finansal kuruluşlar tarafından düzenlendiği durumlarda, gerek protestoya gerekse protesto muhatabı olan tacire ilişkin bilgiler TBB Risk Merkezi'ne bildirilir. Böyle bir durumda banka ve diğer finansal kuruluşlar, tacirin kambiyo senedini ödemediye sıkıntıya düştüğünü öğrenirler. Bu durum, tacirin ticari çevresinde ödeme yeteneği hakkında şüphe uyandırır. Böylece tacirin ticari çevresinden gördüğü itibar azalır, finansal kuruluşlar nezdindeki kredisi tükenir<sup>93</sup>.

Haksız protesto çekildiği hallerde, tacirler gerçekte borçlu olmadıkları halde ticari itibar kaybı yaşarlar. Haksız protesto sebebiyle tacirlere kullandırılan krediler durdurulur, yeni kredi kullanmaları zorlaşır. Bu durum tacirin ticari faaliyetlerini aksatır, müşteri veya ticari çevresi ile sorun yaşamasına neden olur. Sonuçta haksız protesto sebebiyle tacir, hem işlerinin bozulması sebebiyle maddi zarara, hem de ticari itibar kaybı sebebiyle manevi zarara uğrar<sup>94</sup>.

## **V. HAKSIZ PROTESTODAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK**

### **A. Hukuki Sorumluluğun Şartları**

TTK'da haksız protestoya ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, uğranılan zararın tazmin sorumluluğu genel hükümlere dayanır (TMK m.2, TBK m.49). Haksız protesto, bir haksız fiil sorumluluğu halidir. Haksız fiil sorumluluğunun yaptırımı tazminattır. Haksız protesto sebebiyle sorumlu olanlar, ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin yükümlülüğü altındadırlar<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> KKB'nin vermiş olduğu hizmetlerden birisi de "Risk Merkezi Müşteri Raporu"dur. Bu rapor hizmeti ile gerçek ve tüzel kişilerin Risk Merkezi nezdinde konsolide edilen ve Risk Merkezi üyeleri ile paylaşılan kendilerine ait finansal verilerle ilgili raporları alması sağlanmaktadır. Bu raporlardan birisi de "Protestolu Senet Raporu"dur. Bu raporda son 5 yıla ait protesto edilmiş senetlerde Banka Adı, Şube Adı, Kayıt Türü (Bildiri veya Kaldırı), Senet Tutarı, Protestolu Senet Bildirim Dönemi, Protestolu Senet Kaldırı Dönemi, Kaldırı Nedeni ile ilgili bilgiler yer almaktadır.

<sup>93</sup> BOZGEYİK, s.144-145; BOZER/GÖLE, s.131; ÖZTAN, s.163; DEMİRKAPI, s.48.

<sup>94</sup> BOZGEYİK, s.145; DEMİRKAPI, s.49.

<sup>95</sup> KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s.296; BOZGEYİK, s.145; DEMİRKAPI, s.50; ÖZTAN, 1997, s.731, KINACIOĞLU, s.196.

Haksız protesto sebebiyle tazminatı talep hakkı, haksız protestoya maruz kalmış herkes için söz konusudur. Tazminat talep edenin tacir olup olmaması önem taşımamaktadır. Haksız protesto sebebiyle zarara uğrayan herkes, bu zararı tazmin ettirebilir<sup>96</sup>. Tazminat talep edilebilmesi için;

- Protestonun Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen usule aykırı düzenlenmiş veya yanlış bilgiler içeriyor olması,

-Protestonun düzenlenmesinde sorumlu olanların kusurlu olması,

-Protesto sebebiyle maddi veya manevi bir zararın doğması,

-Zarar ile haksız protesto arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir<sup>97</sup>.

Haksız protesto sebebiyle hukuki sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde, zarar görenler haksız protesto düzenlenmesinde kusuru bulunanlar karşı maddi veya manevi tazminat davası açabilirler.

### **B. Davacılar (Haksız Protesto Sebebiyle Zarar Görenler)**

Haksız protesto sebebiyle zarar gören kural olarak protestonun muhatabı olan kişidir. Protestonun muhatabı ya senedi düzenleyen, ya poliçenin muhatabı ya da senetle ilgisi olmamakla birlikte protestoda muhatap gösterilen kişi olabilir. Başvuru borçluları zarar görmüşlerse, onlar da tazminat talep edebilirler<sup>98</sup>. Örnek mahiyetinde belirtilenler haricinde de tazminat talep edebilecekler olabileceğinden, zarar görenler bakımından sınırlama yapmak mümkün değildir.

Protesto düzenleyen yetkili hamil ya da tahsil cirosuyla senedi devralan kişi de, noterin kusuru sebebiyle haksız protestodan zarar görmüş olabilirler. Hamil süresinde noterden protesto talebinde bulunmuş olmasına rağmen noter, protestoyu süresinde hazırlamamış, başvuru hakkının kullanılmasında elverişli ve geçerli bir protesto düzenlememiş olabilir. Bu gibi benzer durumlarda noterin hamile karşı tazmin borcu doğabilir<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> BOZGEYİK, s.145, dn.373. “*Haksız protesto nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, davacının tacir olması şart değildir. Şahsi menfaatleri haleldar olan herkes manevi tazminat isteminde bulunabilir.*” (Y.11. HD., T.26.3.1986, 1570/1737) (BAŞBUĞOĞLU, s.851).

<sup>97</sup> YILDIRIM, s.173; GÜRBÜZ, s.184; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.443.

<sup>98</sup> BOZGEYİK, s.148-149.

<sup>99</sup> DEMİRKAPI, s.51.

### **C. Davalılar (Haksız Protesto Sebebiyle Sorumlu Olanlar)**

Haksız protesto sebebiyle sorumlu olanlar, her somut olayda hukuka aykırılığın türüne göre değişebilir. Bu sorumluluğun belirlenmesinde göz önünde tutulacak husus kusurun bulunup bulunmadığıdır. Haksız protesto sebebiyle birden fazla kişinin kusuru bulunursa, zarar görene karşı bu kişiler müteselsil sorumlu kabul edilmelidirler (TTK m.3,7).

Haksız protesto sebebiyle sorumlu olabilecek kişilerin başında protesto çekilmesine neden olan kambiyo senedinin hamili yer almaktadır. Senedin tahsil cirosu ile devredilmesi halinde, bu kişi de protesto düzenlenmesi talebinde bulunabilir. Senet hamili ve protestoyu düzenleyen banka ise, gerek haksız protestonun düzenlenmesi gerekse, bu durumun TBB Risk Merkezi'ne gereksiz bildirilmesi sebebiyle sorumlu tutulabilir.

Protestoyu düzenleyen noterin, protesto çekme şartlarının oluşup oluşmadığına ve kanuna aykırılığın bulunup bulunmadığına ilişkin hususları incelemesi gerekir. Noter, bu inceleme yükümlülüğünü gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olabilir<sup>100</sup>. Noterin buradaki sorumluluğunda kusur şartı aranmaz. Noter kusursuz sorumludur (NK m.162)<sup>101</sup>. Protestonun noter kâtabi tarafından düzenlenmesi halinde, gerek işlemi yapan kâtip gerekse noter sorumlu tutulur. Noter kâtabinin düzenlediği haksız protesto sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalan noter, personeline rücu edebilir (NK m.162/2).

Gerçek veya tüzel kişilerin TBB Risk Merkezi'nce paylaşılan bilgileri ile ilgili itiraz ve şikâyetlerinin muhatabı itiraz veya şikâyet konusu bilgiyi sağlayan üye banka veya finansal kuruluştur. TBB Risk Merkezi'nin, paylaştığı bilgiler nedeniyle üyeler, kaynak kuruluşlar ve üçüncü şahıslara karşı hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. TBB Risk Merkezi'nin, üyeleri veya kaynak kuruluşlar tarafından kendisine verilen bilgilerin doğruluğunu araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca bu bilgilerden kaynaklanabilecek ihtilaflarda herhangi bir taraf sıfatı da yoktur (TBB Risk Merkezi Yönetmeliği, m.18/1,2). Bu bağlamda TBB Risk Merkezinin haksız protesto sebebiyle davalı sıfatını alması mümkün görünmemektedir.

---

<sup>100</sup> BOZGEYİK, s.149.

<sup>101</sup> İNAN, s.33; DEMİRKAPI, s.52. Noterin kusursuz sorumluluğu hususunda bkz. KURT, s.90; NART, s.429.

### **C. Maddi Tazminat**

Haksız protesto sebebiyle malvarlığında azalma yaşayan kişi maddi tazminat talebinde bulunabilir. Doktrinde kabul edilen hakim görüşe göre, maddi tazminat talebinde bulunulabilmesi için kural olarak protestonun, TBB Risk Merkezi'ne bildirilmiş olması ve böylece bu protestodan banka ve finansal kuruluşların haberdar olması gerekir. Çünkü diğer banka ve finansal kuruluşların protesto edilen kişi veya tacir hakkında olumsuz bilgi sahibi olması ancak bu bildirim ile mümkündür<sup>102</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise bu bildirim varlığı, maddi tazminat için her zaman ön koşul olarak görülmemelidir. Zira TBB Risk Merkezi kanalı dışında banka ve finansal kuruluşlar başka yollarla da haksız protestodan haberdar olabilirler. Bu halde tazminat talebinde bulunan kişinin maddi zarar yaşayıp yaşamadığı, varsa bir zarar bunun haksız protestodan kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılması, zarar görene bu hususta iddiasını ispatlama imkânı tanınması gerekir<sup>103</sup>.

Maddi zararının tespiti amacıyla davacının haksız protesto öncesi ve sonra malvarlığının karşılaştırılması, bir azalma varsa bunun haksız protesto sebebiyle banka ve finansal kuruluşların kredi ilişkisi ne oranda etkilediğinin, davacının ticari faaliyetlerin bozulma yaşanıp yaşanmadığının bilirkişi aracılığıyla incelenmesi gerekir. Kanaatimizce davacının malvarlığında azalma olmasa bile malvarlığında beklenen artışın haksız protesto sebebiyle gerçekleşmemesi de zarar olarak belirlenebilir. Davacının tacir olması halinde bu araştırmanın ticari defter ve belgeler üzerinde yapılması gerekir.

### **D. Manevi Tazminat**

Manevi zararın tazmini için, haksız protestonun TBB Risk Merkezi'ne bildirilmiş olması ya da tacirin ticari çevresince başka yollarla öğrenilmesi gerekir. Manevi tazminat talebinde bulunulması için maddi zararın varlığı aranmaz. Maddi zarar olmadan da manevi zarar ortaya çıkabilir<sup>104</sup>. Haksız

<sup>102</sup> KAYA, s.33; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.441.

<sup>103</sup> KAYA, s.33.

<sup>104</sup> “İş muhitinde dürüst faaliyetleri ile iyi bir şöhret yapmış olan iş adamı için bunun aksine bir intiba uyandırıcı her hareket bu intibai uyandıran taraf için ve özellikle davalı banka yönünden kusur teşkil eder. B.K.nun 49. maddesinde belirtildiği veçhile şahsi menfaatleri halledar olan kimse kusur vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı gerektirdiği takdirde manevi zarar namıyla nakti bir meblağın kendisine ödenmesini talep edebilir. Bir kredi müessesesi olan davalı bankanın kabul etmeme protestosu yerine ödememe protestosu keşide etmesi ve bunu Merkez Bankası bültenleri kanalıyla diğer bütün bankalara duyurması hali

protesto sebebiyle manevi tazminat talep edilebilmesi için, kişinin üzüntü duyması veya ticari itibar kaybına uğraması yeterlidir<sup>105</sup>.

Manevi zarar daha çok tacirin haksız protesto sebebiyle ticari itibarının zedelenmesi ile ortaya çıkar. Ticari itibarın zedelenmesi ise, haksız protestonun TBB Risk Merkezi'ne bildirilerek diğer banka ve finans kuruluşları tarafından öğrenilmesi sonucu gerçekleşir. Bu nedenle TBB Risk Merkezi'ne yapılacak bildirimlerde banka veya finans kuruluşunun basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne uygun hareket ederek, gereğinde bu bildirim yapmaması gerekir<sup>106</sup>. Bildirim yapılmış olsa dahi protestonun kaldırıldığı da bildirilerek tacirin daha fazla ticari itibar kaybı yaşamasının önüne geçilmelidir. Bankaların haksız protestoyu kaldırmaları ve bu durumu TBB Risk Merkezi'ne bildirmeleri manevi tazminat değerlendirmesinde mahkemece dikkate alınır<sup>107</sup>. Uzun bir süre geçtikten sonra banka tarafından yapılacak düzeltme işlemi kusuru ve sorumluluğu azaltmayacaktır<sup>108</sup>.

Haksız protesto sebebiyle manevi tazminat talep edilebilmesi için, protestonun Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilmesi gerekmez. Ticari itibar kaybının haksız protesto sebebiyle yaşandığının tanık beyanları ile anlaşılması, tazminata hükmedilmesi için yeterli kabul edilmelidir<sup>109</sup>.

*ağır bir kusur teşkil eder. Davacı lehine B.K.nun söz konusu maddesi hükmüne göre manevi tazminatın hükmedilebilmesi için davacının ayrıca maddi bir zarar ve ziyana uğraması şart değildir.*

*Maddi zarar ve ziyan mevcut olmadan da manevi zarar gerçekleşebilir". (Y. 11.HD., T.8.6.1976, E.1976/2663, K.1976/3099) (Kazancı İBB).*

<sup>105</sup> DEMİRKAPI, s.51; BOZGEYİK, s.147-148.

<sup>106</sup> *"Davacı, dokuz adet bononun ödenmemesi yolunda ihtiyati tedbir kararı almıştır. Davalı banka ihtiyati tedbir kararının tebliğinden sonra iki adet bono için işlerin yoğunluğu nedeniyle sehven protesto kaydı düzenlediği savunmasında bulunmuştur. Bankalar bir kredi ve güven müessesesidir, bu nedenle yaptıkları işin niteliğine göre diğer tacirlerden daha dikkatli ve basiretli davranmaları gerekir. Banka tarafından bir tacirin bonoların ödenmemesi yolunda aldığı ihtiyati tedbir kararına rağmen protesto edilerek, Merkez Bankasına bildirilmesi ve Merkez Bankası tarafından bu kişinin isminin protesto edilen kişiler arasında bülten alınması bir tacir için manevi tazminatı gerektiren ağır bir durum ve bu işlemi yapan banka tarafından da ağır kusuru oluşturur. O halde, mahkemece tarafların durumu da nazara alınarak davacı yararına uygun bir manevi tazminata hükmetmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."* (Y. 11 HD., T.28.06.2005, E.2004/9468, K.2005/6891) (Kazancı İBB).

<sup>107</sup> DEMİRKAPI, s.51.

<sup>108</sup> BOZGEYİK, s.147-148.

<sup>109</sup> *"Haksız protestoda manevi tazminat istenebilmesi için, protestonun Merkez Bankası bülteninde yayımlanması da zorunlu değildir. Ticari itibarın bu nedenle sarsıldığının tanık beyanlarıyla anlaşılması halinde tazminata hükmetmek gerekir"* (Y.11. HD., T.21.1.1978, E.353, K.244) (GÜRBÜZ, s.133, dn.50; GÜRBÜZ, Ticari Senetler, s.444, dn.911).

### **E. Zamanaşımı**

Haksız protesto sebebiyle açılacak tazminat davalarına, haksız fiiller için öngörülen TBK m.71/1 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar<sup>110</sup>. Bu talep, her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza kanunundaki zamanaşımı süresi uygulanır (TBK m.72/1).

### **VI. HAKSIZ PROTESTONUN TEDBİR KARARI İLE ÖNLENMESİ**

Haksız protesto sonrası gerçekte borçlu olmayan veya senetle ilgisi olmayan kişilerin uğrayacağı zararı telafi etmek çok zordur. Banka tarafından protestonun kaldırıldığı TBB Risk Merkezi'ne bildirilmiş ve durum düzeltilmiş olsa bile tacirin uğradığı zararın telafisi için artık çok geç kalınmış olabilir. Uğranılan maddi veya manevi zarar tazmin edilse dahi, ticari itibarın eski haline gelmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle müşteri ve ticari çevresinde iyi bir ticari itibar edinmiş olan tacir bakımından, haksız protestonun önlenmesi büyük önem taşır<sup>111</sup>.

Haksız protestonun sebep olacağı maddi veya manevi zararların mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla önlenmesi mümkündür<sup>112</sup>. Ancak protestonun önlenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı, hamilin başvuru hakkını kullanabilmesi için gerekli şekil şartını yerine getirememesine ve bu sebeple de zarar görmesine neden olabilir<sup>113</sup>. Bu nedenle ihtiyati tedbir karar verilebilmesi için gerçekten haklı sebeplerin bulunması, yani düzenlenecek protestonun haksız olduğuna dair güçlü delillerin varlığı aranmalıdır. Ayrıca senedin ödenmesinden sorumlu düzenleyen veya kabul edenden talep

<sup>110</sup> 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bu süre bir yıldır (818 sayılı mülga BK m.60/1). “Mahkemece bozma kararına uyularak haksız protestodan kaynaklanan tazminat isteminde zamanaşımının bir yıl olup dava tarihine kadar olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

*Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.” (Y. 11 HD., T.10.05.2005, E.2004/7781, K.2005/4939) (Kazancı İBB).*

<sup>111</sup> KAYA, s.35; POROY, s.409.

<sup>112</sup> ÖZTAN, 1997, s.731; KARAYALÇIN, s.198; İNAN, Protesto, s.291; DEMİRKAPI, s.53.

<sup>113</sup> ALTUN, Tedbir, s.23; KARAYALÇIN, s.198-199.

edilebilecek tutarın tamamını karşılayacak bir teminat gösterilmesi gerekir. Aksi halde tedbir kararı verilmemelidir<sup>114</sup>.

Protesto düzenlenmesinin önlenmesi yerine, düzenlenen protestonun TBB Risk Merkezi'ne bildirilerek alenileşmenin önlenmesi de mümkün olabilir<sup>115</sup>. Ancak alenileşmeyi önlemenin, banka dışında protesto çekenler için geçerli olmayacağı, TBB Risk Merkezi'ne bildirilmese dahi haksız protestonun başka yollarla da öğrenilebileceği ve ticari itibar kaybına yol açabileceği için kesin çözüm yolu olmayacaktır<sup>116</sup>. Bu nedenle kambiyo senedi hamilinin muhtemel zararlarını karşılayacak bir teminat gösterilmesi şartıyla, haksız protestonun önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı verilmesinin en uygun çözüm yolu olduğu görülmektedir.

## VII. SONUÇ

Protesto kavramı, kıymetli evrak hukukunda ve kambiyo senetleri uygulamasında, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılabilmesi için senedin kabul edilmemesi veya ödenmemesi hallerinin tespiti veya bu tespit amacıyla noter tarafından düzenlenen resmi belge anlamlarında kullanılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Kambiyo Senetleri"ne ilişkin hükümleri içerisinde protesto, poliçe hükümlerinde düzenlenmiştir (TTK m.714-722). Bu hükümleri bir kısmı, protestonun süresi ve şartları (TTK m.714), düzenlenme usulü (TTK m.715, 717-720) ve protesto içinde yer alması gereken kayıtlara (TTK m.716) ilişkindir.

Protestonun, kanunda öngörülen usule uygun düzenlenmemesi veya içerdiği bilgilerin yanlış olması halinde, borçlu ya da senetle ilgisi olmayan kişilerin, kanuna aykırı düzenlenen bu protestodan dolayı zarar görmesine neden olabilir. Protesto, kanunda öngörülen usule uygun olarak hazırlanmış ve içerdiği kayıtlar doğru olsa bile, iyi niyet kurallarına aykırı olarak kambiyo senedinde görünen veya görünmeyen kişilerin zararına düzenlenmiş de olabilir. Kanuna aykırı düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren, bu nedenle de gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisinde yer almayan kişilerin zararına yol açan protestolar "haksız protesto" olarak nitelendirilmektedir.

6102 sayılı TTK'da haksız protestoya ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, haksız protesto doktrinde tartışılmış ve yargı

---

<sup>114</sup> KARAYALÇIN, s.199; KAYA, s.35-36.

<sup>115</sup> İNAN, Protesto, s.296; KARAYALÇIN, s.199.

<sup>116</sup> KAYA, s.36.



kararlarına da konu olmuştur. Haksız protesto, aynı zamanda bir haksız fiil hali olması sebebiyle, protesto muhatabı uğradığı zarar sebebiyle, TBK m.49 hükmüne göre zararını tazmin ettirebilir.

Haksız protesto hallerini sayma suretiyle sınırlandırmak mümkün değildir. Yargıtay kararlarına konu olmuş ve uygulamada görülebilecek haksız protesto hallerine şunlar örnek olarak verilebilir:

- Kambiyo senedi niteliği taşımayan senetler için protesto düzenlenmesi,
- Hatır senedi için protesto düzenlenmesi,
- Bedeli tahsil edilmiş veya ödenmesi kabul edilmemiş senet için ödememe protesto düzenlenmesi,
- Senet ile ilgisi olmayan kişiye protesto düzenlenmesi,
- İbraz yükümlülüğü yerine getirilmeksizin protesto düzenlenmesi,
- Kabule arz yükümlülüğü yerine getirilmeksizin protesto düzenlenmesi,
- Protesto belgesinin TTK m. 716'da öngörülen zorunlu unsurları içermemesi,
- Kabul etmeme yerine ödememe protestosu düzenlenmesi,
- Kabule arz edilmemiş ya da kabul etmeme protestosu çekilmemiş poliçede muhataba karşı ödememe protestosu düzenlenmesi,
- Kanunda öngörülen sürelerle uyulmaksızın protesto düzenlenmesi,
- İhtiyati muhataba başvurulmaksızın protesto düzenlenmesi,
- Protestonun yetkili noter tarafından düzenlenmemesi,
- Birden fazla protesto düzenlenmesi,

Kambiyo senedinin kabul edilmemesi veya ödenmemesi sebebiyle herkes haksız protestonun muhatabı olabilir, bu nedenle zarara uğrayabilir. Buna rağmen, tacirlerin ticari itibarlarını koruma kaygıları haksız protestoyu kendileri için daha önemli kılmaktadır. Zira, hamilin, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkını kazanmaya yönelik olarak düzenleteceği protesto, protesto muhatabı tacirin düzenlediği veya kabul ettiği senedi ödemede sıkıntıya düştüğünü, kambiyo taahhüdünü yerine getirmediğini veya getiremediğini tespit etmektedir. Tacir tarafından düzenlenen veya kabul edilen senet sebebiyle ödememe protestosunun finansal kuruluşlar tarafından düzenletildiği durumlarda, gerek protestoya gerekse protesto muhatabı olan

tacire ilişkin bilgiler TBB Risk Merkezi'ne bildirilir. Böyle bir durumda banka ve diğer finansal kuruluşlar, tacirin kambiyo senedini ödemede sıkıntıya düştüğünü öğrenirler. Bu durum, tacirin ticari çevresinde ödeme yeteneği hakkında şüphe uyandırır.

TTK'da haksız protestoya ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, uğranılan zararın tazmin sorumluluğu genel hükümlere dayanır (TMK m.2, TBK m.49). Haksız protesto sebebiyle zarar gören herkes, maddi veya manevi zararının tazminin talep edebilir. Haksız protesto sebebiyle tazminat talep edilebilmesi için;

- Protestonun Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen usule aykırı düzenlenmiş veya yanlış bilgiler içeriyor olması,
- Protestonun düzenlenmesinde sorumlu olanların kusurlu olması,
- Protesto sebebiyle maddi veya manevi bir zararın doğması,
- Zarar ile haksız protesto arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

Haksız protesto sebebiyle sorumlu olanlar, her somut olayda hukuka aykırılığın türüne göre değişebilir. Bu sorumluluğun belirlenmesinde göz önünde tutulacak husus kusurun bulunup bulunmadığıdır. Haksız protesto sebebiyle birden fazla kişinin kusuru bulunursa, zarar görene karşı bu kişiler müteselsil sorumlu kabul edilmelidirler (TTK m.3,7). Gerçek veya tüzel kişilerin TBB Risk Merkezi'nce paylaşılan bilgileri ile ilgili itiraz ve şikâyetlerinin muhatabı itiraz veya şikâyet konusu bilgiyi sağlayan üye banka veya finansal kuruluştur. TBB Risk Merkezi'nin, paylaştığı bilgiler nedeniyle üyeler, kaynak kuruluşlar ve üçüncü şahıslara karşı hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Haksız protesto sonrası gerçekte borçlu olmayan veya senetle ilgisi olmayan kişilerin uğrayacağı zararı telafi etmek çok zordur. Banka tarafından protestonun kaldırıldığı TBB Risk Merkezi'ne bildirilmiş ve durum düzeltilmiş olsa bile tacirin uğradığı zararın telafisi için artık çok geç kalınmış olabilir. Haksız protestonun sebep olacağı maddi veya manevi zararların mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla önlenmesi mümkündür.

## KAYNAKÇA

ALTUN, Cevdet, Ticari Senetlerde “İBRAZ”ın Geçerliliğinin Saptanması ve PROTESTO, *TNBHD*, S.9, 15 Şubat 1976, s.62-65.

ALTUN, Cevdet, Tedbir Yoluyla Protestonun Durdurulması ve Sonuçları, *TNBHD*, S.15, 15 Ağustos 1977, s.22-25.

AYDIN, Muzaffer, Açıklamalı ve İçtihatlı Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takipte Şikayet, Ankara 2011.

AYDINALP, Sezai, Protestonun Geçerliliği, *BATİDER*, 1980, C.X, S.3, s.659-706.

BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2014.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara 1988.

BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015.

BOZGEYİK, Hayri, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003.

CAN, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015.

DEMİREL, Duygu, Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2013, S.1, s.39-73.

DEMİRKAPI, Ertan, Noterlik Uygulaması Açısından Kambiyo Senetlerinde Protestolar, *TNBHD (Hakemli)*, 2014, Y.1, S.2, s.23-58.

DOĞANAY, İsmail, Kambiyo Senetleri Münasebetiyle Noterler Tarafından Çekilen Protestonun Mahiyeti, *TNBHD*, 15 Şubat 1976, S.9, s.20-29.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1981. (Şerh)

DOĞANAY, İsmail, Poliçe ve Emre Muharrer Senet Sebebiyle Çekilen Protestodan Doğan Hukuki Sonuçlar, *BATİDER*, 1972, C.VI, S.3, s.519-537. (Protesto)

DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK ŞERHİ-IV, İstanbul 1990.

ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak,

Ankara 2014.

ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.2, Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988. (Kanun)

ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, Ankara 1998.

GÜRBÜZ, A. Hulûsi, Bankalarla Ticari Senetler İlişkisi, Ankara 1981.

GÜRBÜZ, A. Hulûsi, Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, İstanbul 1984. (Ticari Senetler)

GÜRBÜZ, A. Hulûsi, Türk Ticaret Kanunu Uygulaması Açısından Kıymetli Evrak ve Özellikle Ticari Senetler, *Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri*, İstanbul 1988, s.255-362. (Seminer)

İNAN, Atilla, Kusursuz Sorumluluk Örneği olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart 2000, S.6, s.25-35.

İNAN, Nurkut, Kanunname-i Ticarete Göre Protestolar, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1965-1966, C. 22-23, S.1-4, s.829-846.

İNAN, Nurkut, Protestoya İlişkin Bazı Sorunlar, *BATİDER*, 1967, C.IV, S.2, s.285-296. (Protesto)

İNAN, Nurkut, Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara 1969. (Hatır Senedi)

KALPSÜZ, Turgut, Noterlikçe Ödememe Protestosu Düzenlenmesi, *TNBHD*, 15 Şubat 1974, S.1, s.9-19.

KARAHAN, Sami/ARI, Zekeriya/BOZGEYİK, Hayri/SARAÇ, Tahir/ÜNAL, Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Ankara 1970.

KAYA, K. Tayfun, Haksız Protesto ve Protesto Nedeniyle Ticari İtibarın Zedelenmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 1982, S.1, s.23-37.

KAYAR, İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Ankara 2015.

KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999.

KURT, Leyla Müjde, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi*

*Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, 2014, S.2, s.85-118.

MOROĞLU, Erdoğan, *Hukukî Mütalâalar*, İstanbul 2007.

NART, Serdar, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Özel Sayı, 2009, s.425-452.

OKTAY, Saibe, Polîçede Defiler, *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan*, Ankara 1986, s.339-366.

ÖZBEK, Mustafa, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, Ankara 2009.

ÖZTAN, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 1997. (1997)

ÖZTAN, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2015.

POROY, Reha, *Kambiyo Senetlerinde Protesto Çekilmesiyle İlgili Bazı Meseleler, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, 10-18 Mayıs 1961, BTHAE, 1962, s.397-437.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul 2013.

PULAŞLI, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Ankara 2015.

ŞİMŞEK, Edip, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, Ankara 1982.

TANJU, Fahrettin, *Kambiyo Senetlerinin İbraz ve Protestosu, TNBHD*, 15 Ağustos 1978, S.19, s.19-29.

TÜRK, Ahmet, *Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, Özel Sayı, Prof.Dr.İrfan Baştuğ'a Armağan, İzmir 2005, s.307-381.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul 2015.

YILDIRIM, Abdulkerim, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2015.

YILMAZ, A. Lerzan, *Kambiyo Senetlerinde Def'iler*, İstanbul 2007.

ZEYNELOĞLU, Ahmet, *Kambiyo Senetlerinde Protesto, TNBHD*, 15 Ağustos 1977, S.15, s.6-10.



# BOŞANMA, AYRILIK VE EVLİLİĞİN BUTLANI DAVALARI İLE VELÂYETE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ SORUNU

Sema ÇÖRTOĞLU KOCA\*

## ÖZET

Çalışmada, aile hukukunun önemli konularından biri olan boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile çocukların velâyetine ilişkin davalarda yabancı unsur bulunması halinde milletlerarası yetkili mahkemenin belirlenmesi amaçlanmıştır. Çalışmada öncelikle, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde uygulanan Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü (Yeni Brüksel II Tüzüğü) incelenmiştir. Tüzük, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin mahkeme yahut mahkeme niteliğine sahip tüm kurumlarınca medeni hukuk konularına ilişkin olarak verilen boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanı; ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, yerine getirilmesi, temsili, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinde mahkemelerin milletlerarası yetkisini tespit etmekte kullanılmaktadır. Türk hukukunda ise, yabancı unsurlu boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile çocukların velâyetine ilişkin davalarda MÖHUK hükümleri uyarınca milletlerarası yetkili Türk mahkemesi tespit edilmektedir. MÖHUK'ta özel yetki kuralının (Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar m. 41) kapsamına giren bir uyumsuzlukta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural uyarınca tespit edilecektir. Diğer durumlarda, MÖHUK m. 40'ın yaptığı gönderme nedeniyle boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile çocukların velâyetine ilişkin davalarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda yer alan yetkiye ilişkin hükümler uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenmektedir. Bununla birlikte, çocukların velâyetine ilişkin davalarda, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Tarihli Sözleşme'nin uygulama alanına giren konularda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Sözleşme uyarınca tespit edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Boşanma, velâyet, milletlerarası yetki, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü (Yeni Brüksel II Tüzüğü), Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme.

\* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi

**INTERNATIONAL JURISDICTION PROBLEMS CONCERNING IN  
DIVORCE, LEGAL SEPARATION, MARRIAGE ANNULMENT AND  
CUSTODY**

**ABSTRACT**

*The purpose of this study is to determine the international jurisdiction of the courts in the matters of divorce, legal separation, marriage annulment as well as rights of custody that contain element/s of foreignness, which is one of the most important issues of the international family law. In that sense, first of all Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 will be analyzed. According to the Regulation, it shall apply in civil matters concerning divorce, legal separation or marriage annulment as well as the attribution, exercise, delegation, restriction or termination of parental responsibility, whatever the nature of the court or tribunal in the member states of the European Union . Secondly, the issue will be examined in Turkish private international law. If lawsuits concerning the personal status of Turkish citizens, the international jurisdiction of the Turkish Courts shall be determined according to Article 41 of the Code of Turkish Private International Law and Procedural Law. In other circumstances, according to Article 40 of the Code of Turkish Private International Law and Procedural Law, the international jurisdiction of the Turkish courts concerning divorce, legal separation, marriage annulment that contain element/s shall be determined according to the relevant articles of Code of Civil Procedure and Turkish Civil Code. However, the cases concerning rights of custody, the international jurisdiction of the Turkish Courts shall be determined with the Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of The Authorities and The Law Applicable in Respect of the Protection of Infants.*

**Keywords:** *Divorce, rights of custody, jurisdiction, Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and The Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (Brussels II bis/ the new Brussels II Regulation), Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities And The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants.*

**Giriş**

Günümüzde kişilerin farklı devlet vatandaşları ile evliliklerinin artması nedeniyle aile hukukuna ilişkin yabancı unsurlu ihtilâflar da ortaya daha çok çıkmaktadır. Aile hukukuna ilişkin olarak en sık görülen ihtilâflar, boşanma



davalarından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte tarafların müşterek çocuklarının velâyetine ilişkin olarak açılan davalara da uygulamada oldukça sık karşılaşılmaktadır.

Aile hukukunun en tartışmalı konularından biri olan boşanma davası ile eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörölmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkimin kararı ile son verilmesi kastedilmektedir. Boşanma sebepleri ile ayrılık sebepleri birbirine benzerdir, ancak boşanma ve ayrılık kurumları doğrudukları sonuçlar bakımından birbirinden farklıdır. Boşanma, evliliğe kesin şekilde son verdiği halde, ayrılıkta ortak hayat ayrılık süresince geçici olarak durdurulmuş olur. Evlenmenin butlanı ise, şeklen meydana gelmiş olan bir evlenmenin sonradan ortadan kaldırılmasını gerektiren bazı eksikliklerle sakatlanmış bulunmasıdır. Butlanla sakat, yani batıl olan bir evlenmede, eşler arasında evlilik ilişkisi doğmuştur. Bu evlenmede, evlenme sözleşmesinin bütün esaslı ve kurucu unsurları mevcuttur, fakat kanunun taraflarda ya da iradelerinde aradığı niteliklerden bazıları gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, butlanla sakatlanmış olan evlenmeler, hâkimin hükmüyle iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Evlenmenin butlanı, evlenmenin yokluğundan farklıdır. Evlenmenin yokluğunda, evlenme hiç meydana gelmemiş, taraflar arasında evlilik bağı kurulmamıştır. Bu durumda, evlenme yoktur, bu nedenle de ayrıca mahkemeye başvurarak evliliğin ortadan kaldırılmasına ilişkin karar alınmasına gerek yoktur<sup>1</sup>.

Aile hukukunun diğeri bir ihtilafı konusu olan velâyet, ana ve/veya babanın korunmayı gereksinen küçük ya da kısıtlı, evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlerin toplamıdır<sup>2</sup>. Yeni Kanunlarda ve uluslararası düzenlemelerde “velâyet” deyimini yerine “koruma ve bakma ya da ebeveyn sorumluluğu” deyimleri de kullanılmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nda ise, velâyet deyimini tercih edilmiştir.

Çalışmada öncelikle, Avrupa Birliği’ne üye devletlerde yürürlükte bulunan Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003

<sup>1</sup> AKINTÖRK, T. / ATEŞ KARAMAN, D. : Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 206- 208, 235, 275.

<sup>2</sup> SEROZAN, R. : Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 250.

sayılı AB Konsey Tüzüğü<sup>3</sup> (Yeni Brüksel II Tüzüğü) incelenecektir. Tüzük, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin mahkeme yahut mahkeme niteliğine sahip tüm kurumlarınca medeni hukuk konularına ilişkin olarak verilen boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanı; ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, yerine getirilmesi, temsili, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinde üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit etmekte kullanılmaktadır. Çalışmamızda Yeni Brüksel II Tüzüğü'nün ve Türk hukukunun konuya ilişkin milletlerarası yetki kuralları birlikte ele alınacaktır. Zira Yeni Brüksel II Tüzüğü, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olması halinde Türk mahkemelerinde de uygulanabilecektir. Öte yandan Tüzük Avrupa Birliğinde yaşayan Türk vatandaşlarına da uygulanacağı için mevcut durumun tespit edilmesi yerinde olacaktır. Örneğin, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde mutad meskeni olan Türk vatandaşlarının boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanı davalarında ya da ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda Tüzük uygulanabilmekte ve üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Tüzük uyarınca tespit edilmektedir. Diğer yandan Tüzük evlilik bağına sona erdiren davalar ile çocuğun korunmasına dair davalarda yetkili makamların milletlerarası yetkisi konusunda (Avrupa Birliğinin ihtiyaçlarının yanı sıra) güncel eğilimleri yansıtması nedeniyle ileride Türk Milletlerarası Usul Hukukunda yapılabilecek değişiklikler konusunda esin kaynağı olması da mümkündür. Tüzükte, çocuk kaçırma ve iade davalarındaki yetki kuralları da düzenlenmektedir. Ancak konun geniş kapsamı nedeniyle, bu çalışmanın kapsamında çocuk kaçırma ve iade davalarındaki yetki kuralları bulunmamaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile çocukların velâyetine ilişkin davalarda milletlerarası yetkisi tespit edilecektir.

### **I. Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü Uyarınca Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tespiti**

Evliliğe ve Eşlerin Müşterek Çocuklarının Velâyetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2000/1347 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel II

---

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and The Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, Official Journal L 338, 23.12.2003, s. 1–29.

Tüzüğü)<sup>4</sup>, 1 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tüzük, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2201/2003 sayılı Yeni Brüksel II Tüzüğü (Brussels II bis/ Brussels IIa/ the new Brussels II Regulation) 1 Ağustos 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Tüzük m. 72). Tüzük, üye devletlerde (Danimarka hariç) 1 Mart 2005 tarihinden itibaren uygulanmaktadır. Tüzük, üye devletlerde doğrudan uygulanabilir ve ulusal hukuklardan üstündür<sup>5</sup>.

Tüzüğü'nün amacı; evliliğin hükümsüzlüğüne, ayrılığa, boşanmaya ve velâyete ilişkin konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin ortak ve modern standartların oluşturularak, bu konularda verilmiş mahkeme kararlarının üye devletler arasında hızlı ve kendiliğinden tanınmasının sağlanmasıdır<sup>6</sup>.

Tüzük, mahkeme yahut mahkeme niteliğine sahip tüm kurumlarca medeni hukuk konularına ilişkin olarak verilen boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanı; ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, yerine getirilmesi, temsili, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinde uygulanacaktır (m 1/1). Ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, yerine getirilmesi, verilmesi, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinin neler olduğu 1. maddenin 2. fıkrasında sayılmıştır. Bunlar; bakım ve gözetim hakkı, çocuk ile görüşme hakkı; vasilik, kayımlık ve buna benzer kurumlar; çocuğun kişiliği ve mallarını idare yahut temsil etmekle görevlendirilmiş olan kişi ya da kurumun belirlenmesi ve işlevi; çocuğun koruyucu aile yahut kurumsal bakım kurumuna yerleştirilmesi; çocuğa ait taşınmazın idaresi, korunması yahut elden çıkarılması hususlarında çocuğun korunmasına ilişkin önlemler ile ilgili olabilir.

Tüzüğün 1. maddesinin 3. fıkrasında ise Tüzüğün uygulanmayacağı konular sayılmıştır. Bunlar; ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişkinin (soybağının) kurulması yahut böyle bir ilişkinin varlığının iddia edilmesi; evlât

<sup>4</sup> Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses, Official Journal L 160, 30/06/2000, s. 19 – 36.

<sup>5</sup> EUROPEAN COMMISSION: Practice Guide For The Application of The New Brussels IIa Regulation, s. 5, <[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels\\_ii\\_practice\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf)>, 3.08.20015.

<sup>6</sup> EKŞİ, N.: “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel S. 2009, s. 1144 (Basım Yılı: 2010) (Brüksel IIbis Tüzüğü).

edinme kararları, evlât edinme için tedbirler, evlât edinmenin geri alınması veya hükümsüzlüğü; çocuğun adı ve soyadı; küçüğün ergin kılınması; nafaka yükümlülüğü; tröst veya miras; çocuklar tarafından gerçekleştirilen ceza gerektiren suçlarda alınması gereken önlemlerde Tüzük uygulanmamaktadır. Tüzüğün kapsamında kayıtlı birliktelikler ile aynı cinsten kişilerin yasal birliktelikleri bulunmamaktadır<sup>7</sup>.

Bir uyuşmazlığın Tüzük kapsamına girip girmediğinin tayini, uyuşmazlığı ele alan mahkeme tarafından yapılmaktadır. Mahkeme, bu alandaki diğer uluslararası düzenlemeler karşısında Tüzüğün üstünlüğe sahip olup olmadığını, yetki kurallarının münhasır olup olmadığını ve *lex fori*'nin uygulama alanını da belirleyecektir<sup>8</sup>.

## **A. Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları**

### **1. Genel Yetki Kuralı**

Evliliğe ilişkin hususlarda, her ülkenin farklı kültür, hukuk düzeni ve gelenekleri olması sebebiyle farklı yetki kıstasları kullanılmaktadır. Bazı ülkelerde esas yetki kıstası eşlerin yerleşim yeri, bazılarının vatandaşlık, bazılarının ise, eşlerin mutad meskenleri olmaktadır. Tüzük, Avrupa Birliği üye devlet hukuk düzenlerinde yer alan yetki kurallarını birleştirmiştir<sup>9</sup>.

Tüzüğün 3. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme; boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanı davalarında Avrupa Birliği üyesi devlet mahkemelerinden hangisinin yetkili olduğunun belirlenmesine yöneliktir.

Tüzüğün 3(1)(a) maddesi uyarınca, boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanı davalarında,

- Eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer veya
- Eşlerden birinin hala orada oturuyor olması şartıyla, eşlerin son müşterek mutad meskeni veya
- Davalının mutad meskeni veya
- Eşlerin birlikte dava açması halinde, eşlerden herhangi birinin mutad meskeni,

---

<sup>7</sup> MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / PINTENS, W. : Brussels Ibis Regulation, Article 1, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012, s. 57-64.

<sup>8</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, N. : “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Ankara 2012, s. 347 (Brüksel (II) Tüzüğü).

<sup>9</sup> GRIGIENĖ, J. : “Jurisdiction In International Matrimonial Matters”, Baltic Journal of Law, Vol. 2, Number 1, 2009, s. 101.

- Dava tarihinden geriye doğru bir yıldan beri orada oturuyor olması şartıyla davacının mutad meskeni veya
- Davacının, dava tarihinden geriye doğru altı aydan beri oturduğu yer olması ve davacının oturduğu devletin vatandaşı (İngiltere ve İrlanda açısından yerleşim yerinin bu ülkelerden birinde olması) olması şartıyla davacının mutad meskeni mahkemeleri

milletlerarası yetkiye sahip üye devlet mahkemeleridir.

Tüzüğün 3 (1)(b) maddesine göre, milletlerarası yetkiye sahip üye devlet mahkemesi eşlerin müşterek vatandaşı oldukları yer mahkemesidir. İngiltere ve İrlanda açısından milletlerarası yetkiye sahip üye devlet mahkemesi eşlerin müşterek “yerleşim yeri” mahkemesidir. Bu Tüzük açısından “yerleşim yeri (*domicile*)” kavramı İngiltere ve İrlanda hukuk sistemlerinde sahip olduğu anlamı muhafaza edecektir (m. 3(2)).

Yeni Brüksel II Tüzüğü’nün kapsamı Avrupa Birliği üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Tüzüğün uygulanması için hukuki ilişkinin iki veya daha fazla Avrupa Birliği ülkesiyle bağlantılı olması şart değildir. Bir başka deyişle, Yeni Brüksel II Tüzüğü’nün ülkesel uygulama alanı Avrupa Birliği ülkeleri ile sınırlı değildir. Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkelerin vatandaşları arasındaki boşanma davalarına da Tüzük’te sayılan şartların gerçekleşmesi halinde Yeni Brüksel II Tüzüğü’nde yer alan milletlerarası yetki kuralları uygulanacaktır<sup>10</sup>. O halde, örneğin müşterek mutad meskenleri Frankfurt, Almanya’da olan bir Türk vatandaşı ile ABD vatandaşının boşanma davalarında, Birliğe üye devlet mahkemelerinden birinde dava açıldığı takdirde, Yeni Brüksel II Tüzüğü uyarınca milletlerarası yetkili mahkeme belirlenecek ve Alman mahkemeleri yetkili olabilecektir.

Yeni Brüksel II Tüzüğü’nde, “mutad mesken” temel yetki kıstası olarak kabul edilmiş ve değişik olasılıklara göre, mutad meskenin bulunduğu üye devlet mahkemesine milletlerarası yetki verilmiştir. Bununla birlikte, Kıta Avrupası sisteminde birçok ülkenin benimsediği geleneksel yetki kuralı olan eşlerin müşterek vatandaşı olduğu üye devlet mahkemesinin de yetkisi kabul edilmiştir<sup>11</sup>. Bu hüküm ile çeşitli nedenlerle Avrupa Birliği üyesi olmayan bir

<sup>10</sup> EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1154; MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. : Brussels IIbis Regulation, Introduction, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012, s. 41-42.

<sup>11</sup> İngiltere ve İrlanda açısından, müşterek vatandaşlık yerine eşlerin müşterek yerleşim yeri uygulanmaktadır (Tüzük m. 3 (1)(b)).

ülkede oturan Avrupa Birliği vatandaşlarına milli mahkemelerine başvuru yolu açılmıştır. Bu hüküm aşkın yetki (*exorbitant*) niteliği taşımaktadır. Bunun sebebi, vatandaşı olduğu Birlik üyesi devlet ile vatandaşlık dışında hiçbir bağlantısı kalmayan kişiler de 3(1)(b) maddesine dayanarak üye devlet mahkemesinde boşanma davası açabilecektir<sup>12</sup>. Örneğin, bir Alman kadını, Alman kocasından boşanmak istediğinde, kadının İtalya’da mutad meskeni olsa dahi, Alman mahkemelerinde her zaman boşanma davasını açabilir. Ancak eğer kadın Avusturyalı biriyle evli olsaydı, Alman mahkemelerinde dava açamayacaktı. Alman mahkemesinde dava açabilmesi için Almanya’da en az altı ay oturması gerekirdi<sup>13</sup>.

Tüzük, çifte vatandaşlık konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir<sup>14</sup>. Eşlerin çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda madde 3(1)(b)’in nasıl yorumlanacağı *Hadadi* davasında<sup>15</sup> tartışılmıştır.

Bay Hadadi ile Bayan Mesko, Macaristan vatandaşlarıdır. Macaristan’da 1979 yılında evlenmişlerdir. Fransa’ya 1980 yılında taşınmışlar ve kararın verildiği tarihte de halen Fransa’da oturmaktadırlar. Çift, 1985 yılında Macaristan vatandaşlığından ayrılmadan Fransız vatandaşlığını kazanmışlardır. 2002 yılında Bay Hadadi Macaristan’da Pest mahkemesinde dava açmış ve Mayıs 2004’de boşanma kararı almıştır. Bu sırada Bayan Mesko, Fransız mahkemelerine başvuruda bulunmuştur. Paris Temyiz Mahkemesi, Macaristan mahkemesinin vermiş olduğu kararın Fransa’da tanınamayacağına karar vermiştir. Bay Hadadi bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Yüksek mahkeme ise, AB Adalet Divanı’na (ABAD) başvuruda bulunmuştur<sup>16</sup>. Adalet Divanı, bu davada, eşlerin her birinin aynı iki üye devlet vatandaşlığına sahip olması durumunda üye devlet mahkemelerinden birinin yetkisi, başvuruda bulunan kişinin bu devlet ile olan diğer bağları ortaya koyamadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu nedenle eşler, birlikte vatandaşı oldukları her bir üye devlet mahkemesinde

---

<sup>12</sup> EKŞİ (Brüksel Ibis Tüzüğü), s. 1144, 1165.

<sup>13</sup> MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / BORRÁS, A. : Brussels Ibis Regulation, Article 3-9, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012, s. 92.

<sup>14</sup> GRIGIENÉ, s. 102.

<sup>15</sup> Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady), Case C168/08, Judgment of Court of Justice of the European Union (CJEU) of 16 July 2009, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72471&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=222400>>, 03.12.2015.

<sup>16</sup> Hadady v. Hadady davası, paragraf 16-22.

kendi seçimlerine göre dava açabilirler<sup>17</sup>. *Hadadi* davasında, eşlerin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda daha etkili olan vatandaşlığın göz önüne alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Eşlerin vatandaşlıklarında buldukları tüm üye devletlerin mahkemeleri bu davalarda milletlerarası yetkili olacaklardır<sup>18</sup>.

Tüzükte temel yetki kıstası olarak “mutad mesken” kullanılmasına rağmen, buna ilişkin olarak herhangi bir mutad mesken tanımına Yeni Brüksel II Tüzüğü’nde yer verilmemiştir. Tüzüğün 3(1) maddesinde sayılan beş yetki esası, kişinin bir yıl süreyle oturduğu devlette mutad meskenini tesis ettiği izlenimini vermekle birlikte bütün üye devlet mahkemelerinin mutad meskeni bu şekilde yorumlayacaklarına dair genel bir sonuca varmak mümkün değildir<sup>19</sup>.

Bununla birlikte, çeşitli mahkeme kararlarında “mutad mesken” kavramı tanımlanmıştır. *Dickson v. Dickson* davasında<sup>20</sup>, mutad meskenin, o sırada oturlan ve yerleşme niyetinin bir süre daha devam edeceği yer olduğu belirtilmiştir. Bir başka davada mutad meskenin isteğe bağlı olması gerektiği belirtilmiş<sup>21</sup> ancak daha sonra *Cameron v. Cameron* davasında<sup>22</sup> mutad meskenin isteğe bağlı olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>.

AB Adalet Divanı’nın *Swaddling v. Adjudication Officer* davasında<sup>24</sup> verdiği kararda, mutad mesken; kişilerin mutad olarak oturdukları ve mafaatlerinin merkezinin bulunduğu devlet olarak ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Bu

<sup>17</sup> Hadady v. Hadady davası, paragraf 58.

<sup>18</sup> GRIGIENĖ, s. 103.

<sup>19</sup> Üye devlet mahkemeleri, Yeni Brüksel II Tüzüğü bağlamında mutad mesken kavramını, ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlamalıdır: EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1147-1148.

<sup>20</sup> Dickson v. Dickson, 2001 ND 157, In The Supreme Court State Of North Dakota, 634 N.W.2d 76, 5 September 2001, <<https://www.ndcourts.gov/court/opinions/20010011.htm>>, 06.11.2015.

<sup>21</sup> ALBĂSTROIU, R. G. : “Council Regulation (EC) No 2201/2003 – Mechanism of Modernisation for National Legislations in the Field of Family Relationships”, Logos Universality Mentality Education Novelty, Section: Law, Year III, Issue 1, 2014, s. 15.

<sup>22</sup> Cameron v. Cameron, 1996 SC 17, Court of Session Inner House (Second Division) Scotland (Appellate Court), 24 October 1995, <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0071.htm>>, 06.11.2015.

<sup>23</sup> ALBĂSTROIU, s. 15.

<sup>24</sup> Robin Swaddling v Adjudication Officer, Case C-90/97, Judgment of CJEU of (Fifth Chamber) of 25 February 1999, < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0090>>, 12.11.2015.

<sup>25</sup> ALBĂSTROIU, s. 15.

hususların belirlenmesinde, oturmanın uzunluğu ve devamlılığı, iş durumu, aile durumu, taşınma nedenleri ve tüm ilgili durumlarda kişinin amacı göz önüne alınması gereklidir. Görüldüğü üzere, oturmanın uzunluğu, bir kişinin mutad meskenini belirlemede sadece bir etkindir, ancak mutad meskene sahip olmada bir esas değildir<sup>26</sup>.

## **2. Karşı Davada Yetki**

Tüzüğün 4. maddesinde karşı davalarda yetki hususunu düzenleyen bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, karşı davaya ilişkin bir meselenin de bu Tüzük kapsamına girmesi koşuluyla, karşı davaya ilişkin yetki, madde 3'te yer alan yetki hükümleri ile belirlenecektir (m. 4).

## **3. Ayrılığın Boşanmaya Dönüşmesi Halinde Yetkili Mahkeme**

Ayrılığın boşanmaya dönüşmesi halinde yetkili mahkemeyi Tüzüğün 5. maddesi düzenlemiştir. Bu madde uyarınca, madde 3 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ayrılık kararı veren üye devlet mahkemesi, bu devletin hukuku engel teşkil etmiyorsa boşanma kararı da verebilir.

## **4. Tüzüğün 3, 4 ve 5. Maddelerinin Niteliği**

Tüzüğün 6. maddesinde madde 3, 4 ve 5'te yer alan yetki kurallarının münhasır niteliği düzenlenmiştir. Mutad meskeni üye devlet topraklarında yer alan veya üye devletin vatandaşı bulunan (İngiltere ve İrlanda açısından, bahsi geçen üye devletlerde yerleşim yeri bulunan) eşlerden biri diğer üye devletlerde madde 3, 4 ve 5'e uygun olarak dava edilebilir.

Tüzüğün anılan maddesinde kullanılan "münhasır" kavramı, iyi seçilmiş bir terim değildir. Çünkü maddede kullanılan münhasır yetki kavramı, geleneksel anlamdaki münhasır yetkiden farklıdır. Burada kastedilen 3-5. maddelerdeki yetki esaslarına alternatif olarak başvurulacağı ve bunlar arasında uygulama açısından öncelik sonralık ilişkisinin bulunmadığıdır. Üye devletlerden birinde mutad meskeni bulunan eşe karşı diğer bir üye devlette açılacak boşanma, ayrılık veya evlenmenin butlanı davasında yetkinin mutlaka 3-5. maddelere göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>27</sup>. Aynı şekilde eşlerden birinin üye devletin vatandaşı bulunması (İngiltere ve İrlanda açısından, yerleşim yerinin bulunması) durumunda eşe karşı başka bir üye

---

<sup>26</sup> LAMONT, R. : "Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law", Journal of Private International Law, Vol. 3, No.2, October 2007, s. 265 (Habitual).

<sup>27</sup> EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1149; MAGNUS/ MANKOWSKI / BORRÁS, s. 101.



devlette açılacak boşanma, ayrılık veya evlenmenin butlanı davasında yetkinin mutlaka 3-5. maddelere göre belirlenmelidir<sup>28</sup>.

### 5. Diğer Yetki Kuralları

Tüzüğün 7(1). maddesi uyarınca, üye devlet mahkemelerinin Tüzüğün 3, 4 ve 5. maddeleri uyarınca yetkisi bulunmamaktaysa, yetki, her üye devletin kendi hukukuna göre belirlenecektir.

Örneğin, bir Yunan vatandaşı erkek, İsveç vatandaşı bir kadınla evlidir. Fransa’da on yıl yaşadktan sonra Amerika Birleşik Devletleri’ne taşınmışlardır. Tüzüğün 3. maddesi uyarınca, Avrupa Birliği içinde herhangi bir mahkemenin boşanma davası için yetkisi yoktur. Yeni Brüksel II Tüzüğünün 7. maddesi uyarınca, boşanma davası Yunanistan mahkemelerinde (kocanın vatandaşı olduğu ülke hukuku uyarınca) ve de İsveç mahkemelerinde (karının vatandaşı olduğu ülke hukuku uyarınca) açılabilir<sup>29</sup>.

Diğer bir üye ülkede mutad meskeni olan bir üye devlet vatandaşı tarafından, üye devlette mutad meskeni bulunmayan ve üye devlet vatandaşı olmayan (İngiltere ve İrlanda açısından bu iki ülkede yerleşim yeri bulunmayan) davalıya karşı açılacak olan boşanma veya ayrılık davalarında, tıpkı o ülkenin vatandaşı gibi, mutad meskenin bulunduğu devletin yetki kurallarına başvurulabilir (m.7(2))<sup>30</sup>.

Tüzüğün 7(2). maddesinin uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan ilki, davacının bir üye devlet vatandaşı olmasıdır. İkinci olarak ise, davalının mutad meskeni Birlik dışında bulunmalı ve davalı üye devlet vatandaşı olmamalıdır (İngiltere ve İrlanda açısından bu iki ülkede yerleşim yeri bulunmamalıdır)<sup>31</sup>. Örneğin, Fransız vatandaşı kadın ile bir Türk vatandaşı erkek evlidir ve Türkiye’de yaşamaktadırlar. Daha sonra aralarında çıkan tartışmalar sonucunda Fransız vatandaşı kadın Almanya’ya taşınmıştır. Fransız kadın Almanya’da boşanma davası açmıştır. Tüzüğün 3, 4 ve 5. maddeleri uyarınca üye devlet mahkemelerinin yetkisi bulunmamaktadır. Burada davacı, Yeni Brüksel II Tüzüğün 7(2). maddesine göre, boşanma davasında yetkili mahkemenin belirlenmesinde (davacının) mutad meskeninin bulunduğu Alman hukukunun yetki kurallarına başvurabilir.

<sup>28</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 14.

<sup>29</sup> DE BOER, Th. M. : “The Second Revision of The Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law”, s. 3, <<http://dare.uva.nl/document/2/58722>>, 08.08.2015.

<sup>30</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 14-15; EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1149.

<sup>31</sup> EUROPEAN CIVIL LAW: “The Brussels II Regulation 2003”, <<http://www.europeancivil-law.com/brussels-two2003.htm>>, 01.03.2016.

Boşanma, ayrılık veya evlenmenin butlanı davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisini iç hukuklara göre tayin edileceği haller; Tüzüğü'nün 7(1). ve 7(2). maddelerinde düzenlenmiştir. Bu durumlardan birine göre üye devlet mahkemeleri, milletlerarası yetkisini iç hukuklarına göre belirleyeceğinden iç hukuklarında yer alan aşkın yetki (*exorbitant*) kurallarını da uygulayabilirler<sup>32</sup>.

Sonuç olarak görülmektedir ki, Yeni Brüksel II Tüzüğü, hemen hemen bütün boşanma, ayrılık veya evlenmenin butlanı davalarında, Birlik üyesi ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edecek şekilde düzenlenmiştir. Tüzükteki milletlerarası yetki kurallarının uygulanması için mutad meskenin üye devletlerden birinde bulunması veya eşlerin üye devletlerden birinin vatandaşı olması yeterlidir. Ayrıca boşanacak eşlerin üye devletlerin vatandaşı olması gerekli değildir. Örneğin, Hollanda'da mutad meskeni olan iki Türk vatandaşı arasındaki boşanma davasında Hollanda mahkemeleri Yeni Brüksel II Tüzüğü'ne göre yetki kazanacaktır. Bununla birlikte, Yeni Brüksel II Tüzüğü'nde, eşlerin vatandaşı oldukları üye devlet mahkemesinde dava açmalarına izin verilmiştir. Bu şekilde, üye devletlerden herhangi biriyle vatandaşlık dışında başka bir bağlantısı kalmamış olan eşlere, vatandaşı oldukları üye devlet mahkemesinde boşanma davası açma fırsatı verilmiştir. Böylece Avrupa Birliği üyesi olmayan ülkelerde yaşayan Avrupa Birliği vatandaşlarına, boşanma, ayrılık veya evlenmenin butlanı davalarında, vatandaşı oldukları Birlik üyesi devlet mahkemelerinin kapıları açık tutulmuştur<sup>33</sup>.

### **B. Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Davalar**

“Ebeveyn sorumluluğu” kavramı bir gerçek yahut tüzel kişiye mahkeme kararı, kanun hükmü gereği yahut hukuki geçerliliği bulunan bir sözleşme ile verilen çocuğun kişiliği yahut mallarına ilişkin olan tüm hak ve yükümlülükleri ifade eder. Bu kavram velâyet hakkı ve çocuk ile ilişki kurma hakkını da kapsamaktadır (Tüzük m. 2 (7)).

“Velâyet hakkı” çocuğun kişiliğinin korunmasına ilişkin her türlü hak ile yetkiyi ve özellikle çocuğun mutad meskeninin belirlenmesi hakkını sağlamaktadır (Tüzük m. 2(9)). “Çocuk ile ilişki kurma hakkı” kavramı özellikle çocuğu onun mutad meskeninden sınırlı bir süre için bir başka yere götürme hakkını vermektedir (Tüzük m. 2 (10)).

---

<sup>32</sup> EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1166; MAGNUS/ MANKOWSKI / BORRÁS, s. 102-109.

<sup>33</sup> EKŞİ (Brüksel IIbis Tüzüğü), s. 1168.

## 1. Genel Yetki Kuralı

Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda genel yetki kuralı Tüzüğün 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda davanın açıldığı anda çocuğun mutad meskeninin bulunduğu üye devlet mahkemeleri yetkili olacaktır. Bu düzenleme, madde 9, 10 ve 12 için de uygulama alanı bulacaktır.

Geçtiğimiz yıllar boyunca çocuğun mutad meskeni kavramı ebeveynlerin niyetlerine ağırlık veren anlayıştan çocuğu daha fazla merkeze alan ve vakıalara dayalı bir yaklaşım olarak gelişmiştir. Üye ülke mahkemeleri, ABAD’ın kararları ışığında çocuğun mutad meskenini yeknesak bir şekilde yorumlanmasını sağlamak için bilinçli adımlar atmışlardır<sup>34</sup>. *A* davasında<sup>35</sup> ebeveynin niyetinin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin çoğunluğu tarafından dikkatlice incelendiği söylenemez. Daha sonra *Mercredi* davasında<sup>36</sup> ABAD, yaşça küçük çocuğun mutad meskenini belirlerken çocuğu gözetim yükümlülüğü altında bulunan ebeveynin niyetinin özellikle önemli olduğu hususunda hassas bir dengeye ulaşmıştır.

ABAD *A* davasında, Yeni Brüksel II Tüzüğünün amacı bakımından mutad mesken kavramının açık ve kapsamlı bir tanımını yapmaktan kaçınmış; daha ziyade üye ülke mahkemeleri tarafından somut davada çocuğun mutad meskenini tespit ederken kullanılabilecek bir “kıstaslar listesi” geliştirmiştir. ABAD, üye ülke mahkemelerinden çocuğun mutad meskenini tespit ederken somut davanın bütün şartlarının incelenmesini ve çocuğun fiziksel olarak o ülkede bulunmasının herhangi bir şekilde geçici ya da devamlı olmayacak şekilde olup olmadığına karar verilmesinin yanı sıra çocuğun o yerde oturmasının sosyal çevreye ve aile ortamına az çok bir bütünleşmeyi yansıtmasını şart koşmaktadır. Bunu yaparken, özellikle, “bir üye ülkenin sınırları dâhilinde kalışın süresi, düzenliliği, şartları ve sebepleri ve ailenin bu

<sup>34</sup> BEAUMONT, P. / HOLLIDAY, J. : “Recent Developments on The Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases”, s. 17-18, <[https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_Developments\\_on\\_the\\_Meaning\\_of\\_Habitual\\_Residence\\_in\\_Alleged\\_Child\\_Abduction\\_Cases\\_.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_Meaning_of_Habitual_Residence_in_Alleged_Child_Abduction_Cases_.pdf)>, 30.10.2015.

<sup>35</sup> A, Case C-523/07, Judgment of CJEU of 2 April 2009, ECR I-2805, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7289>>, 30.10.2015.

<sup>36</sup> Barbara Mercredi v Richard Chaffe (Mercredi), Case C-497/10, Judgment of CJEU of 22 December 2010, ECR I-14309, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=731175>>, 30.10.2015.

ülkeye taşınması, çocuğun vatandaşlığı, devam ettiği okulun yeri ve çocuğun okula devam durumu, çocuğun o yerin dilini konuşabilmesi ve çocuğun o ülkedeki aile ve sosyal ilişkilerinin yanı sıra çocuğun ebeveyninin kalmakta olunan yerdeki niyetleri de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>37</sup>. ABAD söz konusu kıstasların üye ülke mahkemeleri tarafından somut davada uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme, çocuğun mutad meskeninin hiçbir şekilde belirlenemeyeceği davaların olduğuna işaret etmekte, bunun sonucu olarak da Yeni Brüksel II Tüzüğü'nün 13. maddesinin 1. fıkrası çocuğun bulunduğu üye ülke mahkemesinin yetkili olacağını belirtmektedir<sup>37</sup>.

*Mercredi* davasında, ABAD (*A* davasında geliştirdiği) yeni doğan çocukların (bebeklerin) mutad meskeni kavramının hatlarını netleştirme şansını yakalamıştır. ABAD, *Mercredi* davasında ilk olarak Tüzüğü'nün, mutad meskenin oluşmasında oturma süresi bakımından asgari bir süre belirlemesine gerek olmadığı yönünde genel bir değerlendirme yapmış, ilgili kimsenin niyetinin önemini bir kere daha vurgulamıştır. Mahkemenin ifadesiyle “ilgili kişi bakımından söz konusu yerin devamlılık niteliğine haiz olması amacını da dikkate alarak, menfaatlerinin daimi ya da mutad meskenini kurma iradesine sahip olması fevkalade büyük öneme sahip bir husustur.” Mahkeme, çocuğun oturacağı yere dair niyetlerinin ve çocuğun yaşının önemini altını çizmektedir. Bu nedenle bir bebek söz konusu olduğunda bu çocuğa bakmakla yükümlü olan kimsenin mutad meskeni belirleyicidir; dolayısıyla mutad mesken bakımından aranan kıstaslar –oturma niyeti de dâhil olmak üzere– bu kimse göz önünde bulundurulurularak karar verilmelidir<sup>38</sup>. Şayet yeni doğan çocuğu gözetmekle yükümlü olan ebeveynin niyetine yeterli ağırlık verilirse, mutad mesken bakımından aranan fiziksel olarak o yerde bulunma şartı artık aranmayacaktır<sup>39</sup>.

## **2. Çocuğun Hukuka Uygun Olarak Yer Değiştirmesinin Eski Mutad Meskeni Mahkemesinin Yetkisine Etkisi**

Tüzüğü'nün 9. maddesinde çocuğun eski mutad meskeninde devam eden yargılamaya ilişkin hüküm yer almaktadır. Madde 9(1)'e göre, bir çocuk hukuka uygun olarak bir üye devletten diğerine götürülür ve burada yeni bir

<sup>37</sup> DUTTA, A. / SCHULZ, A. : “First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation From C to Health Service Executive”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, No. 1, April 2014, s. 10.

<sup>38</sup> DUTTA / SCHULZ, s. 10.

<sup>39</sup> BEAUMONT / HOLLIDAY, s. 18.

mutad mesken edinirse, çocuğun eski mutad meskeninin yer aldığı üye devlet mahkemelerinin, madde 8 istisna olmak üzere, çocuğun götürülmesinden itibaren 3 aylık süre içinde çocuğun götürüldüğü devlette yeni bir mutad mesken edinmiş olması ve görüşme hakkı talep eden tarafın çocuğun götürülmeden önceki mutad meskeninin bulunduğu yerde oturmaya devam etmesi şartlarının mevcut olması halinde eski mutad mesken mahkemesinin yetkisi 3 ay boyunca devam edecektir ve çocuğun götürüldüğü yer mahkemeleri bu süre zarfında görüşme hakkına ilişkin karar veremeyecektir.

Çocukla görüşme hakkına sahip kişinin çocuğun yeni mutad meskeninde açılan davada yetkisizlik itirazında bulunmayarak mahkemenin yetkisini kabul etmesi halinde 9. maddenin 1. paragrafı uygulanmayacaktır (m. 9(2)).

Madde 9'un uygulanabilmesi için aşağıdaki sekiz şartın yerine gelmesi gerekmektedir<sup>40</sup>.

1. Çocukla görüşme hakkına ilişkin karar, bir üye devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmalıdır.

2. Çocuğun bir üye devletten başka bir üye devlete yasal olarak götürülmesi gerekir.

3. Çocuğun yer değiştirmesinden sonra sadece üç aylık bir dönem için madde 9 uygulanır.

4. Bu üç aylık dönemde çocuğun yeni götürüldüğü üye devlette mutad meskene sahip olması gerekir.

5. Görüşme hakkı sahibinin halen eski üye devlette mutad mesken sahibi olması gerekir.

6. Görüşme hakkı sahibinin yetki değişimini kabul etmemesi gerekir.

7. Götürülen (yeni) üye devlet mahkemelerinin, görüşme hakkı dışında diğer konularda karar vermesini madde 9 engellememelidir.

8. Çocuğun eski mutad meskeni mahkemesinde devam eden bir yargılama olmalıdır.

### 3. Yetki Anlaşması

Tüzüğün 12. maddesinde yetki anlaşması düzenlenmektedir. Tüzük uyarınca boşanmayla ilgili hususlarda yetki anlaşması yapılması mümkün değildir<sup>41</sup>. Ancak koşulların gerçekleşmesi halinde, boşanma davasında yetkili

<sup>40</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 28-30.

<sup>41</sup> SCOTT, J. M. : "Resolving The Problems of Jurisdiction in Family Law Brussels II And

olan üye devlet mahkemesi, boşanma davasıyla ilişkili olan ebeveynlere ilişkin sorumluluk davalarında da yetkili olabilecektir<sup>42</sup>.

Tüzük, çocuğun mutad meskeni mahkemesinden başka bir üye devlet mahkemesinin yetkili hale gelebilmesini özel koşullara tabi tutmuş, sınırlı bir imkân olarak tanımıştır. Unutulmamalıdır ki, madde 12'in 1-3 paragrafları arasındaki durumların gerçekleşmemesi halinde, madde 12 yeni bir yetkili mahkeme yaratmaz<sup>43</sup>.

Evlilik meselelerine ilişkin olarak açılan davalarda, şayet çocuğa ilişkin bir mesele mevcutsa ve çocuk söz konusu meseleye ilişkin davanın devam etmekte olduğu ülkeden başka bir yerde mutad mesken sahibiyse yetki anlaşmasının yapılabilmesi önemli bir konu haline gelir. Bu durum, hali hazırda yalnızca Tüzüğün 3. maddesi kapsamında yetkili olan mahkemelerce uygulanmak üzere, Tüzüğün 12. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Tüzüğün 12. maddesinin söz konusu fıkralarının, Tüzüğün 7. maddesi<sup>44</sup> uyarınca yetkili olan mahkemenin yetkisine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Tüzüğün 12. maddesi ile getirilen bu yeni kural, hem çocuğun davanın görülmekte olduğu üye devlet dışında herhangi bir üye devlette mutad meskeninin olması halinde uygulanacak, hem de üye olmayan bir ülkede mutad meskeninin bulunması durumunda uygulanacaktır<sup>45</sup>.

### **a. Yetki Anlaşması Yapılabilmesinin Şartları**

Tüzüğün 12 (1) maddesi uyarınca, boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanına ilişkin bu Tüzüğün 3. maddesine göre karar vermeye yetkili üye devlet mahkemesi, bu taleple ilişkili olan ebeveynlere ilişkin tüm sorumluluk durumlarında şu hallerde yetkili olacaktır:

- eşlerden en az birisinin çocuk üzerinde ebeveyn sorumluluğuna haiz olması halinde ve

- mahkemenin yetkisi davanın açıldığı sırada eşler ya da ebeveynlere ilişkin sorumluluğa sahip kişi ya da kurum tarafından açıkça veya açıkça

---

Points West”, s. 3, <[http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving\\_problems\\_of\\_jurisdiction.pdf](http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving_problems_of_jurisdiction.pdf)>, 05.11.2015.

<sup>42</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 15.

<sup>43</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 31.

<sup>44</sup> Yeni Brüksel II Tüzüğü'nün 7. maddesi, Tüzüğün 3, 4 ve 5. maddeleri ile yetkinin tayin edilemediği durumlarda her bir üye devlet mahkemesinin kendi kuralları uyarınca yetkisinin tayin edilmesine imkân tanır.

<sup>45</sup> RAUSCHER, T. : “Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation “Brussels IIA””, The European Legal Forum, 1-2005, s. 40, <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/604.pdf>>, 13.11.2015.

anlaşılacak bir biçimde kabul edilmesi ve çocuğun üstün menfaatlerinin göz önünde tutulması halinde.

Tüzüğün bu düzenlemesi uyarınca; boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanı davalarında Tüzüğün 3. maddesine göre yetkili olan üye devlet mahkemesi, bazı şartların yerine gelmesi halinde ebeveynlerin sorumluluğuna ilişkin davalarda da yetkili olabilecektir.

### **b. Yetkiyi Sona Erdiren Haller**

Tüzüğün 12(1) maddesinde yer alan yetki hali aşağıdaki durumlardan birinin varlığı halinde en kısa sürede sona erecektir. Bu durumlar m. 12(2)'de şu şekilde sayılmıştır:

(a) boşanma, ayrılık veya evliliğin butlanına ilişkin davanın kabulü ya da reddi aşamasına gelinmiş ise

(b) bent a'da belirtilen davalarda ebeveynlere ilişkin sorumluluk hallerine ilişkin bir uyuşmazlığın da söz konusu olması ve bu davalar hakkında verilen kararın kesinleşmiş olması halinde

(c) bent (a) ve (b)'de belirtilen davalar bir başka sebepten sona ermiş ise (örneğin boşanmaya ve ebeveyn sorumluluğuna dair başvuruların geri çekilmesi gibi).

### **c. Yetki Anlaşmasına İlişkin Diğer Özel Durumlar**

Tüzüğün 12(3) maddesine göre, bir üye devlet mahkemesi m. 12(1)'de yer alan durumlardan başka ve ebeveynlere ilişkin sorumluluğa ilişkili olan bir davada da aşağıdaki iki şartın gerçekleşmesi halinde yetkili olacaktır:

(a) çocuğun söz konusu üye devlet ile önemli bir bağlantısının bulunması, özellikle ebeveyn sorumluluğuna sahip kişilerden birinin söz konusu üye devlette mutad meskeninin bulunması ya da çocuğun o üye devletin vatandaşlığına sahip olması

(b) mahkemenin yetkisi davanın açıldığı sırada davayla ilgili bütün taraflar tarafından açıkça veya açıkça anlaşılacak bir biçimde kabul edilmesi ve çocuğun üstün menfaatlerinin göz önünde tutulması halinde.

Tüzüğün 12. maddesinin 3. fıkrası, yalnızca ebeveynlere ait sorumluluğa ilişkin davalarda uygulanmak üzere, evlilik meselelerine ilişkin hali hazırda bir davanın bulunmadığı ve yine, çocuğun mutad meskeni davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu üye devlette yer almadığı durumlar bakımından yetkiye ilişkin farklı bir anlayış geliştirmiştir. Söz konusu (ebeveyn sorumluluğuna

sahip tarafların tamamı arasında, çocuğun önemli bir bağlantısının bulunduğu üye devlet mahkemesinde davanın görülebileceğine dair anlaşma yapmaya izin veren) düşünce daha önce Komisyonun ilk metninde yer almaktaydı. Yine ebeveyn sorumluluğuna sahip tarafların tamamının davanın açıldığı anda (daha doğru bir ifade ile “açılmış olduğu” anda) anlaşmış olmaları hususunun bu durumda aranmaması, meselenin sadece bir yönünü teşkil etmektedir. Konunun daha büyük önem teşkil eden noktası ise üye devlet ile çocuk arasında “önemli bir bağın bulunması”dır. Tüzüğün 12. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca bu bağlantı özellikle, yalnızca bir karine olarak değil hukuki bir bağ kurulmuş biçimde, çocuk, o ülkenin vatandaşı ise ya da ebeveyn sorumluluğuna sahip kimselerden birinin o ülkede mutad meskeni bulunmakta ise söz konusu olmaktadır. Ayrıca söz konusu yetki bakımından çocuğun üstün menfaati söz konusu olmalıdır. Çocuğun üstün menfaati kıstasının beklenen amacı gerçekleştirecek biçimde kullanılması bakımından, her ne kadar Tüzüğün 12. maddesinin 3. fıkrası yalnızca çocuğun vatandaşlığına dayanılarak da oldukça geniş bir yetki kuralı getirmişse de, mahkeme makul olarak nitelendirilebilecek sonuçlara ulaşmalıdır<sup>46</sup>.

Tüzüğün 12(3)(b) maddesinde, davayla ilgili bütün taraflar tarafından yetki anlaşmasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada eğer, ebeveyn sorumluluğuna sahip taraflardan biri davaya taraf değilse, bu kişinin anlaşmasına gerek yoktur. Diğer taraftan, davaya ebeveyn sorumluluğuna sahip olmayan kişiler tarafsız örneğin, büyükanne-büyükbaba veya üvey anne-üvey baba gibi bu kişilerin anlaşmaları gerekecektir<sup>47</sup>.

ABAD, Kasım 2014’de *L v M* davasında<sup>48</sup> 12(3) ve 12(3)(b) maddelerini yorumlanmıştır. Davada, Bayan L, R ve K adlı çocukların annesidir. Bay (M) ise, çocukların babasıdır. L ve M evli olmayan bir çifttir. Çocuklar Çek Cumhuriyeti’nde doğmuş ve Çek Cumhuriyeti vatandaşıdır. Şubat 2010 tarihine kadar aile Çek Cumhuriyeti’nde yaşamıştır. Şubat 2010’dan sonra, Bayan L Avusturya’da çalışmaya başlamıştır. Bay M ise Český Krumlov’da (Çek Cumhuriyeti’nde) yaşamış ve çalışmıştır. Çocuklar, dönüşümlü olarak anne ve babalarının yanında kalmışlardır. Mayıs 2012’de, L çocukların ikametini Avusturya’ya taşımış ve aynı yıl Eylül ayında Bay M’ye çocukların

---

<sup>46</sup> RAUSCHER, s. 41.

<sup>47</sup> MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / PATAUT, E. : Brussels IIbis Regulation, Article 10-15, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012, s. 157.

<sup>48</sup> *L v M*, Case C-656/13, Judgment of CJEU of 12 November 2014, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0656&lang1=en&type=TEXT&ancre=>>>, 26.11.2015.



Çek Cumhuriyeti'ne dönmeyeceğini bildirmiştir. Bu süreçte, çocuklar, Avusturya'da okula gitmişlerdir<sup>49</sup>.

Bu olayların ardından, L ve M arasında velâyet konusunda ihtilâf çıkmıştır. Ekim ayında, Bay M, Český Krumlov yerel mahkemesine (*Okresní soud v Českém Krumlově*) başvurmuş ve çocukların velâyetinin düzenlenmesini talep etmiştir. Bay M, Bayan L ile olan anlaşmasının ihlal edilmiş olması nedeniyle, 28 Ekim 2012 tarihinde çocuklarının kendisini ziyaretinin ardından, çocuklarını geri göndermemiştir. 29 Ekim 2012 tarihinde Bayan L, Český Krumlov yerel mahkemesine çocukların velâyeti için başvurmuştur. Daha sonra, benzer bir başvuruyu Avusturya mahkemelerine de yapmıştır<sup>50</sup>.

Český Krumlov mahkemesi, 1 Kasım 2012'de tedbir kararı vermiş ve çocuklar annelerinin yanına Avusturya'ya dönmüştür. 12 Aralık 2012'de České Budějovice Bölge mahkemesi (*Krajský soud v Českých Budějovicích*) tedbir kararını onaylamıştır. 1 Şubat 2013'de České Budějovice Bölge mahkemesi, çocukların Avusturya'da ikamet etmesinden dolayı yetkisinin olmadığını ve Brüksel II Tüzüğü'nün 8 (1) maddesi uyarınca Avusturya mahkemelerinin yetkili olduğunu tespit etmiştir<sup>51</sup>.

Bölge mahkemesi, Çek mahkemesinin milletlerarası yetkisinin Brüksel II Tüzüğü'nün 12(3) maddesi uyarınca tesis edilebileceğini söylemiştir, çünkü çocukların Çek Cumhuriyeti ile önemli bir bağlantısı bulunmakta, her iki ebeveyn de Çek mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kabul etmekte (çocuğun velisi sonradan mahkemeye başvurmuştur) ve Český Krumlov yerel mahkemesi ile České Budějovice Bölge mahkemesi, çocukların üstün menfaatinidir<sup>52</sup>.

Çek Bölge mahkemesi, milletlerarası yetkisinin var olduğunu kabul ettikten sonra, yetkinin taraflarca kabul edilip edilmediğini incelemiştir. Mahkemece, Bay M'nin 26 Ekim 2012'de Çek mahkemesine başvurduğu, daha sonra 29 Ekim 2012'de Bayan L'nin aynı mahkemeye başvurduğu, bir süre sonra ise, Bayan L'nin, Bay M'nin Avusturya mahkemesinde dava açması gerektiğini savunmuş olduğu ve L'nin Avusturya mahkemesinde dava açmış olduğu belirlenmiştir<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> L v M davası, paragraf 17-18.

<sup>50</sup> L v M davası, paragraf 19-21.

<sup>51</sup> L v M davası, paragraf 22-23.

<sup>52</sup> L v M davası, paragraf 25.

<sup>53</sup> L v M davası, paragraf 26.

Bayan L, České Budějovice Bölge mahkemesi kararını temyiz etmiştir. Temyiz dilekçesinde, Bayan L, Tüzüğün 12(3) maddesinde yer alan yetkinin kabul edilmesi şartının yerine getirilmediğini savunmuştur. Bayan L, Český Krumlov yerel mahkemesine başvurusunu Çek Cumhuriyeti Çocuk Hakları Koruma Dairesinin tavsiyesi ile yaptığını çünkü çocuklarının nerede olduğunu bilmediğini söylemiştir. Bayan L, ayrıca Avusturya'daki yetkili makamlara da başvurmuş, olaylara vakıf olunca, 31 Ekim 2012'de Çek mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kabul etmediğini açıkça belirtmiştir. Mahkeme, madde 12(3)'ün çocukların velâyetine ilişkin davalarla ilgili başka hiç bir dava olmasa bile uygulanabileceğini söylemiştir. Mahkeme, davada Bayan L'nin Çek Cumhuriyeti mahkemelerinin milletlerarası yetkisini "açıkça ve açıkça anlaşılabilir bir şekilde" kabul edip etmediğini incelemiştir. Bölge mahkemesi şu sonuca ulaşmıştır. Bayan L, 29 Ekim 2012'de Český Krumlov yerel mahkemesine başvurarak, Çek mahkemelerinin yetkisini kabul etmiştir. Olay incelendiğinde, Bayan L'nin Český Krumlov yerel mahkemesine başvurusunun nedeni sadece çocukları hakkında bilgi edinmektir. Bu durum da, bu davada bir kabulün söz konusu olmadığı görüşünü ortaya çıkarmaktadır. Bay M'nin açmış olduğu davada, Bayan L'nin yerine getirmesi gereken ilk işlemde, Bayan L mahkemenin yetkisine itiraz etmiştir. Yüksek Mahkeme Tüzüğün 12(3) maddesinin yorumlanması amacıyla ABAD'a başvurmuştur<sup>54</sup>.

ABAD'a göre, Tüzüğün 12(3) maddesi uyarınca üye devlet mahkemelerinin yetkili olabilmesi için paragraf 1'de belirtilen davalar dışında ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalar söz konusu olmalı (boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanına ilişkin bir dava olmamalı), çocuğun bu üye devlet ile önemli bir bağlantısı bulunmalı, ebeveyn sorumluluğuna sahip kişilerden birinin söz konusu üye devlette mutad meskeninin bulunması ya da çocuğun o üye devletin vatandaşlığına sahip olması ve de mahkemenin yetkisi davanın açıldığı sırada davayla ilgili bütün taraflar tarafından açıkça veya açıkça anlaşılacak bir biçimde kabul edilmesi ve çocuğun üstün menfaatlerinin göz önünde tutulması gereklidir. ABAD'a göre Tüzüğün 12(3) maddesi şu şekilde yorumlanmalıdır. Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda, çocuğun mutad meskeninin bulunmadığı üye devlet mahkemesinin yetkisinin tesisine, seçilen mahkemede başka hiçbir yargılama yapılmıyor olsa dahi, izin verilmelidir<sup>55</sup>.

ABAD'a göre, madde 12(3)(b) uyarınca, seçilen mahkemenin yetkisi davanın açıldığı sırada davayla ilgili bütün taraflar tarafından açıkça veya

---

<sup>54</sup> L v M davası, paragraf 27-31.

<sup>55</sup> L v M davası, paragraf 39-42, 52.

açıkça anlaşılacak bir biçimde kabul edilmesi halinde söz konusu olabilecektir. Madde 16’da davanın açılması tanımlanmıştır. Buna göre, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin, davacının davalıyı bilgilendirmek için gereken işlemleri yapmayı ihmal etmemesi şartıyla, mahkemeye ulaştığı an, dava açılmış kabul edilecektir. O halde, madde 12(3)(b)’nin madde 16 ile birlikte incelendiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır. Yetki anlaşmasının, açıkça veya açıkça anlaşılabilir bir şekilde yargılamanın tüm tarafları tarafından, en geç davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin mahkemeye ulaştığı an, kabul edilmesi gerekir. ABAD’a göre m. 12(3)(b) şu şekilde yorumlanmalıdır. Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda, taraflardan birinin dava açtığı mahkemenin yetkisinin, birinci davada davalı olan tarafın, aynı mahkemede ikinci bir dava açması halinde ve birinci dava işlemlerinde kendisinden beklenen ilk adımı atarak, bu mahkemenin yetkisinin olmadığını öne sürmesi durumunda, “davanın tüm tarafları bakımından açıkça veya açıkça anlaşılacak bir biçimde kabul edilmesi” anlamına gelmediği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>56</sup>.

Tüzüğün yetki anlaşmasını düzenleyen 12. maddesinin son paragrafında çocuğun üstün yararını gözeterek ek bir yetki düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde uyarınca, çocuğun mutad meskeninin “Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve Ebeveynlere İlişkin Sorumlulukta ve Çocuğun Korunması için Alınacak Önlemlere İlişkin İşbirliği Hallerine Dair 19 Ekim 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi’ne (1996 La Haye Sözleşmesi’ne)<sup>57</sup>” taraf olmayan bir ülkede bulunması halinde, bu Tüzük kapsamında yetki, söz konusu üçüncü devlette davanın açılmasının mümkün olmadığı hallerde, çocuğun yararı gözetilerek belirlenecektir (m.12 (4))

O halde, çocuğun mutad meskeninin 1996 La Haye Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir üçüncü ülkede bulunması halinde ve davanın bu ülkede açılmasının imkânsız olduğu durumlarda üye devlet mahkemesinin yetkisi çocuğun üstün yararı gözetilerek belirlenir<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> L v M davası, paragraf 55-59.

<sup>57</sup> Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=70](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70)>, 13.11.2015.

<sup>58</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 33.

#### **4. Çocuğun Bulunduğu Yere Bağlı Olarak Tesis Edilen Yetki**

Tüzüğün 13. maddesi, çocuğun bulunduğu yere bağlı olarak tesis edilen yetkiyi düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, çocuk, mutad mesken edinemez ve yetki 12. maddeye göre belirlenemezse, çocuğun bulunduğu üye devlet mahkemeleri yetkili olacaklardır. Aynı şekilde, bu düzenleme, ülkesinde meydana gelen karışıklıklar sebebiyle uluslararası anlamda yerini değiştiren ya da mülteci olarak tabir edilen çocuklar için de uygulanacaktır.

#### **5. Ek Yetki Kuralları**

Tüzüğün 14. maddesinde ek bir yetki kuralına yer verilmiştir. Bu ek kural uyarınca, Tüzüğün 8 ila 13. maddelerine uygun olarak herhangi bir üye devlet mahkemesinin yetkisinin tesis edilememesi halinde, her ülke kendi yetki mevzuatı dâhilinde yetkili olup olmadığını tayin edecektir.

#### **6. Davanın Nakli**

Ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda, çocuğun menfaati olduğu takdirde, Tüzük, bazı koşullar altında ve istisnalar haricinde, yetkili olan bir mahkemenin, davayı davanın daha iyi bakılacağı bir başka üye devlet mahkemesine nakletmesine izin vermektedir. Ancak bu durumda ikinci mahkemenin davayı üçüncü bir mahkemeye nakletmesine izin verilmemektedir (Giriş bölümü, m. 13)

Davaya bakmak için daha elverişli olan bir mahkemeye davanın nakledilmesi Tüzüğün 15. maddesinde düzenlenmiştir. Tüzük, bu istisnai kural ile yenilikçi bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu düzenleme uyarınca, davanın açıldığı yetkili mahkeme, davanın daha iyi bakılacağı başka bir üye devlet mahkemesine davayı nakledebilmektedir<sup>59</sup>. Bu nakil mekanizması sadece üye devlet mahkemeleri arasında gerçekleşebilmektedir<sup>60</sup>. Mahkeme davanın tamamını ya da özel bir kısmının nakline karar verebilir<sup>61</sup>.

Tüzüğün 15. maddesi uyarınca, esas davaya ilişkin yetkili olan bir mahkeme, çocuk ile başka bir üye devlet mahkemesi arasında önemli bir bağlantının var olduğuna kanaat getirmiş ise, davanın tamamına ya da bir kısmına bu mahkemede daha iyi bakılacağına inanıyorsa ve bu mahkeme çocuğun menfaatleri açısından en iyi mahkeme ise, istisnai olarak, davanın bu mahkemede görülmesine karar verebilir (m.15(1)).

<sup>59</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 34.

<sup>60</sup> MAGNUS/ MANKOWSKI/ PATAUT, s. 167.

<sup>61</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 34.

Mahkeme bu durumda iki yola başvurabilir (m.15(1)). Mahkeme,

(a) davanın tamamı ya da ilgili kısmına ilişkin karar almayı erteler ve tarafları 15. maddenin 4. paragrafına göre bir başka mahkemeye başvurmaları için davet eder, ya da

(b) 15. maddenin 5. paragrafına uygun olarak yetkili olarak varsaydığı bir başka üye devlet mahkemesine talepte bulunur.

Madde 15(1), bir başka geniş yetki kuralı olan Tüzüğün 12(3) maddesi ile kıyaslanabilir. Madde 12(3), tarafların irade serbestisine dayanan bir yetki kuralıdır. Madde 15(1) ise, adli işbirliğine dayanmaktadır. İki kural birbirinden oldukça farklıdır, ancak her ikisinin de temel etkisi benzerdir. Her iki kuralda da, Tüzükteki bağlama kuralları haricinde bir başka mahkemeyi yetkili hale getirmektedir<sup>62</sup>.

Davanın bir başka mahkemeye nakledilebilmesi için aşağıdaki üç durumdan birinin gerçekleşmesi gerekir (m. 15(2)). Tüzüğün 15. maddesinin 1. paragrafı şu durumlarda uygulama alanı bulur:

(a) bir tarafın başvurusu üzerine; ya da

(b) re'sen mahkeme tarafından; ya da

(c) 15. maddenin 3. paragrafına uygun olarak çocukla önemli derecede bağlantısı bulunan bir başka üye devlet mahkemesinin başvurusu üzerine

Davanın bir başka mahkemeye görülmekte olan mahkeme tarafından re'sen nakli ya da bir başka mahkemenin nakil talebi taraflardan en az biri tarafından kabul edilmek zorundadır.

Çocuk, 15. maddenin 1. paragrafında ifade edildiği gibi aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde, “bir üye devlet ile önemli derecede bağlantılı olduğu” kabul edilecektir (m. 15(3)):

(a) Madde 15(1)'de yer alan mahkemede dava açıldıktan sonra bu üye devlet çocuğun mutad meskeni olursa,

(b) söz konusu üye devlet çocuğun eski mutad meskeni ise,

(c) çocuk söz konusu üye devletin vatandaşlığına sahipse,

(d) söz konusu üye devlet, ebeveyn sorumluluğuna sahip olanın mutad meskeni ise,

<sup>62</sup> MAGNUS/ MANKOWSKI/ PATAUT, s. 167.

(e) çocuğun malları söz konusu üye devlette bulunmakta ise ve açılan dava söz konusu malların idaresi, korunması ya da tasarrufunda çocuğun korunmasına ilişkin önlemler alınmasına ilişkinse.

Asıl davaya ilişkin yetkisi bulunan üye devlet mahkemesi, 15. maddenin 1. paragrafına uygun olarak diğer mahkemeye başvurulması için gereken süreyi vermek durumundadır. Söz konusu süre içinde mahkemeye başvuru yapılmazsa, ilgili mahkemenin yetkisi bu Tüzüğü'nün 8 ila 14. maddeleri uyarınca tayin edilecektir (m. 15(4)).

Bir başka üye devlet mahkemesi, davaya ilişkin özel durumlarla ve çocuğun menfaatleri ile ilgili olması nedeniyle kendisine müracaat edilmesinden itibaren altı hafta içinde 15. maddenin 1. paragrafının (a) yahut (b) bentlerine göre kendini yetkili görebilir. Bu durumda davanın ilk açıldığı mahkeme yetkisiz olacaktır. Aksi takdirde davanın ilk açıldığı mahkeme bu Tüzüğü'nün 8 ila 14. maddelerinde göre yetkili olacaktır (m. 15(5)).

Yetkili mahkeme, bu Tüzük hükümlerinin amacının gerçekleştirilebilmesi için doğrudan kendisi ya da Tüzüğü'nün 53. maddesinde<sup>63</sup> belirtilen kurumlarla birlikte çalışacaktır (m. 15(6)).

## **C. Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Usule Dair Ortak Hükümler**

### **1. Davanın Açılması**

Davanın açılmış sayıldığı haller madde 16'da sayılmıştır. Dava şu durumlarda açılmış sayılacaktır:

(a) davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin, davacının davalıyı bilgilendirmek için gereken işlemleri yapmayı ihmal etmemesi şartıyla, mahkemeye ulaştığı an,

(b) tebligatın davalıya davanın açılmasından önce yapılması gerekiyorsa, tebligattan sorumlu otoritenin, davacının davalıyı bilgilendirmek için gereken işlemleri yapmayı ihmal etmemesi şartıyla, söz konusu tebligatı aldığı an.

---

<sup>63</sup> Tüzüğü'nün 53. maddesi uyarınca, her üye devlet, bir veya daha fazla merkezi idareyi bu Tüzüğü'nün uygulanmasına yardımcı olmak için tayin edecek ve bunların her birinin coğrafi ve işlevsel yetkisini belirleyecektir. Eğer bir üye devlet, birden fazla merkezi idare tayin etmişse, bilgi iletişimi yetkili olan ilgili merkezi idareye doğrudan yapılır. Yetkisi olmayan bir merkezi idareye bilgi gönderilmişse, bu merkezi idare, yetkili olan merkezi idareye bilgiyi yollamakla ve ardından gönderene bu durumu bilgilendirmekle yükümlüdür.

## 2. Yetkinin İncelenmesi

Bu Tüzük hükümlerine göre yetkisiz olan üye devlet mahkemesinde dava açıldığında yine bu Tüzük hükümlerine göre yetkili bir üye devlet mahkemesinin bulunması durumunda yetkisi bulunmayan üye devlet mahkemesi re'sen yetkisizlik kararı verecektir (m 17).

## 3. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Davanın açıldığı üye devletten başka bir üye devlette mutad meskeni bulunan davalının mahkemenin huzuruna çıkmaması halinde, yetkili mahkeme davanın görülmesini, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin, davalı tarafından zamanında cevap verebileceğinin mümkün olduğu ana veya buna dair gerekli önlemlerin alınmış olduğunun tespit edilmesine kadar geriye bırakır (m.18(1)).

1348/2000 sayılı Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Üye Devletlerde Tebliğine İlişkin Topluluk Tüzüğü'nün<sup>64</sup> 19.maddesi, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin bu Tüzük hükümleri uyarınca diğer mahkemeye ulaştırılması durumunda paragraf 1'in uygulanmasını bertaraf edecektir (m.18(2)).

1348/2000 sayılı AB Tüzüğü'nün hükümleri uygulanabilir değilse, Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair 15 Kasım 1965 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin<sup>65</sup> 15.maddesi, davanın açılmasına ilişkin yazılı belgenin yahut bu belgeye muadil olacak şekilde belirlenmiş bir belgenin yabancı bir ülkedeki mahkemeye ulaştırılması hususunda uygulanacaktır (m.18(3)).

## 4. Davanın Görülmekte Olması “Lis Pendens” ve Bağımsız Davalar

Tüzük, yetki konusunda birçok alternatif getirmekte, bu da birçok devlet mahkemesinde dava açılmasına yol açmaktadır. Bu tür benzer davalardan kaçınmak amacıyla, Tüzük, eğer bir dava, üye devlet mahkemesinde açılmışsa, diğer üye devletlerin mahkemeleri bu davada yetkisiz hale geleceğini

<sup>64</sup> Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on The Service in The Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Official Journal L 160, 30.6.2000, s. 37–52.

<sup>65</sup> Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. Türkiye, Hukukî veya Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'ye tarafıdır. Resmi Gazete 17.06.1972-14218.

düzenlemektedir<sup>66</sup>. “Lis pendens” kuralının amacı, hukuki belirliliği sağlamak, aynı davalardan kaçınmak ve uyumsuz kararların ortaya çıkması ihtimalini önlemektir<sup>67</sup>.

Aynı taraflar arasında boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanına ilişkin bir davanın başka bir üye devlet mahkemesi önüne getirilmesi halinde, davanın sonra açıldığı mahkeme re’sen yargılamayı durduracak, davanın ilk açıldığı mahkemenin kararını bekleyecektir (m.19(1)).

Madde 19(1) iki durumu kapsamaktadır.

1. Aynı konu ve sebebe ilişkin olan davaların farklı üye devlet mahkemelerinde açılmasını ve

2. Davanın sebebi aynı olmasa da, farklı üye devlet mahkemelerinde bağımsız davalar açılmasını kapsamaktadır<sup>68</sup>.

Birinci ile ikinci durum arasındaki fark bir örnekle açıklanabilir. Eğer eşlerin her biri farklı iki üye devlet mahkemesinde boşanma davası açarlarsa, bu örnek birinci durumun kapsamına girer çünkü davaların sebebi aynıdır. Eğer bir eş üye devlette boşanma davası açar, diğer eş ise bir başka üye devlet mahkemesinde evlenmenin butlanı davası açarsa, bu örnekte ikinci durum uygulanır. Çünkü davaların sebepleri aynı olmasa bile, davalar hala ilgilidir ancak birbirinden bağımsız davalardır<sup>69</sup>.

İkinci bir üye devlet mahkemesinde açılan ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davanın aynı çocuğa ve aynı dava sebebine ilişkin olması halinde, davanın açıldığı ikinci mahkeme re’sen yargılamayı durduracak, ilk davanın açıldığı mahkemenin kararını bekleyecektir (m.19(2)).

Yetki davanın ilk açıldığı mahkeme tarafından tesis edilmişse, davanın sonradan açıldığı mahkeme davanın ilk açıldığı mahkeme lehine kendini yetkisiz kabul edecektir. Bu durumda, davayı ikinci bir mahkemede açan taraf davasını ilk mahkemeye getirebilir. (m. 19(3)).

Tüzük, farklı iki üye devlet mahkemesinde ilk önce davayı açanın önceliğinin bulunduğunu kabul etmektedir. Madde 19, aynı ülkede farklı

---

<sup>66</sup> GRIGIENÉ, s. 104.

<sup>67</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 15.

<sup>68</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 15.

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION, s. 15.



yerlerde açılan davalarla ilgili değildir<sup>70</sup>. Tüzük, davayla daha yakın ilişkisi olan mahkemeyi, üye devlet mahkemelerinden hangisinin davayla daha çok ilişkisinin bulunduğunu, tarafların yerleşim yerinin nerede bulunduğunu, evliliğin nerede devam ettiğini ve eşlerin mallarının nerede bulunduğunu göz önüne almamaktadır. Bu nedenle Tüzükte yer alan bu kural, davayla ilgisiz bir hukukun olaya uygulanmasına yol açabilecektir<sup>71</sup>.

### 5. Koruyucu Tedbirler de Dâhil Olmak Üzere Geçici Tedbirler

Tüzüğün giriş bölümünün 16. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, Tüzük üye devlet mahkemeleri tarafından acil durumlarda alınacak önlemleri engelleyici herhangi bir düzenleme ihtiva etmemektedir<sup>72</sup>.

Tüzüğün 20 (1) maddesine göre, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, bu Tüzük hükümleri, üye devlet mahkemelerinin (bu Tüzük uyarınca asıl dava için başka bir ülke mahkemesi yetkili kılınmış olsa dahi) kişi ve mallar hakkında koruyucu tedbirleri de kapsayacak şekilde o üye devlet ülkesinde bulunan geçici tedbirleri almasına engel olmayacaktır.

Tüzüğün 20. maddesinin 1. paragrafında belirtilen tedbirlerin asıl davada yetkili olan üye devlet mahkemesi tarafından kendisinin uygun görmüş olduğu tedbirleri alması ile icrası durdurulacaktır (m. 20(2)).

Çocuğun mallarıyla ilgili tedbirlerin Tüzüğün uygulama alanına girebilmesi için, çocuğun korunması amacıyla verilmesi gereklidir. Çocuğun korunması amacıyla verilmeyen malların korunması hakkındaki tedbir kararları Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü)'ne<sup>73</sup> tâbidir (Giriş Bölümü m. 9)<sup>74</sup>.

Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve Ebeveynlere İlişkin Sorumlulukta ve Çocuğun Korunması için Alınacak Önlemlere İlişkin İşbirliği Hallerine Dair 19 Ekim 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nden farklı olarak Tüzüğün 20. maddesi acil durumlar bakımından yetki hususunda herhangi

<sup>70</sup> SCOTT, s. 4, <[http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving\\_problems\\_of\\_jurisdiction.pdf](http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving_problems_of_jurisdiction.pdf)>, 05.11.2015.

<sup>71</sup> GRIGIENĖ, s. 106.

<sup>72</sup> RAUSCHER, s. 41.

<sup>73</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:NOT>>, 13.011.2015.

<sup>74</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU (Brüksel (II) Tüzüğü), s. 349.

bir düzenleme içermemektedir. Tüzük, Yeni Brüksel II Tüzüğü bakımından yetkisi bulunmayan bir mahkemeye yalnızca çocuğun şahsına ya da o üye devlette bulunan mallara ilişkin olarak alınacak geçici koruma tedbirleri bakımından yetki tanımıştır<sup>75</sup>.

Tüzüğün 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tüm tedbirlerin, Tüzüğün 8 ve devamındaki maddeler bakımından yetkili olan üye devlet mahkemesinin meselenin esası bakımından gereken tedbirleri almış olduğu takdirde, uygulanması sonlandırılacaktır<sup>76</sup>.

## **II. Türk Hukuku Uyarınca Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tespiti**

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesi için uyuşmazlık ile Türkiye arasında bir bağlantının bulunması gerekir. Aksi takdirde, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmayacak ve dava Türkiye’de görülemeyecektir<sup>77</sup>.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>78</sup> (MÖHUK) uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK’ta özel yetki kuralının (Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar m. 41) kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK’taki özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK’un 40. maddesi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına gönderme yapmaktadır. Bu gönderme nedeniyle; boşanma, ayrılık ve evliliğin

<sup>75</sup> 1996 La Haye Sözleşmesi’nin 11. maddesinin getirdiği çözüm, Tüzüğün iç hukuklara gönderme yapan 20. maddesine nazaran daha avantajlı olduğu müddetçe dikkate alınabilecektir. Özellikle ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda acil önlemler niteliğindeki geçici tedbirler, davanın görülmekte olduğu mahkeme hukukunun bu tedbirleri öngörüp öngörmediği dikkate alınmaksızın herhangi bir üye devlet mahkemesinde alınabilmelidir. Bu sorun 1996 La Haye Sözleşmesi’nin 11. maddesinde yer alan yalnızca mahkemenin milli hukuku tarafından çözüm getirilmesi kapsamında çözülebilir. Her ne kadar Tüzüğün 61. maddesi Sözleşme karşısında Tüzüğe öncelik tanıyor olsa da, şayet çocuk bir üye devlette mutad meskene sahipse, Yeni Brüksel II Tüzüğü’nün, Sözleşme’ye öncelik veren bir mahkemeyi yetkili kılması halinde, böyle bir öncelikten artık bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, Sözleşme tüm üye devletlerde yürürlüğe girdiği anda, çocuk Yeni Brüksel II Tüzüğü’nün uygulandığı bir üye devlette mutad mesken sahibi olsa da, Sözleşme’nin 11. maddesi acil önlemler bakımından dolaylı olarak uygulanacaktır: RAUSCHER, s. 41.

<sup>76</sup> Ayrıca 1996 La Haye Sözleşmesi’nin 11(2) maddesi de uygulanamaz: RAUSCHER, s. 41.

<sup>77</sup> NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2015, s. 447; SÜRAL, C. : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012, Sayı 100, s. 168.

<sup>78</sup> Resmi Gazete 12.12.2007-26728.

butlanı davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>79</sup> (HMK) ve Türk Medeni Kanunu'nun<sup>80</sup> (TMK) yetkiye ilişkin hükümlerinden yararlanılacaktır.

Velâyete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ise, Anayasamızın 90/5 maddesi gereği olarak öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Tarihli Sözleşme<sup>81</sup> (1961 Sözleşmesi) uyarınca belirlenecektir. Türk mahkemeleri, 1961 Tarihi Sözleşme'nin kapsamına giren her konuda yetkili olup olmadığını Sözleşme hükümleri uyarınca tespit edecektir. 1961 Sözleşmesi'nin kapsamına girmeyen olaylarda ise MÖHUK hükümlerine başvurulacaktır. MÖHUK'ta Türklerin kişi hâllerine ilişkin davaların kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural uyarınca belirlenecektir. MÖHUK'taki özel yetki kuralının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK m. 40'ın yaptığı gönderme nedeniyle velâyet davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK ile TMK'da yer alan yetkiye ilişkin hükümlere göre belirlenecektir.

Çalışmamızda yukarıda özetlediğimiz yetki kurallarını Türk milletlerarası usul hukukunun genel yapısı içerisinde ele alınacaktır. Bu kapsamda önce Türk mahkemelerinin genel olarak milletlerarası yetkisi sonra da özel milletlerarası yetki kuralları, gerek mevzuatımız gerek milletlerarası sözleşme bakımından ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

### **A. Türk Mahkemelerinin Genel Olarak Milletlerarası Yetkisi**

Türk milletlerarası usul hukukunda mahkemelerin genel olarak milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40'da düzenlenmiştir. Sözü edilen hükme göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edilecektir. Yukarıda işaret edildiği üzere konumuza ilişkin iç hukukunun yer itibariyle yetki kuralları HMK ile TMK'da yer almaktadır.

<sup>79</sup> Resmi Gazete 04.02.2011-27836.

<sup>80</sup> Resmi Gazete 08.12.2001-24607.

<sup>81</sup> Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities And The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants, <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>>, 04.02.2016. Resmi Gazete 21.02.1983-17966. Sözleşme'ye, 04.02.2016 tarihi itibariyle 14 Devlet tarafıdır.

## **1. Genel Yetki Kuralı (Davalının Yerleşim Yeri Mahkemesi)**

Genel yetkili mahkeme, genel yetki kuralına göre, kesin yetkili olarak belirlenmiş mahkemeler dışında bütün davalar için yetkili kılınan mahkemedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, genel yetkili mahkemenin davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğunu kabul etmiştir (HMK m. 6(1)). Türk Medeni Kanunu m. 19/1'e göre, bir kimsenin yerleşim yeri, onun sürekli kalmak (yerleşmek) niyetiyle oturduğu yerdir. Genel yetkili mahkemenin belirlenmesinde davanın açıldığı tarihteki davalının yerleşim yerinin esas alınması ile davalının daha sonra yerleşim yerini değiştirmesi mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir. Bir başka deyişle, davanın yeni yerleşim yerindeki mahkemeye gönderilmesini isteyemez, mahkeme de yerleşim yeri değişikliği sebebiyle yetkisizlik kararı veremez. Ancak bundan sonraki tebligatlar davalının yeni yerleşim yerine yapılır<sup>82</sup>.

Davalının yerleşim yeri tespit edilemezse, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>83</sup>'nun 48-53 maddeleri hükümlerine göre Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün tuttuğu kayıtlar "resmi kayıtlar" olduğundan, nüfus müdürlüklerindeki kayıtların yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınması gerekir. Bu karinenin aksi, yani bir kimsenin yerleşim yerinin nüfus siciline kayıtlı olduğu yerde değil, sürekli kalmak niyetiyle oturduğu (başka bir) yerde olduğu, ispat edilebilir<sup>84</sup>. Bunun ispatı, TMK m. 7 hükmüne göre mümkündür ve bu durumun ispatı buna itiraz eden davalıya aittir<sup>85</sup>.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar uyarınca, Türkiye'de bulunan yabancıların yerleşim yeri "yabancılar kütüğünde" yer alan kaydına göre tespit edilmelidir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre, Türkiye'de her hangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi almış olan yabancıların Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nce "Yabancılar Kütüğüne" kaydedilmeleri (m. 8/1) ve yerleşim yeri adreslerinin bu kütüğe işlenmesi gerekir. Ayrıca bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği<sup>86</sup> madde 10/1'e göre, bu durumda olan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adres bilgilerinin elektronik ortamda tutulması zorunludur. Bu

---

<sup>82</sup> KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. : Medenî Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 130-131; PEKCANİTEZ, H./ ATALAY, O. /ÖZEKES, M. : Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s.165; SÜRAL, s. 169.

<sup>83</sup> Resmi Gazete 29.04.2006-26153.

<sup>84</sup> KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 131.

<sup>85</sup> KARSLI, A. : Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 265.

<sup>86</sup> Resmi Gazete 15.12.2006-26377.

nedenle, Yargıtay'a göre, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nden, davacının ve davalının "yabancılar kütüğünde" kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye'deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı sorulup tespit edilmeli, kişilerin adres beyan formundaki bildirimlerinin aksi sabit oluncaya kadar geçerli (Yönetmelik m. 13/1) olacağı da dikkate alınmalıdır<sup>87</sup>.

TMK m. 20 uyarınca, bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılmaktadır.

## 2. Özel Yetki Kuralları

Türk usul hukukunda mahkemelerin yetkisine dair genel bir kuralın yanı sıra muhtelif uyumsuzluklar hakkında özel yetki kuralları da bulunmaktadır. Aşağıda çalışma konumuza ilişkin iç hukukun özel yetki kurallarına öncelikle değinilecektir. Bununla beraber irtibatı nedeniyle velayet davaları bakımından taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümleri de ayrıca ele alınacaktır.

### a. Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları

*Boşanma ve ayrılık davalarında* yetkili mahkemenin Medeni Kanun'da düzenlenmiş olması sebebiyle HMK'da bu konuya ilişkin bir hükme bir daha yer verilmemiştir. TMK m. 168'e göre, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa

<sup>87</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2010/4537, K. 2011/8105, T. 10.5.2011.

Karar, yabancı unsur içeren boşanma ve ayrılık davasına ilişkindir. Davada, taraflar yabancı olup; dosyadaki belgelerden davacının, 06.11.2008–06.11.2010 tarihleri arasındaki yabancılarla mahsus ikamet tezkeresiyle Türkiye'de bulunduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nden davacının "Yabancılar kütüğünde" kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye'deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı sorulup tespit edilmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.

Karşı oy gerekçesinde ise; çoğunluğun, yerleşim yerinin subjektif unsurunun belirlenmesinde "ikamet tezkeresi"ne karine gücü veren görüşüne katılmamıştır. Türk hukukuna göre, "yerleşim yeri" bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK. m.19/1). Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz (TMK. m. 19/2). Bir kimse için, Türkiye'deki yerleşim yerinin mevcut olup olmadığı konusunda subjektif ve objektif unsurların bir arada gerçekleşmiş olması gereklidir. Subjektif unsur "yerleşme niyeti" objektif unsur "sürekli olarak oturma"dır. Bir yabancı, sürekli Türkiye'de oturmakta, yani objektif unsur gerçekleşmiş olsa bile; subjektif unsur (yerleşme niyeti) oluşmamışsa; o kişinin Türkiye'de yerleşim yerinin mevcut olduğundan söz edilemez. Yerleşme niyetinin araştırılmasında; yabancı kişinin Türkiye'de ikamet tezkeresinde gösterilen adresinin bulunduğu yeri "ekonomik ve sosyal olarak yaşamının odağı" haline getirmiş olup olmadığına bakılacaktır. <<http://kazanci.com>>, 11.01.2016.

altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Boşanma ve ayrılık davalarında, dava açmak isteyen eşin bağımsız bir yerleşim yerine sahip olması halinde, davayı kendisinin veya eşinin yerleşim yerinde ya da son defa altı aydan beri eşi ile ortak bir konutta oturuyorsa o yer mahkemesinde açabilecektir. Eşlerin boşanma davasının açılmasından önce son defa altı aydır birlikte oturdukları yerin, eşlerin fiilen birlikte oturdukları yer olması yeterli sayılmış, yerleşim yeri olma gerekliliği aranmamıştır<sup>88</sup>.

*Evlenmenin butlanı davasında*, yetki ve yargılama usulü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 160). TMK m. 168, evlenmenin butlanı davasında da uygulanacaktır.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında iki yetki kuralı bulunmaktadır:

### **1. Eşlerden Birinin Yerleşim Yeri Mahkemesi**

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

TMK m. 168 hükmü, HMK m. 6(1) hükmüne bir istisna gibi görünse de, bu gerçek bir istisna değildir. Çünkü eşler oturacakları konutu birlikte seçerler (TMK m. 186(1)) ve kural olarak aynı yerde otururlar. Bu sebeple, karı kocanın yerleşim yeri kural olarak aynı yerdedir. Böylece, eşlerden birinin açtığı boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları aynı zamanda davalının yerleşim yerindeki mahkemede açılmış olmaktadır<sup>89</sup>.

### **2. Eşlerin Davadan Önce Son Defa Altı Aydan Beri Birlikte Oturdukları Yer Mahkemesi**

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları, eşlerin davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinde de açılabilir.

Davacı bu iki yetkili mahkemeden birini seçebilir ve davasını orada açabilir. Bu yetkili mahkemelerden birini seçme hakkı davacıya tanınmıştır. Davacı, TMK m. 168'de belirtilen mahkemelerden birinde davasını açmış ise, davalı eş davanın diğer yetkili mahkemede açılması gerektiğinden bahisle yetki itirazında bulunamaz. Davacı, TMK m. 168'de sayılan yetkili mahkemeler haricinde başka bir mahkemede dava açması halinde, seçme hakkı yetki itirazında bulunan davalıya geçer<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> KARSLI, 265; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 132; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 167; SÜRAL, s. 176.

<sup>89</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 132.

<sup>90</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 132.

O halde, eşlerden birinin yerleşim yeri ya da eşlerin son defa altı aydan beri oturdukları ortak konut Türkiye’de bulunmakta ise eşlerin boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları bakımından yetkili Türk mahkemesi mevcuttur<sup>91</sup>.

*Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler* konusunda yetkili mahkeme TMK m. 201’de belirlenmiştir. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eğer eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir.

*Boşanma ve aylık davasıyla birlikte açılmış olan velâyet davalarında* boşanma ve ayrılık davasına bakan mahkeme, velâyet davasına da bakmaya yetkili olmaktadır (TMK m. 326/2). Evli ve çocuklu bir çiftin açacağı boşanma veya ayrılık davasında velâyet hakkının hangi tarafa bırakılacağı ve velâyet hakkı kendisine verilmeyen kişinin çocuğuyla kişisel ilişki kurma, görüşme hakkının nasıl düzenleneceği, boşanma ve ayrılık davasına bakmakta olan mahkeme tarafından belirlenecektir<sup>92</sup>.

## **b. Çocukların Velâyetine İlişkin Davalar**

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken, öncelikle Türkiye’nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme varsa ve bu sözleşmede özel yetki kuralları varsa, Anayasa m. 90 (5) ve MÖHUK m. 1(2) uyarınca, öncelikle bu yetki kurallarının uygulanması gerekir.

Çocukların velâyetine ilişkin olarak, Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmeler şunlardır: Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Tarihli Sözleşme, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>93</sup> ve Çocuk Kaçırmanın

<sup>91</sup> KARSLI, 265; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 132; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 167; SÜRAL, s. 177.

<sup>92</sup> HUYSAL, B. : Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005, s. 92.

<sup>93</sup> European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, <<http://www.coe.int/tr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b09>> , 04.02.2016. Resmi Gazete 02.11.1999-23864. Sözleşme’ye, 04.02.2016 tarihi itibarıyla 37 Devlet tarafıdır.

Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 Tarihli La Haye Sözleşmesi<sup>94</sup>. Konumuz itibarıyla bu çalışmada sadece Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme incelenecektir.

Türk mahkemeleri, yabancı unsurlu velâyete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit ederken öncelikle 1961 Sözleşmesi'ni esas alacak, Sözleşme'nin uygulama alanına giren bir konuya mahkemenin milletlerarası yetkisi 1961 Sözleşmesi uyarınca tespit edilecektir. 1961 Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmeyen bir konuya, bu takdirde velâyet davasında Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi MÖHUK hükümlerince belirlenecektir<sup>95</sup>.

#### ***aa. Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme***

Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme uyarınca, küçük hakkında koruma tedbirleri almaya ve bu çerçevede küçüğün velâyetine ilişkin kararlar verme konusunda küçüğün mutad meskeninin olduğu devlet mahkemeleri yetkilidir (m.1).

Sözleşme'de küçüklerin korunması için makamların yetkisine ve uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak kurallar bulunmaktadır. Küçüğün korunması için alınacak tedbirler kapsamında, çocuğun velâyetine ilişkin tedbirler de olabilir. Örneğin, velâyetin kaldırılması ya da velâyetin ebeveynlerden birisinden alınarak diğerine verilmesi tedbirler arasında olabilir. Sözleşme kapsamında, velâyet ilişkisi üzerinde de tasarrufta bulunabilir. 1961 Sözleşmesi, boşanma sonucunda velâyetin ebeveynlerden hangisine ait

---

<sup>94</sup> Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, <<http://www.hceh.net/upload/conventions/txt28en.pdf>>, <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli/soz/lahey/turkce\\_lah28.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli/soz/lahey/turkce_lah28.pdf)>, 20.08.2015. Lahey'de hazırlanan ve 25 Ekim 1980'de imzalanan bu Sözleşme'ye Türkiye 3.11.1999'da katılmıştır. Resmi Gazete 15.02.2000-23965. Sözleşme'ye, 04.02.2016 tarihi itibarıyla 93 Devlet taraftır.

<sup>95</sup> Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2000/224, K. 2000/2278, T. 23.2.2000 kararını örnek verebiliriz. Karar şu şekildedir: "Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna İlişkin Uluslararası Sözleşme 21.2.1983 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin 1. maddesi, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemeleri ile idari makamları küçüklerin şahıslarını veya mallarını korumaya yönelik olarak gerekli tedbirleri alabileceklerini öngörmüştür. Bu maddeye göre yetkili makam kendi iç hukuk kurallarını uygulayacaktır (m. 2) Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan sözü edilen bu anlaşma, kanun gücündedir. Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemez." (Anayasa m.90/son) . <<http://www.kazanci.com/>>, 10.02.2016.



olacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bu nedenle Sözleşme, boşanma davalarında uygulanmayacaktır<sup>96</sup>.

1961 Sözleşmesi küçüklerin korunması konusunda taraf devletlerin makamlarının yetkilerini ve uygulayacakları hukuku yeknesak hale getirme dışında, bazı konularda haber verme ve anlaşma yapma şeklinde bir işbirliği yükümlülüğünü de getirmektedir<sup>97</sup>.

1961 Sözleşmesi, mutad meskeni âkit devletlerden<sup>98</sup> birinde bulunan bütün küçüklere uygulanır (m. 13/1). Bununla beraber, bu Sözleşme ile tanınan küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamlarının yetkisi, yalnız âkit devletler için geçerlidir (m. 13/2). Sözleşme ile küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamlarına tanınmış yetkiler, sadece küçüğün vatandaşı olan devlet Sözleşme'ye taraf ise uygulanabilir<sup>99</sup>. Her âkit devlet, Sözleşme'nin uygulanmasını, âkit devletlerden birinin vatandaşı olan küçükler ile sınırlı tutmak üzere çekince koyabilir (m. 13/3). Türkiye m.13/3'e bir çekince koymamıştır. Dolayısıyla üçüncü bir devlet vatandaşı çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de ya da başka bir taraf devlet ülkesinde olması halinde de 1961 Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır<sup>100</sup>. Sonuç olarak görülmektedir ki, küçüğün vatandaşı olduğu devletin, 1961 Sözleşmesi'ne taraf olup olmaması önemli olmadan, küçüğün mutad meskeni Türkiye'de veya diğer bir Sözleşme'ye taraf devlette bulunmuyorsa, bu Sözleşme hükümleri uygulanamayacaktır.

Sözleşme gereği; yabancılık unsuru içeren küçüğün velâyetine ilişkin uyuşmazlıklar konusunda karar verecek makam çocuğun mutad meskeni makamları, bu konuda uygulanacak hukuk ise küçüğün mutad meskeni hukuku olarak belirlenmiştir. Konuyla ilgili diğer sözleşmelerden farklı olarak çocuk terimi yerine “küçük” terimi kullanılmıştır<sup>101</sup>. Sözleşme'ye

<sup>96</sup> AKINCI, Z. / DEMİR GÖKYAYLA, C. : Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 157, 169-170.

<sup>97</sup> TANRIBİLİR, F. B. : Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011, s. 119.

<sup>98</sup> Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'ye taraf Devletler; Almanya, Avusturya, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye'dir. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=39>>, 17.02.2016.

<sup>99</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 168.

<sup>100</sup> ULUOCAK, N. : Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 231.

<sup>101</sup> ÖZTEKİN GELGEL, G. : “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s. 123.

göre, “küçük” deyiminden, gerek vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna, gerekse mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimse anlaşılır (m.12). Sözleşme, “küçük” kavramının tespitinin çifte nitelendirme ile yapılmasını öngörmektedir<sup>102</sup>. Türk hukukuna göre, on sekiz yaşını doldurmuş kişiler küçüktür. Bu nedenle mutad meskeni Türkiye’de olan on sekiz yaşından küçük yabancı bir çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukuku uyarınca da küçük sayılması halinde Sözleşme’nin uygulama alanının kapsamına girecektir. O halde, mutad meskeni Türkiye’de bulunan 16 yaşında ve yabancı devlet vatandaşı olan bir çocuk, milli hukukuna göre ergin ise, Türk Hukukuna göre ergin olmasa dahi, anlaşmanın kapsamı dışında olacaktır<sup>103</sup>.

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülkenin makamlarına, birinci derecede yetki verilmesi, küçüğün sosyal ve ailevi ilişkilerinin en kolay ve çabuk bu yerde belirlenebilmesine nedenine dayanmaktadır<sup>104</sup>.

1961 Sözleşmesi’nde “makamların yetkisi”nden söz edilmektedir. Bu durumda Sözleşme kapsamında yalnızca adlî makamların değil, idarî makamların da milletlerarası yetkisi düzenlenmektedir. Diğer yandan 1961 Sözleşmesi’nde yer alan makamların yetkisine ilişkin kurallar yalnızca velâyete ilişkin değil, aynı zamanda küçüğün şahsı ve malları hakkında koruma tedbirleri alma konusunda yetkiye yöneliktir<sup>105</sup>.

Sözleşme “tedbir” kavramını tanımlamamıştır. Türk hukuku bakımından, küçüğün menfaatinin gerektirdiği tedbirler şeklinde bir açıklama yapılabilir<sup>106</sup>.

1961 Sözleşmesi uyarınca küçüğün velâyetine ilişkin kararlar verme konusunda aşağıdaki devlet makamlarının yetkisi vardır:

#### 1. Küçüğün Mutad Meskeni Makamlarının Yetkisi

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devletin gerek mahkemeleri, gerekse idari makamları, Sözleşme’de yer alan istisnalar saklı kalmak üzere, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidirler

<sup>102</sup> TANRIBİLİR, s. 119.

<sup>103</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 169; HUYSAL, s. 67.

<sup>104</sup> TEKİNALP, G. / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2011, s. 252.

<sup>105</sup> ATİK, M. F. : Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Ankara 2011 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 60, <8dfbb8a3f90297830093d4a3e82ba443.pdf>, 04.02.2016; HUYSAL, s. 71.

<sup>106</sup> NOMER, s. 286.

(m.1). Sözleşme uyarınca öncelikle yetkili mahkeme küçüğün mutad mesken mahkemeleridir. Ancak Sözleşme'nin 3, 4 ve 5(3). maddelerindeki hükümler saklıdır.

Küçüğün mutad meskeni, bir âkit devletten başka bir âkit devlete nakledildiği takdirde, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları tarafından alınmış olan tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılincaya veya yerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalır (m.5/1). Küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları tarafından alınmış olan tedbirler, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamaz veya yerlerine yenileri konulamaz (m. 5/2)<sup>107</sup>.

Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları, alınmış olan tedbirlerin uygulanmasını küçüğün mallarının bulunduğu devlet makamları ile anlaşmak suretiyle bu makamlara bırakabilirler (m. 6/2).

## 2. Küçüğün Vatandaşı Olduğu Devlet Makamlarının Yetkisi

1961 Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca, küçüğün vatandaşı olduğu devletin doğruca iç hukukundan doğan bir otorite ilişkisi, tüm âkit devletler de tanınır. Buradaki otorite, tamamen kanundan doğmuş<sup>108</sup> ve hiçbir makam tarafından müdahaleye uğramamış<sup>109</sup> velâyet hakkıdır. Örneğin, Türk hukuku

<sup>107</sup> Buna ilişkin olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/5173, K. 2005/8203, T. 25.5.2005 kararını örnek verebiliriz. Karar şu şekildedir: "02.10.1973 tarihinde Lahey'de kabul edilen 2029 sayılı yasa ile onaylanıp, 21.02.1983 günlü Resmi Gazetede yayınlanan Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin 5. maddesi; küçüğün eskiden ikamet ettiği devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırılincaya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli kalacağını, küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirlerin, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırılamayacağını veya yerine yenilerinin konulamayacağını öngörmüştür. Viyana Innare Stadt Bölge Mahkemesi 27.08.2002 tarihinde küçük Enes'in geçici velâyetini, daha sonra da 20.11.2002 tarihinde kesinleşen kararı ile velâyet hakkını babaya vermiştir. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13/b. maddesinde belirtilen vahim hallerde bulunmadığı halde, istemin kabulüne karar verilecek yerde yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir." <<http://www.kazanci.com/>>, 10.02.2016.

<sup>108</sup> Örneğin, Türkiye'de mutad meskeni bulunan ve 1961 Sözleşmesi'ne taraf yabancı devlet vatandaşı bir çocuğu bulunan çiftin ölümü halinde, çocuğun milli hukukuna göre velâyet, çocuğun sağ kalan diğer akrabalarına geçiyor ise, burada kanundan kaynaklanan bir velâyet hakkı söz konusu olacak ve bu durum bir otorite ilişkisi oluşturacaktır. Böyle bir durumda, Türk mahkemelerinin 1961 Sözleşmesi'nin 1. maddesinden kaynaklanan milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır: HUYSA, s. 74.

<sup>109</sup> Mahkemenin müdahalesine uğramış velâyet hakkına şu örneği verebiliriz. Türkiye'de mutad meskeni bulunan Fransız vatandaşı bir çocuğun velâyetinin, boşanma sonrasında anneye verildiği ve annenin daha sonra öldüğü bir olayda, Fransız hukukuna göre velâyet sağ kalan

bakımından evlilik birliği içinde doğmuş bir çocuğun ana babasının veya evlilik birliği dışında doğmuş bir çocuğun anasının velâyet hakkına sahip olabilmesi için bir mahkemenin veya idari bir makamın kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Velâyet hakkı kanundan doğmuş ve hiçbir müdahaleye uğramamıştır. Bu nedenle, velâyet hakkı Türk vatandaşı bir çocuğun millî hukukundan kaynaklanan otorite ilişkisidir. Ana babanın veya sadece ananın velâyet hakkı, tüm taraf devletlerce tanınır. Bu otorite ilişkisi nedeniyle Türk mahkemelerinin yetkisi doğan hallede Türk mahkemeleri Sözleşme uyarınca yetkilidir ve bu yetki tüm taraf devletlerde tanınır<sup>110</sup>.

Uygulamada özellikle Alman ve Hollanda makamları<sup>111</sup> Türk vatandaşı küçükler hakkında koruma tedbirleri almakta, Türk anne babaların velâyet haklarını kısıtlamakta, hatta kaldırmaktadır. Aileler, Türkiye'ye dönmüş olsalar dahi, çocuklar gençlik dairelerine ya da koruyucu ailelerin yanlarına yerleştirilmektedirler. Bu durum karşısında Sözleşme'nin 3. maddesi, Türk makamlarına, çocuk ve anne-babası arasındaki otorite ilişkisini kurma ya da bu otorite ilişkisine dayanarak küçüğün Türkiye'de bir sosyal hizmet kurumuna veya koruyucu aile yanına yerleştirme yetkisini vermektedir<sup>112</sup>.

Küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamlarına yetki veren bir diğer madde ise Sözleşme'nin 4. maddesidir. Küçüğün vatandaşı olduğu devletin makamları, küçüğün çıkarımın gereği olarak gördükleri takdirde, mutad meskeninin bulunduğu devletin makamlarına haber verdikten sonra, kendi iç hukukları uyarınca, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri alabilirler. Anılan tedbirlerin konulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi

---

babaya kendiliğinden geçecektir. Olayda babanın velâyet hakkı, kanundan doğuyor gibi gözükse de, aslında boşanmanın sonucundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de mahkemenin müdahalesine uğramıştır. Bu müdahalenin sonucu olarak, babanın sağ kalan eş sıfatıyla çocuğun velâyetini kazanması kanuni otorite ilişkisi oluşturmayacaktır. Bu durumda, Türk mahkemeleri anlaşma kapsamında çocuk hakkında gerekli koruma tedbirlerini almaya 1961 Sözleşmesi'nin 1. maddesi uyarınca yetkili olacaktır: HUYSAL, s. 74-75.

<sup>110</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 171; HUYSAL, s. 73-74.

<sup>111</sup> Almanya, Hollanda ve Belçika'da binlerce Türk vatandaşı ve Türk kökenli çocuğun, gençlik dairelerinin haksız uygulamalarına maruz kaldığı, özellikle Almanya ve Hollanda'da birçok çocuğun ailelerinin elinden alınarak barınma yurtlarına veya kendi kültüründen uzak aile yanlarına yerleştirildiği tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bakınız: TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU: Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Dairelerinin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013, <[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara\\_yonelik\\_uygulamalara\\_iliskin\\_komisyon\\_raporu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskin_komisyon_raporu.pdf)>, 10.01.2016.

<sup>112</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 171-172; HUYSAL, s. 77-78.

için gerekli koşulları bu iç hukuk belirler. Bu tedbirlerin, gerek küçüğün üçüncü kişilerle olan ilişkileri üzerindeki etkilerini, gerekse, kendisine bakan kimseler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine bu hukuk düzenler. Alınan tedbirlerin uygulanması, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamlarınca sağlanır. Bu madde uyarınca alınan tedbirler, küçüğün mutad meskeninin, bulunduğu devletin makamları tarafından alınmış olan tedbirlerin yerine geçer.

Milli devlet mahkemesinin bu madde uyarınca mevcut etkisi istisnaidir ve ancak mutad mesken mahkemelerinin yetkisinin yetersiz kaldığı durumlarda kullanılabilir. Çocuğun vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri, 4. madde uyarınca yetkilerini kullandıklarında, çocuğun mutad mesken mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkar<sup>113</sup>.

1961 Sözleşmesi'nin 3, 4 ve 5(3). maddelerindeki hükümlere karşılık, küçüğün mutad meskenin bulunduğu devlet makamları, küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlike karşısında kaldığı ölçüde, gerekli koruma tedbirlerini alabilirler. Diğer âkit devletlerin makamları, bu tedbirleri tanımak zorunda değildirler (m.8). Sözleşme'nin bu maddesi uyarınca, küçüğün milli mahkemelerinin yetkisine rağmen, küçüğün mutad meskeni mahkemeleri küçüğün şahsı veya malları ciddi bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, gerekli koruma tedbirlerini alabilirler.

Küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları, alınmış olan tedbirlerin uygulanmasını küçüğün mutad meskeninin veya mallarının bulunduğu devlet makamları ile anlaşmak suretiyle bu makamlara bırakabilirler. (m. 6/1). Bu madde uyarınca, küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları küçüğün mutad meskeninin ya da mallarının bulunduğu devlet makamlarıyla anlaşarak, alınmış olan tedbirlerin icrasını daha etkili uygulayacak olan devlet makamlarına devredebilirler.

Küçüğün milli makamlarının yetkisine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olması halidir. Küçüğün çifte vatandaşlık sahibi olmasına ilişkin olarak Sözleşme'de herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Küçüğün çifte vatandaşlığının bulunması durumunda, vatandaşlığın bulunduğu devletlerden sadece birinin bu yetkiyi kullanması durumunda ortaya bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, küçüğün vatandaşı olduğu her iki devlet de otorite ilişkisini kurup, yetkisinden diğer devlet lehine vazgeçmemekte ise, bu kararlardan hangisine itibar edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda çocuğun yararı

<sup>113</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 172-173.

ilkesi göz önünde bulundurularak kararlar değerlendirilmeli ve çocuğun yararını sağlayan karar tanınmalıdır<sup>114</sup>.

Küçüğün, vatandaşı olduğu devlet makamlarının koruması altında bulunmakta iken yer değiştirmesi halinde ise, bu makamların kendi iç hukuku uyarınca almış olduğu tedbirler, yeni mutad meskeninin bulunduğu devlette de geçerli kalır (m. 5/3).

### 3. Küçüğün veya Mallarının Bulunduğu Yer Makamlarının Yetkisi

1961 Sözleşmesi'nin 9. maddesi uyarınca, tüm acele durumlarda, ülkesinde küçüğün veya ona ait malların bulunduğu her âkit devlet makamı, gerekli koruma tedbirlerini alır. Bu maddenin uygulanması sonucu alınmış olan tedbirler, meydana getirdiği kesin etkiler bâki kalmak üzere, bu Sözleşme'ye göre yetkili olan makamların durumun gerektirdiği tedbirleri almaları üzerine ortadan kalkar.

Türk mahkemeleri, acele bir durum olduğu takdirde, küçüğün kendisinin<sup>115</sup> veya mallarının Türkiye'de bulunması<sup>116</sup> halinde gerekli koruma tedbirlerini alabilmektedir. Türk mahkemelerinin almış olduğu bu tedbirler (bu tedbirlerin doğurduğu kesin etkiler saklı kalmak kaydıyla), 1961 Sözleşmesi'ne göre yetkili makamların durumun gerektirdiği tedbirleri almaları üzerine ortadan kalkmaktadır.

### 4. Evlilik Bağının İptali, Sona Ermesi veya Ayrılma Hakkında Karar Verecek Makamların Yetkisi

1961 Sözleşmesi'nin 15. maddesine göre, her âkit devlet, küçüğün ana-babası arasındaki evlilik bağının iptali, sona ermesi veya ayrılmaya ilişkin bir istem üzerinde karar verecek olan makamlarının, küçüğün şahsını veya mallarını koruma tedbirlerini de almaya yetkili saymak hakkını saklı tutabilir. Diğer âkit devletlerin makamları, bu tedbirleri tanımak zorunda değildirler.

---

<sup>114</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 172; ATİK, s. 63-64.

<sup>115</sup> Örneğin, küçüğün tatilde bulunduğu ülkede bir trafik kazası geçirmesi durumunda, kazanın meydana geldiği ülke makamlarının tedavi için gerekli tedbirleri alması gibi geçici nitelikteki tedbirlerdir: ÜNAL, Ş. : "Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme", AD, Y. 78, Mart-Nisan, Sayı 2, 1987, s. 109.

<sup>116</sup> Malların bulunduğu yer devletinin yetkisi sadece çocuğun malları hakkında koruma tedbirleri almakla sınırlıdır. Malların bulunduğu yer devletinin çocuğun kişi haklarına yönelik tedbir alma yetkisi yoktur: HUYSAL, s. 83.

Sözleşme'nin 15. maddesinde âkit devletlere çekince hakkı tanınmıştır. Sözleşme'yi onaylayan devletlerden Lüksemburg ve Polonya bu çekinceyi halen korumaktadır<sup>117</sup>. Aynı şekilde Türkiye de bu çekince hakkını kullanmıştır<sup>118</sup>. Sözleşme'nin 15. maddesindeki çekince hakkı, evliliğe son veren makamın çocuğun aile içindeki durumunu en iyi şekilde düzenleyebilecek ve koruma tedbirlerini alabilecek imkânlara sahip olduğu düşüncesidir<sup>119</sup>. Bu şekilde, Türk mahkemeleri, görmekte oldukları evlilik bağının iptal edilmesi, son bulması veya ayrılık kararı verilmesine ilişkin davalarda, ailenin çocuğu olan küçüğün kişi ve mal varlığı haklarına yönelik koruma tedbirlerini almaya yetkilidir<sup>120</sup>.

Avrupa Birliği'ne üye olan devletler, kendi içerisinde artık 1961 Sözleşmesi'ni uygulamamaktadır. Avrupa Birliği üye ülkeleri arasında (Danimarka<sup>121</sup> hariç) Yeni Brüksel II Tüzüğü uygulanmaktadır<sup>122</sup>. Tüzüğün 60(a) maddesi uyarınca üye devletler arasındaki ilişkilerde, bu Tüzükte düzenlenen konularda, Yeni Brüksel II Tüzüğü, 1961 Sözleşmesi'ne göre öncelikle uygulanacaktır. Yeni Brüksel II Tüzüğü'nün 60(a) maddesinde getirilen düzenleme, sadece üye devletler arasında uygulanabilir. Küçüğün mutad meskeninin Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinde bulunması halinde ve küçük, 1961 Sözleşmesi'ne taraf olan üçüncü bir devletin vatandaşı (örneğin, Türk vatandaşı) ise, bu takdirde küçüğün vatandaşı olduğu devlet makamları çocuk hakkında kendi makamlarının yetkisini kullanmak istemesi halinde bu konuda ne olacağına dair Yeni Brüksel II Tüzüğü'nde hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> Status Table of The Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities and The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants, <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=39>>, 11.02.2016.

<sup>118</sup> Resmi Gazete 21.02.1983-17966, Karar Sayısı: 8/5727.

<sup>119</sup> TEKİNALP / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 254.

<sup>120</sup> ATİK, s. 66; HUYSAL, s. 100.

<sup>121</sup> Danimarka'da Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve Ebeveynlere İlişkin Sorumlulukta ve Çocuğun Korunması için Alınacak Önlemlere İlişkin İşbirliği Hallerine Dair 19 Ekim 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanmaktadır.

<sup>122</sup> TEKİNALP / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 254-255.

<sup>123</sup> PATAUT, E. : "International Jurisdiction and Third States: A View From The EC In Family Matters", The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, edited by Alberto Malatesta, Stefania Bariatti, Fausto Pocar, Italy 2008, s. 135.

**bb. 1961 Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı Dışında Kalan Hallerde Milletlerarası Yetkinin Tayini**

Velâyete ilişkin davalarda, 1961 Sözleşmesi'nin uygulanmadığı durumlarda HMK m. 6 uyarınca yetkili Türk mahkemesi tespit edilebilir. Velâyete ilişkin davalarda, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6(1)). Dolayısıyla evlilik birliği içinde velâyetin kullanımı ya da kısıtlanması, eşlerden birine bırakılması, idari makamlarca yapılacak müdahaleler, evlik dışı çocukların velâyetine ilişkin konulardan kaynaklanan davalarda genel yetki kuralı (HMK m. 6) uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde eşlerin boşanmasından ve velâyetin bir tarafa verilmesinden sonraki dönemde velâyetin değiştirilmesi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı gibi<sup>124</sup> konulardan doğan velâyete ilişkin Türkiye'de açılacak olan yabancı unsurlu bir davada da genel yetki kuralı olan HMK m. 6 uyarınca Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tespit edilecektir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin durumlarda yetkili mahkeme TMK m. 326'da düzenlenmiştir. Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklıdır.

TMK m. 21'de velâyet altında bulunan çocuğun yasal yerleşim yeri belirlenmiştir. Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır. Aynı madde uyarınca, vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir.

O halde, çocukla ilgili davalarda, öncelikle davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Davalının yerleşim yeri, örneğin velâyet hakkına sahip diğer ana baba, genel kurallara göre bulunacaktır<sup>125</sup>.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda, davalının yerleşim yeri dışında TMK m. 326 ile ek bir yetki kuralı getirilerek, çocuğun yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılma imkânı verilmiştir. Boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda, velâyete ilişkin kararlar, davaya bakmakta olan mahkeme tarafından verilecektir (TMK m. 326/2).

---

<sup>124</sup> HUYSAL, s. 92.

<sup>125</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 158.



### 3. Türkiye’de Yerleşim Yerinin Bulunmaması Halinde Yetki

HMK m. 9 uyarınca, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir.

Mutad mesken kavramı HMK’da tanımlanmamıştır. Sadece HMK’nın 84. maddesinin<sup>126</sup> gerekçe kısmında mutad mesken tanımı verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, mutad mesken, “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması” biçiminde tanımlanmaktadır. Mutad meskene ilişkin olarak doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Mutad mesken, fiilen oturlan yer<sup>127</sup> ve kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir<sup>128</sup>. Mutad mesken, gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü kişinin fiilen oturduğu, oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanabilir<sup>129</sup>. Mutad mesken tanımında, yerleşim yerinden farklı olarak, sübjektif unsur olan yerleşme niyetinin aranmamasıdır<sup>130</sup>. Mutad mesken, çok fazla geçici olmayan fakat yerleşim yeri gibi sürekli kalma niyetinin de aranmadığı oturmalarıdır<sup>131</sup>. Mutad meskenin, kişinin aile, dost çevresi ve meslek ilişkileriyle gerçekleşmiş bir sosyal bütünleşmeyi ifade eden bir yerde oturma olarak tarif edilmesi de mümkündür. Oturma yerinde sosyal bütünleşmenin gerçekleşmesi için, hem oturma devamlılığı hem de oturma niyeti önem taşır<sup>132</sup>. Mutad mesken, bir kimsenin belirli bir yerde, o yeri hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede, kısa veya uzun, belirli bir süreliğine oturması olarak tanımlanabilir<sup>133</sup>. Bir başka tanıma göre ise mutad mesken, bir kimsenin belirli bir yerde, kendi istek ve iradesiyle, o yeri hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede kısa veya uzun bir süreliğine oturmasıdır<sup>134</sup>.

<sup>126</sup> HMK madde 84 (1/a)’ya göre, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat gösterilir.

<sup>127</sup> ÇELİKEL, A. / ERDEM, B. B. : : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 189.

<sup>128</sup> TEKİNALP / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 68.

<sup>129</sup> ÖZTEKİN GELGEL, s.132.

<sup>130</sup> ÖZKAN, I. : Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 34.

<sup>131</sup> DOĞAN, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015, s. 175-176.

<sup>132</sup> NOMER, s. 120-121.

<sup>133</sup> ŞANLI, C. / ESEN, E./ ATAMAN-FİĞANMEŞE, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2015, s. 38.

<sup>134</sup> ARSLAN, İ. : Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul 2014, s. 172.

Türkiye’de yerleşim yeri olmayan ancak eşlerden birinin mutad meskeni Türkiye’de olan yabancı çiftin boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları Türkiye’de açılacaktır. Ancak Türkiye’de yerleşim yeri ve mutad meskeni bulunmayan yabancı çiftin boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları Türkiye’de açılmayacaktır. Aynı şekilde 1961 Sözleşmesi’nin kapsamına girmeyen velâyete ilişkin bir davanın tarafları yabancı ise ve davalının (velâyet hakkına sahip diğer ana babanın) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkiye sahip olacaktır.

## **B. MÖHUK’ta Düzenlenen Özel Yetki Kuralları**

MÖHUK’ta bazı uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi özel olarak düzenlenmiştir (m. 41-46). MÖHUK’ta düzenlenen bu özel yetki kurallarından ikisi konumuzla ilgisi nedeniyle burada ele alınacaktır.

### **1. Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalar**

Türklerin kişi hâllerine ilişkin bir ihtilâf söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde MÖHUK’un 40. maddesi değil, 41. madde hükmünün esas alınması gerekir<sup>135</sup>.

MÖHUK m. 41’e göre, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

MÖHUK m. 41’in uygulanabilmesi için davanın “kişi hâllerine” ilişkin olması gerekir. Kişi hâllerinden ne anlaşılması gerektiği, Türk hukukuna göre tayin edilecektir<sup>136</sup>. Kişi hâlleri ile kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlar kastedilmektedir. Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyet ve çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin davalar, “kişi hâlleri”

---

<sup>135</sup> Bu konudaki görüşler için bakınız: TAN DEHMEN, M. : “Türk Vatandaşlarının Kişi Hâllerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”, MHB, Yıl 33, Sayı 1, 2013, s. 171, 188; TİRYAKİOĞLU, B. : “Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 1156-1158.

<sup>136</sup> EKŞİ, N. : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000, s. 152 (Milletlerarası Yetki).

olarak nitelendirilmektedir<sup>137</sup>. Bu nedenle bu davalar için MÖHUK m. 41 uygulanabilecektir.

Ayrıca anılan maddenin uygulanması bakımından davanın bir “Türk vatandaşının”<sup>138</sup> kişi hallerine ilişkin olması gerekir. Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında davanın taraflarından birinin, yani davacı veya davalının birinin Türk vatandaşı olması gerekir<sup>139</sup>. Boşanma davasından ayrı açılmış bir velâyet davasında, çocuğun Türk vatandaşı olması yeterlidir<sup>140</sup>.

Türklerin kişi hâllerine ilişkin davaların uygulama alanına girebilmesinin bir diğer şartı ise, boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyet davalarının “yabancı ülke mahkemelerinde açılmamış veya açılmamış olması” gerekir. Görüldüğü üzere, MÖHUK m. 41, Türkiye’de kişi hallerine ilişkin bir davanın görülebilmesini aynı davanın daha önce yabancı bir mahkemede açılmamış olması şartına bağlamıştır. Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yabancı mahkemede dava açıldıktan sonra Türk mahkemesinde dava açılması halinde bu durumun derdestlik itirazına mı yoksa yetkisizlik itirazına mı konu olacağı doktrinde fikir birliğine varılamamış konularından birini teşkil etmektedir. Bu konuda MÖHUK’ta düzenleme bulunmaması büyük bir eksikliktir. Konunun önemi nedeniyle iç hukukumuzda düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Doktrinde kabul edilen bir kısım görüşe göre, Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin bir davanın yabancı bir ülkede açılmasından sonra aynı davanın yetkili Türk mahkemesinde açılması halinde, Türk mahkemesinde derdestlik (yabancı derdestlik) itirazı ileri sürülebilecektir<sup>141</sup>. HMK m. 114 (1/ı)

<sup>137</sup> ÇİÇEKLİ, B. : “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 56, 2005, s. 247-248; DOĞAN, s. 64; NOMER, s. 466; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 377.

<sup>138</sup> Bir Türk vatandaşının aynı zamanda yabancı bir devletin vatandaşlığına sahip olması, MÖHUK m.41’in uygulanmasına mani değildir. Kişinin sahip olduğu yabancı devlet vatandaşlığı, onun Türk vatandaşlığının nazara alınmamasına yol açmaz. MÖHUK m.4 (1/b) uyarınca, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır. Dava açıldıktan sonra, Türk vatandaşlığının kaybedilmesi Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi açısından bir önemi yoktur. Çünkü m.41’in uygulanabilmesi için kişinin dava açıldığı tarihte Türk vatandaşı olması gerekir: ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 376; TAN DEHMEN, s. 173.

<sup>139</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s 33; DOĞAN, s. 65; EKŞİ (Milletlerarası Yetki), 154; NOMER, s. 466; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 376.

<sup>140</sup> AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 159.

<sup>141</sup> AKINCI, Z. : “Tahkim ve Derdestlik İtirazı”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir 2001, s. 6; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 38-39; ÇELİKEL/ERDEM, s. 544-545; ÇİÇEKLİ, s. 249; NOMER, s. 467-468; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 378-379.

maddesi uyarınca derdestlik itirazı dava şartları arasında bulunmaktadır<sup>142</sup>. Bu nedenle, Türk mahkemesinde dava açılmasından önce yabancı mahkemede dava açılmış ise, taraflar bunu her zaman ileri sürebilirler ve hâkim de bu durumu her zaman resen dikkate alabilir<sup>143</sup>.

Bir başka görüşe göre, yabancı derdestliğin dava şartı olarak nazara alınabilmesi için Kanun'da özel bir düzenleme yapılması gereklidir. Yabancı derdestliğin dava şartı olarak nazara alınabilmesi için iç hukukta aranan şartlara ilave olarak; yabancı ülkedeki davanın önce açılmış olması, karşılıklı işlem şartı (hem yabancı kararların tenfizinde, hem de derdestliğin kabulünde aranmalıdır), yabancı ülke mahkemesinin uygun bir sürede karar verebilecek olması ve mahkemenin yetkisine ilişkin şartlar da yerine gelmelidir<sup>144</sup>.

Diğer bir görüşe göre, uyuşmazlık Türklerin kişi hallerine ilişkin olmakla birlikte, dava yabancı ülkede açılmış ise, bu durumda artık 41. madde uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancı bir ülkede Türklerin kişi hallerine ilişkin olarak açılan davanın, Türkiye'de yeniden açılması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilemeyeceği için, derdestlik itirazı değil, milletlerarası yetkisizlik itirazı yapılmalıdır<sup>145</sup>. Bu itiraz, kanaatimizce de,

<sup>142</sup> Dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için mutlaka gerekli olan şartlardır. Bu nedenle dava şartları, taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından resen gözetilirler: KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 253-255; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ÖZEKES, s. 428-431.

<sup>143</sup> Hâkimin yabancı bir davanın varlığını kendisinin bilmesi pek rastlanabilecek bir durum değildir. Fakat taraf derdestlik itirazını davanın ilerleyen aşamalarında ve yabancı mahkemede aynı konuda dava görülmeye devam ederken öne sürerse, Türk mahkemesinin bu itirazı kabul etmesi ve dava şartları oluşmadığından davayı reddetmesi gerekir. Bu imkânın, taraflarca kötüye kullanılması mümkündür. Bir başka deyişle, önce Türk mahkemesinin yetkisine itiraz etmeyen tarafın, daha sonra burada olumsuz bir sonuç çıkacağını düşünmesi nedeniyle ya da sırf yargılamayı uzatmak amacıyla derdestlik itirazında bulunması mümkündür. Bu durumda, ileri sürülen derdestlik itirazı kabul edilecek midir? HMK m. 29/1 ile TMK'daki dürüstlük kuralı ilkesi açıkça medeni usul hukukuna da dâhil edilmiş ve tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma zorunlulukları açıkça düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, dürüstlük kuralına aykırı olması halinde işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkemece önleneyeği ifade edilmiştir. O halde, dürüstlük kuralına aykırı olarak derdestlik itirazının davanın ilerleyen aşamalarında ileri sürüldüğünü tespit eden hâkimin, derdestlik itirazını dikkate almama imkânı vardır. Bununla birlikte, hâkim derdestlik itirazını kabul edip incelese dahi, derdestlik itirazının bilerek zamanında yapılmaması durumunda HMK m. 327'e göre, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafı, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edebilir: SÜRAL, s. 178-179.

<sup>144</sup> DOĞAN, s. 56.

<sup>145</sup> TİRYAKİOĞLU, s. 1153-1154.

tarafarca ileri sürülmesi bile, hâkim tarafından resen göz önüne alınması gereken dava şartlarından biri olarak kabul edilmelidir<sup>146</sup>.

## 2. Yabancıların Kişi Hâllerine İlişkin Bazı Davalar

MÖHUK m. 42 uyarınca, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

MÖHUK’un 42. maddesi, velâyete ilişkin değildir. Bu madde sadece yabancı bir kişi hakkında alınacak vesâyet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarına ilişkindir. Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı bir çocuk hakkında vesayet kararı çocuğun Türkiye’de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir. Örneğin, yabancı bir çocuğun anne ve babası ölmüşse ve çocuk Türkiye’de bulunmaktaysa, Türk mahkemeleri vesayet kararı verebilir.

## C. Yetkiye İlişkin Diğer Kurallar

### 1. Karşı Davada Yetki

Açılmış bulunan bir davada, davalının da aynı mahkemede davacıya dava açmasına karşı dava (karşılık dava, mukabil dava, mütekebil dava) denir. Karşı dava, asıl dava ile birlikte aynı mahkemede görülür. Karşı davanın asıl dava ile birlikte görülmesini sağlamak amacıyla kanun özel bir yetki hükmü getirmiştir<sup>147</sup>. HMK m. 13 uyarınca, kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir. Bu kural, milletlerarası karakterli davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de tesis eder<sup>148</sup>. Misal olarak; yabancı koca milletlerarası yetkili Türk mahkemesinde (örneğin Ankara mahkemesinde) boşanma davası açtıktan

<sup>146</sup> Türklerin kişi hallerine ilişkin olarak yabancı ülkede bir dava açılmasına rağmen, Türkiye’de aynı davanın açılmasını mümkün kılan bazı durumlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yabancı ülkede açılan davanın o ülke mahkemeleri tarafından yetkisizlik nedeniyle reddedilmiş olmasıdır. Böyle bir durumda, yurt dışında açılan davanın yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi, 41. maddede yer alan “açılmadığı takdirde” diye ifadesini bulan şartın gerçekleşmesi anlamına gelir. İkinci durum ise, yabancı ülkede açılan dava sonucunda verilen ve şeklen kesinleşmiş bulunan kararın, Türkiye’de tanınmasının veya tenfizinin talep edilmesine rağmen, tanıma ve tenfizin talep edildiği mahkemece reddedilmesidir. Böyle bir durumda, davanın Türkiye’de yeniden açılması mümkündür. Çünkü bu, Anayasa’nın 36 maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin bir gereğidir: TİRYAKİOĞLU, s. 1155, 1158-1159.

<sup>147</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 139.

<sup>148</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 369.

sonra, davalı karının da aynı mahkemede kocaya karşı boşanma ve velâyet davası açmasını verebiliriz.

## **2. Geçici Olarak Oturulan Yer Mahkemesinin Yetkisi**

HMK m. 8'e göre, memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak veya taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, buldukları yer mahkemesi de yetkilidir. Belirli şartların varlığı halinde geçici olarak oturulan yer mahkemesi yetkilidir. Bu şartlar:

1. Kendilerine karşı geçici olarak oturdukları yerde dava açılacak bu kişilerin o yerde oturmaları, orada bulunma sebeplerine göre uzunca bir zaman devam edebilecek olmalıdır<sup>149</sup>.

2. Bu kişilere karşı geçici olarak oturdukları yerde açılacak davalar yalnız alacak ve taşınır mal davalarıdır.

Görüldüğü üzere, kişi hallerine (şahısvarlığı haklarına) ilişkin davalar davalının geçici olarak oturduğu yer mahkemesinde açılmaz. Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalar kişi hallerine ilişkin davalar olması nedeniyle davalının geçici olarak oturduğu yer mahkemesinde davanın açılması mümkün değildir.

Yalnız boşanma ve ayrılık davaları, eşlerin davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinde de açılabilir. Bunun dışında, yani eşler o yerde son defa altı aydan daha kısa bir süre oturmakta iseler ya da davalı eş orada altı aydan fazla bir zamandan beri oturmakla beraber davacı eş, (mesela memur olan) davalı eşine karşı, davalının oturduğu yer mahkemesinde HMK m. 8 hükmüne dayanarak boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarını açamaz<sup>150</sup>.

## **D. Yetki Anlaşması**

Yetki anlaşması ile taraflar Türk mahkemelerini yetkilendirilebilecekleri gibi yabancı bir devlet mahkemelerini de yetkilendirebilirler. Türk hukuku bakımından boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda, Yeni Brüksel II Tüzüğü'nde olduğu gibi taraflara yetki anlaşması yapma imkânı verilir verilmeyişi aşağıda tespit edilecektir.

---

<sup>149</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 141.

<sup>150</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 141.

## 1. Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları İle Velâyete İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkili Kılınması İhtimali

5718 sayılı MÖHUK'ta Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan davalarda yetkili mahkeme olarak seçimine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan davalarda Türk mahkemelerinin seçilebilmesi için yapılan yetki sözleşmelerinin geçerliliği ve hükümleri, HMK'daki yetki anlaşmalarını düzenleyen hükümlere atfen düzenlenmiş olmaktadır<sup>151</sup>.

HMK m. 17'ye göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları m. 18'de sayılmıştır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz. Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır.

HMK uyarınca tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimseler, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Bunun yanında HMK m. 18 uyarınca, yetki sözleşmesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda (genellikle mal ve alacak uyuşmazlıklarında) yapılabilir; boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda yetki sözleşmesi yapılamaz<sup>152</sup>. Bir başka deyişle, yabancı unsurlu boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda yetkili olmayan Türk mahkemeleri yetki anlaşması yapılarak seçilemez.

## 2. Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları İle Velâyete İlişkin Davalarda Yabancı Mahkemelerinin Yetkili Kılınması İhtimali

MÖHUK'un 47. maddesinde, yabancılık unsuru içeren bir hukuki ilişkiden doğan ihtilâflar hakkında yapılan bir yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilebileceği düzenlenmiştir<sup>153</sup>.

MÖHUK m. 47 uyarınca, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına

<sup>151</sup> ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 385.

<sup>152</sup> KARSLI, s. 276; NOMER, s. 477; SÜRAL, s. 190.

<sup>153</sup> SARGIN, F. : Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 148.

göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. MÖHUK'un 44, 45 ve 46. maddelerinde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.

Tarafların yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde yetki anlaşması yaparak yabancı bir mahkemeyi seçebilmeleri için aralarında borç ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık olmalıdır. Kişi hallerine yani şahsın hukukuna ve aile hukukuna ilişkin konulardan doğan ihtilâflar için yetki anlaşması yapılamaz<sup>154</sup>. Dolayısıyla da, yabancı unsurlu boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda taraflar aralarında yetki anlaşması yaparak, Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıramazlar ve yabancı mahkemeleri yetkili hale getiremezler.

## SONUÇ

Çalışmada aile hukukunun önemli konularından biri olan ve güncelliğini her zaman muhafaza eden boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti amaçlanmıştır. Bu konuda önce Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Tüzük incelenmiş, daha sonra ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ele alınmıştır.

Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Tüzük, boşanmaya, ayrılığa, evliliğin butlanına ve velâyete ilişkin konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin ortak kuralların oluşturulması amacıyla yapılmıştır. Tüzük, mahkeme yahut mahkeme niteliğine sahip tüm kurumlarca medeni hukuk konularına ilişkin olarak verilen boşanma, ayrılık yahut evliliğin butlanı; ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, yerine getirilmesi, temsili, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinde uygulanmak üzere oldukça kapsamlı düzenlemeler getirmektedir.

Tüzükte, temel yetki kıstası olarak, mutad mesken kabul edilmiş ve değişik olasılıklara göre, mutad meskenin bulunduğu üye devlet mahkemesine

---

<sup>154</sup> ÇELİKEL/ ERDEM, s. 563; NOMER, s. 84; SARGIN, s. 152-155.



milletlerarası yetki verilmiştir. “Mutad mesken” kavramının tanımına Tüzükte yer verilmemiştir. Bundan dolayı da, ABAD’ın çeşitli kararlarında mutad mesken kavramının farklı şekillerde yorumlandığı tespit edilmiştir.

Tüzük, belirli koşulların altında ve sınırlı bir imkân olarak yetki anlaşması yapılabilmesini de mümkün kılmaktadır. Tüzük, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda tarafların yetki anlaşması yapabilmesine imkân tanırken, boşanmayla ilgili hususlarda tarafların yetki anlaşması yapmasına izin vermemektedir. Ancak boşanma, ayrılık ve evlenmenin butlanı davalarında Tüzüğün 3. maddesine göre yetkili olan üye devlet mahkemesi, Tüzük’te yer alan şartların yerine gelmesi halinde ebeveynlerin sorumluluğuna ilişkin davalarda da yetkili olabilmektedir.

Yeni Brüksel II Tüzüğü, yenilikçi bir düzenlemeye yer vererek, görülmekte olan bir davanın başka bir üye devlet mahkemesine nakledilebilmesine olanak tanımaktadır. Çocuğun menfaati olduğu takdirde, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda, davanın açıldığı yetkili mahkeme, bazı koşullar altında ve istisnalar haricinde, davaya bakmak için daha elverişli olan başka bir üye devlet mahkemesine davayı nakledebilmektedir.

Tüzükte, özel olarak düzenlenen bir diğer konu ise, aynı davanın bir başka üye devlet mahkemesinde görülmekte olmasıdır (lis pendens). Aynı taraflar arasında boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanına ilişkin bir davanın başka bir üye devlet mahkemesi önüne getirilmesi halinde ya da ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davanın aynı çocuğa ve aynı dava sebebine ilişkin olması durumunda, davanın açıldığı ikinci mahkeme re’sen yargılamayı durduracak, ilk davanın açıldığı mahkemenin kararını bekleyecektir. Tüzük, öncelik prensibine göre milletlerarası derdestliği kabul etmektedir.

Görülmektedir ki, Yeni Brüksel II Tüzüğü, evliliğe ve ebeveyn sorumluluğuna ilişkin konularda Avrupa Birliği içinde yer alan mahkemelerin milletlerarası yetkilerini ortak kurallar altında toplamış, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin konularda her zaman çocuğun menfaati gözetmiş ve yenilikçi birçok düzenlemeye de yer vermiştir. Tüzüğün kapsamı Avrupa Birliği üyesi olmayan devletlerin vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde Türk mahkemelerinin boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda milletlerarası yetkisi incelenmiştir. Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’taki yetki kuralları uyarınca

tespit edilmektedir. MÖHUK'ta Türklerin kişi hâllerine ilişkin davaların kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural uyarınca belirlenmektedir. MÖHUK'taki özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK'un 40. maddesi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına gönderme yapmaktadır. Bu gönderme nedeniyle; boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken HMK ve TMK'nın yetkiye ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Velâyete ilişkin davalarda ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Anayasamızın 90/5 maddesi gereği olarak öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Tarihli Sözleşme uyarınca belirlenmektedir. 1961 Sözleşmesi'nin kapsamına girmeyen olaylarda ise MÖHUK hükümlerine başvurulmaktadır. Velâyete ilişkin davalarda, MÖHUK'ta Türklerin kişi hâllerine ilişkin davaların kapsamına giren bir uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi bu özel kural uyarınca belirlenmekte, uyuşmazlık bu kuralının kapsamına girmemekte ise, MÖHUK m. 40'ın yaptığı gönderme nedeniyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK ile TMK'da yer alan yetkiye ilişkin hükümlere göre belirlenmektedir. Çalışmamızda saymış olduğumuz yetki kuralları, Türk milletlerarası usul hukukunun genel yapısı içerisinde incelenmiştir. Bu kapsamda önce Türk mahkemelerinin genel olarak milletlerarası yetkisi sonra da özel milletlerarası yetki kuralları, gerek mevzuatımız gerek milletlerarası sözleşme bakımından ele alınmıştır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilirken MÖHUK m. 40'ın yaptığı gönderme nedeniyle, genel yetkili mahkeme, HMK m. 6 uyarınca belirlenmektedir. Örneğin, evlilik birliği içinde velâyetin kullanımı ya da kısıtlanması, eşlerden birine bırakılması, idari makamlarca yapılacak müdahaleler, evlik dışı çocukların velâyetine ilişkin konularda davalı gerçek kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi yetkili olmaktadır. Yine eşlerin boşanmalarından ve velâyetin bir tarafa verilmesinden sonraki dönemde velâyetin değiştirilmesi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı gibi konulardan doğan velâyete ilişkin Türkiye'de açılacak olan yabancı unsurlu bir davada, HMK m. 6 uyarınca Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tespit edilmektedir.

Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davalarında, TMK m. 168'e göre, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Boşanma ve ayrılık davasıyla birlikte açılmış olan velâyet

davalarında boşanma ve ayrılık davasına bakan mahkeme, velâyet davasına da bakmaya yetkili olmaktadır (TMK m. 326/2).

Velâyete ilişkin davalarda Türkiye'nin taraf olduğu Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 5 Ekim 1961 Tarihli Sözleşme'nin uygulama alanına giren yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi öncelikle bu Sözleşme uyarınca tespit edilecektir. 1961 Sözleşmesi uyarınca, küçük hakkında koruma tedbirleri almaya ve bu çerçevede küçüğün velâyetine ilişkin kararlar verme konusunda; istisnai haller dışında, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu devlet mahkemeleri ile küçüğün vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri yetkilidir. Avrupa Birliği'ne üye olan devletler, kendi içerisinde artık 1961 Sözleşmesi'ni uygulamamakta, Yeni Brüksel II Tüzüğü'nü uygulamaktadırlar. Velâyete ilişkin davalarda 1961 Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan hallerde ise, milletlerarası yetkinin tayininde HMK m. 6'ya göre, yetkili Türk mahkemesi belirlenebilir. Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda, TMK m. 326 ile ek bir yetki kuralı getirilerek, çocuğun yerleşim yeri mahkemesinde de dava açma imkânı verilmiştir.

Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması halinde ise, HMK m. 9 uyarınca, genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Örneğin, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ancak eşlerden birinin mutad meskeni Türkiye'de olan yabancı çiftin boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları Türkiye'de açılabilmektedir.

MÖHUK'ta bazı uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi özel olarak düzenlenmiştir. Bu özel hükümlerden biri olan, Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda, her zaman yetkili bir mahkemenin hazır bulundurulması amaçlanmıştır. Boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyet ve çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin davalar bu maddenin kapsamına girmektedir. MÖHUK m. 41 uyarınca, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür. Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalarda yabancı mahkemede dava açıldıktan sonra Türk mahkemesinde dava açılması halinde bu durumun derdestlik itirazına mı yoksa yetkisizlik itirazına mı konu olacağı doktrinde fikir birliğine varılamamış konularından birini teşkil etmektedir. Bu konuda MÖHUK'ta düzenleme bulunmaması büyük bir eksiklidir. Konunun önemi nedeniyle,

Yeni Brüksel II Tüzüğü'nde yer alan hüküm gibi, iç hukukumuzda da ayrıntılı bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Yetki anlaşmalarına ilişkin olarak ise, Yeni Brüksel II Tüzüğü'nde, ebeveyn sorumluluğuna ilişkin davalarda bazı şartların yerine gelmesi halinde tarafların yetki anlaşması yapabilmesi imkânının mevcut olduğunu görmekteyiz. Ancak Türk hukukunda, boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı davaları ile velâyete ilişkin davalarda yetkisi bulunmayan Türk mahkemelerinin yetki anlaşması yapılarak taraflarca yetkili hale getirilmesi mümkün olmadığı gibi, yetkili Türk mahkemesi mevcutken tarafların yaptığı bir yetki anlaşması ile bu konularda Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesi söz konusu değildir.

#### KAYNAKÇA

AKINCI, Z. : “Tahkim ve Derdestlik İtirazı”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, 1-12.

AKINCI, Z. /DEMİR GÖKYAYLA, C. : Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.

AKINTÜRK, T. / ATEŞ KARAMAN, D. : Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2011.

ALBÄSTROIU, R. G. : “Council Regulation (EC) No 2201/2003 – Mechanism of Modernisation for National Legislations in the Field of Family Relationships”, Logos Universality Mentality Education Novelty, Section: Law, Year III, Issue 1, 2014, s. 11-20.

ARSLAN, İ. : Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul 2014.

ATİK, M. F. : Milletlerarası Özel Hukukta Velâyet, Ankara 2011 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), <8dfbb8a3f90297830093d4a3e82ba443.pdf>, 04.02.2016.

BEAUMONT, P. / HOLLIDAY, J. : “Recent Developments on The Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases”, s. 1- 18, <[https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_Developments\\_on\\_the\\_](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_)

Meaning\_of\_Habitual\_Residence\_in\_Alleged\_Child\_Abduction\_Cases\_.pdf>, 30.10.2015.

ÇELİKEL, A. / ERDEM, B. B. : : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012.

ÇİÇEKLİ, B. : “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 56, 2005, s. 239-259.

DE BOER, Th. M. : “The Second Revision of The Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law”, <<http://dare.uva.nl/document/2/58722> >, 08.08.2015.

DOĞAN, V. : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015.

DUTTA, A. / SCHULZ, A. : “First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases: The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels Iia Regulation From C to Health Service Executive”, Journal of Private International Law, Vol. 10, No. 1, April 2014, s. 1-40.

EKŞİ, N. : “Avrupa Birliği Brüksel Iİbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. s11, Özel S. 2009, s. 1139-1168 1144 (Basım Yılı: 2010) (Brüksel Iİbis Tüzüğü).

EKŞİ, N. : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000 (Milletlerarası Yetki).

EUROPEAN COMMISSION: Practice Guide For The Application of The New Brussels Iia Regulation, <[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels\\_ii\\_practice\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf) >, 3.08.20015.

EUROPEAN CIVIL LAW: “The Brussels II Regulation 2003”, <<http://www.european.civillaw.com/brussels-two2003.htm>>, 01.03.2016.

GRIGIENĖ, J. : “Jurisdiction In International Matrimonial Matters”, Baltic Journal of Law, Vol. 2, Number 1, 2009, s. 97-111.

HUYSAL, B. : Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005.

KARSLI, A. : Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

KURU, B. / ARSLAN, R. / YILMAZ, E. : Medenî Usul Hukuku,

Ankara 2014.

LAMONT, R. : “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, Vol. 3, No.2, October 2007, s. 261-281 (Habitual).

MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. : *Brussels IIbis Regulation, Introduction*, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012.

MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / BORRÁS, A. : *Brussels IIbis Regulation, Article 3-9*, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012.

MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / PATAUT, E. : *Brussels IIbis Regulation, Article 10-15*, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012.

MAGNUS, U. / MANKOWSKI, P. / PINTENS, W. : *Brussels IIbis Regulation, Article 1*, edited by Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Munich 2012.

NOMER, E. : *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul 2015.

ÖZBEK HADİMOĞLU, N. : “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Ankara 2012, s. 343-379 (Brüksel (II) Tüzüğü).

ÖZKAN, I. : *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003.

ÖZTEKİN GELGEL, G. : “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s.119-148.

PATAUT, E. : “International Jurisdiction and Third States: A View From The EC In Family Matters”, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, edited by Alberto Malatesta, Stefania Bariatti, Fausto Pocar, Italy 2008, s. 123-148.

PEKCANITEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKES, M. : *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2013.

RAUSCHER, T. : “Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation “Brussels IIA””, *The European Legal Forum*, 1-2005, s. 37-45, < <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/604.pdf>>, 13.11.2015.

SARGIN, F. : Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.

SCOTT, J. M. : “Resolving The Problems of Jurisdiction in Family Law Brussels II And Points West”, s. 1-12, <[http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving\\_problems\\_of\\_jurisdiction.pdf](http://www.murraystable.com/assets/files/articles/resolving_problems_of_jurisdiction.pdf)>, 05.11.2015.

SEROZAN, R. : Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SÜRAL, C. : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012, Sayı 100, s. 167-216.

ŞANLI, C. /ESEN, E./ ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2015.

TAN DEHMEN, M. : “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”, MHB, Yıl 33, Sayı 1, 2013, s. 169-211.

TANRIBİLİR, F. B. : Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011.

TEKİNALP, G. / UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2011.

TİRYAKİOĞLU, B. : “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 1141-1165.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU: Almanya, Hollanda ve Belçika Gençlik Dairelerinin Türkiye Kökenli Çocuklara Yönelik Uygulamalarına İlişkin İnceleme Raporu, 24. Dönem 4. Yasama Yılı 2013, <[https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara\\_yonelik\\_uygulamalara\\_iliskin\\_komision\\_raporu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/docs/2013/raporlar/cocuklara_yonelik_uygulamalara_iliskin_komision_raporu.pdf)>, 10.01.2016.

ULUOCAK, N. : Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.

ÜNAL, Ş. : “Almanya Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme”, AD, Y. 78, Mart-Nisan, Sayı 2, 1987, s. 81-111.

**Mahkeme kararları:**

A, Case C-523/07, Judgment of CJEU of 2 April 2009, ECR I-2805, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=728920>>, 30.10.2015.

Barbara Mercredi v Richard Chaffe (Mercredi), Case C-497/10, Judgment of CJEU of 22 December 2010, ECR I-14309, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=731175>>, 30.10.2015.

Cameron v. Cameron, 1996 SC 17, Court of Session Inner House (Second Division) Scotland (Appellate Court), 24 October 1995, <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0071.htm>>, 06.11.2015.

Dickson v. Dickson, 2001 ND 157, In The Supreme Court State Of North Dakota, 634 N.W.2d 76, 5 September 2001, <<https://www.ndcourts.gov/court/opinions/20010011.htm>>, 06.11.2015.

L v M, Case C-656/13, Judgment of CJEU of 12 November 2014, <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0656&lang1=en&type=TXT&ancre=>>>, 26.11.2015.

Laszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady), Case C168/08, Judgment of Court of Justice of the European Union (CJEU) of 16 July 2009, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72471&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=222400>>, 03.12.2015.

Robin Swaddling v Adjudication Officer, Case C-90/97, Judgment of CJEU of (Fifth Chamber) of 25 February 1999, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0090>>, 12.11.2015.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2000/224, K. 2000/2278, T. 23.2.2000 kararı, <<http://www.kazanci.com/>>, 10.02.2016.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2005/5173, K. 2005/8203, T. 25.5.2005 kararı, <<http://www.kazanci.com/>>, 10.02.2016.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2010/4537, K. 2011/8105, T. 10.5.2011 kararı, <<http://kazanci.com>>, 11.01.2016.



***Diğer Kaynaklar:***

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28en.pdf>>, <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/turkce\\_lah28.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/turkce_lah28.pdf)>, 20.08.2015.

European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, <<http://www.coe.int/tr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b09>>, 04.02.2016. Resmi Gazete 02.11.1999-23864.

Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28en.pdf>>, <[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/turkce\\_lah28.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey/turkce_lah28.pdf)>, 20.08.2015. Resmi Gazete 15.02.2000-23965.

Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities And The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants, <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=39>>, 04.02.2016. Resmi Gazete 21.02.1983-17966.

Status Table of The Convention of 5 October 1961 Concerning The Powers of Authorities and The Law Applicable in Respect of The Protection of Infants, <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=39>>, 11.02.2016.

Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. (Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme). Resmi Gazete 17.06.1972-14218.

Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=70](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70)>, 13.11.2015.

Council Regulation (EC) No 1347/2000 of May 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses, Official Journal L 160, 30/06/2000, s. 19 – 36.

Council Regulation (EC) No 1348/2000 Of 29 May 2000 on The

Service in The Member States of Judicial And Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Official Journal L 160, 30.6.2000, s. 37–52.

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction And The Recognition And Enforcement of Judgments in Civil And Commercial Matters, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:NOT>>, 13.011.2015.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction And The Recognition And Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters And The Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, Official Journal L 338, 23.12.2003, s. 1–29.

# 1965 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN TEBLİGAT KANUNU'NA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Gonca Gülfem BOZDAĞ\*

## ÖZET

*Savunma hakkının temelini oluşturan tebligat işleminin usulüne uygun yapılması oldukça önemlidir. Türk mahkemelerinde açılan davalarda veya Türkiye'de yapılan icra takiplerinde, taraflardan birinin yabancı bir ülkede bulunması halinde tebligatın yurtdışında yapılması gerekir. Uluslararası tebligatın konusunu oluşturan bu tür davaların hızlı bir şekilde neticelenmesi ve tebligatta sorun yaşanmaması için uluslararası sözleşmeler kabul edilmiştir. 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi bu konuda hazırlanmış temel düzenlemelerdendir. Türk hukukunda tebligat konusunu düzenleyen Kanun ise, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur. Uluslararası tebligata ilişkin düzenlemeler incelendiğinde; özellikle ilan tebligat, yabancı devlet temsilciliklerine yapılan tebligat ve doğrudan tebligat gibi hususlarda sorunların tam olarak çözümlenemediği görülmektedir. Uygulamada yaşanan sıkıntıların çözüme kavuşturulması için tebligata ilişkin mevzuatın bir bütün olarak değerlendirilmesi ile eksik olan noktaların ele alınması ve tartışmalı alanların yapılacak düzenlemelerle açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Tebligat, Lahey Sözleşmesi, Tebligat Kanunu, ilan tebligat, doğrudan tebligat.

## **SOME ISSUES RELATED NOTIFICATION ACT WITHIN THE SCOPE OF HAGUE CONVENTION DATED 1965**

### **ABSTRACT**

*Duly notification of documents, which underlying the right of defense, is crucial. If one of the parties of a lawsuit is living abroad during litigation brought before a Turkish Court or during an execution proceedings commenced in Turkey, the notification of documents should be made to the country where the party living. Conventions were accepted to accelerate such lawsuits which are subjects of the international notification and not to have a difficulty in the notification issue. Hague Convention dated 1965 is one of the fundamental regulation prepared in this regard. The Law which regulates the issue of notification in Turkish law is Notification Act of 7201. As an analysis of arrangements regarding international notification, it will be seen that particularly some issues have not been solved in terms of notifications by publication, direct notifications and notifications made to agencies of foreign*

\* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ggbozdog5@gmail.com.

*governments. In order to solve issues in practice regarding international notification, the legislation on notice should be evaluated as a whole and also missing point and controversial circumstances should be clarified with new arrangements.*

**Keywords:** Notification (Service), Hague Convention, Notification Law, Notice by Publication, Direct Notification.

## GİRİŞ

Tebligat, hukuki bir işlemin sıhhat şartıdır ve usulüne uygun yapılmayan tebligat bütün işlemin geçersiz olmasına neden olabilir. Dava ile ilgili usuli işlemlerin taraflara tebliğ edilmesi, savunma hakkının da temelini oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Bu nedenle, tebligatın mevzuata uygun şekilde yapılması çok önemlidir. Kısaca hukuki işlemin muhatabına bildirim anlamına gelen tebliğ<sup>2</sup>, çok karmaşık bir işlem olmamakla birlikte, ortaya çıkan sonuçlar açısından oldukça önemlidir. Zira, usulsüz yapılan veya adresi tespit edilemediği için yapılması geciken tebligat işlemi, tarafların hak kaybına yol açabilmektedir.

Tebligat kavramını daha ayrıntılı tanımlamak gerekirse; “*Tebligat, dava ile ilgili olan kişilerin, özellikle davanın taraflarının, davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için, usulüne uygun bir biçimde bir yazı ile veya ilan yolu ile yapılan bir belgeleme işlemidir*”<sup>3</sup>. Tebligat, bir mahkeme veya idari makam tarafından alınan kararların muhatabına bildirilmesi ile tarafların hoşnut olmamaları halinde bu kararlara karşı yasal başvuru yollarına başvurabilmelerine aracılık eden bir ön koşuldur. Yetkili merciler tarafından verilen kararlar veya yapılan işlemler, ancak muhatabına bildirilmesi ile

<sup>1</sup> Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 583; Tebligat işleminin usulüne uygun gerçekleştirilmesinin önemi, Yargıtay kararlarında da şu şekilde belirtilmiştir: “*Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi, usulüne uygun olarak (Tebligat Kanununa uygun) tebligat yapılması ile sağlanabilir*” (Ahmet Uğur Turan, **Tebligat Hukuku, Tebligat Suçları ve İlgili Mevzuat**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 19); Esra Günay, “*Türkiye’den Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat ve Esasları*”, ss. 259-282, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012), s. 262, file:///C:/Users/ab42358/Downloads/e265c-38680-6d134-e24be%620(19).pdf, Erişim 20/01/2016.

<sup>2</sup> Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar, **Tebligat Kanunu**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 39; Seyithan Deliduman, **Tebligat Hukuku Bilgisi**, Yetkin, Ankara, 2002, s. 13; Recep Akcan/Hakan Albayrak, **Tebligat Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 20; GÜNAY, s. 260.

<sup>3</sup> Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2001, s. 849; AKCAN/ALBAYRAK, s. 19-20.

sonuçlanır. Kanun'a uygun yapılmamış tebliğ ise sürecin tamamlanmaması anlamına gelir<sup>4</sup>.

Diğer taraftan, küreselleşmenin bir sonucu olarak ilişkiler ile birlikte ihtilaflar da uluslararası boyut kazanmıştır. Bu çerçevede, farklı ülkelerde ve hatta farklı kıtalarda yaşayan taraflar arasında görülen davalarda tebligat konusuna ilişkin düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur. Aynı ülke sınırları içinde hukuki işlemlerin taraflarına bildiriminde bile sorunlar yaşanabilirken, farklı bir ülkede yaşayan muhataba tebliğ yapılması zaman zaman içinden çıkılmaz sorunları da beraberinde getirmektedir.

Türk hukukunda tebligatı düzenleyen Kanun, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur (Tebligat Kanunu)<sup>5</sup>. 1959 tarihinde kabul edilen bu Kanun, yıllar içinde ihtiyaçlara uygun olarak birçok değişikliğe uğramıştır. Uluslararası tebligat taleplerinde ise, Türkiye 1954 tarihli "*Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi*"<sup>6</sup>(1954 tarihli Lahey Sözleşmesi) ile 1965 tarihli "*Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme*"<sup>7</sup> (1965 tarihli Lahey Sözleşmesi) taraf olmuştur<sup>8</sup>. Aynı zamanda Türkiye, uluslararası tebligat taleplerine ilişkin olarak birçok devlet ile iki taraflı adli yardımlaşma anlaşması imzalamıştır<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 39-40; ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, "*Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat*", ss. 27-65, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, Yayın No: 45, s. 27-28, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2009-1-hukuk-fakultesi.pdf>, (Erişim 20/01/2016).

<sup>5</sup> 7201 sayılı Tebligat Kanunu, 11/02/1959 tarihinde kabul edilerek, 19/02/1959 tarihli ve 10139 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>6</sup> 14/03/1972 tarihli ve 1574 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 28/05/1973 tarihli ve 14547 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan söz konusu Sözleşme, Türkiye yönünden 11/07/1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 503, 580; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 493 vd., 496 vd, 502-503.

<sup>7</sup> 09/07/1971 tarihli ve 1483 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 17/06/1972 gün ve 14218 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan söz konusu Sözleşme, Türkiye yönünden 28/04/1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 497, 503 vd; NOMER, s. 580, 584.

<sup>8</sup> Milletlerarası özel hukukun, yapılacak olan ortak antlaşmalar çerçevesinde birleştirilmesi, ilk olarak Mancını tarafından ileriye sürüldü. Ancak İtalyan Hükümetinin, bu alanda milletlerarası konferanslar toplama girişimleri başarıya ulaşmamıştır. Yine aynı amaçla Hollanda hükümeti tarafından 1893 yılında Lahey'de gerçekleştirilen konferans büyük başarıya ulaşmış olup, konferansların devam etmesi neticesinde Lahey sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Türkiye de birçok Lahey Sözleşmesine taraf olmuştur. 1954 tarihli "*Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi*" ile 1965 tarihli "*Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme*" bu sözleşmelerden ikisidir (NOMER, s. 72).

<sup>9</sup> Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, "*Adli Sözleşmeler*;

Türkiye'nin taraf olduğu bu ikili ve çok taraflı sözleşmelerin uygulanmasına yönelik mevzuatımızda da bazı düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin Tebligat Kanunu ile Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikten<sup>10</sup> faydalanmak mümkündür. Ayrıca, uluslararası tebligata ilişkin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (UHDİGM) tarafından hazırlanan 63/3 sayılı "*Hukukî Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri Genelgesi*"<sup>11</sup> (Tebligat Genelgesi) 16.11.2011 tarihinde yayımlanmıştır. Bütün bu düzenlemeler, Sözleşmelerin daha etkin uygulanmasını sağlamak için zaman içinde ihtiyaçlara göre şekillenmiştir. Zira, sözleşmelere taraf olmak, uluslararası sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, yapılan değişikliklerin ve yeni düzenlemelerin ne ölçüde uygulanabildiği ve tebligata ilişkin sorunlu alanları çözüme kavuşturmakta ne kadar başarılı olunduğu önemlidir.

Uluslararası tebligata ilişkin düzenlemeler incelendiğinde; özellikle ilanen tebligat, yabancı devlet temsilciliklerine yapılan tebligat ve doğrudan tebligat gibi hususlarda sorunların tam olarak çözümlenemediği görülmektedir. Sözü edilen konulara ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar, çoğunlukla anlık harcanan çaba ve teamüllerle şekillenmekte olup, bu hususlarda uygulamayı kolaylaştırıcı ve yön verici yazılı metinlere ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer taraftan, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligata ilişkin özel düzenlemeler getirilerek, sürecin kısaltılması hedeflenmiştir. Aslında 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesinin uygulanması ile sadece Türk vatandaşlarına yapılacak tebligatlarda değil, 10'uncu maddeye çekince koymayan devletlerde bulunan bütün muhataplara yapılacak tebligatlarda süreç hızlanacaktır. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ile Tebligat Kanunu'nun 25/a-son maddesinin etkin ve doğru bir şekilde uygulanması önem taşımaktadır.

Çalışmamızın amacı, uluslararası tebligata ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunları tek tek inceleyerek, bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin ortaya konmasını sağlamaktır. Bu kapsamda, öncelikle hukukî alanda uluslararası adli tebligatın temel düzenlemesi olarak kabul edilen 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi ele alınacak, Sözleşme bağlamında 7201 sayılı

---

*Hukukî-Ticari ve Cezai Konularda İkili Sözleşmeler*", <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html> , Erişim 20/01/2016.

<sup>10</sup> Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 25 Ocak 2012 tarihli ve 28184 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmıştır.

<sup>11</sup> Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, "*Genelgeler*", <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html> , Erişim 20/01/2016.

Tebliğat Kanunu'nun uygulanması değerlendirilecektir. Daha sonra ise, yeni düzenlemeler ile çelişkili uygulamalar çerçevesinde, sorun yaşanan alanlar ayrı ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

## I- 1965 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ

### A- Genel Olarak

1965 tarihli Lahey Sözleşmesi, sadece tebliğat konusuna ilişkin yapılmış bir sözleşme olup, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne göre daha ayrıntılı ve özel nitelikte hükümler içermektedir<sup>12</sup>. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi<sup>13</sup>, sadece 1 ila 7'nci maddeleri arasında tebliğat konusu düzenlenmiştir. Her iki Sözleşmeye taraf olan devletler arasında tebliğat işlemleri, daha ayrıntılı maddeler içeren 1965 tarihli Tebliğat Sözleşmesi'ne göre yerine getirilir<sup>14</sup>.

### B- Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi

1965 tarihli Lahey Sözleşmesi, Lahey Özel Hukuk Konferans'ının onuncu sezonunda taslak haline getirilmiş ve 15 Kasım 1965 tarihinde imzalanmıştır<sup>15</sup>.

Sözleşme'nin 26/2'nci maddesinde öngörülen üçüncü tasdik belgesinin tevdiinden altmış gün sonra Sözleşme yürürlüğe girmiştir (m. 27/1). Sözleşme'yi imzalayan ve sonradan tasdik eden devletler açısından ise Sözleşme, tasdik belgesinin tevdiinden altmış gün sonra yürürlüğe girer (m.

<sup>12</sup> **Recognition and Enforcement of Judgements and Orders and the Service of Process within the Commonwealth, A Report of a Working Meeting held at Basseterre (A Report of a Working Meeting)**, St. Kitts, 24-28 April 1978, Commonwealth Secretariat, London, s. 71; NOMER, s. 585.

<sup>13</sup> Sözleşmeye taraf devletler; Almanya, Arjantin, Avusturya, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Bosna-Hersek, Çek Cumhuriyeti, Çin (sadece Makau Özerk Bölgesi), Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kırgızistan, Letonya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Ukrayna, Vatikan.

<sup>14</sup> Timuçin Muşul, **Tebliğat Hukuku**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 317; KOCASAKAL, s. 37; Ali Gumrah Toker, "15 Kasım 1965 Tarihli 'Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi' Uyarınca Tebliğat Yapılması", ss.107-152, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, (Basım Yılı: 2013), s. 108, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz13-2/gumrahtoker.pdf>, Erişim 20/01/2016.

<sup>15</sup> **A Report of a Working Meeting**, s. 71; David McClean, **The Hague Conventions on The Service of Process, The Taking of Evidence and Legalisation, Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdiction (Explanatory Documentation)**, Commonwealth Secretariat, London 1979, s. 7.

27/2). Diğer taraftan, Lahey Özel Hukuk Konferansı'nın onuncu oturumunda temsil edilmeyen devletler, Sözleşme'ye katılabilirler. Katılma belgesi, Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na tevdi edilir. Sözleşme bu devletler açısından, katılma keyfiyetinin bildiriminden önce Sözleşmeye taraf olan devletlerin kendilerine katılma iradesinin tebliğ edildiği tarihten itibaren altı ay içinde Hollanda Dışişleri Bakanlığı'na itirazda bulunmamaları halinde yürürlüğe girer. İtiraz yapılmadığı takdirde Sözleşme katılan her devlet açısından sözü edilen sürenin bitimini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer (m. 28).

### **C- Sözleşmeye Taraf Devletler**

Sözleşmeye taraf devletler; Amerika Birleşik Devletleri, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Bahama Adaları, Barbados, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Belize, Bosna Hersek, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, Botsvana, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İzlanda, İtalya, Japonya, Kanada, Kore Cumhuriyeti (Güney Kore), Kuveyt, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malavi, Malta, Meksika, Mısır, Monako, Norveç, Pakistan Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint Vincent ve Grenadines, San Marino, Seyşeller, Slovakya, Slovenya, Sırbistan, Sri Lanka, Türkiye, Ukrayna, Venezuela, Yunanistan'dır<sup>16</sup>.

### **D- Sözleşmenin Amacı**

Sözleşmenin amacı, adli ve gayri adli belgelerin hızlı ve etkili bir şekilde yurtdışı tebligatının yapılmasını sağlamaktır. Bir dizi tebligat yöntemine izin vermekte olan<sup>17</sup> Sözleşme, bir taraf devletten diğer taraf devlete adli veya gayri adli belgelerin iletilmesinde kullanılacak yolları düzenler. Sözleşme temel olarak belgelerin iletilmesine ilişkin olup, tebligat sürecinin pratikte nasıl olması gerektiğine dair maddi hukuku düzenlememektedir<sup>18</sup>. Ayrıca, her taraf devletin, diğer taraf devletlerden alınan belgelerin tebliği usulünü tertip edecek bir merkezi makam belirlemesi de gerekmektedir<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> HCCH, Status Table, "Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters", <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>, Erişim 20/01/2016.

<sup>17</sup> McCLEAN, s. 7; ayrıntılı bilgi için bkz. TOKER, s. 108-109.

<sup>18</sup> Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, **Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention (Permanent Bureau, Practical Handbook)**, Third Edition, Wilson & Lafleur Ltee, Montreal, 2006, s. 20.

<sup>19</sup> McCLEAN, s. 7.



Sözleşmenin temel amacı, tebliğe konu evrakın bir taraf devletten diğerine gönderilmesi olduğundan, tebligatın tanımına yer verilmediği gibi tebligatın usulüne ilişkin somut kurallar da belirlenmemiştir. Sözleşme bağlamında tebligat yerleşmiş teknik anlamıyla kullanılmaktadır. Buna göre tebligat, görülecek bir dava bakımından tarafları haberdar etmeye yetecek hukuki yeterliliğe sahip belgelerin usulüne uygun yollarla taraflara ulaştırılmasını ifade eder. Sözleşme hangi belgelerin tebliğ edileceğini düzenlemez. Bu hususa *lex fori* karar verecektir. Bir başka ifade ile hangi belgenin tebliğ edileceğine davanın açıldığı yer mahkemesi karar verir<sup>20</sup>.

### E- Sözleşmenin Uygulanması

Sözleşme ile kabul edilen temel tebligat yöntemi merkezi makamlar vasıtasıyla tebligatın yapılmasıdır<sup>21</sup>. Bunun yanında tali tebligat usulleri de kabul edilmiştir. Bunlardan biri, diplomatik temsilci aracılığıyla tebligat, ikincisi ise doğrudan posta yoluyla tebligattır<sup>22</sup>. Muhataba doğrudan posta yoluyla tebligat yapılması Sözleşmenin 10<sup>ü</sup>ncü maddesi ile düzenlenmiştir<sup>23</sup>. Genel olarak bu tür yöntemlere, talebin iletildiği yer merkezi makamı, adli memur veya yetkili bir makam ya da kişi dahil olur<sup>24</sup>.

Sözleşmenin 2<sup>ü</sup>ncü maddesi uyarınca, taraf devletler, tebligatın daha çabuk ve kolay yapılmasını sağlamak için Merkezî Makamlar ihdas

<sup>20</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 76. "...milletlerarası usul hukuku prensip olarak *lex fori*'nin hâkimiyeti altındadır. Hâkim prensip olarak hemen hemen daima kendi usul hukukunu tatbik eder. Ancak milletlerarası usul hukukundaki bu *lex fori* prensibinin istisnaları mevcuttur ve istisnalar milletlerarası sözleşmeler ile çoğalmaktadır. İstisnaları olmakla beraber milletlerarası usul hukukunda *lex fori* prensibi hâkimiyetini muhafaza etmektedir" (NOMER, s. 379).

<sup>21</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 22-23; ÇELİKEL/ERDEM, s. 504; NOMER, s. 584; KOCASAKAL, s. 42 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz. TOKER, s. 124 vd.; GÜNAY, s. 275; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 450.

<sup>22</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 28; ÇELİKEL/ERDEM, s. 505-507; NOMER, s. 584-585; KOCASAKAL, s. 49 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz. TOKER, s. 131 vd.

<sup>23</sup> Sözleşme'nin 10<sup>ü</sup>ncü maddesinin a bendi uyarınca çekince koymayan devletler açısından belgeler, yabancı memleketlerdeki kişilere doğrudan posta yoluyla gönderilebilir.

<sup>24</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 20; Sözleşme'nin 10<sup>ü</sup>ncü maddesine çekince koymayan devletlere doğrudan posta yoluyla yapılacak tebligata ilişkin olarak;

- Menşei Devletindeki adalet görevlileri, Devlet memurları veya Devletin diğer yetkili kişilerinin adli belgelere ilişkin tebligatı doğrudan talep edilen Devletteki tebligat yapmağa yetkili kimseler Devlet memurları veya Devletin yetkili diğer kişileri aracılığı ile yapmakta;
- Bir dava ile ilgili herhangi bir kimsenin, adli belgelere ilişkin tebligatı doğrudan talep edilen Devletin tebligat yapmağa yetkili kimseleri, devlet memurları veya o Devletin diğer yetkili kişileri vasıtası ile yaptırmakta muhtar olmasına engel teşkil etmez (1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi m. 10/b-c).

etmelidirler<sup>25</sup>. Türkiye açısından bu görevi, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (UHDİGM) üstlenmiştir<sup>26</sup>. Merkezi makamlar, sözleşmenin en önemli enstrümanıdır. Zira, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi, esas olarak merkezi makamlar vasıtasıyla tebligatın yapılmasını öngörmektedir. Bu şekilde, tebligat sürecinin kolaylaştırılarak, tebligatın daha kısa zamanda neticeye ulaşması hedeflenmektedir<sup>27</sup>. Yine tebligat, tebligat evrakının, tebligatın yapılacağı ülkedeki dış temsilcilik vasıtasıyla o ülkenin yetkili makamına gönderilmesi suretiyle de yapılabilir (m. 9/1). Sözleşme, diplomatik temsilcilikler vasıtasıyla tebligatı tamamen ortadan kaldırılmamakla birlikte, uluslararası tebligatın yapılmasında harcanan sürenin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaşması için merkezi makamlar aracılığıyla tebligat yöntemini benimsemiştir.

Merkezi makamlar vasıtasıyla tebligattan kastedilen, gönderen devletin tebligat yapmaya yetkili makamı tarafından hazırlanan evrakın, doğrudan alıcı devletin merkezi makamına iletilmesidir. Örneğin; Türkiye'de tebligat yapmaya yetkili kazai mercilerce hazırlanan tebligat evrakının doğrudan yabancı devlet merkezi makamına gönderilmesi gibi. Ancak, uygulamada sistem tam olarak bu şekilde kurgulanmamıştır. Tebligat Genelgesi'ne göre de, kazai merciler tarafından çıkarılan tebligatın öncelikle, Türk Merkezi Makamı olarak ihdas edilmiş UHDİGM'e gönderilmesi kabul edilmiştir<sup>28</sup>. Tebliğ evrakı, UHDİGM tarafından yabancı devlet merkezi makamına gönderilmektedir. Bu sistem, sürecin kısaltılmasına ilişkin beklenen faydanın tam olarak elde edilememesine neden olmakla birlikte, evrakın, UHDİGM'in kontrolünden

<sup>25</sup> Hague Convention On The Service Abroad of Judicial and extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (1965), Law Reform Commission Report 21-23, The Law Reform Commission, Dublin/Ireland, 1987, s. 8; **A Report of a Working Meeting**, s. 72; La Haye Sözleşmesi, Devletlerin, tebligat evrakının gönderilmesi ve alınmasına ilişkin makamlar belirlemesi sağlamıştır.(International Committee, **International Aspects of Family Law**, Second edition, Solicitors Family Law Association, Kent Spring 2004, s. 59).

<sup>26</sup> Ahmet Cemal Ruhi, **Tebligat Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2011, s. 558; ÇELİKEL/ERDEM, s. 504; ŞANLI/ESEN/FİĞANMEŞE, s. 450.

<sup>27</sup> 1965 tarihli Lahey Sözleşmesinin, 1954 tarihli Sözleşmesinden en önemli farkı tebligatın, merkezi makamlar vasıtasıyla yapılmasıdır. Zira, 1954 tarihli Sözleşme tebligatın diplomatik temsilcilikler vasıtasıyla yapılmasını öngörmektedir. 1965 tarihli Sözleşme ise bu yöntemle ek olarak merkezi makamların ihdas edilmesini ve tebligatın doğrudan merkezi makamlar arasında yapılmasını düzenlemiştir. Böylece, süreç daha hızlı işlemektedir (ÇELİKEL/ERDEM, s. 504).

<sup>28</sup> Burada önemle vurgulanması gereken husus, bu düzenleme ile Tebligat Kanunu 25/a-son fıkrasının karıştırılmaması gerektiğidir. Anılan madde uyarınca, kazai merciler tebliğ evrakını doğrudan yabancı devlet merkezi makamına değil, o devlette bulunan dış temsilcilliğimize gönderebilmektedir.

geçmek suretiyle Sözleşmeye uygun bir şekilde düzenlenmiş olarak yabancı merkezi makama gönderilmesini sağlamaktadır. Böylece, yabancı merkezi makamlar tarafından evraktaki eksiklik nedeniyle tebliğ evrakının iadesi en aza indirgenmekte ve özensiz hazırlanmış evrakın yurtdışına gönderilmesi engellenerek Devletin itibarının korunması hedeflenmektedir<sup>29</sup>.

Sözleşme'nin 15 ve 16'ncı maddeleri, gıyabında karar verilen davalıyı korumak amacını taşımaktadır<sup>30</sup>. Ülkemiz tarafından 15'inci maddeye<sup>31</sup> ilişkin olarak beyanda bulunulmuştur. Beyana göre, yurt dışında tebligatın yapıldığı anlaşılır ve gönderme tarihinden itibaren 6 aydan fazla zaman geçmiş olursa, Türkiye'deki dava ile ilgili karar, tebliğ tasdiknamesi olmadan da verebilir<sup>32</sup>.

Adli bir belge tebliğ edilmek üzere yabancı devlet makamına gönderilmemiş ve mahkemeye gelmeyen davalı aleyhine karar verilmiş olabilir. Sözleşmenin 16'ncı maddesi<sup>33</sup> uyarınca, davalının kendi kusuru

<sup>29</sup> Özellikle Avrupa Birliğine üye devlet uygulamalarına bakıldığında; evrakın, tebliği çıkaran mahkeme tarafından doğrudan yabancı devlet merkezi makamına gönderildiği görülmektedir. Böylece, Sözleşmeden beklenen fayda tam olarak kazanılmakta, tebligatın en kısa zamanda ve en ucuz yöntemle yapılması sağlanmaktadır.

<sup>30</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 20.

<sup>31</sup> “Bir dava dilekçesi veya aynı nitelikte bir belge, işbu Sözleşme hükümleri gereğince, tebliğ edilmek üzere yabancı bir memleketle intikal ettirildiğinde, davalı mahkemeye gelmediği takdirde: a) Belgenin, talep edilen Devlet topraklarında oturan kimselere tebliğ edilmek üzere hazırlanmış o memleketin tebligatla ilgili mevzuatına uygun bir şekilde tebliğ edilmiş olduğu veya; b) Belgenin, işbu Sözleşmede öngörülen başka bir usulle davalıya veya ikametgahına tebliğ veya tevdi olunduğu ve bu hallerden her birinde tebliğ veya tevdi keyfiyetinin davalının savunmasını hazırlaması için yeteri kadar vakit bırakacak bir tarihte tebliğ veya tevdi edilmiş bulunduğu tebeyyün etmedikçe hâkim kararı ertelemek zorundadır. Akit Devletlerden her biri, birinci fıkra hükümlerine rağmen, tebliğ veya teslim keyfiyetini belirten bir tebliğ tasdiknamesi alınmamış olsa bile, aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, hâkimlerin hüküm verebileceğini beyanda muhtardır: a) Belgenin işbu Sözleşmede öngörülen usullerden biri ile intikal ettirilmiş olması; b) Belgenin gönderilme tarihinden itibaren, altı aydan az olmamak üzere, hâkimin her özel duruma göre takdir edeceği bir sürenin geçmiş bulunması; c) Talep edilen Devletin yetkili makamları nezdinde yapılan bütün teşebbüslere rağmen herhangi bir tebliğ tasdiknamesi elde edilmesinin mümkün olmaması. İşbu madde hâkimin, acil hallerde geçici veya koruyucu tedbirler almasına engel teşkil etmez” (1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi m. 15).

<sup>32</sup> “Le Gouvernement de la République de Turquie déclare que, nonobstant les dispositions de l’alinéa premier de l’article 15, si les conditions visées à l’alinéa 2 dudit article sont réunies, ses juges peuvent statuer.”(HCCH, Reservations Declarations, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn) (Erişim 31.10.2012).

<sup>33</sup> “Bir dava dilekçesi veya aynı nitelikte bir belge, işbu Sözleşme hükümleri gereğince tebliğ edilmek üzere yabancı bir memleketle intikal ettirildiği ve mahkemeye gelmeyen davalı aleyhine karar verildiği takdirde, aşağıdaki Şartların birlikte gerçekleşmesi halinde hâkim, kanun yollarını müracaatını sağlamak üzere, süre aşımının davalı hakkındaki neticelerini kaldırmaya yetkilidir: a) Davalının kendi kusuru bulunmaksızın savunmasını hazırlamak

olmadan belgeden veya kanun yollarına müracaat etmek için mahkeme kararından zamanında haberdar olmaması ve davalı tarafından ileri sürülen def'ilerin dayanaktan yoksun bulunmaması halinde hâkim, davalının kanun yollarına müracaat edebilmesi için süre aşımının davalı hakkındaki sonuçlarını kaldırmaya yetkilidir<sup>34</sup>. Türkiye tarafından yapılan beyan ile, anılan maddede bildirilen taleplerin, kararın verildiği tarihten itibaren bir sene içinde ileri sürülmemesi halinde kabul edilmeyeceği açıklanmıştır<sup>35</sup>.

Sözleşme'nin uygulanması için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>36</sup>;

1. Bir taraf devletten, diğer taraf devlete tebligat amacıyla bir belge gönderilmesi,
2. Muhatabın adresinin bilinmesi,
3. Tebliğ edilmesi talep edilen belgenin, adli veya gayri adli belge olması,
4. Tebliğ edilmesi talep edilen belgenin, hukuki veya ticari bir konuyla ilgili olması gerekmektedir.

Bütün bu şartlar yerine getirildiği takdirde, Sözleşmede öngörülen tebligat yöntemlerinin uygulanması mümkün olacaktır.

Sözleşmenin ekinde yer alan örneğe uygun olarak hazırlanan talepname ile bu talepnameye eklenen tebliğ belgeleri tebligat evrakını oluşturmaktadır. Tebligat Genelgesinde, talepname doldurulurken dikkat edilecek hususlar, yapılan hataları ve eksiklikleri en aza indirmek için ayrıca düzenlenmiştir (16.11.2011 tarihli ve 63/3 sayılı Genelge s. 2).

---

*üzere dilekçeden veya, kanun yollarına müracaat hakkını kullanması için, karardan vaktinde haberdar olmaması; b) Davalı tarafından ileri sürülen def'ilerin dayanaktan yoksun bulunmaması. Süre aşımının neticelerinin kaldırılması hakkındaki müracaat, davalının karara bilgi edinmesinden başlayacak makul bir süre içinde yapılmadığı takdirde kabul edilmez. Akit Devletlerden her biri, kararın verildiği tarihten itibaren bir yıldan az olmamak kaydı ile, bildirisinde belirteceği sürenin geçmesinden sonra yapılacak müracaatların kabul edilmeyeceğini beyanda muhtardır. İşbu madde, ahvali şahsiye ile ilgili kararlar için uygulanmaz”(1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi m. 16).*

<sup>34</sup> **A Report of a Working Meeting**, s. 78; McCLEAN, s. 15.

<sup>35</sup> “7. Conformément à l'article 16, alinéa 3, le Gouvernement de la République de Turquie déclare que, les demandes visées à l'article 16, alinéa 2, sont irrecevables si elles sont formées après l'expiration d'un délai d'un an à compter du prononcé de la décision.”(HCCH, Reservations Declarations [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn) (Erişim 31.10.2012).

<sup>36</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 21.

Szleşmenin 13'nc maddesi uyarınca; tebligat talebi, Szleşmeye uygun hazırlanmış olmasına rağmen tebligatın talep edildiği merkezi makam tebliğ evrakını, egemenliğine veya güvenliğine zarar vermesi nedeniyle reddedebilir<sup>37</sup>. Sözleşme, özellikle egemenlik ve güvenlik kelimelerini tercih etmiştir. Zira egemenlik kavramı, uluslararası kamu düzenine işaret eden bir kavram olarak kabul edilmiştir<sup>38</sup>.

Diğer taraftan, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin istatistik oluşturmak her zaman çok kolay olmayabilir. Zira, yurtdışından gelen tebligatların bir kısmını Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerden gelen tebligatlar oluşturmaktadır<sup>39</sup>. Özellikle, Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerde bulunan muhabata tebligatın dış temsilcilikler aracılığıyla yapıldığı, Sözleşme ile düzenlenen tebligat yöntemlerinden birinin de dış temsilcilikleri aracı kılmak olduğu düşünüldüğünde, kesin ve doğru istatistikî bilgi almanın zorlukları daha iyi anlaşılacaktır.

Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında, hem ikili anlaşma hem de çok taraflı sözleşme varsa tebligatı kolaylaştıran hükümlerin özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, kural olarak çok taraflı sözleşmenin uygulanması gerekmele birlikte, ikili anlaşmada çok taraflı sözleşmelere nazaran tebligatı kolaylaştıran ayrı ve özel bir hüküm var ise ikili anlaşma hükümlerinin uygulanması uygun olacaktır (16.11.2011 tarihli ve 63/3 sayılı Genelge s. 4)<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi ile 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebligine Dair Sözleşme'nin 13/1 m. ve son fıkrası; **A Report of a Working Meeting**, s. 75; McCLEAN, s. 12; Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 130.

<sup>38</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 130.

<sup>39</sup> rneğin; 1976 yılında 12 aylık dönem boyunca Amerika Birleşik Devletleri Merkezi Makamı Sözleşme çerçevesinde 1.017 talep aldı. Aynı dönemde, Sözleşme kapsamında olmayan 200 tane taleple de ilgilenildi. İngiltere, 1976 yılında 872 talep aldı. Ancak, bu rakam, Sözleşme kapsamına giren ve girmeyen talepler arasında bir ayrımı içermemektedir (McCLEAN, s. 7).

<sup>40</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 17.03.1980 tarihli Tebliğ'de; bir devlet ile Türkiye arasında hem iki taraflı hem de çok taraflı sözleşme bulunması halinde, çok taraflı sözleşmenin tercih edilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da, sözleşmelerin maksadına ters düşen bu düzenlemeden daha sonraki yıllarda dnlmştir. İlk olarak, UHDIĞM tarafından hazırlanan 63/1 sayılı ve 01.03.2008 tarihli Genelge ile yürürlükte bulunan ikili ve çok taraflı sözleşmelerin hangisi uyarınca tebligatın daha kolay yapılması mümkün ise o sözleşme hükümlerinin uygulanmasının uygun olacağı düzenlenmiştir (NOMER, s. 585, dn. 400; ELKEL/ERDEM, s. 508-509; Yavuz Kaplan, "**Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme alışmaları Açısından Almanya rneği ve Türk Hukuku**", ss. 199-227, AÜHFD, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 221, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2563.pdf>, Erişim 20/01/2016; KOCASAKAL, s. 59-62; Cemal şanlı/Emre Esen/nci Ataman

## II- 1965 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ VE 7201 SAYILI TEBLİGAT KANUNU

### A- Genel Olarak

Tebliğati, yurtiçi tebligat ve yurtdışı tebligat olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Türk mahkemelerinde açılan davalarda ya da Türkiye’de yapılan icra takiplerinde, muhatabın yabancı bir ülkede bulunması halinde tebligat evrakının yabancı ülkeye gönderilmesi gerekir. Yabancı ülkede bulunan bir kişiye tebligatın ne şekilde yapılacağı hususu ise uluslararası adli yardımlaşma sözleşmelerine taraf olma ihtiyacını artırmıştır<sup>41</sup>. Gerek yurtiçi gerekse yurtdışı tebligat için temel kaynaklar, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik olmakla birlikte, yurtdışı tebligatlarda taraf olunan ikili ve çok taraflı sözleşmelere de başvurulmaktadır<sup>42</sup>.

Uluslararası tebligatın usulü, Tebligat Genelgesinde<sup>43</sup> ayrıntılı olarak üç şekilde düzenlenmiştir;

- İki taraflı veya çok taraflı bir sözleşme olmaması halinde uluslararası tebligat,
- İki taraflı sözleşmelerin bulunması halinde uluslararası tebligat,
- Çok taraflı sözleşmelere taraf olunması halinde uluslararası tebligat.

Türkiye ile arasında ikili veya çok taraflı sözleşme bulunmayan devletlerin tebligat taleplerine dair işlemler, uluslararası adli yardımlaşmanın esasını teşkil eden mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yürütülür. 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 25’inci maddesi ile yabancı devlette tebligat usulü düzenlenmiştir. 25’inci maddesinin 3’üncü fıkrası çerçevesinde, hukukî konularda adli makamlarca ve noterliklerce yurt dışına yapılacak tebligatlar, Adalet Bakanlığı aracılığı ile doğrudan tebliğin yapılacağı devletteki dış temsilciliğe ulaştırılabilir<sup>44</sup>.

Figanağmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 452-453.

<sup>41</sup> NOMER, s. 583.

<sup>42</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 496-497; DELİDUMAN, s. 15.

<sup>43</sup> Adalet Bakanlığı, UHĐĐM, 63/3 sayılı “*Hukukî Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri*” Genelgesi (<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html> Erişim 01/04/2016).

<sup>44</sup> MUŞUL, s. 307-308; RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 556; Nazif Kaçak, **Tebligat Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 254; Yargıtay 7. CD., 28/06/2010 tarihli ve 2010/6293 E., 2010/10123 K. sayılı karar, Yargıtay 3. HD. 22/02/2010 tarihli ve 2010/636

Kanun'un 25/a maddesinde ise, yurtdışındaki Türk vatandaşlarına yapılacak tebligata ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir.

### B- 7201 sayılı Tebligat Kanunu

Tebligat, Anayasa'da<sup>45</sup> düzenlenen ve temel insan haklarından olan adil yargılanma hakkı ve onun bir devamı niteliğindeki hukukî dinlenilme hakkıyla ilgili olduğundan, tebligatta yapılacak herhangi bir usulsüzlük adil yargılanma hakkının ihlaline neden olur. Tebligatın güvenli ve doğru şekilde yapılmasının önemli olması kadar, mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve en basit şekilde yapılması da önemlidir. Bu hassas dengenin sağlanabilmesi adına, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ihtiyaçlara göre birçok kez değiştirilmiştir<sup>46</sup>. Tebligat konusunda yapılan düzenlemelerin yeterli olmadığı uygulamalar neticesinde elde edilen tecrübelerle anlaşılmış olup, tebligat konusunun ihtiyaçlara göre yeniden şekillenmesi ve en basit şekilde icra edilebilir hale getirilmesi gerekmiştir<sup>47</sup>. Özellikle, Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler arasında yer alan, yurt dışındaki Türk vatandaşlarına yapılacak tebligata ilişkin daha basit ve hızlı bir yol benimsenmesi oldukça önemli bir gelişmedir<sup>48</sup>.

Diğer taraftan, uluslararası tebligat konusunda halen Tebligat Kanunu'nun bazı maddelerinin yeterince etkin uygulanmadığı

---

E., 2010/2699 K. sayılı karar (RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 560-561); ÇELİKEL/ERDEM, s. 498-499; bu maddeye göre tebliğ evrakı, tebliği çıkaran makamın bağlı bulunduğu Bakanlık vasıtasıyla, görev bölgesi gözetilerek ilgili Türk Elçiliğine veya Konsolosluğuna gönderilir. Gönderilen devletteki ilgili elçilik veya konsolosluk ise o devletin hukukuna uygun şekilde tebligatı yerine getirir. Diplomatik usul ile yapılan bu şekildeki bir tebligat uzun zaman almaktadır (NOMER, s. 583-584).

<sup>45</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası; Kurucu Meclis tarafından 18/10/1982'de Halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20/10/1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 7/11/1982'de Halkoylamasına sunulduktan sonra 9/11/1982 tarihli ve 17863 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yeniden yayımlanmıştır.

<sup>46</sup> Cenk Akil, "**11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler**", ss.248-266, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 249-250, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1204>, Erişim 18/01/2016; Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak'ın; Tebligat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/742, 2/546), Dönem 23, Yasama yılı 4, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf>, Erişim 20/01/2016.

<sup>47</sup> Tebligat kanunu lâyihası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/105), Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 1, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf>, Erişim 20/01/2016.

<sup>48</sup> "(*Ek fıkra: 11/1/2011-6099/7 md.*) Bu maddeye göre kazaî merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğuna gönderilebilir" (Tebligat Kanunu m. 25/a-son).

görülmektedir. Örneğin yurt dışına çıkış yapan ancak adresi tespit edilemeyen muhataba, Tebligat Kanunu'nun ilgili maddeleri çerçevesinde ilan edilen tebligat yapılması, uygulamada başarılı bir şekilde gerçekleştirilememektedir. Anılan düzenlemenin yeterince açık olmaması ve mukim kalması, sonuç olarak yurtdışındaki muhataba tebligat yapılamaması, davaların yıllarca sürmesine ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır<sup>49</sup>. Yine, Türkiye'de bulunan yurt dışı temsilciliklerine tebligat yapılması hususu, uygulamada sorun yaşanan ve mevcut düzenlemeler ile tam olarak çözüme kavuşturulamayan önemli konular arasında yer almaktadır. Özellikle, uluslararası tebligat konularında yapılmış olan düzenlemelerin bir bütün halinde incelenmesi ve uygulamaya bu şekilde yansıtılması gerekir. Bu kapsamda, Tebligat Kanunu ile bu alanda taraf olduğumuz Sözleşmelerin hukuki zeminde birlikte ele alınarak sorunlara çözüm olup olmadığının değerlendirilmesi önemlidir. Mevcut düzenlemeler ile sıkıntılı konular bertaraf edilemiyorsa, ihtiyaçları karşılayacak yeni düzenlemelerin yapılarak uygulamanın nefes almasının sağlanması şarttır.

## **C- 1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu'nun Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar**

### **1- Doğrudan Tebligat**

1965 tarihli Sözleşme'nin 10'uncu maddesi<sup>50</sup> ile merkezi makamlar ve dış temsilcilikler aracı kılınmaksızın doğrudan posta yoluyla tebligat usulü

<sup>49</sup> “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi (AİHS) 6'ncı maddesi); AİHS'nin 6'ncı maddesi uyarınca; yargılamanın, etkisini ve güvenilirliğini tehlikeye sokmayacak makul bir süre içinde bitirilmesi gerekmektedir (European Court of Human Rights, **Guide on Article 6, “Right to Fair Trial (civil limb)”**, Council of Europe, 2013, s. 50, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), Erişim 20/01/2016).

<sup>50</sup> NOMER, s. 585; ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 505 vd.; Sözleşmenin 10'uncu maddesi; “*Talep edilen devlet itiraz etmedikçe iş bu sözleşme:*

- a) *Adli belgelerin yabancı memleketteki kişilere doğrudan posta vasıtası ile gönderilmesine,*
- b) *Menşe devletindeki adalet görevlileri, devlet memurları veya devletin diğer yetkili kişilerinin adli belgelere ilişkin tebligatı doğrudan talep edilen devletteki tebligatı yapmaya yetkili diğer kimseler, devlet memurları veya devletin diğer yetkili kişileri aracılığı ile yapılmasına,*
- c) *Bir dava ile ilgili herhangi bir kimsenin adli belgelere ilişkin tebligatın doğrudan talep edilen devletin tebligat yapmaya yetkili kimseleri, devlet memurları veya devletin diğer yetkili kişileri aracılığı ile yaptırmakta, muhtar olmasına engel teşkil etmez” şeklinde düzenlenmiştir.*



düzenlenmiştir. Bu yöntemle, sadece Sözleşmenin 10'uncu maddesine çekince koymayan devletler<sup>51</sup> açısından başvurmak mümkündür. Anılan madde ile düzenlenen tebligat usulüne Türkiye tarafından çekince konulmuştur<sup>52</sup>.

Türkiye, 10'uncu maddede belirtilen tebliğ usullerini tamamen reddetmiştir<sup>53</sup>. Bu nedenle, Türkiye'de bulunan bir muhataba, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi uyarınca yurtdışından tebligat yapılması mümkün değildir. Ancak, uygulamada bu durumun takip edilme imkânı bulunmamaktadır. Zira, yurtdışında bir mahkemeden doğrudan Türkiye'de bulunan bir kişiye tebligat çıkarılması ve muhatabın gönderilen bu belgeyi alması durumundan Türkiye yetkili makamlarının haberdar olması imkansızdır. Böyle bir durumdan, ancak muhatabın, yetkili makamları bilgilendirmesi veya tebligatı gönderen mahkemeye itirazda bulunması halinde ikinci kez -usulüne uygun tebligatın yapılması esnasında haberdar olunabilir. Muhatabın, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesine ilişkin bilgi sahibi olmasının ne kadar küçük bir ihtimal olduğu düşünüldüğünde, Türkiye'de bu yöntemle tebligat yapıp yapılmadığının tespitinin ne denli imkânsız olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Neticede, gönderen mahkeme devletinin mevzuatı böyle bir tebligatı usulüne uygun olarak kabul ediyorsa, o devlet sınırları içinde bu şekilde verilmiş bir kararın icrası mümkün olabilir. Sorun, bu şekilde verilen ve kesinleşen bir kararın başka bir devlette, örneğin Türkiye'de icrası için tenfiz davası açılması ile ortaya çıkacaktır. Zira, tenfiz davasında, tebligatın usulüne uygun yapıp yapılmadığı incelenecek olup<sup>54</sup>, Sözleşme'nin 10'uncu

<sup>51</sup> Sözleşme'nin 10'uncu maddesine çekince koymayan devletler şunlardır; Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Bostvana, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Letonya, Lüksemburg, Malavi, Portekiz, Romanya, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines (16.11.2011 tarihli ve 63/3 sayılı Genelge, Ek 5).

<sup>52</sup> 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi uyarınca da, tebliğ evrakının yabancı bir ülkede bulunan muhataba doğrudan posta yoluyla gönderilmesi, tebligatın yapılacağı devletin buna itiraz etmeme şartına bağlanmıştır.

<sup>53</sup> "5. Le Gouvernement de la République de Turquie déclare s'opposer à l'utilisation des méthodes de signification et de notification énumérées à l'article 10 de la Convention." (HCCH, Reservations Declarations [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn) , Erişim 31/10/2012).

<sup>54</sup> Yabancı mahkemelerde verilen kararın, tenfizinin ön şartları arasında kararın kesinleşmiş olması aranmaktadır. Tenfize konu kararın kesinleşmesi ise usulüne uygun şekilde tebligatın yapılması ile mümkün olur; "Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır" ( Milletlerarası Özel

maddesine konulan çekince nedeniyle Türkiye’de bulunan muhataba doğrudan tebligat yapılması usulsüz kabul edilmelidir<sup>55</sup>. Böylece, bu şekilde kesinleştirilmiş bir kararın Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>56</sup>.

Diğer taraftan, 10<sup>’</sup>uncu maddeye çekince koymayan devletler açısından doğrudan posta yoluyla tebligat yapılması mümkündür. Örneğin Türkiye mahkemeleri tarafından, 10<sup>’</sup>uncu madde uyarınca Hollanda’da bulunan bir kişiye doğrudan posta yoluyla tebligat yapılabilir. Bu durumda da açıklığa kavuşturulması gereken husus, uygulamada bu şekilde yapılan tebligatın usulüne uygun kabul edilip edilmediğidir. Yargıtay bir kararında, yurt dışındaki muhataba 25<sup>’</sup>inci maddeye aykırı olarak iadeli taahhütlü bir şekilde posta yoluyla doğrudan yapılan tebliği usulsüz kabul etmiş, ancak hükmün sonucunu etkilemediği takdirde bozma sebebi saymamıştır<sup>57</sup>. Oysa ki, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kanun hükmündedir. Zira, Anayasa’nın 90<sup>’</sup>ıncı maddesine<sup>58</sup> göre, uluslararası sözleşmeler kanun gücünde olup<sup>59</sup>, iptalleri için Anayasa Mahkemesi’ne dahi

Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) madde 50); “*O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması*” (MÖHUK madde 54/1-ç); Tanıma tenfiz talebine konu karar, hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmiş olmalıdır. Kesinleşmenin tespiti, kararın verildiği ülke hukukuna göre yapılmalıdır (ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 490; Ahmet Cemal Ruhi, **Nafaka Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010, s. 121); *Common Law* ülkelerinde de benzer koşullar tenfiz kararının verilmesi için aranmaktadır. Örneğin; 1. Yabancı mahkemenin taraflar üzerinde yargı yetkisinin bulunması, 2. Kararın kesinleşmiş olması, 3. Kararın vergi veya para cezasına ilişkin olmaması gerekmektedir. (Winston Anderson, **Elements of Private International Law**, The Caribbean Law Publishing Company, Kingston, 2003, s. 211).

<sup>55</sup> Yurtiçi ve yurtdışı tebligatın nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen ikili ve çok taraflı sözleşmeler de dahil olmak üzere birden fazla kaynak bulunmaktadır. Tebligat, hangi kaynak çerçevesinde yapılıyorsa o kaynakta belirtilen usullere uyulması gerekmektedir. Kaynaklarda belirtilen usullere uyulmadan yapılan tebligat geçersiz olacaktır (ÇELİKEL/ERDEM, s. 510).

<sup>56</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 507.

<sup>57</sup> Yargıtay 2. HD. 13/01/1977 tarihli ve 9383 E. ve 164 K. sayılı kararı (MUŞUL, s. 313).

<sup>58</sup> “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” (Anayasa m. 90/V).

<sup>59</sup> Türk Anayasası (AY m. 90/V) uyarınca, Milletlerarası Sözleşmeler kanun niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin yürürlüğe girmesi, Türk milletlerarası özel hukukuna farklı bağlama kuralları veya farklı usul hükümleri kazandırabilir. (Mahmut Kamacı, “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye’nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*”, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998, s. 516.)

gidilememektedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10'uncu maddesine uyarınca Türk mahkemelerince yurtdışındaki muhataba tebligat yapılması mevzuatımıza uygundur ve hatta bu yöntemle yapılacak tebligatların teşvik edilmesi gerekmektedir. 7201 sayılı Tebligat Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un gerekçesi incelendiğinde, tebligatın mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve en basit şekilde yapılmasının ne denli önemli olduğu anlaşılır<sup>60</sup>. Bu çerçevede, mevcut mevzuatın da doğrudan tebligat yapılmasına izin verdiği<sup>61</sup> ve bu yöntemin en azından bazı davalarda tebligatı oldukça kolaylaştıracağı göz önünde bulundurulduğunda, Tebligat Kanunu'nun 25'inci maddesini öne sürerek, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi uyarınca yapılan tebligatların usulsüz olacağını söylemek uygulamayı zorlaştırır. Bu nedenle, uluslararası tebligatların daha kolay ve kısa sürede yapılmasına imkân veren bu tebligat yönteminin önündeki engellerin kaldırılarak, çekince koymayan devletler açısından uygulanması yolunun açılması gerekir.

Tebligat Kanunu'nun 25/1'inci maddesi uyarınca, yurtdışında bulunan muhataba tebliğ, o devletin yetkili makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o devlet kanunları müsait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını salahi yetkili makamdan ister. Anılan maddenin uygulaması sırasında; hazırlanan tebliğ evrakı doğrudan muhataba değil, öncelikle tebligatın yapılmak istenildiği devletteki Türkiye dış temsilciliğine, temsilcilik vasıtasıyla da o devlet yetkili makamına gönderilir<sup>62</sup>. Dolayısıyla, bu şekilde bir tebligatın yapılarak, davanın görüldüğü mahkemeye dönmesi aylar ile telaffuz edebileceğimiz süreler almaktadır. Hâlbuki Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin uygulanmasında tebligat, doğrudan posta yoluyla davanın görüldüğü mahkemeden, muhataba gönderilmektedir. Dahası, anılan maddeye çekince koymayan bazı devletler<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak'ın; Tebligat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/742, 2/546), TBMM, Dönem 23, Yasama yılı 4, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf>, Erişim 20/01/2016.

<sup>61</sup> Taraf olduğumuz 1965 tarihli Lahey Sözleşmesinin 10'uncu maddesine çekince koymayan devletler; Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Bostvana, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Letonya, Lüksemburg, Malavi, Portekiz, Romanya, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines.

<sup>62</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 498; NOMER, 583-584; MUŞUL, s. 307; YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 459 vd.; TURAN, s. 253-254; AKCAN/ALBAYRAK, s. 74-75.

<sup>63</sup> Örneğin; Hollanda yetkili makamları, Hollanda sınırları içinde bulunan muhataplara bu

bu yöntemin kendi ülke sınırları içerisinde yapılmasını, özellikle Türkiye gibi uluslararası tebligat akışının çok fazla olduğu<sup>64</sup> devletlerden talep etmektedir.

## 2- Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Tebligat

1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde genel kural tebligatın merkezi makamlar aracılığıyla yapılması olup, 8'inci madde<sup>65</sup> ile diplomatik temsilcilikler vasıtasıyla tebligat yapılabilmesi düzenlenmiş<sup>66</sup>, ancak Türkiye bu yolu sadece kendi vatandaşlarına tebligat yapılması açısından kabul etmiştir<sup>67</sup>. Yine, 1954 tarihli Sözleşmenin 6'ncı maddesine çekince konularak, diplomatik memurlar veya konsolosluk görevlilerinin, sadece kendi vatandaşlarına tebligat yapabileceği kabul edilmiştir. Bu kapsamda, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda da, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebliğe ilişkin tamamen özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan Kanun'un, 25/a maddesinde;

*“Yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kimse Türk vatandaşı olduğu takdirde tebliğ o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu aracılığıyla da yapılabilir. Bu hâlde bildirim Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu veya bunların görevlendireceği bir memur yapar(...)*

yöntemle tebligat yapılmasını özellikle teşvik etmektedir. Zira, tebligatın doğrudan muhabata yapılması demek, Sözleşmeler çerçevesinde öngörülen merkezi makamların da iş yükünü azaltacak, tebligatların daha hızlı ve kolay bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır (Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (UHDİGM), Sözleşmeler Bürosu, Adalet Müşavirleri Toplantısı).

<sup>64</sup> 2012 yılında Türkiye'nin Hollanda'dan talep ettiği tebligatın toplam sayısı 612'dir (Adalet Bakanlığı, UHDİGM, 2012 Faaliyet Raporu, 2012 Yılında Yabancı Ülkeler Tarafından Yerine Getirilen Tebligat Taleplerimiz, Tablo 118).

<sup>65</sup> Sözleşme'nin 8'inci maddesi “*Âkit Devletlerden herbiri adli belgelerin yabancı memleketlerde tebliği işini, zor kullanmaksızın, doğruca kendi diplomatik ve konsolosluk ajanları vasıtası ile yapturmakta muhtardır. Tebligatın belgenin çıktığı memleketin uyrukusuna yapılması hali müstesna, Devletlerden herhangi biri, kendi topraklarında bu şekilde tebligat yapılmasına muhalefet edebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir; Örneğin İrlanda bu maddeye ilişkin herhangi bir beyanda bulunmamıştır. (Hague Convention On The Service Abroad of Judicial and extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (1965), Law Reform Commission Report 21-23, The Law Reform Commission, Dublin/Ireland 1987, s. 9; McCLEAN, s. 13).

<sup>66</sup> Diplomatik temsilcilikler vasıtasıyla tebligat etkin olarak yapılamamakla birlikte, halen bazı koşullarda buna ihtiyaç duyulmaktadır. (W.A. Kennett, **Enforcement of Judgements in Europe**, Qxford University Press, Oxford 2001, s. 194).

<sup>67</sup> “(...)4. *Le Gouvernement de la République de Turquie reconnaît aux agents diplomatiques ou consulaires la faculté de faire des significations ou des notifications, conformément à l'article 8 de la Convention seulement à ses propres ressortissants.*” (HCCH, Reservations Declarations [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn) , Erişim 31/10/2012.

*Bu maddeye göre kazaî merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukuna gönderilebilir” ifadesi yer almaktadır.*

Bu maddeye göre, yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarına, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tarafından doğrudan tebligat yapılabilir<sup>68</sup>. Tebligat Kanunu'nun söz konusu maddesine, 19.01.2011 tarihli ve 27820 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6099 sayılı Kanunla eklenen fıkra uyarınca, kazaî merciler tarafından çıkarılacak bu tür tebligatlar Adalet Bakanlığı (UHDİGM) aracı kılınmaksızın doğrudan Türkiye'nin ilgili dış temsilciliğine gönderilebilir. Bu değişikliğin gerekçesinde<sup>69</sup>, Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesi uyarınca yapılan tebligatların Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapıldığı, eklenen bu yeni fıkra ile tebligatın, Türk vatandaşlarına artık Adalet Bakanlığı aracı kılınmaksızın doğrudan ilgili dış temsilciliğe tebliğ evrakının gönderilmesi ile yapılabileceği, böylece zaman ve para kaybının önüne geçileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, anılan madde gerekçesinde, bugüne kadar Adalet Bakanlığı'nın sadece tebligat evrakındaki şekli unsurları incelemek amacıyla aracı kılındığı, oysaki bu incelemenin tebligatı gönderen yargı organınca da yapılabileceği belirtilmiştir. Bu değişiklik ile tebligat sürecinin hızlanması sağlanarak, özellikle zaman unsurunun çok önemli olduğu davalarda daha çabuk sonuca ulaşılması amaçlanmıştır.

<sup>68</sup> Yargıtay 2. HD, 16/02/2010 tarihli ve 2009/827 E., 2010/2684 K. sayılı kararı; Yargıtay 10. HD, 14/12/2010 tarihli ve 2010/14733 E., 2010/16639 K. sayılı kararı; Yargıtay 2. HD, 16/03/2006 tarihli ve 2005/18357 E., 2006/3553 K. sayılı kararı (RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 577-578); KAÇAK, s. 262; ayrıntılı bilgi için bkz. KOCASAKAL, s. 30 vd.; MUŞUL, s. 313-316; YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 491-498; TURAN, s. 254-257; AKCAN/ALBAYRAK, s. 75-76.

<sup>69</sup> “Tebligat Kanununun 25/a maddesinde siyasi temsilcilikler aracılığıyla yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligat usulü düzenlenmiştir. Bugüne kadar yurt dışı temsilciliklere gönderilen tebligat Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapılmaktaydı. Maddeye eklenen yeni fıkroda bu hususta kolaylık getirilmiştir. Bu bağlamda, Türk vatandaşları bakımından, Adalet Bakanlığının aracılığı olmadan, doğrudan ilgili temsilciliğe tebligatın gönderilmesi usulü kabul edilmiştir. Zira, Adalet Bakanlığının aracılığı sadece şekli hususların incelenmesi ile ilgilidir. Bu inceleme yargı organınca yapıp tebliğ evrakı gönderilebilecek, böylece hem zaman hem de para kaybı önlenecektir. Ayrıca, Türk yargı organının yine Türk vatandaşı olan taraf için doğrudan Türk temsilciliğini kullanarak tebligat yapması hiçbir sakınca doğurmayacak, bilakis birçok yarar sağlayacaktır”(Tebligat Kanunu ile Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak'ın; Tebligat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/742, 2/546), TBMM, Dönem 23, Yasama yılı 4, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6099s.pdf>, Erişim 18/12/2012).

Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesinin son fıkrasındaki düzenlemenin, 1965 tarihli Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesinde yer alan doğrudan tebligat yöntemi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Zira, 1965 tarihli Sözleşme uyarınca kabul edilen yöntemlerden biri olan doğrudan tebligat usulüne (m. 10) Türkiye tarafından çekince konulmuştur. Bu tür tebligatlar, merkezi makamlar ve dış temsilcilikler aracı kılınmaksızın doğrudan posta yoluyla adli makamlar tarafından muhataba yapılmaktadır. 25/a maddesindeki değişiklik ile ise, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarına tebligat, kazaî merciler tarafından doğrudan Türkiye'nin ilgili dış temsilciliğine gönderilecek, dış temsilciliğimiz ise muhataba tebligatı yapacaktır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde vatandaşlık sınırlaması yapılmamışken, Tebligat Kanunu'nun 25/a-son maddesi uyarınca tebligat sadece Türk vatandaşlarına yapılabilir. Bir diğer önemli fark ise, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde benimsenen yöntemin, Kanun'un 25/a-son maddesinde belirtilen yöntemden daha kısa olmasıdır<sup>70</sup>. Ancak, Tebligat Kanunu'nun 25/a-son maddesi, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin uygulanmasının önünde engel değildir. Şartların bulunması halinde yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına da doğrudan 10'uncu madde uyarınca tebligat yapılması mümkündür.

Kanun'un 25/a-son maddesi uyarınca gönderilen tebliğ evrakına ilişkin olarak, Türkiye siyasî memuru veya konsolosu ya da bunların görevlendireceği bir memur tarafından tebligatın yapılıp yapılmadığına dair bu makamlarla bir tutanak düzenlenir ve evrak tutanak ile birlikte ilgili kazaî mercie gönderilir. Tebligat evrakının tercümesine gerek bulunmamakla birlikte, tebligatın talep edildiği ülkeye göre posta giderinin ilgisince yatırılarak, makbuz örneğinin tebliğ evrakı ekinde ilgili dış temsilciliğe gönderilmesi gerekmektedir (16.11.2011 tarihli ve 63/3 sayılı Genelge s.5).

Kanun'un 25/a maddesi, Türk vatandaşları açısından tebligat prosedürünü kolaylaştırmıştır. Evrakın tercümesine ihtiyaç duyulmaması ayrıca önem taşımaktadır. Türk vatandaşlarına tebligat hususunda bu yolun tercih edilmesi, iki taraflı veya çok taraflı sözleşme hükümleri ya da uluslararası adli yardımlaşma kuralları çerçevesinde tebligat yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu yollarla yapılan tebligatın, mutlaka yabancı devletin yetkili makamı aracılığıyla yapılması ve evraka tercüme eklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, uygulamada Türk vatandaşlarına yapılacak

<sup>70</sup> Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesi 2003 tarihinde eklenmiş olup, yurtdışına yapılacak tebligatlar için belirlenen diplomatik yolla tebligata göre daha özel bir düzenleme getirmiştir. Sadece Türk vatandaşları için öngörülen bu yöntem, tebligatın daha kolay ve hızlı yapılmasını sağlamaktadır (ÇELİKEL/ERDEM, s. 499).

tebligatlarda, öncelikle 25/a maddesi uyarınca tebligat evrakı gönderilmekte, şayet sonuç alınamıyorsa ikinci yol olarak diğer seçenek (iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar) denenmektedir.

Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesine göre izlenecek prosedür ise maddede şu şekilde düzenlenmiştir;

- Öncelikle, muhataba bir bildirim yapılmakta, muhatap bildirim aldığı günden sonraki otuz gün içinde tebligatı almaya gelmezse tebligat yapılmış sayılmaktadır<sup>71</sup>.

- Şayet muhatap bildirim aldıktan sonra gelirse tebligat geldiği gün yapılmış sayılmaktadır.

- Muhatap dış temsilcilığe geldiği halde, tebliğ evrakını almaktan imtina ederse, bu konuda tutulacak tutanak tarihinde tebligat yapılmış kabul edilir<sup>72</sup>.

- Muhatabın bildirim hiç almamış olması halinde ise, tebligat yapılmamış sayılır<sup>73</sup>. Bu aşamadan sonra, sözleşmeler çerçevesinde tebligat yapılması talep edilebilir.

25/a maddesi ile ihbar evrakını alan ancak otuz gün içinde tebligatı almak için dış temsilcilığe gelmeyen kötü niyetli muhatabın, tebligatın yapılmasını geciktirmesini önlemek ve süreç kolaylaştırılarak, davanın uzamasının engellenmesi istenilmiştir<sup>74</sup>. Bu madde ile tebligatı almayan tarafın adil yargılama hakkının zarar gördüğü düşünülebilir. Ancak, ihbar evrakını almasına rağmen tebligatı almayarak davayı sürüncemede bırakmaya çalışan tarafın adil yargılama hakkı gözetilirken, davanın tamamen kötü niyetli bir

<sup>71</sup> “(...) Melburn Başkonsolosluğu tebliğ evrakını alması için davalının adresine, Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesine uygun olarak gönderilen ihtarlı bildirimim, o ülke mevzuatına göre 31.08.2006 tarihinde tebliğ edildiğini bildirdiğine göre, dava dilekçesi ve duruşma gününün davalıya tebliğ tarihi bildirim izleyen otuzuncu günün bitimi olan 30.09.2006'dır.” Yargıtay 2. HD, 04/02/2008 tarihli ve 2007/4146 E., 2008/770 K. sayılı kararı (RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s.578); ÇELİKEL/ERDEM, s. 499; YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 492-493; MUŞUL, s. 314; AKCAN/ALBAYRAK, s. 78; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 453-454.

<sup>72</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MUŞUL, s. 314-315; YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 493; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 454.

<sup>73</sup> “(...) Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesi gereğince dava dilekçesinin tebliğ yoluna gidilmiş, ancak; Paris Başkonsolosluğunca Fransız Posta İdaresi kanalıyla yapmak istediği tebligatın davalı tarafından almaya gidilmemesi nedeniyle ikmal edilmeden iade edildiği saptanmıştır. Bu durumda tebligat işlemi tamamlanamamıştır.” Yargıtay 8. HD, 03/05/2010 tarihli ve 2009/4206 E., 201/2275 K. sayılı kararı (RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 576-577).

<sup>74</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 499-500.

şekilde uzatılması sonucunda zarar görecektir olan diğer tarafın haklarının da zarar görmesinin engellenmesi gerekmektedir. Ayrıca, Tebligat Kanunu'nun 21'inci maddesi uyarınca tebligattan imtina edilmesi halinde bile tebligatın maddede belirtilen şekilde ihbarnamenin kapıya yapıştırılması suretiyle yapılması kabul edilmiştir. Yine, 21/2 maddesinde, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi kişinin adrese dayalı kayıt sistemindeki adrese tebligatın yapılması düzenlenmiştir. Bu örneklerde olduğu gibi ilanen tebligatta da, muhatabın tebliğ evrakına muttali olmaması oldukça büyük bir ihtimaldir. Buna rağmen, davanın makul sürede sonuçlandırılması (AİHS m. 6) ve bu bağlamda davanın uzaması nedeniyle tarafların haklarının zarar görmemesi için bu tür düzenlemeler kabul edilmiştir. Özellikle adresi meçhul tarafa tebligat yapılamadığı için sonlandırılmayan davaların, makul sürede bir sonuca varması için kabul edilen ilanen tebligat gibi düzenlemelere yabancı devlet mevzuatlarında da yer verilmiştir<sup>75</sup>.

### **3. İlanen Tebligat**

Tebligat Kanunu'nun 28'inci maddesi uyarınca, adresi meçhul olan kişilere tebligat ilanen yapılır. Tebligat Kanunu'nun diğer maddeleri çerçevesinde tebligat yapılamayan ve ikametgâhı, meskeni veya iş yeri de bulunamayan kimsenin adresi meçhul sayılır (m. 28/2)<sup>76</sup>. Anılan maddenin devamında; yabancı devletlerde bulunan kişilere ilanen tebligat yapılmasının gerekmesi halinde tebliği çıkaran merciin, tebliğ olunacak evrak ile ilan suretlerini yabancı memlekette bulunan kimsenin malûm adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla göndermesi ve posta makbuzunu dosyasına koyması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, yabancı bir devlette ilanen tebligatın muhataba nasıl yapılacağı ya da ilan suretlerinin, adresi zaten tespit edilemediği için ilanen tebligat yolu tercih edilen kişinin malûm adresine gönderilmesinin nasıl gerçekleşeceği hususlarında bir açıklık bulunmamaktadır<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Örneğin, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 185'inci maddesinde; tebligatın, muhatabın adresinin meçhul olması ve temsilciye veya tebligat yetkilisine ilişkin tebligatın yapılmaması halinde mümkün olacağı belirtilmiştir (Zivilprozessordnung m. 185/1). Anılan Kanun'a göre ilanen tebligat ise, muhatabın yurtdışında veya içinde olması ayrımı yapılmadan mahkeme panosuna asılarak ya da elektronik bilgi sistemine bildirimde bulunulması ile yapılır (Zivilprozessordnung m. 186/2).

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MUŞUL, s. 87; YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 501 vd.; DELİDUMAN, s. 42 vd., AKCAN/ALBAYRAK, s.51 vd.; TURAN, s. 169.

<sup>77</sup> Tebligat kanunu lâyhası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/105), Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 7-8, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf>, Erişim 20/01/2016.



Diğer taraftan, 29'uncu maddede genel olarak ilan edilen tebligatın usulü düzenlenmiştir. Madde çerçevesinde ilan suretiyle tebliğ;

- İlan muhatabın öğrenmesinin en güvenilir şekilde gerçekleşeceği umulan ve varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde yayınlanan birer gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır.

- Tebliğ olunacak evrak ve ilan sureti, tebliği çıkaran merciin herkesin kolayca görebileceği bir yerine de asılır.

Tebliği çıkaran merci, gerekiyorsa ikinci defa ilan yapılmasına karar verebilir. İki ilan arasındaki müddet bir haftadan aşağı olamaz. Gerekiyorsa ikinci ilan, yabancı memleket gazeteleriyle de yaptırılabilir (m. 29/son). Kanun'un 29'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasının gerekçesinde; ikinci defa ilan yapılmasına karar verilmesi halinde, bu ilanın yabancı memleket gazetelerinde yapılabileceği, böyle bir durumda tebligatın muhatabın öğrenme ihtimalinin en yüksek olduğu yabancı devlet gazetesinde yapılması ve yabancı devlet gazetesinde ilan yapma usulünün hazırlanacak bir "talimatname" ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>78</sup>. Ancak, 7201 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra hazırlanan Tebligat Tüzüğü'nde<sup>79</sup> ve Tebligat Yönetmeliği'nde bu hususları içeren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kanun'un ilan edilen tebligata ilişkin maddeleri bir bütün olarak incelendiğinde; yurtdışında yapılacak ilan edilen tebligata ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmadığı görülür. Uygulamada ise bu boşluk, yurtdışında yayınlanan bir gazeteye ilan verilmesi şeklinde çözülmeye çalışılmaktadır. Başka bir ifade ile, yurtdışına çıkış yaptığı tespit edilen, ancak tüm aramalara rağmen adresi bulunamayan muhataba tebligat, bulunduğu ülke gazetelerinde ilan vermek suretiyle yapılmaktadır. Yurtdışında muhatabın bulunduğu yer gazetesinde ilan verilmesi için öncelikle mahkemesince ilan metni hazırlanmakta ve bu metin UHDİGM'e gönderilmektedir. Gönderilen metin, ilgili devlette bulunan dış temsilcilğe iletilmekte ve söz konusu metnin

<sup>78</sup> "Bu fıkradaki, gerekiyorsa ikinci ilanın yabancı memleket gazeteleri ile de yapılabileceğine dair hüküm, /bir ihtiyacın ifadesi olmuştur. Fakat birinci ilanın memleketimizde yapılması lüzumludur. Bundan bir netice hâsıl olmaz ve fayda umulursa yabancı memleket gazeteleri ile de ilân yapılabilecektir. Bu halde, yabancı memleket gazetesini, alâkalının itilama en emin bir şekilde vâsıl olacağı umulan gazete mahiyetinde olacaktır. Yabancı memleket gazetesiniyle ilân yapılması usulü, talimatnamede gösterilecektir" (Tebligat kanunu lâyihası ve Muvakkat Encümen mazbatasası (1/105), Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 8, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf> , Erişim 20/01/2016.

<sup>79</sup> Tebligat Tüzüğü, 20/8/1959 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilmiş olup, 11.9.1959 tarihli ve 10303 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

o yer gazetelerinden birinde yayınlanması talep edilmektedir. Kanun'un 29'uncu maddesinde ilan şekli belirlenmiş olup, ilan tebligat maddede sayılan unsurların yerine getirilmesi ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla, yurtdışındaki bir gazetede ilan maddenin ilk unsurunun gerçekleştirilmesi anlamına gelir. Maddede öngörülen diğer şartlar da yerine getirildiğinde ilan tebligat yapılmış sayılmaktadır. Aslında mevcut uygulama ile yabancı devlet makamlarından ilan tebligat yapması istenilmemekte, o yer dış temsilciliğinden yabancı devlet gazetelerinden birinde mahkemece hazırlanan metnin yayınlanması talep edilmektedir. Böylece, ilan tebligatın unsurları tamamlanmış kabul edilerek, davanın sürüncemede kalmaması amaçlanmaktadır<sup>80</sup>. Ancak, yorum yoluyla ulaşılan bu çözüm pratikte de bazı soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Örneğin; ilan tebligat yapılması için şahsın adresinin meçhul sayılması gerekmektedir. Yurtdışında bulunan bir şahsın adresinin meçhul sayılması için ne gibi bir süreç işlemesi gerektiği hususu ise net değildir.

Türkiye'de adresinin meçhul sayılması için bir kişinin, Tebligat Kanunu'nun diğer maddeleri ile tebligat yapılamaması ve ikametgâhı, meskeni veya iş yeri adreslerinin tespit edilememesi gerekmektedir. Türkiye'de şahsın adresinin tespiti resmi veya hususi kurumlara sorularak ya da zabıta marifetiyle yapılabilir (m. 28/3). Dahası, Tebligat Kanunu'nun 21/2 maddesi uyarınca; tebligat, şartların oluşması halinde kişinin adres kayıt sistemindeki (AKS)<sup>81</sup> adresine maddede belirtilen usuller ile yapılabilir<sup>82</sup>. Dolayısıyla, yurtiçinde ilan tebligata başvurulması, özellikle AKS'deki adrese tebligat yapılmasına ilişkin düzenlemenin getirilmesi ile daha az başvuru olan bir yöntem olarak yerini almıştır. Diğer taraftan, yurtdışında yaşayan bir kişinin adresinin meçhul sayılması için yapılacak araştırma daha komplike bir süreci gerektirir. Zira, kişinin adresinin meçhul sayılması için öncelikle uluslararası ikili ve çok taraflı sözleşmeler çerçevesinde adres araştırması yapılması gerekmektedir<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Adalet Bakanlığı, UHDİGM, Tebligat Bürosu.

<sup>81</sup> Adres Kayıt Sistemi ile Türk vatandaşları ve Türkiye'deki yerleşik yabancıların adres bilgilerinin elektronik ortamda merkezi bir yapı içerisinde güncellenerek karışıklığa son verilmesi amaçlanmaktadır (T.C. İçişleri Bakanlığı, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Adres Kayıt Sistemi, <http://www.nvi.gov.tr/Hakimizda/Projeler,Aks.html> , Erişim 10/02/2016).

<sup>82</sup> "Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kaptıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır" (Tebligat Kanunu m. 21/2).

<sup>83</sup> Yurtdışında çalıştığı tespit edilen muhatabın adresinin, çalıştığı ülkedeki dış temsilcilikten

Muhatabın adresinin, uluslararası adli yardımlaşma yoluyla yabancı ülke mevzuatında öngörülen şekilde veya adli yardımlaşma kapsamı dışında kalan başka şekillerde tespitinin mümkün olamaması gerekir.

Uluslararası adli yardımlaşma yolundan kastedilen, uluslararası ikili veya çok taraflı adli yardımlaşma sözleşmeleri çerçevesinde ve yabancı devlet mevzuatında öngörülen şekilde<sup>84</sup> kişinin adresinin araştırılmasıdır<sup>85</sup>. Adli yardımlaşma dışında kalan yöntemler arasında ise; dış temsilcilikler vasıtasıyla Türk vatandaşlarının adresinin tespit edilmesi sayılabilir. Her ne kadar, Hukuku ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin (Delil Sözleşmesi)<sup>86</sup> 15'inci maddesi uyarınca, dış

veya adrese vakıf olabilecek başka resmi kurumlardan sorulmadan ve yeterli araştırma yapılmadan, sadece zabıta marifetiyle yapılan adres araştırılmasını yeterli kabul etmek usulsüzdür. Böyle bir durumda, kararın bozulması gerekir (Yargıtay 6. HD. 25/09/2008 tarihli ve 2008/8461 E, 2008/10212 K. sayılı kararı (MUŞUL, s. 310)).

<sup>84</sup> Türkiye ile birçok ülke arasında delil elde edilmesine ilişkin hükümler de içeren hukukî ve ticari konularda adli yardım anlaşmaları imzalanmış olup, 63/2 sayılı Genelgede de düzenlendiği üzere, eğer ikili anlaşmanın akdedildiği ülke çok taraflı anlaşmalara da taraf ise en basit ve en hızlı prosedüre sahip sözleşmenin maddeleri uygulanır. Zira sözleşmelerin amacı; tebligat ve istinabe gibi uluslararası adli yardımlaşmaya dair konularda en hızlı ve kolay şekilde sonuca ulaşılmalarını sağlamaktır. Şayet, ikili veya çok taraflı anlaşma yok ise mütekabiliyet ilkesi uygulanacaktır (16.11.2011 tarihli ve 63/2 sayılı “*Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar*” adlı Genelge s. 7); İkili ve çok taraflı sözleşmelerde, istinabe talebinin, talep edilen devlet hukukuna göre yerine getirilmesi genel bir kural olarak benimsenmiştir. Örneğin; “*Talepte bulunulan adli makam, talebin yerine getirilmesinde kendi mevzuat hükümlerini uygulayacaktır*” (Türkiye Cumhuriyeti ile Bosna-Hersek Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması, m. 8/1); “*İstinabe talebini yerine getirecek olan adli makam, takip edilecek yöntem ve usul bakımından kendi ülkesinin kanun hükümlerini uygular*” (Hukuku ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme (Delil Sözleşmesi), m. 9/2); Uluslararası istinabe usulünde, her devlet istinabe talebini kendi kanunları çerçevesinde yerine getireceğinden farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin; ABD, *common law* ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin duruşma öncesi temin edilmesini öngören istinabe taleplerini yerine getirmeyeceği hususunda bir beyanda bulunmamıştır. Bu nedenle, bu nitelikteki istinabe talepleri ABD nezdinde icra edilebilir (HCCH, Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamında ABD Yetkili Makamınca Yayınlanan Uygulamaya İlişkin Bilgiler, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=authorities.details&aid=528](http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=528), Erişim 11.06.2012); Oysa, Türkiye gibi *Common Law* sistemine tâbi olmayan ülkeler, Sözleşmenin 23'üncü maddesine göre, “*Common Law*” ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin dava öncesi ortaya çıkarılmasını sağlamak (*pre-trial discovery*) amacına yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir (HCCH, Declarations Reservations, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=562&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=562&disp=resdn), Erişim 31/10/2012).

<sup>85</sup> “*Hukukî veya ticari konularda bir Âkit Devletin adli makâmı, kendi Devletinin kanun hükümleri gereğince istinabe yolu ile, diğer Âkit Tarafın yetkili makamından delil sağlanmasını veya diğer adli bir işlemin yerine getirilmesini talep edebilir*” (Delil Sözleşmesi, m. 1).

<sup>86</sup> “*Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La*

temsilciliklerin Türk vatandaşlarına ilişkin olarak bazı konularda delil sağlama yetkisi<sup>87</sup> bulunsa da, burada anlatılmak istenen yöntem dış temsilciliklerin buldukları yerdeki Türk vatandaşlarına ilişkin oluşturmuş oldukları adres kayıt sisteminden doğrudan kişinin adresine ulaşılmaya çalışılmasıdır<sup>88</sup>. Bu yöntem bir yönüyle Tebligat Kanunu m. 28/3'de sayılan, kişinin adresinin resmi kurumlar vasıtasıyla tespit edilmesine ilişkin madde kapsamında da düşünülebilir. Aslında, ilan tebligat yöntemi son çare olmalıdır<sup>89</sup>. Bu nedenle, adresin meçhul sayılması için her yöntemin denenmesi, mümkün olduğunca dava süreci uzatılmadan mahkemelerin adres tespitine teşvik edilmesi gerekmektedir. Yurtiçindeki uygulamada bu konunun kriterleri belirlenmiş ve benimsenmiş olmakla birlikte, yurtdışı uygulamasında halen anlaşılır ve tarafların haklarına zarar vermeyecek açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Tebligat Kanunu'nun 28/4'üncü maddesinin uygulamada ihtiyaca cevap vermediği söylenebilir. Zira, yabancı bir ülkede bulunan muhataba yapılacak tebligatta, muhatabın malum adresinin bilinmesi halinde tebligat, taraf olunan Sözleşmeler çerçevesinde o devletin mevzuatına göre yapılabilir<sup>90</sup>. Dolayısıyla, çoğu zaman malum

---

*Haye Sözleşmesi*", Lahey Özel Hukuk Konferansı'nın ellinci sezonunda taslak haline getirildi ve 18 Mart 1970 tarihinde imzalandı. (McCLEAN, s. 29); Türkiye tarafından 13/12/2000 tarihinde Lahey'de imzalanan, 07/04/2004 tarihli ve 5128 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, 14/04/2004 tarihli ve 25433 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan söz konusu Sözleşme, Türkiye yönünden 12/10/2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>87</sup> "Hukuki ve ticari konularda bir Akit Devletin konsolosluk görevlisi veya diplomatik memuru diğer Akit Devletin ülkesinde ve görev yaptığı bölge sınırları içinde, temsil ettiği Devletin mahkemelerinde açılmış olan davalarda kullanılmak üzere temsil ettiği Devletin vatandaşlarından zor kullanmaksızın delil sağlayabilir..." (Delil Sözleşmesi m. 15/1).

<sup>88</sup> Dışişleri Bakanlığı'nın bünyesinde kurulan ve yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının kayıtlarının tutulduğu Konsolosluk.net programı ile yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının adreslerine ulaşmak kolaylaşmaktadır. Diğer taraftan, Adalet Bakanlığınca, e-Dönüşüm sürecinde e-Devletin e-Adalet ayağını oluşturmak üzere Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) uygulamaya konulmuştur. Bilgi ve belge alışverişinin daha hızlı gerçekleştirilmesi adına Adalet Bakanlığı ile Dışişleri Bakanlığı arasında on-line veri değişimi için Protokol imzalanmıştır. Bu çerçevede, adli makamlarımızın ihtiyaç duyduğu ve halen Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapılan yazışmalarla konsolosluklardan elde edilen yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızın ikamet adreslerine adli makamlarımız tarafından doğrudan ve anında ulaşılabilecektir (Adalet Bakanlığı, UYAP-KONSOLOSLUK.NET bilişim sistemleri entegrasyonu hakkında duyuru, [http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2009/aramlik09/dis\\_iliskiler.htm](http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2009/aramlik09/dis_iliskiler.htm), Erişim 20/01/2016).

<sup>89</sup> YILMAZ/ÇAĞLAR, s. 503; MUŞUL, s. 105; Tebligat kanunu lâyihası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/105), Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 7, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf>, Erişim 20/01/2016.

<sup>90</sup> "...Talep edilen memlekette düzenlenmiş olup yine o memlekette oturan kişilere tebliğ

adresin bilinmesi ile ilanen tebligat yapılmasına gerek kalmamaktadır<sup>91</sup>. Bu nedenle, gerekçesinde de açıklama bulunmayan “*tebliğ olunacak evrak ile ilan suretlerini yabancı memlekette bulunan kimsenin malum adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla gönderir*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu oldukça muallâktır.

1965 tarihli Lahey Sözleşmesine göre tebligat, talep edilen devletin mevzuatına göre yapılmaktadır. Talep edilen devletin tebligata ilişkin kanunî düzenlemelerinde ise çoğu kez ilanen tebligat usulü öngörülmemiştir. Bu durum, uygulamada bazı sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Sadece gazetede yayınlanması için dış temsilciliğe gönderilen metin, sehven yabancı devlet yetkili makamlarına iletilerek ilanen tebligat yapılması istenilmektedir. Bu durumda yabancı devlet, Türk mahkemelerinden gelen ilanen tebligat taleplerini, iç hukuklarında buna ilişkin düzenleme bulunmaması sebebiyle çoğu kez reddetmektedir. Bazı yabancı ülkelerde ise, yetkili mercilerin izni olmadan gazetede bu tür bir metnin yayınlanmasına izin verilmemektedir<sup>92</sup>. Böylece, yurtdışında yaşayan muhataba ilanen tebligat yapılması imkânsız hale gelmektedir. Yurtdışına çıkış yaptığı kesin olarak tespit edilmiş, ancak adresi bulunamayan muhataba yurtiçinde tebligat yapılmasının da çok adil olmayacağı kabul edilmelidir<sup>93</sup>. Muhataba, ilanen tebligat da dahil olmak üzere hiçbir şekilde tebligatın yapılmadığı durumlarda nasıl bir

*edilecek belgeleri, o memleket kanunlarında yer alan usule göre...*”yapılır (1965 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 5/a).

<sup>91</sup> Zira tebligat, uluslararası sözleşmeler uyarınca talep edilen devletin mevzuatına göre yapılabilir. Muhatabın tebligattan imtina etmesi veya adreste bulunmaması halinde bile talep edilen devletin mevzuatına göre tebligatın yapılması mümkündür.

<sup>92</sup> Örneğin; İran, 1965 tarihli Sözleşme’ye taraf değildir. “*Türkiye Cumhuriyeti ile İran İslam Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezai Konularda Adli İşbirliği Anlaşması*” çerçevesinde de ilanen tebligata ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İran mevzuatında ilanen tebligata ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle Türkiye’nin ilanen tebligat talebi reddedildiği gibi hazırlanan metnin İran’daki bir gazetede yayınlanması da kabul edilmemiştir (Adalet Bakanlığı, UHDİGM, Tebligat Bürosu, 4.5.68XX.2010 sayılı dosya (yayınlanmamış)).

<sup>93</sup> Diğer taraftan Almanya uygulamasına bakıldığında; ilanen tebligatın, muhatabın yurtdışında veya içinde olması ayrımı yapılmadan mahkeme panosuna asılarak ya da elektronik bilgi sistemine bildirimde bulunulması ile yapılmasının kabul edildiği görülmektedir (Zivilprozessordnung m. 186/2); 7201 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise; ilanda kaidenin, ilanın muhatabın öğrenmesinin en mümkün olacağı umulan gazetede yapılması şeklinde olacağı yönündedir. Bunu, ilanın yapılmasına karar veren mercii tayin edecektir. Bu gazete, muhatabın kuvvetle muhtemel bulunduğu ya da ona haber verecek akrabalarının yaşadığı yer gazetesi olabilir (Tebligat kanunu lâiyhası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/105), Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 7, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf>, Erişim 20/01/2016).

yol izleneceğine dair gerek Tebligat Kanun'da gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde bir düzenleme bulunmamaktadır. Davaların daha fazla sürüncemede kalmaması ve tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için “*yurtdışında ilan tebligat*” konusunun, Tebligat Kanunu'nda açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

#### **4. Yabancı Devlet Temsilciliklerine Tebligat**

Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in<sup>94</sup> (Tebligat Yönetmeliği) 45'inci maddesinde Türkiye'de yabancılara tebligatı düzenlemiştir<sup>95</sup>. Türkiye'de bulunan yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine ve temsilcilik mensuplarına tebligat, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğinin 45'inci maddesi ve “*Hukuki Alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri*” (Tebligat Genelgesi) konulu 16/11/2011 tarih ve 63/3 sayılı Genelgenin 39-43'üncü maddelerinde belirtildiği şekilde yapılmalıdır.

Uygulamada, yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine ya da temsilcilik mensuplarına tebligat yapılmasında çok önemli sıkıntılar ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki; yabancı devlet diplomatik temsilciliğinin davalı olarak gösterildiği bir davada tebligatın nereye, kimi muhatap olarak ve ne şekilde yapılacağı hususlarında mevzuatın yeterince açık olmamasından ve tebligatı yapan posta görevlisinin mevzuata tam olarak hâkim olmamasından kaynaklanan sorunlardır. Tamamen usule dair işlem hataları nedeniyle ortaya çıkan bu sorunlar, iki devletin arasında çözümlenmesi hayli zor diplomatik bir krize dahi neden olabilmektedir. Örneğin; bir icra takibinde, tebligatın usulüne uygun yapılmaması neticesinde yabancı bir devletin Türkiye'de konsolosluk işleri için kullanmış olduğu bir bina haczedilme noktasına

<sup>94</sup> Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 25 Ocak 2012 tarihli ve 28184 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanmıştır.

<sup>95</sup> “(1) Türkiye'de kendisine tebligat yapılamayacak olan bir yabancıya tebligat çıkarılması durumunda muhatap, tebliğ memuruna kendisine tebligat yapılamayacağını beyan eder veya tebliğ memuru bu hususu bizzat öğrenirse keyfiyet tebliğ mazbatasına şerh edilerek evrak iade olunur.

(2) Muhatap, tebliğ yapılabilecek kişilerden olmasına rağmen, muhatapın adresi, “ülke dışı” muamelesi gören bir yer ise ve tebliğ memuru tebligatı yapamazsa birinci fıkra gereğince işlem yapılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hallerde, tebellüğden kaçınma gibi bu Yönetmelik hükümlerine göre diğer bir işlem yapılmaz.

(4) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hallerde tebligatı çıkaran merci, tebliğ evrakını, bağlı olduğu bakanlık kanalıyla Dışişleri Bakanlığına gönderir.

(5) Türkiye'de kendilerine tebligat yapılamayacak olan elçi, elçilik katibi gibi kişiler Dışişleri Bakanlığı tarafından belirlenir” (Tebligat Yönetmeliği m. 45).

gelebilir. Uygulamada rnekleri bulunan bu tür olaylarda; posta memurunun dış temsilcilik adına teblige çıkarılan evrakı, Tebligat Kanunu'nun 21/1'inci maddesi uyarınca maddede belirtilen kişilerden birine teslim ederek, tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi dış temsilciliğin binasına yapıştırmak suretiyle tebligatı yaptığı görülmektedir<sup>96</sup>. Böyle bir olayda, mahkemece tebligatın usulüne uygun yapıldığı kabul edilirse, kesinleşen karar neticesinde konsolosluk binasının ya da konsolosluğa ait bir mülkün haczine gidilebilir. Bu tür olaylar, ikili diplomatik krizleri de beraberinde getirir. Tebligatın doğrudan yabancı devlet temsilciliklere gönderilmesi, uluslararası yükümlülüklerimiz ve i hukukumuzaya aykırılık teşkil etmesinin yanı sıra, uluslararası camiada Türkiye'nin zor durumda kalmasına da neden olabilir.

Oysa ki, taraf olduğumuz “*Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi*”<sup>97</sup>, “*Konsolosluk İşleri Hakkında Viyana Sözleşmesi*”<sup>98</sup> ile “*Birleşmiş Milletlerin Ayrıcılık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme*”sinin<sup>99</sup> ilgili maddeleri göz önüne alındığında da, yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine ve temsilcilik mensuplarına tebligatın özel usuller ile yapılması gerektiği açıkça görülmektedir.

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 22'nci maddesinin 1'inci fıkrasıyla misyon binalarının dokunulmazlığa haiz olduğu, kabul eden devlet yetkililerinin rızası olmadıkça bu binalara girilemeyeceği, 3'üncü fıkrasıyla, misyon binaları içindeki eşyalar ile diğer mallar ve misyonun nakil vasıtalarının arama, el koyma, haciz veya icradan muaf olduğu; 25'inci maddesiyle de kabul eden devletin, misyon görevlerinin yürütülmesi için her türlü kolaylığı sağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan Sözleşmenin 30'uncu maddesinde diplomatik ajanın özel konutunun misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

<sup>96</sup> Adalet Bakanlığı, UHDİGM, Tebligat Bürosu, 4-5-12XX-2010 sayılı dosya (Yayınlanmamış).

<sup>97</sup> 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 04/09/1984 tarihinde kabul edilmiş, 12/09/1984 tarihli ve 18513 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>98</sup> 24 Nisan 1963 Tarihinde Viyana'da İmzalanan Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 20/05/1975 tarihinde kabul edilmiş olup, 29/05/1975 tarihli ve 15249 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>99</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen Birleşmiş Milletlerin Ayrıcılık ve Muafiyetlerine dair Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin katılması hakkında Kanun, 15/03/1950 tarihinde kabul edilmiş olup, 21/03/1950 tarihli ve 7462 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 31'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre ise; konsolosluk binaları, mobilyaları, konsolosluk malları ve keza ulaşım araçlarının millî savunma veya kamu yararı amaçlarıyla hiçbir çeşit elkoymaya konu teşkil edemeyecekleri düzenlenmiştir.

Yine, Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin 3'üncü bendi uyarınca da; “*Kurulun binaları masuniyeti haizdir. Alacak ve malları, buldukları yer neresi ve elinde tutan kim olursa olsun, arama, her hangi bir maksatla el koyma, zoraltım ve kamulaştırma ile diğer her türlü icrai, idari, adli ve teşriî tedbirlerden muaftır*” hükmü yer almaktadır.

Bütün bu düzenlemeler çerçevesinde, Türkiye'de bulunan yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine ve diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanmaları kabul edilmiş temsilcilik mensupları ile ilgili dava ve icra takiplerinde adli makamlarca çıkarılan tebligat evrakının Dışişleri Bakanlığı'na iletilmek üzere Adalet Bakanlığı'na<sup>100</sup> gönderilmesi gerekmektedir<sup>101</sup>. Tebligatın ne şekilde yapılacağına dair ayrıntılı açıklama, Tebligat Genelgesinin 39-43 maddeleri arasında yapılmıştır. Yine, MÖHUK'un 1/2'nci maddesinde “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde de, yukarıda bahsi geçen sözleşmelerin etkin olarak uygulanması gerekmektedir. Ancak, MÖHUK'un 1/2'nci maddesinin oldukça genel bir düzenleme olması, uluslararası tebligata ilişkin konuları düzenleyen Tebligat Genelgesinin ise ikincil bir kaynak olması nedeniyle uygulayıcıların zaman zaman konuya yeterince hakim olmadığı görülmektedir. Örneğin bir taşınmazın tahliye ve teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince, icra müdürü, icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde hükmolunan şeyin teslimini emreder (İcra ve İflas Kanunu m. 26). Pratikte ise, genellikle uygulayıcıların, MÖHUK'un ve Tebligat Genelgesinin ilgili maddelerini göz önünde bulundurmadan işlem

<sup>100</sup> 1965 tarihli Sözleşmenin 2'nci maddesi uyarınca, tebligatın daha çabuk ve kolay yapılmasını sağlamak amacıyla taraf devletlerde Merkezî Makamlar ihdas edilmiştir. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, anılan Sözleşmenin uygulanmasında Merkezî makam olarak görev yapmaktadır.

<sup>101</sup> Yabancı misyonlara tebligat Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile yapılması gerekir. Türkiye'de yabancı devlet temsilcileri gibi konsolosluk ilişkileri çerçevesinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıktan yararlanmaları kabul edilmiş kişilerle ilgili dava ve icra takiplerinde, diplomatik ayrıcalığı bulunan misyon mensuplarına adli makamlarca çıkarılan her türlü tebligat evrakı, tebliği çıkaran adli makam tarafından öncelikle Adalet Bakanlığına gönderilir (16/11/2011 tarih ve 63/3 sayılı Genelge, s.6).



yaptıkları görülmektedir. Bu kapsamda, doğrudan Tebligat Kanunu'nun maddeleri uygulanarak bazı usul hataları yapılabilmektedir. Sözleşmeler ve Tebligat Genelgesine ilişkin farkındalığı artırmak amacıyla bu konularda eğitim verilmesinin sorunu kısa vadede çözebileceği düşünülmeyle birlikte, uzun vadede Tebligat Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu gibi temel kaynaklarda konuya ilişkin esaslı değişiklik yapılması gerekmektedir. Örneğin, İcra ve İflas Kanunu'nun "*Haczi caiz olmayan mallar ve haklar*" başlıklı 82'nci maddesinin, "*Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi*", "*Konsolosluk İşleri Hakkında Viyana Sözleşmesi*" ile "*Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme*" göz önünde bulundurularak haczedilemeyen mallar bakımından tekrar gözden geçirilmesi ile anılan maddeye bir fıkra eklenerek ilgili sözleşmelerin tereddüde yer vermeyecek şekilde dikkate alınmasının sağlanması mümkün olabilir.

Uygulamada sıkıntı yaşanan bir diğer husus; hukuk davasında, davalı olarak yabancı bir devletin gösterilmesi durumunda tebligatın kime ve ne şekilde yapılacağı konusudur. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>102</sup> (MÖHUK) 49'uncu maddesinde yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı, bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu maddede anılan özel hukuk ilişkilerinden amaç, yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı tasarrufların dışında kalan, özel bir kişi gibi özel hukuk faaliyetlerinde bulunması, ticari ilişkilere girmesi zarar doğurucu bir haksız eylemin işlenmesi sonucu doğan uyuşmazlıklardır<sup>103</sup>. MÖHUK'un 49'uncu maddesi ile devletlerin özel hukuk alanındaki işlemleri ve eylemleri, "*egemenlik*" yetkisine dayanan diğer işlem ve eylemlerden ayrı tutularak çağdaş anlayışa uygun bir tutum izlenmeye çalışılmıştır<sup>104</sup>. Maddenin

<sup>102</sup> 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, 12 Aralık 2007 gün ve 26728 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>103</sup> Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s. 63; NOMER, s. 426-428; ÇELİKEL/ERDEM, s. 637 vd.; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE, s. 454-455; "*Söz konusu bu hüküm, ayrıca doktrinde, Türk mahkeme kararlarına dayanılarak, Sözleşme hükümlerine tâbi diplomatik temsilcilerin yargı bağımsızlıklarının bulunmadığı somut hallerde, ilgili kişilere tebligat yapılabilmesini sağlayan bir hukukî dayanak olarak da nitelendirilmektedir*" (Fügen Sargın, "*1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu*", ss. 14-36, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, Yıl 2003, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2586.pdf>, Erişim 01/04/2016).

<sup>104</sup> Rona Aybay, "*Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı*", ss. 109-

gerekçesinde de belirtildiği üzere; maddenin ikinci cümlesi ile yabancı devlet hakkında dava açılabilmesini sağlamak amacıyla o devletin diplomatik temsilcilerine bu konuda tebligat yapılabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca gerekçede; anılan maddenin, Viyana Konsolosluk Sözleşmesi ve Tebligat Kanunu ile ilgisi bulunmadığı, zira ne sözleşmede ne de Tebligat Kanunu'nda devletin yargı muafiyetinin düzenlenmemiş olduğu, bu maddenin devletin yargı muafiyeti konusundaki Avrupa Sözleşmesine uygun olarak düzenlendiği belirtilmektedir<sup>105</sup>. Ancak tartışma konumuz, devletlere hangi konularda yargı muafiyeti tanınacağından<sup>106</sup> ziyade yargı muafiyeti tanınmayan alanlarda devlete yönelik tebligatın kime ve hangi usuller çerçevesinde yapılacağıdır.

Yabancı devlet aleyhine açılan davalarda, MÖHUK m. 49/2 uyarınca tebligatın o devlet dış temsilciliğine yapılabileceği düzenlenmiş, ancak tebligat usulüne ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Tebligatın yabancı devlete izafeten dış temsilciliğe yapılması halinde de uygulanacak usul, yukarıda da açıklandığı üzere Tebligat Yönetmeliği'nin 45'inci maddesi ve Tebligat Genelgesi'nin 39-43'üncü maddelerinde belirtildiği şekilde olmalıdır. Başka bir ifade ile, yabancı devlete izafeten dış temsilciliğe yapılacak tebligat da, Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla yani diplomatik yolla yapılmalıdır. Zira, Tebligat Genelgesi'nin 41'inci maddesinde yer alan “*yabancı misyonlara ve Birleşmiş Milletler temsilcilik ve kuruluşlarına karşı yürütülecek tebligat işlemlerinin Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile yapılması gerekir*” ifadesinde yabancı devlet diplomatik temsilciliklerine yapılacak tüm tebligat işlemleri kastedilmektedir. Dış temsilciliklere tebligat usulünün belirlenmesinde, “*yabancı devlet aleyhine açılan davalarda*” ya da “*dış temsilcilik aleyhine açılan davalarda*” tebligat usulü şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Diğer

120, TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, s. 111, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-354>, Erişim 01/04/2016.

<sup>105</sup> Milli Güvenlik Konseyi, “*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/5; M. G. Konseyi : 1/367)*”, Danışma Meclisi S. Sayısı : 100, s. 11, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c007/mgk\\_01007105ss0408.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007105ss0408.pdf), Erişim 20/01/2016; 1972 tarihli “*Devletin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*” (European Convention on State Immunity), devletlerin yargı bağımsızlığını düzenleyen ayrıntılı maddeler içermektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, madde ile uyumlu olarak Sözleşmede de özel hukuk ilişkisinden doğan ve devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı tasarruflar dışında kalan faaliyetler açısından devletlere yargı muafiyeti tanınmayacağı kabul edilmektedir.

<sup>106</sup> “*Şu halde, yabancı devlet, Türk hukukuna göre özel hukuk şahısları tarafından yapılabilen, özel hukuk niteliğindeki bir hukuki ilişkiden doğan ihtilafın dava konusu yapılması halinde, -yabancı devletin bu ilişkiye girerken taşıdığı maksat ne olursa olsun-, Türk mahkemeleri önünde yargı muafiyetini ileri süremeyecektir*” (NOMER, s. 426-427).

taraftan, yabancı devlet aleyhine açılan davalarda diplomatik temsilciliğe Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla tebligat yapılması usulü alternatif bir yoldur. Başka bir ifade ile, yabancı devlet aleyhine açılan davalarda tebligat, taraf olunan ikili ve çok taraflı sözleşmeler çerçevesinde de yapılabilir.

Bu kapsamda, yabancı bir devlete tebligat yapılması hususunda, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesine taraf devletler açısından bu Sözleşmenin uygulanmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi, sadece özel hukuk bağlamında gerçek ve tüzel kişilere değil, kamu hukuku tüzel kişiliklerine de uygulanabilmektedir. Örneğin; bir hükümet, hükümet ajanı ya da devlet adına hareket eden herhangi bir kimseyi de kapsayacak biçimde bir devlete ya da devletin bölgesel bir birimine yapılacak tebligat bakımından da Sözleşme uygulama alanı bulabilmektedir. Sözleşmenin gerek müzakere raporlarından, gerekse lafzından Sözleşmenin uygulanmasının özel hukuk kişileri ile sınırlı tutulacağı sonucu çıkarılamaz. Bu çerçevede, Hollanda Yüksek Mahkemesi de, sözleşmenin yabancı devlete tebligat yapılması halinde de uygulanacağını hükme bağlamıştır<sup>107</sup>. Bir başka hukuki uyuşmazlıkta ise, bir ABD mahkemesi Türkiye’de yer alan Merkezi Makama yapılmak kaydıyla Türkiye Cumhuriyeti devletine yapılan tebligatın geçerli olacağına hükmetmiştir<sup>108</sup>. Kanaatimizce de doğru olduğu düşünülen, Sözleşmenin devletlere yapılacak tebligatlar açısından da uygulanacağına dair bu tür örnekler, taraf devletlerce de kabul görmüş genel bir uygulamadır.

Muhatabın yabancı bir devlet olması halinde, Sözleşmenin 13’üncü maddesi oldukça önem kazanmaktadır. Sözleşmenin 13’üncü maddesi uyarınca kendisine tebligat gönderilen devletin Merkezi Makamı, şayet gönderilen tebligat, devletin egemenliği ve güvenliğine müdahale ediyorsa tebligatı almayı reddedebilir. Elbette ki, tebligatın reddedileceğine dair verilecek kararın devletlerin yargı muafiyeti kurallarına uygun olarak verilmesi gerekir<sup>109</sup>. Kanaatimizce, bu madde uyarınca geri gönderilen tebligatın tekrar yapılabilmesi, tebligatın reddine neden olan unsurların ikili diplomatik ilişkiler çerçevesinde aşılması ile mümkün olabilir. Aksi takdirde, hukuki işlemin sonuçlandırılmasının çıkmaza girmesi kaçınılmazdır.

Bununla birlikte, dava konusu olayın tamamen ticari bir ilişkiden

<sup>107</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 61.

<sup>108</sup> “A court in the United States also considered service upon the Republic of Turkey to be valid when addressed to the Central Authority of that country” (Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s. 61).

<sup>109</sup> Permanent Bureau, **Practical Handbook**, s.62.

kaynaklanması halinde bile yabancı bir devlete tebligatın, MÖHUK 49'uncu maddesi uyarınca o devlet dış temsilciliğine yapılması hususu tartışmalıdır. Özellikle bazı devletler<sup>110</sup>, devlet adına dış temsilciliklerine tebligat yapılmasını kabul etmemektedir. Bunun gerekçesi olarak ise, dış temsilciliğin tüzel kişiliğinin bulunmadığı, bu nedenle devletin taraf olduğu bir davada devlet adına tebligatın dış temsilciliğe yapılamayacağı, devletleri adına tebligatın taraf olunan 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde bizzat devletlerini temsil eden kuruma<sup>111</sup> yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>112</sup>. Kanımızca, öne sürülen bu gerekçe kısmen doğrudur. Zira, her ne kadar kamu tüzel kişileri görevleri bakımından kamu otoritesini temsil etseler dahi, kamu tüzel kişiliği yalnız kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur<sup>113</sup>. Yine, kamu tüzel kişileri, taraf ehliyetine de sahiptir<sup>114</sup>. Ancak, diplomatik temsilciler bakımından taraf ehliyetinden bahsedilemeyeceği gibi herhangi bir kuruluş kanunları da bulunmamaktadır. Diplomatik temsilciler, bir devletin diğer bir devlette yansımaları olması dolayısıyla tüzel kişilikten yoksun ve yetkileri sınırlı bir yapıdır.

Diğer taraftan, diplomatik temsilcilikler, buldukları ülkede kendi devletlerini temsil etmektedirler. Ancak bu temsilin, devletleri adına davaya taraf olma yetkisi verip vermeyeceği hususunda bilinçli bir boşluk bulunmaktadır. Bunun en temel nedeni, böyle bir yetkinin dış temsilciliklere açık olarak verilmesi halinde, devletler aleyhine açılan dava sayısının artabileceği ve davaların dış temsilciliğin davayı takip etmesi halinde bile devlet kontrolünden çıkabileceğidir. Zira, bazı ihtilafların özellikle ikili diplomatik ilişkiler ile çözülmesi tercih edilebileceği gibi, bazı ihtilafların ise hiç çözülmeden müteakibiyet konusu oluşturması istenilebilir. Görülen o ki, bu tür yolları, dış temsilciliğe devleti adına açılan davalarda taraf olma yetkisi vererek ortadan kaldırmak uluslararası platformda da tercih edilmemektedir.

Dahası, yabancı bir devlete yapılacak tebligatın, 1965 tarihli

<sup>110</sup> Almanya, Amerika gibi devletler (Adalet Bakanlığı, UHDİGM, Tebligat Bürosu).

<sup>111</sup> Uygulamada genel olarak tebligat, devletleri temsilen adalet bakanlıklarına veya dış işleri bakanlıklarına yapılmaktadır.

<sup>112</sup> Adalet Bakanlığı, UHDİGM, Tebligat Bürosu, 4-5-12XX-2010 sayılı dosya (Yayınlanmamış).

<sup>113</sup> “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” (Anayasa'nın 123'üncü maddesi).

<sup>114</sup> “...görevleri bakımından kamu otoritesini temsil eden kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk tüzel kişileri gibi, davada taraf ehliyetine sahip oldukları konusunda kuşku ve duraksama bulunmamaktadır” (Yargıtay 10. H. D., 2008/7912 E., 2009/16970 K. sayılı kararı, <http://www.kararara.com/yargitay/10hd/k3319.htm> , Erişim 22/02/2016).

Lahey Sözleşmesi uyarınca dış temsilciliğine değil de doğrudan o devlete yapılması, muhatap devlete Sözleşme'nin 13'üncü maddesi uyarınca tebligatı reddedebilme imkânı tanımaktadır. Şayet devlet, tebligatın ve dolayısıyla tebligata konu davanın egemenlik ve güvenliğine zarar verebileceği kanaatine varırsa tebligatı reddedebilecek ve böylece açılmış olan davanın sürüncemede kalmasını dolaylı olarak sağlayabilecektir. Sözleşmeye taraf olan devlet sayısı da göz önünde bulundurulduğunda, “*egemenlik ve güvenliğine zarar verme*” kavramının ne denli geniş yorumlanabileceği tahmin etmek çok da zor olmayacaktır. Diğer taraftan, davaların uzamaması ve bir sonuca bağlanması için MÖHUK'un 49'uncu maddesinde belirtildiği gibi bazı yöntemler belirlenerek, konu iç mevzuat çerçevesinde çözümlenip, karar kesinleştirilebilir. Ancak, bu şekilde kesinleşmiş olan kararın icrası konusunda sorunlar yaşanacaktır. Örneğin; 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlete karşı açılmış tazminat davasında, mahkemece bu devletin tazminat ödemesine hükmedilmesi, tebligatların ise MÖHUK'un 49'uncu maddesi çerçevesinde devletin dış temsilciliğine ve ilgili düzenlemeler gözetilmeden<sup>115</sup> Tebligat Kanunu'nda öngörülen mahallî tebligat usulü çerçevesinde yapılmış olması halinde kesinleşen kararın icra edilmesi esnasında sorun yaşanması muhtemeldir. Zira, tazminat ödenmesine ilişkin bu kararın yabancı ülkede icra edilebilmesi için o ülkede tenfizi gerekecektir. Kanımızca, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca tebligat yapılması yerine, MÖHUK'nun 49'uncu maddesinin yönlendirmesi ile yapılan tebligat işlemi neticesinde kesinleştirilen böyle bir kararın, sözü edilen devlette tenfizi konusunda ciddi sıkıntılar yaşanabilir. Yine, alınan bu karar uyarınca Türkiye'de bulunan yabancı devlet mallarının haczi de, taraf olunan uluslararası sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, MÖHUK'un 49'uncu maddesinin kabul edilmesinin, özel hukuk ilgilendiren bazı davaların<sup>116</sup> sürüncemede kalmadan bir sonuca ulaştırılabilmesi ihtiyacı olduğu düşünüldüğünde, maddenin uygulamasının tamamen ortadan kaldırılması yerine maddeye biraz daha açıklık getirilmesi ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler de göz önünde bulundurularak konunun ele alınması gerekmektedir.

## 5. Yurt Dışından Türkiye'ye Yapılacak Tebligat Taleplerinde Tercümelî Evrak

Yurt dışından Türkiye'ye yapılacak tebligat talepleri, 7201 sayılı

<sup>115</sup> Tebligat Yönetmeliğinin 45'inci maddesi ile Tebligat Genelgesinin 39-43'üncü maddeleri.

<sup>116</sup> Örneğin dış temsilciliklerde çalışan Türk vatandaşlarının taraf olduğu işten çıkarılma gibi iş hukuku ilgilendiren davalar.

Kanun, Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşmeler ve uluslararası adli yardımlaşma kuralları çerçevesinde görülür. Talep eden devlet ile Türkiye arasında herhangi bir ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme bulunmaması halinde, tebligat karşılıklılık ilkesi ve uluslararası adli yardımlaşma kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Bu durumda adli evrakın tebliği, 7201 sayılı Kanunu'nun 26'ncı maddesine uygun olarak yapılır. İlgili yer Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından PTT aracılığı ile yaptırılacak tebligatın tercümesinin bulunmaması halinde, muhatap özellikle ve açıkça kabul ettiği takdirde tebligat yaptırılır. Muhatap kabul etmediği takdirde, Türkçe tercümesi bulunmayan evrak tebliğ edilmeyecektir<sup>117</sup>.

İki taraflı adli yardım sözleşmelerinde, genel olarak tebliğ evrakının Türkçe ve talep eden devletin dilinde ya da sözleşmede belirtilen dillerden birinde hazırlanması öngörülmektedir<sup>118</sup>. Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili anlaşmalarda bu durum gözardı edilerek, evrakın İngilizce tercümesinin de tebliğ edilebileceği ifade edilmiştir<sup>119</sup>. Bu durum kişilerin savunma hakkını ihlal edebilir<sup>120</sup>. Nitekim evrak kapsamına yabancı dil bilmemesi nedeniyle vakıf olamayan muhatabın, tebligatı almış olması halinde tebliğden imtina etme hakkı zayıflatılmaktadır. Son zamanlarda yapılan ikili sözleşmelerde bu duruma azami dikkat gösterilmektedir<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 581; KAÇAK, s. 265; Yargıtay 12. HD., 28/06/2002 tarihli ve 2002/12673 E., 2002/14033 K. sayılı kararı (RUHİ, **Tebligat Hukuku**, s. 583).

<sup>118</sup> ÇELİKEL/ERDEM, s. 501.

<sup>119</sup> "Türkiye ile Litvanya Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi"nin 14'üncü maddesinde yer alan, "*Kendisinden yardım istenilen makam, belgelerin kendi dilinde olması veya tasdikli İngilizce tercümesi ile gönderilmesi halinde, tebligatı kendi mevzuatına göre yapar. Aksi halde tebligat, muhatabın kabul etmesi halinde yapılır*" ifadesi uyarınca, tebligat evrakının İngilizce düzenlenmesi halinde de tebligatın ilgisine tebligatın talep edildiği devlet mevzuatına göre yapılacağı belirtilmektedir. Bu madde ile, muhatap hiç bilmediği bir dilde hazırlanmış tebligat evrakını mevzuatımız hükümlerine göre tebellüğ ederse içeriğinden sorumlu olacaktır.

<sup>120</sup> AB açısından ise uluslararası çok taraflı sözleşmeler ile yetinilmemiş, 1348/2000 sayılı Konsey Tüzüğü çerçevesinde tebligat usulünün kolaylaştırılmasına ve geliştirilmesine niyet edilmiştir. Tüzük, tebliğ evrakının tercümesinin pahalı olmasından dolayı esnek bir yaklaşım belirlemiştir. Anılan Tüzüğe göre başvuru sahibi, Lahey Sözleşmesinin aksine evrakı tercümelili veya tercümesiz olarak tebliğ etmeyi tercih edebilir.

<sup>121</sup> Umman ile Türkiye arasında 06/06/2008 tarihinde imzalanan ve 16/03/2010 tarihli ve 5960 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti ile Umman Sultanlığı Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Anlaşması*"nın 7'nci maddesinde, "*Talep edilen Tarafın dilinde kaleme alınmış veya bu Tarafın diline uygunluğu tasdik edilmiş bir tercüme havi olmaları halinde tebligatlar, talep edilen makam tarafından kendi Devletinde bu komuyu düzenleyen hükümlere uygun olarak yerine getirilir. Aksi halde, talep edilen makam, ancak muhatap almayı kabul ettiği takdirde tebligatı muhatabına yapabilir*"

## SONUÇ

Tebliğat usulî bir işlem olmakla birlikte savunma hakkının temelini oluşturmasından dolayı büyük bir önem taşımaktadır. Tebliğatın usulüne uygun yapılmaması, davaların sonuçlanmasının önünde engeldir. Tebliğata ilişkin yapılan düzenlemelerin amacı ise, tebliğe bağlanan hukuki sonuçların doğabilmesi için tebliğatın en kısa sürede yapılarak, tebliğ evrakının muhatap tarafından kabul edilmesinin sağlanmasıdır. Türk hukukunda, tebliğat konusunu düzenleyen Tebliğat Kanunu ile Tebliğat Yönetmeliği'nin yanı sıra taraf olunan ve uluslararası tebliğat usullerini belirleyen ikili ve çok taraflı sözleşmeler de bulunmaktadır.

Türk mahkemelerinde açılan davalarda veya Türkiye'de yapılan icra takiplerinde, taraflardan birinin yabancı bir ülkede bulunması halinde tebliğatın yurtdışında yapılması gerekir. Uluslararası tebliğatın konusunu oluşturan bu tür davaların hızlı bir şekilde neticelenmesi ve tebliğatta sorun yaşanmaması için uluslararası sözleşmeler kabul edilmiştir. 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi bu konuda hazırlanmış temel düzenlemelerdendir. Türkiye'nin de taraf olduğu bu Sözleşme çerçevesinde, uluslararası tebliğatın daha hızlı ve kolay yapılması için bazı usuller belirlenmiştir. Sözleşmenin kazandırdığı en temel yenilik tebliğatın taraf devletlerce atanacak merkezi makamlar vasıtasıyla yapılmasıdır.

Türkiye, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi gibi çok taraflı sözleşmelerin yanında tebliğat konusunu da içeren birçok ikili adli yardımlaşma sözleşmelerine taraf olmuştur. Ancak, gerek ikili gerekse çok taraflı sözleşmelerin imzalanmasından ziyade bu sözleşmelerin ne derece etkin uygulandığının önemi büyüktür. Örneğin; uluslararası tebliğatların yapılmasında, 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi ile Tebliğat Kanunu'nun ve diğer düzenlemelerin ne derece uyum içinde uygulandığının değerlendirilmesi, yaşanan aksaklıkların ve eksik olan noktaların ele alınarak çözümlenmesi gerekmektedir.

Tebliğat Kanunu'nun 25/a-son maddesi ile yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarına yapılacak tebliğat usulünün hızlandırılması ve kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Bu maddeye göre, Türkiye'deki kazai merciler tarafından çıkarılacak tebliğatın tercüme evrakına gerek kalmadan, doğrudan yabancı devlette bulunan dış temsilciliğe gönderilmesiyle sürecin hızlandırılması sağlanmıştır. Benzer amaçlar ile kabul edilen 1965 tarihli Lahey Sözleşmesinin 10'uncu maddesi ise, maddeye çekince koymayan yabancı devlette

denilmektedir.

bulunan kişilere doğrudan posta yoluyla tebligatı düzenlemektedir. Tebligat Kanunu'nun 25/a-son maddesi, mahkemeler tarafından sıkça başvurulmuş bir yöntem olmakla birlikte, Sözleşmenin 10'uncu maddesinin uygulanması yok denecek kadar azdır. Hâlbuki Sözleşmenin 10'uncu maddesinde belirtilen usul, uluslararası tebligata ilişkin sürecin çok daha çabuk neticelendirilmesine olanak sağlamaktadır. Hangi olayda hangi düzenlemenin uygulanacağını doğru tespit edilebilmesi, davaların sürüncemede kalmadan hızlı şekilde sonuçlandırılmasını sağlayacaktır. Bu çerçevede, uluslararası tebligata ilişkin mevzuatın bir bütün halinde ele alınması ve doğru uygulanması, hak kayıplarının yaşanmasını engelleyecektir.

Uluslararası tebligata ilişkin karşılaşılan sorunlar arasında; Tebligat Kanunu'nun yetersiz kaldığı ve uluslararası sözleşmelerin uygulanmasında zafiyet yaşandığı diğer sorunlu alanlardan biri ilan edilen tebligat konusu, diğeri ise yurtiçinde bulunan yabancı devlet temsilciliklerine yapılan tebligat usulüdür. Yabancı devletlerde bulunan muhataba ilan edilen tebligat konusunda Tebligat Kanunu'nda yer alan düzenleme, uygulamada yetersiz kalmaktadır. Yabancı devlet temsilciliklerine yapılacak tebligatın ise, uluslararası sözleşmeler gözetilmeden, tamamen Tebligat Kanunu esas alınarak yapılması oldukça büyük sorunlara sebebiyet vermektedir. Yine, 1965 tarihli Sözleşme veya ikili adli yardımlaşma sözleşmeleri kapsamında yabancı devletlerden gönderilen tebligatın muhataba iletilmesi, Tebligat Kanunu 26'ncı madde uyarınca yapılmaktadır. Ancak, evrakın tercümesinin bulunup bulunmadığı gibi hususların üzerinde yeterince durulmamakla birlikte taraf olunan bazı iki taraflı sözleşmelerde de savunma hakkını etkileyecek bu husus göz ardı edilmiştir.

Sonuç olarak, uluslararası tebligata ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunların çözüme kavuşturulması için tebligata ilişkin mevzuatın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Uygulayıcılar tarafından, yürürlükte bulunan sözleşmelerin, bu konudaki temel mevzuatın bir parçası olduğu ve uluslararası tebligatta yaşanan aksaklıkların, bu konudaki uluslararası sözleşmelere tam olarak vakıf olmadan bertaraf edilemeyeceği unutulmamalıdır. Diğer taraftan, Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliği'nde yapılacak ayrıntılı düzenlemeler ile eksik noktaların giderilmesi ve tartışmalı alanların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

#### **KAYNAKÇA**

Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü,



**“Adli Sözleşmeler; Hukuki-Ticari ve Cezai Konularda İkili Sözleşmeler”**, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html> , Erişim 20/01/2016.

Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, **“Genelgeler”**, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html> , Erişim 20/01/2016.

Akcan, Recep/Albayrak, Hakan; **Tebliğat Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2014.

Akil, Cenk; **“11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebliğat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 248-266, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1204> , Erişim 18/01/2016.

Anderson, Winston; **Elements of Private International Law**, The Caribbean Law Publishing Company, Kingston, 2003.

Aybay, Rona; **“Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı”**, TBB Dergisi, Sayı 72, 2007, ss. 109-120, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-354> , Erişim 01/04/2016.

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2016.

Deliduman, Seyithan; **Tebliğat Hukuku Bilgisi**, Yetkin, Ankara, 2002.

Doğan, Vahit; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013.

European Court of Human Rights, **Guide on Article 6, “Right to Fair Trial (civil limb)”**, Council of Europe, 2013, s. 50, [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf) , Erişim 20/01/2016.

Günay, Esra; **“Türkiye’den Yabancı Ülkeye Yapılan Tebliğat ve Esasları”**, ss. 259-282, TAAD, Yıl: 3, Sayı: 11 (Ekim 2012), file:///C:/Users/ab42358/Downloads/e265c-38680-6d134-e24be%20(19).pdf, Erişim 20/01/2016.

Hague Convention On The Service Abroad of Judicial and extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (1965), Law Reform Commission Report 21-23, The Law Reform Commission, Dublin/Ireland 1987.

HCCH, Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 tarihli La Haye Sözleşmesi Kapsamında ABD

Yetkili Makamınca Yayınlanan Uygulamaya İlişkin Bilgiler, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=authorities.details&aid=528](http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.details&aid=528), Erişim 11/06/2012.

HCCH, Reservations Declarations, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn](http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=425&disp=resdn) (Erişim 31/10/2012).

HCCH, Status Table, **“Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters”**, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17>, Erişim 20/01/2016.

International Committee, **International Aspects of Family Law**, Second edition, Solicitors Family Law Association, Kent Spring 2004.

Kaçak, Nazif; **Tebligat Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Kamacı, Mahmut; **“Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye'nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri”**, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998.

Kaplan, Yavuz; **“Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku”**, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, ss. 199-227, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2563.pdf>, Erişim 20/01/2016.

Kennett, W.A.; **Enforcement of Judgements in Europe**, Qxford University Press, Oxford 2001.

Kocasakal, Hatice Özdemir; **“Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat”**, ss. 27-65, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, Yayın No: 45, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2009-1-hukuk-fakultesi.pdf>, Erişim 20/01/2016.

McClearn, David; **The Hague Conventions on The Service of Process, The Taking of Evidence and Legalisation, Explanatory Documentation prepared for Commonwealth Jurisdiction (Explanatory Documentation)**, Commonwealth Secretariat, London 1979.

Milli Güvenlik Konseyi; **“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/5; M. G. Konseyi : 1/367)”**, Danışma Meclisi S. Sayısı : 100,

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c007/mgk\\_01007105ss0408.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007105ss0408.pdf) Erişim 20/01/2016.

Muşul, Timuçin; **Tebliğat Hukuku**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Nomer, Ergin; **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, **Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention (Permanent Bureau, Practical Handbook)**, Third Edition, Wilson & Lafleur Ltee, Montreal, 2006.

**Recognition and Enforcement of Judgements and Orders and the Service of Process within the Commonwealth, A Report of a Working Meeting held at Basseterre (A Report of a Working Meeting)**, St. Kitts, 24-28 April 1978, Commonwealth Secretariat, London.

Ruhi, Ahmet Cemal; **Nafaka Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2010.

Ruhi, Ahmet Cemal; **Tebliğat Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2011.

Sargın, Fügen; **“1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu”**, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, Yıl 2003, ss. 14-36, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2586.pdf> , Erişim 01/04/2016.

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/İğanmeşe Ataman, İnci; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

T.C. İçişleri Bakanlığı, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Adres Kayıt Sistemi, <http://www.nvi.gov.tr/Hakkimizda/Projeler,Aks.html> , Erişim 10/02/2016.

Tebliğat Kanunu ile Adlî Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Kahramanmaraş Milletvekili Veysi Kaynak’ın; Tebliğat Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/742, 2/546), TBMM, Dönem 23, Yasama yılı 4,

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf> , Erişim 20/01/2016.

Tebliğat Kanunu Lâyihası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/105),

Devre XI, İçtima 1, Sayı 129, s. 1, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c006/tbmm11006015ss0129.pdf>, Erişim 20/01/2016.

Toker, Ali Gümrah; **“15 Kasım 1965 Tarihli ‘Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’ Uyarınca Tebligat Yapılması”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, ss.107-152 (Basım Yılı: 2013), <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz13-2/gumrahtoker.pdf> , Erişim 20/01/2016.

Turan, Ahmet Uğur; **Tebligat Hukuku, Tebligat Suçları ve ilgili Mevzuat**, Seçkin, Ankara, 2002.

Yılmaz, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2001.

Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar; **Tebligat Kanunu**, Yetkin, Ankara, 2013.

# EVLLENEN KADIN İLE VELAYETİ KADINA BIRAKILAN ÇOCUĞUN SOYADININ BELİRLENMESİNDE “KOCANIN SOYADI” PARAMETRESİ

Süleyman MORTAŞ\*

## ÖZET

Türkiye’de evlenen kadının ile müşterek çocuğun soyadını kocanın soyadı belirlemektedir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde ise çocuğun velayeti kadına bırakılmış olsa bile, çocuk babanın soyadını taşımaya devam etmektedir (TMK m. 321). Ailenin soyadı ise TMK sistemi içinde kocanın soyadı olacağından, çocuğun soyadının kocanın soyadı olacağı açıktır. Gerçekten TMK m. 187’de; “kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir” hükmü karşısında, ailenin soyadını ve elbette evlenen kadının soyadını, kocanın soyadı belirleyecektir. Ülkemizde bu iki alan sorundur

Aslında gerek kadının gerek velayeti kadına bırakılan çocukların soyadı konusunda bazı sonuçlar elde edilmiştir. Ne var ki, pozitif düzenlemeler itibariyle evlenen kadının ve velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadını kocanın soyadının belirlenmesi kuralından vazgeçilmiş değildir.

Bu çalışmada, kadının ve velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadı konusunda Yargı cephesinde gelinen son noktalar tek tek ortaya konulmuş, yasal düzenleme/değişikliklerin nasıl olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Kadının soyadı ile velayeti kadına bırakılan çocuklar konusunda, kadın açısından ayrımcılık(diskriminasyon) yasağı, eşler arası eşitlik odaklı; çocuk açısından da çocuğun üstün yararı gibi ilkeler tabanlı olarak, düzenleme yapılıncaya kadar ya da düzenleme yapılmadığı takdirde, yürürlükteki ulusal ve uluslararası düzenlemeler itibariyle sorunun aşılabilirliği tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Soyadı, velayet, ayrımcılık, çocuğun üstün yararı, eşler arası eşitlik

## THE PARAMETER OF “HUSBAND’S SURNAME” IN DETERMINING THE SURNAME OF THE MARRIED WOMAN AND THE SURNAME OF THE CHILD WHOSE PARENTAL CUSTODY IS GIVEN TO THE WOMAN

### ABSTRACT

In Turkey, surnames of the married woman and the child in common shall be determined by the surname of the husband. In the event the marriage is terminated, even if the parental custody is given to the woman, the child continues to bear the

\* Dr., Gebze Hâkimi- (smortas@gmail.com)

father's surname (Turkish Civil Code, art.321). Since the surname of the husband shall be the surname of the family in the TCC system, it is clear that the surname of the child shall be the surname of the husband. Also in reality, in view of art. 187 of TCC, "woman shall take her husband's surname by marriage; however may also use her former surname by a written application made to the marriage officer or later to the civil registry, in front of the husband's surname", the family's surname and also the married woman's surname will be determined by the husband's surname. These two surname subjects are problematic in our country

*In conclusion, some results have been achieved in this stage, with regards to surnames of both women and the child whose parental custody is given to the woman. However, the method of determining the surnames of the married woman and the child whose parental custody is left to woman through the husband's surname has not yet been surrendered through legal regulations.*

*In this study first, the issue of the surname of the woman and the child whose parental custody is given to the woman is presented with general outlines, then the current situation is observed point by point through the judicial viewpoint, and how the legal changes/amendments should be made is deliberated. Surmountability of the issue of the surname of the woman and the child whose parental custody is given to the woman is discussed through current national and supranational legislations in force, until and unless the amendments are made based on the principles of prohibition of discrimination for women, equality between spouses, and the best interest of the child.*

**Keywords:** Surname, custody, discrimination, best interest of child, equality between spouses.

## GİRİŞ

Ülkemizde evlenen kadının kocasının soyadını alması zorunluluğu, öteden beri tartışmalı bir konu olmuştur. Kadınların evlenince, tanındıkları kızlık soyadlarını bırakıp, kocalarının soyadını taşımaya başlamaları; diplomadan pasaporta, sürücü belgesinden avukatlık tabelasına kadar birçok alanda problemlerle karşılaşmalarıyla, konu mahkemelere taşınmış; ilk derece mahkemelerinde başlayan kadının soyadı macerası, Yargıtay, hatta Anayasa Mahkemesinden geçerek AİHM'de noktalanmaya başlamıştır. Kadının kocasının soyadını alma zorunluluğu, zaman içinde kocanın soyadı önünde kadının kendi soyadını da kullanabilme gibi yöntemlerle aşılmaya çalışıldı ise de, cinsiyet ayrımcılığı esaslı tartışmalar hiç bitmemiştir.

Evlenen kadının soyadı tartışmaları çözümlenmeden, bu kez boşanan ve çocukların velayetleri kendisine tevdi edilen kadınlar, velayetleri altındaki çocukların kocasının değil, kendilerinin soyadını alması gerektiği yönünde davalar açmaya başlamışlardır. İlk derece mahkemelerinin kimi çözüm odaklı yaklaşımları oldu ise de, Yargıtay'ın ısrarlı kararları ile çocuklar babalarının soyadını taşımaya devam etmişlerdir.

Bütün bu olup bitene rağmen, evlenen kadın ile velayeti kadına bırakılan çocukların soyadını kocanın belirlemesine ilişkin mevzuat hükümleri henüz değişmediğinden, bu konudaki kafa karışıklıkları da devam etmektedir. Gerek evlenen kadın, gerek velayeti kadına bırakılan çocuklar açısından sorun, olay özelinde halledilmeye çalışılmaktadır. Aslında konu, özellikle kadının soyadı temalı olarak çokça yazılıp çizilmiştir. Ne var ki, evlenen kadının soyadı ile velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadını, kocanın soyadının belirlemesi ilkesi, ülkemizde hala sorunlu bir ilkedir. Oysa meselenin basit kanun değişiklikleri ile çözümlenmesi mümkündür. Kanun değişikliği olmasa bile, sorunun AYM ya da AİHM'e taşınmadan halli de mümkündür. İşte çalışmada bu iki bilinmeyenli denklemin çözümü ortaya konulmaya çalışılmış; çalışmanın sınırı açısından, evlenen kadının soyadı ile genelde evlilik içi doğumlarda velayet ve özelde velayeti kadına (anneye) bırakılan çocukların soyadına ilişkin sorunlar ve çözüme yönelik öneriler üzerinde durulmuştur<sup>1</sup>.

Çalışmada evlenen kadın ve velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadı konusu birlikte ele alınmıştır. Esasen gerek evlenen kadının kocanın soyadını almasına ilişkin düzenleme (TMK m. 187), gerek velayeti kadına bırakılan

<sup>1</sup> Çalışmanın hacminin büyütülmemesi açısından ad, soyad, velayet gibi konular üzerinde ayrıca durulmamıştır. Bilindiği üzere, soyadı daha çok aile ile birlikte anılır. Eş söyleyişle, soyadı bir aileye mensubiyeti ve bu aileyi diğer ailelerden ayırt eden, kural olarak değişmeyen ve kuşaklara aktarılan kişinin öz adı ile birlikte kullanılan adı ifade eder. Soyadının benzer ve yakın tanımları için bkz. ARPACI, Abdulkadir: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. B., Beta Basım, İstanbul 2000, s. 167; PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 15; s. 174; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku, C.II: Kişiler Hukuku**, 11. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 157; HELVACI, Serap: **Gerçek Kişiler**, 4.B., Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 168; Velayet ise küçüklerin, kimi istisnai durumlarda da kısıtlı erginlerin kişilik ve mallarının korunması ile temsilileri için ana babanın sahip olduğu hak, yetki ve yükümlülükleri ifade eder. Velayetin anlamı ile ilgili olarak Bkz. McDOWELL, Zaniya: **Elements of Child Law in the Commonwealth Caribbean**, The University of the West Indies Press, Jamaica, 2000, s. 166; MILLER, Julia R./LERNER, Richard M./SHIAMBERG, Lawrence B./ANDERSON, Pamela M. (Eds.): **The Encyclopedia of Human Ecology**, Vol. 1, ABC-CLIO (Publisher), Santa Barbara (CA, US), 2003, s. 113; ÇELİK, Cemil: "Velayetin Kaldırılması", **AÜHF**, C. 54, S. 1, Y. 2005, s. 256; Belirtmek gerekir ki, Kanun gereği her kişinin soyadı kullanması zorunludur (2525 s. Soyadı Kanunu, m. 1).

çocuğun soyadının kocanın soyadı olarak kalması kuralı (TMK m. 321) kadın tarafından cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmekte ve mahkemelerce de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Esasen eşlerin bir aile soyadı belirleme konusunda eşit haklara sahip olmaları cinsler arası eşitliğin sağlanması açısından önemli olduğu gibi bu konuda belirlenecek bir aile soyadının çocuğun soyadına ilişkin tartışmaları da sonlandıracağı açıktır.

Hiç kuşkusuz çocuğun soyadı, ülkemiz düzenlemeleri açısından velayet ilişkisine değil soybağı ilişkisine dayanmaktadır. Ne var ki, evlilik birliği sona erdiği takdirde velayeti kadına bırakılan çocuklar yönünden, kadınlar velayet hakkına dayalı olarak çocukların soyadının değiştirilmesi yönünde davalar açtıkları görülmektedir. Bu nedenle soyadının, soybağı ilişkisi yanında velayet hakkına dayalı olarak da ele alınıp tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

## **I. VELAYETİ ANNEYE BIRAKILAN ÇOCUĞUN SOYADI**

### **A. Genel Olarak Çocuğun Soyadının Velayete Bağlı Olmaması**

Kural olarak çocuk, soyadını doğumla kendiliğinden kazanır<sup>2</sup>. Bu durum, en az çocuğun annesinin biliniyor olması hali için geçerlidir. Çocuğun anne ve babası bilinmiyor ise çocuğun soyadı idari yoldan belirlenecektir<sup>3</sup>. Çocuk doğumla kazandığı bu soyadını kural olarak sonraki kuşaklara da aktarır<sup>4</sup>.

Doğumla (ilk kez) kazanılan soyadı konusunda ülkemiz düzenlemelerine bakıldığında, çocuğun soyadının belirlenmesinde, soybağı esasının kabul edildiği görülür (TMK m. 321). Gerçekten TMK m. 321’de, kişinin adı ile birlikte toplum içinde ayırt edilmesine yarayan soyadının, kişinin kimin soyundan geldiğine bakılarak belirleneceği ilkesi kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Çocuğun soyadını belirleyen soybağı, anne ile baba arasındaki hukuki ve doğal bağı

<sup>2</sup> AYAN, Serkan: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, *GÜHFD*, C. XVI, S. 4, Y. 2012, s. 22.

<sup>3</sup> Çocuğun anası babası belli değilse 2525 sayılı Soyadı Kanunu(m. 8) ve 4590 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (m. 19)uyarınca bu çocuklara idari yoldan(mülki amir/nüfus memuru) tarafından soyadı verilecektir. Bkz. OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Kişiler Hukuku*, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 113; Çocuğun ana ve babasının bilinmemesi çocuğun terk edilmiş olması halinde söz konusudur. Bkz. ÖZSUNAY, Ergun: *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. B., İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 196.

<sup>4</sup> ÖZEN, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 3-4, s. 171.

<sup>5</sup> ÖZEN, s. 171.



ifade eder<sup>6</sup>. Çocukla anne baba arasındaki bu doğal bağın (soybağı) nasıl oluşacağı TMK m. 282’de düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur<sup>7</sup>. Kuşkusuz evlat edinme yoluyla da yapay bir soybağı kurulmuş olur<sup>8</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ülkemize özgü bir durum olan ve kısaca Af Kanunları olarak bilinen, *Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerden Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesine İlişkin Kanunlar* uyarınca da baba ile soybağı kurulmuş olur<sup>9</sup>. İşte çocuğun soyadı anne baba arasındaki bu soybağı esasına göre belirlenmektedir.

<sup>6</sup> Öğretide anne ve baba ile çocuk arasındaki bu doğal bağa «dar anlamda soybağı» denilmektedir. Bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 8.

<sup>7</sup> Belli başlıları; yapay dölleme (*artificial insemination*), embriyo transferi (*embryo transplantation*), taşıyıcı annelik (*surrogate motherhood*), tüp bebek (*in vitro fertilization*) yöntemi olan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin (*assisted reproduction*) yeni soybağı sorunlarını da beraberinde getirdiğini belirtmek gerekir. Bkz. KRAUSE, Harry D./ MEYER, David D.: **Family Law in a Nutshell**, (West Nutshell Series), Fourth Edition, Thomson West Publishing Co., Minnesota (USA) 2003, s. 134; BOUMIL, Marcia Mobilia: **Law, Ethics, and Reproductive Choice**, Fred B. Rothman & Company, Littleton (CO, US) 1994, s.7-8; Bu konuda, ülkemizde Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG. 06.03.2010/27513) çıkarılmıştır. Buna göre tüp bebek uygulaması resmi evli olan çiftlere, ancak onların rızasıyla uygulanabilmektedir. Bkz. KAMACI, Mahmut: “Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 36, S. 1-2, Ocak- Nisan 2010, s. 38.

<sup>8</sup> AYDOS, Oğuz Sadık: “Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Evlat Edinme”, **GÜHFD**, C. 4, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 136; BAYGIN, Cem: “Evlat Edinmenin Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 635; KAYA, Cengiz: **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 62.

<sup>9</sup> **Yrg. HGK**, 30.01.2008, 2008/2-36, 2008/47 (UYAP); Bu kanunlar *Fiili Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesine İlişkin Kanun* olarak da bilinirler. Bu kanunlardan bazılarını zikretmek gerekirse; 1826 sayılı *Tescil Edilmeyen Birleşmeler, Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun*, 1945 tarihli 4727 Sayılı Kanun, 1949 Tarihli 5524 Sayılı Kanun, 1954 Tarih ve 6652 sayılı Kanun ve 1981 tarihli 2526 sayılı Kanun bu nitelikteki kanunlardır. Bkz. BİLGE, Necip: **Fiili Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Mevzuat**, AÜHF Yayını, Ankara 1958, s.37 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet: “2526 Sayılı Kanuna Göre Fiili Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi”, **AÜHFD**, Y. 1981, C. 38, S. 1-4, s. 165; Af Kanunları, evlilik dışı doğan çocukların soybağının düzeltilmesi için çıkarılan geçici süreli kanunlardır. Af Kanunları evlilik dışı beraberliklerin, belirli şartlar altında evlilik olarak kabul edilerek, bu beraberlikten doğan çocukların nüfusa tescili amacı güdülmüştür. Elbette bu kanunlar belirli dönemlerde çıkarılmış olup, geçici niteliktedirler. Ayrıntı için bkz. ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem: **Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008, s. 301-302; AYİTER, Nüşin: “Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, **Türkiye’de Ailenin Değişimi, Yasal Açından İncelemeler**, Türk Sosyal Bilimler Derneği yay., Ankara 1984, s. 74-75.

Temel kanun olan TMK’da konu; “çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır” (m. 321) şeklinde düzenlenmişti. Ancak hükümde geçen, “evli değilse ananın” ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra çocuğun soyadı, TMK itibariyle, ailenin soyadı kavramı ile sınırlı kalmıştır<sup>11</sup>. Soyadı Kanununun uygulanmasına ilişkin Soyadı Nizamnamesinde de, çocuğun soyadı konusunda hükümler yer almıştır. Buna göre, “çocuk evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuşsa babanın soyadını taşır (Nizamname, m. 15). Diğer mevzuat açısından bakıldığında da, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte (kısaca Yönetmelik olarak zikredilecektir ) , evlilik içinde (veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde) doğan çocukların babanın soyadını alacakları düzenlenmiştir (m. 22)<sup>12</sup>.

Görüldüğü üzere, hukuk sistemimizde evlilik içi ya da evlilik dışı doğmuş olma ölçütüne göre, çocuğun soybağına bağlı soyadının belirlenmesi değişiklik gösterecektir<sup>13</sup>. Buna göre, evlilik içinde doğan çocuklar ailenin soyadını alır (TMK m. 321). Mevcut düzenleme itibariyle ailenin soyadı, kocanın soyadı olduğuna göre<sup>14</sup> çocuğun soyadının kocanın soyadı olacağı açıktır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, babalık karinesi uyarınca, yani anne babanın boşanmasından ya da evliliğin iptalinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar ve yine babanın ölümünden itibaren üç yüz gün içinde

<sup>10</sup> **AYM**, T. 2.7.2009, E. 2005/114, K. 2009/105; *Öte yandan, 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nda da ; “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır”* şeklindeki hüküm bulunmakta idi. Soyadı Kanunu’nun bu hükmü de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (**AYM**, 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165).

<sup>11</sup> **AKINTÜRK**, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, C. 2, 17. B., Beta Basım, İstanbul 2015, s. 410; **ÖZTAN**, Bilge: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 37.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 296 (**ÖZTAN**, *Temel Kavramlar*).

<sup>12</sup> **ÖZDAMAR**, Demet: “5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun, Türk Medeni Kanunu’ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C.II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1634 (**ÖZDAMAR**, *Nüfus Hizmetleri*); **HELVACI**, s. 171 dn. 521.

<sup>13</sup> **USTA**, Sevgi: *Çocuk Hakları ve Velayet*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 109.

<sup>14</sup> Kadının evlenmekle kocanın soyadını alacağı düzenlemesi yürürlüktedir (TMK m. 187). Kadının kocanın soyadı önünde kendi soyadını kullanması halinde dahi çocuğun soyadı sadece kocanın soyadı olacaktır (TMK m. 321).

doğan çocuklar da (TMK m. 285)<sup>15</sup> kocanın soyadını alacaktır<sup>16</sup>. Ergin olmaya çocuğun soyadı, ancak babanın soyadının haklı bir nedene dayalı olarak (TMK m. 27) değişmesi ile babanın soyadına bağlı olarak değişir (5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36/1-b). Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik uyarınca, çocuk evlilik içinde doğmuş olmakla birlikte, çocuğun doğumundan önce baba tarafından soybağı ret edilmiş ise çocuğun annenin kızlık soyadını alacağı kabul edilmiştir (Yönetmelik, m. 104)<sup>17</sup>.

Çocuk evlilik dışında doğmuş ve babayla soybağı kurulmamış ise ananın soyadını alır<sup>18</sup>. Soybağı ana ve babanın sonradan evlenmesiyle<sup>19</sup> veya tanıma (TMK m. 295)<sup>20</sup> ya da mahkeme kararıyla (TMK m. 301) kurulmuş ise çocuk yine babasının soyadını alır (5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28/4)<sup>21</sup>.

Çocuğun soyadı ile ilgili bu düzenlemeler emredici niteliktedir. Gerçi çocuğun soyadına ilişkin düzenlemede (TMK m. 321), bir “aile soyadı”ndan söz edilmiştir. Ancak, bu düzenlemeden anne babanın, kocanın soyadı

<sup>15</sup> Babalık karinesinde, evliliğin sona ermesinden itibaren tıbben mümkün olan üçyüz günlük süre içinde doğan çocukları evlilik içinde ana rahmine düşmüş kabul etmektedir. Bu durumda çocuk ile koca arasında soybağı varlığı kabul edilmiştir. Bkz. ACABEY, Mehmet Beşir: **Soybağı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s. 111.

<sup>16</sup> ÖZEN, s. 174.

<sup>17</sup> Soybağının reddedilmesi halinde çocuğun soyadı konusunda tartışmalar için bkz. AYAN, s. 24-25.

<sup>18</sup> AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan**, C. I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 77; ACABEY, s. 284; Yargıtay’ın benzer yöndeki uygulaması için bkz. **Yrg. 18. HD.**, 07.12.2015, 2015/4786-17805 (UYAP).

<sup>19</sup> Belirtmek gerekir ki, anne ile çocuğun biyolojik babasının evlenmesi halinde çocukla baba arasında doğumdan itibaren soybağı kurulur. Bu halde soybağının kurulması için ayrıca bir tanıma işlemine ya da babalık hükmüne ihtiyaç yoktur. Bkz. BAYGIN, Cem: “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, **AÜEHFD**, C. VI, S. 1-4 (2002), s. 267.

<sup>20</sup> “Tanınan çocuk henüz aile kütüklerinde kayıtlı değilse; doğum formu düzenlenmek suretiyle çocuk babasının soyadı ile baba hanesine tescil edilerek, ana ve çocuk arasında bağ kurulur... Tanınan çocuk anasının bekârlık hanesinde kayıtlı ise; bu hanedeki kaydı kapatılarak, baba soyadı ile babasının hanesine tescil edilir... Tanınan evli kadın ise, kocasının hanesindeki kaydına tanıma olayı işlenerek babası ile arasında bağ kurulur. Tanınan evli kadın kocasının soyadının önünde, tanıyan babasının soyadını da taşımak istediği takdirde 55 inci maddenin birinci fıkrasında belirtildiği şekilde işlem yapılır, evliliğin herhangi bir nedenle son bulması halinde baba soyadı ile tanıyan babasının hanesine döner.” (Yönetmelik, m. 109).

<sup>21</sup> Baba ile soybağı kurulan çocuk babanın soyadını taşıyacaktır. Bkz. KUTOĞLU, Tuba: “Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükmü”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı 2010 (Basım Yılı 2012), s. 980 .

dışında bir aile soyadı belirleyebilecekleri anlamı çıkarılamaz<sup>22</sup>. Düzenleme, aile soyadının belirlenmesinde benimsenen yöntemle ilgilidir. Gerçekten, aile soyadının belirlenmesine ilişkin yöntemlere bakıldığında, zorunlu ve zorunlu olmayan aile soyadı belirleme olmak üzere, iki yöntem bulunduğu görülmektedir. Bunlardan zorunlu olan yöntem; klasik ataerkil yöntem ve tercihe dayalı yöntem olmak üzere iki şekilde uygulanmaktadır. Klasik ataerkil yöntemde, aile soyadı olarak kocanın soyadını kullanma yasal zorunluluk olarak kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Hukuk sistemimizde aile soyadının belirlenmesinde, klasik ataerkil yöntem kabul edilmiştir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, mevcut düzenlemeler itibariyle eşler, müşterek çocuğun soyadının kocanın soyadı dışında bir soyadı olarak belirlenmesini kararlaştırılmazlar<sup>24</sup>.

Şu halde, mevzuat uyarınca, evlilik içinde doğan çocuğun soyadı babanın soyadıdır. Çocuğa aktarılan soyadı babanın ölümü ya da tarafların boşanması halinde dahi değişmeyecektir<sup>25</sup>. Çalışmamızın konusu açısından belirtmek gerekir ki, AYM'nin yukarıda sözü geçen iptal kararları sonucu değiştirmiş değildir. Evlilik içinde çocuğun soyadı kocanın soyadı olmaya devam edecektir.

Evlene kadının soyadını kocanın soyadı olması yanında (TMK m. 187), evlilik içinde doğan ya da baba ile soybağı kurulan çocukların soyadının da kocanın soyadı olması, soyun koca üzerinden yürümesi anlamına gelmektedir<sup>26</sup>. Nitekim evlence kadının kaydı, kocasının hanesine taşınır (5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu, m. 23/2). Böylece kadının baba hanesindeki kaydı kapatılır ve soy, kocanın soyu üzerinden devam etmiş olur. Kuşkusuz yasa koyucunun ailenin soyadı olarak kocanın soyadını tercih etmesi, soyun baba üzerinden yürüdüğü (ataerkil/patriarkal) geleneksel anlayıştan ve tarihsel olarak erkek egemen bakış açısından kaynaklanmaktadır<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Ailenin soyadı TMK sistemi içinde kocanın soyadı olacağından (TMK m. 187), çocuğun soyadının kocanın (babanın) soyadı olacağı her türlü duraksamadan uzaktır. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 600.

<sup>23</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. AYAN, s. 40.

<sup>24</sup> Çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir. Bkz. ERGENE, Deniz: "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", **MHB**, Y. 31, S. 2 (2011), s. 139.

<sup>25</sup> ABİK, Yıldız: **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 139.

<sup>26</sup> ULUĞ, Özden Melis: "Soyadım Kimliğimdir, Evlenince Kaybolmamalıdır: Hegemonik Erkeklik ile Medeni Kanun'un 187. Maddesi Arasındaki İlişkiye Eleştirel Bir Bakış", **Fe Dergisi**, C. 7, S. 2 (2015), s. 51.

<sup>27</sup> Bu yöndeki Engin Yıldırım karşı oyu (AYM, T. 10.3.2011, E. 2009/85, K. 2011/49).

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, çocuğun soyadını belirleyen soybağıdır<sup>28</sup>. Velayet hakkının, çocuğun soyadı üzerinde bir etkisi yoktur. Velayet anne ve babadan kaldırılmış olsa bile, evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin soyadını alır. Şu halde, mevzuat açısından bakıldığında, evlilik birliği içinde çocuğun ailenin soyadını alması, velayet hakkına değil soybağı esasına dayanır<sup>29</sup>. Nitekim Türk Medeni Kanunu sistematigi içerisinde de çocuğun soyadı, İkinci Kitap, İkinci Kısım'da, «Soybağının Hükümleri» alt ayrımı (Beşinci Ayrım) altında düzenlenmiştir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, çocuğun soyadını seçme hakkının, velayet hakkı kapsamında olduğunu düşünmektedir<sup>30</sup>. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun soyadını velayet hakkı ile ilişkilendirmesi mevcut düzenlemeler karşısında tartışmalıdır. Ne var ki, velayeti kadına bırakılan çocukların soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesi yönündeki talepler ve Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki tutumu, çocuğun soyadının velayet hakkı ile ilişkisini gözden geçirmeyi zorunlu kılmaktadır.

## B. Velayetin Eşlerden Birine Tevdii Halinde Çocuğun Soyadı

### 1. Velayetin Eşlerden Birine Tevdii Zorunluluğu

Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin velayeti birlikte kullanacakları (birlikte velayet/joint custody) esas kabul edilmiştir (TMK m. 336/1). Bilindiği üzere, TMK sistemi içinde birlikte velayet, sadece evlilik birliği devam ettiği sürece geçerlidir. Evlilik birliğinin sona ermesi halinde ise, sözgelimi tarafların boşanması halinde, müşterek çocukların velayetinin eşlerden birisine tevdi gerekir (TMK m. 182/1)<sup>31</sup>. Esasen bu konuda bir talebe de lüzum yoktur. Boşanmaya karar verilmesi halinde, hâkim velayet düzenlemesini reşen yapar. Bu halde birlikte velayet sistemi kabul edilmemiştir (TMK m. 336/son). Bu noktada belirtmek gerekir ki, çocuk için asıl olan velayettir. Yani yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz (TMK m. 335/1). Bunun yanında, anne babadan birisi veya her ikisi sağ ise ve eşlerin velayeti kullanmalarına engel bir halleri yok ise velayet, öncelikle anne babadan birisine tevdi edilir. Velayet anne ya da babadan birisine verilmiş ve velayet kendisine verilen anne ya da babanın

<sup>28</sup> Yargıtay'da yeni kararlarında çocuğun soyadını soybağının belirlediğine vurgu yapmıştır. Bkz. **Yrg. 18. HD.** 26.11.2015, 2015/2159-17250 (UYAP).

<sup>29</sup> AYAN, s. 23; Anayasa Mahkemesi'nin farklı yaklaşımına aşağıda ayrıca değinilecektir.

<sup>30</sup> **AYM**, T. 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165.

<sup>31</sup> KILIÇOĞLU, s. 193.

velayet görevini kullanmasına bir engel varsa, engel bir durumu bulunmadıkça velayet diğer ebeveyne bırakılır<sup>32</sup>.

Velayetin tevdiinde birçok unsur göz önünde bulundurulur ise de<sup>33</sup>, öğretide ileri sürüldüğü<sup>34</sup> ve yine uygulamada görüldüğü üzere, çocuğun velayeti çoğunlukla anneye verilmektedir. Bunun nedeni; başta küçük yaştaki çocukların anne bakım ve şefkatine muhtaç olmasıdır<sup>35</sup>. Uygulamada Yargıtay da, küçük yaşta olan çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle, velayetin anneye bırakılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir<sup>36</sup>. Bunun dışında da, çocuğun bakımının anne tarafından daha iyi

<sup>32</sup> “ Velayet hakkı babadan kaldırıldığına göre küçüğün velayetinin askıda kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı anne küçüğün velayetinin kendisine verilmesini talep etmiştir. Ana veya babası sağ olan çocuğun velayet altında tutulması, velayetin bunlardan birine verilmesi asıldır. Ancak, ana veya babanın velayet görevini yapamayacak olması veya çocuğun velayet altında bulunmasının, çocuğun fikri, bedeni sağlık ve eğitimsel gelişimi yönünden üstün yararına aykırı düşeceğinin anlaşılması halinde, çocuk velayet altına alınmayıp, kendisine bir vasi de atanması mümkündür (TMK.md.335). Dosyada annenin velayet görevine engel bir durum bulunmadığı gibi çocuğun velayet altında bulunmasının onun üstün menfaatine aykırı olacağına ilişkin bir olgu ve delil bulunmamaktadır. O halde küçüğün velayetinin davacı anneye verilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” **Yrg. 2. HD.** 24.12.2015, 2015/21605-24933 (UYAP).

<sup>33</sup> Bunlardan bazıları; çocuğun alışmış olduğu ortamdan koparılmaması, ana babanın yaşadıkları çevre itibariyle çocuğun fiziksel ve ruhsal olarak rahat edeceği ortam, eşlerin yaşam biçimleri, çocuk için kullanacakları zaman ve imkânlar olarak sayılabilir. Bkz. BULUT, Harun: **Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları**, Beta Basım, İstanbul 2007, s. 7; ERGÜN, Zafer: **Boşanma Davaları**, 4.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 1079-1080; ÇAKIN, Akın: **Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma**, 2. B, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s. 115;”Ortak çocuk 2009 doğumlu Arifin velayeti boşanma kararı ile birlikte babaya verilmiştir. Davalı babanın bir şirkette pazarlama bölümünde çalıştığı ve bazı dönemler şehir dışına gidip ortak çocuğu kendi annesi ve babasının yanında bıraktığı anlaşılmaktadır...velayetinin anneye verilmesi gerekirken...” **Yrg. 2. HD.** 30.11.2015, 2015/23703-22542 (UYAP).

<sup>34</sup> “Ana şefkatine daha fazla muhtaç yaşta küçük çocukları, çok önemli sebepler olmadıkça, anadan ayırmamak, onun velayetinde bırakmak gerekir. İsviçre-Türk uygulamalarında, **küçük yaşta çocukların anaya bağlamak** eğiliminin adeta kurallaştığı görülür». Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7.B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 276(vurgu eklenmiştir); “Yaşları itibariyle ana bakım ve şefkatine muhtaç olan çocukların velayetinin bir sebep gösterilmeksizin babaya tevdi edilmesi isabetsizdir”. **Yrg. 2. HD.** 11.2.1992, 1165/1473 (ŞENER, Esat: **Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994, s. 197).

<sup>35</sup> BULUT, s. 6;

<sup>36</sup> “ Ortak çocuk **yaşı gereği anne bakım ve şefkatine muhtaç olup**, alınan sosyal inceleme raporunda da velayetinin annesine verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece kardeşlerin de birbirlerinden ayrılmayacak şekilde ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” **Yrg. 2. HD.** 30.11.2015, 2015/23703-22542(UYAP/vurgu eklenmiştir).

yapılacağı düşünülmektedir<sup>37</sup>.

Şu halde evlilik birliğinin sona ermesi halinde, TMK sistemi içinde çocuk mutlaka anne, babadan birisine bırakılmalıdır. Çocuğun velayetinin daha çok anneye bırakıldığı gerçeği de bu noktada tekrarlanmalıdır.

## 2. Velayet Düzenlemesinin Çocuğun Soyadına Etkisi

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk Hukuku'nda evlilik birliği içinde doğan çocuğun ailenin soyadını alması velayet hakkına değil, soybağı esasına dayanmaktadır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi çocuğun soyadının belirlenmesinin velayet hakkının bir parçası olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre kocaya çocuğun soyadını seçme hakkı velayet hakkı kapsamında tanınan bir haktır<sup>38</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı yanında velayeti kendilerine bırakılan çocukların soyadı konusunda da kadınlar tarafından velayet hakkına dayalı olarak soyadının değiştirilmesi davaları açıldığı görülmektedir. İşte bu nedenle konuya velayet perspektifli olarak da bakılması gerekmektedir.

### a) Pozitif Düzenlemeler İtibariyle Sorunlu Bir Alan: Çocuğun Soyadı

Velayetin kapsamı ve anlamı bakımından, boşanmadan sonra velayet hakkı kendisine bırakılan anne ya da baba, diğer tarafa danışmaksızın çocuk hakkındaki kararları kural olarak<sup>39</sup> kendisi alabilecektir<sup>40</sup>. Böyle olmakla birlikte, yani velayet hakkını tek başına kullanan kadın, yürürlükteki diğer mevzuat ve bu konuda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle, velayeti altındaki çocuğu kendi soyadını verememektedir. Bir başka ifadeyle, çocuğun

<sup>37</sup> "...Anaların çoğu kez çocuklarının velayeti konusunda babalardan daha isabetli karar verdikleri, hareket ettikleri bir gerçektir." Bkz. KURTOĞLU, Serda: **Türk Medeni Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1977, s. 93.

<sup>38</sup> "Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur." **AYM**, T. 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165.

<sup>39</sup> Kural olarak diyoruz, zira daha önce ifade edildiği gibi sözcülemi haklı nedenlerle çocuğun adını değiştirmede kendisine velayet bırakılmayan anne ya da babanın da davada yer alması istenmektedir.

<sup>40</sup> KİREMİTCİ, s. 12; Evlilik birliği devam ederken konu böyle olmakla birlikte, evlilik birliği sona erdiğinde velayetin eşlerden birisine verilmesi zorunlu olduğundan, boşanma kararı ile birlikte velayet eşlerden birisine tevdi edilirse diğer eşin velayet hakkı sona erer. Bkz. Kendisine velayet bırakılmayan tarafın çocukla tek ilgisi kişisel ilişki bağlamındadır. Bkz. RUHİ, A. Cemal: «Yabancı Ülke Mahkemelerinde Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye'de Tenfizi», **AÜ. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, s. 723-724; AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, s. 408.

soyadı baba soyadı olarak kalmaktadır. Esasen sadece velayet anneye tevdi edildiğinde değil, taraflar evli iken de velayet hakkı birlikte kullanılmasına rağmen, çocuğun soyadını kocanın (babanın) soyadının belirlediğini ifade etmek gerekir. Kadın istediği takdirde, kocasının soyadı önünde kendi soyadını da kullanabildiği halde, kadının kendi soyadı ile kocasının soyadından oluşabilecek soyadını müşterek çocuğa aktaramamaktadır<sup>41</sup>. İşte boşanma halinde müşterek çocuğun velayeti kadına (anne) verildiği takdirde koca, kadının velayet hakları karşısında sadece kişisel ilişki hakkına sahip olmasına ve kadın, çocuk üzerinde tüm temsil haklarına sahip olmasına rağmen, çocuğun soyadı kocanın soyadı olarak kalmaktadır.

Boşanmadan sonra velayet babaya bırakılmış olsa bile, bilindiği üzere çocuğun ihmal (velayeti ifaden acizyet/neglect) ya da istismarı (velayette nüfuzu kötüye kullanma/abuse) halinde velayet babadan kaldırılabilir<sup>42</sup>. Bu takdirde soyadı da değişecek midir? Gerek velayetin anne babadan kaldırılması (termination of parental rights), gerek boşanma, gerekse de evliliğin iptali gibi nedenlerle çocuğun soyadı değişmeyecektir<sup>43</sup>. Bu cümleden olarak, önemle belirtmek gerekir ki, velayet anneye bırakılmış olsa bile, çocuğun baba tarafından seçilen soyadını kullanma zorunluluğuna ilişkin Soyadı Kanununun 4. maddesindeki düzenleme, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir<sup>44</sup>. Anayasa Mahkemesinin, velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının kocanın soyadı olacağı yönündeki (2525 s. Soyadı Kanunu m. 4) iptal kararı, velayet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının da değişeceği şeklinde bir kuralı/sonucu doğurmamaktadır. Aksine mevzuat uyarınca, çocuğun velayeti ister kadına, ister kocaya verilsin çocuğun soyadı ailenin soyadı, dolayısıyla kocanın soyadı olmaya devam etmektedir<sup>45</sup>. Sonuç olarak

<sup>41</sup> AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, 2. B, Pegem Akademi Yayını, Ankara 2012, s. 118; ERGENE, s. 140

<sup>42</sup> Velayetin kaldırılması konusunda ayrıntı için bkz. İMAMOĞLU, S. Hülya: "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", AÜHF, C. 54, S. 2, Y. 2005, s. 200 vd.

<sup>43</sup> Bunu TMK m. 321 ve Soyadı Kanunu m. 4'ün düzenleniş biçiminden çıkarmak mümkündür. Bkz. USTA, s. 110.

<sup>44</sup> AYM, T. 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165; Kuşkusuz AYM'nin bu iptali ile velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının annenin soyadı olacağı yönünde bir kural da devreye girmiş olmadı. Bkz. HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 55-56 (HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, *Kişiler Hukuku*).

<sup>45</sup> Mevcut düzenleme itibarıyla ailenin soyadı, kocanın soyadıdır. Zira kadın evlenmekle zaten kocanın soyadını almaktadır. Bkz. HELVACI, s. 171; Kadının kocası soyadı önüne kendi soyadını kullanma hakkı sadece kadın hakkındadır. Kadının kocası soyadı önüne kullandığı soyadı aile soyadı olmadığından çocuğun soyadı, kadının eklemeli soyadı olamaz.



ifade etmek gerekir ki, boşanma halinde çocuğun velayetinin anneye verilmesi, çocuğun soyadı üzerinde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır<sup>46</sup>.

Kocanın soyadının hem kadının soyadını hem de müşterek çocuğun soyadının belirlemesi, cinsiyet ayrımcılığı yasağı (AY m. 10; AİHS m. 14) ya da aile ilişkileri bakımından eşler arası eşitlik (AY m. 41; TMK m. 185 vd) ilkeleri ile bağdaşmadığından bahisle tartışmalara<sup>47</sup>, zaman zaman da davalara konu edilmektedir. Esasen velayet kendisine tevdi edilen kadın, bu durumu sorun etmediği sürece, zaten çocuk soyadını (babanın soyadı) velayet düzenlemesinden sonra da kullanmaya devam etmektedir. Ne var ki, çocuğun soyadı olarak kendi soyadının kullanılmasını isteyen kadınların (anne) sayısı az değildir. Büyük oranda, anne baba arasında barış bir daha sağlanmamak üzere, «boşanma çekişmesi»nden çıkmış eşler açısından, velayeti kadına (anneye) bırakılan çocuğun soyadının kocanın soyadı olarak kalması, büyük oranda kadını rahatsız edebilmektedir. Hatta bazen bu durum, sürekli olarak anne yanında olan çocuk için de babaya karşı oluşan bir tepki niteliğinde, onun soyadını taşıyama isteğini doğurmaktadır. Bütün bunları, soyadı değişikliği talebini içeren dava dilekçelerinde görmek mümkündür<sup>48</sup>. Bu durum, bu alanın sorunlu bir alan olduğunu göstermektedir. Ne var ki, konu çocuk olduğunda, annenin velayet hakkı değil, çocuğun üstün yararı öncelikli olmalıdır. Kuşkusuz çocuğun, yanında bulunduğu annesi ile aynı soyadını taşıması çocuğun üstün yararına uygun olabilir. Ancak bu durum mutlak değildir ve somut olay özelinde tartışılmalıdır.

<sup>46</sup> Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir: “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesi hükmüne göre çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe neden olamaz.” **Yrg. 18. HD.** 07.12.2015, 2015/4786-17805(UYAP).

<sup>47</sup> KARACA, Hilal: **Velayet Hakkının Kapsamı ve Hükümleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 31; USTA, s. 111.

<sup>48</sup> Bu durumda velayet kendisine bırakılan taraf (kadın), yani çocuğa eylemli olarak bakan taraf sadece çocuğun soyadı ile kendi soyadı arasındaki farklılığın ortadan kaldırılması için bu tür davaları açmaktadır. Bkz. GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan), Özel Sayı, C. 2011/II-2012/I, s. 740; “Davacı, dava dilekçesi ile annesi Arzu ile babası ZÇ...’ın 2004 yılında Gebze Aile Mahkemesinin ... Sayılı ilamı ile boşandıklarını ve kendisinin velayetinin annesi Arzu B...’e verildiğini, babası Z...’ın kendisine maddi ve manevi hiçbir katkısı ve desteğinin olmadığını belirterek; nüfus kayıtlarında “Ç...” olan soyisminin annesinin kızlık soyismi “B...” olarak değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiş, duruşmadaki beyanı ile de kendisinin yaklaşık 10 yıldır annesi ile kaldığını, babasını da görmediğini, bu nedenle her şeyi ile annesinin ilgilendiğini... soyadının annesinin ... soyadı olan B... olarak düzeltilmesini... talep etmiştir”. Gebze 5. AH, 14.10.2015, 2015/526-675 (Dava dilekçesi özeti).

## **b) Velayeti Anneye Bırakılan Çocuklar Açısından Yeni Eğilimler**

### **aa) Çocuğun Soyadına AİHM Yaklaşımı**

TMK m. 321 ve iptal edilen 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4. maddesindeki, “çocuğun soyadının, kocanın soyadı olarak belirlenmesi” ilkesine benzer hüküm, İtalyan Medeni Kanununda da bulunmakta idi. Çocuğun soyadı konusunda bu sorunlu alan, AİHM’de *Cusan ve Fazzo v. İtalya* kararında ele alınıp tartışılmıştır. Bu başvuruyu kısaca hatırlamak gerekirse; Milan’da oturan Alessandra Cusan- Luigi Fazzo çifti, 1999 yılında doğan kızları Maddalena’ya, annesinin kızlık soyadı olan “Cusan” soyadını verme isteklerini nüfus idaresine bildirmişlerdir. Nüfus idaresi ise İtalyan Medeni Kanununa göre çocuğun soyadının babasının soyadı olması gerektiğinden bahisle, isteği reddetmiş ve çocuğu babasının soyadı olan “Fazzo” soyadı ile kaydetmiştir. İtalyan çift, adli mercilere başvurularına rağmen bu konudaki mevcut yasaların, toplumsal yapıya uygun olduğu görüşüyle istek yerinde görülmemiştir. Böylece iç hukuk yollarını tüketen çift, davayı AİHM’e taşımıştır. AİHM çocuğun soyadını, salt babanın soyadının belirlenmesi esasına ilişkin İtalyan düzenlemesinin ayrımcı nitelikte olduğuna, yani kadın ve kocanın bu konuda eşit haklara sahip olmamasının cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı olduğu vurgusu ile annenin aile hayatına saygı hakkının (AİHS m. 8), ayrımcılık yasağı (AİHS m. 14) ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>49</sup>.

Bu başlık altında ifade etmek gerekir ki, çocuğun soyadı konusunda Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesi ve Avrupa Komisyonu Parlamenterler Meclisinin tavsiye kararları bulunmaktadır. Bakanlar komitesinin “Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği” başlıklı tavsiye kararı<sup>50</sup> ile Parlamenterler Meclisinin “Ailenin Soyadının Seçiminde ve Anne Babanın Soyadının Çocuklara Geçmesi Sonunda Cinsiyet Ayrımcılığı” başlıklı tavsiye kararlarında<sup>51</sup>, çocuğun soyadının belirlenmesi konusunda, cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması ile eşler arası eşitliğin sağlanması salık verilmiştir.

---

<sup>49</sup> AİHM, *Cusan ve Fazzo v. İtalya Kararı*, Başvuru no. 77/07, T. 7 Nisan 2014 (İngilizce özet karar için bkz. file:///C:/Users/ab37170/Downloads/003-4624361-5596419%20(1).pdf. (E.T. 20.02.2016).

<sup>50</sup> **Resolution** (78) 37 On Equality of Spouses in Civil Law (1978).

<sup>51</sup> **Recommendation** 1271 (1995) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents’ Surnames to Children.

### bb) Anayasa Mahkemesi'nin Konuya Bakışı

Daha önce ifade edildiği üzere, AYM öncelikle boşanma halinde çocuğun soyadının babanın soyadına göre belirlenmesine ilişkin, 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4. maddesinin “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*” şeklindeki düzenlemesini iptal etmiştir<sup>52</sup>. Ne var ki, bu iptal kararı çocuğun soyadı açısından sorunu çözmüş değildir. Bu nedenle velayeti kadına bırakılan çocukların soyadı konusunda, kadınlar yine mahkemelerin kapısını çalmaya devam etmektedir. Yargıtay'ın, çocuğun soyadının kocanın soyadı olması gerektiği yönünde kararları üzerine, velayeti kendilerine bırakılan çocukların soyadı ile ilgili tartışmalar bireysel başvuru yoluyla da AYM'ye intikal ettirilmektedir.

AYM'nin velayeti kadına(anneye) bırakılan çocukların soyadı konusunda görüşü nettir. Mahkemeye göre; velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadının salt kocanın soyadı olarak belirlenmesi zorunluluğu, bu konuda kadının çocuğa kendi soyadını verme isteklerinin ret edilmesi, Anayasa'da güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının(AY m. 20) ihlalidir<sup>53</sup>.

Belirtmek gerekir ki, AYM konuya ilişkin önceki kararlarında konuyu tek başına aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelemekte ve kadın açısından ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi gibi konulara girmemekteydi<sup>54</sup>. Anayasa Mahkemesinin olayı salt aile hayatına saygı hakkının (AY m. 20) ihlali olarak değerlendirmesi, aslında çocuk açısından doğrudur. Zira çocuk özellikle anne ve babasının ayrıldıklarını (boşanma) bildirmek istemiyorsa, anneden farklı soyadı ile bilinme onun aile hayatına saygı hakkını ihlal edebilir. Kadın açısından ise çocuğun soyadını sadece kocanın soyadının belirlemesi, koca ile eşit haklara sahip olmama bakımından AY m. 10 ile bağlantılı olarak AY m. 20'nin, yani aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak kabul edilebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, aslında boşanma sonucu çocuğun velayetinin anneye verilmesiyle, çocuk ile baba arasındaki aile hayatı sona ermemektedir. Yani bu takdirde “boşanma sonucu çocuğun velayeti anneye bırakılmakla,

<sup>52</sup> AYM, T. 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165 (R.G. 14.02.2012/28204).

<sup>53</sup> AYM, İkinci Bölüm, **Hayriye Özdemir Başvurusu**, Başvuru no. 2013/3434, K.T. 26.5.2015.

<sup>54</sup> “Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılarak ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş olmakla (bkz. § 74), başvurunun Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.” AYM, **Hayriye Özdemir Başvurusu**, prg. 70.

çocuk bakımından babanın aile hayatı sona ermiştir “ denilemez<sup>55</sup>. Kadın açısından aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği düşünülüyor ise çocuk odaklı olarak, anne babanın eşit haklara sahip olduğunun gözardı edilmemesi gerekir. Anayasa'nın 20. maddenin, 10. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiği yönünden bir ihlal kararı verilmesi, aksi halde sadece 10. maddenin ihlal edildiği düşünülebilir. Nitekim AYM daha sonraki kararlarında bu noktadan hareket etmiştir. Yani kadının velayeti altındaki çocuğun soyadını salt kocanın soyadının belirlemesi, kadının soyadının çocuğun da soyadı olmasına yönelik taleplerinin reddedilmesi, Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen, Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan, ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmiştir<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> AİHM, boşanmakla aile hayatının sona ermeyeceğini, çocukla ebeveynler arasında aile hayatının boşanmadan sonra da devam edeceğini çeşitli kararlarında vurgulamıştır. Bu kararlar için bkz. AİHM, **Hendriks v. Hollanda Kararı**, T.8 Mart 1982, Başvuru no. 8427/78, prg. 99; **Berrehab v. Hollanda Kararı**, T.21 Haziran 1988, Başvuru no.10730/84, prg. 71; Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. CLEMENTUCCI, Francesco: **The Right to Family Reunification: Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights**, (Unpublished Thesis for the Degree of Arts in European Advanced Interdisciplinary Studies), College of Europe the Warsaw Campus, Warsaw, Academic Year 2003-2004, s. 15; ROAGNA, Ivana: **Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Strasbourg 2012, s. 27.

Öğretide de evlilik birliği sona ermekle aile hayatının sona ermeyeceği ileri sürülmektedir bkz. KNOX, David/ SCHACHT, Caroline: **Choices in Relationships: An Introduction to Marriage and the Family**, Tenth Edition, Wadsworth-Cengage Learning, Belmont (California, US) 2010, s. 22.

<sup>56</sup> “ Çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, çocuğun soyadına ilişkin belirlemelerde yalnızca babanın soyadının esas alınması ve bunun sürdürülmesi suretiyle öngörülen farklılık karşında, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine nasıl bir olumsuz etkide bulunacağını yargısal makamlarca açıklanmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra velayetin uyarılama yapılan bir yetki olmasına bağlı olarak velayete ilişkin değişiklikler sonrasında soyadının da değiştirilebilmesi yetkisi verilmesinin, nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliğini ve istikrarı zedeleyeceği gibi çocuğun ruh hâli üzerinde de çok derin ve etkili travma yaratacağı ileri sürülmekle birlikte ilgili yargısal makamların, çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmediği sürece, çocuğun soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığı ve bu kapsamda babanın evliliğin devamı süresince veya sona ermesi durumunda, kendi soyadında yapacağı değişikliğin çocuğa sırayeti suretiyle çocuğun soyadında değişikliğe neden olabileceği yönündeki tespiti karşısında, söz konusu gerekçenin tatmin edici nitelikte olmadığı açıktır. Bu kapsamda, özellikle cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığı haklı kılacak önemli nedenlerin ortaya konulması gereğine rağmen belirtilen muamele farklılığını haklı gösterecek nitelik ve kapsamda bir gerekçeye yer verilmemiş olması dikkate değerdir. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. “AYM, Genel Kurul, **Gülbu Özgüler Başvurusu**, Başvuru no. 2013/7979, K.T. 11.11.2015, prg. 56, 57, 59 (RG).

## cc) Adli Yargı Cephesinde Durum

### aaa) Eski Uygulamalarda Çocuğun Soyadı

Yargıtay, velayeti anneye verilen çocukların soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesi taleplerine ilişkin davalarda, TMK m. 321 ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4. maddesi uyarınca, eşler boşansa bile çocuğun soyadının babanın soyadı olması gerektiğine dair kararlar vermiştir<sup>57</sup>. Soyadı Kanununun konuya ilişkin 4. maddesinin ilgili hükmünün AYM tarafından iptal edilmesi üzerine de, daha önce kararlarına gerekçe yaptığı 2525 sayılı Kanununun 4. maddesindeki düzenlemenin, Kanunun genel gerekçesine atıfla, aslında ilk defa soyadı alınması ile ilgili olduğunu belirterek, yine TMK m. 321'e gitmiştir. Yargıtay 18. HD'ne göre, doğum gününde anne ve baba evli ise çocuk babanın, diğer bir anlatımla ailenin soyadını alacaktır. Çocuğun soyadı bu surette belirlendikten sonra, onun soyadını velayet hakkına vesaire nedenlere dayanarak değiştirmek Türk Medeni Kanununun 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün değildir<sup>58</sup>. Yargıtay 18. HD. AYM'nin ihlal kararları üzerine konuyu gözden geçirerek/değerlendirerek görüşünü değiştirmiştir. Dairenin görüşü aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

### bbb) AYM Kararları Doğrultusunda Yeni Eğilimler

Yargıtay 18. HD.'nin az yukarıda belirtilen bozma kararları uyarınca, yerel mahkemelerde de velayete dayalı soyadı değişikliği taleplerinin ret edilmesi ve konunun bireysel başvuru yoluyla AYM'ne taşınıp, AYM'nin ardı ardına ihlal kararları vermesi üzerine, Yargıtay 18. HD'nin önceki kararlarında ısrar etmediği görülmektedir. Daha önceleri velayete bağlı olarak çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesine dair Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararları, TMK m. 321'e dayalı olarak esastan bozan Daire, yeni kararlarında TMK m. 321'in soybağına ilişkin bir hüküm olup, TMK'nun Aile Kitabı içinde yer aldığını, bu nedenle 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4/1. maddesi uyarınca uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemenin, aile mahkemesi olduğuna dair usul bozmaları yapmaya başlamıştır<sup>59</sup>. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'ne göre, velayet kendisine tevdi edilen annenin, velayet

24.12.2015/295729); Benzer karar için bkz. AYM, Genel Kurul, **Nurcan Yolcu Başvurusu**, Başvuru no. 2013/9880, K.T. 11.11.2015 (RG. 31.12.2015/29579).

<sup>57</sup> Yrg. 18. HD. 14.05.2012, 2012/3454-5552 (UYAP). Karar Aydın 2. Asliye Hukuk Mahkemesine aittir.

<sup>58</sup> Yrg. 18. HD. 14.03.2013, 2012/14696-2013/3922 (UYAP).

<sup>59</sup> Yrg. 18. HD. 26.11.2015, 2015/2159-17250 (UYAP).

hakkına dayalı olarak çocuğun soyadını değiştirme isteği soybağı hükümleri esas alınarak çözümlenecektir<sup>60</sup>.

Yerel Mahkemelerin, görevin aile mahkemesine ait olmadığı yönündeki direnme kararları üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmış ise de, HGK da kadın tarafından velayet hakkına dayalı olarak, çocuğun soyadının kadının soyadı olarak değiştirilmesi yönündeki taleplerin, Aile Mahkemesinin görev alanına dâhil olduğuna karar vermiştir<sup>61</sup>. Velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının değiştirilmesine yönelik taleplerin, hukuki nitelendirme olarak soybağı hükümlerine (TMK m. 321) tabi olduğu düşünüldüğüne göre, Aile Mahkemelerince bu yönde verilecek kararların temyizen inceleme yeri Yargıtay 2. Hukuk Dairesi olacaktır. Bu çalışma yapıldığı sırada konuyla ilgili olarak henüz 2. HD'ne intikal etmiş bir karara rastlanmamıştır<sup>62</sup>.

### **c. Çocuğun Soyadı Sorununun Aşılabilirliği**

#### **aa) Eşitlikçi Yaklaşımlar Açısından Aşılabilirlik**

##### **aaa) Genel Olarak Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı**

Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, aile soyadının belirlenmesinde, kocanın soyadının esas alınması kuralını, aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle doğru bulmakta ve yasa koyucunun tercihini kocanın soyadı yönünde kullanmasını yadsımamaktaydı<sup>63</sup>. Güçlü aile bağları, ailede düzen uyum gibi düşüncelerle, ailenin bir soyadı olması, bu soyadının çocuklara aktarılması gerek aile hayatının korunması gerek çocuğun üstün yararı (best interest of

<sup>60</sup> "...Ergin olmayan çocuğun, doğumla veya kan bağına dayanan soybağının yahut da yapay soybağının (evlat edinme) kurulmasıyla kazandığı soyadının; velayet hakkına sahip olan ebeveyn yahut çocuk vesayet altında ise vasisinin talebiyle değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu, Türk Medeni Kanununun 321'nci maddesi hükmü ve soybağının hükümleri esas alınarak çözülecektir." **Yrg. 18. HD.**, 07.12.2015, 2015/4786-17805 (UYAP).

<sup>61</sup> **Yrg. HGK**, 18.11.2015, 2015/18-259, 2625(UYAP).

<sup>62</sup> Aslında çocuğun soyadı kavramı velayete bağlı olarak daha önce 2. Hukuk Dairesinde tartışılmış ve sonuca varılmıştır. "*Evlilik içinde doğan çocuklar doğumla babalarının soyadını kanundan dolayı kendiliğinden almışlardır. Bu çocuklar evlilik içinde doğumla kanun gereği kazandıkları soyadını ergin olduktan sonra haklı sebeplerin varlığı halinde değiştirebilirler. Velayet kendisine bırakılan annenin, çocuğun "evlilik içinde doğumla" kazandığı soyadını değiştirmesi mümkün değildir.*" **Yrg. 2. HD.** 02.04.2014, 2013/23824-2014/7729 (Bozulan Yerel Mahkeme kararı Kırkkale Aile Mahkemesine aittir). Ne var ki, AYM'nin birçok ihlal kararı ile yeni eğilimler karşısında, Yargıtay 2. HD'nin ne gibi bir tavır alacağı bilinmemektedir.

<sup>63</sup> **AYM**, T. 10.3.2011, E. 2009/85, K. 2011/49.

child) ilkesi açısından kanaatimizce yerinde bir yaklaşımdır. Ne var ki, ailenin soyadını yalnızca kocanın soyadının belirlemesi kuralı sorunlu bir kuraldır. Kabul etmek gerekir ki, yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın ya da kadının soyadını seçmesi elbette bir tercih meselesidir. Ancak, sorun kocanın soyadının tercih edilirken, cinsiyete dayalı bir tercih yapılmasıdır.

İfade etmek gerekir ki, evlilik içinde çocuğun soyadını salt kocanın soyadının belirlemesi, kadının (annenin) soyadının çocuğun soyadı üzerinde etkili olmaması eleştirilmektedir. Bu yöndeki düzenlemelerin, Anayasa ve taraf bulunduğumuz uluslararası sözleşmelere (ezcümle CEDAW)<sup>64</sup>, özellikle cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı olduğu ileri sürülmektedir<sup>65</sup>.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla önüne gelen yeni olaylarda, tıpkı AİHM gibi çocuğun soyadını, salt kocanın soyadının belirlemesi ilkesini, cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in konuya yaklaşımı ilgili başlıklar altında incelendiğinden, burada tekrar edilmeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, velayeti kadına (anneye) verilen çocuklar açısından, çocuğun soyadının salt kocanın soyadının belirlemesinin, cinsiyet ayrımcılığı yasağına (AİHS m. 14, AY m. 10) aykırı olduğu konusunda duraksama olmamalıdır. Bu nedenle, ayrımcılık yasağı perspektifli olarak sorunun aşılması, esasen ilk derece mahkemelerinin dahi bu hususu gözetmeleri mümkündür.

### **bbb) Eşler Arası Eşitlik Açısından Aşılabilirlik**

#### **i. Bir Anayasal Güvence Olarak Eşler Arası Eşitlik**

743 sayılı eMK'da evlilik birliğinin reisi koca olarak belirlenmişti (m. 152/1). Her ne kadar bu kural, kocaya evlilik birliğinin korunması amacıyla verilmiş ise de<sup>66</sup>, cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı bu düzenleme ve kocanın evlilik birliğinde söz sahibi olduğu bağlantılı hükümler eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Yasaklanmasına ilişkin sözleşmedir. Birleşmiş Milletlerce 1979 yılında kabul edilmiş ve 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. ROSS, Susan Deller: **Women's Human Rights**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2008, s. 12.

<sup>65</sup> ÖZDAMAR, *Nüfus Hizmetleri*, s. 1637.

<sup>66</sup> Kocanın reisliğini ön gören bu düzenleme bağlantılı olarak başta evlilik birliğinin temsili (eMK m. 154/1), müşterek konutun seçimi (eMK m. 152/2) gibi hususlarda da koca tek söz sahibi kılınmıştır. Bkz. ÖZDAMAR, Demet: **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 231.

<sup>67</sup> ALKAN, Türker: **Kadın-Erkek Eşitsizliği Sorunu**, AÜSBF Yayını, Ankara 1981, s. 80; GÖREN-ATASOY, Zafer: **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları**, DEÜHF Yayını, İzmir 1991, s. 62.

Tarihi arka planına bakıldığında, kadının aile içindeki rolü “ev kadınlığı” olmuştur. Değişen sosyal ve ekonomik koşullarla birlikte kadının ev kadınlığı rolünde de sapsular olmuştur. Her şeyden önce kadın, tıpkı koca gibi çalışma hayatına atılmıştır. Değişen anlayış ve koşullara paralel olarak, 4721 s. TMK'nın Aile Hukuku kitabında, eşler arası eşitliği sağlayıcı hükümler getirilmiştir. Kuşkusuz bu hükümlerden en önemlisi, aile reisliği kavramına getirilen anlayış farklılığı olmuştur. Önceki Medeni Kanunun aksine, yeni Kanunda kocanın reisliğine son verilerek eşler arası eşitlik kavramına koşut olarak, eşlerin evlilik birliğini birlikte temsil edecekleri kabul edilmiştir<sup>68</sup>. Konuya ilişkin düzenlemede; “birliği eşler beraberce yönetirler” (TMK m. 186/2) ifadesi ile kocanın reisliğine son verilerek, evlilik birliğinde bir nevi “eş reislik” sistemi getirilmiştir<sup>69</sup>.

Birliğin yönetiminde olduğu gibi temsilinde de, koca kadar kadına da temsil yetkisi verilmiştir (TMK m. 188). Kuşkusuz evlilik birliğinin tüzel kişiliğinin olmadığı düşünüldüğünde, evlilik birliğinin temsilinin mahiyetinin genel anlamda bir temsil olmadığı görülecektir. Bu temsil ailenin ihtiyaçları için ve temsil yetkisine dayanılarak diğer eşin müteselsil sorumluluğuna dayalı bir temsildir<sup>70</sup>. Bu düzenlemenin de eşler arası eşitliği sağlayıcı niteliğinin olduğunu belirtmek gerekir<sup>71</sup>.

Eşler arası eşitlik, TMK'daki düzenlemeden ibaret değildir. Aslında konu anayasaldır. Öteki söyleyişle, eşler arası eşitlik Anayasa'da ayrıca düzenlenmiştir<sup>72</sup>. Anayasa'nın, “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41/1. maddesinde; “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” hükmü kabul edilmiştir.

Şu halde çocuklar konusunda, eşler arası eşitlik hükümleri boşanmadan sonra da devam ettirmelidir. Çocuğun soyadının belirlenmesinde, kadının da koca kadar söz sahibi olması, dolayısıyla velayeti kadına bırakılan çocuğun

<sup>68</sup> Kocanın ailedeki ataerkil egemenliğine son verdiği için bu düzenlemeye “devrimsel bir aşama” gözüyle bakılmıştır. Bkz. GÜMÜŞ, M. Alper: **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 5; DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, **AÜHF**, C. 52, S. 4, Y. 2003, s. 103.

<sup>69</sup> MORTAŞ, Süleyman: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 521.

<sup>70</sup> HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, 3. B. , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 86.

<sup>71</sup> ÖZDAMAR, s. 253.

<sup>72</sup> Aslında eşler arası eşitlik 2001 değişikliği ile (3.10.2001-4709/17 md) bir Anayasa ilkesi haline gelmiştir. Bkz. BADUR, Emel: “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, **TBB**, S. 84, 2009, s. 64.



soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesi talebi Anayasal düzeyde, yani eşler arası eşitlik tabanlı olarak çözümlenebilir.

## **ii. Velayet Bakımından Eşler Arası Eşitliğin Anlamı**

Evlilik birliği içinde birlikte velayet (joint custody), kural olarak eMK'da da yer almaktaydı. Yani evlilik devam ettiği sürece eşlerin velayeti birlikte kullanacakları öngörülmekteydi (eMK m. 269). Ne var ki, velayetin kullanılması konusunda çekişme halinde “babanın oyu üstün tutulur” (eMK m. 263/2) kuralı kabul edilmişti<sup>73</sup>. Çekişme halinde uygulanması gereken hüküm (eMK m. 263/2), aslında bir kural gibi uygulanmaktaydı. Sözgelimi çocuğun adının ya da yaşının değiştirilmek istendiği zaman, davayı sadece baba açmakta ve takip etmekteydi. Annenin hiç bir rolü olmamaktaydı. Bu gibi durumlarda annenin düşüncesi dahi alınmamaktaydı<sup>74</sup>.

4721 Sayılı Medeni Kanun'da, eşler arası eşitliğe koşut olarak velayet hususunda; “*evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar*” şeklinde (TMK m. 336/1) düzenleme getirilmiştir. Dikkat edilecek nokta ise velayet konusunda babanın oyunun artık üstün olmaması hususudur. Eş söyleyişle, velayet konusunda anne baba anlaşamaz ise son sözü artık baba(koca) değil, aile mahkemesi hâkimi söyleyecektir<sup>75</sup>.

## **bb) Velayet Hakkının Kapsamı Açısından Çocuğun Soyadı**

### **aaa) Genel Olarak Velayet Hakkının Anlamı**

Velayet; anne ve babanın, ergin olmayan çocukların<sup>76</sup> koruma, bakım ve yetiştirilmeleri ödevleri ile onları temsil yetkisini, onların kişilik

<sup>73</sup> GÖREN-ATASOY, s. 82.

<sup>74</sup> “Evlilik içinde dünyaya gelen çocuklar kural olarak evlilik devam ettiği sürece ve on sekiz yaşını bitirinceye değin mahkemelerde ister davacı ister davalı sıfatı ile velayeten baba tarafından temsil edilirler.” Bkz. DEMİRALP, B. Tunç: **Nesep-Nüfus ve Sicille İlgili Kişisel Hukuk Davaları**, Özyılmaz Matbaası, İstanbul 1994, s. 15; “Dava, yaş kaydının düzeltilmesi isteminden ibarettir. Yaşının düzeltilmesi istenen M. İ. 04.04.1953 doğumlu olup, anne ve babasının velayeti altındadır. M. K. nun 263 üncü maddesine göre evlilik mevcut iken ana ve baba velayet hakkını beraber kullanırlar. Uyuşamazlarsa babanın reyî geçerlidir. Bu durumda sağ olduğu anlaşılan M.İ.’nin **babası D.’nin duruşmaya çağırılması ve huzuruyla davaya devam olunması** gerektiğinin düşünülmemesi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına...” **Yrg. 6. HD.**, 16.03.1970, 608/1093 (DEMİRALP, s. 205/vurgu eklenmiştir).

<sup>75</sup> UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Medeni Kanunu ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 329-330.

<sup>76</sup> Kimi hallerde ergin çocuklar da kısıtlandığı takdirde Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe ana ve babanın velayeti altında kalırlar(TMK m. 335/2). Bu konuda ayrıntı için bkz. KESKİN, Ayşe Dilşad: “Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, Y. Aralık 2014, s. 27 vd.

ve malları üzerindeki hakları ifade eden bir kavramdır<sup>77</sup>. Velayet hakkı soybağına dayanan bir haktır. Bir başka ifadeyle, anne baba dışında birisinin velayet hakkını kullanmasına imkân yoktur<sup>78</sup>. Sözelimi, anne babanın ihmal (neglect) ya da istismarı (abuse) sebebiyle veya anne ve babanın ölüm, hapis hali, ehliyetsizlik nedeniyle velayet hakkını kullanamamaları halinde, bu hak çocuğun büyükanne ya da büyükbabasına verilemez. Bu durumda çocuğa bir vasi atanması gerekir. Velayet hakkının ayrıntısına girmemekle birlikte belirtmek gerekir ki, velayet hakkı bakımından anne baba arasındaki eşitsizlik 4721 sayılı TMK ile ortadan kaldırılmıştır. Düzenlemede “evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar” (TMK m. 336/1) denilmiştir. Yukarıda değinildiği üzere, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde velayet konusunda anne babanın çatışması halinde, babanın oyunun üstün tutulacağı kuralı benimsenmişti. Çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de ebeveynler arasındaki bu eşitsizlik kaldırılarak, babanın oyunun üstün tutulması kuralına son verilmiştir<sup>79</sup>. Bu kısa hatırlatmadan sonra, konumuz açısından üzerinde durulması gereken husus, boşanma halinde çocuğun velayetinin ne olacağı meselesidir. Aslında sorunun cevabı Kanunda verilmiştir. Boşanma kararı verildiğinde, hâkim resen velayet konusunda da bir karar verecektir<sup>80</sup>. Yani bu halde çocuğun/çocukların velayeti eşlerden birisine verilecektir (TMK m. 336/3-son cümle). Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kimi ülkelerde kabul edilen boşanma halinde birlikte velayet (joint custody)<sup>81</sup>, yani anne babaya velayetin birlikte verilmesi sistemi ülkemiz açısından

<sup>77</sup> Yakın tanımlar için bkz. KİREMİTÇİ, Müge: **Boşanma Sürecinde Müsterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 9; BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 280; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: **Medeni Hukuk**, İÜ İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1969, s. 164; Velayet sözcüğünün etimolojik açıdan değerlendirmesi için ayrıca bkz. ÖZMEN, İsmail: **Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Feryal Matbaası, Ankara 1999, s. 2.

<sup>78</sup> İfade etmek gerekir ki, velayet hakkı üvey anne ya da babaya dahi tanınmamıştır. Bkz. KARAKAYALI, Gökhan: **Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 22.

<sup>79</sup> CANSER, Erol: “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanması Nedeniyle Kaldırılması”, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, 1925–1975, C.I, AÜHF yay, Ankara 1977, s. 137; ÖZDAMAR, s. 406.

<sup>80</sup> SALEH, Muhsen Abdulkader: **Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 168; BAYGIN, s. 266.

<sup>81</sup> Boşanmadan sonra birlikte velayet çoğu Avrupa ülkesinde uygulanmaktadır. Sözelimi, kaynak İsviçre Medeni Kanununun 133/3. maddesine(Art. 133.3 CC) göre, boşanma kararı ile birlikte velayete karar verilebilmesi için eşlerin beraberce talepte bulunmaları, yani birlikte velayeti istemeleri, hâkimin de birlikte velayete karar vermesi gerekir. Aksi takdirde velayet yine eşlerden birisine verilecektir. Bkz. TRACHSEL, Daniel: “Switzerland”, in:

kabul edilmemiştir<sup>82</sup>. Ancak, ülkemiz açısından da boşanmadan sonra velayet hakkı bir tarafa verilmekle birlikte eğitim, meslek seçimi, ağır ameliyatlara gibi önemli kararlar aşamasında, diğer eşin de onamının alınması, uyuşmazlık halinde aile mahkemesine müracaat edilmesi yönünde düzenlemeler yapılması düşünülebilir.

Boşanmadan sonra, birlikte velayet düzenlemesine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine dair açılan davalarda Yargıtay, TMK’da boşanmadan sonra velayet düzenlemesinin mümkün olmadığından bahisle, bu kararların Türk kamu düzenine aykırı olduğuna ve velayet yönünden tenfize karar verilemeyeceğine ilişkin görüşü eleştirilmektedir<sup>83</sup>.

### *bbb) Velayet Hakkının Kapsamı ve Çocuğun Soyadı*

TMK sistematigi içerisinde, velayet hakkının kapsamı m. 339 ve izleyen maddelerde kısmen gösterilmiştir. Buna göre, velayet hakkı çocuğun

**Family Law: Jurisdictional Comparisons**, European Lawyer Reference Series, Published by Sweet&Maxwell, London 2011, s. 393; Almanya’da ise (BGB §1671) boşanmadan sonra birlikte velayetin (velayetin anne babaya birlikte verilmesi) asıl olduğun belirtmek gerekir. Bkz. MARTINY, Dieter: “Family Law”, in: **Introduction to German Law**, (Eds.: Joachim Zekoll and Matthias Reimann), Second Edition, Published by Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 264; Konuyla ilgili Hollanda örneğine bakılacak olursa, boşanma halinde velayet hakkının eşlerden birisine verilmesi esasına dayalı düzenleme (Hollanda Medeni Kanunu, önceki m. 161) Hollanda Yüksek Mahkemesince, AİHS m. 8’e, yani aile hayatına saygı ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. Hollanda Yüksek Mahkemesi, **Harbinger of Spring Kararı**( FORDER, Caroline J.: “The Anti-Discrimination Principle as an Instrument of Change in Family Law”, **Netherlands International Law Review**, Vol. XLV, 1998/1 s. 35); ABD’de boşanma halinde çocuğun velayeti çocuğun anne babadan kiminle kalacağını belirleyen fiziksel velayet (physical or residential custody) ve çocuk hakkında karar alma yetkisini belirleyen hukuki velayet (legal custody) olmak üzere iki ayrı yönüyle ele alınmaktadır. Fiziki velayette çocuğun kiminle kalacağı; hukuki velayette ise çocukla ilgili olarak; eğitim, sağlık, din, disiplin gibi önemli konularda karar alma hakkı kastedilmektedir. Bkz. STATSKY, William P.: **Family Law**, Fifth Edition, West Thomson Learning Inc., Albany (NY, US) 2002, s. 301; Bu konuda ayrıca bkz. MILLER, at al., s. 113; Aslında birlikte fiziksel velayet kavramına da değinmek gerekir. Birlikte fiziksel velayette çocuğun anne babada kalma süreleri düzenlenmektedir. Bu konuda ayrıntıya girilmeyecektir. Ayrıntı için bkz. HYNAN, Daniel J.: **Child Custody Evaluation**, Charles C. Thomas Publisher, Springfield (Illinois, US), 2014, s. 10-12; Birlikte velayetin ülkemizde uygulanabilirliği tartışmaları için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 160 vd.; KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 2.B., Ekin Basım Yayın, Bursa 2011, s. 443-444; BOZKURT, İkbal: **Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 62-73.

<sup>82</sup> DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: **Türk Özel Hukuku**, C. III, **Aile Hukuku**, 10. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 140.

<sup>83</sup> Esasen, yabancı bir mahkemenin Türk Hukukundan farklı kurallar uygulamasının tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. RUHİ, s. 747-748.

adının konulmasından eğitimine, hatta dini eğitimine kadar birçok konuyu kapsamaktadır. Velayet ödevinin kapsamı her şeyden önce çocuğun topluma yararlı bir birey olarak yetiştirilmesidir<sup>84</sup>. Bunun yanında, velayet hak ve ödevinin kapsamına giren belli başlı hususları; çocuğun yasal temsilcisi olarak hukuki ilişkilerde temsil, çocuk mallarının yönetimi, çocuğun iyi bir eğitim almasını sağlama, çocuğun terbiye ve bakımı, çocuğa ad koyma, ergin olmayan çocuğun evlenme ve nişanlanmasına rıza verme şekline ifade edebiliriz<sup>85</sup>. Çalışmamız açısından, velayet hakkının kapsamına dâhil konulara kısaca göz atmakta fayda vardır.

Velayet hakkının kapsamı bakımından çocuğun adının, anne ve baba tarafından birlikte konulması (TMK m. 339/son) esası kabul edilmekle birlikte, ihtilaf halinde nasıl bir çözüm yoluna gidileceği açık değildir. Zira, artık babanın oyu üstün değildir (Krş. eMK m. 263). Kuşkusuz burada genel velayet çekişmelerinde olduğu gibi Aile Mahkemesi Hâkiminin müdahalesi istenecektir ( TMK m. 195/1)<sup>86</sup>. Çekişme ile ilgili olarak Aile Mahkemesi Hâkimi öncelikle, eşleri yükümlülükleri konusunda uyaracak; onları uzlaştırmaya çalışacak, hatta gerekirse eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilecektir (TMK m. 195/2). Hâkimin müdahalesinin şekli öğretilerde tartışmalıdır<sup>87</sup>. Yani, hâkim çocuğa kendisi mi isim koymalıdır yoksa bu konuda eşlerden birisini mi yetkilendirmelidir?<sup>88</sup> Her iki çözüm

<sup>84</sup> CANSAL, s. 47.

<sup>85</sup> GRASSINGER, Gülçin Elçin: **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 18; KİREMİTÇİ, s. 9; Bu konuda ayrıtı için ayrıca bkz. KÖSEOĞLU/KOCAAGA, s. 432-435

<sup>86</sup> SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk, Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 429 (SEROZAN, *Kişiler*); Olmaz gibi düşünülse de, çocuğu ad koyma konusunda eşler arasındaki çekişme zaman zaman dava konusu yapılmaktadır. “Toplanan delillerden tarafların 2007 doğumlu müşterek çocuklarına “Efe” isminin konulması konusunda anlaşmışları, buna rağmen davalı babanın beyanı üzerine nüfusa çocuğun adının “Efe Metin” olarak kaydedildiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 339/son maddesi uyarınca çocuğun adını ana ve babası koyar. Nüfusa kayıt sırasında annenin çocuğunun adının Efe Metin olarak konulmasına bir rızası bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle davalı annenin isteği dışında eklenen “Metin” isminin nüfus kaydından terkinin gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiştir.” **Yrg. 2. HD.**, 29.06.2009, 2009/8289, 2009/12732 (UYAP).

<sup>87</sup> Öğretilerde kimi yazarlarca, hâkimin hiç bir zaman eşlerin yerine geçerek karar veremeyeceği, ancak onları dinleyerek hangisinin fikrinin daha uygun olduğuna karar vermesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. KİREMİTÇİ, s. 12; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 411. Oysa her iki tarafın düşüncesi de uygun olmayabilir. Hâkim çocuğun üstün yararını gözeterek farklı bir karar da verebilmelidir.

<sup>88</sup> Almanya örneğinde, çekişme halinde karar verme yetkisinin anne ya da babadan birisine verildiğini hatırlatmak gerekir. Bkz. ÖZLÜ, Hakkı: **Türk Medeni Kanununda Velayetin**

tarzı da savunulabilir<sup>89</sup>. Ne var ki, çekişmenin bir şekilde çözümlenmesi gerekmektedir. Hâkim, uyuşmazlığa adil bir çözüm bulmalıdır<sup>90</sup>.

Velayet hakkının kapsamı açısından bir başka husus çocuğun temsili meselesidir. “*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler*” (TMK m. 342) şeklinde konu Kanunda düzenleme altına alınmıştır. Temsile ilişkin bu düzenlemenin amacının üçüncü kişileri korumak olduğu açıktır<sup>91</sup>. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, düzenleme ile üçüncü kişiler lehine bir karine kabul edilmiş ve üçüncü kişinin, diğer eşin rızasının bulunmadığını bildiğinin ya da bilebilecek durumda olduğunun ispatı eşe bırakılmıştır.

Velayet yönünden çocuğun genelde eğitim, özelde de dini eğitimine ayrıca değinmekte fayda vardır. Eşler evlilik birliği içerisinde velayet hakkına bağlı olarak, çocuğun genel ve dini eğitimi konusunda da birlikte karar verirler. Boşanma halinde ise çocuğun genel ve dini eğitimi konusunda karar verme yetkisinin velayet kendisine tevdi edilen tarafa ait olacağı konusunda duraksama olmamalıdır<sup>92</sup>.

Bütün bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki, boşanma halinde çocuğun velayeti kadına bırakıldığında, kadın (anne) çocuk üzerindeki velayet hakkına mutlak olarak sahip olacaktır. Bu hak bölünemeyeceği gibi kural olarak zaman sınırlanmasına da tabi değildir<sup>93</sup>. Ancak velayet hakkına

**Kaldırılması**, Adil Yayinevi, Ankara 2002, s. 19.

<sup>89</sup> Tartışmalar için bkz. ÇELİKEL, Serdar: **Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları**, Adalet Yayinevi, Ankara 2012, s.39-40.

<sup>90</sup> Uygulamada Aile Mahkemesi Hâkiminin bu gibi durumlarda, kız ise eşlerin annelerinin adlarını, erkek ise eşlerin babalarının adlarını birlikte koyma şeklinde bir çözüme gittiklerine rastlanmaktadır. Kanaatimizce, başka türlü daha uygun çözüm bulunmadıkça, bu uygun bir çözüm tarzıdır. Başka bir yol da iki tarafın önerdiği isimleri birlikte vermektir. Bu konuda eşlerin önerdiği isimler arasında ad çekme yöntemiyle isim belirleme uygun olmayabilir. Zira sonuçta bir tarafın dediği olacaktır. Başka bir çözüm tarzı ise Hâkimin kendisinin önereceği isimleri taraflara sormak suretiyle onay alınması durumunda bu ismin verilmesidir. Eşler birlikte yaşarken kural çocuğun adının anne babanın birlikte koyması (TMK m. 339/son) böyle olmakla birlikte, eşlerin boşanmalarından sonra doğan çocuğun adının velayet kendisine bırakılan tarafa ait olacağı açıktır. Aynı kuralın soyadını değiştirme konusunda da (özellikle haklı nedenlerle) olması düşünülebilir.

<sup>91</sup> ÇELİKEL, s. 47; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 415.

<sup>92</sup> GRASSINGER, s. 36; KARAKAYALI, s. 12.

<sup>93</sup> Velayetin kapsamı çocuk adına alınacak tüm kararları kapsar. Nasıl evlilik birliği devam ederken eşler çocuk adına açılacak davalarda birlikte hareket etmek zorunda iseler, velayet eşlerden birisine bırakıldığı takdirde de velayet kendisine bırakılan çocuk adına açılacak

sahip olmak tek başına çocuğun soyadının değiştirilmesi için yeterli bir neden değildir. Kadın, çocuk ile kendi soyadının farklı olmasını, yani çocuğun halen eski kocanın soyadını taşımasının çocuk açısından nasıl bir sosyal olumsuzluk meydana getirdiğini yöntemince ileri sürülüp ispatlamalıdır<sup>94</sup>. Çocuğun üstün yararı her zaman velayet hakkından önce gelmelidir.

Bu konuyu bitirmeden önce ifade etmek gerekir ki, tarafların boşanmasından sonra çocuğun adının değiştirilmesi gibi durumlarda asıl olan velayet kendisine tevdi edilen tarafın bu hakkı kullanmasıdır. Ne var ki, uygulamada Yargıtay, velayet hakkı kendisinde olmamakla birlikte anne ya da babanın bu sıfatları devam ettiği için, açılan davanın velayet kendisinde olmayan tarafa da ihbarını aramaktadır<sup>95</sup>. Yargıtay'ın bu tutumunun, ABD'de kabul edilip uygulanan "legal joint custody" (birlikte hukuki velayet) sistemine benzediğini hatırlatmak gerekir. Birlikte velayeti kabul etmeyen ülkemiz düzenlemesi itibariyle, velayet hakkının kapsamı itibariyle Yargıtay'ın uygulamadaki bu tutumu tartışmaya açıktır.

### **cc) "Haklı Neden" Kriteri Odaklı Bakış**

Boşanmadan sonra çocuğun velayetinin anneye verilmesi halinde, çocuk babanın soyadını kullanmaya devam edecektir. Bu durumda kural olarak kadının önceki soyadını geri alması (TMK m. 173/1) nedeniyle, çocuk ile annenin soyadı farklı olacağından, sosyal açıdan çocuğun aileye yabancılaşacağı ileri sürülmektedir<sup>96</sup>. Öte yandan, çocuğun velayetinin annede olması nedeniyle çocuğun anne ile aynı soyadı taşıması bir takım karışıklıklara neden olacağı da nazara alındığında, çocuğun soyadını anne soyadı ile değiştirme isteğine yönelik taleplerin bir hukuksal nedene dayandırılması gerekmektedir.

veya çocuğa karşı açılacak davalarda da tek başına temsil yetkisine sahip olacaktır. Bkz. KARAKAYALI, s. 26.

<sup>94</sup> AYAN, s. 65.

<sup>95</sup> "...Adı değiştirilmek istenilen küçüğün anne ve babasının boşandıkları, küçüğün velayetinin davacı anneye verildiği, annenin de tek başına eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Taraflar boşanmış ve velayet davacı anneye verilmiş olsa da; bu durum eldeki davada dava dışı olan küçüğün babasının gerçekte onun babası olması durumu değiştirmez. Kaldı ki, velayet şartlarında daha sonradan oluşabilecek değişiklik nedeniyle velayetin babaya verilmesi de ihtimal dâhilindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere çocuğun adını anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirilmesi talebini de yasal şartların oluşması halinde mahkemeden birlikte istemeleri gerekir. Anne ve babanın bu taleplerini birlikte yapmamaları veya değişiklik üzerinde anlaşamamaları halinde birinin başvurusu üzerine değerinin davada taraf olarak katılımı sağlanmalıdır. Taraf teşkiline ilişkin bu husus dava şartı olup, kamu düzenine ilişkin olmakla davanın her aşamasında mahkemeye re'sen dikkat edilmesi gereken bir olgudur." Yrg. HGK. 08.12.2010, 2010/18-643, 2010/648 (UYAP).

<sup>96</sup> ÖZEN, s. 184.

Zira yukarıda açıklandığı üzere, başkaca yasal dayanaklar itibariyle (TMK m. 321 gibi) sorunun çözümü olası gözükmemektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, konu kamu düzeni ile ilgili olduğundan, kişinin adı ve soyadının değişmezliği kuralı esastır<sup>97</sup>. Ne var ki, soybağının reddi, kadının evlenmesi, evlat edinme gibi hallerde soyadının değişmesi hususu<sup>98</sup> yanında, “haklı neden” bulunduğu takdirde, yani istisnai hallerde soyadının değiştirilebileceği de benimsenmiştir (TMK m. 27)<sup>99</sup>. Soyadının değiştirilmesi istekleri uygulamada, dilekçe ile Asliye Hukuk Mahkemelerinden talep edilmektedir<sup>100</sup>. Kuşkusuz soyadının değiştirilmesinde, ileri sürülen nedenin haklı bir neden olup olmadığını hâkim takdir edecektir<sup>101</sup>. Haklı nedenler çok çeşitlidir. Uygulama ve öğretide haklı nedenler; genellikle adın ya da soyadının gülünç, küçük düşürücü ya da alay konusu olması, başka ad ya da soyadları ile karışıklığa yol açması gibi nedenler olarak kabul edilmektedir<sup>102</sup>. Bu cümleden olarak, uygulamada sık rastlanan haklı nedenlerden bir başkası ise “kişinin tanındığı ad ya da soyadını kullanma” isteğidir. Zira kişi halk arasında, nüfusta kayıtlı olan dışında bir adla tanınıyor olabilir. Nadir de olsa benzer duruma soyadı konusunda da rastlamak mümkündür. Kişinin halk arasında farklı soyadı ile tanınması halinde, bilinen soyadını alma isteği haklı neden olarak görülmektedir<sup>103</sup>. İşte, kişinin tanındığı soyadını kullanma isteği noktasından hareketle, boşanma ile velayeti anneye verilen çocuğun soyadının genellikle annenin soyadı olarak bilineceği bir gerçektir. Bu durum özellikle okul çağındaki çocuk açısından, çocuğun arkadaş çevresinde anne babasının

<sup>97</sup> Kişinin adı ve soyadı onu diğer kişilerden ayırt etmeye yaradığı için toplum düzeni açısından bu ad ve soyadının her istendiğinde değiştirilmesi hukuk güvenliğini zedeleyecektir. Bkz. DERYAL, Yahya: **Medeni Hukuk Bilgisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 141; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6.B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 283 (TEKİNAY, *Gerçek Kişiler*); ERGENE, s. 128; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 116; ABİK, s. 39..

<sup>98</sup> TEKİNAY, *Gerçek Kişiler*, s. 283; PÜRSELİM ARNING, s. 56.

<sup>99</sup> Maddede adın değiştirilmesinden bahsedilmekte ise de madde düzenlemesinde soyadının da kastedildiği açıktır. Bkz. AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: **Kişiler Hukuku**, 6. B., Mimoza Yayını, Konya 2014, s. 135.

<sup>100</sup> **Yrg. 20. HD.** 25.01.2016, 2015/15218-2016/805(UYAP).

<sup>101</sup> ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe: **Medeni Hukuk**, 3. B. , Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 133; DERYAL, s. 141.

<sup>102</sup> Konuyla ilgi olarak bkz. BABACAN, Hüseyin Güngör/USLU, Kazım: **Uygulamada Nüfus Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 204 vd; CENGİZ, Bilal: **Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 53 vd; ÖZKAN, Hasan/ATAÇ, Kifayet: **Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri**, 2.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 106; DERYAL, s. 141-142; AYAN/AYAN, s. 135-136; HELVACI, s. 178.

<sup>103</sup> **Yrg. 18. HD.** 08.02.2011, 2010/12575-2011/1387(UYAP).

boşandığının bilinmemesi nedeniyledir. Aynı husus annenin arkadaş çevresi için de geçerlidir. Annenin arkadaşları açısından, çocuğun soyadının annenin soyadı olarak bilinmesi gerçeği gözden irak tutulmamalıdır. Bu nedenle de, anne tarafından açılan davalarda, çocuğun soyadının babanın soyadı yerine, annenin soyadı ile değiştirilmesi isteğinin haklı neden olup olmadığı noktası üzerinde durmak gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, velayeti anneye verilen çocuk bakımından yine soyadının baba soyadı olmasını öngören, kaynak İsviçre Medeni Kanununun ilgili maddesinin yürürlükte bulunduğu dönemde<sup>104</sup>, İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında, çocuğun soyadının velayet hakkı sahibi anne ya da babanın soyadı ile değiştirilmesi isteklerinin, “haklı neden” sayıldığı kararlara rastlanmaktadır<sup>105</sup>. Öte yandan, öğretide de çocuğun salt annenin soyadını almaktaki menfaati de haklı neden olarak açıklanmaktadır<sup>106</sup>. Ülkemizde Mahkemeye intikal eden bu türden davalarda, çocuğun velisi olarak anne çocuğun kendi soyadı ile tanındığını, bunun da haklı neden olduğunu ileri sürmektedir. Gerçekten, dinlenen tanıklar ve sunulan delillerden anlaşılacağı üzere, sözgelimi velayeti kadına bırakılan çocuğun arkadaşları tarafından gönderilen mektup, davetiye gibi şeylere çocuğun soyadı olarak annenin soyadının yazıldığı görülmektedir. Yine dinlenen tanıklar “çocuğun soyadı nedir” diye sorulduğunda da, annenin soyadını söylemektedirler. Genel ad ve soyadı değiştirme davalarında, kişinin halk ve özellikle arkadaşları arasında bilinen adı ya da soyadını değiştirmek istemesi, uygulamada haklı bir neden (TMK m. 27) olarak kabul edildiğine göre<sup>107</sup>, benzer durum velayeti anneye bırakılan çocuk için neden haklı neden olmasın?

Esasen, özellikle BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk tarafından çocuğun idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, çocuğa adli merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalarda kendi görüşünü ifade etmesine müsaade edilmesini ve yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde ifade ettiği görüşe gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Anne tarafından açılan çocuğun soyadının kendi soyadı olarak değiştirilmesi isteklerini içeren davalarda, çocuğun görüşünün de alınması gerekir. Uygulamada çocukların, babalarının kendilerini manevi olarak terk

---

<sup>104</sup> ZGB' nin ilgili hükmü 2013 yılı itibariyle değişmiştir.

<sup>105</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 118.

<sup>106</sup> ABİK, s. 89; AYAN, s. 65; ERGENE, s. 141; GENÇ ARIDEMİR, s. 742.

<sup>107</sup> Yrg. 18. HD. 10.2.2009, 2009/155-933 (CENGİZ, s. 59).



ettiğinden bahisle, babalarının soyadını taşımak istemedikleri görüşünü açıkladıkları görülmektedir. Yargıtay uygulamasında vurgulandığı üzere, ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir ögesidir. Kişi bununla anılır ve tanımlanır. Ad veya soyadı niteliği gereği onu taşıyan kişi tarafından benimsendiğinde anlam taşır. Adını benimsemeyen, adını kişiliği ile özdeşleştirmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi onun tabii bir hakkı olmalıdır<sup>108</sup>. Bu nedenle de, velayeti anneye bırakılan çocuğun soyadının anne soyadı ile değiştirilmesi, TMK m. 27 anlamında haklı neden kabul edilmelidir<sup>109</sup>. Kuşkusuz çocuğun velayeti bırakılan annesinin soyadı ile bilinmesi bir haklı nedendir. Bunun yanında, annenin kullandığı kızlık soyadı ile çocuğun kullandığı baba soyadının farklı olması, çocuğun ruhsal gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki bırakıyorsa, çocuğun soyadının anne soyadı olarak değiştirme talebinde de, haklı nedenlerin bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>110</sup>. Bu durumun, çocuğun üstün yararı kriteri ile uyumlu olacağı konusunda da duraksama olmamalıdır<sup>111</sup>.

Haklı neden kriteri bakımından Yargıtay'ın yaklaşımı önceleri oldukça katı idi. Konunun temyiz incelemesini yapan 18. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemelerinin, velayet kendisine tevdi edilen annenin, çocuğuna soyadını verme taleplerini kabul yönündeki kararlarını bozmaktaydı. Konuyu yorumlayan Yargıtay Dairesi; Anayasa Mahkemesince iptal edilen Soyadı Kanununun 4. maddesinin hükmünün ilk defa soyadı alınması ile ilgili olduğunu,

<sup>108</sup> “ Ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir ögesidir. Kişi bununla anılır ve tanımlanır. Ad veya soyadı niteliği gereği onu taşıyan kişi tarafından benimsendiğinde anlam taşır. Adını benimsemeyen kişiliği ile özdeşleştirmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi en doğal hakkıdır. Böyle bir durumda, ad değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması ve öncelikle dikkate alınması gerekir. Türk Medeni Yasasının öngördüğü «haklı neden» bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hâkimin bu konudaki takdiri; ileri sürülen nedenin ve yeni alınmak istenen ad veya soyadının toplum değerlerine ve yasanın buyurucu kurallarına ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğunun saptanmasıyla sınırlı olmalıdır.» **Yrg. 18. HD. 25.11.2015, 2015/3787-17157 (UYAP/vurgu eklenmiştir).**

<sup>109</sup> Aynı yönde, SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, 2. B, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 239; USTA, s. 112; AKYÜZ, 120; AYAN, s. 65; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.119-120.

<sup>110</sup> AYAN, s. 68; Çocuğun farklı soyadı taşımasının, çocuğun ruhsal gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki meydana getirip getirmediği dinlenen tanık beyanları doğrultusunda Mahkeme tarafından değerlendirilebileceği gibi bu konuda uzman görüşü de alınabilir.

<sup>111</sup> Çocuk babasının soyadını kullanmaya devam etmesi nedeniyle, öteki söyleyişle annesinin soyadını taşıyamama nedeniyle kendini aileden dışlanmış hissediyorsa, bu konuda aile ve çevreden bir sataşma ya da baskı görüyorsa bu durumun çocuğun yararına olduğu düşünülemez. Şu halde çocuğun yeni soyadını almaktaki menfaatinin eski soyadını taşımasına göre daha ağır bastığı anlaşılıyorsa, soyadının anne soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararı kriterine uygun olduğu kabul edilmelidir. Bkz. ERGENE, s. 141; ABİK, s. 89.

TMK m. 321 hükmü karşısında da uygulamasının kimi istisnai durumlar hariç mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>112</sup>. Benzer tutumu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da takındığını görmekteyiz<sup>113</sup>. AYM'nin ihlal konusunda istikrarlı tutumu karşısında, Yargıtay 18. HD. önceki kararlarında ısrar etmediği hususu yukarıda etraflıca açıklandığından, tekrara mahal vermek açısından ayrıntıya girilmemiştir.

Yargıtay'ın bu konudaki tutumundan anlaşılan şudur: Yargıtay velayeti anneye bırakılan çocukların, annenin soyadını alma taleplerini, soyadının haklı nedenlerle değiştirilmesi (TMK m. 27) çerçevesinde incelemeyi ret etmektedir. Oysa sorun "haklı neden" (TMK m. 27) kapsamında çözümlenebilirdi. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndaki tartışmalar sırasında, azınlıkta kalan üyelerce de, bu tür davaların haklı nedenle soyadının değiştirilmesine ilişkin olup, görevin Asliye Hukuk Mahkemesine ait olduğu savunulmuştur<sup>114</sup>.

Uygulamada kimi ilk derece mahkemelerince, velayeti annede bulunan çocuğun soyadının, anne soyadı olarak değiştirilmesi yönünde kararlarını, haklı neden kriterine dayandırdığını görmek mümkündür<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> **Yrg. 18. HD.** 14.03.2013, 2012/14696-2013/3922 (UYAP).

<sup>113</sup> "Doğum gününde anne ve baba evli ise çocuk babanın, diğer bir anlatımla ailenin soyadını alacaktır. Çocuğun soyadı bu surette belirlendikten sonra onun soyadını velayet hakkına vesaire nedenlere dayanarak değiştirmek Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün değildir. Ancak çocuk, ergin olduktan sonra Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulların varlığı halinde soyadını her zaman değiştirmek hakkına sahiptir..." **Yrg. HGK.** 13.03.2015, 2013/18-1755, 2015/1039 (UYAP).

<sup>114</sup> Azınlık görüşü için bkz. **Yrg. HGK.** 18.11.2015, 2015/18-259, 2015/2625.

<sup>115</sup> "Davacı, dava dilekçesi ile annesi Arzu b... ile babası Zekai Ç... 'ın 2004 yılında Gebze Aile Mahkemesinin ... ilamı ile boşandıklarını ve kendisinin velayetinin annesi Arzu B... 'e verildiğini, babası Zekai Ç... 'ın kendisine maddi ve manevi hiçbir katkısı ve desteğinin olmadığını belirterek; nüfus kayıtlarında "Ç..." olan soyismimin annesinin kızlık soyismi "B..." olarak değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiş, duruşmadaki beyanı ile de kendisinin yaklaşık 10 yıldır annesi ile kaldığını, babasını da görmediğini, bu nedenle her şeyi ile annesinin ilgilendiğini, tüm arkadaşlarının da kendisini annesinin soyadı olan B... ile tanıdıklarını, daha doğrusu kendisine mektup vs yazılırken annesinin soyadına bakarak soyadını B... olarak yazdıklarını, bu nedenle bu soyad ile tanıdığını, ...soyadının annesinin ki gibi bilinen soyadı olan B...n olarak düzeltilmesini beyan etmiştir. ... Davacının ve dinlenen tanıkların samimi beyanları ile davacının yaklaşık 10 yıldan bu yana annesi ile kaldığından dolayı aile içerisinde ve çevresinde soyismimin B... olarak bilindiği, davacıya bilgin soyismi ile mektup vs. yazıldığı, ... davacının, soyismini değiştirmek istemesinde haklı neden ve dolayısıyla davacının tanınan soyadını taşımasında hukuki menfaati bulunduğu ve davasında haklı olduğu kanaat ve sonucuna varılmış, davanın kabulü yönünde aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur." Gebze 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, 14.10.2015, 2015/526-675(vurgu eklenmiştir).

### dd) Çocuğu Üstün Yararı İtibariyle Soyadı

Başta velayetin tevdi ve kapsamının belirlenmesi konuları olmak üzere, çocuk hakkında alınacak kararlarda çok önemli bir kriter, “çocuğun üstün yararı” (best interest of child) kriteridir<sup>116</sup>. Bu ilkeye göre velayet düzenlenirken de, velayet hakkının kapsamı belirlenirken de, öncelikle çocuğu üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurulur<sup>117</sup>. Kuşkusuz bununla genel anlamda çocuğun üstün yararı kastedildiği gibi veli (anne baba) ile çocuğun hak ve çıkarları yarıştığı da, çocuğun yararının üstün tutulacağı konusunda duraksama olmamalıdır<sup>118</sup>.

Çocuğun üstün yararı; çerçevesi esnek, somut olay adaletini sağlama bakımından hâkimin takdir ve vicdanına bırakılan bir kavramdır<sup>119</sup>. Ne var ki, çocuğun üstün yararının, onun bedensel ve ruhsal refahı, her şeyden önce iyi bir birey olarak yetiştirilmek, mümkün olan en iyi şekilde bakılmak olduğu açıktır<sup>120</sup>. Çocuğun üstün yararı kavramı, çocuk adına karar alınırken izlenmesi gereken, yol gösterici bir ilkedir. Sözelimi velayet düzenlemesinde hâkim, anne babanın durumunu değil, çocuğun üstün yararını gözetecektir. Yargıtay, önüne gelen bir olayda, çocuğun velayetinin değiştirilmesine ilişkin talebe ilişkin kararında, çocuğun üstün yararı ve bunun karşısında anne babanın yararının nasıl değerlendirileceğine vurgu yapmıştır<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> Çocuğun üstün yararı ilkesi Çocuk Hakların Dair Sözleşmede(m. 3/1) düzenlenmiştir. Ayrıntı için bkz. FREEMAN, Michael: **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3 the Best Interest of Child**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007, s. 25 vd.; Çocuğun üstün yararı kavramı mevzuatımızda da değişik şekillerde isimlendirilerek yer almıştır. Anayasada “çocuğun yüksek yararı”(m. 41), 5395 s.Çocuk Koruma Kanununda “çocuk yarar ve esenliği”(m. 4/1-b), TMK’da ise “çocuğun menfaati”(m. 339 ve 346), yine “çocuğun yararı”(m. 305) kavramları ile ifade edilmiştir. Bkz. Ayrıntı için bkz. USTA, s. 92-93.

<sup>117</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 129; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 141.

<sup>118</sup> “... Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” **Yrg. 2. HD.** 18.01.2016, 2015/26161-2016/811 (UYAP).

<sup>119</sup> SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, **DEÜHFD**, C. 10, S. 1, 2008, s. 163; SEROZAN, s. 67; AKYÜZ, s. 48; KARACA, s. 83.

<sup>120</sup> BAKTİR ÇETİNER, Selma: **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 33; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 141; GRASSINGER, s.19-20; AKYÜZ, s. 48.

<sup>121</sup> «Çocuğun üstün yararı belirlenirken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal

Daha önce de ifade edildiği üzere, hukuk sistemimizde boşanmadan sonra birlikte velayet kabul edilmemiştir<sup>122</sup>. Birlikte velayetin kabul edilmemesi hem fiziki anlamda, hem de anne babanın çocuk üzerindeki hakları açısından. Velayetin içeriği hakkında da birliktelik boşanmadan sonra kabul edilemeyecektir. Eş söyleyişle, velayet kapsamına dâhil olan hak ve ödevler de ebeveynler arasında paylaşılamaz (velayetin bütünlüğü ilkesi)<sup>123</sup>. Şu halde, boşanmak kararı veren aile mahkemesi hâkiminin, velayet konusunda resen bir karar vermesi ve bu çerçevede velayet hakkını boşanan anne babadan birisine vermesi gerekir. Buraya kadar bir sorun da yoktur. Sorun, velayet hakkının anneye verilmesi halinde, çocuğun soyadı ile ilgili olarak yaşanmaktadır.

Öncelikle çocuğun okul ve arkadaş çevresinde, yine komşuları itibariyle anne babanın ayrı olduklarını bilmemekte fayda olabilir. Aslında çocuk veya anne de bu durumu gizliyor olabilirler. İşte bu gibi hallerde, çocuk annesi ile neden ayrı soyada sahip olduğu sorusuna muhatap olacaktır. Öte yandan, çocuk anne yanında kalıyor olması nedeniyle, babasının kendilerini manevi olarak terk ettiğini düşünüyor, bu nedenle de babanın soyadını taşımak istemiyor olabilir. İstemediği bir soyadını taşımak zorunda kalıyor olmak ile istediği annesinin soyadını taşıyamama hallerinin, çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olduğu söylenemez. Bu nedenlerle, velayete bağlı olarak, özel nedenler olmadıkça, çocuk anne yanında yaşıyorsa, çocuğun anne soyadını almasının çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olacağı kabul edilmelidir<sup>124</sup>. Kuşkusuz, olay özelinde çocuğun üstün yararı mahkemece ve gerekirse uzmanlarca değerlendirilmelidir. Elbette, okul çağındaki bir çocuğun baba soyadını taşıırken bir anda soyadının anne soyadı olarak değişmesi de çocuğu, soyadının neden değiştiği sorusuna muhatap edebilecektir. Anne ve babanın boşanmalarına rağmen, çocuğun okulu ve çevresi değişmiyor ise çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararı ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı tartışılmalıdır. Bu gibi hallerde çocuğun soyadının anne soyadı olarak değiştirilmesi çocuğun üstün yararı ilkesine

---

gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Anne ve babanın yararları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur.» **Yrg. 2. HD.** 17.12.2015, 2015/23857-24249 (UYAP).

<sup>122</sup> Birlikte velayetin boşanmadan sonra da devam etmesi, yani velayetin anne babaya birlikte verilmesi konusunda yeni eğilimler olduğunu hatırlatmak gerekir. Bkz. KİREMİTÇİ, s. 13; Krş. HATEMİ/KALKANOĞUZTÜRK, S. 129.

<sup>123</sup> Sözgelimi çocuğun eğitimi anneye, çocuk mallarının idaresi ise babaya bırakılamaz. Bkz. ÇELİKEL, s. 104; KİREMİTÇİ, s. 12; Aksine tartışmalar için bkz. BAKTİR ÇETİNER, s.47-48; AKYÜZ, s. 220.

<sup>124</sup> AKYÜZ, s. 120.

uygun düşmüyor TMK m. 173/2'nin işletilmesi düşünülebilir. Yani kadın, çocuğun velayetinin kendisinde olduğunu, bu nedenle boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ileri sürebilir. Kanaatimizce bu sureta annenin (kadının) menfaatine gibi gözükmekte ise de, aslında büyük oranda çocuğun menfaatine bir durumdur<sup>125</sup>.

### ee) Aile Hayatına Saygı Hakkı Bakımından Çocuğun Soyadı

Velayeti kendisine bırakılan çocuk konusunda kadın, velayete ilişkin tüm yetkileri kullanabildiği ve çocuğun temsili anne tarafından yapıldığı halde, çocuğun soyadının anneden farklı olması, resmi işlemlerde zorluklara neden olduğu gibi, çocuk en azından, çevresi ve arkadaşları tarafından; “neden soyadın annenin soyadından farklı” sorusuna muhatap olacaksa<sup>126</sup>, bu soruya muhatap olma, başlı başına çocuk ve annenin özel hayatları yanında, genel anlamda aile hayatlarına saygı ilkesi (AY m. 20; AİHS m. 8) ile bağdaşmayacaktır. Aile hayatına saygı bakımından devletin pozitif yükümlülükleri bulunduğu, her şeyden önce çocuğun korunmasının Devletin Anayasal görevleri arasında olduğu (AY m. 41) unutulmamalıdır<sup>127</sup>. Bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı düşmediği sürece, velayeti anneye bırakılan çocuk konusunda kadının ve çocuğun aile hayatına saygı hakkına riayet edilmelidir.

## II. EVLENEN KADININ SOYADI

### A. Yasal Düzenlemelerde Kadının Soyadı

2525 sayılı Soyadı Kanununda; “*Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur.*” (m. 1) düzenlemesi yer almıştır. Türk Medeni Kanununda kocanın reisliği söz konusu olmadığı halde, öteki söyleyişle eşlerin birliği birlikte yönetmesi (eş reislik) esası kabul edildiği halde, Soyadı Kanunda “Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir” (m. 4/1) düzenlemesi yürürlüktedir. Konuya ilişkin yürürlükteki diğer bir düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesidir. Maddeye göre “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirmeye memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*” (m.

<sup>125</sup> Zaten velayet hakkı sona erdiğinde, TMK m. 173/son uyarınca koca bu iznin kaldırılmasını isteyebilecektir. Bkz. AKINTÜRK, Turgut: “Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, AÜHFĐ, C. 29, S. 1-2, Y. 1972, s. 58.

<sup>126</sup> ERGENE, s. 141.

<sup>127</sup> ÖZER, Atilla: **Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 160-161.

187). Madde “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı Üçüncü Bölüm’de, yani TMK’nin İkinci Kitabı (Aile Hukuku) içinde yer almıştır<sup>128</sup>.

Aile soyadı olarak kadının soyadını seçme olanağı tanınmamıştır<sup>129</sup>. Kadın evlenmekle kendiliğinden kocanın soyadını alır (TMK m. 187)<sup>130</sup>. Kanundaki bu düzenleme emredici niteliktedir<sup>131</sup>. Eş söyleyişle, eşler kocanın soyadını aile soyadı olarak kullanmak zorundadır<sup>132</sup>. Bilindiği üzere, 4721 s. TMK ile olabildiğince kadın erkek eşitliğini sağlayıcı hükümler getirilmiştir. Bu konuda kadın-erkek eşitliğinden, yani eşler arası eşitlikten kadının soyadı konusunda bir sapma gösterildiği de açıktır<sup>133</sup>.

Düzenleme ile kadının sadece ve isterse kocanın soyadı yanında kendi soyadını da taşıması imkânı ile yetinilmiş, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına ise izin verilmemiştir. Kadın kocanın soyadı önüne kendi soyadını kullanmak isterse, yazılı olarak evlendirme memurundan talepte bulunması gerekir ya da sonradan nüfus yönetimine başvurarak, soyadını kocası soyadı önünde kullanmak istediğini belirtmesi gerekir<sup>134</sup>. Yani kadının,

<sup>128</sup> Aslında düzenleme bu şekli ile ilk defa 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine 1997 değişikliği ile girmiştir. 743 sayılı eMK’nin 153/1 maddesinde “Karı, kocanın aile ismini taşır” ifadesi değiştirilerek, isterse kendi kızlık soyadının da kocasının soyadı önünde kullanabileceğine ilişkin değişiklik kabul edilmiştir. Bkz. 743 s. eMK’nin 4248 s. Kanunla değiştirilen 153. maddesi.

<sup>129</sup> ÇAKIRCA, Seda İrem: “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187’nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 743; ÖZDAMAR, s. 271; GÜMÜŞ, s. 23.

<sup>130</sup> LALE, İsmail/LALE, Ömer: **Evlilikte Hukuksal İlişkiler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 85; AYAN/AYAN, s. 136; ÖZTAN, *Temel Kavramlar*, s. 296; Belirtmek gerekir ki, hukuk sistemimizde kocanın soyadı “aile adı” olarak kabul edilmiştir. Bkz. ERGENE, s. 138; GÜMÜŞ, s. 23.

<sup>131</sup> YILDIRIM, Abdülkerim: **Türk Aile Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 57; GÜMÜŞ, s. 22; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 110; ÇAKIRCA, s. 741; HELVA-CI, s. 174.

<sup>132</sup> Düzenlemenin emredici olmasının anlamı şudur: Öğretide kimi yazarlarca ileri sürüldüğünün aksine eşler evlenmeden önce anlaşarak kadının soyadının aile soyadı olmasını kararlaştıramazlar. Öte yandan TMK m. 27 kapsamında kadının soyadını, haklı nedenlere dayanılarak, aile soyadı olarak kullanılması yönünde Mahkemeye başvurma imkânı da bulunmamaktadır. Bkz. YILMAZ, Merve: «Evliliğin Kadının Soyadı», **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 10, Y. 3, Temmuz 2012, s. 139; ERGENE, s. 129.

<sup>133</sup> ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 162; ÖZDAMAR, s. 271.

<sup>134</sup> Hukuk sistemimizde önceki soyadının nasıl ekleneceği konusunda bir açıklık yoktur. Bilindiği üzere kimi yabancı ülkelerde rastlanan tireli kullanım bizim hukuk sistemimizde yer almamaktadır. Aslında kadın illa da kocası soyadı önüne kendi soyadını kullanacaksa bunu tireli kullanması uygun olur. Yani kızlık soyadından sonra tire kullanılarak kocanın soyadının eklenmesi usulü sağlanabilir. Bu durum kadının kullandığı ikinci ismin kızlık soyadı mı

bu şekilde kocanın soyadı önüne kendi kızlık soyadını kullanması için bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kadın, kocasının soyadı önüne eklediği kızlık soyadını kullanmaktan vazgeçtiği takdirde, kızlık soyadının terkinini ancak dava yoluyla sağlayabilir<sup>135</sup>. Yoksa nüfus idaresi bir mahkeme kararı olmaksızın kocanın soyadı önüne eklenen kadının kızlık soyadını terkin edemez.

## B. Ayrımcılık Temelli Tepkiler ve Yargının Kadının Soyadına Bakışı

### 1. Genel Olarak Ayrımcılık Temelli Tepkiler

Önceki Medeni Kanun'daki şekliyle yeni Kanuna aktarılan kadının kocasının soyadını alması kuralı, öteden beri kadın-erkek eşitliği/ayrımcılık tabanlı olarak eleştirilmiştir<sup>136</sup>. Aslında tarihsel olarak bakıldığında ve günümüzde, cinsiyet ayrımının hemen daima kadınlar aleyhine işlediği gerçeği karşısında, Anayasa'da kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları açıkça düzenlenmiştir (AY m. 10/2)<sup>137</sup>. Buna karşılık öğretilerde, ailenin bir adı (soyadı) olması gerektiği, bunun aile birliğinin sağlanması için şart olduğu, kanun koyucunun eşlerden birisinin soyadını tercih edebileceği, bu tercihi kimi zorluklar nedeniyle koca soyadı yönünde kullanmasının normal olduğu, kadının zaten dilediği zaman kendi soyadını da kocası soyadı önünde kullanabileceği belirtilerek, eleştirilerin yerinde olmadığı dile getirilmiştir<sup>138</sup>.

4721 s. TMK'nın kadın erkek eşitliği ya da eşler arası eşitlik düzenlemelerinde son derece hassas davranmasına rağmen<sup>139</sup>, kadının soyadı konusunda kabul

yoksa ikinci ad mı olduğu tereddüdünü ortadan kaldırır. Bkz. PÜRSELİM ARNING, s. 81.

<sup>135</sup> Bkz. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 55/2.

<sup>136</sup> Sistemin, başta Anayasa m. 10 ve 41 olmak üzere, AİHS m. 14, CEDAW'a aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. HAVUTÇU, Ayşe: "Türk Medeni Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları", İzmir Barosu Dergisi, S. 1, Ocak 1998, s. 12; NOMER, Haluk N.: "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", MHB, C. 22, S. 2(2002), Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 421; TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, Sultan: "Ad Ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, S. 5, Y. 2014, s. 34-35; ABİK, 93; PÜRSELİM ARNING, 73; Krş. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, *Kişiler Hukuku*, s. 55; Kadının kocanın soyadını almasına ilişkin düzenlemeler Batı'da da eleştirilmiş ve esasen birçok ülkede de uygulamaya son verilmiştir. Bkz. KAY, Herma Hill/GREEN, Tristin K.: *Sex-Based Discrimination :Text, Cases and Materials*, Seventh Edition, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota, US) 2012, s. 251-254.

<sup>137</sup> Ayrıntı için bkz. ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 324.

<sup>138</sup> AKINTÜRK /ATEŞ KARAMAN, s. 119; aynı yönde HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, *Kişiler Hukuku*, s. 55.

<sup>139</sup> ERTÜRK, Şükran/ÖZDAMAR, Demet: "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", DE-ÜHFİD, C. 11, Özel Sayı, Prof Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, s. 1201.

edilen sistemin, kanunun genel eşitlikçi mantığına ters düştüğü belirtilmiştir<sup>140</sup>. Gerçekten TMK sistemi içinde kadının soyadı dışında, kadın erkek eşitliği (eşler arası eşitlik) konusunda, birliğin birlikte yönetiminden<sup>141</sup>, yerleşim

---

<sup>140</sup> DEMİR, s. 21; ÖZTAN, s. 162.

<sup>141</sup> TMK sistemi itibariyle, kadının evlilik birliği içerisinde, koca ile eşit haklara sahip olması TMK'nın genel felsefesini oluşturmaktadır. Bu cümleden olarak ailede otorite açısından koca üstünlüğü söz konusu değildir. TMK m. 186/2'de “birliği eşler beraberce yönetirler” düzenlemesi ile birlikte, artık kadın da birliğin yönetiminde koca kadar söz sahibidir. Öteki söyleyişle, yeni TMK ile birlikte ailede yönetiminin tek bir aile reisinin yönetimine değil, sinarşik (birlikte yönetim) bir sisteme dönüştüğü açıktır. Bkz. DEMİR, Pınar Özlem: **Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 23-24; Kuşkusuz eşler arası eşitlik yükümlülükler bakımından da sağlanmıştır. Kocanın aileyi geçindirme yükümlülüğüne ilişkin eMK m. 152'ye karşılık 4721 s. TMK'da aileyi geçindirme yükümlülüğü her iki eş açısından da öngörülmüştür. TMK'da; “eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar» (m. 186/son) şekli den formüle edilen düzenleme ile kadının da aileyi geçindirmekle yükümlü olduğu benimsenmekle birlikte, “güçleri oranında” ifadesi ile de yükümlülüğün sınırı belirlenmiştir. Hiç kuşkusuz bu düzenleme evlilik birliğinde eşlerin eşitliğini sağlayıcı bir hükümdür. Bkz. ÖZDAMAR, s. 246.



yerine<sup>142</sup>; konutun seçiminden<sup>143</sup> meslek seçimine<sup>144</sup> kadar birçok alanda

<sup>142</sup> Eşler arası eşitlik açısından TMK sisteminde sadece yönetimde değil diğer alanlarda da eşitliği sağlayıcı, yani cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilecek hususların kadın lehine düzeltildiği anlaşılmaktadır. Sözgelimi, bunlardan birisi yerleşim yeri (ikametgâh/domicile) konusunda getirilen düzenlemedir. İlgili düzenlemede; “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir*” (TMK m. 19/1) denilmiş ve kadın açısından kocanın yerleşim yerine tabi olma kuralı ortadan kaldırılmıştır. Kuralın getiriliş amacının eşler arası eşitliği sağlamak olduğu açıktır. Bkz. HAVUTÇU, Ayşe: “Evlî Kadının Yerleşim Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1(2005), s. 34. (HAVUTÇU, *Yerleşim Yeri*); Yerleşim yerine ilişkin bu düzenleme basit bir değişiklik olarak görülmemelidir. Zira yerleşim yerine bağlantılı olan birçok husus vardır. Bunların başında boşanma davaları gelir. Gerçekten eMK zamanında, kadının ikametgâhının kocanın ikametgâhi olması nedeniyle kadın hiç bir zaman kocanın yerleşim yeri dışında dava açamazdı. Boşanma davalarında yetkiyi düzenleyen TMK m. 168’de, “*Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir*” denilmek suretiyle kadının ayrı yerleşim yeri edinebileceği kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, kadının ayrı yerleşim yeri edinmesi kocanın iznine de tabi değildir. Bkz. HAVUTÇU, *Yerleşim Yeri*, s. 35.

<sup>143</sup> Evlilik birliği içinde kadının koca ile eşit haklara sahip olduğu başka bir konu aile konutunu seçimi ile ilgili olmalıdır. Gerçekten TMK m. 186/1’de “*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler*” denilmiştir. Aynı konuyu düzenleyen eMK m. 152’de konutu seçim hakkı sadece kocaya tanınmıştır. Aslında madde yürürlükte olduğu zaman eşitliğe aykırı bu hüküm eleştirilmişti. Kaynak İsviçre Medeni Kanununda (ZGB) konu, aslında daha 1988 yılında çözümlenmişti. ZGB m. 162 “Müşterek konutu eşler belirlerler” şeklinde yeniden düzenlenmişti. O yıllarda aynı değişikliğin Türk Kanununun Medenisinin 152. maddesi için de benzer şekilde değiştirilmesi önerilmişti. Bkz. GÖREN-ATASOY, s.69; Konutun seçimi yanında aile konutu ile ilgili olarak TMK m. 194 düzenlenmesine ayrıca değinmek gerekir. Zira bu düzenleme özellikle kadın açısından yaşamsal bir öneme sahiptir. Çoğu zaman ailen oturduğu evin kocaya ait olduğu veya eşlerin birlikte satın almalarına rağmen koca adın tapuya tescil edildiği, konut kira ise kiralayanın genelde koca olduğu bilinen bir gerçektir. İşte, tabiri caiz ise boşanmayı kafasına koyan her koca, öncelikle bu evi elden çıkarma yoluna gitmektedir. Sonuçta eş olarak, kadının mağdur olacağı açıktır. Yaşanan kötü tecrübeler sonucu yeni TMK’da konu ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre konut koca adına olsa bile konut üzerinde eş olarak kadın da söz sahibi kabul edilmiştir. Aile konutu hakkında ayrıntı için bkz. ACAR, Faruk: **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 15 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma”, **Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 527 vd. ; DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müesseses: Aile Konutu”, **AÜEHFD**, C.VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 285 vd. ; ARMUTCUOĞLU, Can Yalçın: “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-2, Y. 2011, s. 413 vd.; ŞİPKA, Şükran: **Türk Medeni Kanununda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)**, Beta Basım, İstanbul 2002; NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, **TBBD**, S. 97, Kasım-Aralık 2011,, s. 117 vd.

<sup>144</sup> Kadının çalışması için kocanın iznine ihtiyaç duyulmamaktadır. Konuya ilişkin düzenlemede; *Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur*” (TMK m. 192) ifadesi yer almıştır. Konuyla ilgili olarak bkz. KILIÇOĞLU, s. 231.

cinsiyete dayalı ayrımlar kaldırılarak, eşler arası eşitliğin sağlandığını görmek mümkündür.

Kadının soyadı konusunda eleştirilerin temelini, evlenmekle sadece kadının soyadı değişikliğine maruz kalması oluşturmaktadır. Eş söyleyişle, soyadı bakımından kadına getirilen yükümlülük kocaya getirilmemektedir. Bunun da cinsiyet boyutlu olarak, kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Aile adını, yani evlilik soyadını cinsiyetin belirlemesi, eleştirilerin temelini oluşturmaktadır<sup>145</sup>. Konu ayrımcılık temelli ele alınsa da, kişinin bilinen soyadı yerine başka bir soyadı alması, özellikle uzak çevresi ile irtibatının kopmasına de sebep olabilecektir<sup>146</sup>.

## **2.Kadının Soyadı Konusuna AİHM Yaklaşımı**

Konu değişik ülkeler bazında AİHM önüne gelmiş olsa da, ülkemiz aleyhine bir başvuru çerçevesinde Mahkemenin genel tutumunu açıklamak daha uygun olacaktır. Bu karar Türkiye aleyhine *Ayşe Ünal Tekeli* kararıdır. 1990 yılında evliliğinin ardından, yasal zorunluluk sonucu kocasının soyadını almıştır. Başvurucu kocasının soyadını kullanmasının, bir kısım kayıtların sadece kızsık soyadını içermesi nedeniyle, sorunlara yol açtığını, kızsık soyadı ile tanındığı için avukatlık mesleğinde de sorunlar yaşadığını iddia ederek, yerel Mahkemeye başvurmuş ve kocasının soyadını almaksızın, kızsık soyadını kullanmasına izin verilmesinin istemiştir. Kanundaki, kadının kocasının soyadını aile soyadı olarak alma zorunluluğu (TMK m. 187) dayanak gösterilmek suretiyle başvurucunun bu isteği reddedilmiştir. Karar derecattan geçerek kesinleşmiştir<sup>147</sup>. Başvurucu konuyu AİHM'e taşımıştır. Mahkeme, kişinin adının aile hayatını etkilediğini, isimlerin düzenlenmesinde kamu yararı bulunduğunu, isimlerin başkalarıyla ilişki kurma hakkı çerçevesinde kişinin özel ve aile hayat alanına dâhil olduğunu vurgulamıştır. AİHM konuyu 8. madde (özel ve aile hayatına saygı) ile bağlantılı olarak 14. madde (ayrımcılık yasağı) bağlamında tartışmıştır<sup>148</sup>. Mahkeme, öncelikle ailenin bir ortak soyadı olması gerektiğinin yadsınamayacağını, ne var ki aile soyadı taşıma zorunluluğunun cinsiyete dayalı, farklı muameleyi haklı göstermeyeceğini, ayrımcılığı meşru hale getirmeyeceğini belirterek, farklı muamelenin 8. maddeyle beraber

<sup>145</sup> YÜKSEL, Sera Reyhani: «Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği», *Gazi Üniversitesi HFD*, C. XVIII, S. 2, Y. 2014, s. 184 vd.; ABİK, 93; ÖZDAMAR, s. 271; DEMİR, s. 21; GÖREN-ATASOY, 89.

<sup>146</sup> ABİK, s. 24; ERGENE, s. 129.

<sup>147</sup> AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye Kararı, T.16 Kasım 2004, Başvuru no.29865/96, prg. 9-12.

<sup>148</sup> Ünal Tekeli v. Türkiye Kararı, prg. 41-42.

düşünüldüğünde 14. maddenin ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir<sup>149</sup>. Kuşkusuz sorun iç hukuk çerçevesinde halledilmediğinden, kadının soyadı sorunu ülkemiz açısından AİHM’i meşgul etmeye devam etmiştir<sup>150</sup>.

Kadının soyadı konusunda AİHM’in tutumunu ortaya koyarken, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararlarına da kısaca değinmekte fayda vardır. Bunlardan önemli olanlar “Medeni Hukukta Eşlerarası Eşitlik” olarak ifade edebileceğimiz, 27 Eylül 1978 tarihli, (78) 37 sayılı ve “Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Yasal Koruma”ya dair 5 Şubat 1985 tarihli, 2 (R) sayılı Tavsiye Kararları’dır. Bakanlar Komitesi soyadı konusunda şu kriterlere sadık kalınmasını salık vermektedir<sup>151</sup>:

*Eşlerin Bir Soyadı Konusunda Uzlaşması Kriteri:* Buna göre, eşler ortak bir soyadını birlikte belirlerler. Bu eşlerden birinin soyadı olabileceği gibi, başka bir soyadı da olabilir

*Eşlerin Evlenmeden Önceki Soyadının Korunması Kriteri:* Ortak bir aile soyadı yerine herkes kendi bekârlık soyadını kullanmaya devam edebilir.

*Tireli(hyphenated) Soyadı Kriteri:* Her iki eşin soyadları tire ile birleştirilmek suretiyle aile soyadı olarak belirlenebilir.

### 3. Anayasa Mahkemesi: Anayasaya Uygunluktan Hak İhlaline

Anayasal tabanlı olarak kadının soyadı tartışmaları, daha çok “eşitlik ilkesi”(AY m. 10) eksenlidir<sup>152</sup>. Böyle olmakla birlikte, daha yeni tartışmaların aile hayatı özelinde, zaman zaman Anayasa’daki “eşler arası eşitlik” (AY m. 41) ve “aile hayatına saygı” (AY m. 20) tabanlı yapıldığına da rastlanmaktadır.

Kadının soyadına ilişkin düzenlemenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır<sup>153</sup>. İlginç şekilde 743 s. Türk Kanunu Medenisinin (eMK) yürürlükte bulunduğu dönemde de düzenlemeye ilişkin 153. maddenin

<sup>149</sup> Ünal Tekeli v. Türkiye Kararı, prg. 49-51.

<sup>150</sup> Bkz. AİHM, **Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye Kararı**, T. 28 Mayıs 2013, Başvuru no.7971/07, prg. 18-22; AİHM, **Tuncer Güneş v. Türkiye Kararı**, T. 3 Eylül 2013, Başvuru no. 26268/08; **Tanbay Tüten v. Türkiye Kararı**, T. 10.12.2013, Başvuru no. 38249/09.

<sup>151</sup> Council Of Europe Committee Of Ministers, **Resolution (78) 37: On Equality of Spouses in Civil Law** (Adopted at the 292nd meeting of the Ministers’ Deputies); **Recommendation R (85) 2 of 5 February 1985 on legal protection against sex discrimination.**

<sup>152</sup> ÇAKIRCA, s. 708 vd.; DEMİR, s. 21.

<sup>153</sup> AYM, T.10.3.2011, E. 2009/85, K. 2011/49 (RG.21.10.201/28091).

Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş, ancak benzer sebeplerle o zaman için de Anayasaya aykırı bulunmamıştır<sup>154</sup>. Ne var ki, konu bireysel başvuru üzerine, yeniden Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş; Mahkeme bu kez, düzenleme ve uygulamayı hak ihlali olarak kabul etmiştir<sup>155</sup>. Mahkeme sonraki başvurularda da, kadının evlilik birliği içinde de sadece kızlık soyadını kullanmasına izin vermeyen kararları, istikrarlı bir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak kabul etmiştir<sup>156</sup>.

Anayasa Mahkemesinin yasal düzenlemeyi iptal etmeyip, işi bireysel başvurulara bırakması, toplum yapısının nazara alındığı düşüncesiyle açıklanabilir. İptal başvurusuna ilişkin kararda bu açıkça hissedilmektedir. Buna karşılık, bireysel başvurular yoluyla ihlal kararları vermesinin izahı, kanaatimizce aynı bakış açısı olabilir. Açıklamak gerekirse, Mahkeme, kadının soyadı meselesinin toplumda genelinde büyük bir sorun oluşturmadığını, bu nedenle de aile adının<sup>157</sup> korunması gerektiğini, rahatsızlık duyan kadınlar<sup>158</sup> açısından ise bireysel başvuru yöntemiyle «başvuru özelinde» meselenin çözülmesini istemiş görünmektedir.

### **3. Adli Yargı Cephesinde Durum**

#### ***a) Anayasa m. 90/5'i Gözetmeme Eğilimi***

Anayasa m. 90 uyarınca, uluslararası sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçasıdır. Anayasanın 90/5. maddesi<sup>159</sup> daha da ileri giderek, uygulamada

<sup>154</sup> Kadının soyadına ilişkin eMK'nın Anayasa'ya aykırılığı iddiası üzerine, düzenlemenin AY m. 12'deki temel hak ve özgürlükler ile 17. maddedeki kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ilkeleri çerçevesinde tartışılmış ise de Anayasaya aykırılık iddiası yerine görülmeyle ret edilmiştir. Bkz. **AYM**, T. 29.9.1998, E. 1997/61, K. 1998/59 (RG. 15.11.2002/24937). Kararın yayınlanma, öteki söyleyişle gerekçesinin açıklanma tarihin, karar tarihinden oldukça uzun bir süre sonra olması ilginçtir.

<sup>155</sup> **AYM**, Birinci Bölüm, **Sevim Akat Eski Başvurusu**, T. 19.12.2013, Başvuru no. 2013/2187 (RG. 07.01.2014/28875).

<sup>156</sup> **AYM**, İkinci Bölüm, **Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu**, Başvuru No: 2014/5836, K.T. 16.4.2015 (R.G. 11.7.2015-29413).

<sup>157</sup> Aile adı kavramı soyadı kavramı ile aynı anlama gelmektedir. Ne var ki, kadının ve kocanın soyadı ile müşterek çocuğa verilecek soyadı ayrımı açısından aile adı kavramı karışıklığı önleyici nitelikte olduğundan zaman zaman kullanılacaktır. Bkz. **ERGENE**, s. 138.

<sup>158</sup> Yasal düzenleme bağlamında bakıldığında da, aslında kadının kocasının soyadını almasının, sadece toplumun küçük bir kesimini rahatsız ettiğinden bahisle önemsiz kabul edildiği algısı hâkimdir. Oysa konu kişilik hakkının kullanılması ve korunması ile ilgili olmalıdır ve önemsenmelidir. Bkz. **GÖZTEPE**, Ece: "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **AÜSBF Dergisi**, C. 54, S. 2, s. 104.

<sup>159</sup> Anayasa'nın 90. maddesine ifade 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı yasanın 7. maddesi ile eklen-

bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında farklılık varsa, sözleşme hükümlerinin esas alınmasını zorunlu kılmıştır<sup>160</sup>.

Öğretide tartışıldığı şekliyle, ister normlar hiyerarşisi ile açıklansın<sup>161</sup> ister çatışan hükümlerde tercih kriteri ile açıklansın<sup>162</sup> sonuçta temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir sözleşme ile kanun kuralları çatıştığında, sözleşme hükümlerinin uygulanacağı noktasında duraksama olmamalıdır. Ancak, Anayasa'nın bu hükmüne rağmen, özellikle adli yargı cephesinde, sürekli olarak iç hukuka dayanıldığı görülmektedir. Adli yargının bu tutumunu kadının soyadı konusunda da açıkça görmek mümkündür. Mesele aslında AİHS kapsamında bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir. Bu da özel hayat ve aile hayatı(AİHS m. 8) ve bağlantılı olarak ayrımcılık yasağıdır (AİHS m. 14). TMK m. 187 kocanın soyadını aile soyadı olarak düzenliyorsa, bu kanun hükmünün AİHS'e aykırı olduğu konusunda duraksama olmamalıdır. Zira AİHM'in ihlal kararları zaten ortadadır. Sözleşme ile Kanun hükmü çatıştığına göre, Sözleşme hükümlerinin tercihi anayasal bir zorunluluktur (AY m. 90/5).

Aslında Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen olaylarda, istikrarlı bir şekilde, AY m. 90 karşısında TMK m. 187'nin uygulanmaması gerektiğine işaret etmiştir/etmektedir<sup>163</sup>. Bu açık kabullere ve bunca ihlal kararına rağmen, Yargıtay'ın uzun bir süre Anayasa madde 90'ı uygulamamakta ısrar etmesi anlaşılır gibi değildi<sup>164</sup>. Nitekim konu, Yargıtay HGK nezdinde tartışılarak şimdilik olay özelinde halledilmiş gözükmektedir. Takip eden başlık altında bu konuya ayrıca değinilecektir.

### ***b) Adli Yargı Cephesinde Yeni Eğilimler***

Kadının soyadı konusu AİHM nezdinde uzun zaman önce çözüme kavuşturulduğu halde, Adli yargı cephesinde eski geleneklerde ısrar edilmekteydi. Özellikle AY m. 90/5'i işletmeye de yanaşılmamaktaydı.

miştir.

<sup>160</sup> ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, 9.B., Mimoza Yayınları, Konya2014, s. 359.

<sup>161</sup> Bu halde lex superior ilkesine göre çatışma halinde kanun değil uluslararası sözleşmeler öncelikle uygulanır. Bkz. GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, 10. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013, s. 187.

<sup>162</sup> ATAR, s. 359.

<sup>163</sup> AYM, Birinci Bölüm, **Sevim Akat Eşki Başvurusu**, Başvuru No: 2013/2187, K.T. 19.12.2013, prg. 46.

<sup>164</sup> Bu konuda bkz. ATASOY, Hakan: “ Evli Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal’ mı? ‘Bireysel’ mi?”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5 (70. Yıl Armağanı), 2015, s. 147.

Ancak konu şu an için Yargıtay Hukuk Genel Kurulu nezdinde halledilmiş gözükmektedir. Evli bir kadının sadece kızlık soyadını kullanma isteğini kabul eden yerel mahkeme kararının, Yargıtay 2. HD. tarafından TMK m. 187'ye dayanılarak bozulması üzerine, direnme yoluyla konu HGK önüne getirilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, kadının kızlık soyadını kullanması isteğinin AİHS m. 8 ve AY m. 17 kapsamında bir insan hakkı olduğunu ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın, erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanması gerektiğine işaret ederek; kadının kızlık soyadını kullanması talebinin reddinin sözü geçen maddeler yanında, AİHS'nin 14. maddesine de aykırılık teşkil edeceğini, oysa Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmelerin hukuk sistemimizin bir parçası ve kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahip olduğunu, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınmasının zorunlu olduğunu, sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğini vurgulayarak, kadının kızlık soyadını kullanmasına izin veren yerel mahkemenin direnme kararını onamıştır<sup>165</sup>.

### ***c) Haklı Neden Kriterini İşletmekten İmtina***

Kadının boşandığı eşinin soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ileri sürerek kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istemesi (TMK m. 173/2) halinde, menfaat kanıtlandığında soyadını kullanmasına izin verilebileceğine, öteki söyleyişle soyadı hususunda haklı nedenin varlığı kabul edildiğine göre; aynı hakkın neden evlenen kadına sadece kızlık soyadını kullanma isteği hususunda tanınmadığı ilginçtir. Belirtmek gerekir ki öğretide, evlenen kadının bekârlık soyadını kullanmak istemesi halinde, haklı nedenlere (TMK m. 27; eMK m. 26) dayanabileceği ileri sürülmektedir<sup>166</sup>.

## **III. EVLİ KADININ VE VELAYETİ KADINA BIRAKILAN ÇOCUĞUN SOYADI KONUSUNDA ÖNERİLER**

### **A. Velayeti Anneye Bırakılan Çocuğun Soyadı İtibariyle**

Yukarıda çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, tıpkı evlenen kadının kocasının soyadını alma zorunluluğunda olduğu gibi velayeti kadına bırakılan çocuğun da kocanın soyadını alması, kadın erkek eşitliği açısından ataerkil bir uygulama olarak eleştirilmektedir<sup>167</sup>. Velayeti kadına bırakılan çocukların

<sup>165</sup> Yrg. HGK, 30.09.2015, 2014/2-889, 2015/2011.

<sup>166</sup> TEKİNAY, s. 335.

<sup>167</sup> SEROZAN, s. 239.

soyadı sadece eleştirilmekle kalmamakta, bu konu büyük oranda mahkemeleri de meşgul etmektedir. Kısacası velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadı konusu henüz çözümlenmemiş bir meseledir. Kuşkusuz çözümden kastımız yargısal çözüm değildir. Yargısal çözümler olay özelinde kalmakta ve her zaman yeni bir olaya da konu olabilmektedir. Çözümde kastımız yasal düzenlemedir.

Bilindiği üzere boşanma kararı ile birlikte olsun, boşanma kararından sonra olsun velayet düzenlemesine, yani velayetin eşlerden birisine tevdiine ilişkin kararlar kesin/nihai kararlar değildir. Koşulların değişmesi ya da çocuğun üstün yararı gerektirmesi halinde velayet değiştirilebilir. Eş söyleyişle çocuğun velayeti bir ebeveyninden alınıp diğerine verilebilir<sup>168</sup>. Bu halde, çocuğun soyadı her bir defasında değişecek midir? Kuşkusuz velayet hakkına bağlı olarak çocuğun soyadının velisinin soyadı olması yönteminde, “değişen veli-değişen soyadı” sonucu ortaya çıkabilir. Toplumsal düzen, çocuğun okul, arkadaş, kimlik gibi resmi ve sosyal ilişkilerinde bu durumun küçük de olsa bir karışıklığa yol açması olasıdır. Ne var ki, KARACA’nın ifadesiyle, tüm bu ihtimaller, ananın kendi soyadını velayeti altındaki çocuğuna vermemesinin, cinsiyet ayrımcılığı yasağına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>169</sup>. Mesele kadın açısından böyle olmakla birlikte; çocuk açısından, çocuğun üstün yararı öncelikli olacağı gerçeği de hiç bir zaman gözardı edilmemelidir. Önemle belirtmek gerekir ki, velayet her istendiğinde değiştirilebilen bir durum değildir. Kanun’da<sup>170</sup> ana veya babanın başkasıyla

<sup>168</sup> Velayetin değiştirilmesi için değişen koşullar için bkz. ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: **Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 464; GENÇCAN, Ömer Uğur: **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 1195; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 141; BULUT, s. 9 vd.; ÇELİK, s. 293.

<sup>169</sup> KARACA, s. 32.

<sup>170</sup> Velayetin değiştirilmesi Kanun’da (TMK m. 183) yeni olguların varlığına bağlanmıştır. Buna göre; velayet kendisine bırakılan anne ya da baba ölürse, çocuğun velayeti askıdadır ve re’sen veya talep üzerine hâkim çocuğun velayetini sağ kalan eşe verir. Kuşkusuz diğer eşin velayeti kullanmasına engel bir durumunun olmaması gerekir. Aksi halde çocuğu vasi atanması gerekir. Gaiplik halinde ölüme ilişkin hükümler uygulanır. Velayet kendisine bırakılan taraf yeniden evlenir ya da başka yere gider ve bu durum velayeti etkileyici nitelikte bulunursa, Kanundaki ifadesiyle “yeni olgular zorunlu kılarırsa” hâkim velayeti diğer eşe verebilir. Velayetin değiştirilmesini gerektiren nedenler Kanunda sınırlı olarak sayılmamıştır. Gelişen ve değişen yeni koşullara göre velayetin değiştirilmesi gerekip gerekmediğini takdir edecektir. Uygulamada boşanan duyarsız eşler açısından, çocuk bir intikam aracı olarak kullanılmaya devam ettiğinden, her canı sıkılan velayetin değiştirilmesi için mahkemeye başvurmaktadır. Oysa bu konuda Yargıtay’ın yaklaşımı katıdır. Velayetin değiştirilmesi için özel ve ciddi nedenler aranmaktadır. “Boşanma ile düzenlenen velayetin değiştirilebilmesi

evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde ancak velayetin değiştirilmesi öngörülmüştür. Yargıtay'ın velayetin değiştirilmesi konusunda yaklaşımının katı olduğunu belirtmek gerekir<sup>171</sup>. Bu nedenle, çocuğun soyadının değişen velayet durumuna göre değişmesi bu duruma çok sık başvurulmaması nedeniyle sorun oluşturacak boyutta değildir.

Soyadı, tıpkı ad gibi çocuğun kişiliğinin önemli bir parçasıdır ve adla birlikte çocuğun kimliğini oluşturur<sup>172</sup>. Bu nedenle de çocuğun özellikle bilinen ya da velayeti altında bulunan ebeveyninin soyadını kullanmasında idrak çağında ise görüşü alınmak koşuluyla değişiklik yapılması mümkün olmalıdır.

Yasal düzenleme nasıl olmalıdır?

SEROZAN'na göre; eşler bir aile adı belirlemişlerse çocuğun soyadının da aile soyadı olması, eşlerin her biri kendi soyadını taşıyor ise çocuğun soyadı olarak eşlerden birisinin soyadını tercih konusunda anlaşmaları, eşler soyadı hususunda anlaşamazlarsa, Aile Mahkemesi Hâkiminin, eşlerden birisine çocuğun soyadını belirleme yetkisini vermesi gerekir. Ayrıca annenin soyadı tek başına çocuğun soyadı olarak belirlenebilir. Zira boşanma halinde çocuk umumiyetle anneye verilmektedir<sup>173</sup>.

Kaynak İsviçre Medeni Kanununda, 2013'de yürürlüğe giren değişikliğe göre anne babanın seçtiği ortak bir soyad varsa çocuk onu alacaktır. Anne baba ortak bir soyadı seçmemiş ve herkes kendi soyadını kullanmaya devam ediyor ise çocuk için hangisinin soyadının kullanılacağı tercihe bakılacaktır<sup>174</sup>.

---

*için velayet kendisine verilen tarafın ya da velayete konu çocuğun durumunda boşanma hükmünden sonra esaslı değişikliklerin olması şart olup, ayrıca esaslı değişikliğin önemli ve sürekli olması da gerekmektedir.” Yrg HGK, 22.01.2014, 2013/2-2085-2014/30 (UYAP). “ Tarafların boşanmalarına ilişkin hüküm, 13.02.2014 tarihinde kesinleşmiş, eldeki dava ise, 06.01.2015 tarihinde açılmıştır. Boşanma kararının verilmesi ile eldeki davanın açıldığı tarih arasında geçen süre içerisinde velayetin değiştirilmesini gerektiren bir durum, olay, hal ve şartlar da değişiklik iddia ve ispat edilememiştir.” Yrg. 2. HD. 14.12.2015, 2015/24315-23965 (UYAP).*

<sup>171</sup> Sözgelimi velayetin tevdiinden hemen sonra açılan davalar, boşanma sırasında gelişen olaylara dayanma yani velayetin değiştirilmesini gerektiren yeni bir olgu olmadığı sürece velayetin değiştirilmesi istenemez. Bkz. Yrg. 2. HD. 17.09.2015, 2015/14275-16233 (UYAP).

<sup>172</sup> AKYÜZ, s. 118.

<sup>173</sup> SEROZAN, s. 239.

<sup>174</sup> Ayrıntı için bkz. AYAN, s. 32-33; PÜRSELİM ARNING, s. 73 dn. 338.



Çocuğun anne babanın soyadlarını birlikte kullanması gerektiği de bu konuda ileri sürülen tekliflerden birisidir. Çocuğun soyadı anne babanın soyadlarının birleşmesinden (tireli soyad) oluşursa, ergin olduktan sonra bu soyadı kullanmaya devam edecektir. Kuşkusuz bu durumda evlendiği kişinin de aynı şekilde anne babasının soyadını birlikte kullandığı düşünüldüğünde, doğacak çocuğun toplam dört kelimedenden oluşan bir soyadı olacaktır<sup>175</sup>.

Çocuğun soyadı konusunda yapılacak düzenlemede şu esaslar benimsenebilir: Evlenirken eşlerin, hangisinin soyadını ortak soyadı olarak kullanacakları konusunda anlaşmaları esası benimsenebilir. Bu şekilde anlaşma sağlanırsa, çocuklara intikal edecek soyadı ortak soyad olacaktır. Eşler bir seçim yapmadıkları takdirde, herkes kendi soyadını kullanmaya devam etmelidir. Bu takdirde doğacak çocuğun kimin soyadını taşıyacağı konusu, çocuğun doğumu sırasında, eşler tarafından birlikte nüfus memuruna bildirilmelidir. Bildirilmediği takdirde, nüfus memuru çocuğun soyadı olarak anne babanın soyadı alfabetik sıralamasına göre, önce gelen soyadını, çocuğun soyadı olarak belirlemelidir. Düzenlemede evlilik birliğinin sona ermesi halinde, velayet hakkı ebeveynlerden hangisine verilmiş ise ergin olmayan çocuğun soyadının da kendiliğinden velisinin soyadı olacağı esası kabul edilmelidir. Bu değişiklik nüfus idaresince velayet düzenlemesine göre resen yapılmalıdır. Velayet kendisine bırakılan (boşanma veya velayetin değiştirilmesi yoluyla) taraf, kararın kesinleşmesi ile birlikte çocuğun kendi soyadı olarak düzeltilmesinin çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olmadığını düşünüyorsa, bu durumu yazılı olarak nüfus idaresine bildirmeli ve çocuk önceki soyadı ile kalmalıdır. Velayet kendisine bırakılmayan taraf ise çocuğun soyadının velayet hakkına dayalı olarak değişmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olduğunu düşünüyor ise bu durumu aile mahkemesi nezdinde ileri sürüp ispatlamalıdır.

## **B. Kadının Soyadı İtibariyle**

Gerek Anayasa Mahkemesi, gerek adli yargı cephesindeki gelişmeler rağmen, kadının soyadı sorunu henüz çözümlenmiş değildir. Yargı kararlarından anlaşılacağı üzere, bu konu mahkemeleri hala meşgul etmektedir.

Kadının soyadı sorun olmaktan çıkarılmak isteniyorsa, yeni bir düzenleme yapılması zorunlu gözükmektedir. Aksi takdirde olay bazında, kadının sadece kızlık soyadını kullanmaya izin talepleri, mahkemelere

<sup>175</sup> Bu durumda ikişer kelimedenden oluşan soyadlı yeni evlilerin birisinin soyadı konusunda tercih yapmaları önerilmektedir. Bkz. ABİK, , s. 143-144.

intikal etmeye devam edecektir. Yani, konunun yargı içinde hallolması yeterli değildir. Aslında basit bir kanun değişikliği ile bu konu sorun olmaktan çıkarılabilir<sup>176</sup>.

Kadının soyadı konusunda düzenleme yapılırken, ailenin ortak bir soyadı olması gerekip gerekmediği tartışmasının öncelikle yapılması gerekmektedir. Kaynak İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişiklikle (m. 160) evlenen kadının kocasının soyadını taşıma kuralından vazgeçilmiştir. Yeni düzenlemeye göre eşler kadın veya kocanın soyadını aile soyadı olarak seçebilecekleri gibi hiç seçim yapmadan herkes kendi soyadını kullanmaya devam da edebilir<sup>177</sup>. Kuşkusuz kadının soyadı konusunda ülkelerde farklı uygulamalar vardır. Bunlar bizim toplum yapımıza uygun düştüğü ölçüde kabul edilebilir.

Öğretide de evlenen kadının soyadı ya da aile adı ile ilgili değişik öneriler getirilmiştir. Bunların başında, eşlerin aile soyadı konusunda anlaşmaları önerisi bulunmaktadır. Bu seçim, eşlerden birisinin soyadının aile adı/soyadı olarak seçilmesi şeklinde olacaktır<sup>178</sup>. Öğretide HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK tarafından savunulan görüşte, kocanın soyadının aile soyadı olarak alınması süregelen alışkanlıklara uygundur ve aslında soyadının belirlenmesinde kamu yararı düşüncesine de bu tercih uygundur. Bu nedenle, kocanın soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi kuralı çerçevesinde, kadın ya da kocanın birisinin soyadının aile adı olarak seçilmesi yerine, evlilikte kadına sadece kızlık soyadını kullanmaya devam etme imkânı tanınmalıdır<sup>179</sup>. SEROZAN'a göre, evlenen kadının soyadını şartsız olarak koruması, aile adı olarak kadının soyadı da benimsenebilir<sup>180</sup>. ARIN ise çiftlere soyadı seçme konusunda serbesti tanınması gerektiğini, kadının veya kocanın soyadının seçilebilmesini, taraflar arzu ediyorsa hiç ekleme yapmadan eski

---

<sup>176</sup> TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, s. 34; Kadının soyadı tartışmasında, kadının kendi hanesindeki kaydı kapalı kayıt haline gelmekte ve koca hanesine taşınmaktadır(5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 23/2). Kadının soyadı sorunu çözümlendiğinde, bu hususunda yeni bir tartışmaya neden olacağı kanaatindeyiz.

<sup>177</sup> İsviçre Medeni Kanununda yapılan bu değişiklik 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. PÜRSELİM ARNING, s. 73 dn. 338; TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, s. 35.

<sup>178</sup> MOROĞLU, Nazan: “ Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri”, (www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc,s. 19-20, E.T. 02.02.2016); SİRMEN, Lale: “Medeni Hukuktaki Son Gelişmeler İşığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, in: **Hukukta Kadın Sempozyumu**, Ankara 2000, s. 86; ABİK, s. 98 vd.

<sup>179</sup> Bu halde kocanın soyadı çocuklar açısından aile soyadı olmaya devam edecektir. Bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 85.

<sup>180</sup> SEROZAN, *Kişiler*; s. 430.

soyadlarını kullanmaya devam edebilmesini önermektedir<sup>181</sup>. GÖREN-ATASOY'un önerisi, eşlerin ortak bir aile adı(soyadı) taşımalarıdır. Bunun için eşler evlendirme memuruna kadın ya da kocanın soyadını aile adı olarak seçtiklerini beyan edeceklerdir. Böyle bir tercih yapılmadığı takdirde her iki eşin doğum soyadlarının soyadı olarak belirlenmesidir<sup>182</sup>. Yazar hangi eşin doğum soyadının önde kullanılacağını belirtmemiştir. Kaldı ki, çok parçalı soyadının uygun olmayacağı da daha önce ifade edilmiştir.

Yapılacak düzenlemede, önemli olan kadın ve erkeğe, yani eşlere evlilik birliği içinde eşit haklar ve yükümlülükler tanınmasıdır. Bu yapıldığında, ayrımcılık tabanlı tartışmalar son bulacaktır. Ne var ki, toplum yapısını iyi okuyan, karışıklığa yer vermeyen, uzun kullanımlardan kaçınan bir soyadı düzenlemesi yapılmalıdır.

Kadın ya da kocanın önceki soyadını da aile soyadı önünde kullanma isteği halinde, kanaatimizce bu soyadı önüne değil de ad (önad) kısmına eklenmeli gerekirse sadece bu kısım kullanılabilir. Bir örnek vermek gerekirse; Ayşe MUTLU ile Süleyman HARPUTLU'nun evlendiğini varsayalım. Kadın kocası soyadı önünde kendi soyadını kullanmak istediği takdirde, Ayşe MUTLU HARPUTLU olacaktır. Oysa isim hanesi Ayşe Mutlu, soyadı hanesi ise HARPUTLU olabilir. Bu takdirde Ayşe Mutlu HARPUTLU şeklinde bir kullanım olacak, böylece kadın adını kullandığı takdirde, "Ayşe Mutlu" şeklinde kullanacak ve kocasının soyadını kullansa bile isim olarak kullandığı kısmı, aslında kadının evlenmeden önceki kimliğini koruyacaktır. Bunun başka bir önemi ise çocuğun soyadı konusundadır. Örnek üzerinde açıklamaya çalışılırsa; şimdiki haliyle kadının soyadı MUTLU HARPUTLU'dur. Oysa müşterek çocukların soyadı HARPUTLU olacaktır. Yani çocuğun soyadı babanın soyadı olacak ve esasen anne ile çocuğun soyadı daha bu haliyle farklı olacaktır. Kadının kızlık soyadı isim hanesine eklenmek suretiyle kullanılırsa, kadının da çocukların da soyadı aynı olacaktır.

Çoklu seçenek sunulması önemlidir. Buna göre tercih hakkı tanınmalıdır. Devam eden gelenekler açısından, tercih yapmama halinde ne olacağı konusunun da çözümlenmesi gerekir. Öğretide, tercih yapılmamış ise kadın ve kocanın her ikisinin birlikte soyadlarını ailenin soyadı olarak

<sup>181</sup> ARIN, M. Canan: " Medeni Kanununun Vazgeçilmez Özü, Eskiye Sözü", in: **Türk Medeni Kanunu'nun Vazgeçilmez Özü Eskiye Sözü**, İstanbul Barosu Başkanlığı Hukukçu Kadınlar Derneği Çalışma Toplantısı(6-7 Mart 1996), İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1996, s. 59.

<sup>182</sup> GÖREN-ATASOY, 97-98.

belirlenmesi<sup>183</sup>, seçilmediği takdirde kocanın soyadının aile soyadı olarak kalması<sup>184</sup> şeklinde teklifler yapılmaktadır.

Kanaatimizce bu konuda, kadın ya da kocadan birinin soyadını ya da bir üçüncü soyad seçme imkânı tanınması, tercih yapılmadığı takdirde eşlerin önceki soyadını taşımalarına devam etmeleri şeklinde bir düzenleme de yapılabilir. Kuşkusuz bu halde, müşterek çocukların soyadının ne olacağı da düzenleme kapsamında yer almalıdır<sup>185</sup>. Bu konuda gelenek ve alışkanlıklardan korkulmamalıdır. ABD’ de kadınların evlilikte kocalarının soyadını alma zorunluluğu olmamasına ve kızlık soyadını kullanmalarının imkân tanınmasına rağmen, kızlık soyadını tercihleri ile ilgili bir araştırmada, tercihin çok yüksek olmadığı görülmektedir<sup>186</sup>. ABD’de zorunlu olmadıkları halde kadınların, %90'lara varan oranlarda kocanın soyadını kullanmayı tercih ettikleri belirtilmektedir<sup>187</sup>.

## SONUÇ

Kocanın soyadının aile adı/soyadı olarak hem kadının soyadını hem de velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadını belirlemesi, gerek eşler arası eşitlik gerek cinsiyet perspektifli olarak kadın erkek eşitliğine aykırı bulunmakta ve ataerkil bir uygulama olarak sürmesi eleştiri konusu olmaktadır. Konu kadının soyadı bağlamında çok tartışılmış ve esasen bu konuda belirli bir noktaya da gelinmiştir. Ne var ki, en az kadının soyadı kadar, velayeti kadına bırakılan çocukların soyadı konusunda da sorunlu bir alan bulunduğu açıktır. Velayeti

<sup>183</sup> ÖZDAMAR, s. 272; Eşlerin soyadlarının birlikte kullanımı, çocuklarla ilgili soyadı açıklanırken belirtildiği üzere, çok parçalı soyadları ortaya çıkmasına neden olabilir. Sözgelimi eş önceki evliliğinden edindiği önceki eş ve kendi kızlık soyadını mahkeme kararı ile kullanmaya devam ediyorsa, yeni evlilikte bu soyadı ile yeni kocanın soyadları ile birlikte ilginç ve uzun soyadları ortaya çıkacaktır. Bkz. GÖREN-ATASOY, s. 90; NOMER, s. 449.

<sup>184</sup> MOROĞLU, Nazan: **Kadının Soyadı**, Beta Basım A. Ş., İstanbul 1999, s. 147.

<sup>185</sup> Eşlerin ortak bir soyadı seçmeleri halinde sorun olmayacaktır, ancak eşlerin kendi önceki soyadını kullanmaya devam etmeleri şeklinde bir düzenlemede, çocuğun soyadı konusunda yine bir tercih ya da eşlerin her ikisinin soyadı çocuğun soyadını oluşturabileceği yönünde öneriler yapılmaktadır. Kuşkusuz çocuk ergin olduktan sonra soyadı konusunda tercihin imkân tanınmalıdır. Bkz. GÖZTEPE, s. 129.

<sup>186</sup> ABD’ de kadınların kocalarının soyadını almayı tercih etmemeleri, öteki söyleyişle bekârlık soyadlarının tercih etmeleri 1970li yılların ortalarında başlar, koca soyadını alma geleneği çok bozulmamıştır. Bu konuda ayrıntılı bir araştırma için bkz. GOLDIN, Claudia/SHIM, Maria: “Making a Name: Women’s Surname at Marriage and Beyond”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 18, Number 2, Spring 2004, s. 143-160.

<sup>187</sup> GROSSMAN, Joanna L./FRIEDMAN, Lawrence M.: **Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America**, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2011, s. 71

kadına bırakılan çocuğun soyadı meselesi, akademik düzeyde kadının soyadı kadar tartışılmamış olsa da, giderek bu meselenin de mahkemeleri daha fazla meşgul etmeye başladığını ifade etmek gerekir.

Aslında her iki konu da, kocanın soyadı odaklı olarak, ayrımcılık temeline dayanan bir sorundur. Çözümü basit bir yasal düzenlemeye bakarken, yasa koyucunun sorunu görmezlikten gelen tavrı ile mesele daha çetrefilli bir hal almaktadır. Konu yerel mahkemeleri, yüksek yargıyı, hatta AİHM’i meşgul etmeye devam etmektedir.

Kuşkusuz, yasa koyucunun ve adli yargının, çözüm odaklı olarak konuya yaklaşmamasına karşın, AİHM ve AYM’nin istikrarlı ihlal kararları ile soyadı sorununda sona yaklaşıldığını söylemek yanlış olmaz. Zira aslında adli yargı cephesinde, kadının soyadı an itibariyle hallolmuş gözükmemektedir. Velayeti kadına bırakılan çocukların soyladı bakımından ise yeni gelişmelerin olduğunu ve çözüme çok yaklaşıldığını belirtmek gerekir. Ne var ki, bütün bunlar evlenen kadın ve velayeti kadına bırakılan çocukların soyadı konusunda sorunun nihai olarak çözüldüğü anlamına gelmemektedir. Çünkü mesele ancak bireysel bazda, yani olay bazında çözümlenmektedir. Bir başka ifadeyle, soyadını sorun olarak gören kadınlar mahkemeye başvurmakta, uzun bir mücadele sonucunda ancak kızlık soyadlarının kullanabilmekte veya soyadlarını velayetleri altındaki çocuklara verebilmektedir. Oysa sorunun köklü çözümü yasal düzenlemelere kalmaktadır. Yasal düzenleme yapıncaya kadar da, yargısal düzeyde, ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde sorunun aşılabilir olduğu anlaşılmaktadır.

Evlenen kadının ve velayeti kadına bırakılan çocuğun soyadı konusunda sorun aşılmaya çalışılırken, meseleye popülist yaklaşılmamalıdır. Kadının soyadı meselesinde cinsiyet ayrımcılığı yasağına uygun olarak, eşlere tercih hakkı tanınmalıdır. Bu tercih yapılırken, özellikle çocuğun soyadı konusunda bir “aile soyadı”nın belirlenmesi gerekir. Velayet hakkının eşlerden birisine tevdi halinde ise çocuğun soyadının velayet hakkına bağlı olarak değişmesi kuralı, sadece çocuğun üstün yararı ilkesine uygun olması durumunda mümkün olmalıdır.

## BİBLİYOGRAFYA

ABİK, Yıldız: **Kadını Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

ACABEY, Mehmet Beşir: **Soybağı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.

ACAR, Faruk: **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, C. 2, 17. B., Beta Basım, İstanbul 2015.

AKINTÜRK, Turgut: “Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, **AÜHF**, C. 29, S. 1-2, Y. 1972, s. 31-59.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan**, C. I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 69-89.

AKYÜZ, Emine: **Çocuk Hukuku**, 2. B, Pegem Akademi Yayını, Ankara 2012.

ALKAN, Türker: **Kadın-Erkek Eşitsizliği Sorunu**, AÜSBF Yayını, Ankara 1981.

ARIN, M. Canan: “Medeni Kanunun Vazgeçilmez Özü, Eskiyen Sözü”, in: **Türk Medeni Kanunu’nun Vazgeçilmez Özü Eskiyen Sözü**, İstanbul Barosu Başkanlığı Hukukçu Kadınlar Derneği Çalışma Toplantısı(6-7 Mart 1996), İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1996.

ARMUTCUOĞLU, Can Yalçın: “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-2, Y. 2011, s. 413-436.

ARPACI, Abdulkadir: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. B., Beta Basım, İstanbul 2000.

ATAR, Yavuz: **Türk Anayasa Hukuku**, 9.B., Mimoza Yayınları, Konya2014.

ATASOY, Hakan: “ Evli Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal’ mı?”

‘Bireysel’ mi?’, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 5 (70. Yıl Armağanı), 2015, s. 131-170.

AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: **Kişiler Hukuku**, 6. B., Mimoza Yayını, Konya2014.

AYAN, Serkan: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, **GÜHFD**, C. XVI, S. 4, Y. 2012, s. 19-90.

AYDOS, Oğuz Sadık: “Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Evlat Edinme”, **GÜHFD**, C. 4, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 118-141.

AYİTER, Nuşin: “Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, **Türkiye’de Ailenin Değişimi, Yasal Açıdan İncelemeler**, Türk Sosyal Bilimler Derneği yay., Ankara 1984.

BABACAN, Hüseyin Güngör/USLU, Kazım: **Uygulamada Nüfus Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

BADUR, Emel: “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, **TBBB**, S. 84, 2009, s. 63-92.

BAKTİR ÇETİNER, Selma: **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2000.

BAYGIN, Cem: “Evlat Edinmenin Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 628-650. (BAYGIN, *Evlat Edinme*).

BAYGIN, Cem: “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, **AÜEHFD**, C. VI, S. 1-4 (2002), s. 256-284. (BAYGIN, *Kan Bağı*).

BAYGIN, Cem: **Soybağı Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

BİLGE, Necip: **Fiili Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Mevzuat**, AÜHF Yayını, Ankara 1958.

BOUMIL, Marcia Mobilia: **Law, Ethics, and Reproductive Choice**, Fred B. Rothman & Company, Littleton (CO, US) 1994.

BOZKURT, İkbâl: **Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

BULUT, Harun: **Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları**, Beta Basım, İstanbul 2007.

CANSEL, Erol: “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanması Nedeniyle Kaldırılması”, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, 1925-1975, C. I, AÜHF Yayını, Ankara 1977.

CENGİZ, Bilal: **Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

CLEMENTUCCI, Francesco: **The Right to Family Reunification: Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights**, (Unpublished Thesis for the Degree of Arts in European Advanced Interdisciplinary Studies), College of Europe the Warsaw Campus, Warsaw, Academic Year 2003-2004.

ÇAKIN, Akın: **Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma**, 2. B, Bilge Yayınevi, Ankara 2007.

ÇAKIRCA, Seda İrem: «Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK m. 187'nin Değerlendirilmesi», **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

ÇELİK, Cemil: «Velayetin Kaldırılması», **AÜHFD**, C. 54, S. 1, Y. 2005, s. 255-309.

ÇELİKEL, Serdar: **Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

DEMİR, Pınar Özlem: **Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

DEMİRALP, B. Tunç: **Nesep-Nüfus ve Sicille İlgili Kişisel Hukuk Davaları**, Özyılmaz Matbaası, İstanbul 1994.

DERYAL, Yahya: **Medeni Hukuk Bilgisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, **AÜHFD**, C. 52, S. 4, Y. 2003, s. 93-129.

DOĞAN, Murat: “ Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, **AÜEHFD**, C.VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 285-300. (DOĞAN, *Aile Konutu*).



DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: **Türk Özel Hukuku**, C. III, **Aile Hukuku**, 10. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku, C.II: Kişiler Hukuku**, 11.B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

ERGENE, Deniz: “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi “, **MHB**, Y. 31, S. 2 (2011), s. 123-176.

ERGÜN, Zafer: **Boşanma Davaları**, 4.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

ERTÜRK, Şükran/ÖZDAMAR, Demet: “Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık”, **DEÜHFD**, C. 11, Özel Sayı, **Prof Dr. Bilge Umar’a Armağan**, 2009.

FORDER, Caroline J.: “The Anti-Discrimination Principle as an Instrument of Change in Family Law”, **Netherlands International Law Review**, Vol. XLV, 1998/1.

FREEMAN, Michael: **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3 the Best Interest of Child**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan), Özel Sayı, C. 2011/II-2012/I, s. 731-753.

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008.

GOLDIN, Claudia/SHIM, Maria: “Making a Name: Women’s Surname at Marriage and Beyond”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 18, Number 2, Spring 2004.

GÖREN-ATASOY, Zafer: **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları**, DEÜHF Yayını, İzmir 1991.

GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, 10. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013.

GÖZTEPE, Ece: “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **AÜSBFD**, C. 54, S. 2, s. 101-130.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

GROSSMAN, Joanna L./FRIEDMAN, Lawrence M.: **Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America**, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2011.

GÜMÜŞ, M. Alper: **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, 3. B. , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014(HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, *Kişiler Hukuku*).

HAVUTÇU, Ayşe: “Evli Kadının Yerleşim Yeri”, **DEÜHFD**, C. 7, S. 1(2005), s. 29-50. (HAVUTÇU, *Yerleşim Yeri*).

HAVUTÇU, Ayşe:”Türk Medeni Kanunu’nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 1, Ocak 1998.

HELVACI, Serap: **Gerçek Kişiler**, 4.B., Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.

HYNAN, Daniel J.: **Child Custody Evaluation**, Charles C. Thomas Publisher, Springfield (Illionis, US) 2014.

İMAMOĞLU, S. Hülya: «Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması», **AÜHFD**, C. 54, S. 2, Y. 2005, s. 183-218.

KAMACI, Mahmut: “Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 36, S. 1-2, Ocak- Nisan 2010, s. 25-63.

KARACA, Hilal: **Velayet Hakkının Kapsamı ve Hükümleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

KARAKAYALI, Gökhan: **Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

KAY, Herma Hill/GREEN, Tristin K.: **Sex-Based Discrimination**

:**Text, Cases and Materials**, Seventh Edition, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota, US) 2012.

KAYA, Cengiz: **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, Beta Basım, İstanbul 2009.

KESKİN, Ayşe Dilşad: “ Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet)”, **EÜHFD**, C. 9, S. 2, Y. Aralık 2014, s. 27-61.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma”, **Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008 (KILIÇOĞLU, *Aile Konutu*).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “2526 Sayılı Kanuna Göre Fiilî Birleşmelerin Evlilik Olarak Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltilmesi”, **AÜHFD**, Y. 1981, C. 38, S. 1-4, s. 165-207. (KILIÇOĞLU, *Evlilik Dışı Doğan Çocuklar*).

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

KİREMİTÇİ, Müge: **Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

KNOX, David/ SCHACHT, Caroline: **Choices in Relationships: An Introduction to Marriage and the Family**, Tenth Edition, Wadsworth-Cengage Learning, Belmont (California, US) 2010.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 2.B., Ekin Basım Yayın, Bursa 2011.

KRAUSE, Harry D./ MEYER, David D.: **Family Law in a Nutshell**, (West Nutshell Series), Fourth Edition, Thomson West Publishing Co., Minnesota (USA) 2003.

KURTOĞLU, Serda: **Türk Medeni Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1977.

KUTOĞLU, Tuba: “Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık

Hükmü”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı 2010 (Basım Yılı 2012), s. 945-984.

LALE, İsmail/LALE, Ömer: **Evlilikte Hukuksal İlişkiler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

MARTINY, Dieter: “Family Law”, in: **Introduction to German Law**, (Eds.: Joachim Zekoll and Matthias Reimann), Second Edition, Published by Kluwer Law International, The Hague 2005.

McDOWELL, Zanifa: **Elements of Child Law in the Commonwealth Caribbean**, The University of the West Indies Press, Jamaica 2000.

MILLER, Julia R./LERNER, Richard M./SHIAMBERG, Lawrence B./ANDERSON, Pamela M.(Eds.): **The Encyclopedia of Human Ecology**, Vol. 1, ABC-CLIO(Publisher), Santa Barbara(CA, US) 2003.

MOROĞLU, Nazan: “ Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri”, [www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\\_soyadi.doc](http://www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc),s. 19-20(E.T.02.02.2016).

MOROĞLU, Nazan: **Kadının Soyadı**, Beta Basım A. Ş., İstanbul 1999.

MORTAŞ, Süleyman: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “ Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, **TBBD**, S. 97, Kasım-Aralık 2011.

NOMER, Haluk N.: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, **MHB**, C. 22, S. 2(2002), **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

ÖDEN, Merih: **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

ÖZDAMAR, Demet: «5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun, Türk Medenî Kanunu’ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi», **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C.II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010 (ÖZDAMAR, *Nüfus Hizmetleri*).

ÖZDAMAR, Demet: **Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

ÖZEN, Burak: «Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması», **MÜHF-HAD**, C. 16, S. 3-4, s. 171-194.

ÖZER, Attila: **Türk Anayasa Hukuku: Türklerin Devlet Anlayışı ve Anayasal Yapılanma**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

ÖZKAN, Hasan/ATAÇ, Kifayet: **Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri**, 2.B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

ÖZLÜ, Hakkı: **Türk Medeni Kanununda Velayetin Kaldırılması**, Adil Yayınevi, Ankara 2002.

ÖZMEN, İsmail: **Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Feryal Matbaası, Ankara 1999.

ÖZSUNAY, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. B., İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 37.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2012 (ÖZTAN, *Temel Kavramlar*).

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin: **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

ROAGNA, Ivana: **Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Strasbourg 2012.

ROSS, Susan Deller: **Women's Human Rights**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2008.

RUHİ, A. Cemal: “Yabancı Ülke Mahkemelerinde Alınan Velayet Konusundaki İlamların Türkiye’de Tenfizi”, **AÜEHFD**, C. VII, S. 3-4, s. 721-756

SALEH, Muhsen Abdulkader: **Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, **DEÜHFD**, C. 10, S. 1, 2008, s.

155-197.

SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. B, Vedat Kitapçılık, **İstanbul** 2005.

SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk, Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, **İstanbul** 2011. (SEROZAN, *Kişiler*).

SİRMEN, Lale: “Medeni Hukuktaki Son Gelişmeler Işığında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular”, in: **Hukukta Kadın Sempozyumu**, Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2000.

STATSKY, William P.: **Family Law**, Fifth Edition, West Thomson Learning Inc., Albany (NY, US) 2002.

ŞENER, Esat: **Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994.

ŞIPKA, Şükran: **Türk Medeni Kanununda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194)**, Beta Basım, İstanbul 2002.

TAHMAZOĞLU-ÜZELTÜRK, Sultan: “Ad Ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, Y. 2014.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6.B., Filiz Kitabevi, **İstanbul** 1992(TEKİNAY, *Gerçek Kişiler*).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7.B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

TRACHSEL, Daniel: “Switzerland”, in: **Family Law: Jurisdictional Comparisons**, European Lawyer Reference Series, Published by Sweet&Maxwell, London 2011.

UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Medeni Kanunu ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **AÜEHFD**, C. VI, S. 1-4, Y. 2002, s. 317-332.

ULUĞ, Özden Melis: “Soyadım Kimliğimdir, Evlenince Kaybolmamalıdır: Hegemonik Erkeklik ile Medeni Kanun’un 187. Maddesi Arasındaki İlişkiye Eleştirel Bir Bakış ”, **Fe Dergisi**, C. 7, S. 2 (2015), s. 48-58.

USTA, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem: **Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: **Medeni Hukuk**, İÜ İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul 1969.

YILDIRIM, Abdulkerim: **Türk Aile Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

YILMAZ, Merve: “Evli Kadının Soyadı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 10, Y. 3, Temmuz 2012, s. 129-151.

YÜKSEL, Sera Reyhani: “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XVIII, S. 2, Y. 2014, s. 175-200.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe: **Medeni Hukuk**, 3. B., Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.





# TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA REKABET UYUM PROGRAMLARI

Ahmet Fatih ÖZKAN\*

## ÖZET

*Rekabet otoriteleri tarafından verilebilecek temel veya süreli idari para cezaları ile ihlalden zarar görenler tarafından açılacak tazminat davalarına ek olarak uğranılabilecek olası itibar ve müşteri portföyü kaybı da düşünüldüğünde, rekabet ihlallerinin teşebbüsler açısından “maliyeti” son derece yüksek olabilmektedir. Rekabet ihlallerinin yol açtığı maliyetlerin önlenmesi veya azaltılması noktasında en etkin yöntemlerden birisi de rekabet uyum programlarıdır. Bu makalede Rekabet Kurumu’nun rekabet uyum programlarına ilişkin izlediği rekabet politikası ile Rekabet Kurulu’nun kararlarında uyum programlarına ilişkin yaklaşımı incelenmektedir. Makalede Rekabet Kurumu’nun rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında rekabet uyum programlarının yaygınlaşmasını sağlamak üzere aktif bir politika izlediği; buna karşın Rekabet Kurulu’nun ise kararlarında rekabet uyum programlarına genel olarak kayıtsız kaldığı, teşebbüslere verilecek cezanın belirlenmesinde bu programları hafifletici neden olarak değerlendirmedeği ve uyum programı uygulayan teşebbüsleri herhangi bir biçimde ödüllendirmediği gözlemlenmektedir. Makale Rekabet Kurulu’nun rekabet uyum programlarını hiç dikkate almayan mevcut yaklaşımını değiştirmesi ve teşebbüsler tarafından bir uyum programı uygulanmasının diğer indirim nedenleriyle birlikte değerlendirilerek somut olayda cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Rekabet uyum programları, rekabet ihlali, idari para cezası, hafifletici nedenler, rekabet savunuculuğu

## COMPETITION COMPLIANCE PROGRAMMES IN TURKISH COMPETITION LAW

### ABSTRACT

*Considering the fines or periodic penalties that may be imposed by competition authorities, the actions for damages that may be brought by injured parties, as well as the potential loss of good will and customers, competition law violations can be very “costly” to undertakings. One of the most effective ways of preventing or minimising*

\* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi ve Rekabet Derneği Başkanı. PhD (University of Sussex/İngiltere).

*the costs of competition law violations is competition compliance programmes. This article analyses the policy of the Turkish Competition Authority in relation to competition compliance programmes and the approach of the Turkish Competition Board towards such programmes in its decisions. It observes that although the Turkish Competition Authority has been very active in promoting competition compliance programmes in the course of its competition advocacy activities; the Turkish Competition Board has remained rather indifferent to such programmes in its decisions, never regarded them as a mitigating factor in setting the fine or rewarded in any way the undertakings that have applied a competition compliance programme. The article argues that the Turkish Competition Board should no longer disregard competition compliance programmes and instead consider such programmes as a mitigating factor together with other mitigating factors in setting the level of fine in the case at hand.*

**Keywords:** *Competition compliance programmes, competition law violation, fines, mitigating factors, competition advocacy*

## **Giriş**

Mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin uymakla yükümlü olduğu hukuk kurallarından biri de rekabet hukuku kurallarıdır. Rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılmasında rekabet hukuku kurallarını uygulamakla yetkili ve görevli rekabet otoritelerine tanınan geniş yetkilerin kullanımı sonucunda teşebbüsler “şafak baskınlarına” (yerinde inceleme), soruşturmalara veya geçici idari tedbirlere maruz kalabilmekte; rekabet ihlali durumunda da gerek ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin, gerekse ihlalde belirleyici rol oynayan teşebbüs yönetici ve/veya çalışanlarının hukuki, hatta bazı hukuk sistemlerinde cezai, sorumluluğu doğabilmektedir. Rekabet otoriteleri tarafından verilebilecek temel veya süreli idari para cezaları ile ihlalden zarar görenler tarafından adli yargıda açılacak tazminat davaları sonucu hükmedilebilecek tazminatların yol açacağı maddi zararlara ek olarak ihlalden zarar gören teşebbüslerin uğrayabileceği olası itibar ve müşteri portföyü kaybı da düşünüldüğünde, rekabet ihlallerinin teşebbüsler açısından “maliyeti” son derece yüksek olabilmektedir.

Rekabet ihlallerinin yol açtığı maliyetlerin önlenmesi ve/veya azaltılması noktasında rekabet uyum programları (*competition compliance programmes*) öne çıkmaktadır. Rekabet uyum programları, “teşebbüslerin

veya teşebbüs birliklerinin rekabet mevzuatına aykırı eylem ve kararlardan kaçınmalarını sağlamaya dönük tedbirleri ve bu tedbirlerin organizasyon içinde nasıl yürütüleceğini gösteren yol ve yöntemler”i içermektedir<sup>1</sup>. Teşebbüslerin rekabet hukuku kuralları ve bu kuralların ihlali durumunda karşılabilecekleri yaptırımlar hakkında bilinçlendirilmesine yardımcı olan rekabet uyum programları sonucu rekabet ihlalleri ortaya çıkmadan engellenebilecek veya rekabet ihlallerinin doğurduğu olumsuz etkiler azaltılabilecektir. Başka bir deyişle, önleyici tedbir niteliği taşıyan rekabet uyum programları sayesinde rekabet ihlalleri daha doğmadan önlenebilecek ya da rekabet ihlallerinin yol açabileceği sonuçlar büyümeden en aza indirilebilecektir. Dolayısıyla rekabet uyum programları, teşebbüslerin “rekabet kuralları ile iş yapmalarını” sağlamaya hizmet etmektedir<sup>2</sup>.

Aslında uyum programları sadece rekabet hukukuna özgü uygulamalar değildir. Rekabet kurallarına uyum, vergi mevzuatına uyum veya iş kanununa uyum gibi temel bir yükümlülüktür<sup>3</sup>. Yakın tarihte İngiltere’de yapılan ve gerek küçük veya orta ölçekli işletmelerin gerekse dev şirketlerin katıldığı bir anket çalışmasında, teşebbüslerin hukuk kurallarına uyum programlarında rekabet hukukunun payının yalnızca %19 olduğu gözlemlenmiştir<sup>4</sup>. Rekabet uyum programlarının uygulamadaki payı sınırlı da olsa çeşitlilik açısından geniş bir yelpazeye sahip olduğu söylenebilir. Rekabet uyum programları, teşebbüslerce uygulanacak fiyatları rekabet ihlaline yol açmayacak (örneğin yıkıcı veya aşırı fiyatlama olmayacak ya da uyumlu eyleme yol açmayacak) biçimde oluşturabilecek kadar gelişmiş veya temel rekabet kuralları hakkında teşebbüslerin yöneticilerine ders kitabı niteliğinde bilgi vermeyi amaçlayacak kadar sade olabilir. Şirket çalışanlarına eğitim verilmesi veya rekabet hukukunu tanıtıcı broşürlerin dağıtılması, yerinde inceleme provaları yapılması,

<sup>1</sup> Kaynak: <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Uyum-Programi>, erişim: 07.04.2016.

<sup>2</sup> Teşebbüsler rekabet uyum programlarını rekabetçi yaklaşımları sınırlayan bir “esaret zinciri” yerine, rekabet güçlerini arttırmada daha etkin ve sürdürülebilir yolları aramayı özendiren bir “yelken” gibi değerlendirmelidirler. Erdal TÜRKKAN, “Rekabet Uyum Programı ve Rekabet Kurumu Paydaşlarının Yeni Misyonu”, **Rekabet Forumu**, Sa. 66, s.3, [http://www.rekabetderneği.org/rk\\_bulten/sayi66.doc](http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi66.doc), erişim: 07.04.2016.

<sup>3</sup> Fevzi TOKSOY, “Rekabet Uyum Programı bir ‘Kurumsal Sosyal Sorumluluk’ Projesi midir?”, **Pazarlardan Haberler**, 7 Nisan 2012, <http://pazarlardanhaberler.com/2012/04/07/rekabet-uyum-programi-bir-kurumsal-sosyal-sorumluluk-projesi-midir/>, erişim: 07.04.2016.

<sup>4</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, “UK Businesses’ Understanding of Competition Law”, <https://www.gov.uk/government/publications/uk-businesses-understanding-of-competition-law>, erişim 07.04.2016. Söz konusu çalışmada sağlık ve güvenlik (%78), iş hukuku (%58), yolsuzluk (%33) ve rüşvetle (%24) mücadelenin paylarının ise daha yüksek olduğu görülmektedir.

şirket içi yazışmalarda kullanılacak dilin düzeltilmesi gibi faaliyetler uyum programlarının içerikleri arasındadırlar.

Rekabet uyum programları teşebbüslerin kendi organizasyon şeması içerisinde yer alabilecek birimler tarafından hazırlanıp uygulanabileceği gibi danışmanlık şirketlerinden hizmet almak biçiminde de uygulamaya geçirilebilir. Şüphesiz rekabet otoriteleri de rekabet uyum programlarının teşebbüslerce oluşturulması ve uygulanmasında yol gösterici olabilmekte, özellikle de söz konusu programların özendirilmesi noktasında rol oynamaktadırlar. Çoğu zaman rekabet otoriteleri teşebbüsler tarafından hazırlanacak bir uyum programında dikkat edilmesi gereken unsurlara yönelik bir bilgilendirme notu veya kılavuz yayımlama yoluna gitmektedirler. Buna ek olarak rekabet otoritelerinin ihlal öncesinde belli bir rekabet uyum programı uygulamış teşebbüslere, gerek “oyunu kuralına göre oynamanın” ödüllendirilmesi gerekse uyum programlarının özendirilmesi açısından, ceza indirimi verdiği de rastlanmaktadır. Bu makalede Rekabet Kurumu’nun (Kurum) rekabet uyum programlarına ilişkin izlediği rekabet politikası ve Rekabet Kurulu’nun (Kurul) kararlarında uyum programlarına ilişkin yaklaşımı incelenmekte ve uyum programlarının uygulamadaki rolüne ilişkin birtakım politika önerilerinde bulunmaktadır.

### **I. Kurum’un İzlediği Rekabet Politikasında Uyum Programlarının Yeri**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (Kanun) neredeyse 20 yıla yakın uygulamasında rekabet uyum programlarına 2011 yılından itibaren ağırlık verilmeye başlandığı görülmektedir. Kurum Başkanı imzalı “2011 Rekabet Mektubu”nda rekabet uyum programlarına yer verilmiştir<sup>5</sup>. Mektup’ta teşebbüslerin rekabet hukuku kurallarına duyarlı ve hazırlıklı olmaları gerektiğinin altı çizilmiş ve kendilerini rekabet hukukuna uygunluk açısından değerlendirmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada, rekabet hukuku ve politikası alanında tecrübeli olan gelişmiş ülkelerde teşebbüslerin rekabet hukukunun gereklerine uyum gösterme konusunda özel çabalar sarf ettiğine işaret eden Kurum, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin de ölçek ya da büyüklüklerinden bağımsız olarak, rekabet uyum programlarından yararlanmalarının en başta kendileri için çok faydalı olacağını dile getirmiştir. Gelişmiş ülkelerde faaliyet gösteren pek çok teşebbüs tarafından sıklıkla uygulanan rekabet uyum programlarının Türkiye’de henüz yaygınlık kazanamadığıda kaydedilmiştir.

<sup>5</sup> Kaynak: <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2F-G%C3%BCncel%2Fmekutuplar%2F2011mekutup.pdf>, erişim: 07.04.2016.

2011 Rekabet Mektubu'nda rekabet uyum programlarının iki amaca hizmet etmekte olduğu belirtilmiştir: (i) teşebbüs yöneticilerinin ve çalışanlarının rekabet hukuku kuralları hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanması ve (ii) rekabet mevzuatına aykırı davranış ya da uygulamaların tespit edilmesi ve bu tür eylemlere son verilmesi. Aslında Mektup'ta "amaç" olarak ifade edilen bu unsurların daha çok birer "araç" olduğu söylenebilir. Zira amaç yöneticileri bilgilendirmek ya da rekabet ihlallerine son vermek yerine, rekabet ihlallerini ortaya çıkmadan engellemek (örneğin fiyatların tartışılacağı bir toplantıya davet edilen teşebbüsün bu daveti açıkça reddetmesi gerektiğini anlatmak) ya da rekabet ihlallerinin doğuracağı olumsuz etkileri azaltabilmek (örneğin ihalelere danışıklı teklif veren teşebbüslerden birini Kurum'a pişmanlık başvurusunda bulunmaya yönlendirmek) olmalıdır. Nihai hedef ise teşebbüslerin rekabet mevzuatına aykırılıktan dolayı herhangi bir yaptırımla karşılaşmalarının sağlanmasıdır<sup>6</sup>. Dolayısıyla uyum programlarının uygulamada yaygınlaşmasını sağlamak üzere araç, amaç ve nihai hedefin açık ve ikna edici bir biçimde ortaya koyulması önem taşımaktadır.

Bir rekabet uyum programının başarısını etkileyen temel unsurlar Mektup'ta beş başlık altında özetlenmiş: (i) üst yönetimin kararlılığı ve uyum programına açık desteği, (ii) uygun politika ve prosedürlerin varlığı, (iii) sürekli ve etkili eğitim verilmesi, (iv) düzenli bir kontrol ve değerlendirme süreci ve son olarak (v) tutarlı bir disiplin ve teşvik uygulaması. Bu beş başlığın her rekabet uyum programında bulunması gereken asgari unsurlar olduğu açıktır. Zira üst yönetimin kararlılığı olmadan alt kademelerdeki teşebbüs temsilcilerinin motivasyonunu sağlamak kolay olmayacaktır. Yine bir değerlendirme (örneğin sınav uygulanması) ve disiplin süreci olmadan da (örneğin habersiz denetimler yapılması) yapılan faaliyetlerin bir anlamı kalmayacaktır. İkinci başlık ise sektörden sektöre, teşebbüsten teşebbüse değişiklik gösterecektir. Örneğin bilgi ve iletişim teknolojileri şirketlerinde online eğitim öne çıkabilecekken, dağıtım kanallarında bayilerin ağırlıklı olduğu perakende şirketlerinde bayi temsilcilerinin katılacağı fiziki eğitim seminerleri düşünülebilir. Bu nedenle uygun politika ve verilecek eğitimin düzeyi açısından standart bir uyum programından söz etmek zor olacaktır.

<sup>6</sup> Rekabet uyum programlarının nihai hedefi teşebbüsler açısından rekabet mevzuatına aykırılıktan dolayı herhangi bir yaptırımla karşılaşmamak olsa da rekabet otoriteleri açısından kimi zaman farklı bir nihai hedeften (örneğin rekabet hukukunun bilinirliğini arttırmak, rekabet savunuculuğu faaliyetlerini desteklemek ya da rekabet kültürünün kurumsallaşmasını sağlamak) söz etmek mümkündür.

Ücret karşılığı dışarıdan hizmet alamayacak ya da kendi birimini oluşturmak noktasında yeterli mali güce ve insan kaynağına sahip olamayacak küçük ve orta ölçekli işletmeleri isabetle göz önünde bulunduran Mektup'ta, söz konusu işletmelere yardımcı olmak üzere ve kendilerini değerlendirmelerine yarayacak bir "kontrol listesi"ne (*check list*) yer verilmiştir. Rekabet mevzuatı ve Kurum'un faaliyetlerine<sup>7</sup>, en sorunlu alanlardan biri olan rakiplerle olan ilişkilere<sup>8</sup>, buna ek olarak müşteri ve bayilerle olan ilişkilere<sup>9</sup> yönelik Mektup'ta bir dizi soru hazırlanmıştır. Hakim durumdaki teşebbüsler<sup>10</sup> ve teşebbüs birlikleri<sup>11</sup> için ise ek sorular bulunmaktadır. Sorulara verilen yanıtlara göre teşebbüslerin, "muhtemel bir rekabet ihlâlini önlemek amacıyla" (burada rekabet uyum programlarının amacı daha doğru bir biçimde ifade edilmiştir) bir uyum programını yürürlüğe koyması en uygun çözüm yolu olarak tavsiye edilmiş. Özetle 2011 Rekabet Mektubu, uyum programlarının yaygınlaşması açısından Kurum'un izlediği rekabet politikasının ilk önemli gelişmesini oluşturmaktadır.

Mektubun uygulamada karşılaştığı en önemli sorun, Mektubun hitap ettiği küçük ve orta ölçekli işletmelere gerektiği gibi ulaştırılamaması olmuştur. Sorunun farkında olduğunu düşündüğümüz Kurum, yine 2011 yılında "Rekabet Hukuku Uyum Programı" adlı bir kitapçık hazırlamış ve bu kitapçığı internet sitesine koymuştur<sup>12</sup>. Basılı bir kopyası bulunmayan 15

<sup>7</sup> "Rekabet mevzuatı hakkında yeterli bilginiz var mı?", "Rekabet Kurumu'nun düzenlemeleri, faaliyetleri ve kararları hakkında bilginiz var mı?", "Rekabet mevzuatı ve uygulamaları ile ilgili kurum dışından bir danışmanlık hizmeti alıyor musunuz?" vs. rekabet mevzuatı ve Kurum'un faaliyetlerine ilişkin sorular arasında yer almaktadır.

<sup>8</sup> "Rakiplerle fiyat ve fiyatı oluşturan maliyet unsurları hakkında görüş alış-verişinde bulunuyor musunuz?", "Rakiplerle coğrafi ya da müşteri temelli bir piyasa paylaşımına gidiyor musunuz?", "Rakiplerle yazılı veya sözlü olarak rekabetten kaçınma konusunda bir mutabakatınız var mı?" vs. rakiplerle ilişkiler başlığı altındaki sorular arasında yer almaktadır.

<sup>9</sup> "Bayinizin ya da müşterinizin yeniden satış fiyatını tespit ediyor musunuz?", "Bayilerinizle imzaladığınız sözleşmelerde bayilerin müşterilerine yönelik satışlarına kısıtlamalar getiriyor musunuz?" vs. müşteri ve bayilerle ilişkiler başlığı altındaki sorular yer almaktadır.

<sup>10</sup> "Maliyetlerin altında veya çok üzerinde bir fiyat politikası mı izliyorsunuz?", "Haklı bir gerekçe olmaksızın müşteri veya rakiplere mal arzunu kısıyor musunuz?", "Aynı konumdaki müşterilere farklı fiyat ve satış koşulları uyguluyor musunuz?" vs. hakim durumdaki firmalar için hazırlanan sorular arasında yer almaktadır.

<sup>11</sup> "Teşebbüs birliğinin üyeleri üzerinde sahip olduğu yetkiler, üyeler arasındaki rekabeti etkiliyor mu?", "Teşebbüs birliği, üyelerin faaliyet alanlarını kısıtlayan kararlar alıyor mu?", "Teşebbüs birliği, üyelerin satış fiyatları ve diğer satış koşulları konusunda kararlar alıyor mu?" vs. teşebbüs birlikleri için hazırlanan sorular arasında yer almaktadır.

<sup>12</sup> Söz konusu kitapçıkta şu ibareler kitapçığın hitap ettiği asıl kitlenin küçük ve orta ölçekli işletmeler olduğu biçiminde yorumlanabilir: "Küçük ve orta ölçekli işletmelerin kapsamlı

sayfalık bu kitapçıkta<sup>13</sup>, 2011 Rekabet Mektubu'nda yer alan kontrol listesi aynen korunmuş (hatta kamu ihalelerine katılan teşebbüsler için yeni bir bölüm eklenmiş)<sup>14</sup> ve teşebbüslerin akıllarında soru işareti yaratabilecek bazı konulara ilişkin soru-cevap biçiminde bir bölüm hazırlanmıştır (bu bölümün genel olarak 2011 Rekabet Mektubu'nda açıklanan yukarıda bahsedilen beş başlık esas alınarak hazırlandığı dikkat çekmektedir). Rekabet uyum programlarının ne olduğu, bu programlardan yararlanmanın niçin önemli olduğu, bir uyum programı uygulamanın özellikle gerekli olduğu sektörlerin olup olmadığı vb. sorulara Kurum tarafından yanıt verilmeye çalışılmış olduğu görülmektedir.

2011 Rekabet Mektubu'nda uyum programlarının usul ve esaslarını içerecek bir el kitabı ya da kitapçık hazırlanmasının faydalı olacağı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda Rekabet Hukuku Uyum Programı'nda teşebbüsler tarafından hazırlanacak işletme içi bir kılavuzda yer alabilecek unsurların somutlaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Kılavuz'un rekabet ihlalinin sonuçları, rekabet mevzuatı ve Kurum'un yetkileri hakkında bilgi içermesi, hukuki veya teknik terminolojiden uzak bir biçimde ve her yönetici ve çalışanın anlayacağı dilde sade ve anlaşılır bir dilde kaleme alınması, son olarak bir de “yap ve yapma listesi” (*do's and don'ts*) içermesi tavsiye edilmektedir. Yine 2011 Rekabet Mektubu'nda bahsedilen beş başlığa uygun olarak yöneticilerin uyum programının arkasında durması, şirket yetkililerine uyum programını yürütmek noktasında sorumluluk verilmesi, uyum programının taviz verilmeden uygulanması ve işletme içi etkin bir denetleme sürecinin işletilmesi Rekabet Hukuku Uyum Programı'nın diğer tavsiyeleri arasında yer almaktadır.

Daha sonraki süreçte Kurum, Rekabet Hukuku Uyum Programı'nı 2013 ve Şubat 2016 tarihlerinde yenilemiştir<sup>15</sup>. 2011 versiyonunun aksine,

bir uyum program hazırlaması ve yürürlüğe koyması genellikle mümkün olmamaktadır. *Bu broşürde yer alan kontrol listesi, belirli ölçüde söz konusu işletmelere yardımcı olmak amacıyla hazırlanmıştır.*” (vurgu tarafımızca eklenmiştir).

<sup>13</sup> Aşağıda da açıklandığı üzere, 2011 yılında yayımlanan “Rekabet Hukuku Uyum Programı” adlı kitapçık, Kurum tarafından 2013 ve 2016 yıllarında güncellenmiştir. Kurum'un internet sitesinde “Rekabet Hukuku Uyum Programı” adı altında kamuoyuna sunulan kitapçık 2013 versiyonudur. Her ne kadar Şubat 2016 tarihinde, 2013 baskısının tıpkısı bir kitapçık daha çıkarılmış olsa da 2016 tarihli kitapçık Kurum'un internet sitesine yüklenmemiştir.

<sup>14</sup> “Teşebbüsünüz ihale öncesinde ya da esnasında rakiplerle ihale ya da ihale unsurları ile ilgili görüşmeler yapıyor mu?”, “Teşebbüsünüz ihaleyle ilgili olarak fiyat, miktar vb konularda rakipleriyle bir mutabakat içinde mi?”, “Teşebbüsünüz rakipleriyle anlaşmaya vararak rakiplerinden biri ya da birkaçı lehine ihaleden çekiliyor mu?” vs. kamu ihalelerine katılan teşebbüsler için hazırlanan sorular arasında yer almaktadır.

<sup>15</sup> Rekabet Hukuku Uyum Programı'nın son (2013) versiyonu için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2fuyum>

gerek 2013 gerekse Şubat 2016 tarihli kitapçıklar basılı kopya olarak da hazırlanmıştır. 2013 ve 2016 tarihli kitapçıklarda sayfa sayısının iki katına çıktığı görülmekte, ancak bu durumun nedeninin söz konusu kitapçıklarda kullanılan puntonun büyütülmesi olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, 2011 tarihli kitapçığın içeriği güncellenmemiş, sonradan fark edilen birkaç unsurun düzeltilmesi dışında, söz konusu kitapçıkta esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla Rekabet Hukuku Uyum Programı'nın 2011 versiyonu ile 2013 ve 2016 versiyonları arasında ciddi bir içerik farkı bulunmamaktadır. Sonuç olarak Kurum'un izlediği rekabet politikasında 2011 yılından itibaren öne çıkan uyum programlarına Rekabet Mektupları serisinde bir sayı ayrılmış ve konuyla ilgili üç kitapçık çıkarılmıştır. Kitapçıkların kendilerinin de aslında başlı başına birer uyum programı materyali olmaktan çok, özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüsler tarafından oluşturulacak bir uyum programına yol gösterici olmak amacıyla hazırlandığı anlaşılmaktadır.

Kurum'un izlediği rekabet politikasında rekabet uyum programları, Kurum'un kendisi için bir misyon haline getirdiği rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında değerlendirilmelidir. Kurum'un rekabet savunuculuğuna büyük önem verdiği artık herkesin farkına vardığı bir gerçektir. Kurum'un bizzat veya ortaklaşa olarak düzenlediği sayısız konferans, sempozyum, çalıştay ve diğer etkinliklere ek olarak; “*Rekabet El Kitabı*”<sup>16</sup>, her yıl kaleme alınan “*Rekabet Mektupları*”, üç ayda bir yayımlanan “*Rekabet Dergisi*”<sup>17</sup>, aylık derlenen “*Rekabet Bülteni*”<sup>18</sup> ve çeşitli zamanlarda yazılan “*Rekabet Yazıları*”<sup>19</sup> gibi periyodik yayınlar çıkarttığı da bilinmektedir. Ayrıca Kurum'un sürücü kursları, ekmek üreticileri gibi küçük ve orta ölçekli teşebbüsler için rekabet hukuku farkındalığı yaratmak üzere “*Basın Bültenleri*” yayımlama yoluna başvurduğu da gözlemlenmiştir<sup>20</sup>. Bu

---

program%C4%B1.pdf, erişim 07.04.2016.

<sup>16</sup> Rekabet El Kitabı için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Rekabet-El-Kitabi>, erişim: 07.04.2016.

<sup>17</sup> Rekabet Dergisi'nin geçmiş sayıları için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Dergileri-Listesi>, erişim: 07.04.2016.

<sup>18</sup> Rekabet Bülteni'nin geçmiş sayıları için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Bulten-Listesi/Rekabet-Bulteni-Listesi>, erişim: 07.04.2016.

<sup>19</sup> Rekabet Yazıları için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazilari>, erişim: 07.04.2016.

<sup>20</sup> Konuyla ilgili bkz. Ahmet Fatih ÖZKAN, “Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu'nun Basın Bültenleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa. 2, s.515-558, [https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/17%20Ahmet%20Fatih%20%20C3%96ZKAN%20tam%205\\_2.pdf](https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/17%20Ahmet%20Fatih%20%20C3%96ZKAN%20tam%205_2.pdf), erişim: 07.04.2016.



doğrultuda Rekabet Hukuku Uyum Programı adlı kitapçık, Kurum'un rekabet savunuculuğu faaliyetlerinden sadece birini oluşturmaktadır.

Rekabet savunuculuğu kapsamındaki diğer faaliyetlerin aksine daha geniş bir çerçeveye, hatta başlı başına bir pazara, sahip uyum programlarına sadece bir kitapçık ayırmakla yetinmek, uyum programlarından beklenen faydaların önemini azaltmaktadır. Rekabet Hukuku Uyum Programı, Kurum'un çıkardığı ve rekabet hukukuyla ilgili birtakım bilgiler içeren bir belgeden başka bir şey değildir. Hatta bu kitapçık mevcut haliyle teşebbüslere örneğin Rekabet El Kitabı'ndan bile daha az yarar sağlamaktadır<sup>21</sup>. Uyum programlarıyla ilgili bir kitapçığın yayımlanması şüphesiz önemlidir, ancak rekabet kültürünün kurumsallaştırılması ve rekabet ihlallerinin önüne geçilmesi isteniyorsa bundan daha fazlası yapılmalıdır. Bu bağlamda Kurul tarafından rekabet uyum programlarının özendirilmesi veya uyum programı uygulayan teşebbüslerin ödüllendirilmesi (örneğin ihlal karşılığı verilecek idari para cezasında bir miktar indirimle gidilmesi) düşünülebilir. Uyum programlarının en azından büyük ölçekli teşebbüsler açısından zorunlu tutulması da diğer bir seçenektir. Dolayısıyla Kurum'un rekabet politikasına ek olarak Kurul'un da rekabet hukuku uygulamasında rekabet uyum programlarına yer vermesi gerekmektedir.

## II. Kurul'un Rekabet Hukuku Uygulamasında Uyum Programlarının Yeri

Yukarıdaki bölümde rekabet uyum programlarından beklenen faydaların gerçek anlamda elde edilebilmesi için uyum programlarına ilişkin kitapçıklar düzenlemenin yeterli olmayacağı, uyum programlarının rekabet hukuku uygulamasında da kendilerine yer bulmaları gerektiği ileri sürülmüştü. Bu bölümde ise Kurul'un rekabet hukuku uygulaması kapsamında verdiği kararlarda uyum programlarının rolü incelenmektedir. Bu bölümde incelenen Kurul kararları taranırken Kurum'un internet sitesindeki karar arama sayfasında yapılan aramada<sup>22</sup> 12 karar ile karşılaşılmıştır (bu kararlardan bazıları önaraştırma, bazıları soruşturma, bazıları ise muafiyet kararlarıdır).

<sup>21</sup> Rekabet Hukuku Uyum Programı'nın bizzat kendisinde teşebbüsler tarafından bir uyum programının hazırlanması aşamasında Rekabet El Kitabı'ndan da yararlanılabileceği dile getirilmiştir. "Daha profesyonel bir yol izlemek isteyen" teşebbüslere ise danışmanlık şirketlerinden yardım almaları tavsiye edilmiştir.

<sup>22</sup> Metodoloji olarak Kurum'un internet sitesindeki karar arama motoru kullanılmıştır. Yapılan aramada metin kısmına "rekabet hukuku uyum programı", "rekabet uyum programı", "uyum programı", "uyum kılavuzu", "uyum kitapçığı", "uyum rehberi" ve "rekabet hukuku rehberi" anahtar sözcükleri yazılmış ve çıkan kararlar bir araya getirilmiştir.

Bu kararlar arasından ikisinin makalenin konusuyla ilgisi bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Geriye kalan 10 kararda ise rekabet uyum programlarına farklı biçimlerde yer verildiği gözlemlenmiştir<sup>24</sup>. Az sayıda da olsa konuyla ilgili Kurul kararları incelendiğinde rekabet uyum programlarının ilk kez 2009 yılında kararlara girdiği, 2011 yılında Kurul'un dikkatini çekmeyi başardığı ve 2013 yılında verilen kararlarla birlikte Kurul'un pozisyonunun biçimlenmeye başladığı anlaşılmaktadır.

Uyum programlarından bahsedilen ilk karar olan *CNR/NTSR* kararında<sup>25</sup> hakkında soruşturma yapılan CNR, avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuş, Kurul da bu iddialar karşısında mehaz AB rekabet hukuku uygulamasında konuyla ilgili kararları özetlerken değindiği kararlardan bir tanesinde gizliliği ihlal edilen belgelerden birinin “*rekabet hukuku uyum programı hazırlanması için hukuki danışmanlık alınması amacıyla elde edilen bilgilerin paylaşımını içerdiği*”ni belirtmiştir. Dolayısıyla *CNR/NTSR* kararının konuyla ilgili Türk rekabet hukuku açısından herhangi bir değerlendirmede bulunmadığı açıktır. *Eczacıbaşı Baxter/Genzyme* kararında<sup>26</sup>, Eczacıbaşı'nın Genzyme'a ait bir ürünün dağıtım hakkını almasını içeren sözleşme bağlamında ilgili teşebbüs tarafından “*rekabet hukukuna uyum programı çerçevesinde Eczacıbaşı-Baxter'in taraf olduğu sözleşmelerin rekabet hukukuna uygunluğunun denetlendiği, bunun neticesinde hukuki risk almamak adına dosya konusu menfi tespit/muafiyet başvurusunun yapıldığı*” ifade edilmiştir. Bu kararda da kayda değer bir hüküm verilmediği görülmektedir.

Başka bir karar olan *Efes-I* kararında<sup>27</sup>, daha önce Kurul tarafından verilen muafiyetin geri alındığı Efes'in bayileriyle olan münhasır sözleşmelere ilişkin olarak “*rekabet uyum programı çerçevesinde yeniden ele alınmış ve*

<sup>23</sup> 24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları kararı-I; 03.07.2008 tarihli ve 08-43/591-223 sayılı İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları kararı-II.

<sup>24</sup> 13.10.2009 tarihli ve 09-46/1154-290 sayılı *CNR/NTSR* kararı; 17.03.2011 tarihli ve 11-16/287-92 sayılı *Algıda* kararı-I; 17.08.2011 tarihli ve 11-45/1076-372 sayılı *Eczacıbaşı Baxter/Genzyme* kararı; 23.05.2012 tarihli ve 12-27/796-224 sayılı *Efes* kararı-I; 12.06.2012 tarihli ve 12-32/916-275 sayılı *Kayseri Bosch Bayileri* kararı; 18.07.2012 tarihli ve 12-38/1084-343 sayılı *Efes* kararı-II; 28.08.2012 tarihli ve 12-42/1258-410 sayılı *Algıda* kararı-II; 29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı *Linde Gaz* kararı; 29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı; 04.11.2014 tarihli ve 14-43/795-356 sayılı *OPET/Kelkit Vadisi Petrol* kararı.

<sup>25</sup> 13.10.2009 tarihli ve 09-46/1154-290 sayılı *CNR/NTSR* kararı.

<sup>26</sup> 17.08.2011 tarihli ve 11-45/1076-372 sayılı *Eczacıbaşı Baxter/Genzyme* kararı.

<sup>27</sup> 23.05.2012 tarihli ve 12-27/796-224 sayılı *Efes* kararı-I.

hazırlanan son hali için 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri çerçevesinde menfi tespit/muafiyet başvurusu yapılmış” olduğu belirtilmiştir. *Efes-II* kararında<sup>28</sup> Efes'in bazı bayilerine baskı yaparak rakip ürünlerin satışını zorlaştırdığı iddiası karşısında Efes bir rekabet uyum programı başlattığını ve “[r]ekabet uyum programının bir parçası olarak müşteri/çalışan şikâyetlerinin değerlendirildiği”ni ifade etmiştir. Gerek *Efes-I*, gerekse *Efes-II* kararlarında Efes'in bir rekabet uyum programı hazırladığı ve uyguladığı ortaya koyulmuş, ancak bu davranışın kararlarda Kurul'un vardığı sonuç üzerinde nasıl bir etkide bulunduğu açıklanmamıştır. *Kayseri Bosch Bayileri* kararında<sup>29</sup> yukarıda incelenen Rekabet Hukuku Uyum Programı'na atıfta bulunulmuş olsa da bu atıf uyum programları ile ilgili olmayıp, sadece rakiplerle pazar ya da müşteri paylaşımına gidilmesinin rekabet mevzuatı kapsamında ağır ihlal olduğunu açıklamak açısından yapılmıştır.

Buraya kadar incelenen kararlara oranla Kurul'un *Algida-I* kararı<sup>30</sup> daha fazla önem arz etmektedir. Söz konusu kararda Unilever'e ait bir marka olan Algida tarafından rekabet kurallarının ve temel rekabet hukuku yasaklarının tüm şirket çalışanları tarafından öğrenilmesi amacı taşıyan “Unilever Türkiye Rekabet Hukuku Rehberi” isimli bir kitapçık hazırlandığı belirtilmiştir. Konuyla ilgili olarak Algida'nın “*gerek personelinin gerekse distribütörlerinin rekabet kurallarına... uyumu bakımından duyarlı davranmaya çalıştığı izlenimi*”nin olduğu kaydedilmiştir. Bu kararda teşebbüsler tarafından bir rekabet uyum programı uygulamanın Kurul üzerinde olumlu bir izlenim oluşturduğu kabul edilmiş, ancak delil yetersizliğinden soruşturma açılmamasına karar verilmesi nedeniyle ihlalin ağırlığı veya ceza miktarının belirlenmesi noktasında uyum programlarının etkileri tartışılmamıştır<sup>31</sup>. *Algida-II* kararında<sup>32</sup> da hazırlanan uyum programının “*Algida'nın rekabet kurallarına uyulması yönünde niyetinin göstergesi*” olduğu kabul edilmiş ve yine soruşturma açılmamasına karar verildiğinden uyum programlarının benzer etkileri incelenmemiştir. Ancak *Algida-I* kararından farklı olarak Kurul bu kararda Algida'nın uyum programlarında yaşanan geri bildirim sorununa işaret ederek daha fazla

<sup>28</sup> 18.07.2012 tarihli ve 12-38/1084-343 sayılı **Efes** kararı-II.

<sup>29</sup> 12.06.2012 tarihli ve 12-32/916-275 sayılı **Kayseri Bosch Bayileri** kararı.

<sup>30</sup> 17.03.2011 tarihli ve 11-16/287-92 sayılı **Algida** kararı-I.

<sup>31</sup> Kararın Algida'nın içinde bulunduğu iyi niyetli çaba özelinde tüm teşebbüsleri rekabet uyum programı uygulama yönünde teşvik ettiği ileri sürülmüştür. Bulut GİRGİN, “Uyum Programları Rekabet Kurulu kararına geçti”, **Pazarlardan Haberler**, 24 Haziran 2011, <http://pazarlardanhaberler.com/2011/06/24/rknin-gozu-uyumda/>, erişim: 07.04.2016.

<sup>32</sup> 28.08.2012 tarihli ve 12-42/1258-410 sayılı **Algida** kararı-II.

hassasiyetin gösterilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Uyum programlarına ilişkin Kurul'un pozisyonunu gösteren asıl kararlar ise 2013 yılında verilmiştir. *Linde Gaz* kararında<sup>33</sup> 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddiası karşısında Linde Gaz tarafından yapılan savunmada bir rekabet uyum programı başlatıldığı, bu kapsamda birçok denetim ve eğitim faaliyeti gerçekleştirildiği, çalışanlar için kılavuzlar ve internet üzerinden eğitim yazılımları geliştirildiği, ayrıca rekabet ihlali sayılabilecek tüm davranışlara derhal son verilmesine yönelik çağrı yapıldığı ileri sürülmüştür. Kurul ise teşebbüslerin rekabet hukukuna uyum amacıyla yaptıkları çalışmaları olumlu karşıladığını belirtmekle birlikte, bu durumun “*temel para cezasının düşük belirlenmesinde yahut hafifletici bir unsur olarak dikkate alınamayacağı*”nı vurgulamıştır. Dolayısıyla *Linde Gaz* kararıyla birlikte Kurul ilk kez uyum programlarının 4054 sayılı Kanun uygulamasında herhangi bir cezada indirim nedeni olmadığına karar vermiştir. Bu değerlendirme uyum programlarının özendirilmesi ya da ödüllendirilmesi açısından olumsuz olsa da en azından Kurul'un uyum programlarına ilişkin pozisyonunu açıkça göstermesi açısından olumludur.

2013 yılında verilen diğer bir karar da *Frito Lay* kararıdır<sup>34</sup>. Karara göre daha önce Kurul tarafından verilen muafiyetin geri alınmasının ardından Frito Lay tarafından bir rekabet uyum programı başlatılmıştır. Kararda Frito Lay'in şirket içi yazışmalarında geçen “*rakibe alan bırakmamak*”, “*rakibi boğmak*”, “[r]akip pasifize, mazeret değil sonuç” vb. ifadeler, Kurul tarafından Frito Lay'in rakiplerini piyasadan dışlamaya yönelik amacını gösteren ifadeler olarak değerlendirilmiştir. Buna karşın Frito Lay ise rekabet mevzuatına uygun davranma amacıyla uyum programı başlatmasının, elde edilen belgelerde yer alan ifadelerin şirket iradesi olmadığını gösterdiğini iddia etmiştir<sup>35</sup>. Kurul uyum programlarının Frito Lay'in “rekabet hukuku

<sup>33</sup> 29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı **Linde Gaz** kararı.

<sup>34</sup> 29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı **Frito Lay** kararı.

<sup>35</sup> *Frito Lay* kararı aslında iş hayatında şirket içi yazışmalarda kullanılan dilin de ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bazı durumlarda rekabet ihlali olduğu iddia edilen davranış piyasada herhangi bir etki doğurmayabilir veya sınırlı bir etki doğurabilir. Ancak şirket içi yazışmalarda kullanılan bazı ifadelerin rekabet otoritelerinin “hoşuna gitmemesi” ve bu doğrultuda rekabet ihlalinin ispatı noktasında, özellikle de hakim durumun kötüye kullanılması dosyalarında, amaç unsuru altında değerlendirmeye alınması mümkündür. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde yer alan “rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” ibaresinin (ve Danıştay'ın içtihadlarında benimsediği lafzi yorum biçiminin) de bu bağlamda Kurul'un elini güçlendireceği söylenebilir. Dolayısıyla uyum programları sayesinde teşebbüsler şirket içi yazışmalarında hangi ifadelerin kullanıl-

konusuna verdiği önemi gösterdiği”ni, “[r]ekabetçi düzenin kurumsallaşması sürecinde rekabet uyum programlarının önemi[nin] malum” olduğunu ve bu programların özendirilmesinin Kurum’un politikalarından biri olduğunu kaydetmiş, ancak “uyum programı uygulayan şirketlerin rekabet hukukunu ihlal etmeyeceklerini kabul etme”nin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Kurul’un bu tespitleri isabetli olsa da uyum programı uygulamakla cezada indirim bekleyenler açısından hayal kırıklığına yol açmıştır<sup>36</sup>. Uyum programlarıyla ilgili en son verilen kararda ise OPET ile bir akaryakıt bayisi arasında imzalanan protokolde, rekabet hukukuna uyum konusuna ilişkin maddelerin olduğunun Kurul tarafından gözlemlendiği belirtilmişse de konuyla ilgili kararda başka bir ayrıntı bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

### III. Uyum Programlarının Uygulamadaki Rolüne İlişkin Politika Önerileri

Rekabet uyum programlarına ilişkin Kurum’un rekabet politikası ile Kurul’un rekabet hukuku uygulaması beraber değerlendirildiğinde Kurum’un uyum programı kitapçıkları, rekabet mektupları vs. hazırlayarak rekabet savunuculuğu faaliyetleri kapsamında rekabet hukuku uyum programlarının yaygınlaşmasını sağlamak üzere aktif bir politika izlediği; buna karşın Kurul’un ise rekabet uyum programlarına kararlarında fazla yer vermediği, uyum programlarını birer “iyi niyet göstergesi” olarak görmekten öteye gitmediği, teşebbüse verilecek cezanın belirlenmesinde uyum programı uygulamayı hafifletici neden (*mitigating factors*) olarak değerlendirmedeği ve son olarak uyum programı uygulayan teşebbüsleri ödüllendirmediği görülmektedir. Uyum programlarından beklenen faydaların gerçek anlamda elde edilebilmesi için Kurum’un kitapçıklar düzenlemesinin yeterli olmayacağı, Kurul’un da rekabet hukuku uygulamasında uyum programlarına daha geniş yer vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla uyum programlarının yaygınlaşması

maması gerektiğini öğrenebilir ve sırf kullandıkları bazı ifadeler yüzünden ceza almaktan kurtulabilirler.

<sup>36</sup> 2011 Rekabet Mektubu’nun yayımlanmasıyla birlikte özellikle danışmanlık şirketleri tarafından rekabet uyum programı uygulayan teşebbüslerin Kurul tarafından ödüllendirileceği veya en azından uyum programı uygulamayan teşebbüslere oranla daha avantajlı bir duruma geleceği ümit edilmekteydi. Bkz. Bulut GİRĞİN, “Kuralsız Oyun, Oyun Değildir”, **Pazarlardan Haberler**, 31 Mart 2011, <http://pazarlardanhaberler.com/2011/03/31/kuralsiz-oyun-oyun-degildir>, erişim: 07.04.2016 (“2011 Rekabet Mektubu sonrasında, Rekabet Kurumu’nun rekabet uyum programlarına iyi niyetli bir yaklaşımının olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda, Rekabet Kurumu’nun rekabet uyum programı yürüten bir teşebbüse, diğerlerine nazaran daha olumlu bakabileceği söylenebilecektir.”). Ancak Kurul’un rekabet hukuku uygulamasının bu yöndeki beklentileri boşa çıkardığı söylenebilir.

<sup>37</sup> 04.11.2014 tarihli ve 14-43/795-356 sayılı **OPET/Kelkit Vadisi Petrol** kararı.

ve özendirilmesi noktasında Türkiye'nin başarısı değerlendirilmek istenirse Kurum'un politikaları için "yetmez ama evet" denilebilecekken, Kurul'un pozisyonu için verilecek yanıt "hayır" olacaktır.

Uyum programlarının rolüne ilişkin Kurum ile Kurul arasında görülen bu farklılık ve tutarsızlık aslında Kurul'un kararlarına da yansımış durumdadır. Örneğin *Linde Gaz* kararında geçen "[t]eşebbüslerin rekabet hukukuna uyum amacıyla yaptıkları çalışmalar *Rekabet Kurumu tarafından* olumlu karşılanmakla birlikte, belirtilen hususun temel para cezasının düşük belirlenmesinde yahut hafifletici bir unsur olarak dikkate alınamayacağı" ifadesi ilgi çekicidir<sup>38</sup>. Bu ifade "*Kurum rekabet uyum programlarına önem veriyor olabilir, ancak biz (Kurul) uygulamamızda aynı önemi vermiyoruz*" biçiminde anlaşılmaya son derece uygundur. Uyum programlarının özendirilmesi isteniyorsa eninde sonunda Kurul'un bu yaklaşımını gözden geçirmesi gerekecektir. Kurul'un sergilediği duruşun tek olumlu yönü ise uyum programları uygulayan ancak yine de 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine karar verilen teşebbüslere verilecek idari para cezasının belirlenmesi noktasında uyum programı uygulamanın bir ağırlaştırıcı neden olarak görülmemesidir. Şüphesiz böyle bir durumda uyum programlarının Türkiye'deki geleceği daha başlamadan bitecektir.

Uyum programlarının hazırlanması, uygulanması ve denetlenmesi şüphesiz teşebbüsler üzerinde ek bir maliyete yol açacaktır. Bu maliyetin, 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden teşebbüslerin karşılaşacağı idari para cezaları ve tazminat taleplerine oranla daha düşük olacağı, böylece fayda-maliyet analizi yaparak rekabet uyum programı uygulayan teşebbüslerin uygulamayan teşebbüslere oranla daha iyi durumda olduğu (*better-off*) düşünülebilir<sup>39</sup>. Dolayısıyla uyum programı uygulamak teşebbüslerin kendi lehine olacaktır. Buna ek olarak uyum programlarını ayrıca bir de otomatikman cezada indirim nedeni olarak kabul etmek noktasında, her ne kadar bu durum uyum programlarının Türkiye'de yaygınlaşması sonucunu doğuracaksa da, Kurul'un haklı çekincelerinin olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Rekabet uyum

<sup>38</sup> 29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı **Linde Gaz** kararı (vurgu tarafımızca eklenmiştir).

<sup>39</sup> Uyum programlarının yaygınlaştırılması noktasında dünya çapında son derece aktif rekabet otoritelerinden biri olan İngiliz Rekabet ve Piyasalar Otoritesi'nin (eski adıyla *Office of Fair Trading*) 2011 yılında hazırladığı rekabet uyum kılavuzunda da bir fayda-maliyet analizi yapıldığı görülmektedir. Söz konusu kılavuzda bir rekabet uyum kültürü oluşturmanın işletmeler açısından maddi kaynak ve emek gerektireceği ifade edilmiş, ancak böyle bir yatırımın getirisinin maliyetinden çok daha fazla olacağı vurgulanmıştır. OFFICE OF FAIR TRADING, "How your business can achieve compliance with competition law", OFT1341, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284402/of1341.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/of1341.pdf), erişim: 07.04.2016.

eğitiminin danışmanlık şirketleri açısından bir ticari faaliyet ve teşebbüsler açısından da bir gider kalemi olduğu düşünüldüğünde uyum programlarının kayıtsız şartsız bir hafifletici neden olduğunun ilan edilmesi, Kurul eliyle bir “rekabet uyum programı hizmetleri pazarı” yaratılmasına yol açabilecektir. Bir kamu kuruluşu olan Kurum’un karar organı olan Kurul’un böyle bir pazarın oluşmasına yol açması isabetli değildir. Şayet uyum programları tüm teşebbüsler açısından zorunlu tutulmak isteniyorsa bu ancak bir yasal düzenlemeyle yapılmalıdır.<sup>40</sup>

Buna karşın tüm teşebbüsler yerine belli bazı teşebbüslerle sınırlı olmak kaydıyla somut olayda Kurul tarafından uyum programı uygulama yükümlülüğü getirilmesi daha kabul edilebilir çözüm olabilir. Başka bir deyişle, rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüslere idari para cezasına ek olarak Kurul tarafından bir rekabet uyum programı uygulama cezası -ki bu bir idari cezadan çok bir idari tedbir olacaktır<sup>41</sup>- verilmesi düşünülebilir. Özellikle 4054 sayılı Kanun’u farklı zamanlarda birden fazla ihlal eden teşebbüslere (*recidivists*) ilk seferden sonraki ihlallerinde Kurul tarafından süresi ve kapsamı belirlenecek ve masrafları ilgili teşebbüse ait olacak biçimde bir uyum programı uygulama tedbirine hükmedilebilir. ABD rekabet hukuku uygulamasında<sup>42</sup> benzer bir uygulama görülmüşse de Kurul bugüne kadar böyle bir yola başvurmamıştır.

<sup>40</sup> Pozitif hukukumuzda belli büyüklükteki işletmeler için öngörülen birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca esas sermayesi 250.000 TL ve üzeri olan anonim şirketlerin (ve üye sayısı 100 ve üzeri olan kooperatif şirketlerin) sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır. Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca 50 ve üzeri işçi çalıştıran iş yerlerinde iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırma veya görevlendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buradan hareketle belki 4054 sayılı Kanun’a bir madde eklenerek belli ölçekteki teşebbüsler açısından bir rekabet uyum birimi kurma veya bu yönde bir hizmet alma yükümlülüğü düşünülebilir.

<sup>41</sup> Her ikisi de birer idari yaptırım olmalarına rağmen idari para cezaları (ya da daha geniş anlamıyla idari cezalar) ile idari tedbirler arasında temel bir fark bulunmaktadır. İdari para cezaları cezalandırma, caydırma ve bastırma amacı taşırken, idari tedbirler daha çok bir hukuka aykırılığın devamını ve tekrarlanmasını önleme, ihlalin sonuçlarını giderme ve eski duruma getirme amacıyla uygulanırlar. Ali ULUSOY, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.17 ve 175. Bu noktada Kurul tarafından teşebbüslere rekabet uyum programı uygulama yükümlülüğü getirmek, teşebbüsleri cezalandırma amacı gütmek yerine teşebbüslerin bir kez daha rekabeti kısıtlamalarını önleme amacı taşıyacağından bir idari tedbir olacaktır.

<sup>42</sup> ABD’de AU Optronics şirketi hakkında açılmış bir kartel davasında söz konusu şirketin etkin bir rekabet uyum programı oluşturmasına ve bu programın tüm masrafları şirkete ait olacak biçimde üç yıl boyunca bağımsız uzmanlar tarafından denetlenmesine karar verilmiştir. Bkz. Belit POLAT, “Rekabet Cezası Riski Karşısında Uyum Programları: İki Önemli Gelişme”, *Pazarlardan Haberler*, 14 Haziran 2013, <http://pazarlardanhaberler.com/2013/06/14/5366/>, erişim: 07.04.2016.

Aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'un halihazırda bu nitelikte bir tedbire ne derece izin vereceği de net değildir<sup>43</sup>. Kurul'a böyle bir yetkinin açıkça tanınması durumunda rekabet mevzuatını ihlal etmiş bir teşebbüsün, yeni bir ihlal daha gerçekleştirerek ilk ihlalden “ders çıkarmadığı” düşünüldüğünde, Kurul tarafından zorunlu tutulacak bir rekabet uyum programını uygulamak suretiyle “oyunu kuralına göre oynamayı” öğrenmesi sağlanabilecektir.

Bir taraftan uyum programlarını hiç dikkate almamak uyum programlarının yaygınlaşmasını engelleyecek, bu da Kurum tarafından önem verilen rekabet kültürünün kurumsallaştırılması misyonuna zarar verecektir. Diğer taraftan uyum programlarını otomatikman bir cezada indirim nedeni olarak kabul etmek, teşebbüsleri sırf ceza indirimi alabilmek için göstermelik uyum programları uygulama yoluna özendirebileceği gibi aynı zamanda uyum programı verme faaliyetini de danışmanlık şirketleri açısından bir kazanç kapısına dönüştürerek adeta bir “rekabet uyum programı hizmetleri pazarı”nın oluşmasına yol açabilecektir. Şu durumda uyum programları uygulamayı özendirecek, ancak bunun sadece cezada indirim elde edebilmek amacıyla yapılmasını önleyecek bir orta yol bulunması gerekmektedir<sup>44</sup>. Bu bağlamda Kurul'un rekabet uyum programlarını hiç dikkate almayan mevcut yaklaşımını değiştirmesi ve teşebbüsler tarafından bir uyum programı uygulanmasının, diğer indirim nedenleriyle birlikte değerlendirilerek somut olayda cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak dikkate alınması isabetli olacaktır.

Böylece sırf rekabet uyum programı uyguladı diye teşebbüsler cezada indirim alamayacak, sadece incelemeye yardımcı olunması, ihlale son verilmiş olması, zarar görenlere tazminat ödenmiş olması gibi birtakım hafifletici unsurların varlığı durumunda uyum programı uygulanmış olması da bu bağlamda değerlendirilerek ödüksüz kalmayacaktır. Zaten teşebbüsler gerçek anlamda bir rekabet uyum programı uyguluyorlarsa, olası bir rekabet ihlalinin daha ortaya çıkmadan engelleyecek veya ihlalin doğuracağı olumsuz etkileri

---

<sup>43</sup> Rekabet uyum programı uygulamaya yönelik bir tedbir, Kurul'un görev ve yetkilerini düzenleyen 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde geçen “*ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirler*” arasına girebilir. Yine de Kurul'a bu yönde açık bir yetki verilmeden hükmedilecek tedbirlerin, dava açılması durumunda idari yargıda iptal edilme riski bulunmaktadır.

<sup>44</sup> Örneğin Kanada rekabet hukukunda teşebbüslerin halihazırda uyguladığı veya uygulamaya başlayacağı rekabet uyum programının yalnızca “*inandırıcı ve etkili*” olması koşuluyla Kanada Rekabet Bürosu tarafından teşebbüslere verilecek cezada indirim yapılabileceği kabul edilmiştir. Yersu ŞAHİN, “Rekabet Uyum Programlarına Havuç İkramı”, **Pazarlardan Haberler**, 31 Mart 2016, <https://pazarlardanhaberler.com/2016/03/31/rekabet-uyum-program-larina-havuc-ikrami/>, erişim: 07.04.2016.



gidermeye çalışacaklardır. Başka bir deyişle, eğer teşebbüsler samimiyetle bir rekabet programı uyguluyorlarsa, Kurul tarafından haklarında soruşturma açıldığını öğrendikleri zaman zaten iddia edilen ihlale son verme yoluna gideceklerdir. Rekabet uyum programı uygulama, rekabet kurallarına uygun iş yapmak konusunda bir iyi niyet göstergesi ise aynı iyi niyetin soruşturma sürecinde de sürdürülmesi ve Kurum'la işbirliği yapılması uyum programı uygulayanlar teşebbüslerden beklenecektir. Bunların hiçbirini yapmayıp, “biz rekabet uyum programı uyguluyorduk” yönünde bir savunma yapan teşebbüslerin bu savunması çoğu zaman inandırıcı olmayacaktır.

Diğer hafifletici unsurların varlığı durumunda uyum programı uygulanmış olmasının ceza indirimindeki payı da belirlenmelidir. Halihazırda Ceza Yönetmeliği'nde hafifletici unsurlar karşısında cezada dörtte bir (%25) ile beşte üç (%60) arasında bir indirim verilebileceği düzenlenmiştir<sup>45</sup>. Bu indirim oranlarının uyum programları karşılığında da verilmesi isabetli olmayacaktır. Uyum programı uygulanmasına, en alt sınır olan %25'lik bir indirim oranının verilmesi bile orantısız olacaktır. Düşüncemize göre uyum programlarına verilecek indirim oranının (başka bir deyişle diğer indirim nedenleri arasında uyum programlarına ilişkin payın) %10'dan daha az olması gerekmektedir. Bunun nedeni AB rekabet hukukunda AB Komisyonu ile uzlaşma (*settlement*) yoluna giden ve böylece rekabet ihlali yaptığını kabul eden teşebbüslere bile verilen indirimin (pişmanlık uygulamasından yararlanılmıyorsa) %10 olmasıdır<sup>46</sup>. İhlali kabul eden teşebbüslere bile en fazla %10 oranında bir ceza indirimi veriliyorsa, ihlal tespitine itiraz eden ama uyum programı da uygulayan teşebbüslere evleviyetle daha düşük indirim verilmelidir. %10'dan daha fazla bir indirim verilmesi ise hakkaniyete uygun olmayacaktır.

<sup>45</sup> Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, m.7(1).

<sup>46</sup> Bkz. *Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases* [2008] OJ C167/1, prg.32. Bu örneğin AB rekabet hukukundan verilmesinin nedeni ise halihazırda Türk rekabet hukukunda yasal olarak bir uzlaşma mekanizmasının bulunmamasıdır. 7 Haziran 2015 seçimleriyle birlikte kadük olan “Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 10. maddesinde uzlaşma yolu düzenlenmiş ve hakkında soruşturma başlatılan teşebbüslerin, soruşturma raporunun tebliğine kadar ihlalin varlığını kabul ederek Kurul ile uzlaşma yoluna gidebilmesine yasal dayanak getirilmiştir. Söz konusu Tasarı'da uzlaşma durumunda teşebbüslere verilecek indirim oranının Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir.

## Sonuç

Türkiye’de Kurum tarafından rekabet kültürünün kurumsallaşmasını sağlamak amacıyla rekabet uyum programlarının yaygınlaştırılmaya çalışıldığı, buna karşın Kurul’un kararlarında uyum programlarına genel olarak kayıtsız kaldığı ve uyum programı uygulayan teşebbüsleri herhangi bir biçimde ödüllendirilmediği görülmektedir. Uyum programlarından beklenen faydaların gerçek anlamda elde edilebilmesi için Kurum’un faaliyetleri tek başına yeterli olmayacağından Kurul’un da uyum programlarına ilişkin pozisyonunu değiştirmesi gerekmektedir. Kurul’un doğru bir biçimde belirttiği üzere teşebbüslerin bir rekabet uyum programı uygulamış olması elbette rekabet ihlalinin varlığını ortadan kaldırmayacaktır. Ancak söz konusu olan uyum programlarının ihlali ortadan kaldırması değil, ihlal karşılığında verilecek cezayı hafifletmesidir. Bu noktada teşebbüsler tarafından bir uyum programı uygulanmasının, *diğer indirim nedenleriyle birlikte değerlendirilerek* somut olayda cezanın belirlenmesinde hafifletici unsur olarak dikkate alınması isabetli olacaktır. Ceza Yönetmeliği’nde değişiklik yapılmasının düşünüldüğü bir ortamda, rekabet uyum programı uygulamanın Ceza Yönetmeliği’ne bir hafifletici unsur olarak eklenmesi ve Kurul’un uygulanmasında da *diğer indirim nedenleriyle birlikte değerlendirilerek* ceza indiriminde pay sahibi olması Kurul tarafından dikkate alınmalıdır.

## KAYNAKÇA

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY: “UK Businesses’ Understanding of Competition Law”, <https://www.gov.uk/government/publications/uk-businesses-understanding-of-competition-law>, erişim 07.04.2016.

GİRGİN, Bulut: “Kuralsız Oyun, Oyun Değildir”, **Pazarlardan Haberler**, 31 Mart 2011, <http://pazarlardanhaberler.com/2011/03/31/kuralsiz-oyun-oyun-degildir/>, erişim: 07.04.2016

GİRGİN, Bulut: “Uyum Programları Rekabet Kurulu kararına geçti”, **Pazarlardan Haberler**, 24 Haziran 2011, <http://pazarlardanhaberler.com/2011/06/24/rknin-gozu-uyumda/>, erişim: 07.04.2016.

OFFICE OF FAIR TRADING: “How your business can achieve

compliance with competition law”, OFT1341, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284402/oft1341.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/oft1341.pdf), erişim: 07.04.2016.

ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu’nun Basın Bültenleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa. 2, s.515-558, [https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/17%20Ahmet%20Fatih%20%20C3%96ZKAN%20tam%205\\_2.pdf](https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/17%20Ahmet%20Fatih%20%20C3%96ZKAN%20tam%205_2.pdf), erişim: 07.04.2016.

POLAT, Belit: “Rekabet Cezası Riski Karşısında Uyum Programları: İki Önemli Gelişme”, **Pazarlardan Haberler**, 14 Haziran 2013, <http://pazarlardanhaberler.com/2013/06/14/5366/>, erişim: 07.04.2016.

ŞAHİN, Yersu: “Rekabet Uyum Programlarına Havuç İkrarı”, **Pazarlardan Haberler**, 31 Mart 2016, <https://pazarlardanhaberler.com/2016/03/31/rekabet-uyum-programlarına-havuc-ikrami/>, erişim: 07.04.2016.

TOKSOY, Fevzi: “Rekabet Uyum Programı bir ‘Kurumsal Sosyal Sorumluluk’ Projesi midir?”, **Pazarlardan Haberler**, 7 Nisan 2012, <http://pazarlardanhaberler.com/2012/04/07/rekabet-uyum-programi-bir-kurumsal-sosyal-sorumluluk-projesi-midir/>, erişim: 07.04.2016.

TÜRKKAN, Erdal: “Rekabet Uyum Programı ve Rekabet Kurumu Paydaşlarının Yeni Misyonu”, **Rekabet Forumu**, Sa. 66, s.3, [http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi66.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi66.doc), erişim: 07.04.2016.

ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013

### **Rekabet Kurulu Kararları**

24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları kararı-I

03.07.2008 tarihli ve 08-43/591-223 sayılı İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları kararı-II

13.10.2009 tarihli ve 09-46/1154-290 sayılı CNR/NTSR kararı

17.03.2011 tarihli ve 11-16/287-92 sayılı **Algida** kararı-I

17.08.2011 tarihli ve 11-45/1076-372 sayılı **Eczacıbaşı Baxter/**

**Genzyme** kararı

23.05.2012 tarihli ve 12-27/796-224 sayılı **Efes** kararı-I

12.06.2012 tarihli ve 12-32/916-275 sayılı **Kayseri Bosch Bayileri** kararı

18.07.2012 tarihli ve 12-38/1084-343 sayılı **Efes** kararı-II

28.08.2012 tarihli ve 12-42/1258-410 sayılı **Algida** kararı-II

29.08.2013 tarihli ve 13-49/710-297 sayılı **Linde Gaz** kararı

29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı **Frito Lay** kararı

04.11.2014 tarihli ve 14-43/795-356 sayılı **OPET/Kelkit Vadisi Petrol** kararı

## MOBBİNG DAVALARINDA İSPAT SORUNU

Ahmet TAŞKIN\*

### ÖZET

*Mobbing, kavram olarak nispeten yeni olsa da çok eski bir olgudur. İnsanların iş veya görev gereği aynı ortamı paylaştıkları her yerde mobbinge rastlamak mümkündür. Bugüne kadar mobbing konusunda yüzlerce tez ve makale yazılmış, anket ve araştırmalar yapılmıştır. Gerek özel ve gerekse kamu sektöründe çok sayıda mobbing meydana gelmekte ancak bunlardan çok azı hakkında dava açılmaktadır. Mobbing olgusuna göre dava sayısının çok az oluşu ve açılan davalardan çok azında manevi tazminata hükmedilmesi ispat konusunda sorunlar yaşandığını göstermektedir. Çünkü mobbing, çoğunlukla gizlice ve sinsice yürütüldüğü ve mağdur tarafından delil temin edilmesinde güçlük çekildiği için ispatlanması zor olan bir konudur. Bu nedenle mobbing iddialarında katı ispat kurallarının terk edilmesi zorunludur. Aksi takdirde işyerlerinde ve kamu kurumlarında mobbing sayısı her geçen gün artma eğilimi gösterecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Mobbing, yıldırma, manevi tazminat, ispat, dava.

### PROOF ISSUE IN THE MOBBING CASES

#### ABSTRACT

*Even though mobbing, as a relatively new concept, it is a very old phenomenon. Mobbing can be found everywhere that people share the same environment as job or task. Thesis and hundreds of articles on mobbing made so far, surveys and studies have been done. It should occur in either the private and the public sector, but regarding the few cases of mobbing are opened. According to the mobbing phenomenon consists of the very few number of cases filed and to award compensation in the very least indicates that there are problems with the proof. By reason of mobbing, and often secretly taken to a subject that is difficult to prove that the difficulties in providing evidence and stealthily carried by the victim. Therefore, it is necessary to abandon the strict rules of proof to the allegations of mobbing. Otherwise, the number of mobbing in the workplace and public institutions will tend to increase with each passing day.*

**Keywords:** Mobbing, intimidation, solatium, prof, case.

---

\* Dr., Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

## GİRİŞ

1960'larda, hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamı (ethologist) Konrad Lorenz, tarafından kuşlar gibi küçük hayvan gruplarının tilki gibi daha güçlü ve yalnız bir hayvana toplu şekilde hücum ederek uzaklaştırması ya da aynı kuluçkadan çıkan kuşlar arasında yaşanan ve diğer kuşların, aralarındaki en zayıf kuşu yiyecek ve sudan uzak tutarak dışlaması, iyice güçsüz bir hale getirmesi ve en sonunda da fiziksel saldırılarla öldürerek grubun dışına atması durumunu ifade etmek amacıyla kullanılan ve *Heinz Leynmann* tarafından insan davranışlarına uyarlanan mobbing kavramı bugüne kadar yüzlerce araştırmaya, tez ve makale çalışmasına konu olmuştur.<sup>1</sup> Tanım ve kavram yeni olsa da mobbingi oluşturan davranışlar kavramın ortaya çıkmasından çok daha öncesine dayanmaktadır. İnsanların iş veya görev gereği aynı ortamı paylaştıkları her yerde mobbinge rastlamak mümkündür.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından kurulan mobbing hattına (ALO 170) binlerce şikâyet gelmesine<sup>2</sup> karşın bunlardan çok azı dava konusu edilmekte ve açılan davalardan da çok azı ispatlanabilmektedir. Örneğin, 2010-2015 yılları arasında mobbing iddiası içeren 221 davadan sadece 54'ünde manevi tazminat talebinde bulunulmuş, bunlardan da yalnızca 11'i manevi tazminat talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır.<sup>3</sup> Binlerce mobbing mağduru olduğu halde bunlardan yüzlercesinin dava açması, dava açanlardan çok azının mobbing nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunması ve talepte bulunanlardan çok azı lehine tazminata hükmedilmesi ciddi anlamda ispat sorunu olduğunu göstermektedir. Çünkü mobbing, çoğunlukla gizlice ve sinsice yürütüldüğü ve mağdur tarafından delil temin edilmesinde güçlük çekildiği için ispatlanması zor olan bir konudur. Birçok davada mobbing nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunulduğu halde mobbinge ilişkin maddi olgular anlatılmamakta, çoğu zaman da mobbing farklı konu ve kavramlarla karıştırılmaktadır. Örneğin, işyeri kabalığı veya işveren tarafından yapılan bir veya iki olaya ilişkin psikolojik baskı mobbing olarak algılanmakta ve manevi tazminat talebinde bulunulmaktadır. Doğal olarak bu tür davalarda mobbing iddiası unsurları oluşmadığı için reddedilmektedir.

---

<sup>1</sup> Bkz. TAŞKIN, Ahmet, İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, Üç gün içinde kitap olarak yayınlanmış olacak, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 15 vd.

<sup>2</sup> Bkz. [www.ntv.com.tr/ekonomi/turkiyenin-mobbing-karnesi,8B9nQH\\_8zkKZbbhJfU10Ag](http://www.ntv.com.tr/ekonomi/turkiyenin-mobbing-karnesi,8B9nQH_8zkKZbbhJfU10Ag) (Erişim Tarihi: 07.03.2016)

<sup>3</sup> Söz konusu bilgi UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) veri tabanından yapılan karar sorgulaması sonucu elde edilmiştir.

Bu çalışmada mobbing tanımı yapıldıktan sonra mobbingin karıştırıldığı kavramlara yer verilmiş, ispatta yaşanan güçlükler ile buna ilişkin çözüm önerileri ve Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararları değerlendirilmiştir.

## I. MOBBİNG KAVRAMI

### A. Kavramın Tarihsel Gelişimi

Mobbing, birçok kavrama göre oldukça yeni bir kavramdır. Bu kavramın, yuvalarını korumak için saldırganın etrafında uçan kuşların davranışlarını betimlemek amacıyla 19. yüzyılda İngiliz biyologlar tarafından kullanıldığı bilinmektedir.<sup>4</sup> Daha sonra 1960'larda, hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamı (ethologist) Konrad Lorenz, *mobbing* kavramını, kuşlar gibi küçük hayvan gruplarının tilki gibi daha güçlü ve yalnız bir hayvana toplu şekilde hücum ederek uzaklaştırması ya da aynı kuluçkadan çıkan kuşlar arasında yaşanan ve diğer kuşların, aralarındaki en zayıf kuşu yiyecek ve sudan uzak tutarak dışlaması, iyice güçsüz bir hale getirmesi ve en sonunda da fiziksel saldırılarla öldürerek grubun dışına atması durumunu ifade etmek amacıyla kullanmıştır.<sup>5</sup>

*Konrad Lorenz'in* incelemelerine göre mobbing, küçük, güçsüz ve zayıf hayvan guruplarının kendileri için tehdit oluşturan daha büyük ve güçlü bir hayvana yönelik onu tehdit unsuru olmaktan uzaklaştırma amacını taşıyan taciz, yıldırma, bıktırma ve rahatsız etme şeklindeki davranışlarına deniyordu. Buna göre mağdurlar sayıca fazla ama güçsüz, saldırgan (mobbing eylemcisi) ise tek fakat güçlüydü. Mobbing kavramı insan davranışları ile ilişkilendirildiğinde kavramın da içeriği ve kapsamı değişmiş oldu. İnsanlar söz konusu olduğunda mobbing mağduru tek olsa da failinin sayıca çoğunlukta olması gereksiz hale geldi ve süreç içinde yatay, dikey ve düşey mobbing şeklinde üç büyük grup altında ele alındı. Buna göre mobbing faili bazen tek bazen de bir grup oldu; mağdur bazen güçlü konumdayken bazen de güçsüz konumda bulundu. Örneğin, memur veya işçi konumunda bulunan kimselerin

<sup>4</sup> WESTHUES, Kenneth, *The Mobbings at Medaille College*, in 2002, Canada: University of Waterloo, October, 2002, s. 2.

<sup>5</sup> TINAZ, Pınar, BAYRAM, Fuat ve ERGİN, Hediye, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 3; GÜN, Hüseyin, *Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz: Mobbing/ Bullying*, 2. Baskı, Lazer Yayınları, Ankara, 2010, s. 25; ACAR, Aslı Beyhan ve DÜNDAR, Gönen, *İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Maruz Kalma Sıklığı ile Demografik Özellikler Arasındaki İlişkinin İncelenmesi*, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 2, 2008, s.112; LEYMAN, Heinz, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Volume: 5, Issue: 2, s.1996, s. 165-184; DAVENPORT, Noa, Ruth Distler, SCHWARTZ ve Gail Pursell, ELLIOTT, *Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz*, Sistem Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 3.

kendilerinden daha güçlü konumda bulunan amirlerine karşı mobbing uygulaması klasik mobbing kavramına uygun olsa da bir amirin (yöneticinin, işverenin) kendinden daha güçsüz (ast veya alt kadrodakiler) çalışanlara karşı mobbing uygulaması klasik mobbing kavramına terstir.

*Heinz Leymann*, 1973’de ilk kez tanımlamış olduğu mobbing olgusunu<sup>6</sup>. “bir veya birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak, sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yönelmesi şeklinde, psikolojik bir terör” olarak nitelendirmiştir.<sup>7</sup> Mobbing kavramı, örgütte çalışanlar arasında birbirlerine karşı uygulanan benzer tipte, sistematik ve uzun dönemli düşmanca ve saldırganca davranışlar olarak tanımlanabilir. Bu açıdan mobbing, işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür.<sup>8</sup> Söz konusu kavram, çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, değersizleştirme (itibarsızlaştırma), tehdit, şiddet, aşağılama, küçümseme, uygunsuz şakalar ve baskı gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir.<sup>9</sup>

Mobbing kavramını, ilk kez insanlar arasındaki bir etkileşim tarzını betimlemek amacıyla kullanan kişi İsveçli bilim adamı Peter-Paul Heinemann’dır. Heinemann, çocuklardan oluşan küçük grupların, tek ve güçsüz bir çocuğa karşı giriştiği kabadayılık ve zorbalık içeren zarar verici saldırgan davranışları mobbing kavramı ile tanımlamıştır.<sup>10</sup> Doktor Caroll Brodsky, işyerinde mobbing davranışını tanımlayan ilk kitabını (*The Harassed Worker*) 1976’da yazmıştır. Brodsky kitabının başlığındaki “taciz“ kelimesi; başkasını yıpratmak, ona eziyet etmek, onu engellemek veya ondan tepki almak amacıyla tekrar tekrar ve sürekli olarak yapılan girişimleri yapmak, sürekli diğer kişiyi kıskırtmak, ona baskı yapmak, onu korkutmak, yıldırma, ya da rahatını kaçıran davranışlarda bulunmak anlamına kullanmıştır.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> SMITH, P.K. at al., “Definitions of Bullying: A Comparison of Terms Used, and Age and Gender Differences, in a Fourteen-Country International Comparison”, *Child Development*, July-August, Volume: 73, Number: 4, 2002, s. 1119.

<sup>7</sup> Bkz. WESTHUES, Kenneth at al, *The Remedy and Prevention of Mobbing in Higher Education*, Edwin Mellen Press, New York, 2006, s. 32.

<sup>8</sup> TINAZ, Pınar *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.11.

<sup>9</sup> Bkz. NAMIE, Gary and NAMIE, Ruth, *The bully at work*. Naperville, IL: Sourcebooks Inc., 2000.

<sup>10</sup> TINAZ/ BAYRAM/ ERGİN, s. 4; DAVENPORT/ SWARTZ/ ELLIOT, s. 3.

<sup>11</sup> DAVENPORT/ SWARTZ/ ELLIOT, s. 4.



1988’de İngiliz gazeteci Adams BBC’de yaptığı programlarda mobbing olgusuna kamuoyunun dikkatini çeken ilk isimdir. Daha sonra yaptığı çalışmalarını 1992’de “İşyerinde Zorbalık: Nasıl Karşı Konulabilir ve Üstesinden Gelinir?” kitabında yayınlamıştır. 1996’da bir başka İngiliz yazar Field, “bullying” kavramını “insanların kendine güvenlerini ve kendine saygılarını hedef alan acımasız ve sürekli saldırı” olarak tanımlamıştır. Bu davranışların altında yatan asıl sebeplerin ise insanlara hükmetme, boyun eğdirme ve örgütten uzaklaştırma isteği olduğunu vurgulamıştır.<sup>12</sup> 1998’de Duncan Chappell ve Vittorio Di Martino’nun hazırlamış olduğu ve ILO tarafından yayınlanan “İş Yerinde Şiddet” (Violence at Work) adlı kitapta “mobbing” ve “bullying” eylemleri kapsamında şiddete yönelik davranışlar tartışılmıştır. Bu raporda fiziksel ve duygusal yönüyle işyerinde şiddet incelenerek, bu olgunun işyerlerinde görülen en ciddi sorunlardan biri olduğu vurgulanıp konuya uluslararası boyutta dikkat çekilmiştir.

## B. Tanım

Yerli ve yabancı literatürde mobbing kavramı üzerinde fikir birliği yoktur. Örneğin, Björkqvist ve arkadaşları tarafından “işyerinde taciz”, Baron ve Neuman tarafından “işyeri terörü veya şiddeti”, Ashforth tarafından “zorbalık” ve Anderson ve Pearson tarafından ise “şiddet” olarak tanımlanmaktadır.<sup>13</sup> Kile, mobbing yerine “sağlığı tehlikeye sokan liderlik”, Thylefors ise “başkasının suçunu yüklemek” terimini kullanmaktadır.<sup>14</sup> Türk yazarlar arasında mobbing yerine “İşyerinde Duygusal Taciz”, “İşyerinde Yıldırma”, “İşyerinde Ruhsal Taciz”, “İşyerinde Psikolojik Şiddet”, “İşyerinde Duygusal Saldırı”, “İşyerinde Zorbalık”, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, “manevi taciz” ve “psikoşiddet” gibi ifadeler kullanılmaktadır.<sup>15</sup> Yargıtay kararlarında en sık kullanılan terim “mobbing” olmuştur.

<sup>12</sup> YÜCETÜRK, Elif, “Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş mü? Gerçek mi?” 11. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildiriler Kitabı, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayın No:57, 22-24 Mayıs, 2003, s. 3.

<sup>13</sup> ACAR/ DÜNDAR, s.112.

<sup>14</sup> AYDIN, Şule ve ÖZKUL, Emrah, “İş Yerinde Yaşanan Psikolojik Şiddetin Yapısı ve Boyutları: 4-5 Yıldızlı Otel İşletmeleri Örneği”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 7, Sayı:2, 2007, s. 485.

<sup>15</sup> KARAKUŞ, Hatice, “Bir İçerik Analizi Örneği: Çalışma Hayatında Mobbing Olduğuna Kanaat Getiren Yargıtay Kararları”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 6 Sayı: 28, Güz 2013, s. 182; BİLGEL, Nazan, AYTAÇ, Serpil ve BAYRAM, Nuran, “İşyerinde Yıldırma Davranışı”, in: İşyerinde Şiddet, Ed: Serpil Aytaç ve Nuran Bayram, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 76.

Etimolojik olarak, İngilizce “mob” ve Latince “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vulgus” sözcüğüne dayanan mobbingin.<sup>16</sup> Türkçe anlamı, *psikolojik taciz, psikolojik yıldırma, rahatsız etme, bezdiri, sıkıntı verme ve psikolojik baskıdır*. Türk öğretisinde, kavramı ifade etmek için psikolojik taciz, psikolojik sindirme ve psikolojik yıldırma deyimleri kullanılmaktadır.<sup>17</sup> Literatüre bakıldığında “mob” sözcüğünün, “birkaç zayıfın bir araya gelerek saldırgan davranışlar sergilemesi” anlamına geldiği görülmektedir.<sup>18</sup> Günümüzde güçlü olan kimseler tarafından zayıf kimselere yönelik mobbing uygulamasına da sık rastlanmaktadır. Genel ve yaygın anlamına bakıldığında mobbing, hem belli bir amaç için bir araya gelmiş zayıf bireylerin güçlü olanı psikolojik tacizi hem de güçlü olanın zayıf tarafı tacizi olduğu anlaşılmaktadır. Bir işverenin yasal yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işçisini mobbing yoluyla istifaya zorlamasında görülen durum budur. Başka bir deyişle yukarıdan aşağıya uygulanan mobbingde fail bir grup değil, güçlü ve yetkili bir kişidir.

Mobbingin yerli ve yabancı literatürde yapılmış onlarca tanımı bulunmaktadır. Örneğin; Einarsen’e göre bir ya da birden fazla çalışana karşı tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan, aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına neden olan bilerek veya bilmeden yapılan hareketlere mobbing denilir.<sup>19</sup> Vandekerckhove ve Commers, mobbing kavramını; “karmaşık davranışlarla karakterize edilen, işyerinde karşılaşılan ve bir bireye karşı uygulanan zararlı davranışlar” olarak tanımlamıştır.<sup>20</sup> Diğer tanımlara göre; mobbing, örgüt içinde gerilime ve çatışmalı bir iklime yol açan tüm psikolojik faktörlerin birleşimi sonucunda ortaya çıkan, örgüt sağlığını bozan, çalışanların iş doyumunu ve çalışma barışını olumsuz yönde etkileyen temel bir örgütsel sorundur ve bir işyerinde çalışanların, bir başka

---

<sup>16</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan ve PARLAK, Benay, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, TBB Dergisi, Sayı: 88, 2010, s. s.262; TINAZ/ BAYRAM/ ERGİN, s.3; YILDIZ, Selver ve KILKIŞ, İlknur, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2010, s.72.

<sup>17</sup> BOZBEL, Savaş ve PALAZ, Serap, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, TİSK Akademi, Cilt: 2, Sayı: 3, 2007, s. 1.

<sup>18</sup> CEMALOĞLU, Necati, “Örgütlerin Kaçınılmaz Sorunu: Yıldırma”, Bilig, Sayı: 42, 2007, s.112.

<sup>19</sup> EINARSEN, Ståle, S. “The Nature and Causes of Bullying at Work”, International Journal of Manpower, Volume: 20, No:1/2, Einarsen, 1999, s. 17.

<sup>20</sup> Bkz. VANDEKERCKHOVE, Wim ve COMMERS, Ronald, “Downward Workplace Mobbing: A Sign of the Times”, Journal of Business Ethics, Volume: 45, 2003, s. 41-50.

kişiyi ya da kişileri rahatsız edici, ahlak dışı ve sistematik söz ve davranışlarla taciz ettikleri veya psikolojik şiddet uyguladıkları bir süreçtir.<sup>21</sup> Uluslararası Psikolojik Stres ve Sistematik Mobbinge Karşı Çıkanlar Birliği'ne göre, eşit veya eşit olmayan güce dayalı olarak bir kişinin sıkça, tekrarlı ve sistematik bir biçimde ayrımcılığa uğramasına mobbing denilmektedir.<sup>22</sup> Mobbing, bir kişinin ya da bir grubun hedef seçilmiş kişiye karşı uyguladıkları ısrarlı, sistematik, aşağılayıcı, hakir görücü, yıldırıcı, haksız söz ve davranışlarıdır. Gücün bu şekilde kötüye kullanılması sonucunda, hedef seçilen kişi kendini altüst olmuş, tehdit altında, dışlanmış, aşağılanmış ve yaralanmış hisseder, öz güveni sarsılır, sahip olduğu yeteneklerinden şüphe etmeye başlar ve büyük bir stres altında kalır.<sup>23</sup> Başka bir tanıma göre; mobbing; bir kişinin, diğer insanları kendi rızaları ile veya rızaları dışında başka bir kişiye karşı etrafında toplaması ve sürekli kötü niyetli hareketlerde bulunma, ima, alay ve karşısındakinin toplumsal itibarını düşürme gibi yollarla, saldırgan bir ortam yaratarak onu işten çıkmaya zorlamasıdır.<sup>24</sup> ILO'ya göre mobbing; “bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan, zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi” şeklinde tanımlanmaktadır. Çalışanlardan birine karşı bir araya gelmekte ve kişiye karşı psikolojik yıldırma uygulanarak, kişi tacize maruz bırakılmaktadır. Mobbing, bireyi sosyal açıdan izole eden sürekli negatif görüşler ya da eleştiriler, ofis dedikoduları ya da yanlış bilgilerin yayılımı, sorumluluğun ve görevlerin kaldırılması gibi eylemleri kapsamaktadır.<sup>25</sup> Yargıtay HGK bir kararında öğretiyeye atıfta bulunarak bir mobbing tanımı yapmıştır. Söz konusu kararda mobbing, “işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar” olarak ifade edilmiştir.<sup>26</sup> Anılan karara göre; mobbingin bariz örnekleri, kendini göstermeyi engellemek, sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışan iş ortamında

<sup>21</sup> TETİK, Semra, “Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 18, 2010, s. 81.

<sup>22</sup> GROEBLINGHOFF, Dieter ve BECKER, Michael, “A Case Study of Mobbing and the Clinical Treatment of Mobbing Victims”, European Journal of Work and Organizational Psychology, Vol: 5, No: 2, 1996, s. 277-278.

<sup>23</sup> BÜTE, Mustafa, “İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Olgusu: Erzurum'da İlaç Müessisleri Üzerinde Bir Araştırma”, 17. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi, Eskişehir, 21-23 Mayıs 2009, s. 559.

<sup>24</sup> DAVENPORT/ SWARTZ/ ELLIOT, s. 15.

<sup>25</sup> When Working Becomes Hazardous, World of Work: The Magazine of The ILO, No: 26, Sept./Oct. 1998, s. 6.

<sup>26</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/9-1925.

yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdidi gibi davranışlardır. Yargıtay ve mahkeme kararlarında “bezdirme”, “yıldırma” ve “yıldırma politikası” gibi terimlere çok az rastlanılmakta, bu terimlerin kullanıldığı davalarda da mobbinge bağlı manevi tazminat talebinde bulunulmamaktadır.<sup>27</sup>

### **C. Mobbingin Amacı**

Mobbingin yaygın amacı, kurban seçilen kişiyi, kendi rızasıyla veya başka bir şekilde o işyerinden uzaklaştırmaktır.<sup>28</sup> Saldırganın temel amacı, hedef alınan kimsenin işten çıkartılması veya uzaklaştırılması ise de, tek amaç bu değildir. Amaç, mağdurun uzaklaştırılması olup, söz konusu uzaklaştırma; işten, işyerinden, işyerindeki pozisyondan veya bir kısım haklardan olabilir. İşyerinde çalışan kişiler hedef aldıkları kişinin terfi etmesini veya prim almasını ya da başka bir birime gönderilmesini sağlamak amacıyla bu kişiye karşı mobbing uygulayabilirler. Bazen işyerindeki boşalan bir üst pozisyon için bu pozisyona aday kimseler arasında rekabet çıkabilmekte ve bu rekabet mobbinge dönüşebilmektedir. Kısaca mobbingde yegâne amaç hedef alınan işçinin işten çıkartılması değildir.

### **D. Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı**

Mobbing, açık ve anlaşılır bir kavram olmakla birlikte kaynağı, sebepleri ve sonuçları yönünden bazı kavramlarla kolayca karıştırılabilmektedir. Bu durumu özellikle mobbinge bağlı tazminat istemiyle açılan iş davalarında görmek mümkündür. Mobbing, psikolojik baskı, işyeri zorbalığı (bullying), haksız takip (stalking), şiddet ve saldırganlık, örgütsel çatışma, sinizm, yabancılaştırma ve çalışma koşullarının kötüleşmesi ile kolaylıkla karıştırılabilmektedir. Çünkü mobbing sürecinde yaşananlar ile bu konulara ilişkin süreçler kısmen de olsa benzerlik göstermektedir. Mobbingin ne olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi ve benzer kavramlardan kolaylıkla ayırt edilebilmesi için benzer kavramların açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

#### **1) Zorbalık (Bullying)**

“Zorbalık” terimi, birçok ülkede “mobbing” kavramıyla eş anlamda kullanılsa da, her iki kavram arasında farklılıklar söz konusudur. Zorbalığın

<sup>27</sup> Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/36754; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/37868; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2014/ 20094.

<sup>28</sup> TINAZ, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri”, in: CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 11. (Tanı ve Çözüm Önerileri).

fiziksel olduğu kadar duygusal ve psikolojik olanı da bulunmaktadır.<sup>29</sup> Merkezi Amerika’da bulunan İşyeri Zorbalığı Enstitüsü’ne (Workplace Bullying Institute) göre zorbalık, bir veya birden fazla kimseye yönelik, sözlü taciz, tehdit, aşağılama, gözdağı verme, işe müdahale etme, işi önleme veya işin yapılmasını engelleme şeklindeki sağlığa zarar veren saldırgan davranışlardır.<sup>30</sup> Kısaca zorbalık, mağduru hedef alan ve onu kontrol altında tutmayı amaçlayan tekrar edici zararlı ve kasıtlı kötü davranışlardır.<sup>31</sup> Zorbalık (zorbalık) okulda, işyerinde, ailede, toplumda, komşulukta ve birçok yerde karşımıza çıkmaktadır.

## **2) Saldırganlık ve Şiddet**

Dünya Sağlık Örgütüne (WHO) göre şiddet; fiziksel bir gücün veya baskının kasıtlı olarak bireyin kendisine, başka birine veya bir gruba veya topluma yöneltmesi ve bunun sonucunda yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, gelişim bozukluğu veya yoksunluk durumun ortaya çıkması veya ortaya çıkma olasılığının yüksek olmasına neden olacak şekilde kullanılmasıdır.<sup>32</sup> Saldırganlık, bir başka kişiye fiziksel veya psikolojik zarar verme niyetiyle sözlü veya fiziksel davranışta bulunma<sup>33</sup> veya başkalarını inciten, zarar veren veya incitme ve zarar verme ihtimali olan davranışlar şeklinde tanımlanabilir.<sup>34</sup> İşyerindeki saldırganlık, bireylerin daha önce birlikte çalıştıkları ya da halen çalışmakta oldukları bireylere ya da kurumlara zarar verme amacıyla gerçekleştirdikleri davranışları içerir.<sup>35</sup>

## **3) İşyeri Kabalığı**

İşyeri kabalığı (workplace incivility), mobbingden ayrıldığı gibi işyeri zorbalığından da (bullying) farklı bir kavramdır. İşyerinde taciz (mobbing), saldırı (aggression, assault) ve bullying (zorbalık) konularına

<sup>29</sup> BRİDGE, Berna, Zorbalık-Mobbing: Bilinmeyen Çeşitleri ve Çözümleri, 2. Baskı, Beyaz Yayınları, İstanbul, 2010, s. 14.

<sup>30</sup> CALVIN, Dan, “Workplace Bullying Statutes And The Potential Effect On Small Business, Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal”, Volume: 7, No:1, 2012, s.167.

<sup>31</sup> CALVIN, s. 170.

<sup>32</sup> DURSUN, Salih, “İşyeri Şiddetinin Çalışanların Tükenmişlik Düzeyi Üzerine Etkisi: Sağlık Sektöründe Bir Uygulama”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak, 2012, s. 106.

<sup>33</sup> ÖZEN, Yener, “Saldırganlık, Psikolojik Şiddet ve Duygusal Zekâ Arasındaki İlişki”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 35, 2013, s.2.

<sup>34</sup> TEVRÜZ, Suna, ERDEM, İnci ve BOZKURT, Tülay, Davranışlarımızdan Seçmeler: Örgütsel Yaklaşım, 3. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2012, s.151.

<sup>35</sup> SOLMUŞ, Tark, İşyeri Terapisi: İş Yaşamında Kişilik ve Davranış Sorunları, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 79.

olabildiğince ilgi gösterilmesine rağmen basit kabalığa, nezaketsizliğe, davranışlarda düşüncesizliğe, saygısızlığa ve bunların etkilerine çok az ilgi gösterilmiştir.<sup>36</sup> Bununla birlikte söz konusu kavram son dönemlerde literatürde çok popüler olmaya başlamış ve araştırmalarda daha fazla dikkat çekmiştir.<sup>37</sup> İşyeri kabalığı ile mobbing birbirine benzerlik gösterse de temel olarak birbirinden çok farklıdır. Mobbing; bir ya da birden fazla kişinin, bir kişiyi hedef alarak, kasıtlı olarak sistematik bir biçimde, ahlaki olmayan ve düşmanca davranışlarda bulunması ve bu davranışlar sonucunda kişinin savunmasız ve çaresiz bir duruma itilmesiyle işyeri kabalığı, pek çok noktada bu kavramdan farklılaşmakta ve daha genel bir davranış biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>38</sup> Bu kavramın mobbingden ayrıldığı nokta, daha genel bir davranış biçimi olmasıdır. İşyerinde mobbing, bir veya birkaç kişiye yönelik olarak gerçekleştirilebilmekte iken, işyerinde kabalık herkese yönelik olabilmektedir.<sup>39</sup>

#### **4) İş Sürtüşmesi, Örgütsel Çatışma, Sinizm ve Yabancılaşma**

Her işyerinde çalışanların sinirlendiği, stresin doruk noktaya çıktığı o an için meslektaşına kırıcı sözlerin söylendiği, sürtüşmelerin yaşandığı anlar olabilir. Bu kısa süreli tartışma, sürtüşme anı mobbing sayılmaz. Mobbing sayılması için kasıtlı ve sistematik olarak, olaya değil kişiye odaklanmış ve uzun bir zamandan beri devam ediyor olması gerekmektedir.<sup>40</sup> İş sürtüşmesi işyeri kabalığından farklı bir kavramdır. İşyeri kabalığında işe ilişkin belli bir konu yoktur veya kabalıkta bulunan kişi belli bir konuda kaba davranmıyordur. Kabalık sürekli bir olgudur ve belli bir kişiye yönelik değildir. İş sürtüşmesi ise işyerinde bir işin yürütümü, paylaşımı veya yerine getirilmesinde yaşanan ihtilafı ilgilidir. Bazen çalışanlar yapılması istenen işin kendi işleri olmadığını veya tam tersine kendi işleri olduğunu ileri sürebilirler ya da bir işin nasıl yapılması gerektiği konusunda aralarında tartışabilirler.

<sup>36</sup> MARTIN, Roberta, “Workplace Incivility”, Allworth Juniper, Issue:7, Autumn, 2003, s. 1.

<sup>37</sup> TRUDEL, Jeannie, “Workplace Incivility: Relationship With Conflict Management Styles and Impact on Perceived Job Performance, Organizational Commitment and Turnover”, College of Education and Human Development Department of Leadership, Foundations and Human Resource Education University of Louisville, KY, August 2009, s. 2

<sup>38</sup> DELEN, Meltem Güngör, “Çalışma Hayatında İşyeri Kabalığı Olgusu”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Sayı: 53, 2010, s. 46.

<sup>39</sup> ÇUKUR, Cengiz, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, ÇEİŞ, Mart, 2012, s. 37

<sup>40</sup> KAYA, Çiğdem, Cerrahi Hemşirelerinin Mobbinge Maruz Kalma Durumlarının Belirlenmesi ve Mobbingin Hemşirelerin Motivasyonları Üzerine Olan Etkisinin İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, Afyonkarahisar, 2012, s. 12; ATASOY, Sağlık Sektöründe Mobbing: Sakarya İlinde Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Ebe ve Hemşireler Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2010, s. 16-17.

Örgütsel çatışma kavramı, “örgütte, iki veya daha fazla kişi veya grup arasındaki kıt kaynakların paylaşılması veya faaliyetlerin tahsisi ile yine bu kişi veya gruplar arasındaki statü, amaç, değer ve algı farklılıklarından kaynaklanan anlaşmazlık ya da uyuşmazlık” şeklinde tanımlanabilir. Nasıl tanımlanmış olursa olsun, anlaşmazlık, zıtlasma, uyumsuzluk ve birbirine ters düşme çatışmanın temel unsurlarını meydana getirir. Bu unsurların esas olduğu bir ortamda taraflar, kendi çıkarlarını gerçekleştirmek veya görüşlerini hâkim kılmak çabası içine girerler.<sup>41</sup> İşyerinde veya işletmelerde çatışmalar; bir çalışanın kendi içinde, çalışanın diğer bir çalışana, bir işçinin bir gurupla ya da gurubun diğer bir grupla çatışması şeklinde görülür.<sup>42</sup> Çatışma, iki veya daha fazla kişi ya da grup arasındaki çeşitli sebeplerden doğan anlaşmazlıkları ifade etmekte, kişiliği hedef almamakta, esasen işin yapılış şekli üzerindeki fikir ayrılıklarına odaklanmaktadır. Mobbingde ise anlaşmazlığın görünümü ahlak dışı ya da kişiliğe yönelik haksız ve olumsuz davranışlar şeklinde ortaya çıkmakta, bu davranışlar süreklilik göstermekte ve sonuçları mağdur açısından ağır olmaktadır.

Sinizm; özellikle insanların gizli, açığa vurulmamış amaçları hakkında kötümser ve hayal kırıklığına dayalı olarak olayları açıklama tutumu ile kendi çıkarlarını korumak veya artırmak için sırf araç olarak başkalarıyla ilgilenme ve işleri idare etme eğilimi olarak açıklanmaktadır.<sup>43</sup> Bir tanıma göre örgütsel sinizm, örgüt içindeki insanların bir bölümünde bulunan, örgütlerinin dürüstlükten yoksun olduğuna ve adalet, içtenlik, doğruluk gibi ilkelerin örgütün çıkarlarına feda edildiğine dair bir inançtır.<sup>44</sup> Örgüt yönetimlerinin birçok hatalı ve başarısız uygulamaları neticesinde ortaya çıkan örgütsel problemler ve yaşanan kriz ve skandallar, çalışanlarda örgütlerine yönelik ciddi şekilde güvensizlik, yılma, monotonluk, tedirginlik, kuşku, yabancılaşma ve benzeri bir takım olumsuz düşünce, tutum ve davranışların gelişmesine sebebiyet vermiş; sinizm de bu olumsuz düşünce ve tutumların en yaygın

<sup>41</sup> ŞİMŞEK, M. Şerif, AKGEMCİ, Tahir ve ÇELİK, Adnan, Davranış Bilimlerine Giriş ve Örgütlerde Davranış, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, s. 353; KILIÇ, Mustafa, “Örgütsel Çatışma ve Yönetimi”, in: Yönetim ve Organizasyon, Ed: Salih Güney, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007, s. 104.

<sup>42</sup> ŞİMŞEK/ AKGEMCİ/ ÇELİK, s. 359.

<sup>43</sup> TOKGÖZ, Nuray ve YILMAZ, Hakan, “Örgütsel Sinizm: Eskişehir ve Alanya’daki Otel İşletmelerinde Bir Uygulama”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 8, No: 2, 2008, s. 285.

<sup>44</sup> TOKGÖZ, Nuray, “Örgütsel Sinizm, Örgütsel Destek ve Örgütsel Adalet İlişkisi: Elektrik Dağıtım İşletmesi Çalışanları Örneği”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Ekim, s. 365; BEDEIAN, A.G., “Even if the Tower is Ivory, It Isn’t White: Understanding the Consequences of Faculty Cynicism”, Academy of Management Learning & Education, Volume: 6, No: 1, 2007, s.11.

görülenlerinin başında yer almıştır.<sup>45</sup> Bireylerin yalnız kendi çıkarlarını gözettiğine inanan ve buna göre herkesi çıkarıcı kabul eden kimse “sinik” ve bunu açıklamaya çalışan düşünce “sinizm” olarak tanımlanmaktadır.<sup>46</sup> İşe yabancılaşma, işçinin işini anlamsız bulması; örgütünde kurduğu ilişkilerden doyum sağlayamaması; kendisini yalnız, yetersiz, güçsüz görmesi; geleceğe ilişkin umutlarını yitirmesi ve kendisini sistemin basit bir çarkı olarak algılaması biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>47</sup> İşe yabancılaşma kavramı, bu doğrultuda örgütsel sinizm kavramının sonuçlarıyla ilişkili görünmektedir.<sup>48</sup> Yabancılaşma, bazen topluma, bazen insanın kendisine, bazen de işe yabancılaşma şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>49</sup>

### **5) Haksız Takip (Stalking)**

Stalking kelimesi İngilizceden gelmekte olup, bir kişinin kasıtlı ve ısrarlı bir şekilde belli bir süre takip ve taciz edilmesi, sinsice izlenmesi ve gözlenmesi anlamına gelmektedir (www.ldoceonline.com). İngilizce kökenli olan bu kavram avcılarının kendi aralarında kullandıkları argo dilinden ortaya çıkmış ve kelime olarak “ava sessizce ve dikkatlice yaklaşmak”, “avlamaya hazır halde beklemek” veya “hedefi belirlemek ve gerekli araçlarla gizli ve dikkatlice yaklaşmak” anlamında kullanılmıştır. Stalking kavramı, 1993 yılında bir adli tıpçı tarafından “bir kimsenin izni olmadığı halde obsessiv ve normal olmayan bir biçimde tehdit veya taciz edilmesi” olarak tanımlanmış ise de halen genel kabul gören bir tanım yapılmamıştır.<sup>50</sup> Bazı yazarlar

---

<sup>45</sup> Bkz. GÜL, Hasan ve AĞIRÖZ, Aliye, “Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama”, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: II, 2011, s. 27-47.

<sup>46</sup> TOPÇU, İbrahim vd., “Sağlık Çalışanlarında Örgütsel Sinizm Ölçeğinin Geçerlik ve Güvenirliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3, 2013, s. 125; SAĞIR, Tuba ve OĞUZ, Ebru, “Öğretmenlere Yönelik Örgütsel Sinizm Ölçeğinin Geliştirilmesi”, International Journal of Human Sciences, Volume: 9, Issue: 2, 2012, s. 1094; KÂHYA, Cem, “Örgütsel Sinizm, İş Performansını Etkiler mi? İş Tatminin Aracılık Etkisi”, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 3, Bahar, 2013, s. 35.

<sup>47</sup> FETTAHLIOĞLU, Tamara, Örgütlerde Yabancılaşmanın Yönetimi: Kahramanmaraş Özel İşletme ve Kamu Kuruluşlarında Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi SBE, Yüksek Lisan Tezi, Kahramanmaraş, 2012, s. 32 vd.

<sup>48</sup> YILDIZ, Kaya, AKGÜN, Nuri ve YILDIZ, Sevilay, “İşe Yabancılaşma ile Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişki”, The Journal of Academic Social Science Studies, Volume: 6, Issue: 6, Haziran, 2013, s. 1263-1264.

<sup>49</sup> FETTAHLIOĞLU, s. 31.

<sup>50</sup> ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s.10.



“stalking” kelimesini “saplantılı takip”<sup>51</sup> bazıları da “ısrarlı takip”<sup>52</sup> olarak kullanmaktadır. Bu kavram, bir kimsenin sosyal yaşamında tek yönlü iletişim ve asimetrik bir ilişki kurmaya çalışması, bunu yaparken de ilişki ve iletişim kurmaya çalıştığı kişiye psikolojik olarak kasıtlı şekilde zarar vermesi ve ancak bunu saplantılı bir hale getirmesidir.<sup>53</sup> Diğer bir ifadeyle stalking, bir kişinin, bir başka kişiyi, belli bir süre ve tekrarlanan davranışlarla hukuka aykırı olarak ısrarla takip ve taciz etmesi anlamına gelir.<sup>54</sup> Kısaca stalking, bir insanın diğerine karşı ruhsal ve psikolojik açıdan kasıtlı şekilde zarar verici ve rahatsız edici bir dizi davranışta bulunmasıdır.

Örneğin; sürekli telefon etme, mektup yazma, e-posta gönderme, not bırakma, izleme, takip etme, kontrol etme, eve veya ofiste çalışma odasına girme, çiçek veya benzeri hediyeler gönderme, iş girişinde ya da çıkışında bekleme, asılsız dedikodular yayma ve hatta şiddet uygulamaları birer stalking olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>55</sup> Mağdur, söz konusu davranışlarda adeta terörize edilmekte, hayatının birçok anı fail tarafından çekilmez hale getirilmektedir. Öyle ki mağdur ilerleyen süreç içinde evinde veya yalnız kaldığı yerlerde bile her an bir telefon alacak veya faili karşısında bulacak gibi tedirgin olmaktadır.

## **6) Psikolojik Baskı**

Mobbing ile en çok karıştırılan ve çoğu zaman da birlikte kullanılan kavram “psikolojik baskı”dır. İnsanların düşünce, davranış ve iradeleri üzerindeki her zorlayıcı ve baskılayıcı söz, tutum, hukuki tasarruf ve davranış psikolojik baskı teşkil edebilir. Mobbingde de kişinin psikolojisi, duygu, düşünce ve ruhsal yapısı üzerinde manevi bir baskı söz konusudur. Ancak mobbingde bu durum uzun süreli, sık sık tekrarlanan, belli bir amaca yönelik olan sistemli bir harekettir. Psikolojik baskıda sistematik ve sürekli haksızlık veya olumsuzluk yoktur. Çalışana, “Ya istifa edersin ya da senin hakkında hırsızlıktan soruşturma açar ve öyle işten çıkartırım” ya da “Ya diğer ildeki büroda çalışmayı kabul edersin ya da çıkarsın” demek birer psikolojik baskıdır. Çalışan sürekli soruşturmalara maruz bırakılıyor veya sürekli yeri

<sup>51</sup> BAĞ, Beyhan, “Bir Şiddet Türü Olarak Saplantılı Takip Etme Hali”, ZfWT Vol. 4, No. 1, 2012, s. 165.

<sup>52</sup> TÜRKMEN, Ahmet, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, s. 1387.

<sup>53</sup> TAŞKIN, Ahmet, “İşyerinde Mobbing ve Mobbing Benzeri Davranışlar”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 3, Temmuz 2013, s.156.

<sup>54</sup> TÜRKMEN, s. 1387.

<sup>55</sup> TÜRKMEN, s.1390.

değiştiriliyorsa ve bu durum bitecek gibi görülüyorsa mobbingden söz edilir. Bazen işyerinde bir veya birkaç işçiye yönelik psikolojik baskı olabileceği gibi tüm işçilere yönelik baskı da olabilir. Örneğin, yetişmesi gereken siparişlerin zamanında teslimi için işçilere daha fazla ve daha özenle çalışmalarını aksi takdirde pirim ödemesinin yapılmayacağını söylemek ve adeta onlara nefes aldirmamak hem stres nedeni hem de bir psikolojik baskıdır. Birçok iş davasında işveren tarafından işçiler üzerinde psikolojik baskı yapıldığı iddia edilmekte, ancak çoğu iddialar soyut kalıp ispatlanamamaktadır.<sup>56</sup> Mahkeme tarafından psikolojik baskının varlığı kabul edilse de bu husus mobbing olarak değerlendirilmemektedir. Çünkü her mobbing de psikolojik taciz bulursa da her psikolojik baskı mobbing oluşturmamaktadır.

### **7) Çalışma Şartlarının Kötüleşmesi ve Yönetim Hakkının İstismarı**

Genellikle işçiler çalışma şartlarının işyeri uygulaması olarak ağırlaştırılmasını ya da kötüleşmesini psikolojik baskı ve mobbing olarak görebilmektedir. Örneğin, İzmir 6. İş Mahkemesi; kendi görev tanımı haricinde birçok işi yapmak zorunda bırakıldığını, normal şartlar altında çalışması gereken saatler dışında gece 00.00 ve 02.00 sularına kadar çalıştırıldığını, hafta sonları fazla mesai yaptırıldığını, tüm bunlara rağmen maaşına zam dahi yapılmadığını, işe başlama öncesinde lojman sözü verilmesine rağmen bu sözün tutulmadığını, kirli ve rahat olmayan alelade odalarda kalmaya zorlandığını beyanla mobbinge maruz kaldığını ileri süren bir işçinin mobbing iddiasını yerinde görmemiş<sup>57</sup> ve bu yönde vermiş olduğu karar Yargıtayca da onanmıştır.<sup>58</sup> Yine bir davada; bir başka işverene devredilen bir otelde yeni işveren yeni yönetim oluşturmaya çalışmış, verim alamadığı bazı işçilerle sorun yaşamış, bazılarının işten ayrılması için ikale yoluna gitmiş, yoğun ve stresli ortamın neden olduğu olumsuzluklar yüzünden işten çıkan bir işçi mobbing iddiasıyla manevi tazminat davası açmış, yerel mahkeme koşulları oluşmadığı gerekçesiyle mobbing iddiasını reddetmiş<sup>59</sup> ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>60</sup> Yönetim hakkının kötüye kullanımı veya çalışma şartlarının kötüleşmesi bir işçiye yönelik ise ve bu durum belirli aralıklarla sürekli tekrarlanıyorsa mobbingden söz edilebilir. Çalışma koşullarının kötüleşmesi iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilme nedenidir.

<sup>56</sup> Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/949.

<sup>57</sup> Bkz. İzmir 6. İş Mahkemesi, E: 2011/828.

<sup>58</sup> Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/33378

<sup>59</sup> Bkz. İzmir 6. İş Mahkemesi, E: 2011/828.

<sup>60</sup> Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/33373; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2012/33374; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/33375.

## E. Mobbingin Görülme Sıklığı

İşyerlerinde Mobbingin Önlenmesi kapsamında 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi 19.03.2011 tarih ve 27879 nolu sayı ile Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Genelgenin 4. Maddesi gereği Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanmaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezine 15 Kasım 2010 – 31 Aralık 2012 tarihleri arasında 5.007.377 çağrı gelmiştir. 2012 yılında ise, 2011 yılına göre çağrı sayısında % 61'lik bir artış gerçekleşmiştir. 2012 yılında ALO 170'e gelen 3.015.944 çağrının %89,36'ına karşılık gelen 2.695.198'i karşılanmıştır. 19.03.2011 - 31.12.2012 tarihleri arasında toplam 4.851 adet mobbing ile ilgili çağrı alınmıştır. Çağrılarının % 65'i özel sektör çalışanlarından (3.131); % 35'i ise kamu sektörü çalışanlarından (1.720) gelmiştir. 2.626 çağrı (% 54) erkeklerden, 2.225 çağrı (% 46) ise bayanlardan gelmiştir. Mobbing şikâyeti ile çağrı merkezini arayan özel sektörler ve arama sayısı şöyledir: Sanayi sektörü 495, mağaza, restoran ve market sektörü 320, özel sağlık kuruluşları 189, turizm işletmeleri 153, belediye taşeron firma çalışanları 126, hizmet sektörü 107, inşaat sektörü 103, bankacılık 102 ve iletişim hizmetleri 74 (www.csgeb.gov.tr). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından kurulan mobbing hattına binlerce şikâyet gelmesine karşın bunlardan çok azı dava konusu edilmekte, açılan davalardan da çok azı ispatlanmaktadır. Örneğin, 2010-2015 yılları arasında mobbing iddiası içeren 221 davadan sadece 54'ünde manevi tazminat talebinde bulunulmuş, bunlardan da yalnızca 11'i manevi tazminat talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır.<sup>61</sup> Binlerce mobbing mağduru olduğu halde bunlardan yüzlercesi dava açıyor, dava açanlardan çok azı mobbing nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunuyor ve talepte bulunanlardan çok azı lehine manevi tazminata hükmediliyorsa bu durum ciddi anlamda ispat sorunu olduğunu göstermektedir. Çünkü mobbing çoğunlukla gizli ve sinsice yürütüldüğü ve mağdur tarafından delil temin edilmesinde güçlük bulunduğu için ispatlanması zor olan bir konudur.

## II. HUKUKTA İSPAT

### A. İspat Kavramı

Sözlükte ispat kelimesi, “bir şeyi açıklığa kavuşturma, güvenilir, sağlam şeyi ikame etme, gerekli delilleri sağlama, bir hak veya vakıanın gerçekliğini

<sup>61</sup> Söz konusu bilgi UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) veri tabanından yapılan karar sorgulaması sonucu elde edilmiştir.

delillerle ortaya koyma” anlamlarına gelir.<sup>62</sup> Hukukta ispat, bir davada ileri sürülen iddia ve müdafaaların doğruluğuna, gerçeği yansıttıklarına hâkimi inandırma işidir.<sup>63</sup> Türk hukukunda da ispat faaliyetinin hedefi olarak makul, ortalama bir kişinin ikna edilmesi (objektifleştirme teorisi) veya mutlak anlamda objektif gerçeğin bulunması (objektif teori) yerine; hâkimin ikna edilmesidir.<sup>64</sup>

Hâkimin inandırılması ise delillerle olur.<sup>65</sup> Yani ispatın yegâne vasıtası delillerdir. Delile rağmen yorum ve kanuna rağmen hüküm olamaz. Hâkim; delilleri, maddi olguları ve kanunu yorumlayarak bir hüküm verir. Toplum hayatında insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çoğunluğunun çözümü için yargıya başvurulmaktadır. Anlaşmazlıkların, ihtilaf konusu olan hak ve olayların adalet sınırları dâhilinde incelenerek saptanması ve çözüme kavuşturulmaları için, iddia konusu olan şeylerin ispat edilmesi gerekir. Bir hak hakikatte var olsa bile, hakkın varlığı ihtilaf halinde ispat olunmadığı takdirde, o hak elde edilemez. Dolayısıyla hakkın varlık ve sübutunun objektif hale gelebilmesi, herkes tarafından tanınıp, devletin ilgili kurumları vasıtasıyla sahibine verilebilmesi onun ispat edilmesine bağlıdır.

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen olumlu veya olumsuz olayın somut olarak gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır. Yani hukuk kuralının soyut olarak düzenlediği ve bir hukuki sonuç bağladığı olaylar, somut olarak gerçekleşmiş bulunmadıkça o kural uygulanamaz ve öngörülen hukuki sonuç doğmaz.<sup>66</sup> Usul hukukunda kural olarak mahkemenin pasifliği ilkesi nedeniyle, hukuki sonucun doğumunu ileri süren tarafın iddiasını somut olayda ispatı gerekir, işte ispat, dava konusu hakkın veya buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi veya ikna faaliyetidir. Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında

<sup>62</sup> TENER, Feyza, İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 13.

<sup>63</sup> YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002, s. 575; ALBAYRAK, Hakan, Yaklaşık İspat, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2012, s. 5; Bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 1966.

<sup>64</sup> Bkz. ATALAY, Oğuz, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 41.

<sup>65</sup> KARAMAN, Hayreddin, Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku-Giriş ve Amme Hukuku-, Acar Matbaacılık, İstanbul 1987, I/330; Fahrettin Atar, İslâm Adliye Teşkilatı, Gaye Matbaası, Ankara 1979, s.190.

<sup>66</sup> TAŞPINAR, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, s. 543.

mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir. Kısaca ispat, bir vakianın doğruluğuna hâkimi inandırmaktır.<sup>67</sup> Yargılamada ispat hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca temel haklardandır. Anayasa'ya göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Benzer düzenleme 6100 sayılı HMK'nın 189. maddesinde de yer almaktadır. Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir.<sup>68</sup> İspat, dava konusu hakkın veya buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi veya ikna faaliyetidir.

İspat hukukunda karinelerin yeri büyüktür. Sözlük anlamıyla karine; karışık bir iş veya meselenin anlaşılmasına ve çözümlenebilmesine yarayan iz, ipucu; bir durumun anlaşılmasına yardım eden hal ve belirtidir. Karineler, bir hukuki durumun aydınlanması, bir hukuki görüşe güvenin korunması veya muamele hayatının özel gereklerinin karşılanması şeklinde bir ispat zorunluluğunu kaldırması yahut kurumların varlığının korunması gibi çeşitli amaçlara hizmet eder.<sup>69</sup> Kanuni karine, belli bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır.<sup>70</sup> Doktrinde kanuni karineler, kendi içlerinde aksinin ispat edilip edilememesine göre veya bir hakkı, olayı göstermelerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlardan birisi karinelerin aksi ispat edilemeyenlerinin kesin, diğerlerinin adi karine sayılması şeklindedir. Diğer bir ayırım ise karineleri hak karineleri ve olay karineleri şeklinde ayırmaktadır.<sup>71</sup>

Delilsiz bir hüküm olmayacağı gibi delile rağmen adil bir hüküm de kurulamaz. Çünkü medeni usul hukukunda yargılamanın amacı ceza yargılamasında olduğu gibi "maddi gerçeğe" ulaşmaktır.<sup>72</sup> Bununla birlikte medeni yargılamada maddi gerçeğe ulaşma mutlak anlam taşımaz. Taraflardan

<sup>67</sup> TAŞPINAR, s. 543; Bkz. KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan ve YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara 2012, s. 357; Bkz. ATALAY, s. 5.

<sup>68</sup> GÜMAN, Nihat, "Medeni Yargılama Hukuku Açısından Taciz", CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 202.

<sup>69</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi", Yargıtay Dergisi, Cilt: 10, Temmuz, Sayı: 3, 1984, s. 272-273.

<sup>70</sup> UMAR, Bilge ve YILMAZ, Ejder, İspat Yükü, İstanbul, 1980, s. 165.

<sup>71</sup> TAŞPINAR, s. 544.

<sup>72</sup> PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 47.

birisi ileri sürdüğü delili pek ala geri çekebilir. Vazgeçilen delili hâkim değerlendiremez. Oysa ceza yargılamasında hukuka uygun olan her delil değerlendirilir ve hükme esas alınabilir. Taraflardan biri, dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanır veya reddini sağlayabilir.<sup>73</sup> Yargılamanın başında iddia edilen ve devamında ispatına çalışılan gerçeğe ulaşmak, mahkemenin değerlendirme, yorum ve takdiri ile mümkündür. Bu kapsamda mahkemeyi hükme götürücü bir kanaatin oluşabilmesi için tarafların, iddia ve savunmalarının temelini teşkil eden maddi olguların yanı sıra bu olguların dayandığı delilleri de mahkemeye sunmaları gerekmektedir.<sup>74</sup> Bugün için medeni usul hukukunda “taraflarca getirilme ilkesi” geçerli olduğundan dava malzemeleri, taraflarca toplanır ve mahkemeye sunulur. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülmeyen olguların ve delillerin mahkemece kendiliğinden araştırılması mümkün değildir.<sup>75</sup>

## **B. İspatın ve Delilin Konusu**

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK, m. 187/1). Bir taraf, ancak kendi dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların gerçek olmadığını ispat ederek davayı kazanır ve hakkında açılan davanın reddini sağlayabilir.<sup>76</sup> Bu nedenle hukuksal açıdan haklı olmak değil, ispat etmek önemlidir. Hâkim, özellikle bu çerçevedeki ilk ve en önemli tespiti ön inceleme aşamasında yapmış olmalıdır (HMK, m. 137, 140). Herkesçe bilinen vakıalar (malum ve maruf vakıalar) ile ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz (HMK, m. 187/2). Delilin konusu maddi vakılardır.<sup>77</sup> Bir maddi vakıanın ispatlanması da ancak delil ile olur. Dolayısıyla hukuk normları ispatın konusu dışında kalır. Çünkü hâkim, Türk hukukunu resen uygular (HMK, m. 33). İleri sürülen ve ispatına çalışılan maddi vakıaların hukuki nitelendirilmesi ve uygulanacak olan hukuk normunun belirlenmesi hâkimin görevine girmektedir.

<sup>73</sup> KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1966.

<sup>74</sup> ÖCAL, Bahar, “Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, AÜHFD, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011, s.525.

<sup>75</sup> KURT, Nesibe, “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s. 603; ÖCAL, s. 525.

<sup>76</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 357.

<sup>77</sup> KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1967.

İspatı gereken olaylar müspet (olumlu) vakıalar olabileceği gibi, menfi (olumsuz) vakıalar da olabilir. Özellikle yer ve zaman yönünden belirli olmayan olumsuz vakıaların ispatı neredeyse imkânsızdır. Bu imkânsızlığın aşılabilmesi için, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak kabulü, karşı tarafa açıklama ödevi kapsamında savunmasını somutlaştırma yükü yüklenerek menfi vakıanın belirli hale getirilmesi, karşı delil ikame yükü yüklenmesi ve isticvaba davet edilmesi imkânlarından yararlanılabilir.<sup>78</sup> Eğer yasa bir tarafın iddia ettiği olaylara doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir sonuç bağlamamış veya ileri sürülen istemle ilgili olarak hiçbir sonuç öngörmemiş ise bu olayların ispatına gerek yoktur. Ancak bir delilin güvenilirliği hususunda hâkimde kanaat uyandırmak için gerekirse yardımcı olayların ispatı olanağı saklıdır.<sup>79</sup> Hâkim yargılamada tarafların ileri sürdükleri vakıaları ve delilleri bir süzgeçten geçirerek davanın çözümü için gerekli olmayanları inceleme konusu yapmayacaktır. Bu ayıklama gereksiz yere davanın uzamasının önüne geçilmesi açısından da önem taşımaktadır.<sup>80</sup> Taraflardan birinin ileri sürdüğü olaylara karşı diğer tarafın sessiz kalması davaya konu vakıayı çekişmesiz hale getirmez. Çünkü susmak, ikrar etmek anlamına gelmez. Türk hukukunda sükûtun zimni bir irade açıklaması veya örneğin bir ikrar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Genel hükümler uyarınca, ileri sürülen olaya karşı diğer tarafın sessiz kalması halinde bile o olayın ispatı aranmaktadır.<sup>81</sup> Nitekim HMK'nın 128. maddesine göre “Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır.”

İspatın konusu, bir davada ileri sürülen ve taraflar arasında çekişmeli olan olaylardır.<sup>82</sup> Dolayısıyla, taraflar arasında çekişmeli olmayan hususlar için delil gösterilmesine gerek yoktur.<sup>83</sup> Örneğin, taraflarca anlaşmaya varılan veya taraflarca ikrar edilen bir konu hakkında delil ibraz edilmez. İspatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil

<sup>78</sup> TIĞLI, Hüseyin, “HMK Hükümleri Çerçevesinde İspat Yükü”, Adalet Dergisi, Sayı: 43, 2012, s. 242.

<sup>79</sup> UMAR, s. 19.

<sup>80</sup> TIĞLI, s. 245.

<sup>81</sup> UMAR, s. 26.

<sup>82</sup> BAŞÖZEN, Ahmet, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 119, Ocak 2012, s. 4. (İspat Sorunları)

<sup>83</sup> KURU, s. 1968.

gösterilir. (HMK, m. 187) Varlığı aşikâr olan veya herkes ya da birçok insan tarafından bilinen maruf ve meşhur vakıaların ispatına gerek yoktur. Bundan başka mahkeme, bir delil ikamesi talebini yalnızca inceleme konusu vakıanın aşikâr olduğu gerekçesiyle değil, bunun yanında ispat gözleminin mefhumu muhalifinden aşikâr olduğu gerekçesiyle de reddedebilir.<sup>84</sup>

### **C. İspat Şekilleri**

Taraflar gerek kendi iddialarını ve gerekse karşı tarafın iddialarına karşı savunmalarını çeşitli şekillerde gerçekleştirir.

#### **1) Tam İspat ve Yaklaşık İspat**

Tam ispat, klasik anlamda davalardaki maddi vakıaların ispatında kullanılır. Davacı ve davalının iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaların ispatı, deliller vasıtası ile gerçekleşir. Bir davada taraflar iddia etmiş oldukları hususları, kanunun izin vermiş olduğu bütün delillere dayanarak ispat etmeye çalışırlar. Bu ispat faaliyeti esnasında mümkün olan bütün delillerin incelenmesinden sonra oluşan kanaat ise tam kanaat olacaktır. Bir davada ise, kural olarak, kanuni sınırlar ve mantık kuralları içerisinde bütün deliller incelenir. Bütün delillerin incelenmesi nedeniyle yapılan ispat faaliyetinin adı tam ispattır ve bunun sonucunda oluşan kanaat ise tam kanaattir.<sup>85</sup> Muhakeme ilkelerinin egemen olduğu medeni hukuk usulünde yalnızca tartışmalı vakıaların ispata muhtaçlığı söz konusu olduğu halde, ceza muhakemesinde çarpıcı bir ilke olarak bir mahkemenin kararına ilişkin bütün önemli vakıaların herhangi bir biçimde ispat edilmek zorunda oldukları ilkesi geçerlidir.<sup>86</sup>

Tam kanaat, maddi vakıanın yüzde yüz kanıtlanması anlamına gelmez. Ceza yargılamasından farklı olarak hukuk yargılamasında şüphenin yüzde yüz giderilmesi diye bir ilke yoktur. Ceza yargılamasında, maddi vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkimde yüzde birlik şüphe bile “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince mahkûmiyete engel olur. Bununla birlikte hukuk yargılamasında bu derece kesin bir kanaat gerekli değildir. Bu kanaat bazen %51’lik bir oran bile olabilir. İş hukukunda bunun yasal ve içtihadî örnekleri çoktur. Yargıtay tarafından sıklıkla uygulanan “İşçi lehine yorum”, “feshin son çare olması” ve “hayatın olağan akışı” gibi ilkeler hüküm için tam ispatın aranmadığını göstermektedir.

---

<sup>84</sup> ROXIN, s. 268.

<sup>85</sup> ALBAYRAK, Hakan, Yaklaşık İspat, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2012, s. 8.

<sup>86</sup> ROXIN, s. 267.



Davacı ve davalının iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaların ispatı deliller vasıtası ile gerçekleşir. Bir davada taraflar iddia etmiş oldukları hususları, kanunun izin vermiş olduğu bütün delillere dayanarak ispat etmeye çalışırlar. Bir davada kural olarak, kanuni sınırlar ve mantık kuralları içerisinde bütün deliller incelenir. Bütün delillerin incelenmesi nedeniyle yapılan ispat faaliyetinin adı tam ispattır ve bunun neticesinde oluşan kanaat ise tam kanaattir.<sup>87</sup> Hukuk muhakemesinde tam ispatın aranmadığı durumlar da vardır. Örneğin, daha önce doktrin tarafından kabul edilen yaklaşık ispat kavramı, 6100 sayılı HMK'nın 390. maddesi ile birlikte hukukumuzda girmiştir. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre “tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır”. Görüldüğü gibi kanun koyucu bilinçli bir tercih ile ihtiyati tedbirlerde ispat ölçüsü konusunda “yaklaşık ispat” kavramını tercih etmiştir. Yaklaşık ispat temel olarak tam ispata göre düşük dereceli bir ispat faaliyeti olarak kabul edilir.<sup>88</sup>

Yargıtay HGK'nın bir kararına göre, “...işçi bir taraftan diğer işçiye, diğer taraftan işverene karşı korunmaktadır. İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir...”.<sup>89</sup> Dolayısıyla Yargıtay'a göre davacı işçinin iddiaları tutarlı olmak, iş, işyeri, tanık beyanları veya diğer delillerle çelişmemek koşuluyla yaklaşık bir delille ispat edilmiş sayılacaktır. Mobbinge mücadelede davacı işçinin ortaya koyduğu emareler ve yaklaşık bir ispatı yeterli sayılmalıdır. Mobbingin varlığı için şüpheden uzak kesin delilleri aramak işçi lehine yorum ve işçinin korunması ilkeleri ile de bağdaşmayacaktır. Bir görüşe göre yaklaşık ispat, hâkimde bir olgunun ispatı konusunda, tam bir kanaat uyandırılmasına gerek duyulmayan, gerekçelendirilmiş bir iddiadan daha fazla, fakat tam ispattan daha az bir ispat noktasını ifade ederken<sup>90</sup> diğer bir görüşe göre, vakıaların doğruluğunun ihtimal dâhilinde gösterilmesidir.<sup>91</sup> Bir görüşe göre,

<sup>87</sup> ALBAYRAK, Hakan ve YUVALI, Ertuğrul, “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İSGHD, Cilt: 9, Sayı: 34, 2012s. 78.

<sup>88</sup> ALBAYRAK/ YUVALI, s. 78.

<sup>89</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/9-1925.

<sup>90</sup> PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 574.

<sup>91</sup> KARSLI, Abdurrahman, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 562.

iddia edilen olayın doğruluğu muhtemel görülmekle birlikte, doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimaline göre daha ağır basması;<sup>92</sup> bir başka görüşe göre de, hâkimin, resen yemin teklif ettiği durumun bir üst derecesi, tam ispatın bir alt derecesi şeklinde ortaya çıkan ispat biçimidir.<sup>93</sup> Yaklaşık ispat, niteliği itibari ile dava olmayan, mahkemeden bir takım usuli taleplerin kabul edilmesinde incelenmesi gereken maddi şartların ispatında kullanılan bir yöntemdir<sup>94</sup> geçici hukuki himaye tedbirleri, hâkimin reddi, belgelerin ibrazı talebi, delil tespiti talebi gibi dava olmayan yalnızca mahkemeden davanın ilerlemesini sağlayıcı usuli işlemler kategorisine giren maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan usuli taleplerin kabulü için verilen ara kararlarda kullanılır. Dikkat edilirse verilen örneklerde uyumsuzluğun esasını çözecek bir karar verilmez. Çünkü dava niteliğinde değildir. Dava niteliğinde olmadıklarından yaklaşık kanaat yeterlidir. Yaklaşık kanaat için ise bütün deliller incelenmeyebilir. Alman hukukunda yaklaşık ispat durumunda yalnızca hemen getirilmesi mümkün delillerin incelenmesi mümkündür. Amaçlanan şey yalnızca usuli talebin kabul veya reddi ile davaya devam edilerek, o usuli talep nedeniyle davanın geciktirilmesinin önlenmesidir. Yaklaşık ispat durumunda, taraflar arasındaki sübjektif hak ihlaline ilişkin çekişmeyi sonsuza kadar çözücü mahiyette bir karar verilemez. Çünkü yaklaşık ispatın konusu sübjektif hak uyuşmazlığı değil usuli taleplerdeki maddi vakıaların ispatıdır.<sup>95</sup>

Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, göz ardı edilmemelidir. Yaklaşık ispat, hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil gösterilmesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple de kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınan ispat ölçüsüdür.<sup>96</sup> Mobbing olgusu da hakkaniyetli ve adil bir yargılama ve hüküm için yaklaşık ispatı gerekli kılmaktadır. Çünkü mobbingin birçok türünde, işveren karşısında çok daha zayıf konumda olan ve delil bulma ya da getirme konusunda işverene oranla çok daha az imkâna sahip bulunan işçi söz konusudur.

---

<sup>92</sup> Bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 574-575.

<sup>93</sup> RÜZGARESEN, Cumhur, “İflâs Hukukunda Borcun Ödenmeme Tehlikesi ve Başvuru Yolları”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 110, Nisan 2011, s. 1-24.

<sup>94</sup> ALBAYRAK, s. 8.

<sup>95</sup> ALBAYRAK, s. 8-9.

<sup>96</sup> BAŞÖZEN, İspat Sorunları, s. 9.

Mobbingde ispatın konusu, iddia edilen maddi vakıaların ve bunların sonunda zararın meydana gelip gelmediği, zarar oluşmuş ise bunun mobbing teşkil eden eylemlerle ilgisinin bulunup bulunmadığıdır. Uğradığı mobbing nedeniyle stres, anksiyete ve kaygı bozukluğu yaşayan bir kimse bu rahatsızlığını mobbinge bağlayabilir. Benzer şekilde karşı taraf da bu rahatsızlığın davacının aile içi sorunları nedeniyle meydana geldiğini ileri sürebilir. Mobbing iddiaları tanık ve belge gibi delillerle ispat edilmese bile kendi içinde tutarlı ve hayatın olağan akışına uygun ise hastalığın mobbing nedeniyle meydana geldiğinin kabulü hakkaniyete daha uygundur.

## **2) İspat Kolaylığı**

Bir konunun özelliği icabı ispatı ne kadar zor ise yargılamada ispat yükünün o ölçüde hafifletilmesi ya da kolaylaştırılması gerekir. Hiçbir ayırım yapmadan her konuda yargılamanın taraflarından aynı derecede ispat derecesini beklemek hakkaniyete ve adalete aykırıdır. Bu durum silahların eşitliği ilkesiyle de bağdaşmaz. Kollhosser'e göre Alman Medeni Usul Kanununda ispat ölçüsü, hâkime somut iddianın dayandırıldığı vakıaların gerçekleştiğinin ne kadar muhtemel olduğunu ve hâkimin kanaat tesisi için ihtimalin yeterli olup olmadığı, taktiren tespit hakkı verir. Bu çerçevede ispat ölçüsünün temeli, hâkimin delilleri değerlendirme ilkesine dayanır.<sup>97</sup> Mobbing, çoğunlukla gizli ve sinsice yürütüldüğü ve genellikle de işveren veya vekili tarafından uygulandığı için mağdur tarafından delil bulunması zordur. Bir kere hali hazırda çalışan işçilerin işveren aleyhine tanıklık yapması hayatın olağan akışına da aykırıdır. İşveren, işyerinde kamera ile giriş ve çıkış kayıtlarını kendisi tutmakta, mahkemeden istenilmesi durumunda da ibrazdan kaçınabilmektedir. İşçi kendi lehine delil oluştururken geniş imkânlarla sahip değildir. İşveren mobbing eylemini bizzat değil de işçileri vasıtasıyla uyguluyorsa ispat veya delil bulma çok daha zordur. Bu durumda ispat kolaylığı ve yaklaşık ispat gibi usul hukukuna ilişkin kavramlar fırsat eşitsizliğini gidermektedir.

Mobbinge mücadele edilebilmesi, işveren karşısında oldukça zayıf konumda olan işçinin gerek işverene ve gerekse onun adına hareket eden vekilleri ile işyerindeki sayı ve sıfat yönüyle güçlü olan kişilere karşı korunabilmesi, işyerinde mobbinge ilişkin haksızlıkların önlenmesi ve yargılama sırasında doğrunun bulunarak adaletin sağlanması için mobbing davalarında ispatın kolaylaştırılması zorunludur. Diğer bir ifadeyle mobbing

<sup>97</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 116.

davalarında şüpheden uzak, kesin ve mutlak bir ispat aranması hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğurur. İspat kolaylığı kavramı, tam ispatın tersidir ve bu tür ispatın eksikliği ve adalete erişimdeki yetersizliğini tamamlamaktadır. İspat kolaylığı, bir davada tam olarak ispatlanması gereken vakıaların çeşitli ispat zorlukları sebebiyle ispat ölçüsünün düşürülerek ispatına imkân tanıyan, böylece bir görüşe göre delil ikame yükünün,<sup>98</sup> bir görüşe göre ise ispat yükünün yer değiştirdiği durumları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.<sup>99</sup> İspat kolaylığının iki etkisi bulunmaktadır. Birincisi ispat ölçüsünün düşürülmesi, ikincisi ise buna bağlı olarak delil ikame yükünün veya tartışmalı olmakla birlikte ispat yükünün yer değiştirmesi durumudur.

İspat kolaylığı işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmesi halinde de söz konusudur. İş Kanununun 5. maddesinde, işçinin iddiasını dolaylı vakıalar yoluyla kanıtlamasından sonra ispat yükünün işverene geçtiği öngörülmüştür. Doktrindeki ispat kolaylığının olduğu durumlarda ispat yükünün mü değiştiği yoksa değişen şeyin yalnızca delil ikame yükünün mü olduğu tartışmalarına girmeksizin ispat yükünün yer değiştirdiğini belirtmiştir.<sup>100</sup> Böylece eşit davranma borcuna aykırılık iddiasındaki işçi, dolaylı yoldan hâkimde belirli ölçüde bir kanaatin oluşumunu sağlayacak biçimde vakıalar ortaya koyarsa işveren eşit davranma borcuna aykırı davranmadığını ispatlamak zorunda kalacaktır. İspat kolaylığı ile ispat zorluklarının aşılması amaçlanmaktadır. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bir yargılamada neyin adil olup olmadığını uygulanacak maddi hukuk hükümleri belirler. Maddi hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanabilmesi için de o maddi hukuk hükmünün koşul vakiasının mevcut olduğuna dair hâkimde tam bir kanaatin oluşması gerekir. İşte ancak bu şekilde ilgili maddi hukuk kuralı somut olaya uygulanabilir ve en basit anlamıyla da adil bir kararın verilebilmesi sağlanmış olur.<sup>101</sup>

### **3) Doğrudan İspat ve Dolaylı İspat**

Tarafların yargılama neticesinde lehlerine hüküm alabilmeleri ileri sürdükleri iddia ve savunmaları ispat etmelerine bağlıdır. Bu yüzden taraflar

---

<sup>98</sup> ALBAYRAK, s. 12.

<sup>99</sup> ALBAYRAK/YUVALI, s. 79.

<sup>100</sup> Bkz. BAŞÖZEN, İl Görünüş İspatı, s. 92 vd.

<sup>101</sup> ALBAYRAK/YUVALI, s. 80.

iddialarını ispat etmek için delil göstermek ve hâkimi ikna etmek zorundadır. Türk hukukunda kanuni delil sistemi kabul edildiği için davaya bakan hâkim kesin delillerle bağlı iken takdiri delilleri serbestçe değerlendirebilmektedir.<sup>102</sup> İspat kolaylığı kavramı aynı zamanda doğrudan ispat ve dolaylı ispat kavramları ile de yakından ilişkilidir. Buna göre ispat, doğrudan iddia edilen olaya delalet eden deliller aracılığı ile yapılırsa, buna doğrudan ispat denilir. Buna karşılık, iddia edilen olayı yansıtan ve kendisinden olayın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerden ziyade, diğer komşu olayların varlığına dayalı olarak çekişmeli olay hakkında delillerin değerlendirilmesi suretiyle hâkim tarafından bir sonuca ulaşılması yoluyla gerçekleştirilen ispat faaliyetine de dolaylı ispat denilmektedir. Dolaylı ispat sayesinde ispat ile yükümlü olan tarafa iddiasını ispat ederken kolaylıklar sağlanmaktadır.<sup>103</sup>

İddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak çekişmeli vakıa hakkında, hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması yoluyla ispata çalışmak ise “dolaylı ispat” veya “emare ispatı” kavramlarıyla ifade edilmektedir. Emare ispatı da ilk görünüş ispatı gibi dolaylı bir ispattır. Bu nedenle komşu vakıaların ispat edilmesi suretiyle asıl vakıalar hakkında hâkimde bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Taraflar, komşu vakıaların kanuni unsurlarının gerçekleştiğini ispat ederlerse, hâkim bu vakıalara dayanarak, asıl ispatı gereken vakıanın da büyük ihtimalle gerçekleştiğine karar verebilir. Burada hayat tecrübeleri ve mantık kuralları önemli rol oynar. Bu noktada komşu vakıalar ile asıl ispat edilmesi gereken vakıalar arasında mantıksal bir bağ olması gerektiği belirtilmelidir.<sup>104</sup> Doğrudan ispat, ispat edilen somut olayın gerçekleşme biçiminin normla ilişkilendirilmesi suretiyle olayların ispata hizmet ederken; dolaylı ispat, iddia edilen olaylara komşu olayların ispatlanması yoluyla somut olaya ilişkin çıkarılan sonucu haklı gösterir.<sup>105</sup>

#### **4) Asıl İspat, Karşı İspat ve Aksine İspat**

İspat yükü, kendi üzerine düşen tarafın iddia ettiği vakıanın doğru olduğunu ve koşul vakıaları karşıladığını ispat etmesine asıl ispat adı verilir.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> ERDÖNMEZ, Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2013, s. 15.

<sup>103</sup> ALBAYRAK/ YUVALI, s. 81.

<sup>104</sup> ALBAYRAK/ YUVALI, s. 82.

<sup>105</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 59.

<sup>106</sup> KARSLI, Abdurrahman, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık,

Asıl ispat ile karşı ispat fonksiyonel bakımdan birbirinden farklıdır. Asıl ispatın hedefi; hâkimde iddia olunan vakıaların gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği yolunda bir kanaat uyandırmak olduğu halde, karşı ispatın hedefi ise; hâkimde ispat yükünü taşıyan tarafça oluşturulmaya çalışılan kanaatin sarsılması ve karşı taraf iddialarının doğruluğu hakkında şüphe uyandırmaktır. Burada sadece şüphe uyandırmak yeter, aksi yönde tam bir kanaat tesisi zorunlu değildir.<sup>107</sup>

Aksini ispat ise bunlardan farklıdır. Çünkü asıl ispat ve karşı ispatta taraflar, hâkimde henüz oluşmayan kanaat üzerinde hâkimin kanaatini kendi lehine oluşturma çabasında iken, aksini ispat ise hâkimde oluşmuş kanaatin ya da karine olarak kabul edilen vakianın olmadığı ya da aksinin gerçekleşmiş olduğu yönündeki ispat çalışmasıdır.<sup>108</sup> Aksini ispat kural olarak kanuni karinelerin çürütülmesine yönelik ispat faaliyetidir (HMK m. 190/II). Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, karşı tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden karşı delil ileri sürerek ispatta bulunabilir. Bir kimse kendi iddiasını ispat edemezse ispat yükü diğer tarafa geçmez. Bir kimsenin herhangi bir vakıayı ispatla yükümlü olmadığı halde bunun aksini gösterir deliller ileri sürmesine karşı delil denir. HMK'nın 191. maddesine göre; "Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz."

Bir kimse karşı ispatta bulunarak karşı tarafı güç durumda bırakmak ve onu iddiasını ispat edemeyecek bir duruma sokmak isteyebilir. Örneğin, iş davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda, ispat hukukunun genel esaslarına uygun şekilde iş sözleşmesinin haklı olarak bozulduğunun ve bir emek karşılığı olmayan hafta ve genel tatil ücretlerinin ödenmiş olduğunun ispatı işverene düşer.<sup>109</sup> Diğer bir deyişle işçi çalıştığını, işveren ise bunun karşılığını ödemediğini ispat etmek zorundadır. Karşı delil, ispat yükü kendisine düşmeyen tarafın gösterdiği delillere denir. İspat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispatlamış ise bunun aksini ispat karşı tarafa geçer.

Kanuni delil sisteminin özellikleri, vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi, teksif ilkesi, hâkimin emin olma çabasında hâkimi kısıtlayan ilkelerdir. Mesela vakıaların taraflarca getirilmesi ve teksif ilkesi nedeniyle hâkim, olayı her yönüyle açıklamada gerekli gördüğü bütün verilere ulaşmamaktadır.

---

İstanbul, 2012, s. 561.

<sup>107</sup>ALBAYRAK, s. 6.

<sup>108</sup>ALBAYRAK, s. 7.

<sup>109</sup>KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 366.

Hâkim tarafların göstermiş olduğu delillerle bağlıdır. Ayrıca kanuni delil sistemi nedeniyle belli vakıaların ispatı ancak belli delillere hasredilmiştir. Hatta bu delillerle hâkim bağlıdır. Yani mesela, senede bağlanması zorunlu bir alacağın alacaklısı alacağının varlığını senet ile ispatladıktan sonra, hâkim için artık bu hakikattir. Bu şekilde kanun koyucu, hâkimin hakikate ulaşma çabasında hâkimi sınırlamış, bir bakış açısına göre de hâkime yardımcı olmuştur. Böylece kanuni delil sistemi nedeniyle hâkim, belli delillerin gösterilmesi ile o vakıanın ispatlanmış olduğundan emin olmak zorunda kalacak, daha fazla araştırma yapmasına gerek kalmayacaktır.<sup>110</sup>

### **5) İlk Görünüş İspatı**

İspat güçlüğüne bulunduğu durumlarda hak kaybının önlenmesi ve adaletli bir sonuca ulaşılabilmesi için emare ispatı, fiili karineler, ispat kolaylığı ve ilk görünüş ispatı gibi hukuki kurumların kullanılması zorunludur. Bu zorunluluğun açıkça görüldüğü alanlardan birisi de iş hukuku ve özellikle de mobbing iddialarıdır.

İnsanların bilimsel geçerlilik derecesinde mutlak gerçeğe ulaşması her durumda mümkün olmayacağı için, vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar, muhtemel durumlarda da karar verilmesi özel hukuk açısından hakkaniyete ve adalete daha uygundur. Anayasanın 138. maddesinde de hâkimlerin anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri belirtilmiştir. Bu hükme göre esas olan hâkimin vicdani kanaatine göre karar vermesidir. Bir iddianın hiçbir şüpheye ve tereddüde yer vermeyecek biçimde mutlak olarak (%100) ispatlanması durumunda zaten vicdani kanaate gerek yoktur. O halde vicdani kanaat %51 den %99'a kadar olan bir inanma gücüdür. Buna göre, esas olarak özel hukukta her durum açısından mutlak bir ispattan söz edilmesi mümkün değildir. Aslında mutlak ispatın aranmasına da gerek yoktur. Hâkim, kuvvetli olmayan (%49'dan daha az) ihtimal hesaplarına, akıl, mantık ve muhakemeye dayanmayan varsayımlara göre karar veremez. Vicdani kanaat, bir şeyin varlığına veya yokluğuna ya da iddia edildiği şekilde meydana geldiğine dair ağırlıklı (%51) kanaattir. Bu kanaatin hayatın olağan akışı ilkesi ve yorumla desteklenmesi zorunludur. Güçlü delil ile ispatlanan bir iddianın kabulündeki vicdani kanaat ile güçsüz delillerle ispatlanmaya çalışılan bir iddianın kabulündeki vicdani kanaat bir değildir.<sup>111</sup> Çünkü vicdani kanaat, bir tahmin veya his (duyu) değildir. Bu kanaat çerçevesinde; olayın

<sup>110</sup> ALBAYRAK, s. 7-8.

<sup>111</sup> AKCAN, Recep, "Yargıtay Kararlarındaki Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği", Selçuk Üniversitesi HFD, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2004, s. 7-24.

özelliği ve oluş şekli, tarafların iddiaları, varsa tanıkların beyanları, bu beyan ve iddialar arasında tutarlılık, uyumluluk ve bütünlük, maddi vakıaların olabilirliği, dürüstlük ve iyiniyet göstergeleri ile hayatın olağan akışı gibi hususlar birlikte değerlendirilmelidir.

Alman Krallık Mahkemesinin 1931 yılında verdiği bir karara göre; hâkimde bir olayın gerçekleştiğine yönelik ilk görünüş ispatı ile oluşan inanç (kanat), karşı tarafın delil göstermesiyle sona ermiş veya giderilmişse, bu durumda ilk görünüş ispatının “aksini ispatla” değil, “karşı ispatla” çürütüldüğü kabul edilmelidir.<sup>112</sup> Alman Federal Mahkemesi de ilk görünüş ispatının temellerini, hâkimin delilleri serbest değerlendirmesi yetkisi çerçevesinde ele almıştır. Buna ilave olarak, ilk görünüş ispatı ile gerçekleştirilen ispatın da, asıl ispat faaliyeti olduğu; ispat yükünün yer değiştirmesine etkili olmadığı; buna karşılık ilk görünüş ispatının gerçekleştirilmesiyle karşı ispat faaliyetine girişilmesi gerekliliği, karşı tarafın ispat faaliyetinin karinelerle ispattan farklı olarak “aksini ispat” olmadığı önemle vurgulanmıştır. Böylelikle ilk görünüş ispatının, esas olarak, yaşam deneyimlerine dayandığı, hâkimin delilleri değerlendirme yetkisi alanında temel işlevlerini yerine getirdiği; ispat yükünün dağılımına etki etmediği kabul edilmiş oldu.<sup>113</sup>

İlk görünüş ispatının maddi hukuka ilişkin olduğu görüşüne göre, ilk görünüş ispatının söz konusu olduğu durumlarda ispat yükü ya yer değiştirmekte ya da kısmen ters çevrilmektedir.<sup>114</sup> Alman hukukunda ileri sürülen ve halen hâkim olan görüşe göre ilk görünüş ispatı, ispat yükü kuralı olarak kabul edilemeyeceği için maddi hukuk kuralı olarak da kabul edilemez. Bu nedenle ilk görünüş ispatı, hâkimin delilleri değerlendirmesine yardımcı olan yargılama hukuku müessesesidir.<sup>115</sup> Hâkim, ilk görünüş ispatı çerçevesinde ağırlıklı kanaatine göre bir yargıya varmaktadır. İlk görünüş ispatı, emare ispatı gibi hâkimin tecrübeleri aracılığıyla delilleri değerlendirmesine hizmet eder.

Emare ispatında hâkim, tek başına somut olayı göstermeyen bireysel durumlardan yola çıkarak; bu bireysel durumların bir araya gelmesiyle ana olaya ulaşırken; ilk görünüş ispatında ise, norma temel teşkil eden tipik olaylardan, güvenilirliği sınanmış yüksek tecrübe kurallarından hareketle

---

<sup>112</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s.31.

<sup>113</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s.32.

<sup>114</sup> Bkz. BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 98 vd.

<sup>115</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 49-50.



olaya ulaşır. İlk görünüş ispatı, kural olarak kendisine tecrübeleri temel alıp ancak bu halde uygulanabilirken; emare ispatı, tipik olmayan olaylarla da nedensellik bağının ispatında uygulama alanı bulur.<sup>116</sup> İlk görünüş ispatının fiili karinelerle veya emare ispatı ile eş anlamda kullanıldığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>117</sup> Kanaatimizde üçünün temelinde yatan mantık ile varmak istedikleri hedef ortak olup o da adaletin ortaya çıkması ve ispatın dar yorumları içinde kaybolup gitmesinin önlenmesidir.

## **6) İspatta İhtimal Kavramı**

Alman hukukuna göre ispat ölçüsü teorileri ihtimal kavramı ile ilişkilidir. Her zaman mutlak gerçeğe ulaşmanın ve bazen de kesine yakın ispatın güçlüğü ispatta “ihtimal” kavramının varlığını gerektirmiştir. Objektif ve sübjektif ispat ölçüsüne benzeyen ihtimal kavramı Alman yargı kararlarında ve doktrinde sürekli kendisine başvurulmuş sihirli bir kavramdır. Objektif ihtimal kavramı olayların sıklığına yönelik olarak istatistikî ve matematiksel ihtimali öne çıkarır. Sıklık teorisine göre; ihtimal kavramının temelinde bir yandan olayların “muhtemel” olması yatarken, diğer yandan ise “elverişli” olması yatmaktadır. Sübjektif ihtimal kavramına göre, ancak ciddi bir biçimde akıl süzgecinden geçirilerek elde edilen kişisel tecrübeler, belirli türden olayların gerçekleşme ihtimaline değer katabilirler. İstatistikî ihtimaller, ancak ciddi ve mantıklı bir insan süzgecinden geçirilirse hükme esas alınabilir.<sup>118</sup>

Bilimsel bilgi ve günlük yaşamdan kaynaklanan tecrübe kuralları arasında söylemlerinin kesinliğinde de farklılıklar bulunmaktadır. Tecrübe kuralı, genel olarak sadece sübjektif olarak şekillenen tahminlerin daha yüksek ihtimali değerlerini temel alır. Gerçekten de tecrübenin temeli, belirli türdeki olayların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da bu olayların gerçekleşmesine yönelik ihtimalin derecesi ile yakından ilgilidir.<sup>119</sup> İhtimalin kabul edilebilir oranı hâkimdeki vicdani kanaati oluşturmaya yetecek olan orandır. Yani bir olayın gerçekleşebileceğine ve somut olay açısından gerçekleştiğine dair ihtimal en az %51 olmalıdır. Yaklaşık ispatta hâkim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir. Diğer bir ifadeyle, iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır. Ancak iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, göz ardı edilmemelidir. Hâkim gerek bilgi ve

<sup>116</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 60.

<sup>117</sup> YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990, s.128.

<sup>118</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 126-128.

<sup>119</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 128-129.

gerekse mesleki ve genel tecrübelerine dayanarak delilleri ve ihtimalleri bilim ve mantık çerçevesi içinde değerlendirir ve bir ihtimali sonuca ulaştır. Hâkim, kendisini karara götüren argümanları mutlak bir şekilde gerekçeye bağlamak ve gerekçeleri de hukuk bilimi, hayatın olağan akışı ölçütü, akıl ve mantık kuralları ile desteklemelidir.

Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin 97/80 Sayılı Yönergenin 2. maddesine göre; eşit davranma ilkesinin uygulanmasında tarafsız olduğu izlenimini veren bir hüküm, bir ölçüt veya bir uygulamanın somut olarak belirli bir cinsten olanların önemli ölçüde büyük bir oranının aleyhine olması halinde “doğrudan ayrımcılık” olduğu kabul edilmektedir.<sup>120</sup> Bir işyerinde kanundan, sözleşmeden veya işyeri uygulamasından kaynaklanan objektif bir durum varsa bunun herkese eşit uygulanması gerekir. Dolayısıyla nesnel bir durumun bazı çalışanlara uygulanması halinde ayrımcılığın varlığını kabul etmek gerekir.

### **7) Emarelere Dayanan İspat**

Medenî usul hukuku öğretisinde “delil” kavramının tanımı yapılmışsa da, emare konusunda görüş birliğine varılan bir tanıma gerek duyulmamıştır.<sup>121</sup> Bu konuda medenî usul hukuku bakımından önemli olan, takdiri delille emareyi birbirinden ayırmak ve farklarını ortaya koymaktır. Kanunî deliller açısından bu konuda bir tereddüt duyulmamaktadır. Kanunî (kesin) delil ile takdiri delil arasındaki fark hâkimi bağlayıcılığı açısından açıklıkla ortaya konulmuştur.<sup>122</sup>

Bazı durumlarda ispatı gereken husus doğrudan doğruya kanıtlanamaz<sup>123</sup> ya da bir maddi vakianın ispatı çok güç olabilir.<sup>124</sup> Örneğin, mobbing, işleniş şekliyle ve çoğu zaman gizli ve uzun bir süreç içinde yapılması nedeniyle ispatı zor bir olgudur. Çünkü bu kavram gerek özel hukukta ve gerekse ceza hukukunda bulunan birçok kavramla yakın benzerlik göstermektedir. Örneğin, işyeri kabalığı ve saplantılı takip (stalking) ile birer suç olan hakaret ve taciz gibi eylemler mobbing teşkil edebilmektedir. Mobbingde mağdurlar çoğunlukla belge veya kayıt oluşturamaz, yaşadıklarını günü gününe not

---

<sup>120</sup>KÖKKİLİNÇ, A.G. İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2013, s. 61.

<sup>121</sup>KONURALP, H. “Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi”, in: Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, V, 6-7 Nisan, Kayseri, 11-22, 2007, s. 17.

<sup>122</sup>KONURALP, s. 17.

<sup>123</sup> TAŞPINAR, s. 540.

<sup>124</sup>MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 324.

almaz, uzun bir süre sabır gösterdiği için ilgili makamlara durumu iletmez, suç oluşturan bir davranışa maruz kaldığında Cumhuriyet savcılığına şikâyetle bulunur ya da manevi tazminat davası aşamasında istediği gibi tanık bulamaz. İşte, bu gibi durumlarda ispatı gereken vakıa yerine, o vakıanın gerçekleştiğini veya gerçekleşmediğini büyük bir ihtimal dâhilinde gösterebilecek başka bir vakıanın ispatı ile yetinilir. Böylece ispatı gereken vakıa doğrudan doğruya ispat edilebileceği yerde dolaylı bir şekilde ispatlanmış olur. Bu durumda ispat külfeti yer değiştirmemiş olmakta, sadece ispat edilecek vakıa değişmektedir.<sup>125</sup> İlk görünüş ispatı da emare ispattır. Ancak konusu bir hukuki ilişkidir. Ayrıca yüksek mahkemeye göre emare ispatta boşluk olmaz, ancak ilk görünüş ispatı kural olarak belirsizlik içerir.

Bir görüşe göre, emare (belirti), dış dünyada varlığı olan bir olaydır ve mahkemeler dava konusu olayı belirlemede bunlardan yararlanabilirler. Bu nedendir ki belirtinin bir delil çeşidi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Belirtiler ispat edilecek olayı dolaylı olarak gösterirler. Örneğin, fren izinden otomobilin hızını gerçeğe yakın olarak tahmin etmek mümkündür. Yine bu görüşe nazaran emareler tek başına ispat kuvvetini haiz olmadıkları gibi birlikte, birbirlerini tamamladıkları takdirde delil sayılabileceklerdir. Görüldüğü gibi, emare, delil olmakla birlikte olayın tamamını değil de bir kısmını gösteren “dolaylı” ispat aracıdır.<sup>126</sup> Mobbing iddiasının ispatında emarelerin yeri büyüktür. Çünkü pek çok vakıada mobbingin ispatı güçtür. Bu durumda iddianın gerçek olup olmadığı “hayatın olağan akışı” ve “işçi lehine yorum” gibi iş hukukunda hâkim olan ilkelerin yanında emare ve ispat kolaylığı gibi medeni usul hukukuna ait kavramların birlikte uygulanması gerekir. Sonuç olarak; bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibarıyla iddia edilen vakıayı ancak ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayabilen ispat araçlarına emare denir ve emare ile ispatın söz konusu olabilmesi için, uyuşmazlığın esasını çözücü bir vakıa olmaması ve bu vakıa hakkında niteliği gereği mahkemece tam bir kanaate ulaşılmamasının çoğunlukla mümkün olamaması gerekir.<sup>127</sup>

## D) İspat Hakkı ve İspat Yükü

### 1) İspat Hakkı

Hak arama özgürlüğü bir yandan dava açma, diğer yandan açılan davada kendini savunma hakkını kapsayan bir kavramdır. Taraflar hem dava açarken

<sup>125</sup> MUŞUL, s. 324.

<sup>126</sup> MUŞUL, s. 324.

<sup>127</sup> KONURALP, s. 19.

hem de haklarında açılmış bir davada savunma yaparken ispatta bulunma hakkına sahiptir. İspat taraflar için hem bir hak, hem de bir yükümlülüktür. Dava açmak veya açılmış bir davada iddia ya da savunma yapmak hukukun gösterdiği şekil kurallarına uymak suretiyle mümkündür. O halde ispat hakkı, kanunda belirtilen şekilde yerine getirilebilir. HMK'nın 189. maddesine göre; "Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir."

İspat hakkı, açıklama yapma hakkıyla birlikte hukuki dinlenilme hakkının önemli unsurlarından birisidir. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir (HMK 32. m. gereğesi).

Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. (HMK, m.189). Herkesçe bilinen vakıaların ispatı gerekli değildir.<sup>128</sup> Taraflar ispat hakkının bir gereği olarak başka yerde bulunun bir delilin getirtilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu çerçevede, "Tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirtilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirtilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya

<sup>128</sup>UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 516.

dinlenebilir.” (HMK, m. 195). Taraflar, ispat hakkına sahip olduğu gibi gösterdiği delillerden vazgeçme hakkına da sahiptir, ancak “Delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez.” (HMK, m.196).

## **2) İspat (Delil Gösterme) Yükü**

Delil gösterme veya delil ikame etme, bir kimsenin kendi iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddialarının yanlışlığını ispat etmek için ortaya koyduğu hâkimi inandırma faaliyetidir. İspat yükü (kulfeti), bir davada taraflar arasında ihtilafı olup da davanın hükme bağlanmasında etkili olan ve dosyaya da girmiş bulunan bir vakıayı taraflardan hangisinin ispatla yükümlü olduğunu ifade etmektedir.<sup>129</sup> Hâkim, ispat faaliyetinin sonucu ne olursa olsun davayı bir hükümle sonuçlandırmak mecburiyetindedir. Hâkim bu noktada ispat yükünü dikkate alarak sonuca ulaşacak ve ispat yükü kimin üzerindeyse, belirsizliğin riskine de bu taraf katlanmak zorunda kalacak; dolayısı ile karar bu tarafın aleyhine olacaktır.<sup>130</sup> Medeni muhakeme hukukunda ‘taraflarca getirilme ilkesi’ geçerlidir. Bu ilke gereğince, dava malzemesinin toplanması, yani iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakıalar ile onları ispatlamak için gerekli olan deliller taraflarca getirilir. Bu nedenle, taraflar iddialarını ispatlayabilmek ve davanın kendi lehlerine karara bağlanması için delil temin etmeye çalışmaları gerekmektedir.<sup>131</sup>

İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden hâkimin aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesidir. Bu durumda hâkimin yapacağı iş söz konusu sorun bakımından ispat yükünü taşıyan tarafın, o sorunda ileri sürdüğü istemi reddetmektir.<sup>132</sup> Başka bir anlatım ile hâkim, davada hangi (çekişmeli) vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşılır; buna ispat yükü denir.<sup>133</sup> İspat yükü; soyut ve somut ispat yükü şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

<sup>129</sup> MUŞUL, s. 321; BUDAK, Ali Cem, “AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat”, Perşembe Konferansları, Mayıs 2004, s. 15.

<sup>130</sup> GÜMAN, Nihat, “Medeni Yargılama Hukuku Açısından Taciz”, CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 202.

<sup>131</sup> AKİL, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, AÜHFİD, Cilt: 61, Sayı: 4, 2012, s. 1224.

<sup>132</sup> UMAR, s. 3.

<sup>133</sup> KURU/ARSLAN/ YILMAZ, s. 360.

Soyut ispat yükü, derdest bir davanın gidişatına bağlı olmaksızın, taraflardan birinin aleyhte bir kararla karşılaşma tehlikesini engellemek üzere üstlendiği delil ikame yüküdür. Somut ispat yükü ise, hâkimin olaylar hakkında derdest bir davanın belli bir aşamasında belli bir derece bilgi sahibi olduğu yargılamada taraflardan hangisinin delil göstermeye davet edileceği sorunuyla ilgilidir.<sup>134</sup> Somut ispat yükü, delillerin varlığı ile değil, değerlendirilmesiyle ilgili olduğu için yer değiştirmesi mümkündür.

İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir. (HMK, m.190). TMK'nın 6. maddesine göre "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. (HMK, m.191). Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir. (HMK, m.192). Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. (HMK, m. 194).

İspat şartı kanundan doğabileceği gibi taraf iradelerinden de doğabilir. İspat şekline ilişkin kısıtlayıcı hükümler kamu düzenine ilişkin olmadığından sözleşme ile etkisiz hale getirilmeleri mümkündür.<sup>135</sup> Taraflar aralarında düzenleyecekleri delil sözleşmesi ile kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi, belirli delillerle ispatı öngörülmemiş vakıaların sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. (HMK, m. 193/1). Delil sözleşmesi yazılı yapılması veya tutanağa geçirilecek beyanların imzalanması suretiyle yapılması mümkündür. Delil sözleşmesi açıkça yapılabilir. Dolayısıyla zımni delil sözleşmesi mümkün değildir.<sup>136</sup> Davada her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise, bu halde hâkimin (şimdilik) ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur. İki tarafın

<sup>134</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 91.

<sup>135</sup> DELİDUMAN, Seyithan, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 432; TIĞLI, s. 250.

<sup>136</sup> TIĞLI, s. 250.

(veya bir tarafın) gösterdiği deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıalar aydınlanmış ise, gene ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmakta bir yarar yoktur. Buna karşılık, gösterilen delillerin hâkime dava hakkında kesin bir kanaat vermemesi halinde ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır. İşte ispat yükü bu hal için önemlidir. Çünkü hâkim gösterilen delillerin davayı karara bağlamak için yeterli olmadığı hallerde de esas hakkında bir karar vermekle yükümlüdür.<sup>137</sup> İspat yükü kendisine düştüğü halde yeterli delil getiremeyen taraf davasını kaybeder. Ancak bu durumda, kendisine ispat yükü düşen ve fakat bunu yerine getirememiş olan tarafın karşı tarafa yemin teklif etme hakkı vardır (HMK, m. 225). Örneğin, ispat yükü kendisine düşen davacı iddiasını ispat edememiş ise hemen davanın reddine karar verilmez ve davacının davalı tarafa yemin teklif etmesine izin verilir. Hâkim yemin deliline dayanması için taraflara hatırlatmada bulunamaz. Mobbing mağduru olduğunu söyleyen kimse dava açtığı kimsenin ne şekilde mobbing yaptığını ispat etmek zorundadır. Mağdur, sadece yer, zaman ve kişi isimleri vererek veya olguları ya da olayları tarif ederek talebini haklı çıkaramaz. Diğer bir deyişle mağdur iddiasını ispat etmiş olamaz. Bir konuyu iddia ettikten sonra aksini karşı taraf ispat etsin denilemez. İspat yükünün taraflardan hangisine düşeceği bir kısım ölçütlerle (kıstas) belli olur. İspat konusunda genel kural iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak bunun bir takım istisnaları bulunmaktadır:

#### a) Normal Durumun Aksini İspat

Bir davada ispat yükünün yargılamanın taraflarından hangisine düşeceği TMK'nın "İspat yükü" başlıklı 6. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." İspat yükünün yanlış tarafa yüklenmesi mahkeme hükmünün bozulmasını gerektiren bir usuli hatadır.<sup>138</sup> İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir. (HMK, m. 190). Normal veya hayatın olağan akışına uygun bir durumu ileri süren kimse bunu ispatla yükümlü değildir. Bu nedenle, normal durumun aksini ileri süren kimse bunun ispat etmek zorundadır.

<sup>137</sup> KURU/ARSLAN/ YILMAZ, s. 360; TIĞLI, s. 253.

<sup>138</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1984/3276.

Mobbinge maruz kaldığını iddia eden davacı işçi iddialarını somutlaştırıyor, yer zaman ve olguları açıkça gösteriyor ve tutarlı şekilde davranıyorsa işveren bunun aksini ispat etmelidir. Örneğin, hiçbir neden olmadan mobbing amacıyla yerinin birkaç kez değiştirildiğini iddia eden davacı bunu ispatlamışsa, söz konusu yer veya iş değişikliğinin mobbing değil de işin veya işletmenin gereği olarak yapıldığını işveren ispat etmelidir.

### **b) İspat Yükünün Kanunla Belirlendiği Haller**

Bazen belli bir vakıayı kimin ispat edeceğini kanun hükmü belirler. Örneğin, haksız fiilde zararın varlığını ispat etmek davacıya (iddia edene) düşer. TBK'nın 50. maddesine göre; "Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler." TBK'nın 66. maddesine göre; "Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür."

### **c) Karineler**

Sözlük anlamıyla karine, karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına veya çözümlenmesine yarayan durum, ipucu ve belirti olarak açıklanmaktadır.<sup>139</sup> Karine, zan yoluyla bilinmeyen bir şeye delalet eden bilinen bir emaredir.<sup>140</sup> Fiili karineler, ileri sürülen maddi vakıaların iddia edildiği gibi meydana geldiği konusunda hâkimde belli bir kanaatin oluşmasına katkıda bulunan, yaşam tecrübelerinin ortaya koyduğu, akıl ve mantığa uygun, hukukla ilgili bulunmayan değer hükümleridir. Başka bir deyişle fiili karineler, belirli bir olaya işaret eden, fakat kendi başına karar vermeye elverişli bir ispata sağlayamayan "basit tecrübe kuralı" olarak açıklanabilir. Doktrinde fiili karine ile olay karinesi birbirinden ayrı değerlendirilmektedir. Olay karinesi ile yasal

---

<sup>139</sup> DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 22. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2005, s. 491.

<sup>140</sup> ŞEN, Yusuf, İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 1997, s. 37.



olarak formüle edilmiş, somut olaylara dayalı, aksi ispat edilebilir karineler anlaşılmaktadır.<sup>141</sup> Karine, adaletin işlemlerine yarayan teknik bir yöntemdir. İspat sorununu daha kolay çözmeye yardımcı olur. Karine, bir kesinlik aracı, hukuk kuralının oluşması için gerekli unsurların sayısını azaltabilmeyi olanaklı kılan bir yol; sadeleştirici ve kolaylaştırıcı bir indirgeme aracıdır ve varsayımdan daha güçlüdür. Çünkü karinenin temelinde bir olasılık veya bilgi ve görgü düşüncesi yatar.<sup>142</sup>

Hayatın olağan akışı ölçütü uygulanırken karineleri göz önünde bulundurmak ve buna göre değerlendirme yapmak gerekir.<sup>143</sup> Aksi halde neyin hayatın normal akışına uygun olduğu hakkaniyetli şekilde ortaya konulamaz. Hukukta karine, bilinenden bilinmeyi çıkarmaya yarayan hukuki istidlallerdir. Daha geniş olarak ise karineyi, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, diğer olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kural olarak tanımlamak mümkündür.<sup>144</sup> Fiili karine, bilinen vakılardan bilinmeyenler hakkında kanunen değil aksine hâkim tarafından çıkarılan sonuçlardır.<sup>145</sup> Bir hukuk kuralı ile bağlı olmaksızın, hâkimin insanlar ve yaşam konusundaki tecrübelerinden yararlanarak belli olmayan vakıalar hakkında sonuç çıkarmasıdır.<sup>146</sup> Fiili karineler iddia edilen bir olayın gerçekten de iddia edildiği şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için somut olaylarda ispat zorluklarında hâkime yardım eder.<sup>147</sup> Fiili karine lehine olan taraf, o hususu ispat etmiş sayılır. Diğer bir deyişle kural olarak fiili karinenin aksini ispat yükü karşı tarafa düşer. Fiili karineler bu yönüyle normal olan hususlar gibidir. Kanuni karineler, belli olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Kanuni karineler ispat yüküne gerçek bir istisna teşkil etmektedir. Bazı kanuni karineler kesindir ve karşı taraf bunun aksini ispat edemez. HMK'nın 190. maddesine göre; "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir." Örneğin, "Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme

<sup>141</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s. 75.

<sup>142</sup> TAŞPINAR, s. 533-536.

<sup>143</sup> GÖKSU, Mustafa, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2011, s. 63.

<sup>144</sup> UMAR, Bilge ve YILMAZ, Ejder, İspat Yükü, İstanbul, 1980, s. 165.

<sup>145</sup> TAŞPINAR, s. 536.

<sup>146</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E. Medeni Usul Hukuku, 1711 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış, 6. Bası, İstanbul, 1978, s. 528.

<sup>147</sup> TAŞPINAR, s. 537.

yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.” (TBK, m. 39). Adi kanuni karineler ise aksi ispat edilebilen karinelerdir. Adi karinenin kendi aleyhine olduğunu ileri süren kimse bunun aksini ispat etmek zorundadır. Örneğin, TMK’nın 3. maddesindeki iyiniyet karinesi böyledir. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.

### **E) İspat Ölçüsü**

Alman hukukunda ispat ölçüsü teorileri genel olarak “sübjektif ispat ölçüsü” ve “objektif ispat ölçüsü” şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

#### **1) Sübjektif İspat Ölçüsü**

Sübjektif ispat ölçüsü teorisine göre; hâkim, olayın gerçekleştiğine ilişkin yeterli kanaati edinmişse, kararını vermelidir. Hâkimin kanaate ulaşabilmesi için, somut olayların bilinmesi zorunlu olduğundan, tecrübe kuralları ile mantık kuralları serbest iradenin objektif sınırını çizer. Bir olayın ispatlanmış sayılması için, hâkimde o olayın iddia edildiği şekilde gerçekleştiğine yönelik kanaat oluşması gerekir. Bu nedenle sübjektif ispat teorisi “gerçek kanaat teorisi” olarak da isimlendirilmiştir.<sup>148</sup>

Özel hukuk alanında Türk hukuku açısından kabul edilmesi gereken ispat “vicdani kanaat ölçüsü”dür. Hâkimler anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm (karar) verirler. Bu kanaatin oluşması bazen ağırlıklı ihtimal (%51-%89), bazen kesine yakın (%90-%99) ihtimal ve bazen de kesinlik (%100) sınırındadır. Hâkim, yargılamanın taraflarından biri lehine karar vermek zorunda olduğundan çoğu zaman ağırlıklı kanaat karar için yeterli olacaktır. Hâkimin somut olay hakkındaki kanaati ne ölçüde olursa olsun kararı yeterli açıklıkta bir gerekçeye dayanmak zorundadır. Çünkü gerekçesiz hüküm olamaz. Kararlar hukukiliğini ve vicdaniliğini gerekçelerinden alırlar. Mahkeme kararlarında yer alan tatmin edici bir gerekçe, hâkimin sübjektif veya keyfi davranmadığını gösteren ve taraflara adil bir yargılama yapıldığı hissini veren en temel ölçüttür. İki tarafı dinlemeden verilen karar hukuken doğru olsa da adil olamayacağı gibi hiç veya yeterli bir gerekçe içermeyen hüküm de doğru olsa bile adil sayılamaz. Hâkim, ibraz edilen delilleri değerlendirerek objektif bir kanaate varır. İddialar olayın gerçek oluşuna ve hayatın olağan akışına uygun, tutarlı, ölçülü ve mantıklıysa,

<sup>148</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s.117-118.

ileri sürülen deliller kısmen de olsa iddiayı ve olanları doğruluyor ve bunlarla bütünlük gösteriyorsa hâkimin kanaati güçlenir. Hukuki değerlendirmelere ve hukuk biliminde var olan yorum metotlarına dayanmayan çıkarımlar ve yargılar hâkimin kararını keyfiliğe götürür.

## **2) Objektif İspat Ölçüsü**

Bu teoriye göre hâkimin kanaatinin oluştuğunun kabul edilebilmesi için objektif bir dayanak noktası bulunmalı ve hâkimin şahsi kanaati yeterli olmamalıdır. Hâkimin kanaati yargılamaya konu dava dosyasında bulunan objektif bir bilgiye dayanır. Bu teoriye göre de hâkimin mutlak bir kanaate ulaşması gerekli değildir. Çünkü özel hukukta ve özellikle de iş hukukunda aranan gerçeklik, bilimsel bir gerçeklik olmadığı gibi ceza yargılamasında aranan mutlak bir kesin inanış da değildir. Hâkimin olayın gerçekleştiği yönündeki kanaati mutlak gerçeğin o olduğu anlamına gelmez.<sup>149</sup> Bazı durumlarda, hâkimde tam kanaati oluşturan delillerin ispat yükünü taşıyan taraftan beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. İspat güçlüğü veya ispat imkânsızlığı hallerinde ispat ölçüsü de düşürülmelidir.<sup>150</sup> Bu husus, yargılamada silahların eşitliği ilkesinin de bir sonucu olarak görülmelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi ve yaklaşık ispatla yetinilmesi, ancak, takdiri delillerle ispatın geçerli olduğu durumlar içindir. Kesin delillerle ispatlanması gereken olaylar bakımından kural olarak ispat ölçüsünün düşürülmesinden söz edilemez.<sup>151</sup> Mobbing konusu da delille ispatı zor konulardan birisini teşkil etmektedir. Çünkü çoğu zaman mobbing gizli ve sinsice yürütülmekte, genellikle davranışlar tek tek ele alındığında mobbing fark edilmemektedir. Özellikle mobbingin işveren veya onun vekilinden geldiği durumlarda (düşey mobbing) mağdurun tanık bulması oldukça güçtür. Bu nedenle mobbingde somut olaya göre ispat ölçüsü düşürülmelidir.

## **SONUÇ**

Mobbing, insanların iş veya görev icabı bir arada buldukları her ortamda öteden beri var olan, benzer kavramlarla karıştırılsa da her geçen gün daha fazla davaya konu edilen, unsurlarında ve ispatlanmasında ciddi sorunlar bulunan bir kavramdır. Mobbingin niteliğinde ve özünde hedef alınan kişiyi rahatsız edecek ve onu bıktıracak davranışların gizli ve sinsi şekilde tekrarlanması söz konusudur. Mağdurlar çoğu zaman hedef alındıklarını ve mobbinge maruz kaldıklarını belli bir süre geçtikten sonra

<sup>149</sup> BAŞÖZEN, İlk Görünüş İspatı, s.120.

<sup>150</sup> Bkz. ATALAY, s. 44.

<sup>151</sup> ATALAY, s. 44-45.

fark etmekte, çoğunlukla yalnız bırakılmakta ve en yaygın ispat yöntemi olan tanık beyanlarından mahrum kalmaktadırlar. Mobbing mağdurları saldırının hedefi olurken yalnız oldukları gibi yargılama sırasında delil bulup mahkemeye sunarken de yalnızdır. Mobbingin ispatlanmasında doktor raporları gerekli olmadığı halde doktor raporunun olmaması mağdur aleyhine değerlendirilebilmektedir. Mobbingin özellikle işveren veya vekili tarafından yapılması halinde buna maruz kalan kimsenin tanık başta olmak üzere delil bulmakta zorlanacağı aşikârdır. Mobbing konusunda yapılan araştırma ve anketlere göre her yıl binlerce insanın mobbing mağduru olduğu ortaya konulmaktadır. Buna rağmen bunlardan onlarla ifade edilen kısmının dava açması, bunların da bir kısmının manevi tazminat talebinde bulunmaması ispatta çekilen güçlüğü bir sonucudur.

Mobbing iddiası ve buna bağlı olarak manevi tazminat istemiyle açılan davaların büyük çoğunluğu mahkemelerce reddedilmektedir. Aynı durum Yargıtay için de söz konusudur. Örneğin, 2010-2015 yılları arasında mobbing iddiası içeren 221 davadan sadece 54'ünde manevi tazminat talebinde bulunulmuş, bunlardan da yalnızca 11'i manevi tazminat talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır. Özel hukukta vicdani kanaatin oluşmasını gerektirecek bir ispatın yeterli olması gerekirken kesin ispatın arandığı davalara rastlanmaktadır.

Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. Herkesçe bilinen vakıaların ispatı gerekli değildir. Taraflar ispat hakkının bir gereği olarak başka yerde bulunun bir delilin getirtilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu çerçevede, tarafların ellerinde bulunmayan ve incelenmesine karar verilen delillerin getirtilmesi için, mahkemece ilgili resmî makam ve mercilerle üçüncü kişilere bu husus bildirilir. Mahkemeye getirtilmesi mümkün olmayan deliller, bulunduğu yerde incelenebilir veya dinlenebilir. Mobbinge maruz kalan kimsenin kendi lehine delil toplamak amacıyla kendisiyle ilgili ses ve görüntü kayıtlarını mahkemeye sunması hukuka aykırı delil olarak görülemez. Bu nedenle; mobbing gibi ispat güçlüğüne bulunduğu durumlarda hak kaybının önlenmesi ve adaletli bir sonuca ulaşılabilmesi için emare ispatı, fiili karineler, ispat kolaylığı ve ilk görünüş ispatı gibi hukuki kurumların kullanılması zorunludur.

## KAYNAKLAR

ACAR, Aslı Beyhan ve DÜNDAR, Gönen, İşyerinde Psikolojik Yıldırmaya (Mobbing) Maruz Kalma Sıklığı ile Demografik Özellikler Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 2, 2008.

AKCAN, Recep, “Yargıtay Kararlarındaki Güçlü Delil Kavramının Hukuki Niteliği”, Selçuk Üniversitesi HFD, Cilt: 12, Sayı: 1-2, 2004.

AKİL, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, AÜHFD, Cilt: 61, Sayı: 4, 2012ç

ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003.

ALBAYRAK, Hakan ve YUVALI, Ertuğrul, “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İSGHD, Cilt: 9, Sayı: 34, 2012.

ALBAYRAK, Hakan, Yaklaşık İspat, Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2012.

ATALAY, Oğuz, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.

ATASOY, Işık, Sağlık Sektöründe Mobbing: Sakarya İlinde Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Ebe ve Hemşireler Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2010.

AYDIN, Şule ve ÖZKUL, Emrah, “İş Yerinde Yaşanan Psikolojik Şiddetin Yapısı ve Boyutları: 4-5 Yıldızlı Otel İşletmeleri Örneği”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 7, Sayı:2, 2007.

BAĞ, Beyhan, “Bir Şiddet Türü Olarak Saplantılı Takip Etme Hali”, ZfWT Vol. 4, No. 1, 2012.

BAŞÖZEN, Ahmet, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 119, Ocak 2012. (İspat Sorunları)

BAŞÖZEN, Ahmet, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. (İlk Görünüş İspatı).

BEDEIAN, A.G., “Even if the Tower is Ivory, It isn't White: Understanding the Consequences of Faculty Cynicism”, Academy of Management Learning & Education, Volume: 6, No: 1, 2007.

BİLGEL, Nazan, AYTAÇ, Serpil ve BAYRAM, Nuran, “İşyerinde Yıldırma Davranışı”, in: İşyerinde Şiddet, Ed: Serpil Aytaç ve Nuran Bayram, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

BOZBEL, Savaş ve PALAZ, Serap, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, TİSK Akademi, Cilt: 2, Sayı: 3, 2007.

BRIDGE, Berna, Zorbalık-Mobbing: Bilinmeyen Çeşitleri ve Çözümleri, 2. Baskı, Beyaz Yayınları, İstanbul, 2010.

BÜTE, Mustafa, “İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Olgusu: Erzurum’da İlaç Mümnessilleri Üzerinde Bir Araştırma”, 17. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi, Eskişehir, 21-23 Mayıs 2009.

CALVIN, Dan, “Workplace Bullying Statutes And The Potential Effect On Small Business, Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal”, Volume: 7, No:1, 2012.

CEMALOĞLU, Necati, “Örgütlerin Kaçınılmaz Sorunu: Yıldırma”, Bilig, Sayı: 42, 2007.

ÇUKUR, Cengiz, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, ÇEİŞ, Mart, 2012.

DAVENPORT, Noa, SCHWARTZ, Ruth Distler ve ELLIOTT, Gail Pursell, Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz, Sistem Yayıncılık, İstanbul Davenport, Swartz ve Elliot, 2003.

DELEN, Meltem Güngör, “Çalışma Hayatında İşyeri Kabalığı Olgusu”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Sayı: 53, 2010.

DELİDUMAN, Seyithan, “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 22. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2005.

DURŞUN, Salih, “İşyeri Şiddetinin Çalışanların Tükenmişlik Düzeyi Üzerine Etkisi: Sağlık Sektöründe Bir Uygulama”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak, 2012.

EINARSEN, Ståle, S. “The Nature and Causes of Bullying at Work”, International Journal of Manpower, Volume: 20, No:1/2, Einarsen, 1999.

ERDEM, Mustafa Ruhan ve PARLAK, Benay, “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, TBB Dergisi, Sayı: 88, 2010.

ERDÖNMEZ, Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 5, Eylül-Ekim 2013.

FETTAHLIOĞLU, Tamara, Örgütlerde Yabancılaşmanın Yönetimi: Kahramanmaraş Özel İşletme ve Kamu Kuruluşlarında Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi SBE, Yüksek Lisan Tezi, Kahramanmaraş, 2012.

GÖKSU, Mustafa, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2011.

GROEBLINGHOFF, Dieter ve BECKER, Michael, “A Case Study of Mobbing and the Clinical Treatment of Mobbing Victims”, European Journal of Work and Organizational Psychology, Vol: 5, No: 2, 1996.

GÜL, Hasan ve AĞIRÖZ, Aliye, “Mobbing ve Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişkiler: Hemşireler Üzerinde Bir Uygulama”, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: II, 2011.

GÜMAN, Nihat, “Medeni Yargılama Hukuku Açısından Taciz”, CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009.

GÜN, Hüseyin, Çalışma Ortamında Psikolojik Taciz: Mobbing/ Bullying, 2. Baskı, Lazer Yayınları, Ankara, 2010.

KÂHYA, Cem, “Örgütsel Sinizm, İş Performansını Etkiler mi? İş Tatminin Aracılık Etkisi”, Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 3, Bahar, 2013.

KARAKUŞ, Hatice, “Bir İçerik Analizi Örneği: Çalışma Hayatında Mobbing Olduğuna Kanaat Getiren Yargıtay Kararları”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 6 Sayı: 28, Güz 2013.

KARAMAN, Hayreddin, Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku-Giriş ve Amme Hukuku-, Acar Matbaacılık, İstanbul 1987, I/330; Fahrettin Atar, İslâm Adliye Teşkilatı, Gaye Matbaası, Ankara 1979.

KARSLI, Abdurrahman, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KAYA, Çiğdem, Cerrahi Hemşirelerinin Mobbinge Maruz Kalma Durumlarının Belirlenmesi ve Mobbingin Hemşirelerin Motivasyonları Üzerine Olan Etkisinin İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe

Üniversitesi SBE, Afyonkarahisar, 2012.

KILIÇ, Mustafa, “Örgütsel Çatışma ve Yönetimi”, in: Yönetim ve Organizasyon, Ed: Salih Güney, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2007.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, “Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 10, Temmuz, Sayı: 3, 1984.

KONURALP, Haluk, “Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi”, in: Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, V, 6-7 Nisan, Kayseri, 11-22, 2007.

KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, Legal Yayınları, İstanbul, 2013.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan ve YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara 2012.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

LEYMANN, Heinz, “The Content and Development of Mobbing at Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, Volume: 5, Issue: 2, s.1996.

MARTIN, Roberta, “Workplace Incivility”, Allworth Juniper, Issue:7, Autumn, 2003.

MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

NAMIE, Gary and NAMIE, Ruth, The bully at work. Naperville, IL: Sourcebooks Inc., 2000.

ÖCAL, Bahar, “Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, AÜHFD, Cilt: 60, Sayı: 3, 2011.

ÖZEN, Yener, “Saldırganlık, Psikolojik Şiddet ve Duygusal Zekâ Arasındaki İlişki”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: 35, 2013.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan E. Medeni Usul Hukuku, 1711 Sayılı Kanuna Göre Yazılmış, 6. Bası, İstanbul, 1978.

ROXIN, Claus “İspat Hukukunun Esasları”, Çev: Yener ÜNVER,



İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:2, Sayı:8, Yıl:4, Güz 2005.

RÜZGARESEN, Cumhuriyet, “İflâs Hukukunda Borcun Ödenmeme Tehlikesi ve Başvuru Yolları”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 110, Nisan 2011.

SAGIR, Tuba ve OĞUZ, Ebru, “Öğretmenlere Yönelik Örgütsel Sinizm Ölçeğinin Geliştirilmesi”, International Journal of Human Sciences, Volume: 9, Issue: 2, 2012.

SMITH, P.K. at al., “Definitions of Bullying: A Comparison of Terms Used, and Age and Gender Differences, in a Fourteen-Country International Comparison”, Child Development, July-August, Volume: 73, Number: 4, 2002.

SOLMUŞ, Tarık, İşyeri Terapisi: İş Yaşamında Kişilik ve Davranış Sorunları, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ŞEN, Yusuf, İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 1997.

ŞİMŞEK, M. Şerif, AKGEMCİ, Tahir ve ÇELİK, Adnan, Davranış Bilimlerine Giriş ve Örgütlerde Davranış, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.

TAŞKIN, Ahmet, “İşyerinde Mobbing ve Mobbing Benzeri Davranışlar”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 3, Temmuz 2013.

TAŞKIN, Ahmet, İş Hukuku Kapsamında İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2016.

TAŞPINAR, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996.

TENGER, Feyza, İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

TETİK, Semra, “Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 18, 2010.

TEVRÜZ, Suna, ERDEM, İnci ve BOZKURT, Tülay, Davranışlarımızdan Seçmeler: Örgütsel Yaklaşım, 3. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2012.

TIĞLI, Hüseyin, “HMK Hükümleri Çerçevesinde İspat Yüğü”, Adalet Dergisi, Sayı: 43, 2012.

TINAZ, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri”, in: CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 11. (Tanı ve Çözüm Önerileri).

TINAZ, Pınar, BAYRAM, Fuat ve ERGİN, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

TINAZ, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

TOKGÖZ, Nuray, “Örgütsel Sinisizm, Örgütsel Destek ve Örgütsel Adalet İlişkisi: Elektrik Dağıtım İşletmesi Çalışanları Örneği”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Ekim 2011.

TOKGÖZ, Nuray ve YILMAZ, Hakan, “Örgütsel Sinisizm: Eskişehir ve Alanya’daki Otel İşletmelerinde Bir Uygulama”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 8, No: 2, 2008.

TOPÇU, İbrahim vd., “Sağlık Çalışanlarında Örgütsel Sinizm Ölçeğinin Geçerlik ve Güvenirliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3, 2013.

TRUDEL, Jeannie, “Workplace Incivility: Relationship With Conflict Management Styles and Impact on Perceived Job Performance, Organizational Commitment and Turnover”, College of Education and Human Development Department of Leadership, Foundations and Human Resource Education University of Louisville, KY, August 2009

TÜRKMEN, Ahmet, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009.

UMAR, Bilge ve YILMAZ, Ejder, İspat Yüğü, İstanbul, 1980.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009.

VANDEKERCKHOVE, Wim ve COMMERS, Ronald, “Downward Workplace Mobbing: A Sign of the Times”, Journal of Business Ethics,

Volume: 45, 2003..

WESTHUES, Kenneth at al, The Remedy and Prevention of Mobbing in Higher Education, Edwin Mellen Press, New York, 2006.

WESTHUES, Kenneth, The Mobbings at Medaille College, in 2002, Canada: University of Waterloo, October, 2002.

When Working Becomes Hazardous, World of Work: The Magazine of The ILO, No: 26, Sept./Oct. 1998.

[www.ntv.com.tr/ekonomi/turkiyenin-mobbing-karnesi,8B9nQH\\_8zkKZbbhJfU10Ag](http://www.ntv.com.tr/ekonomi/turkiyenin-mobbing-karnesi,8B9nQH_8zkKZbbhJfU10Ag) (Erişim Tarihi: 17.3.2016)

YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.

YILDIZ, Kaya, AKGÜN, Nuri ve YILDIZ, Sevilay, “İşe Yabancılaşma ile Örgütsel Sinizm Arasındaki İlişki”, The Journal of Academic Social Science Studies, Volume: 6, Issue: 6, Haziran, 2013.

YILDIZ, Selver ve KILKIŞ, İlknur, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2010.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002.

YÜCETÜRK, Elif, “Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş mü? Gerçek mi?” 11. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildiriler Kitabı, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayın No:57, 22-24 Mayıs, 2003.



**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

# KORUMA SORUMLULUĞU: İNSANİ MÜDAHALEYİ MAKYAJLAMAK

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL\*

## ÖZET

*Koruma Sorumluluğu, 2001 yılında, Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyon (ICISS) tarafından kabul edilmiştir. Koruma sorumluluğuna göre, Devlet, soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suç ve etnik temizlikten halkını koruması konusunda başlıca sorumludur. Eğer bir devlet, bu sorumluluğunu yerine getiremez ya da getirmek istemezse, uluslararası toplum Güvenlik Konseyi kanalıyla kolektif kuvvet kullanımını da içeren tedbir alabilecektir. Önleme, reaksiyon ve yeniden inşa sorumlulukları da koruma sorumluluğu kapsamına dahil edilmiştir. Koruma sorumluluğu, gerçekte retorik dışında insani müdahaleden farklı değildir. Koruma sorumluluğu ile BM Andlaşmasındaki 2/1 maddesinde düzenlenen, bütün devletlerin egemen eşitliği ve 2/7 maddesinde düzenlenen müdahale etmeme ilkeleri göz ardı edilmiştir. Yine de, ne Koruma Sorumluluğu ne de İnsani Müdahale uluslararası hukuka uygun ve meşru değildir.*

*Anahtar Kelimeler:* Uluslararası Hukuk, Koruma Sorumluluğu, İnsani Müdahale, Güvenlik Konseyi,

## **RESPONSIBILITY TO PROTECT: A MAKE UP TO HUMANITARIAN INTERVENTION**

### ABSTRACT

*Responsibility to Protect is accepted by International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) in 2001. Responsibility to Act means that the State carries the primary responsibility for the protection of its population from genocide, war crimes, crimes against humanity and ethnic cleansing. However if a State is unwilling or unable to take its responsibility, the international community shall take measure, including the collective use, through the Security Council. Furthermore, international society should assume responsibility for preventing, reacting and rebuilding after humanitarian emergency. In fact, Responsibility to Protection does not differ from humanitarian intervention except for rhetoric. The notion of Responsibility to Protect kind of by-passes the principle of the sovereign equality of all states as enshrined in Article 2/1 and the principle of non-interference as enshrined in Article 2/7 of UN Charter. Nonetheless neither Responsibility to Protect nor Humanitarian Intervention abide by international law and thus legitimate.*

*Keywords:* International Law, Responsibility to Protect, Humanitarian Intervention, Security Council,

\* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, İİBF Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, ueertugrul@hotmail.com

## GİRİŞ

Koruma sorumluluğu, Kant'ın dünya vatandaşlığı fikrinden esinlenilerek, dünyanın bütün halklarının evrensel toplumun bir parçası olduğu ve uluslararası hakların insanlığın evrensel haklarına dönüştüğünün kabulüyle 12001 yılında Kanada Hükümetinin öncülük ettiği Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (ICISS)<sup>2</sup> tarafından hazırlanan bir raporla gündeme gelmiştir. Kosova'da NATO'nun yetkilendirme olmaksızın müdahalesi ve Ruanda'da herhangi bir şey yapmama endişesi Komisyon üyelerini bu konuda şevklendirmiştir.<sup>3</sup> Aralık 2001 tarihli Nihai Raporunda ICISS, koruma sorumluluğu kavramı ile devletlerin ülkeleri üzerindeki mutlak egemenliklerini, hükümetlerin tamamen özerkliklerini reddetmiş, aksine egemen olmanın haklaryanında sorumluluk da yüklediği konusunda uluslararası bir uzlaşma aramıştır. Bir devlet kendi halkını koruma konusunda başarısız olmuşsa, müdahale olunmama konusunda egemen hakka sahip olmayacaktır.<sup>4</sup> Ayrıca ICISS, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kuruluna koruma sorumluluğu yaklaşımının temel ilkelerinin benimsenmesi ve somutlaştırılmasını, Güvenlik Konseyine daimi üyelerinin vetoya başvurmaması için uzlaşma yolları aramalarını önermiştir. <sup>5</sup> Koruma Sorumluluğu, BM Genel Sekreteri aracılığı ile reform önerileri hazırlamakla görevli Yüksek Hiyerarşili Grup tarafından BM reform sürecine dahil edilmiştir. <sup>6</sup>

2005 yılında BM reformu için yapılan BM Dünya Zirvesinde liderler, koruma sorumluluğu ilkesini tartışmışlardır. 2005 BM Zirvesinin Nihai Metninde, her devletin halkını soykırımdan, savaş suçlarından, etnik temizlikten ve insanlığa karşı suçlardan korumakla sorumlu olduğu, bu sorumluluğun, adı geçen suçları önlemeyi de içerdiği, uluslararası toplumun

<sup>1</sup> Terasa Chataway, "Towards Normative Consensus on Responsibility to Protect" **Griffith Law Review**, Vol 16, No1, 2007, p. 207

<sup>2</sup> Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (ICISS), farklı bölge, görüş ve perspektiflerden gelen 12 Komisyon üyesinde oluşturulmuştur. Eş başkanlıklarını, Gareth Evans ve Mohamed Sahnoun yapmıştır.

<sup>3</sup> Serena K. Sharma, "Toward a Global Responsibility to Protect: Setbacks on the Path to Implementation", 16 **Global Governance**, 2010, s.125

<sup>4</sup> Alicia L. Bannon, "The Responsibility to Protect : The UN World Summit and the Question of Unilateralism" **The Yale Law Journal**, Vol. 115, 2005-2006, s. 1162

<sup>5</sup> Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001, para.8.28, para 8.29  
<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, (Erişim, 25.12.2015)

<sup>6</sup> A.Fusun Arsava, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.1, 2011, s.106



bu sorumluluğunu yerine getirilmesinde devletlere yardım edeceği ve BM'nin de erken uyarı sistemi kurarak destekleyeceği düzenlenmiştir. <sup>7</sup> Devletlerin söz konusu suçlardan halklarını koruma konusunda uluslararası toplum da sorumludur ve BM Andlaşması VI. ve VII. bölümleri uyarınca uygun diplomatik, insani ve diğer barışçıl yollarla halkları soykırımdan, savaş suçlarından, etnik temizlikten ve insanlığa karşı suçlardan korumaya BM aracılığı ile yardımcı olacaktır. Bu bağlamda söz konusu suçlardan halkını korumada ulusal otoriteler açıkça başarısız olurlarsa ya da yetersiz kalırlarsa Güvenlik Konseyi VII. bölüm çerçevesinde duruma göre ilgili bölgesel örgütlerle işbirliği içinde kolektif hareket edecektir. BM Andlaşması ve uluslararası hukuk ilkelerine göre Genel Kuruluna koruma sorumluluğunun gelişmesinin devamı ve silahlı çatışmaların patlak vermesi ve krizlerden önceki durumlarda söz konusu suçlardan halkı koruma kapasitesi oluşturmak için ihtiyaç duyulacaktır. <sup>8</sup>

BM Güvenlik Konseyinin 1674 sayılı silahlı çatışmada sivilleri korumaya yönelik kararında, yukarıda bahsettiğimiz Nihai Bildirgenin 138 ve 139. paragrafları teyit edilmiştir.<sup>9</sup> BM Genel Sekreterinin Sudan'a ilişkin raporunda ve Güvenlik Konseyinin 1706 sayılı kararında söz konusu maddelere gönderme yapılmıştır.<sup>10</sup> 2008'de BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon, koruma sorumluluğunun henüz politika olmadığı ifade etmiştir. <sup>11</sup>

Koruma sorumluluğu, esasen insani müdahaleden farklı değildir. İnsani müdahaleyi kısaca; *bir devletin vatandaşlarını o devletin uyguladığı geniş çaplı insan hakları ihlallerinden korumak amacıyla kuvvet kullanılması ve kuvvet kullanılması tehdidi* olarak tanımlamak mümkündür. 2009 yılı Genel Kurul görüşmelerinde, Noam Chomsky, koruma sorumluluğunu “insani müdahalenin kuzeni” olarak adlandırmış ve Tuckydides'in “güçlüler, gücünün

<sup>7</sup> A/60/L.1, 15 September 2005, para.138  
[http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005(1).pdf)  
(Erişim, 20.12.2015)

<sup>8</sup> A/60/L.1, 15 September 2005, para.139  
[http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005(1).pdf),  
(Erişim, 20.12.2015)

<sup>9</sup> S/RES/1674, (2006), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1674](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674)  
(Erişim, 20.12.2015)

<sup>10</sup> S/RES/1706, (2006) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1706](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1706)  
(Erişim, 20.12.2015)

<sup>11</sup> Alex J. Bellamy and Catherine Drummond, “The Responsibility to Protect in Southeast Asia: Between Non-Interference and Sovereignty as Responsibility” *The Pacific Review* , Vol.24, No.2, May 2011, s.193-194

yettiğini yapar, zayıflar ise neyi kabul etmesi gerekiyorsa onu kabul eder.” özdeyişiyle değerlendirmiştir.<sup>12</sup> Koruma sorumluluğu, insani müdahaleden ayrı görülmemiş<sup>13</sup> “insani müdahale” yerine “koruma sorumluluğu” tabirinin yalnızca dile ilişkin bir değişiklik olduğu savunulmuştur.<sup>14</sup>

İnsani müdahale, BM Andlaşmasının devletlerin içişlerine müdahale ve kuvvet kullanma yasaklarını ihlal etmeleri dolayısı ile uluslararası hukuka aykırı görülmüş, meşru olmadığı yönüyle eleştirilmiştir. BM Andlaşması 2/4 maddesi, “*Bütün üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı gerekse BM'nin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette tehdide veya kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanmaya başvurmaktan kaçınırlar.*” hükmü ile kuvvet kullanma yasaklanmış, yalnız Andlaşmanın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa halinde Güvenlik Konseyi duruma müdahale edinceye kadar ve VII. Bölüm çerçevesinde barışın tehdidi, bozulması ve saldırı fiili hallerinde de Güvenlik Konseyi kararı ile kuvvet kullanılmasına izin verilmiştir. Kuvvet kullanma ya da tehdidi genel bir yasaktır ve istisnaları yoruma açık olmayacak şekilde BM Andlaşmasında sayılmıştır. Bu istisnalar arasında insani müdahale ya da koruma sorumluluğu yoktur. BM Andlaşması Madde 2/7 “İşbu Andlaşmanın hiçbir hükmü, ne özü itibari ile bir devletin milli yetkisi içinde bulunan işlere, Birleşmiş Milletlerin karışmasına cevaz verir, ve ne de üyeleri, bu gibi işleri, işbu Andlaşma gereğince bir çözüme tarzına bağlamaya icbar eder; bununla beraber VII. Bölümde derpiş edilen zorlama tedbirlerinin uygulanmasına bu prensip hiçbir suretle halel getirmez.” hükmünü getirmiştir. Bu madde, klasik egemenlik anlayışına göre, uluslararası hukukta devletlerin iç ve dış sorunlarını yine kendisinin çözüme hakkına sahipliğini ve egemenlik alanının diğer devletler hukuku sujelerine kapalı olmasını ifade etmektedir. Devletlerin hukuki bakımdan eşitliğinin, haklarından tam egemen olarak yararlandığının, devletlerin ülke bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına saygı gösterildiğinin bir sonucu olarak yorumlanmıştır. Kelsen de, benzer şekilde madde 2/7'nin iki farklı kural içerdiğinden bahsetmiştir. Biri, devletin

<sup>12</sup> Noam Chomsky, “The Responsibility to Protect”, **UN General Assembly**, New York City, July 23, 2009, <http://www.un.org/ga/president/63/interactive/protect/noam.pdf> ( Erişim, 24.12.2015)

Sharma, a.g.m., s.132-133

<sup>13</sup> Carlo Focarelli, “The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention : Too Many Ambiguities for a Working Doctrine”, **Journal of Conflict&Security Law**, Vol.13, No 2, 2008, s. 202

<sup>14</sup> Rebecca J. Hamilton: “The Responsibility to Protect : From Document to Doctrine - but what of Implementation” **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 19, 2006, s.292

özü itibari ile milli yetkisine giren işlere BM'nin müdahalesinin yasaklanması, diğeri ise Andlaşma çerçevesinde üyelerini uzlaşmada serbest bırakmasıdır. İlk kural, Örgüt'ün yetkisini sınırlandırıp, müdahalesini yasaklamakta, ikincisi ise üye devletlerin yükümlülüklerini daraltmaktadır.<sup>15</sup> Madde'ye göre, müdahale edilemeyecek konular, münhasıran milli konular değildir. Madde metninde “özü itibari ile milli konular” dan bahsedilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı milli yetki alanına giren meselelerin zamanla değişebileceğine işaret etmiştir.<sup>16</sup> Madde 2/7, bir konunun milli yetki içine girip girmediğini tesbitte herhangi bir organı yetkili kılmamıştır.<sup>17</sup>

BM Andlaşmasında, geleneksel Vestfalyan algıda devlet egemenliğine saygı açıkça vurgulansa da, aktüel devlet uygulaması geçen süreç içinde egemenliğin sınırlarını zorlayacak şekilde insan haklarına, özellikle son zamanlarda insani güvenliğe odaklanarak yavaş yavaş değişmiştir.<sup>18</sup> İnsan haklarının devletlerin milli yetkisi içinde olup olmadığı da tartışılmış, devletin kendi vatandaşlarına temel insan haklarını reddedecek ve insanlığın vicdanını sarsacak biçimde davranışlarının devletin iç yetki alanına giren işlerden olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>19</sup> Ayrıca, halkına karşı insan haklarını ağır şekilde ihlal eden devletin, halk ile olan başlangıç sözleşmesini ihlal ettiği ve meşruiyet temelini kaybettiği, kendi içinde meşru olmayan bir devletin, uluslararası alanda da meşru olmadığı ve egemenlik iddiasının olamayacağı iddia edilmiştir.<sup>20</sup> İnsani hukuka aykırı davranıldığı zaman devletin iç egemenliği üzerinde uluslararası kontrol uygulanması hak olarak görülmüştür.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Hans Kelsen, **The Law of The United Nations**, The London Institute of World Affairs, London,1964, s .770

<sup>16</sup> 1923 tarihli Fas ve Tunus ile ilgili Vatandaşlık Kararnameleri hakkındaki danışma görüşünde

<sup>17</sup> BM Andlaşmasının hazırlanması aşamasında San Fransisko Konferansında “münhasır salâhiyet” yada “milli yetki” konusuna hangi organın karar vereceği gündeme gelmiştir. Yunanistan bu yetkinin Uluslararası Adalet Divanına verilmesini önermiştir. Ancak bu öneri 17 lehte, 14 aleyhte oy almasına rağmen 2/3 çoğunluk sağlanamamış olduğundan reddedilmiştir.

<sup>18</sup> Gareth Evans, “ From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect “, **24 Wisconsin International Law Journal**, 2006-2007, s. 708-709

<sup>19</sup> Funda Keskin, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma:Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara,1998, s.125

<sup>20</sup> Fernando Teson, **Humanitarian Intervention: An inquiry into Law and Morality**, New York: Transnational,1988, s.15 Komisyonun öncülüğünü Kanada Dışişleri Bakanı Lloyd Axworthy yapmıştır. Ona, 2005 yılında Kanada'nın BM Daimi Temsilcisi Allan Rock yardım etmiştir.

<sup>21</sup> Sean D.Murphy, **Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order**, 21, Procedural Aspects of International Law Series, University of Pennsylvania, 1996, s.10

İnsani müdahalenin tanımında yer verilen «geniş çaplı insan hakları ihlalleri», koruma sorumluluğu tanımında «soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve etnik temizlik» olarak tahdidi şekilde sayılmıştır.

Koruma sorumluluğunda insan hakkı ihlalleri yalnız soykırım, insanlığa karşı suçlar, etnik temizlik ve savaş suçları ile sınırlıdır ve önceki insan hakkı sözleşmelerinde belirtilen ekonomik haklar ve politik özgürlükler gibi diğer hakları kapsamaz. Bu nedenle, Irak'ta olduğu gibi devletlere demokrasi getirmek temelli müdahaleler ve teröre karşı savaş, koruma sorumluluğu olarak adlandırılmayacağı gibi bunlardan uluslararası toplumun sorumluluğu da olmayacaktır.<sup>22</sup> Evans, koruma sorumluluğunun doğal felaketler için de uygulanmasını ileri sürmüştür. Burma'da olduğu gibi doğal felaketlerde yönetimin insani yardımın ülkeye girişine izin vermemesi ve bunda ihmalkar davranılması belli yorumcular tarafından “insanlığa karşı suç” kapsamında tartışılmıştır.<sup>23</sup>

Güvenlik Konseyi, 27 Ocak 2006 -27 Ocak 2016 tarihleri arasında, Burundi ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti arasındaki Büyük Göller Bölgesiyle ilgili olarak 1653<sup>24</sup>, Sivillerin Korunması ile ilgili 1674<sup>25</sup>, 1907<sup>26</sup>, Sivillerin Korunması ile ilgili 1894<sup>27</sup>, Libya ile ilgili 1970<sup>28</sup> ve 1973<sup>29</sup>, Fildişi Sahili ile ilgili 1975<sup>30</sup>, Güney Sudan ile ilgili 1996<sup>31</sup>, Yemen ile ilgili 2014<sup>32</sup>,

---

<sup>22</sup> Bannon, **a.g.m.**, s. 1163

<sup>23</sup> Sharma, **a.g.m.**, s.129

<sup>24</sup> S/RES/1653 (2006), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1653\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1653(2006)) (Erişim, 11.01.2016)

<sup>25</sup> S/RES/1674, (2006), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1674\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674(2006)) (Erişim, 11.01.2016)

<sup>26</sup> S/RES/1907, (2009), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1907\(2009\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1907(2009)) (Erişim, 04.01.2016)

<sup>27</sup> S/RES/1894, (2009), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1894\(2009\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1894(2009)) (Erişim, 04.01.2016)

<sup>28</sup> S/RES/1970, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011)) (Erişim, 04.01.2016)

<sup>29</sup> S/RES/1973, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) (Erişim, 04.01.2016)

<sup>30</sup> S/RES/1975, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1975\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1975(2011)) (Erişim, 08.01.2016)

<sup>31</sup> S/RES/1996, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1996\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1996(2011)) (Erişim, 08.01.2016)

<sup>32</sup> S/RES/2014, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2014\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2014(2011)) (Erişim, 15.01.2016)

Libya ile ilgili 2016<sup>33</sup> ve 2040<sup>34</sup>, Mali ile ilgili 2085<sup>35</sup>, Somali ile ilgili 2093<sup>36</sup>, Libya ile ilgili 2095<sup>37</sup>, Mali ile ilgili 2100<sup>38</sup>, Sudan ve Güney Sudan ile ilgili 2109<sup>39</sup>, hafif silahlarla ilgili 2117<sup>40</sup>, Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili 2121<sup>41</sup>, 2127<sup>42</sup>, 2134<sup>43</sup>, Suriye ile ilgili 2139<sup>44</sup>, Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili 2149<sup>45</sup>, Soykırımın Önlenmesi, Barış ve Güvenliğin Tehdidi ile ilgili 2150<sup>46</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2155<sup>47</sup>, Suriye ile ilgili 2165<sup>48</sup>, Terörist Saldırıların Neden Olduğu Uluslararası Barış ve Güvenliğin Tehdidi ile ilgili 2170<sup>49</sup>, Çatışmaların Önlenmesi ve Uluslararası Barış ve Güvenliğin Tehdidi

<sup>33</sup> S/RES/2016, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2016\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2016(2011)) (Erişim, 15.01.2016)

<sup>34</sup> S/RES/2040, (2012), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2040\(2012\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2040(2012)) (Erişim, 15.01.2016)

<sup>35</sup> S/RES/2085, (2012), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2085\(2012\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085(2012)) (Erişim, 16.01.2016)

<sup>36</sup> S/RES/2093, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2093\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2093(2013)) (Erişim, 16.01.2016)

<sup>37</sup> S/RES/2095, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2095\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2095(2013)) (Erişim, 16.01.2016)

<sup>38</sup> S/RES/2100, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2100\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2100(2013)) (Erişim, 19.01.2016)

<sup>39</sup> S/RES/2109, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2109\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2109(2013)) (Erişim, 19.01.2016)

<sup>40</sup> S/RES/2117, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2117\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2117(2013)) (Erişim, 25.01.2016)

<sup>41</sup> S/RES/2121, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2121\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2121(2013)) (Erişim, 25.01.2016)

<sup>42</sup> S/RES/2127, (2013), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2127\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2127(2013)) (Erişim, 25.01.2016)

<sup>43</sup> S/RES/2134, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2134\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2134(2014)) (Erişim, 07.01.2016)

<sup>44</sup> S/RES/2139, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2139\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2139(2014)) (Erişim, 07.01.2016)

<sup>45</sup> S/RES/2149, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2149\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2149(2014)) (Erişim, 07.01.2016)

<sup>46</sup> S/RES/2150, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2150\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2150(2014)) (Erişim, 07.01.2016)

<sup>47</sup> S/RES/2155, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2155\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2155(2014)) (Erişim, 09.01.2016)

<sup>48</sup> S/RES/2165, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2165\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2165(2014)) (Erişim, 09.01.2016)

<sup>49</sup> S/RES/2170, (2014), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2170\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2170(2014)) (Erişim, 13.01.2016)

ile ilgili 2171<sup>50</sup>, BM Barış Koruma Operasyonlarının Emniyeti ve Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunması ile ilgili 2185<sup>51</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2187<sup>52</sup>, Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili 2196<sup>53</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2206<sup>54</sup>, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ile ilgili 2211<sup>55</sup>, Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili 2217<sup>56</sup>, Hafif Silahlar ile ilgili 2220<sup>57</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2223<sup>58</sup>, Mali ile ilgili 2227<sup>59</sup>, Sudan (Darfur) ile ilgili 2228<sup>60</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2241<sup>61</sup>, Sivillerin Korunması ile ilgili 2250<sup>62</sup>, Güney Sudan ile ilgili 2252<sup>63</sup>, Suriye ile ilgili 2254<sup>64</sup> ve 2258<sup>65</sup>, Orta Afrika Cumhuriyeti ile ilgili 2262<sup>66</sup> toplam 43 kararında koruma sorumluluğuna yer vermiştir.

<sup>50</sup> S/RES/2171, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2171\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2171(2014)) (Erişim,13.01.2016)

<sup>51</sup> S/RES/2185, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2185\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2185(2014)) (Erişim,13.01.2016)

<sup>52</sup> S/RES/2187, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2187\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2187(2014)) (Erişim,13.01.2016)

<sup>53</sup> S/RES/2196, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2196\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2196(2015)) (Erişim,17.01.2016)

<sup>54</sup> S/RES/2206, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2206\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2206(2015)) (Erişim,17.01.2016)

<sup>55</sup> S/RES/2211, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2211\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2211(2015)) (Erişim,17.01.2016)

<sup>56</sup> S/RES/2217, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2217\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2217(2015)) (Erişim,05.01.2016)

<sup>57</sup> S/RES/2220, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2220\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2220(2015)) (Erişim,05.01.2016)

<sup>58</sup> S/RES/2223, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2223\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2223(2015)) (Erişim,05.01.2016)

<sup>59</sup> S/RES/2227, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2227\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2227(2015)) (Erişim,05.01.2016)

<sup>60</sup> S/RES/2229, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2229\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2229(2015)) (Erişim,04.01.2016)

<sup>61</sup> S/RES/2241, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2241\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2241(2015)) (Erişim,04.01.2016)

<sup>62</sup> S/RES/2250, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2250\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2250(2015)) (Erişim,09.01.2016)

<sup>63</sup> S/RES/2252, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2252\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2252(2015)) (Erişim,09.01.2016)

<sup>64</sup> S/RES/2254, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2254\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2254(2015)) (Erişim,09.01.2016)

<sup>65</sup> S/RES/2258, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2258\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2258(2015)) (Erişim,11.01.2016)

<sup>66</sup> S/RES/2262, (2016) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2262\(2016\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2262(2016)) (Erişim,03.02.2016)

## 1.Koruma Sorumluluğunun Öğeleri

Koruma Sorumluluğu kendi içinde üç sorumluluk barındırır. Bunlar;

- önleyici sorumluluk
- reaksiyon sorumluluğu
- yeniden inşa sorumluluğudur.

İnsani müdahalenin önleme ya da yeniden inşa işlevleri olduğu çok tartışılmasa da, özellikle yeniden inşaya uygulamada yer verildiği görülür.

### 1.A. Önleme Sorumluluğu

Ölümcül çatışmaların önlenmesi BM Andlaşmasının temel amaçlarından biridir. Andlaşmanın girişinde gelecek nesilleri savaştan korumak hedefine yer verilmiş ancak çatışmaların önlenmesi konusunda kolektivitenin uygulanması Andlaşmayı hazırlayanlar tarafından tasarlanmamıştır.<sup>67</sup> Önleyici sorumluluk ya da önleme görevi de, BM Andlaşmasının kuvvet kullanma yasağına dayandırılmış, koruma sorumluluğu ve önleme görevinin küresel barış ve güvenliğin korunmasında reaktif olmaktan çok pro-aktif yani ileriye etkili olmayı gerektirdiği ileri sürülmüş ve belli politikalar için dayanak gösterilmiştir.<sup>68</sup> 2002 yılında ABD Ulusal Güvenlik Stratejisi, haydut devletler ve teröristlerle ilgili önleyici meşru müdafaa (preventive) hakkını kabul etmiştir. Potansiyel saldırılar, tehlike sayılmış ve potansiyel zarar kabul edilmiştir. Bu sebeple, haydut ya da terörist devletler herhangi bir vuruş yapmadan ilk müdahale hak olarak kabul edilmiştir. Bu devlet saldırılarının yeri ve zamanı belirsiz ya da hiç gerçekleşmeyecek olsa bile “yakın tehlike” kabul edilmiştir.<sup>69</sup> ABD’nin Irak’a müdahalesi Bush Yönetiminin Ulusal Güvenlik Stratejisinin bir parçası “doctrine of unilateral preemption” olarak açıklanmış,<sup>70</sup> Başkan Yardımcısı Dick Cheney tarafından önleyici savaşın örneği olarak ifade edilmiştir.<sup>71</sup> Meydana gelmesi muhakkak olan, düşünme zamanı olmayan yakın ve acil tehdit durumları için pre-emptive (ön-alıcı) meşru müdafaa söz konusudur. Ön-alıcı saldırı uluslararası hukukta meşru görülebilmektedir. Acil bir tehdidin

<sup>67</sup> Alex J. Bellamy, “Conflict Prevention and the Responsibility to Protect” **14 Global Governance**, 2008, s. 136

<sup>68</sup> Anne-Marie Slaughter& Lee Feinstein “A Duty to Prevent” **83 Foreign Affairs**, 2004, s.236-237

<sup>69</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 146

<sup>70</sup> Slaughter& Feinstein, **a.g.m.**, s.236, 237

<sup>71</sup> Bellamy, Conflict Prevention....s.146

olmayıp, potansiyel tehlike durumları için yapılan saldırılar önleyici meşru müdafadır ve uluslararası hukuka aykırılığı muhakkaktır.

ABD'nin, kitle imha silahı bulundurduğu ve teröre yardım ettiği dolayısı ile 2003 yılında Irak'ı işgalinden sonra, "önleme görevi" nin potansiyel güvenlik felaketlerine özellikle nükleere karşı genişletilmesi gündeme gelmiş, muhtemel terör hedefleri üzerinde önleyici vuruşlar için bu argüman tartışılmıştır.<sup>72</sup> Uluslararası kurallarla yasaklanmasına rağmen bazı devletlerin uranyum zenginleştirdikleri, bunun bilgi ve ticari olarak alış-verişini yaptıkları, birbiri ile işbirliği içinde oldukları, bu işbirliğinin kendi aralarında olduğu gibi diğerleri için de tepki olarak nükleer kapasitelerini geliştirme üzerine yoğunlaşmayı getirdiğinden tehlikeli bulunmuştur. Söz konusu rejimler, teröristlere ve bireylere teknoloji ve silah sağlayabilecektir. Bu durum, kitle imha silahı bulunduran devletlerin kendi vatandaşları için olduğu kadar o rejimlere yakın ülkeler ve potansiyel düşmanları için de büyük tehlike olacaktır. Bunun için küresel tepki gereklidir. Bununla ilgili önleme görevi için;

- kitle imha silahlarının varlığı,
- uluslararası toplumun, belli hükümetlerin özellikle kuvvetin herhangi bir kullanımını içeren tedbirleri söz konusu olduğunda uluslararası toplum çağırısı,
- önleme görevi küresel ve bölgesel örgütler aracılığı ile kolektif olarak uygulanma şartlarını taşımaktadır.<sup>73</sup>

Nükleer zenginleştirmeyi baskılamak için daha iyi önleyici stratejiler konusundaki coşku çokca hayran toplasa da, ".. mutlak güç, ... önceki davranış, ... belirttikleri niyet.." leri olan söz konusu rejimlere karşı Güvenlik Konseyi kararlarıyla askeri gücün önleyici olarak kullanılacak olması tehlike sinyali vermektedir.<sup>74</sup>

BM nezdinde Çatışmaların Önlenmesine ilişkin raporda, BM Sekreterliğinin ve üye devletlerin "çatışmayı önleme kültürü" nü besleme önerisi sunulmuştur. Bu raporu müteakip silahlı çatışmaları önlemeye ilişkin 1366 sayılı Güvenlik Konseyi kararında<sup>75</sup>, Güvenlik Konseyinin çalışmalarında

---

<sup>72</sup> Hamilton, a.g.m., s.292

<sup>73</sup> Slaughter& Feinstein, a.g.m.,236, 237

<sup>74</sup> Evans,a.g.m., s. 719

<sup>75</sup> S/RES/1366, (2001), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1366](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1366)



çatışmaları önlemenin merkezinde olması doğrulanmış, BM personeli için çatışmaların önlenme eğitimleri için merkezi bir fon yaratılması düşünülmüş, çatışmaları önlemek için “bütün uygun yolların kullanılması” önerilmiştir.<sup>76</sup> Bölgesel örgütlerde de, şiddetli çatışmaların önlenmesi konusunda çaba sarf edilmiştir. Bunlar arasında 1993 yılında Afrika Birliği Örgütünün Çatışmaları Önleme Mekanizması, Avrupa’da, Baltık’da, Kafkaslar’da ve Orta Asya’da Güvenlik ve İşbirliği Örgütü (OSCE) tarafından çeşitli tedbirler alınmıştır. Avrupa Birliği kendi çatışmayı önleme mekanizmalarına ek olarak Endonezya, Nepal ve Fiji de risk altında gördüğü ülkelerde Çatışmaların Önlenmesi Değerlendirme Mısyonu bulundurmıştır. Ancak, yeni çatışmaların başarıyla önlenmesi gerçekleşmemiştir.<sup>77</sup>

ICISS, Güvenlik Konseyinin lider rol oynamasını istediği şiddetli çatışmaların önlenmesi ile ilgili çok net olmayan önerilerde bulunmuştur. Şiddetli çatışma nedenleri;

- güven , insan hakları ve iyi yönetim ile ilgili olarak politik,
- ekonomik fırsatlar, zenginlik ve eşitsizlik ile ilgili olarak ekonomik,
- atfedilebilirlik ve hukuk kuralları ile ilgili olarak hukuki,
- sektörel reform, yeniden entegrasyon ve silahsızlanma ile ilgili olarak askeri

olarak sınıflandırılmıştır. Bunlardan politik boyut, BM Genel Sekreterinin önleyici diplomasisine, ekonomik boyut pozitif ve negatif sebeplerin kullanımına, hukuki boyut, arabuluculuk tedbirlerine, askeri boyut ise en sınırlı kapsamda önleyici konuşlanmaya gönderme yapmaktadır. Birleşmiş Milletlerin çatışmayı önleme fonksiyonu, Genel Sekreterinin önleme diplomasisi, krizleri yönetme, BM şemsiyesi altında sosyal, ekonomik, kültürel ve insani örgütlerin geliştirilmesi ad hoc bir moda olarak gelişmiştir. Fakat, bunların hiçbiri çatışmaları önleme sistemi içinde entegre olmamıştır.<sup>78</sup>

Önleme sorumluluğu ile ilgili olarak, BM çerçevesi içinde «erken uyarı sistemi» düşünülmüştür. ICISS, önleme tedbirlerini merkezileştirme çabalarını, çekişme nedenlerini engellemeyi, doğrudan önleme yeteneğini

(Erişim, 30.07.2015)

<sup>76</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 136

<sup>77</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 137

<sup>78</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 138

zenginleştirmeyi erken uyarı sistemi lehine görülmüştür.<sup>79</sup> Soykırımın ya da diğer katliamların işlendiği zamanlarda eş zamanlı olarak bunu önleyecek ve uluslararası uzlaşmayı sağlayacak mekanizma yoktur.<sup>80</sup>

Ölümcül çatışmaları önleme konusunda çalışan Carnegie Komisyonu, çatışmaları altyapısal olarak önlemenin müdahale ya da yeniden inşanın yarı fiyatından daha azına mal olduğunu tesbit etmiştir.<sup>81</sup> 2005 yılında BM'nin Trust Fund for Preventive Action 35 bağışçıdan 33 milyar \$ bağış almıştır. BM barış operasyonlarının yıllık maliyeti 5 milyar \$ civarındadır. Devletlerin uluslararası barış ve güvenlik çalışmalarına katılmayı istedikleri fakat çatışmaların önlenmesi destekçilerinin henüz hükümetleri ikna edemedikleri görülür. Analistlere göre, çatışmaların yokluğu ve önleme filleri arası doğrudan bağlantıya dikkat çekmek zordur.<sup>82</sup>

Önleme sorumluluğu, iç çatışmaların doğrudan nedenleri ve bunu doğuran nedenler yanında halkı riske atan insan unsurlu diğer krizler için de geçerlidir.<sup>83</sup>

### **1.B. Reaksiyon Sorumluluğu**

Reaksiyon sorumluluğu, insanı zorlayan durumlara uygun tedbirlerle karşılık verme durumudur. Uygun tedbirler, yaptırım, uluslararası yargılama, uç durumlarda askeri müdahale gibi zorlayıcı tedbirleri içerebilir.<sup>84</sup>

Reaksiyon sorumluluğunda gerekli politik isteği harekete geçirme noktasında problem vardır. Bu, en uç zorlama reaksiyon şekli askeri gücün kullanımında olduğu gibi yaptırım gibi askeri olmayan zorlama şekilleri ya da zalimane suçları işleyen şüphelilerin uluslararası yargı organlarına gönderilmesinde de geçerlidir. Esasen, bu politik istek ihtiyacı zorlayıcı olmayan önleyici fiillerin kullanılmasında da vardır. Politik istek, duyarlılık, maliyet ya da zorluk gibi etmenlere bağlı olabilir.<sup>85</sup>

Reaksiyon fiillerinde bu küresel kolektif güvenlik sisteminin etkinliği alınan kararların hukukiliği kadar, meşru olduğuna ilişkin müşterek algıya

---

<sup>79</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 135

<sup>80</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 719

<sup>81</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 136

<sup>82</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 142-143

<sup>83</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 709

<sup>84</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 709

<sup>85</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 721

da bağlıdır. Haklı nedenler, hem hukuki hem de ahlaki olmalıdır. Hukuki ya da ahlaki olma noktasında zorlayıcı insani müdahale en çok tartışılan konulardan olmuştur.<sup>86</sup> Entelektüel gelenekte ve dünya dinlerinde de sayılan belli unsurlar ICISS tarafından ayrıntısı ile incelenmiş ve ilk görüşmelerden itibaren bunların yaşatılmasına çaba gösterilmiştir. ICISS kriterleri, haklı neden varlığında, doğru amaç, son çare, oranlılık, olumlu gelişme beklentisi ve doğru yetkilendirme.

ICISS, geniş ölçekte hayat kaybı ve geniş ölçekte etnik temizlik durumlarında, ciddi ve telafisi imkansız zararlar doğması ya da yakın zamanda meydana gelecek olmasını askeri müdahale için haklı neden kabul etmiştir.

### **1.B.1. Doğru Amaç (Right Intention)**

Birincil amaç, insani acıları durdurmak ya da önlemek olmalıdır. Amerika'nın Irak'ın işgal nedenleri, Irak'ın kitle imha silahı bulundurması, teröre yardım etmesi ya da ülkeye demokrasi getirilmesi gibi gösterilmiş olsa da, uluslararası kamuoyu ile paylaşılmaktan kaçınılan saik, Ortadoğu petrolerini ele geçirme ve ABD'nin diğer emperyalist güçler arasında üstünlüğünü devam ettirme isteğidir. Somali'ye yapılan müdahale, Başkan Siad Barre'nin Soğuk Savaş Döneminde SSCB ile yakınlaşması nedeniyle duyulan endişeye bağlanmıştır. ABD Somali'de askeri ve stratejik çıkarları olmadığını ifade etse de, beş büyük ABD şirketinin Somali'nin tamamında petrol ve doğal gaz arama yetkisine sahipliği uluslararası kamuoyunun gözünden kaçmamıştır. Kosova'ya NATO müdahalesinin altında yatan sebebin, mineral kaynaklarının kontrolünü sağlamak, geleceğin enerji dağılımı ağını yönetmek, Yugoslavya'nın rekabetçi sosyalist ekonomik sistemini çökertmek olduğu ileri sürülmüştür.<sup>87</sup> Libya'ya NATO'nun müdahalesinde, insanlığa karşı suçlar inandırıcı şekilde kanıtlanmamıştır.<sup>88</sup> Burada da, petrol ve doğal gaz müdahalesinin en önemli amaçlarındandır.

### **1.B.2. Son Çare (Last Resort)**

Askeri müdahale, askeri olmayan bütün seçenekler denendikten sonra uygulanmalıdır. Askeri müdahaleler son çare olmalıdır ve o ülkedeki insan

<sup>86</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 710

<sup>87</sup> Ertuğrul, "İnsani Müdahale(!)..s.665 , B. Stone, "The U.S.-NATO Military Intervention in Kosovo", **Global Research**, 2005

<sup>88</sup> A. Füsün Arsava, "Uluslararası Hukuka Uygunluk ve Meşruiyet Tartışmasında Bir Örnek Olarak Libya Askeri Operasyonu", **TAAD**, S. 13, (Nisan 2013), s. 41

yaşamını tehdit etmemelidir. BM Andlaşmasına göre, ülke bütünlüğünü koruyan egemenlik hakkı varlığını sürdürmektedir. Ülkesel bütünlük uluslararası koruma ile ihlal edilemez. Halkın korunması için mutlak gerekli değilse rejim değişikliği ya da diğer zorlayıcı izinsiz tedbirler alınmamalıdır.<sup>89</sup>

### **1.B.3.Oranlılık (Proportional Means)**

Müdahale, insani acıları durdurmak ya da önlemek için kaçınılmaz olmalıdır. Planlanan askeri müdahalenin yoğunluğu asgari gerekliliğe sahip olmalıdır. Irak'ta, ABD'nin akıllı bombaları, su ve kanalizasyon arıtma tesislerini ve elektrik üretme ünitelerini vurmuştur. UNICEF, Irak'ta her ay 5.000 çocuğun öldüğünü ve ülkedeki çocukların %22'den fazlasının kronik olarak kötü beslendiğini bildirmiştir. Çocukların ölüm nedenlerinin büyük çoğunluğunun, kirliliği su ve kanalizasyon kökenli kolera, tifo gibi bütünüyle tedavi edilebilir hastalıklardan kaynaklandığı açıklanmıştır.<sup>90</sup> Kosova'da elçilik binaları bombalanmıştır.

### **1.B.4. Olumlu Gelişme Beklentisi (Reasonable Prospects)**

Başarı ihtimali yoksa, askeri müdahaleye devam edilmemelidir. Fiilin sonuçları, hareket etmemenin sonuçlarından daha kötü olmamalıdır.<sup>91</sup> 1993 Somali müdahalesi yenilgiyle sonuçlanmış, 1994 Ruanda'daki soykırım için tepki acınacak halde yetersiz kalmış, 1995'de Srebrenika, 1999'da Kosova'daki durumları önlemek elem verici surette başarısız olmuştur.<sup>92</sup> Müdahale sonrası o ülke vatandaşlarının düştüğü durum, müdahaleyi, iki ucu keskin bıçağın tercihi niteliğine büründürmüştür. Örneğin, müdahale sonrasında, Irak merkezi hükümetinin idare yeteneği ve ülkenin ekonomik ilerlemesi güvenilir olmanın çok gerisindedir. Ciddi boyutlara varan işsizlik sorunu çözülememiştir. Sağlık, eğitim, koruma, temiz su ve diğer zorunlu hizmetler konusunda ilerleme kaydedilmemiştir.<sup>93</sup> Üç yılı aşkın süre içinde en az iki yüz bin kişi öldüğü, iki milyonun üzerinde kişi yerinden edildiği, Darfur'da barış koruma çabaları açıkça yetersiz kalmış, politik çözümler

---

<sup>89</sup> Bannon, **a.g.m.**, s. 1166

<sup>90</sup> Naseer Aruri, "Amerika'nın Irak'a Karşı Savaşı:1990-2002", Amerika'nın Irak Savaşı, (Ed.) Antony Arno, (Çev.) Taylan Doğan, Aram Yayıncılık,2003, s.67, Ümmühan Elçin Ertuğrul, „Irak Ortadoğu'nun ‚Sarı Öküz‘ ü mü? Irak-Arap Baharı İlişkisi“, **Uluslararası Üç Deniz Havzası Ülkeleri Ortak Yönetim Kültürü& Yeniden Yapılanma Sorunları Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 13-16 Ekim 2011, s.345

<sup>91</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 710

<sup>92</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 706

<sup>93</sup> Ertuğrul, Irak Ortadoğu'nun ‚Sarı Öküz‘ ü mü?..s.347

hatalar içinde debelenmiş, insani yardımlar sendelemiş, bütün çözümler çürümüştür.<sup>94</sup> NATO, Libya müdahalesinde, Libya’da sivilleri havadan saldırıları vasıtasıyla korumuş, kara harekatı düzenlememiştir. Bu sebeple, sivil ölümleri artmış ve pek çok sivil yaşadıkları yerleri terk ederek yerinden edilmiştir.<sup>95</sup> Libya’da , NATO yetkilerini yetkilerini aşmış, hatta bu sebeple koruma sorumluluğu kapsamında Suriye için Güvenlik Konseyinden karar çıkmamıştır.

### 1.B.5. Doğru Yetkilendirme (Right Authority)

Hukukilik ve meşruiyet için gösterilen Güvenlik Konseyi kararları müdahale için yetki vermez. Güvenlik Konseyi 1203 sayılı kararında<sup>96</sup>, Kosova’da çözülmeyen durumun, bölgede barış ve güvenliğe sürekli bir tehdit oluşturduğunu saptayarak Yugoslavya’nın NATO ve AGIT ile 1199 sayılı kararın uygulamasını denetlemek üzere yaptığı anlaşmaları desteklediğini belirtmiştir. Kararda, NATO ya da başka devletlere herhangi bir yetki verilmemiştir. Irak’ta, Güvenlik Konseyi tarafından 678 sayılı karar<sup>97</sup> alınmadan önce İngiliz ve ABD donanmaları zaten Körfez’de yerlerini almışlardır.<sup>98</sup> Güvenlik Konseyi, 678 sayılı kararda kuvvet kullanma konusunda yetki vermemiş, kullanılan kuvveti tanımlamıştır. Karara, VII. Bölüm dayanak olarak gösterilmiştir. Kararların VII. Bölümün tamamına, 42. maddeye yahut 51. maddeye dayanabileceği olasılıkları ileri sürülmüştür.<sup>99</sup> 688 sayılı kararda<sup>100</sup> açık bir biçimde kuvvet kullanılmasına cevaz verilmemiş, üye devletler ve insani kuruluşlar “insani yardım çabalarına katılmaya davet edilmiş” tir. Libya hükümetinin sivil halka karşı yaygın ve sistematik saldırıları - insanlığa karşı suç- sebebiyle BM üyesi devletler BM Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde Libya’da saldırı tehdidi altındaki sivil nüfusun korunması için üye devletler gerekli bütün

<sup>94</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 703

<sup>95</sup> Ülkü Halaççı Ulusoy, “Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu”, **TAAD**, S.14, Temmuz 2013, s. 281, 282,

<sup>96</sup> S/RES/1203, 24 October 1998, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/321/21/PDF/N9832121.pdf?OpenElement>, (Erişim, 20.10.2015)

<sup>97</sup> S/RES/678, 29 November 1990, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/28/IMG/NR057528.pdf?OpenElement>, (Erişim, 20.10.2015)

<sup>98</sup> Berdal Aral, “Soğuk Savaş Sonrasında ‘Siyasallaşan’ Uluslararası Hukuk ve Başlıca Mağdurları” **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, LIII,1998, s. 44

<sup>99</sup> Enver Bozkurt, **Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı ve Körfez Krizi Örneği**, Ankara, 1996, s.124

<sup>100</sup> S/RES/688, 5 April 1991, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/596/24/IMG/NR059624.pdf?OpenElement>, (Erişim, 20.10.2015)

tedbirleri alma konusunu düzenleyen 1973 sayılı kararda, NATO'ya ilişkin açık bir yetkilendirme olmadığı gibi, yetkilendirme zaman ya da amaç olarak herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.<sup>101</sup> Karar'ın alınmasında, Güvenlik Konseyi üyelerinden Rusya, Hindistan, Almanya, Brezilya ve Çin çekimser kalmıştır.<sup>102</sup> Uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren bir olayda, Güvenlik Konseyinin daimi üyelerinden Rusya ve Çin ile uluslararası alanda önemleri yadsınamayacak Almanya, Hindistan, Brezilya gibi devletlerin Karar'da çekimser kalmaları, koruma sorumluluğunun ilk etapta hem hukukiliğini hem de meşruiyetini düşündürmüştür.

Gerçekte, Güvenlik Konseyi kararlarının ve fiillerinin bir anlamı olmadığı doktrinde “yalancı-çoktarafılık” olarak ifade edilmiştir. Buna göre, çoktarafli sistemin kararlarını, gizlemeye gerek duymaksızın tektarafın alması söz konusudur. Batı'nın menfaatine olan Güvenlik Konseyi kararları, dünyaya uluslararası toplumun istekleriymiş gibi yansıtılmıştır.<sup>103</sup>

ABD, Koruma Sorumluluğu açısından gerekli durumlarda BM Andlaşmasına göre, hareket uygulamasını da içerecek şekilde Güvenlik Konseyinin bütünüyle yetki verebileceğini belirtmiştir. Ayrıca, BM Andlaşmasının uluslararası barışın ciddi ihlalini içeren çeşitli durumlarda hareketi desteklemek için Güvenlik Konseyi üyelerine yasal yükümlülük doğurduğu şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Sonuç olarak, ABD Hükümeti, Güvenlik Konseyinin insani müdahale için BM Andlaşmasına göre yetkilendirme yapabileceğini ancak bunun bir yükümlülük olmadığını bildirmiştir. Diğer bir deyişle, Güvenlik Konseyi hareket edip etmemekte mutlak serbesttir, bir olayda askeri müdahale olabileceği gibi bir diğerinde olmayabilecektir. Bireysel olarak devletler hareket için yetkilendirilebilirler fakat bu onlar için bağlayıcı değildir. Bu onlar için hareket hazırlığıdır ve bu durum Nihai Birdirge'de yer almıştır.<sup>104</sup>

Koruma sorumluluğu temelinde günümüzü değerlendirdiğimizde ve ileriye baktığımızda; Güvenlik Konseyindeki veto kurumunun askeri müdahaleyi etkin şekilde bertaraf edebileceğini görürüz. Örneğin Çeçenistan'a askeri fiilleri Rusya, Sincan Uygur Bölgesine yapılacak askeri müdahaleyi Çin veto edecektir.<sup>105</sup> Rusya vetosu sebebiyle Suriye'ye müdahale edilememiştir.

<sup>101</sup> Halatçı Ulusoy, **a.g.m.**, s. 279, 280, Arsava, Uluslararası Hukuka Uygunluk ..., s. 48

<sup>102</sup> Halatçı Ulusoy, **a.g.m.**, s. 279, 280

<sup>103</sup> Charles Krauthammer, “The Unipolar Moment”, **Foreign Affairs** 70, 1990/91, s.27

<sup>104</sup> Focarelli, **a.g.m.**, s. 204

<sup>105</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 711

BM Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin günümüzde sahip olduğu veto yetkisi tartışılmıştır. Askeri müdahale ve Güvenlik Konseyi ile ilgili olarak Mayıs 2002 Güvenlik Konseyi yıllık görüşmelerinde, koruma sorumluluğu ile ilgili olarak ABD, Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin veto haklarının sınırlanmasını reddetmiştir. Rusya ve Çin söz konusu kriterlerin Güvenlik Konseyini saf dışı bırakabileceğini ileri sürmüşlerdir. İngiltere ve Fransa'da kriterler konusunda sıcak olmamışlardır.<sup>106</sup> Belli Afrika devletleri, Güvenlik Konseyi kararı almanın temel olduğu ve Güvenlik Konseyi kararlarının daha açık, üye sayısının daha fazla dolayısı ile daha meşru olduğu kriterleri kabul ederlerken ABD, Rusya ve Çin farklı nedenlerle karşı olmuştur. ABD, söz konusu kriterlerin hareket serbestisini sınırlayacağı yönüyle karşı olurken, Rusya ve Çin Güvenlik Konseyinin tuzak olarak kullanılabilmesi yönüyle karşı olmuşlardır. Aralarında Hindistan'ın da bulunduğu bazı devletler de Rusya ve Çin'in görüşünü paylaşmışlardır.

ICISS bu ihtimalleri göz önünde bulundurarak Güvenlik Konseyini tartışmıştır. Güvenlik Konseyi atlandığında, müdahalede dikkate alınmadığında uluslararası düzen zarar görecektir. Güvenlik Konseyi beklenirken de insanlık zarar görecektir. ICISS, söz konusu durumlarda müdahalenin meşruluğu için insani müdahale için sayılan kriterlere alternatif getirmemiş ya da aramamıştır. ICISS yetkilendirme kaynağı olarak Güvenlik Konseyine alternatif bulmaya gerek olmadığını fakat daha iyi çalışabileceğini öngörmüştür. ICISS açık bir politik mesaj seçmiştir, eğer bireysel olarak bir devlet ya da ad hoc koalisyonlar meşruiyetin gerekli kriterlerine saygı gösterirler ve katılırlarsa dünya kamu görüşü de bu doğrultuda olacaktır. Bu da, Güvenlik Konseyinin itibarını artıracaktır.<sup>107</sup>

ICISS koruma sorumluluğunda müdahale tartışmalarında üç kademeli bir sorumluluk önermiştir. Buna göre, her aşamada bilgi sağlamada BM erken uyarı sistemi önemli rol üstlenecektir. Birincil sorumluluk, ev sahibi devletindir. İkincil sorumluluk, dış ajanslarla ortaklık eden iç otoritelere aittir. Üçüncü düzey sorumluluğun ise, birinci ve ikinci düzey sorumluların başarısız olması halinde uluslararası örgütlere ait olacağı farz edilmiştir. Üçüncü düzey sorumlulukta ICISS, BM'nin kombine çabaları doğrultusunda Güvenlik Konseyini tartışmıştır. Eğer Güvenlik Konseyi kilitlenirse, müdahaleci devletler ve BM Genel Sekreteri BM Genel Kuruluna uzlaşma

<sup>106</sup> Alex Bellamy, "The Responsibility to Protect and the Problem of Military Intervention", *International Affairs*, 84;4, 2008, s. 625-626

<sup>107</sup> Evans, *a.g.m.*, s. 712, Hamilton, *a.g.m.*, s.292

için başvuracaktır. Başarısız olduğunda ise bölgesel örgütler aracılığı ile çalışılacaktır. <sup>108</sup> Askeri müdahale için Güvenlik Konseyi kararına öncelik tanınmıştır. Güvenlik Konseyi ya doğrudan ya da BM Andlaşması 99. maddesi <sup>109</sup>gereğince, BM Genel Sekreterin isteği üzerine harekete geçebilecektir. Yetkilendirme, mücbir durumda başarısız olursa, iki durum söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki, BM Genel Kurulu “barış için birlik” kararı <sup>110</sup> usulü gereğince, üye tam sayısının 2/3 çoğunluğuyla müdahale kararı alabilecektir. İkinci alternatif ise BM Andlaşmasının VII. Bölümü çerçevesinde Güvenlik Konseyi bölgesel örgütleri yetkilendirecektir. <sup>111</sup>

Sorumluluk kademesinin hangisinin uygulanacağına nasıl karar verileceği de tartışılmış, krizin niteliğine karar vermek için yargıçlardan ya da ünlü kişilerden oluşacak bir panel kurulması destek bulmuş olmasına rağmen, Güvenlik Konseyinin beş daimi üyesi devlet bu fikri çok desteklememiştir. Sorumluluğun düzeyi müdahale ve yetki konusu ile ilgili olduğundan dolayı çok politize olduğu Darfur Krizinde görülmüştür. <sup>112</sup>

### **1.C. Yeniden İnşa Sorumluluğu**

Yeniden inşa sorumluluğu, özellikle askeri bir müdahaleden sonra iyileştirme, yeniden yapma, uyumlaştırma/bozulan ilişkiyi düzeltme, müdahale zararlarının devam etmesini durdurma ve önüne geçme sorumluluğudur. <sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Bellamy, “Conflict Prevention ..s.152

<sup>109</sup> Madde 99; Genel Sekreter, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebileceğini düşündüğü herhangi bir konuyu Güvenlik Konseyi’nin dikkatine sunar.

<sup>110</sup> A/RES/377, 3 Nov. 1950, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/059/75/IMG/NR005975.pdf?OpenElement>, (Erişim, 20.11.2015)

BM Genel Kurulunun 3 Kasım 1950 tarih, 377 sayılı “Barış için Birlik” Kararında, *Barışa karşı bir tehdit olması, barışın bozulması ya da bir saldırı eylemi durumunda Güvenlik Konseyi, daimi üyeleri arasında oybirliği bulunmaması nedeniyle barışın ve uluslararası güvenliğin korunmasındaki temel sorumluluğunu yerine getirmesse, Genel Kurul, barış bozulmuş ya da bir saldırı eylemi olmuşsa, barışı ve uluslararası güvenliği yeniden sağlamak için, gerektiğinde silahlı kuvvet kullanılması da kapsam içine girmek üzere, alınacak toplu önlemler konusunda, üyelere gerekli öğütlemelerde bulunmak amacıyla sorunu gecikmeksizin inceleyecektir. Eğer o sırada Genel Kurul toplantı içinde bulunmuyorsa, o konudaki istemi izleyen 24 saat içerisinde, olağanüstü ve ivedi biçimde toplanabilir. Böyle bir olağanüstü ivedi toplantı ya üyelerinin herhangi 7 olumlu oyu ile Güvenlik Konseyi’nin, ya da Örgüt üyelerinin çoğunluğunun istemi üzerine yapılır.*

<sup>111</sup> Hamilton, **a.g.m.**, s.291

<sup>112</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s.152

<sup>113</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 709



Yeniden inşa sorumluluğu, BM'nin Barış İnşa Komisyonunun yaratılması aracılığıyla Dünya Zirvesinde kurumsallaştırılmaya çalışılmıştır.<sup>114</sup> Yeniden inşa, özellikle koruma sorumluluğuna özgü gibi gösterilmeye çalışılsa da, insani müdahale olarak savunulan örneklerde de görülür. Örneğin, Somali müdahalesinde, Başkan Bush'un Ulusal Güvenlik İşleri Özel Yardımcısı Richard Hass, ulus yapmayı da içerecek şekilde Somali Misyonu'nun genişletilmesini önermiştir.<sup>115</sup> Birleşik Devletler askerleri, molozların ve yıkıntıların temizlenmesi, iyileştirme ve koruma çalışmalarına katılmışlar, 3500'ün üzerindeki kişiyi Mogadişu polis gücü olarak örgütlemişlerdir.<sup>116</sup> Irak müdahalesi, ABD'nin kurmayı amaçladığı "yeni dünya düzeni" nin bir parçası olmuştur.<sup>117</sup> 11 Eylül sonrasında, Başkan Yardımcısı Richard Cheney, Irak'taki rejim değişikliğinin bütün Ortadoğu için olumlu bir etki yaratacağını, ABD yardımıyla özgürleşen Irak'ın tekrar büyük bir millet olabileceğini, ABD'nin amacının ülkesel bütünlüğe, çoğulcu ve demokratik hükümete, her etnik ve dini grubun insan haklarının tanındığı ve korunduğu hukuk sistemine sahip bir Irak yaratmak olduğunu ifade etmiştir.<sup>118</sup> Libya müdahalesinde, NATO, muhalif gruplarla birlikte hareket ederek iç çatışmanın tarafı olmuş ve sivillerin korunması kapsamında Kaddafi rejiminin yıkılmasında aktif rol almıştır. BM Libya Destek Komisyonu (UNSML) yardımıyla kurulan Ulusal Geçiş Konseyi, Libya'da demokratik bir yönetim kurmak maksadıyla yeni bir anayasa hazırlanmış ve genel seçim yapılmıştır.<sup>119</sup>

Koruma sorumluluğuna karşı olan devletler, kabul edilebilir sosyal yaşam düzeyini, savaş sonrası politik kurumları yeniden inşa için askeri maliyetlere lojistik ve ekonomik maliyetlerin de ekleneceği düşüncesinde olmuştur.<sup>120</sup>

<sup>114</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 135

<sup>115</sup> Richard Haass, "Military Force: A User's Guide" Walter Clarke and Jeffrey Herbst: "Somalia and the Future of Humanitarian Intervention" **Foreign Affairs**, s. 75, 72

<sup>116</sup> Murphy, **a.g.e.**, s.227

<sup>117</sup> Körfez Savaşı'nda Irak birlikleri Kuveyt'ten çıkarılıp 27 Şubat'ta ateşkes ilan edildikten sonra, Irak halkının Saddam Hüseyin yönetimini devirmek amacıyla ayaklanmaya çağırılması olarak tanımlanabilir.

<sup>118</sup> <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/bush/cheneyvfw.htm> (Erişim, 27.09.2015)

<sup>119</sup> Ülkü Halatçı Ulusoy, s. 281, 282

<sup>120</sup> Focarelli, **a.g.m.**,s. 209

## **2. Koruma Sorumluluğunun Hukuki Temelleri**

### **2.A. Uluslararası Andlaşmalar**

Koruma sorumluluğu, soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve etnik temizlik hallerinde devletlerin özü itibari ile içişlerine giren meselelere müdahale yasağını ortadan kaldırmıştır. Bu açıdan uluslararası hukuka aykırı olmayacaksa da, kuvvet kullanma ve tehdidi yasağı açısından test edilecektir.

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine göre devletler soykırım suçunu önlemekle yükümlü kılınsalar da, bu yükümlülük tamamlanmış değildir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1966 Medeni ve Siyasi ve Politik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmeleri de uygulamada şaşalı retorik olarak kalmıştır.<sup>121</sup>

### **2.B. Uluslararası Örf-Adet**

Koruma sorumluluğunu uluslararası örf adet açısından değerlendirdiğimizde, örf-adetin maddi ögesi olan müşterek ve yaygın olarak uygulandığını söylemek zor olur. Manevi ögesi olan, hem nicelik hem de farklı gruplardaki devletlerin, söz konusu genel uygulamanın bir hukuk kuralı olduğuna ilişkin inanç da yoktur.

Koruma sorumluluğu Japonya, Yeni Zelanda Norveç, San Marino, Fransa, Kanada, Avustralya ve Liechtenstein tarafından uluslararası hukuk normu olduğu kabul edilmiştir. Uganda, koruma sorumluluğunun daha detaylı şekilde düzenlenmesi koşuluyla desteklemiştir. Ukrayna, açıkça Güvenlik Konseyi yetkisinde ve son çare olarak bu tür tedbirlerin alınmasını önermiştir. Endonezya, belli ahlaki gerekçelere rağmen siyaseten ve hukuken ileride tartışılması ihtiyacı ile bir parça tereddütle onaylanmıştır. Tanzanya, Küba, İran, Suriye, Venezuela, Vietnam, Kolombiya, Mısır, Cezayir, Pakistan ise koruma sorumluluğu doktrininin, herhangi bir hukuki temelden yoksun, zayıf devletlere karşı güçlü devletlerin lehine olduğu ileri sürmüştür. ABD, ahlaki açıdan ve genel olarak söz konusu fiiller için uluslararası toplumun sorumluluğu konusuna kuşkuyla yaklaşmıştır. Bunun ilgili devletin sorumluluğundan çok farklı olduğunu, BM Andlaşmasının 51. maddesine göre uygun şartlarda pre-emptive meşru müdafaya desteğini yinelemiştir.<sup>122</sup>

Kanada, Avrupa Birliği üyesi devletler, Avustralya, Yeni Zelanda ve Japonya gibi devletler Koruma Sorumluluğunun uygulanması ve dış

---

<sup>121</sup> Evans, **a.g.m.**, s. 705, 706

<sup>122</sup> Focarelli, **a.g.m.**, s. 203, 204

politikalarında bu sorumluluk ile ilgili işbirliği niyetlerini gösterir güçlü sinyaller verseler de, Çin, Hindistan Rusya gibi ülkelerin yaklaşımları koruma sorumluluğunun hukuk kuralı olduğuna ilişkin inanç olarak algılanmasına olanak vermez.<sup>123</sup> Çoğu Hükümet, Koruma sorumluluğunu tek taraflı müdahaleyi meşrulaştırmak için Truva Atı olarak görmüştür. Koruma sorumluluğunun destekçileri ise, Güvenlik Konseyinin kilitlendiği durumlarda uygun karar alma süreci hakkında ya da zorlayıcı askeri müdahaleyi haklılaştıran durumlar hakkında açıkca bir yol göstermediğini ileri sürmüşlerdir.<sup>124</sup> 2008’de BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon “ koruma sorumluluğunun bir kavram olduğunu henüz politika olmadığı kabul etmiştir.<sup>125</sup>

Koruma sorumluluğunun, yeni bir uluslararası hukuk normu, uluslararası örf-adet hukukunun yeni bir kuralı olma ihtimalini, Nihai Metin’in 138 ve 139. paragrafları, Güvenlik Konseyinin 1674 ve 1706 sayılı kararları insanlık onurunu ve temel haklarını etkin şekilde koruyan uluslararası örf adet hukukunda yeni bir kural için duyulan ihtiyaç konusunda yükselen küresel uzlaşmanın mantıki sonucu olması yükseltse de,<sup>126</sup> bu normların uluslararası toplum içinde geniş destek bulması gerektiğini ancak bunun sağlanmadığını yargısı bu ihtimali ortan kaldırır.<sup>127</sup>

## SONUÇ

Koruma sorumluluğunu, bazı yazarlar 400’lü yıllardaki Saint Austin’in “haklı savaş (just war)” in canlandırılmasından başka bir şey olmadığı yönüyle savunurlarken yetki olarak Güvenlik Konseyi kanalıyla status quo’nun meşrulaştırdığı, müdahale ile ilgili temel problem olan “ yetkilendirme, politik dürtüler, operasyon kabiliyeti ...” gibi kriterlerin konu edilmediği yönüyle eleştirilmiştir. Koruma sorumluluğu, büyük güçlerin neo-koloyalist eğilimlerini meşrulaştırmalarının yolu olarak görülmüştür.<sup>128</sup> Jean Bricmont, koruma sorumluluğunun yeni sömürgeciliğin uzantısı olduğunu ima etmiştir. Ngugi wa Thiong’o koruma sorumluluğunun darlığını eleştirmiştir.<sup>129</sup>

<sup>123</sup> Bellamy, Conflict Prevention...s. 146-147, 151

<sup>124</sup> Bellamy, The Responsibility to Protect..., s. 617

<sup>125</sup> Bellamy and Drummond, *a.g.m.*, s.193-194

<sup>126</sup> Chataway,*a.g.m.*, s. 210

<sup>127</sup> Focarelli, *a.g.m.*,s. 204

<sup>128</sup> Hamilton, *a.g.m.*, s.292

<sup>129</sup> Sharma, *a.g.m.*, s.132-133

Koruma sorumluluğu doktrini müdahale konusunda güç ve yükümlülük arasında gider gelir. Uygulamada, büyük güç devletler için geniş takdir içermesinden dolayı önemlidir. Müdahaleci devletler, menfaat ve çıkarlarına göre nasıl müdahale edeceklerine karar vereceklerdir. Güvenlik Konseyinin Körfez’de ABD tarafından, Yugoslavya’da ise Batılı güçler tarafından kullanıldığı ve çifte standart uyguladığı dünyanın dikkatinden kaçmamıştır.<sup>130</sup>

Koruma sorumluluğunun pek çok bilinmeyişi vardır. Koruma sorumluluğu çerçevesinde karar alma işlevinin ve önleme boyutunun parametrelerinin netleşme ihtiyacı başlıcalarıdır. BM’nin koruma sorumluluğunu uygulayan ya da yalnızca tercih edilen tek uluslararası aktör olup olmadığı belli değildir. Tek taraflı müdahale de, söz konusu olabilecektir. Müdahale konusunda BM’nin sorumluluğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak, BM görevini yerine getirmede başarısız olursa, tek taraflı ve bölgesel harekete gerek duyulacaktır. Halkı korumak için etkin BM fiilleri için bir altyapı yoktur. Birincisi, BM’nin altyapısı hızlı ve kesin tepki için uygun değildir. Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin vetosu etkin uluslararası tepkiyi baltalayabilir. Bürokratik engeller ve diplomatik görüşmeler olayları çözmek ve tepki vermek için zamanı tüketebilir. Daha genel olarak, uluslararası zorlamanın herhangi bir şekli uluslararası aktörler için genellikle zor tedbirlerden kaçınmayı cesaretlendiren diplomatik ve politik maliyete sahiptir. Darfur Krizindeki uluslararası tepki bunu göstermiştir. Sudan Hükümeti ile bağlantıları olan Çin, yaptırım benzeri zorlayıcı tedbirlere karşı olduğunu bildirmiştir. İnsan haklarını ihlal edenlere karşı herhangi bir doğrudan hareket etmeye ilişkin Güvenlik Konseyinin ilk kararı, şiddetin başladığından iki yıl sonra 29 mart 2005 tarihine kadar geçmemiştir.<sup>131</sup>

2005 Dünya Zirve’sinde, koruma sorumluluğu kapsamındaki soykırım ve diğer fiilleri durdurma konusunda uzlaşılammıştır. Esasen, ABD baskısından dolayı, soykırım, insanlığa karşı suçlar, etnik temizlik ve savaş suçlarında Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin veto etmesini engelleme konusu öneriden çıkarılmıştır. Bu durum, açık kısımlarla karşı karşıya geldiğinde kötü niyetli vetoya izin anlamındadır. Veto etkeni söz konusu fiiller için ileride cesaret verebilecektir. BM’nin hareketsiz kaldığı durumlarda tek taraflı ya da bölgesel müdahaleye cevaz verebilecektir.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Samuel P. Huntington, “The Clash of Civilizations” *Foreign Affairs*, 1993, s. 22, Helmut FreudenschuB, “Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council” 5 *European Journal of International Law (EJIL)*, 1994, s. 528

<sup>131</sup> Bannon, a.g.m., s. 1159-1160

<sup>132</sup> Bannon, a.g.m., s. 1160-1161

Sonuç Bildirgesinde, devletin halkını koruma konusunda başarısız olduğunda koruma sorumluluğunun doğması ve bunun için uluslararası toplumun yetkilendirilmesi onaylanmıştır. Sonuç Bildirgesinde BM fiilleri sınırlandırılmış, fakat katılması genişletilmiş, tek taraflı zorlayıcı fiillerin ulusal egemenliği ihlal ettiği itirazı hukuken değer kaybetmiştir. Eğer devletler, kendi halklarına karşı işlenen kısımlara pasif olarak izin verme ya da katliam yapma hakkına sahip değillerse, söz konusu fiilleri engelleyen zorlayıcı fiiller için egemenlikleri adına itiraz edemeyeceklerdir. Bu egemenlikten anlaşılan tek taraflı müdahaleyi kesin şekilde yasallaştırmak değil, önemli bir hukuki itirazı ortadan kaldırmaktır.

Sonuç Bildirgesinde, bir bütün olarak uluslararası topluma ve Birleşmiş Milletlere yeni standartlar getirilmiştir. Soykırım ve diğer fiillerden toplumları korumak için, BM aracılığıyla hareket eden uluslararası toplumun sorumluluğu kabul edilmiştir. Barışçıl yöntemler yetersiz olduğunda zamanında ve yerinde zorlayıcı fiilleri BM'nin hazırlayacağı bildirilmiştir.<sup>133</sup>

Eğer Güvenlik Konseyi insan haklarının belirgin tehlikede olduğu bir yerde müdahale önerisini açıkça reddederse ya da makul zamanda öneriyi dikkate almazsa koruma sorumluluğunu yerine getirmek için alternatif yollar bulmak çok zordur.<sup>134</sup>

Sonuç Bildirgesi, soykırım ve diğer fiillerden halkın korunmasında tek taraflı tepkiyi güçlendirirken, tek taraflı aktörlere önemli sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, iyi niyetli BM fiilleri, tek taraflı müdahalelerden üstün olduğundan, tek taraflı müdahale edecek devletler, Genel Kurula başvurarak tek taraflı müdahalesinden önce BM aracılığıyla her muhtemel yolu araştırmak zorundadır. Yine, uluslararası toplumun zorlayıcı müdahaleye barışçıl yollar etkin olmadığı zaman başvuracağı açıktır. Bu, müdahale öncesi her zorlayıcı olmayan yolun denenmesini gerekli kılmazken bütün diplomatik seçeneklerin dürüstce incelenmesini gerektirir. Buna erken uyarı kolaylıkları kurma çabaları da dahildir.<sup>135</sup>

Koruma sorumluluğuna ilişkin çalışmalar teoride ideal görünse de, uygulamada böyle sonuç vermeyeceği tartışmalardan anlaşılmaktadır. Ayrıca, dünya kamuoyunun tanıklık ettiği, Irak'ta Saddam'ın katliamlarına müdahale edilirken, Şili de Pinochet'in yaptığı katliamların batılı güçler tarafından

<sup>133</sup> Bannon, a.g.m.,s. 1162

<sup>134</sup> Bannon, a.g.m.,s.1163

<sup>135</sup> Bannon, a.g.m.,s. 1163,1164

yalnızca diplomatik olarak kınanması, Somali ve Ruanda'ya müdahale edilirken, Angola, Afganistan, Kongo, Burundi, Doğu Zaire ve Liberya'da çıkan iç savaşlarda milyonlarca kişi ölmesine rağmen insani müdahale olmayışı,<sup>136</sup> self determinasyon hakkının kullanımı sonucu çıkan iç savaşlarda Yugoslavya'ya müdahale edilirken, Doğu Timor ve Güney Rodezya'da aynı hassasiyet gösterilmeyişi,<sup>137</sup> Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşanan çatışmalarda Ermenistan'ın insan hakları ihlallerine karşı da kayıtsız kalınması olayları koruma sorumluluğu uygulamasının da politik ve stratejik öneme göre hem dikte edileceği hem de seçileceğini öngörüsünü kuvvetlendirir. Spesifik koruma sorumluluğu içinde değerlendirilen Darfur'da koruma sorumluluğuna taraf olanlar bile, askeri müdahale için haklı neden eşiği ve meşruiyet kriterlerin uygunluğu konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir.<sup>138</sup> 2011 sonrası Arap Baharı'nın getirdiği ciddi insan hakkı ihlalleri sebebiyle hukukiliği ve meşruiyeti tartışmalı şekilde Libya'ya müdahale edilirken, ölenler bir yana, BM Mülteciler Yüksek Komiserliğinin verilerine göre, 2016 yılı sonunda mülteci sayısının 4.7 milyona ulaşacağı tahmin edilen Suriye için müdahale kararı alınamamıştır.

### **KAYNAKÇA**

ARAL, Berdal, "Soğuk Savaş Sonrasında 'Siyasallaşan' Uluslararası Hukuk ve Başlıca Mağdurları" **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, LIII,1998.

ARSAVA, A. Füsün, "Uluslararası Hukuka Uygunluk ve Meşruiyet Tartışmasında Bir Örnek Olarak Libya Askeri Operasyonu", **TAAD**, S. 13, (Nisan 2013),

ARSAVA, A.Füsün, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.1, 2011.

ARURİ, Naseer, "Amerika'nın Irak'a Karşı Savaşı:1990-2002", Amerika'nın Irak Savaşı, (Ed.) Antony Arnove, (Çev.) Taylan Doğan, Aram Yayıncılık,2003.

---

<sup>136</sup> Wheeler, N.J and Bellamy, A. J., "Humanitarian Intervention and World Politic" **The Globalization of World Politics** : An Introduction to International Relations ,Oxford, 2001, s. 472

<sup>137</sup> Popovski, V., , The UN Security Council Approach to the Conflict in Former Yugoslavia" **Southeast European and Black Sea Studies**, 2,2001, p. 39

<sup>138</sup> Bellamy, The Responsibility to Protect...s.627

BANNON, Alicia L., “The Responsibility to Protect : The UN World Summit and the Question of Unilateralism” **The Yale Law Journal**, Vol. 115, 2005-2006.

BELLAMY, Alex J. and DRUMMOND Catherine, “The Responsibility to Protect in Southeast Asia: Between Non-Interference and Sovereignty as Responsibility” **The Pacific Review** , Vol.24, No.2, May 2011.

BELLAMY, Alex J., “Conflict Prevention and the Responsibility to Protect” **14 Global Governance** , 2008.

BELLAMY,Alex J., “The Responsibility to Protect and the Problem of Military Intervention”, **International Affairs**, 84:4, 2008.

BOZKURT, Enver, **Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı ve Körfez Krizi Örneği**, Ankara, 1996.

CHATAWAY, Terasa, “Towards Normative Consensus on Responsibility to Protect” **Griffith Law Review**, Vol 16, No1, 2007.

CHOMSKY, Noam, “The Responsibility to Protect”, **UN General Assembly**, New York City, July 23, 2009.

ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin, “İnsani Müdahale(!)”,**Kuzey Afrika ve Asya Çalışmaları Uluslararası Sempozyumu 38 (ICANAS 38)**, 2007 ,

ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin, „Irak Ortadoğu'nun ‚Sarı Öküz‘ ü mü? Irak-Arap Baharı İlişkisi“, **Uluslararası Üç Deniz Havzası Ülkeleri Ortak Yönetim Kültürü& Yeniden Yapılanma Sorunları Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 13-16 Ekim 2011.

EVANS, Gareth, “From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect “, **24 Wisconsin International Law Journal**, 2006-2007.

FOCARELLI, Carlo, “The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention : Too Many Ambiguities for a Working Doctrine”, **Journal of Conflict&Security Law**, Vol.13, No 2, 2008.

FREUDENSCHUB, Helmut, “Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council” **5 European Journal of International Law (EJIL)** ,1994.

HAASS, Richard, “Military Force: A User’s Guide”Walter Clarke and Jeffrey Herbst: “Somalia and the Future of Humanitarian İntervention” **Foreign Affairs**.

HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu”, **TAAD**, S.14, Temmuz 2013,

HAMILTON, Rebecca J., “The Responsibility to Protect : From Document to Doctrine - but what of Implemantation” **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 19, 2006.

HUNTINGTON, Samuel P., “The Clash of Civilizations” **Foreign Affairs**, 1993.

KELSEN, Hans, **The Law of The United Nations**, The London Institute of World Affairs, London,1964.

KESKİN, Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma:Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara,1998.

KRAUTHAMMER, Charles, “The Unipolar Moment” , **Foreign Affairs**, 1990/91.

MURPHY, Sean D., **Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order**, 21, Procedural Aspects of International Law Series, University of Pennsylvania, 1996.

POPOVSKI, Veselin, “The UN Security Council Approach to the Conflict in Former Yugoslavia” **Southeast European and Black Sea Studies**, 2,2001.

Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001.

S/RES/1203, 24 October 1998,

SHARMA, Serena K., “Toward a Global Responsibility to Protect: Setbacks on the Path to Implementation”, 16 **Global Governance**, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie &FEINSTEIN, Lee, “A Duty to Prevent” **83 Foreign Affairs**, 2004.

STONE B., “The U.S.-NATO Military Intervention in Kosovo”, **Global Research**, 2005

TESON, Fernando, **Humanitarian İntervention: An inquiry into Law and Morality**, New York: Transnational,1988.

WHEELER, Nicolas J. and BELLAMY, Alex J.,“Humanitarian



Intervention and World Politic” **The Globalization of World Politics** : An Introduction to İnternational Relations ,Oxford, 2001.

İnternet Kaynakları

A/RES/377, (1950), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/059/75/IMG/NR005975.pdf?OpenElementhttp://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/321/21/PDF/N9832121.pdf?OpenElement> .

<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>,

[http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005(1).pdf)

<http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/bush/chenevfw.htm>

<http://www.un.org/ga/president/63/interactive/protect/noam.pdf>

S/RES/1366, (2001), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1366](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1366) (2001)

S/RES/1674, (2006), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1674](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674) (2006)

S/RES/1706, (2006) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1706](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1706) (2006)

S/RES/678, (1990) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/678](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/678) (1990)

S/RES/688, (1991) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/689](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/689) (1991)

S/RES/1653, (2006), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1653](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1653) (2006)

S/RES/1894, (2009), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1894](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1894)(2009)

S/RES/1970, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1970](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970)(2011)

S/RES/1973, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973)(2011)

S/RES/1975, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1975](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1975)(2011)

S/RES/1996, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1996\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1996(2011))

S/RES/2014, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2014\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2014(2011))

S/RES/2016, (2011), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2016\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2016(2011))

S/RES/2040, (2012) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2040\(2012\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2040(2012))

S/RES/2085, (2012) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2085\(2012\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085(2012))

S/RES/2093, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2093\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2093(2013))

S/RES/2095,(2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2095\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2095(2013))

S/RES/2100, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2100\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2100(2013))

S/RES/2109, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2109\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2109(2013))

S/RES/2117, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2117\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2117(2013))

S/RES/2121, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2121\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2121(2013))

S/RES/2127, (2013) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2127\(2013\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2127(2013))

S/RES/2134, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2134\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2134(2014))

S/RES/2139, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2139\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2139(2014))

S/RES/2149, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2149\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2149(2014))

S/RES/2150, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2150\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2150(2014))

S/RES/2155, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2155\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2155(2014))

S/RES/2165, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2165\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2165(2014))

S/RES/2170, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2170\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2170(2014))

S/RES/2171, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2171\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2171(2014))

S/RES/2185, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2185\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2185(2014))

S/RES/2187, (2014) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2187\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2187(2014))

S/RES/2196, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2196\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2196(2015))

S/RES/2206, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2206\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2206(2015))

S/RES/2211, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2211\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2211(2015))

S/RES/2217, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2217\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2217(2015))

S/RES/2220, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2220\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2220(2015))

S/RES/2223, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2223\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2223(2015))

S/RES/2227, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2227\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2227(2015))

S/RES/2229, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2229\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2229(2015))

S/RES/2241, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2241\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2241(2015))

S/RES/2250, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2250\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2250(2015))

asp?symbol=S/RES/2250(2015)

S/RES/2252, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2252\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2252(2015))

S/RES/2254, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2254\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2254(2015))

S/RES/2258, (2015) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2258\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2258(2015))

S/RES/2262, (2016) , [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2262\(2016\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2262(2016))

# SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU (TCK m.118)

Uğur ERSOY\*

## ÖZET

*İnceleme konumuzu oluşturan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna 765 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu suçun ilk defa 5237 sayılı TCK ile düzenlenmiş olduğunu ifade edebiliriz.*

*TCK'nın 118. madde başlığı "Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" olsa da, maddede esas itibariyle iki ayrı suçun düzenlendiğini söyleyebiliriz. Çalışmamızda, 118. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak için "Bireysel Sendika Özgürlüğünün İhlali Suçu", 2. fıkrasında belirtilen suçu tanımlamak içinse "Kolektif Sendika Özgürlüğünün İhlali Suçu" kavramları kullanılacaktır. Böyle ikili bir ayırımın, konunun anlaşılmasını sağlaması açısından daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.*

*İnceleme konumuzu oluşturan suç tipi, her ne kadar ceza hukukunun konusunu oluştursa da, maddenin yorumlanması bakımından iş hukukundan istifade edilmesinde zorunluluk bulunduğu şüphesizdir. Bu nedenle, yeri geldikçe iş hukukuyla ilgili kavramların açılımı yapılmak suretiyle, bu yeni suç tipinin sağlıklı bir şekilde yorumlanması ve incelenmesi amaçlanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Sendikal haklar, bireysel sendika özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğü, sendika, iş hukuku.*

## PREVENTION OF USE OF SYNDICAL RIGHTS (TCC art.118)

### ABSTRACT

*Prevention of use of syndical rights is not issued in Turkish Criminal Code No. 765. When viewed from this aspect we can tell that prevention of use of syndical rights is first issued in Turkish Criminal Code No. 5237.*

*Article 118 of Turkish Criminal Code issues prevention of use of syndical rights, but we can tell that there are two separate offenses issued by article, in essence. In our study we will use the term "Crime of Violation of Individual Syndical Freedom" for the crime which issued in the first paragraph of article and "Crime of Violation of Collective Syndical Freedom" for the crime which issued in the second paragraph. With these terms we use, it will be easier to understand our study.*

---

\* Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

*It is important to refer labour law, although the crimes we will explain are about criminal law for explication of Article 118. Therefore we will describe some terms about labour law when possible.*

**Keywords:** *Syndical rights, individual syndical freedom, collective syndical freedom, syndicate, labour law.*

## **I. Ceza Hukuku ve İş Hukuku Arasındaki İlişki**

Çalışma yaşamını düzenleyen kurallara aykırı hareket halinde uygulanacak ceza yaptırımlarını inceleyen hukuk dalına “sosyal ceza hukuku” denilmektedir. Sosyal ceza hukuku normları idari yaptırımlar gibi önleyici ve caydırıcı özellikleri ile iş hukukunun etkinliğinin ve fiilen uygulanmasının sağlanmasında önemli enstrümanları oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Sosyal ceza hukuku bir yandan iş hukukuna, diğer yandan ceza hukukuna bağımlıdır. Sosyal ceza hukukunda, bir fiilin suç olup olmadığının saptanması için iş hukuku kavram ve kurallarına başvurulur. Bu hukuk dalında suçlar genel itibarıyla iş kanunlarının hükümlerine yollama yapmak suretiyle tanımlanmıştır. Yollamada bulunulan maddenin düzenlediği iş hukuku kurumu ve kuralı bilinmedikçe, bir fiilin suç olup olmadığının saptanması da mümkün değildir. Elbette ki sosyal ceza hukukunun uygulanması sırasında ceza hukukunun genel ilke ve kurallarına başvurulmaktadır<sup>2</sup>.

Günümüzde gerek tarafı olduğumuz uluslararası anlaşmalar, gerek mevzuatımızda yer alan ceza içeren normlar, ceza hukuku ile iş hukuku arasındaki ilişkinin sona ermediğini ve kısa vadede de sona ermeyeceğini göstermektedir. Bunun en bariz göstergesi olarak, inceleme konumuzu oluşturan, Türk Ceza Kanunu’nun 118. maddesi ile ceza hukuku alanına ilk kez giren “sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi” suçunu gösterebiliriz<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Günümüz modern toplumlarında suç olarak kabul edilmiş bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması yolunda bir eğilim olduğu, bu açıdan bakıldığında çalışma ceza hukuku içine giren birçok fiilin ceza hukuku dışına çıkartılması gerektiği yolundaki görüş ve tartışmalar için bkz. Yarsuvat, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku – Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar – Kanun Dışı Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul 1978, s.13-14.

<sup>2</sup> Süzek, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s.128-129.

<sup>3</sup> 5237 sayılı TCK ile, işçilerin bazı temel haklarının ceza kanununun koruması altına alındığı; endüstriyel ilişkiler düzenimize işveren yanlısı bir platformdan bakanlar için, TCK’nın işçiler lehine getirmiş olduğu düzenlemelerin, işverenlerin aleyhine bir düzen kurmak ve çalışma yaşamında olumsuz sonuçlar doğuracak bir girişim olarak suçlayacakları belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, TCK’nın, ilk defa işçilerin Anayasa’dan doğan ve bugüne kadar

## II. Sendikalar ve Sendika Özgürlüğü

Sanayi devriminin yarattığı iktisadi liberalizm görüşünün temelinde, üretimin artırılmasına ve çalışma hayatının sınırlandırılmasına yönelik her türlü girişimin yasaklanması düşüncesi yatmaktaydı. İktisadi liberalizm görüşünün savunucuları, işçilerin sendikalaşma faaliyetlerini, işverenlerin ticaret yapma özgürlüğüne yönelik gayrimeşru bir müdahale olarak nitelendirmektedirler. Bütün bunların sonucunda 19. yüzyıl Avrupası'nda, işçilerin kurdukları örgütlerin ve sendikaların faaliyetleri engellenmiş, işçilerin bir araya gelerek haklarını aramaları ve grev yapmaları cezai yaptırımlara bağlanmıştır<sup>4</sup>. Böylece, çalışma ve ticaret serbestisinin korunmasını amaçlayan ceza kanunları, bir anda işçilerin sendika kurmalarını ve çeşitli yollarla haklarını aramalarını cezalandırma için bir araç olarak kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, 19. yüzyılın en önemli sosyal değişikliğine sahne olan ve bizzat grevin ve sendikalaşmanın suç olarak kabul edildiği Fransa'da, 1825 yılından grevin suç olmaktan çıkartıldığı 1864 yılına kadar 10.000 kişi yalnızca grev yaptıkları için hapis cezasına mahkum edilmişlerdir<sup>5</sup>. İlerleyen yıllarda, sendikal örgütlenmeye başlangıçta şiddetle karşı çıkan devletlerin sendikal örgütlenmeyi bir hak olarak tanıdıklarını görmekteyiz. Bunun temelinde işçilerin verdikleri uzun mücadeleler yatmaktadır<sup>6</sup>.

Sendikalar, yukarıda da ifade edildiği üzere sanayileşme sonucunda ortaya çıkmış olan kuruluşlardır. Bundan dolayı sendikacılık hareketinin, sanayileşmenin başladığı İngiltere'de doğan ve bütün dünyaya yayılan bir hareket olduğunu söyleyebiliriz. Sendikalar, işçilerin, işyerlerindeki çalışma şartlarını, hak ve menfaatlerini iyileştirme mücadelesinin ortaya çıkardığı kuruluşlardır. Bu açıdan bakıldığında sendikaları “*mücadele örgütleri*” olarak nitelendirmek yanlış olmaz<sup>7</sup>.

---

Çalışma Bakanlığı'nın, sendikaların ve yargı organlarının varlığına karşın bir türlü güvence altına alınamayan bazı temel hakları konusunda ilk defa cezai yaptırımlar öngören bir kanun olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ünsal, Engin, “Sendikalar Yeni TCK'nin Korumasında”, 01.06.2005 günlü Cumhuriyet Gazetesi.

<sup>4</sup> Sendikaların ve sendikacılığın tarihi gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27.Bası, İstanbul 2014, s.470 vd.; Baybora, Dilek, Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001, s.15 vd.; Tuncay, A. Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.4 vd.; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3.Bası, Ankara 2009, s.9 vd.; Kaymaz, Çiğdem, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, İstanbul 2012, s.20-26 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

<sup>5</sup> Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.5; Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.4.

<sup>6</sup> Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.5.

<sup>7</sup> Sur, İş Hukuku, s.10; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay, İş Hukuku,

Anayasa'nın 51. maddesinde sendikanın tanımını yapılmamış olmasına karşın, sendikanın tanımını belirleyecek bazı esaslara yer verilmiştir<sup>8</sup>. Söz konusu madde şu şekildedir: “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” Sendikanın net bir tanımına 6356 sayılı “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”nun 2. maddesinde yer verilmiştir: “Sendika: İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları” ifade etmektedir.

Sendikanın tanımını bu şekilde verdikten sonra, sendika özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Sendika özgürlüğünün<sup>9</sup>, insan hak ve hürriyetlerinden<sup>10</sup> daha değişik bir içeriğe sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Sendika özgürlüğü genel olarak, çalışanlar ve işverenlerin, önceden izin almaksızın örgütlerini serbestçe kurabilme, bireysel olarak serbestçe bu örgütlere üye olabilme, tüzük ve iç düzenlemelerini özgürce yapabilme, temsilcilerini serbestçe seçebilme, yönetim ve etkinlikleri ile iş programlarını serbestçe düzenleyebilme hakkını ifade etmektedir. Pek tabidir ki, bu sendika özgürlüğünün varlığından söz edebilmek için, diğer bazı hak ve özgürlüklerin de mevcut olması zorunlu bir şarttır. Bu bağlamda, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin tam ve gereği gibi güvence altına alınmadığı bir ortamda sendika özgürlüğünün varlığından da söz edilemeyecektir. Bu hakkın

5.Baskı, Ankara 2012, s.274; Akyıldız, Hüseyin/Korkmaz, Adem, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Ankara 2009, s.107.

<sup>8</sup> Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.13.

<sup>9</sup> Sendika özgürlüğüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Talas, Cahit, Sendika Hürriyeti, Ankara 1957, s.10 vd.

<sup>10</sup> Hürriyet kavramından ne anlaşılması gerektiği, eski zamanlardan beri insan düşüncesini kurcalayan büyük sorunlardan birisi olmuştur. Yüzyıllar boyunca yapılan bütün çabalara ve araştırmalara rağmen, üzerinde herkes tarafından anlaşmaya varılmış bir hürriyet kavramına rastlanmadığını görmekteyiz. Bunun sebebi olarak hürriyetin çok yönlü bir kavram olması gösterilmektedir. Bkz. Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993, s.3.

<sup>11</sup> Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.21; Erkul, İhsan/Güven, Ercan, Editör: Ufuk Aydın, İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2.Bası, Eskişehir 2004, s.123. Narmanlıoğlu, sendika özgürlüğünün, tek bir özgürlüğü değil, bir özgürlükler yumağını yansıttığını ifade etmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.8.



kullanılması aynı zamanda devlete karşı tam bir serbestliği de içermektedir. Başka bir ifadeyle, sendika özgürlüğü kavramı, sadece bireylerin örgütlenme hakkını değil, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığını ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını ifade etmektedir. Bütün bu hususlardan dolayı sendika özgürlüğü “çifte temel hak” niteliğine sahiptir<sup>12</sup>.

Sendikalar günümüzde, kendi varlık sebepleri olan üyelerinin mesleki menfaatlerini korumak amacının çok üstüne çıkmış ve bu durum da sendikaların öneminin giderek artmasına yol açmıştır. Öyle ki, başlangıçta tamamen özel hukuk tüzel kişiliği kapsamı içinde kurulmuş bulunan sendikaların sonradan artan önemleri, kamuoyu üzerindeki etkinlikleri ve hükümetlerin politikalarını yönlendirebilecek konumları nedeniyle sendikalar adeta kamu tüzel kişiliği görünümü kazanmışlardır<sup>13</sup>.

Ülkemizde sendikal hak ve özgürlüklerin kazanılması, Batı kapitalizminin etkisi ile anayasa ve yasalastırma hareketleriyle beraber eş zamanlılık göstermektedir<sup>14</sup>. Sendika özgürlüğünün ve sendikal hakların Türkiye’de ortaya çıkışının 1947 yılına dayandığı söylenebilir<sup>15</sup>. O tarihte

<sup>12</sup> Aktay/Arıcı/Seneyen-Kaplan, İş Hukuku, s.294; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.21; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.9; Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.23-24; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.113; Baybora, Sendika Yöneticiliği, s.25. Alman ve İsviçre Hukuku’nda da aynı görüş savunulmaktadır. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.477 dn.7’deki yazarlar. Kaymaz, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, s.43; Argun, Fazilet Nurel, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1995/1, s.13-14, s.17; Pir, Ali Kaya, “Sendika Özgürlüğü Açısından 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2002, Sayı:3, Cilt:16, s.24; Tuncay, A. Can, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, s.35; Evik, Ali Hakan, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5, Sayı:10 - Güz 2006/2, s.206; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s.227; Rehbindler, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Auflage, Bern 1997, §23 A.

<sup>13</sup> Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.22-23; Kürtün, Hüsamettin, Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İzmir 2010, s.114 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.471 vd.; Aktay/Arıcı/Seneyen-Kaplan, İş Hukuku, s.275 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.47 vd.; Kaymaz, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, s.21-23; Özerkmen, Necmettin, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlenmesi ve Getirilen Kısıtlamalar”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:1, Yıl:2003, s.241.

<sup>15</sup> Baybora, Sendika Yöneticiliği, s.19. Buna karşılık doktrinde, 5018 sayılı Kanunda sendika özgürlüğünün açıkça tanınması gibi bazı olumlu yönlere bulunmasına karşın, sendikaların faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtlayacak hükümlere de yer verilmiş olmasının, sendikaların güçlenmesi yolunda önemli bir engel oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/

kabul edilmiş bulunan ve 16 yıl süreyle yürürlükte kalan 5018 sayılı “İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Kanunu” ile sendikalaşmanın önu açılmıştır. Ancak bu Kanun, tüm işçilere örgütlenme hakkı vermemiş, sendikaları resmi makamların denetimine tabi tutmuştu. Daha sonraları, 1961 Anayasası ile sosyal devlet ilkesinin ilk kez Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında sayılması, sendika kurma, grev ve toplu iş sözleşmesi haklarına Anayasa’da açıkça yer verilmiş olmasından dolayı yeni bir kanunun çıkartılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla 274 sayılı “Sendikalar Kanunu” ve 275 sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu” kabul edilmiştir. 274 ve 275 sayılı kanunların kabul edilmesi ile birlikte Türk sendikacılığında yeni bir dönem başlamıştır. 12 Eylül 1980 askeri ihtilalinden sonra bir kısım sendikaların faaliyetlerinin durdurulması ve 1982 yılında kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın yürürlüğe girmesi, Türk sendikacılık hareketini yakından etkilemiştir. 1983 yılında kabul edilen 2821 sayılı yeni “Sendikalar Kanunu”nda ve 2822 sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu”nda bu değişikliklerin izleri görülmektedir. 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar, 2012 yılında yerini 6356 sayılı “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”na bırakmıştır.

Bireysel sendika özgürlüğünün korunmasının<sup>16</sup> üç boyutu olduğu ifade edilmektedir: Üyeler, işyeri sendika temsilcileri ve sendika yöneticileri<sup>17</sup>. Aşağıda bunlarla ilgili getirilen düzenlemelere kısaca değinilecektir.

Sendika özgürlüğünün korunmasının ilk boyutunu oluşturan üyelerle ilgili korumalara, 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesinin 1. fıkrasında, “İşçilerin işe alınmaları belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya

---

Canbolat, İş Hukuku, s.473; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.50; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.278; Kaymaz, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, s.24.

<sup>16</sup> Anayasa’da açıkça yer almamakla birlikte, kolektif sendika özgürlüğü hukukumuzda kabul edilmektedir. 6356 sayılı Kanun’un 26. maddesinin 6. fıkrasında kolektif sendika özgürlüğünün bir bölümünü ilgilendiren konuda düzenleme yapılmıştır. Benzer düzenlemelere aynı Kanun’un 25. maddesinin 3. fıkrasında da yer verilmiştir. Kuşkusuz sendikanın ve konfederasyonun varlığının korunması sadece işçi ve işverenlerin veya bunların kuruluşlarının karşılıklı ilişkileri içinde kalmamaktadır. Sendikaların ve konfederasyonların varlık ve faaliyetlerinin korunması her şeyden önce devlete, daha sonra üyelerine, üçüncü kişilere ve rakip kuruluşlara karşı söz konusu olmaktadır. Kolektif sendika özgürlüğünün korunmasıyla ilgili olarak TCK m.118/2 çok önemli bir fonksiyon üstlenmektedir. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.502-503.

<sup>17</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.483-503; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.116-121; Dereli, Tokar, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s.46.

herhangi bir sendikaya üye olmaları veya üye olmamaları şartına bağlı tutulamaz.” denilmek suretiyle yer verilmiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında, “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Paraya ilişkin konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.” denilmiş, 3. fıkrada ise “İşçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.” denilmektedir. 25. maddenin 4 ila 9. fıkraları arasında ise işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmesi halinde işçinin sahip olduğu haklar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Doktrinde, işçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunmasına ilişkin yukarıda belirttiğimiz yasal düzenlemelerin, gerek 87<sup>19</sup> ve 98<sup>20</sup> sayılı ILO (International Labour Organisation – Uluslararası Çalışma Örgütü) sözleşmelerine uyum için, gerek ülkemizdeki sendika hareketinin geleceği bakımından son derece önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

Sendika özgürlüğünün korunmasının ikinci boyutunu işyeri sendika temsilcileriyle ilgili koruyucu hükümler oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Sendika özgürlüğünün kullanılmasında sendika işyeri temsilcilerinin çok önemli bir yeri bulunmaktadır. Zira sendikal hakların kullanılması, toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi, üyelerin (işçilerin) sendika ve işveren ile iletişiminin sağlanması, şikayet, disiplin ve uyuşmazlık çözümü işlevlerinin yerine getirilmesi ve örgütlenme faaliyetinin yürütülmesi işyeri düzeyinde gerçekleştirilecektir. İşverenle iş ilişkisi devam eden bu temsilcilerin işlevlerini

<sup>18</sup> İş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şuğle, Sendikalar Hukuku, s.398-400; Özkaraca, Ercüment, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.202 vd.

<sup>19</sup> Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (25.11.1992 Tarih ve 3847 Sayılı Kanun, R.G. Tarih-Sayı: 11.12.1992-21432).

<sup>20</sup> Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında 98 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (08.08.1951 Tarih ve 5834 Sayılı Kanun, R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1951-7884).

<sup>21</sup> Dereli, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.48.

<sup>22</sup> İşyeri sendika temsilcilerinin güvencesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, Sendikal Güvenceler, s.190 vd.; Şuğle, Sendikalar Hukuku, s.402-403. 2821 sayılı Kanun döneminde işyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunması ile ilgili olarak bkz. Cengiz (Urhanoglu), İhtar, “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, Cilt:11, Sayı:1, Yıl:2009, s.59-83.

sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmeleri, diğer sendika çalışanlarına göre feshe ve ayrımcılığa karşı daha güçlü biçimde korunmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu husus hem sendika özgürlüğünün geçerli olduğu tüm diğer ülkelerde, hem de ILO'nun 135 sayılı sözleşmesinde vurgulanmıştır<sup>23</sup>. İşyeri sendika temsilcisiyle ilgili yasal düzenlemeye 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Madde 24 - (1) İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika dava açabilir. (2) Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verir. (3) Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şartıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. (4) İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.*”

Sendika özgürlüğünün korunmasının üçüncü ve son boyutunu sendika yöneticisiyle ilgili koruyucu hükümler oluşturmaktadır<sup>24</sup>. Profesyonel sendika yöneticisi olarak adlandırılan kişiler bu görevleri kabul ederek işlerinden ayrılırken onların belli bir gelecek güvencesiyle hareket etmelerini sağlamak isteği hukuk sistemimize ilk kez 1963 tarihli 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile girmiş, bunu izleyen tüm sendikal mevzuat düzenlemelerinde de tekrarlanmıştır. Sendika yöneticilerinin güvencesi diyebileceğimiz bu yaklaşımın nedenleri arasında ülkemizde profesyonel sendika yöneticilerinin gelişmesini teşvik etmek, yöneticinin seçim sürecinde tekrar seçilmeme olasılığını önlemesine yönelik direncini hafifleterek sendika demokrasisine katkıda bulunmak, bu yolla gelir ve statüsü yükselecek yöneticinin işveren karşısında görevini daha güvenle ve etkin biçimde yapmasını sağlamak gibi saiklerin yer aldığı belirtilmektedir<sup>25</sup>. Bununla ilgili koruma mekanizmalarına 6356 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

<sup>23</sup> Dereli, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.49.

<sup>24</sup> Sendika yöneticilerine tanınan güvenceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, Sendikal Güvenceler, s.180 vd.; Şuğle, Sendikalar Hukuku, s.400-401.

<sup>25</sup> Dereli, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.50.

“Madde 23 – (1) İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır. (2) İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır. (3) Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları hâlinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir. Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır.”

Sendika özgürlüğü, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel sendika özgürlüğü de kendi içinde olumlu ve olumsuz bireysel sendika özgürlüğü olarak ikiye ayrılmaktadır. Olumlu bireysel sendika özgürlüğüne örnek olarak, kişilerin özgürce sendika kurmaları, kurulmuş sendikalara üye olmaları veya sendika faaliyetlerine katılmalarını gösterebiliriz. Olumsuz bireysel sendika özgürlüğüne örnek olarak, kişilerin sendikaya üye olmama, üye oldukları sendikadan ayrılma, sendika faaliyetlerine katılmama hakları gösterilebilir. Kolektif sendika özgürlüğünün ise, sendikanın, kişilerden bağımsız tüzel kişi niteliğiyle kendi varlığını koruma (serbestçe kurulabilme, tüzüklerini ve örgütünü serbestçe düzenleyebilme, üyelerin sendika disiplinine aykırı davranışlarında disiplin cezası verebilme, mahkeme kararıyla feshedilebilme gibi), sendikaya üye çekme faaliyetinde bulunma (propaganda) ve kendine özgü faaliyette bulunma olmak üzere üç yönü vardır. Kolektif sendika özgürlüğünde, kişilerin değil, sendikanın faaliyetleri korunmaktadır. Kolektif sendika özgürlüğüne örnek olarak, sendikanın aidat toplaması, üye kaydetmesi, toplu iş sözleşmesi, grev veya lokavt yapması, faaliyetlerini serbestçe yapabilmesi, konfederasyon kurması, konfederasyona üye olması veya üyelikten ayrılması örnek gösterilebilir<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Rehbinden, Arbeitsrecht, §23 A I, II; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.477-482; Sur, İş Hukuku, s.24; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.291-292; Narmanlıoğlu, İş

Anayasa Mahkemesi de sendika özgürlüğüyle ilgili vermiş olduğu çeşitli kararlarda önemli tespitlerde bulunmuştur:

*“Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasa’ımızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasa’nın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. Çünkü sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine erdirmeye amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde göz önünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasa’nın 10., 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdır.”<sup>27</sup>*

*“Sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkanı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir. /.../ Sendikalar,*

---

Hukuku, s.9-12; Tunçomağ/Centel, İş Hukuku, s.227-230; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.113-116; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.22-26; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.112-113; Erkul/Güven, İş Hukuku, s.123; Argun, Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği, s.9-10; Baybora, Sendika Yöneticiliği, s.25-33; Kaymaz, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, s.44-69; Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku – İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine, 3.Bası, İstanbul 1996, s.245.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi, 8-9.02.1972 T., 1970/48 E., 1972/3 K., R.G. Tarih-Sayı: 19.10.1972-14341.

*mensuplarının (çalışanların) hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılarıdır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle girişimci karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler. Bu bakımdan, sendikalaşmanın sosyal adaletin tesisine hizmet eden önemli bir demokratik araç olduğu söylenebilir.”<sup>28</sup>*

### III. Terminoloji Sorunu

TCK m.118’in başlığına bakıldığı vakit “Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi” ifadesine yer verildiğini görmekteyiz. Ancak çalışmamızda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, söz konusu madde ile yalnızca sendikal haklar korunmamakta, aynı zamanda ve daha da önemlisi sendika özgürlüğüyle ilgili bir korumaya yer verilmektedir.

Çalışmamızda neden hak yerine özgürlük teriminin kullanıldığının açıklanmasında zorunluluk bulunmaktadır. Hak ve özgürlük kavramlarının neyi içerdiği, bu kavramlarla neyin anlatılmak istendiği ve bunları tanımlama olanağının olup olmadığı hukukun en güç sorunlarından birisi olarak görülmektedir. Anayasal ve yasal metinlerde olduğu kadar mahkeme kararlarında ve öğretilerde de, hak ve özgürlük sözcüklerinin genellikle birlikte kullanıldığı<sup>29</sup>, bunun temel nedeni olarak bu iki kavramın iç içe geçmiş olması gösterilmekte, ancak hak ve özgürlük kavramlarının birbirine tamamen eşit kavramlar olmadığı da ifade edilmektedir<sup>30</sup>. Hak ve özgürlük kavramları

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi, 29.01.2014 T., 2013/130 E., 2014/18 K., R.G. Tarih-Sayı: 13.05.2014-28999; Anayasa Mahkemesi, 10.04.2013 T., 2013/21-57 E.K., R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705.

<sup>29</sup> Buna karşılık doktrinde Akın’a göre, hak ve özgürlükler birbirlerine eşit kavramlar değildirler. Özgürlükler, kaynaklarını insanın doğumunda bulurlar. Özgürlükler, insanların kişiliklerine bağlı, doğar doğmaz kazanılmış bir kavram olarak görünürler, ama bunların gelişebilmeleri için az çok ileri bir toplumun ortaya çıkması gerekir. Özgürlük, var olan, sözleşme ile toplum hayatına aktarılan ve devletçe korunacak bir kavramdır; hak ise yasalarla, yazılı hukuk belgeleri ile bu özgürlüklerin kullanılmasını sağlamak amacı ile yöneticiler tarafından ortaya koyulmuş bir kavramdır. Bkz. Akın, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, 3.Bası, İstanbul 1971, s.7-8.

<sup>30</sup> Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s.13-14. Kubalı kitabında, hak ve özgürlük terimlerini, hukukçuların çoğunlukla yaptıkları gibi aynı anlama gelen terimler olarak kullandığını, çünkü hak ve özgürlüğün arasında bir tek hukuki gerçeğin iki yönü olduğunu; özgürlüğün bir hak olduğunu ve hakkın da özgürlükle gerçekleştirilebileceğini, bunlardan biri olmadan diğerinin olamayacağını; hakkın, özgürlüğün temeli ve konusu, özgürlüğün ise, hakkın gerçekleşme vasıtası olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kubalı, Hüseyin Nail, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964, s.318.

arasındaki benzer ve farklı yönler ile bu iki kavram arasındaki etkileşim konusunda değişik görüşler olmakla birlikte, bunlar inceleme konumuzun kapsamını aştığı için burada incelenmeyecektir<sup>31</sup>.

Konuyla ilgili yapılmış bazı çalışmalarda ve metinlerde “*sendika özgürlüğü*”<sup>32</sup>, bazı çalışmalarda “*sendikal hak ve özgürlükler*”<sup>33</sup> ifadesi kullanılmasına karşın çok az sayıdaki çalışmada “*sendika hakkı*”<sup>34</sup> terimine yer verildiğini görmekteyiz. Yazılı metinlerde ve doktrinde bu şekilde bazen “*sendika özgürlüğü*” bazen “*sendika hakkı*” ifadeleriyle anılsa da iki terim arasında esasta büyük bir fark olmadığı, ancak özgürlük kavramının hak kavramına oranla daha kapsamlı ve soyut olduğu, buna karşılık hak kavramının daha dar ve özgürlüğün somutlaştırılmış biçimi olduğu, özgürlüğün genellikle hakkı da içerdiği, özgürlüğün aynı zamanda hakkın kaynağı ve hakkın kullanılma olanağını sağlayan bir temel olduğu yolundaki görüşe katılmaktayız<sup>35</sup>. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 9. maddesinin 3. fıkrasında<sup>36</sup> da, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 51. maddesindeki gibi “*hak*” kavramı kullanılmasına karşılık, öğretilerde “*sendika özgürlüğü*” teriminin kullanıldığı belirtilmektedir<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.14-16.

<sup>32</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.476 vd.; Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.21 vd.; Pir, Sendika Özgürlüğü, s.24 vd.; Dereli, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.46 vd.; Günay, Cevdet İlhan, “Bireysel Sendika Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3, s.389 vd.; Aydın, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:20, Şubat-Mayıs 2006, Sayı:1-2, s.1 vd.; Öztürk, Mehmet Onat, “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.217 vd.

<sup>33</sup> Argun, Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği, s.5 vd.; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.113 vd. (Yazarlar “*sendika hürriyeti ve hakkı*” kavramını kullanmaktadırlar.); Kaymaz, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, s.35 vd. (Yazar, “*sendika özgürlüğü ve hakkı*” kavramını kullanmaktadır.)

<sup>34</sup> Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s.295 vd. (Yazarlar çalışmalarının başka yerlerinde “*sendika hürriyeti*” kavramına da yer vermelerine karşın genel olarak “*sendika hakkı*” kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir.)

<sup>35</sup> Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.16; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.19; Sur, İş Hukuku, s.24; Akyıldız/Korkmaz, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, s.113.

<sup>36</sup> “*Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar geçersizdir ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır.*”

<sup>37</sup> Baybora, Sendika Yöneticiliği, s.24; Tuncay, Toplu İş Hukuku, s.24; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku, s.476.



İnceleme konumuzu oluşturan sendika özgürlüğü teriminin birden çok hakkı çağrıştırdığı (örneğin, bireyler için sendika kurma hakkı, sendikanın bağımsız bir varlık olarak yargı yoluna başvurma hakkı, üyelerini savunma hakkı gibi), bu açıdan bakıldığında sendikal hakların, sendika özgürlüğünün bir ögesi olarak karşımıza çıktığını ifade edebiliriz<sup>38</sup>.

Kanaatimizce, TCK m.118'in madde başlığının "*Sendika özgürlüğünün ihlali suçu*" olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Zira çalışmamızda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, 118. maddenin 1. fıkrası ile bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu düzenlenirken, aynı maddenin 2. fıkrası ile de kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu düzenlenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda bireysel/kolektif sendika özgürlüğü terimine yer verilecektir. Ancak TCK'daki terminolojiye uyumlu olması açısından, mevcut madde başlığı olan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi deyişi de çalışmamızda yeri geldikçe kullanılacaktır.

#### **IV. Her İki Suç Bakımından Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**

Kanun koyucu, TCK'nın 118. maddesi ile bir yandan kişilerin sendikalara üye olma, sendika faaliyetlerinde bulunma özgürlükleri ile sendikaların faaliyetlerini özgür bir şekilde yerine getirebilmelerini amaçlarken<sup>39</sup>, diğer yandan da kişilerin çalışma hürriyetlerini<sup>40</sup> korumayı amaçlamaktadır. Zira günümüz özgürlükçü ve çoğulcu demokratik sistemlerine sahip olan ülkelerde sendikalar, sosyal hayatın zorunlu bir parçası haline gelmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kişilerin çalışma hürriyetleri ile sendikaya girme ve sendikada bağımsız bir şekilde çalışabilme özgürlüklerinin çok yakın ilişki içinde olduğu gerçeği yadsınamaz. Çünkü günümüz modern devletlerinde çalışma hürriyeti yalnızca bireysel açıdan ele alınan dar bir kavram olmaktan ziyade, çalışanları ve çalıştıranları kapsamı içine alan sosyal içerikli somut bir özgürlük olarak kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Bu nedenle, kişinin çalışma ve

<sup>38</sup> Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.16.

<sup>39</sup> Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, s.205.

<sup>40</sup> Çalışma hürriyetini ve çalışma hürriyetine karşı işlenen suçları bir sistem içerisinde değerlendirebilmek için, genel olarak hürriyet kavramı ve bu kavramın gelişimi ile çeşitli sistemlerde kazanmış olduğu anlam üzerinde durmak gerekmektedir. Ancak çalışmamızın kapsamını aşmamak için bu tartışmalara değinilmeyecektir. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m.201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri), Ankara 1973, s.9-27.

<sup>41</sup> Doktrinde Özveri tarafından savunulan bir görüşe göre, sendika özgürlüğünün ihlaline yönelik suçlar ekonomik suç olarak görülmekte, bu nedenle cezai yaptırımın sendika

çalıştırma iradesini kapsayan sendika özgürlüğü de, çalışma özgürlüğünün bir uzantısını meydana getirmektedir<sup>42</sup>. Zira sendikal haklar, iş ve çalışma hürriyetinin tamamlayıcısı ve bu hürriyeti koruyan temel unsurlardır. Tarihsel sürece bakıldığında da, sendikal hakların gelişiminin, iş ve çalışma hürriyeti kavramının gelişimini takip ettiği görülmektedir<sup>43</sup>.

Günümüzde, sendikal haklar olmaksızın, iş ve çalışma hürriyetinin var olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında TCK m.118'in, TCK m.117'de düzenlenmiş bulunan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna doğrudan bağlı olduğu söylenebilir<sup>44</sup>. Bu bağlantının bir başka kanıtı da, iki maddenin peş peşe düzenlenmiş olmasından çıkarılabilir<sup>45</sup>.

özgürlüğünü ne derecede koruyabileceğinin tartışmalı olduğu ifade edilmektedir. Yazara göre asıl olan, hukuka aykırı saldırıyla, saldırıda bulunanın elde ettiği hukuki yararın boşa çıkarılması, o hukuki yarara ulaşmasının engellenmesidir. Hukuka aykırı eylemle amaçlanan sendikasızlaştırma ise kural olarak yaptırımın da sendikal örgütülüğün yasa yoluyla tanınması, yani aynen ifa olmalıdır. Bkz. Özveri, Murat, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasızlaştırma (1963-2009), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2013, s.361. Yazarın görüşlerine katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Her şeyden önce, sendika özgürlüğüne yönelik suçların ekonomik suç olarak tasnifi mümkün değildir. Zira sendika özgürlüğünün Anayasa ile teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden birisi olduğu şüphesizdir. Bu nedenle söz konusu sendika özgürlüğünün ihlalinin ekonomik boyutu olduğu yadsınamaz ise de, bu durum onun ekonomik suç olarak kabulünü mümkün kılmamaktadır. İkinci olarak, yazarın kullandığı "*aynen ifa*" kavramının da hukuki anlamıyla kullanılmadığını düşünmekteyiz. Bilindiği üzere ifa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi anlamına gelmektedir (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:2, 5.Bası, İstanbul 1999, s.899). Bu açıdan bakıldığında ifadan söz edebilmek için mutlaka bir borç ilişkisinin bulunması zorunludur. Sendika özgürlüğünün ihlaline yönelik fiillerin gerçekleştiği durumların hiçbirisinde bir borç ilişkisinin olmadığı ortadadır. Bu nedenle de aynen ifanın bu tip durumlarda söz konusu olamayacağını rahatlıkla ifade edebiliriz. Son olarak, yazar tarafından kullanılan "*hukuki yarar*" kavramının da yine teknik anlamıyla kullanılmadığını düşünmekteyiz. Hukuki yarardan maksat, davacının subjektif hakkına hukuki korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurusunda hali hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hali hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukuki yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında hukuki yarar kavramının medeni usul hukukunda kullanılan bir kavram olduğunu söyleyebiliriz. Hukuki yarar kavramına 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde dava şartı olarak yer verilmiş olması da görüşümüzü doğrulamaktadır.

<sup>42</sup> Yarsuvat, Çalışma Ceza Hukuku, s.157-158.

<sup>43</sup> Öztürk, Mehmet Onat, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul 2006, s.110.

<sup>44</sup> Yarsuvat, Duygun, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, Yıl:2, Sayı:7, s.142.

<sup>45</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.110.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalardan sonra, söz konusu madde ile korunması amaçlanan hukuksal değer, bireylerin her türlü cebir veya tehditten uzak olarak sendikal haklarını kullanmalarının sağlanması ve sendikal faaliyetlerin engellenmesinin önüne geçilmesi suretiyle sendika özgürlüklerinin korunması olduğunu söyleyebiliriz<sup>46</sup>.

Durum bu şekilde olmakla birlikte, işyerlerinin ekonomik baskılar altında durumlarının kötüye gittiği dönemlerde, zaman zaman, işverenlerin, işçileri toplayıp, işçilerin sendikaya üye olması nedeniyle işyerine gelen yükü işyerinin kaldıramayacağını söyledikleri ve bir anlamda işçilere sendikadan ayrılmaları veya sendikaya üye olmamaları yolunda açıklamalarda buldukları belirtilmekte ve artık ne kadar iyi niyetli olursa olsun, tehdide dönüşme ve TCK m.118'deki suç oluşturma tehlikesi karşısında bu tür konuşmalar yapma imkanının ortadan kalktığı belirtilmektedir<sup>47</sup>.

Konuyla ilgili son olarak üzerinde durmak istediğimiz bir husus bulunmaktadır: 6356 sayılı Kanun'da, işçi ve işveren kuruluşlarının hangi faaliyetlerde bulunabileceklerinin belli bir madde altında sayılması yerine bu konunun tüzüklere<sup>48</sup> bırakılması tercih edilmiş ve bu yolla söz konusu bu kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması ilkesi benimsenmiştir. Burada amaçlanan, yasakların azaltılmasıdır<sup>49</sup>. Kuruluşların faaliyetlerinin düzenlendiği 6356 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 1. fıkrasında bu hususa vurgu yapılmıştır: *“Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur.”* Söz konusu maddede, sendikaların faaliyetleriyle ilgili belli yasaklara yer verilmişse de, asıl olanın, tüzükte belirtilen amaçların dışında faaliyette bulunulmaması olduğunu ifade edebiliriz. Bu hüküm ceza hukuku açısından konuya yaklaşıldığında bazı tartışmaları beraberinde

<sup>46</sup> Kürtün, Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, s.116; Yarsuvat, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.142. Biz, Yarsuvat'ın ifade ettiği ve 118. madde ile devletin güvenliğinin ve varlığının korunmasının amaçlandığı yolundaki tespiti katılmadığımızı belirtmek istiyoruz.

<sup>47</sup> Centel, Tankut, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı:5, Cilt:19, s.10.

<sup>48</sup> Sendika tüzüğü, sendikanın bir nevi anayasası niteliğindedir. 6356 sayılı Kanun'un 8. maddesinde 14 bent halinde tüzükte yer alması gereken hususlar sayılmıştır. Bu hususlar şu şekilde özetlenebilir: Sendikanın adı, merkezi, adresi, amacı, faaliyet göstereceği işkolü; kuruculara ilişkin bilgiler; üyeliğe ilişkin bilgiler; genel kurul, diğer organlar, şubelere ilişkin bilgiler; aidatlar, yönetici ücretleri, demirbaş satış ve terkin, iç denetim, tüzük değişikliği, tasfiye, geçici yönetim kurulu. Bkz. Şuğle, Mehmet Ali, “Sendikalar Hukuku”, Sendikacılık Akademisi Ders Notları 2, Ankara 2013, s.389-390.

<sup>49</sup> Dereli, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, s.52; Şuğle, Sendikalar Hukuku, s.403.

getirmektedir. Şöyle ki; ceza hukukunun en temel prensiplerinden birisi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre, suç sayılan fiillerin ve bu fiiller hakkında uygulanacak yaptırımların fiil işlenmeden önce kanun tarafından açıkça belirlenmesi gerekmektedir (TCK m.2/1). Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisini de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı oluşturmaktadır. Söz konusu yasağa TCK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında açıkça yer verilmiştir: “*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*” Ancak tüm bu düzenlemelere rağmen ülkemizde, kimi kanunlarla belli konularda düzenleme yapma yetkisinin çeşitli idari organlara bırakıldığı da bir gerçektir. Doktrinde söz konusu bu tip düzenlemeler “*beyaz hüküm*”, “*açık ceza normu*” veya “*çerçeve kanun*” olarak adlandırılmaktadır. Bu çeşit düzenlemelere TCK'da da rastlamamız mümkündür. Örneğin TCK'nın infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak başlıklı 297. maddesinin 2. fıkrasında “*Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan ... kişi ... cezalandırılır.*” denilmekteydi. Burada yetkili makamlardan kasıt Adalet Bakanlığı, ceza infaz kurumu müdürlüğü gibi kurumlardı. Bu kurumlar söz konusu düzenleme ile suçun konusunu belirleme yetkisine sahip kılınmışlardı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 07/07/2011 T. ve 2010/69 E., 2011/116 K. sayılı kararı ile söz konusu maddenin 2. fıkrası Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Ancak TCK'da buna benzer hükümlerin (m.174/1, m.193) halen mevcudiyetini sürdürdüğünü belirtebiliriz. Kanaatimizce, TCK'nın 118. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz bu iki suç tipi bakımından da benzer çekinceler söz konusudur. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, sendikaların faaliyetlerinin neler olduğu kanunda teker teker sayılmak yerine bunun tespiti tüzüklere bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle, söz konusu suçlar bakımından tipikliğin maddi unsurlarından birisi olarak gösterilmiş bulunan sendika faaliyetinin ne olduğunun tespiti için sendika tüzüğüne bakılması gerekecek, başka bir ifadeyle suçun konusunu belirleme yetkisi sendikaya bırakılacaktır. Kanaatimizce bu durum, Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, hangi sendika faaliyetlerinin madde kapsamında değerlendirileceğinin 118. madde metnine açıkça yazılması olmalıdır.

## V. Bireysel Sendika Özgürlüğünün İhlali Suçu (m.118/1)

### A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

#### 1. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir<sup>50</sup>. Bu suç çok failli bir suç değildir. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olması hali nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

Söz konusu suç bakımından, TCK'nın 60. maddesi bağlamında, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Zira, TCK m.60/4'e göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri sadece kanunda açıkça belirtilen hallerde uygulanabilecektir. TCK'nın 118. maddesinde, bu suç bağlamında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması kabul edilmediğinden bu güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

#### 2. Mağdur veya Suçtan Zarar Gören

Bütün suçlarda mağdur yalnızca gerçek kişiler olabilir, gerçek kişiler dışında kalan tüzel kişiler, aile, devlet, kişi toplulukları gibi kurum ve organlar bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olsalar bile mağdur olamazlar, bunlar yalnızca suçtan zarar gören olarak nitelendirilirler<sup>51</sup>. Bu kapsamda söz konusu suçun mağduru ve suçtan zarar göreninin kim veya kimler olabileceği aşağıda açıklanacaktır.

TCK'nın 118. maddesinde, sendikalar arasında bir ayırım yapılmadığından (kamu veya özel) dolayı, maddenin uygulama alanı içine 6356 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren sendikaların yanı sıra, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamına giren sendikalar da girmektedir.

Bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni, sendika üyesi olabilecek kişilerdir<sup>52</sup>. Bu kişiler, 6356 sayılı Kanun'a göre işçi veya işverenler; 4688

<sup>50</sup> Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, s.207; Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, "Hürriyete Karşı Suçlar", Prof.Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:II, Ankara 2010, s.2747; Soyer, Sesim, "İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s.101.

<sup>51</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 11.Bası, Ankara 2015, s.215; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2015, s.106-107.

<sup>52</sup> Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.101-102 (Yazara göre, sendika işyeri temsilcileri de suçun mağduru olabilirler.); Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu,

sayılı Kanun'a göre kamu görevlisidir. Bu açıdan bakıldığında, mağdurun veya suçtan zarar görenin herhangi bir kimse olamayacağını, yalnızca bu niteliklere sahip kişiler olabileceğini ifade edebiliriz. Sendikaya kimlerin üye olabileceği 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda gösterilmiştir. Söz konusu Kanun'un 17. maddesine göre, 15 yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına; işveren sayılanlar da, işveren sendikalarına üye olabilirler. Benzer şekilde, kamu görevlileri sendikalarına kimlerin üye olabilecekleri de 4688 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, kamu görevlileri, çalıştıkları işyerinin girdiği hizmet kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilirler.

6356 sayılı Kanun bağlamında işçi ve işverenden ne anlaşılması gerektiği konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na bakmamız gerekmektedir. İş Kanunu'nun 2. maddesine göre, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi; işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, tüzel kişilerin veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren olabileceği ve bunların da suçtan zarar gören olabileceği sonucu çıkmaktadır. Benzer şekilde, 4688 sayılı Kanun bağlamında kamu görevlisi sayılacak kişilerden kasıt ise, bu Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileridir (4688 sayılı Kanun m.3).

### **3. Konu**

Bu suçun konusunu, herhangi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanma kişi oluşturmaktadır.

### **4. Hareket**

Söz konusu suçun hareket unsurunu şu şekilde tanımlayabiliriz: Bir kimseye karşı cebir veya tehdit kullanarak, herhangi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu suçun sadece maddede sayılan şekillerde gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

Bu suçun hareket unsuru bakımından dikkati çeken en önemli husus,

2. fıkradaki suçtan farklı olarak, *hukuka aykırı başka bir davranış* ifadesine yer verilmemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, cebir veya tehdit dışında kalan hareketlerle suçun gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Söz konusu suçun hareket unsurunu oluşturan cebir veya tehdit kavramlarına da kısaca değinmek istiyoruz.

Cebir, *vis absoluta* (mutlak kuvvet) ve *vis compulsiva* (zorlayıcı kuvvet) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ceza hukuku bakımından önem taşıyan cebir türü, zorlayıcı kuvvet şeklinde icra edilendir (çalışmamızın bundan sonraki kısmında kullanılan cebir kavramı ile, zorlayıcı kuvvet şeklindeki cebir türü kastedilecektir), çünkü mutlak kuvvete maruz kalarak bir suç işlenen kişinin, işlenen suç ile arasında manevi bir bağ mevcut değildir. Zorlayıcı kuvvet şeklindeki cebir, TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir<sup>53</sup>. Cebir, bağlamak, tutmak, hapsedmek şeklinde olabileceği gibi, narkoz etkisinde tutmak, uyuşturucu madde veya uyku hapi vermek şeklinde de olabilir<sup>54</sup>.

Kullanılan cebrin, yaralama boyutuna ulaşmış olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de 5237 sayılı TCK kapsamında cevaplanması gereken bir başka sorudur. Daha önce de ifade edildiği üzere, burada kullanılan cebrin uygulanma amacı, bireysel sendika özgürlüğünü ihlal etmektir. Kullanılan cebrin yaralama boyutuna ulaşması halinde, nasıl bir uygulama yapılması gerektiğinin tespiti için hürriyete karşı işlenen suçlardan bazıları için ortak olan nitelikli hallerin düzenlendiği 119. maddenin lafzından yararlanabiliriz. Her ne kadar söz konusu maddenin kapsamı içine 118. madde girmiyorsa da, burada yapılan tespitlerin mefhumu muhalifinden doğru bir sonuca varmamız mümkündür. TCK m.119/2'de, maddede sayılan bazı suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin (TCK m.87) gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>55</sup>. Buna göre, TCK'nın 119. maddesinin 1. fıkrasında 118. maddedeki suç sayılmadığından, söz konusu suç bağlamında kullanılan cebrin, TCK m.87 kapsamına girmesi halinde gerçek içtima hükümlerini uygulamamız kanunen mümkün

<sup>53</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.336-337.

<sup>54</sup> Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2015, s.411.

<sup>55</sup> TCK'daki benzer düzenlemeler için bkz. m.102/4, 103/5, 109/6, 149/2, 265/5.

olamayacağından, fikri içtima kurallarına göre sonuca varmamız gerekecektir. Ancak böyle bir sonucun maddenin konuluş amacına çok da uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle 119. maddede yapılacak bir değişiklikle maddenin 1. fıkrasına sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun da eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Son olarak, TCK m.118/1 kapsamında kullanılan cebirin TCK m.87 değil de TCK m.86 kapsamında kalması halinde ise gerçek içtima kurallarına göre failin ayrıca kasten yaralamadan dolayı da cezalandırılabilceği sonucuna varabiliriz.

Tehdit, bir kişi üzerinde psikolojik etkide bulunmak suretiyle o kişinin irade serbestisini ortadan kaldırmaya yönelik bir fiildir<sup>56</sup>. Tehdit suçu genel itibariyle TCK'nın 106. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. TCK m.118/1'de de tehdit unsuruna yer verilmiş olması nedeniyle nasıl bir uygulama yapılacağı sorusu akıllara gelebilir. TCK m.118/1'de yer verilen suçun bağlı hareketli bir suç olduğu, tehdit (veya cebir) olmaksızın bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığı hususu dikkate alındığında, TCK m.118/1'in, TCK m.106'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu ve öncelikle özel hüküm niteliğindeki bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçunun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile ilgili verdiği bir kararda benzer tespitlerde bulunulmuştur: *“Sanığın, diğer sanıklarla birlikte mağdura ait iş yerine giderek orada çalışan işçilere ‘burada çalışmayacaksınız...’ diyerek tehdit içeren sözler söylediklerinin soruşturma evresinde alınan tanık anlatımlarında belirtilmiş olması karşısında, eylemin özel hüküm niteliğindeki 5237 sayılı Yasanın 117. maddesi kapsamında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan, genel nitelikteki tehdit suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”*<sup>57</sup>.

Tehdit halinde kişi, bir saldırının veya kötülüğün, ileride gerçekleştirileceği beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Tehditte, ileride gerçekleşeceği söylenen kötülüğün oluşturduğu manevi bir zorlama söz konusudur<sup>58</sup>. Tehdidi cebirden ayıran hususların başında, tehdidin geleceğe yönelik olması gelmektedir. Tehdidin mutlaka bireye yönelik yapılmış olması şart değildir; malvarlığı bakımından zarara uğratılacağı ya da herhangi bir kötülük yapılacağına yönelik ifadeler de fiilin tehdit olarak nitelendirilmesi için yeterlidir<sup>59</sup>. Burada dikkat edilmesi

<sup>56</sup> Çınar, Ali Rıza, Tehdit Suçu, Ankara 2002, s.63.

<sup>57</sup> Akt. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.449 dn.226.

<sup>58</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.336.

<sup>59</sup> “Yakınan Celal’e ait işyerine, yeniden ortak olmak isteyen ve bu isteği reddedilen sanığın



gereken en önemli husus, tehdit içeren fiillerin mağdurun iradesini etkileyecek ölçüde olması gerektiğidir. Buradaki değerlendirme, objektif kriterler esas alınarak yapılacaktır<sup>60</sup>.

Bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçundaki tehdidin silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde (TCK m.106/2) nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusunun da cevaplandırılması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, benzer nitelikli hallerde TCK'nın 119. maddesinde de yer verilmekte, ancak bu maddenin uygulama alanı içine 118. madde girmemektedir. Bu durumda özel normun önceliği prensibinin uygulanması da mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır: Ya gerçek içtima yoluna gidip TCK m.106/2 ve 118/1'i birlikte uygulamak, ya da TCK m.118/1'e göre daha ağır hapis cezasını içeren 106/2'yi tek başına uygulamak. İlk durumda failin alacağı ceza 2,5 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıyken, ikinci durumda 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. TCK m.117'deki iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun temel şeklindeki hapis cezası ile m.118/1'deki suçun temel şeklinin hapis cezası aynıdır (6 aydan 2 yıla kadar hapis). Ancak TCK m.119'un uygulama alanı içine 117. madde girdiğinden, 106/2. maddedeki ağırlaştırıcı nedenlere benzer nedenleri düzenleyen 119/1. maddesi gereği iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu bu ağırlaştırıcı nedenlerden biri suretiyle işlenmesi halinde failin alacağı ceza 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası olacaktır. Bu açıdan bakıldığında, kanun koyucunun 119. maddenin uygulama alanı içine neden 118. maddeyi almadığını anlamak mümkün gözükmemektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere her iki suç tipi yakın ilişki içerisinde olup benzer hukuki menfaatleri korumaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturduğunu ifade etmek istiyoruz. Elbette ki kanun koyucular hangi fiillerin suç olacağını, bu suçlar karşılığında uygulanacak yaptırımları belirleme konusunda serbest iseler de, bu serbestinin de sınırlarını hukuk devletinin evrensel ilkeleri oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, kanun yapma sistematigi bakımından söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığını, ve en kısa zamanda yapılacak bir kanun değişikliği ile 119. maddenin uygulama alanı içine 118. maddenin de alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

*“beni ortak etmezsen bu ekmeği sana yedirmem, bu kursa kilit vurdururum” demekten ibaret eyleminin TCY'nin 201/1, 61. maddelerine giren suçu oluşturduğunun gözetilmemesi”* (Yargıtay 4.CD, 28.03.2001 T., 2001/1757-3271 E.K.)

<sup>60</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.449.

Yukarıda yapmış olduğumuz bu açıklamalardan sonra, TCK m.118'in 1. fıkrası ile bireysel sendika özgürlüğünün korumak istendiğini ifade edebiliriz. Zira bir kimsenin sendikaya üye olup olmaması, sendika faaliyetlerine katılıp katılmaması, sendika yönetiminde görev alıp almaması yönünde getirilen koruma, bireysel sendika özgürlüğünün TCK'daki yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada dikkati çeken husus, bireysel sendika özgürlüğünün bir parçası olan sendika kurma özgürlüğünün, madde kapsamına alınmamış olmasıdır. Bu nedenle doktrinde, kişilerin sendika kurmak veya kurmamak için zorlanması haline de 118. madde metninde yer verilmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

Aşağıda, söz konusu suçun seçimlik hareketleri hakkında açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

### **a. Bir Kimseyi Sendikaya Üye Olmaya veya Olmamaya Zorlama**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sendika kurma hakkının düzenlendiği 51. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: “*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*” Benzer bir düzenlemeye 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 17. maddesinde yer verilmiştir: “*Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz.*” Bu açıdan bakıldığında, sendikaya üye olmanın veya olmamanın kişiye tanınmış anayasal bir hak olduğu sonucuna varabiliriz<sup>62</sup>. Bundan dolayı, bu hakkın kullanılmasının engellenmesinin Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiş olmasının yerinde olduğunu ifade edebiliriz.

Sendikaya üye olma yalnızca işçilere tanınmış bir hak olmayıp aynı zamanda işverenlere de tanınmış bir haktır. Ancak işverenin tüzel kişi olması da mümkün olduğundan, bu suçun mağdurunun yalnızca gerçek kişi işveren olması halinde mümkün olabileceğini söyleyebiliriz; zira tüzel kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması mümkün değildir.

---

<sup>61</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.113; Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, s.206.

<sup>62</sup> Sendika üyeliği, üyeliğin devamı, sona ermesi ve askıda kalmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şuğle, Sendikalar Hukuku, s.394 vd.; Akyiğit, Ercan, “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s.41 vd.

İşverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümleri uygulanması bakımından ayırım yapacağından bahisle işçiyi tehdit etmesi hali buna örnek gösterilebilir<sup>63</sup>.

### **b. Bir Kimseyi Sendikanın Faaliyetlerine Katılmaya veya Katılmamaya Zorlama**

Söz konusu seçimlik hareketin net bir şekilde ortaya konulabilmesi için sendika faaliyetinden<sup>64</sup> ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerinde, sendika ve konfederasyonların faaliyetleri düzenlenmiştir. 26. madde şu şekildedir:

*“Madde 26: (1) Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur.*

*(2) Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.*

*(3) Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.*

*(4) Kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarların üyesi olmayanlara uygulanması, bu Kanunun yedinci ila on ikinci bölümlerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla yazılı onaylarına bağlıdır.*

*(5) Kuruluşlar, tüzükleriyle belirlenen amaçları dışında faaliyette bulunamaz.*

<sup>63</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.120.

<sup>64</sup> Sendikaların faaliyetleri genellikle üç başlık altında ele alınmaktadır: 1) Sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri, 2) Sendikaların sosyal ve ekonomik faaliyetleri, 3) Sendikaların yasak faaliyetleri. Sendikaların bu faaliyetleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, Barış, “Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Yıl:7, Sayı:25, s.263-264.

(6) *İşçiler ve işçi kuruluşları işveren kuruluşlarına, işveren kuruluşları da işçi kuruluşlarına üye olamaz; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kimseler aracılığıyla biri diğerinin kurulmasına, yönetim ve faaliyetine müdahalede bulunamaz.*

(7) *Kuruluşlar siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamaz.*

(8) *Kuruluşlar ticaretle uğraşamaz. Ancak, kuruluşlar genel kurul kararıyla nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydıyla sanayi ve ticaret kuruluşlarına yatırımda bulunabilir.*

(9) *Kuruluşlar elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamaz. Ancak sendikaların grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımlar ile kuruluşların eğitim amaçlı yardımları bu hükmün dışındadır.”*

Sendikanın faaliyetlerinden bir diğeri ise işyeri sendika temsilcisi atamaktır. İşyeri sendika temsilcisinin atanması ve görevleri 6356 sayılı Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiştir. Madde şu şekildedir:

“Madde 27: (1) *Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir. Bunlardan biri baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder.*

(2) *Sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirlenmesine ilişkin hüküm bulunması halinde, seçilen üye temsilci olarak atanır.*

(3) *İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikayetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir.*

(4) *İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine getirir. İşyerlerinde, sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkan verecek kolaylıklar sağlanır.”*

İşte söz konusu bu maddelerde sayılan sendika faaliyetlerine katılmak isteyen kişinin bu faaliyetlere katılmasının engellenmesi veya katılmak istemeyen kişinin katılmasını sağlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması halinde söz konusu suçun bu seçimlik hareketinin gerçekleşmiş olduğunu ifade edebiliriz.

İşverenin, iş saatleri dışında veya iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulacağından bahisle işçiyi tehdit etmesi hali bu duruma örnek gösterilebilir<sup>65</sup>.

### **c. Bir Kimseyi Sendikadan veya Sendika Yönetimindeki Görevinden Ayrılmaya Zorlama**

İşverenin, sendikaya üye olan bir işçiyi cebir veya tehdit kullanarak sendikadan ayrılmaya zorlaması halini buna örnek gösterebiliriz. Benzer şekilde, işyeri sendika temsilcisine karşı cebir veya tehdit kullanılarak bu görevinden ayrılmaya zorlanması halinde de söz konusu suçun hareket unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

## **5. Netice**

Bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçunun tamamlanmış olması için seçimlik hareketlerin zorlama doğrultusunda sonuçlanmış olması gerekmemektedir<sup>66</sup>. Örneğin, cebir veya tehdide rağmen kişi sendikaya üye olmuş olabilir veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmamış olabilir. Kanaatimizce, madde metninde “zorlama” ifadesine yer verilmiş olması söz konusu suçu tehlike suçu olarak kabul etmemiz için yeterli bir nedendir.

Kanaatimizce söz konusu suçun niteliği konusunda doğru bir karar verebilmek için öncelikle metinde geçen “zorlamak” kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini net bir şekilde ortaya koymamız gerekmektedir. Zira bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenen bu suçun gerçekleşebilmesi için cebir veya tehdit kullanılması şarttır. Bu bağlamda, cebir veya tehdit kullanan failin aynı zamanda “zorlama”da da bulunmuş olacağı hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Peki kanun koyucu neden bir de zorlama kelimesini kullanma ihtiyacı duymuştur? Kanaatimizce buradaki zorlama ile kastedilmek istenen, mağduru iradesinin aksi yönde bir karar almaya veya işlem yapmaya

<sup>65</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.120.

<sup>66</sup> Üzülmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı:5, s.109.

mecbur bırakmaktır. Ancak bu zorlamanın, TCK m.28'dekine benzer bir dereceye ulaşması da şart değildir. Bu zorlama sonucu örneğin kişinin sendikaya üye olmaktan veya sendika faaliyetlerine katılmaktan vazgeçmesi şart değildir. Pek tabidir ki, bu zorlama sonucunda bunlar gerçekleşmiş de olabilir. Bunların gerçekleşmiş olması halinde TCK m.61'e göre hakim, temel cezayı belirlerken asgari haddenden uzaklaşabilecektir.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar sonucunda, bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanma amacıyla cebir veya tehdit kullanılması halinde suçun tamamlanmış olduğunu kabul etmemiz gerekir. Bu yönüyle, zorlamanın gerçekleşmesi yeterli olup, zorlamadan bir sonuç alınmış olması, yani bir zarar neticesinin doğması gerekli değildir. Söz konusu cebir veya tehdidin böyle bir neticeyi doğurabilecek tarzda olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade edebiliriz<sup>67</sup>.

## **6. Suçun Nitelikli Halleri**

TCK'nın 118/1. maddesinde, bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçuna ilişkin nitelikli hallerde yer verilmemiştir. Ayrıca, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddedeki nitelikli hallerin de bu suç bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, TCK'nın 119. maddesinde, hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan bazı suçlar bakımından cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde yer vermiştir. Ancak söz konusu maddede eğitim ve öğretimin engellenmesi (m.112), kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi (m.113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m.114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m.115), konut dokunulmazlığının ihlali (m.116) ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m.117) suçlarına yer verilmiş olmasına karşın, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna yer verilmediğini görmekteyiz. Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, sendikal özgürlükler, iş ve çalışma hürriyetinin tamamlayıcısı ve bu hürriyeti koruyan temel unsurlardır. Bu açıdan bakıldığında 117. madde ile 118. madde arasında doğal bir bağ

---

<sup>67</sup> Yarsuvat, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.143. Söz konusu suçun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, s.210.

olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Durum böyle olmasına karşın, kanun koyucunun, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerin düzenlendiği 119. maddede, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna neden yer vermediğini anlamak mümkün değildir. Kanaatimizce yapılması gereken, bir kanun değişikliğiyle 119. maddenin kapsamı içine 118. maddeyi de almak olmalıdır.

### **B. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru**

Söz konusu suç yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğundan taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür<sup>68</sup>.

### **C. Hukuka Aykırılık**

Bu suç bakımından uygulama kabiliyeti bulabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden birisi, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenidir. Söz konusu maddeye göre "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez.*" Bu hukuka uygunluk nedenine örnek olarak, sendika faaliyetlerine katılma yeterliliğine sahip olmayan birisinin söz konusu faaliyetlere katılmasının engellenmesi örnek gösterilebilir. Bu durumda, sendika faaliyetlerine katılmak yalnızca belli niteliklere sahip olan kişilere tanındığından, bu niteliklere sahip olmayan bir kişinin bu faaliyetlere katılmasının engellenmesi halinde bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Bu suç bakımından uygulanması düşünülebilecek hukuka uygunluk nedenlerinden ikincisini ise, ilgilinin rızası (m.26/2) hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre: "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*" Açıklanan rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi için, maddede de belirtildiği üzere söz konusu hakkın, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olması gerekmektedir. Maddede bahsi geçen haklar, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardan olduğundan, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bu suç bakımından uygulama kabiliyeti bulabilecektir.

<sup>68</sup> Söz konusu suçun oluşabilmesi için failin belirli amaçlarla hareket etmiş olması gerektiği, bunun sonucu olarak da olası kastın burada söz konusu olamayacağı yolundaki görüş için bkz. Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.106.

## **D. Suçun Özel Görünüm Şekilleri**

### **1. Teşebbüs**

Madde gerekçesinde söz konusu suç “teşebbüs suçu” olarak nitelendirilmiştir<sup>69</sup>. Gerekçe şu şekildedir: “Maddenin birinci fıkrasına göre, bir kimseye karşı cebir veya tehdit kullanılarak, bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanması, suç oluşturmaktadır. Bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması, söz konusu suç tamamlanmış gibi cezalandırılabilme için yeterlidir. Bu bakımdan söz konusu suç, bir teşebbüs suçu niteliği taşımaktadır.” Bilindiği üzere “teşebbüs suçu”, kanun koyucunun bazı suçlarda, icra hareketlerinin belli bir aşamaya varmış olmasını, tamamlanmış suç gibi cezalandırma bakımından yeterli bulduğu suçlara denilmektedir. Bu tip suçların özelliği, bunlara teşebbüsün mümkün olmamasıdır, başka bir ifadeyle teşebbüs suçuna teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir<sup>70</sup>. TCK’da bu tip suçlara çok az sayıda da olsa yer verildiğini görmekteyiz (Örneğin, TCK m.309, 310 vs.).

Acaba bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bir “teşebbüs suçu” olup bu suça teşebbüs etmek mümkün değil midir? Bilindiği üzere, şayet hareket kısımlara ayrılabilirse o suça teşebbüs mümkündür. Bu bağlamda, örneğin, failin, bir işçiye göndermiş olduğu ve söz konusu sendikaya üye olması halinde kendisine ve ailesine çok ağır bir saldırı gerçekleştireceğine ilişkin tehditlerin bulunduğu mektubun mağdura ulaşmaması halinde hareket kısımlara ayrılabilirdiği için söz konusu suça teşebbüsün mümkün olduğunu belirtebiliriz.

### **2. İştirak**

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türlü mümkünüdür.

---

<sup>69</sup> Gerekçede belirtilen “teşebbüs suçu” kavramının eleştirisi için bkz. Hafizoğulları/Özen, Hürriyete Karşı Suçlar, s.2747; Yarsuvat, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.143.

<sup>70</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.410. Teşebbüs suçu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Soyaslan, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s.3 vd.



### 3. Suçların İçtimalı

Suçların içtimalı ile ilgili olarak bu başlık altında yapılan açıklamaların yanında, yukarıda, hareket başlığı altında yapılan açıklamalara da bakılmalıdır. Zira konu bütünlüğünü sağlamak açısından, içtimal ile ilgili bazı özel durumlar yukarıda bu başlık altında ele alınmıştır.

Kanaatimizce, bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin şartlarının oluştuğu taktirde uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır.

6356 sayılı Kanun'un 78. maddesinde idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillere yer verilmiştir<sup>71</sup>. Söz konusu madde şu şekildedir:

*“(1) Bu Kanuna göre;*

*a) 6 ncı maddede belirtilen sendikalar için kurucu olabilme şartlarına sahip olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde yediyüz Türk Lirası,*

*b) 14 üncü maddeye göre yapılacak seçimlerle ilgili oylamalara ve bu oylamaların sayım ve dökümüne hile karıştıranlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,*

*c) 17 nci maddeye aykırı olarak üye kaydedenler ile 19 uncu maddeye aykırı olarak üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde her bir üyelik için yediyüz Türk Lirası,*

*ç) 26 ncı maddenin altıncı fıkrasına aykırı hareket edenler ile yedinci fıkrasına göre siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerinin kullanılmasına karar veren veya kullananlar beşbin Türk Lirası,*

*d) 28 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket eden kuruluşların yetkili sorumluları binbeşyüz Türk Lirası, fiilin tekrarı hâlinde ise ayrıca bağış miktarı kadar,*

*e) Bu Kanunda kanuni grev veya lokavt için belirtilen şartlar gerçekleşmeksizin alınan bir grev veya lokavt kararının uygulanması hâlinde; grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler ile lokavta katılanlar ve devam edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,*

<sup>71</sup> Söz konusu idari para cezalarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pulat, Pelin, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda İdari Para Cezaları”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Yıl:8, Sayı:29, s.231 vd.

f) *Kanun dışı greve katılanlar ve devam edenler yediyüz Türk Lirası,*

g) *Kanuni bir grev veya lokavt kararının bu Kanunda yazılı usul ve esaslar dışında uygulanması hâlinde, bu kararı uygulayanlar, uygulanmasına veya devamına zorlayanlar veya teşvik edenler beşbin Türk Lirası,*

ğ) *Grev veya lokavtın mahkeme kararıyla sürekli veya geçici, tamamen veya kısmen yasaklanmasına rağmen, kararı kaldırmayanlar, uygulamaya devam edenler, devamına teşvik edenler, zorlayanlar, katılan ve katılmaya devam edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,*

h) *Greve katıldıkları veya lokavta maruz kaldıkları hâlde, grev veya lokavtın uygulandığı işyerlerinden ayrılmayanlar ile işçileri bu eylemlere zorlayan veya teşvik edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde yediyüz Türk Lirası,*

ı) *65 inci maddede belirtilen izni almadan yeni işçi alan işveren, izinsiz aldığı her bir işçiyle ilgili olarak yediyüz Türk Lirası,*

i) *68 inci madde hükmüne aykırı olarak grev yapan işçilerin yerine işçi çalıştıran işveren veya işveren vekili, aldığı her bir işçiyle ilgili olarak binbeşyüz Türk Lirası,*

j) *İşçi sendikasının üyesi olmayan grev gözcüleri ile 73 üncü madde hükümlerine aykırı davranan grev gözcüleri binbeşyüz Türk Lirası, idari para cezası ile cezalandırılır.”*

Söz konusu maddede belirtilen ve kabahat olarak nitelendirilmiş bulunan bazı fiillerin aynı zamanda bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçunu oluşturması da mümkündür. Örneğin, bir işçinin sendika üyeliğinden ayrılmaya her ne şekilde olursa olsun zorlanması 6356 sayılı Kanun'un 19. maddesine aykırılık oluşturmakta ve aynı Kanun'un 78. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre kabahat olarak nitelendirilmektedir. Bu fiilin cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilmesi durumunda TCK m.118/1'deki bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçunun da işlenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Böyle bir durumda, yani, söz konusu fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde, 5326 sayılı *Kabahatler Kanunu*'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yalnızca suç içeren fiilden dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilecektir. Başka bir ifadeyle fail yalnızca TCK m.118/1 hükmü uyarınca cezalandırılabilir.

## E. Yargılama

### 1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da uzlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu suç bakımından özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülmemiştir.

### 2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suç için öngörülen ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

## VI) Kolektif Sendika Özgürlüğünün İhlali Suçu (m.118/2)

### A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

#### 1. Fail

Bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu suç çok failli bir suç da değildir. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş olması hali nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir.

Kanun koyucu, TCK'nın 119. maddesinde, hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan bazı suçlar bakımından cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde yer vermiştir. Ancak söz konusu maddede, TCK m.118'e yer verilmediğini görmekteyiz. Bu konuyla ilgili yapmış olduğumuz tespitler ve çözüm önerisi için bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu altında yapmış olduğumuz açıklamalara bakılabilir.

Söz konusu suç bakımından, TCK'nın 60. maddesi bağlamında, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün değildir. Zira, TCK m.60/4'e göre, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri sadece kanunda açıkça belirtilen hallerde uygulanabilecektir. TCK'nın 118. maddesinde, bu suç bağlamında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması kabul edilmediğinden bu güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

#### 2. Mağdur veya Suçtan Zarar Gören

Bu suçun suçtan zarar göreni, işçi veya işveren sendikalarıdır. Sendika sayılmayan bir tüzel kişiliğin yahut kamu kurumunun suçtan zarar gören

olması mümkün değildir<sup>72</sup>. TCK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasında, kamu ve özel sendikalar arasında bir ayırım yapılmadığından dolayı, maddenin uygulama alanı içine 6356 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren sendikaların yanı sıra, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamına giren sendikalar da girmektedir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, maddede geçen sendika kavramının, konfederasyonları da içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir<sup>73</sup>. Kanaatimizce bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde hem sendika, hem de konfederasyon kavramlarından ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre sendika, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ifade etmektedir. Buna karşılık konfederasyon ise değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşu ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan konfederasyonun faaliyetlerinin cebir veya tehdit kullanılarak veya hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi halinde, ortada bir suç olmadığından failin cezalandırılması kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Aksi durumun kabulü, suç ve cezada kanunilik prensibine aykırılık oluşturacaktır. Kanaatimizce, maddenin konuluş amacı da dikkate alındığında yapılması gereken, bir kanun değişikliğiyle 118/2. maddenin uygulama alanı içine konfederasyonların da dahil edilmesi olmalıdır.

Bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu altında yapmış olduğumuz açıklamalarda da ifade edildiği üzere, bütün suçlarda mağdur yalnızca gerçek kişiler olabilir, gerçek kişiler dışında kalan tüzel kişiler, aile, devlet, kişi toplulukları gibi kurum ve organlar bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olsalar bile mağdur olamazlar, bunlar yalnızca suçtan zarar gören olarak nitelendirilirler.

Söz konusu suç bağlamında, suçun mağduru ve suçtan zarar göreni bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Buna göre söz konusu suçun mağduru, somut olayda sendika tüzel kişiliğinin sendikal faaliyetine katılan ve kendilerine karşı cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulan gerçek kişilerdir; buna karşılık sendika tüzel kişiliği ise suçtan

<sup>72</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.115.

<sup>73</sup> Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.102; Kürtün, Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, s.128.

zarar gören konumundadır. Örneğin, sendika toplantısının yapılacağı salonun kapılarının açılmaması, kilitlenmesi veya başka engeller konulması ya da toplantıya gelenlere toplantının iptal edildiği yönünde yalan söylenmesi suretiyle toplantının yapılmasının engellenmesi suretiyle toplantının yapılmasının engellenmesi yolundaki hukuka aykırı davranışların tümü, sendikal faaliyete katılmak isteyen gerçek kişilere yönelik olup bu kişiler mağdur olarak kabul edilecekken, sendika tüzel kişiliği ise suçtan zarar gören olarak kabul edilecektir<sup>74</sup>.

### 3. Konu

Bu suçun konusunu, sendikanın faaliyetleri oluşturmaktadır.

### 4. Hareket

Söz konusu suçun hareket unsuru şu şekilde tanımlanabilir: Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu suçun sadece maddede sayılan şekillerde (cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranış) gerçekleştirilebilmesi mümkündür, başka bir ifadeyle bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğunu söyleyebiliriz.

Söz konusu suçun hareket unsurunu oluşturan cebir ve tehdit kavramlarına, yukarıda bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu bağlamında ayrıntılı olarak değindiğimiz için yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların burada da geçerli olduğunu ifade etmek istiyoruz.

Bu suç tipinde, diğer suç tipinden farklı olarak *hukuka aykırı başka bir davranışla* da suçun işlenebilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, hukuka aykırı başka bir davranıştan ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

Söz konusu suçun hareket unsurlarından sonuncusu olan "*hukuka aykırı başka bir davranış*"<sup>75</sup> oluşturmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde hukuka aykırı başka bir davranış ifadesine yer verilmemiş olduğundan, Yargıtay iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda cebir ve tehdit sayılmayan hallerin varlığı durumunda söz konusu suçun oluşmadığına

<sup>74</sup> Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.102.

<sup>75</sup> TCK'da yalnızca 9 adet suç tipinde (TCK m.112, 113, 114, 115, 117, 118, 123, 223, 224) "*hukuka aykırı başka bir davranış*" ifadesine yer verilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, bu ifadeye ağırlıklı olarak hürriyete karşı işlenen suçlarda yer vermeyi uygun gördüğünü ifade edebiliriz.

karar vermekteydi<sup>76</sup>. Bundan dolayı olsa gerek ki, 5237 sayılı TCK'da bu boşluğu doldurmak için bu ifadeye yer verildiğini düşünmekteyiz.

Hukuka aykırı başka bir davranış ile kastedilmek istenen, cebir ve tehdit dışında kalan her türlü harekettir<sup>77</sup>. Hukuka aykırı başka bir davranışın suç olması da mümkündür. Örneğin, kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak (m.109) suretiyle de işlenebilir. Bu durumda bileşik suç (m.42) kurumu gereği faile yalnızca m.117'de yer alan suçun cezası mı verilecek, yoksa gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan da (m.109 ve m.117) ayrı ayrı mı ceza verilecektir? Bilindiği üzere, bileşik suçun iki görünüm şekli bulunmaktadır: İlk görünüm şeklinde, bir suçun diğerinin unsurunu oluşturması söz konusudur. Bileşik suçun bu şeklinde, bileşik suç meydana getiren suçların niteliği değişmekte, ortaya başka nitelikte bir suç çıkmaktadır. İkinci görünüm şeklinde ise, bir suçun diğer bir suçun cezayı artıran nitelikli unsuru olarak kabul edilmesi durumu söz konusudur ve nitelikli unsur durumunda bulunan suç bağımsızlığını kaybetmektedir. Bileşik suçun bu her iki görünüm şeklinde de dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır: Kanunda açıkça unsur veya nitelikli hal olarak gösterilen suç bağımsızlığını kaybedecektir; bileşik suçun tanımında unsur veya nitelikli hal olarak açıkça belirtilmeyen suçlar ise bağımsızlıklarını korumaya devam edeceklerdir<sup>78</sup>. Bu açıdan m.118/2'ye bakıldığında, yalnızca hukuka aykırı başka bir davranıştan söz edilmekte ancak bu davranışın ne olduğu belirtilmemektedir. O halde, yukarıda verilen örnekteki gibi durumların varlığı halinde gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir<sup>79</sup>.

Madde metninde geçen hukuka aykırı başka bir davranışın mutlaka suç oluşturması şart değildir, hukuka aykırı olması yeterlidir. Özel hukuk-kamu hukuku arasında bir ayırım yapılmadığına göre, hukuka aykırı davranışın herhangi bir hukuk dalından kaynaklanması yeterlidir<sup>80</sup>. Bu yorum tarzının

<sup>76</sup> "Sanıkların zor ve şiddet kullanmaksızın geceleri vitrin camlarını kırmaktan ibaret eylemlerinde TCK'nın 201. maddesinde gösterilen suç öğelerinin oluşmadığının gözetilmemesi yasaya aykırıdır." (Yargıtay 4.CD, 05.02.1996 T., 1996/250-956 E.K.).

<sup>77</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.449.

<sup>78</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.521-523.

<sup>79</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda sadece kasten yaralama suçu bakımından gerçek içtima öngörülmüş ise de, gerçek içtimanın bununla sınırlı olmadığı da görülmektedir. Yazarlara göre bu tartışmaları ortadan kaldırmak ve gerçek içtimayı mümkün kılmak için m.212'deki gibi bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.450.

<sup>80</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.450.

bazı durumlarda amacı aşan bir duruma dönüşebileceği, bu bağlamda, haksız rekabet, yalan haber, hatta sözleşmeye aykırılığın bile hukuka aykırılık olarak kabul edilmesinin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. TCK ile, önceden sadece hukuki bir anlaşmazlık olarak değerlendirilebilecek bazı olaylarda, kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçunun da oluşması söz konusu olabilecektir. Ancak, 1982 Anayasası'nın 38/8. maddesinde, hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı hükmü dikkate alındığında, 118/2. maddede ifade edilen “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesinin Anayasa'ya aykırılığının gündeme gelebileceği çok açık ortadadır<sup>81</sup>. Pek tabidir ki, kanun koyucunun bu ifade ile, 118/2. maddenin uygulama alanını, Anayasa'ya da aykırı olabilecek nitelikte bu denli geniş tutmak istediğini düşünmek doğru olmasa gerekir. Ancak maddenin lafzi yorumundan başkaca bir sonuç çıkartılması da mümkün gözükmemektedir<sup>82</sup>. Sonuç olarak, “*hukuka aykırı başka bir davranış*” gibi, içeriği tam belli olmayan, geniş yorum yoluyla özel hukuk uyuşmazlıklarını da kapsamına alması mümkün olan ve bu açıdan bakıldığında kanunilik prensibine ve Anayasa'ya da aykırılık teşkil edebilecek bu ibarenin gerek 118/2. maddeden, gerek TCK'daki diğer maddelerden çıkartılması ve böylelikle uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hukuka aykırı davranışın söz konusu suçta nasıl uygulanabileceğiyle ilgili şöyle bir örnek verebiliriz: İşveren cebir veya tehdit kullanmadığı halde sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ayırım yapar, onları farklı muameleye tabi tutar veya sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı işçinin hizmet akdine son verirse, cebir veya tehdit unsurları gerçekleşmediğinden dolayı TCK m.118/1'deki bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu gerçekleşmemiş olacaktır. Ancak işverenin bu davranışlarını hukuka aykırı başka bir davranış olarak kabul etmek ve TCK m.118/2 ile korunmak istenen kolektif sendika özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul etmek pekala mümkündür; çünkü üye bulmak, kaydetmek, üyelerin ekonomik ve sosyal haklarını müdafaa etmek sendikaların asli faaliyetleri arasındadır<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.69; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.450.

<sup>82</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s.450; Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.70.

<sup>83</sup> Öztürk, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, s.120-121.

## 5. Netice

Kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçunun tamamlanmış olması için seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, kanun koyucunun bu suç tipi ile, sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi neticesini zorunlu gördüğünü, başka bir ifadeyle bu suçun neticeli bir suç olduğu sonucu çıkmaktadır. Madde gerekçesinde de benzer tespitlere yer verilmiştir: *“Maddenin ikinci fıkrasında cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bir sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmiş olması halinde, suç tamamlanmış olur.”*

## 6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 118/2. maddesinde, kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçuna ilişkin nitelikli hallere yer verilmemiştir. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddedeki nitelikli hallerin de bu suç bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

### B. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Söz konusu suç yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğundan taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.

### C. Hukuka Aykırılık

Kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu bakımından gündeme gelebilecek iki çeşit hukuka uygunluk nedeni olabileceğini düşünmekteyiz: Kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve amirin emrini ifa.

Bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden ilkinin TCK'nın 24/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Maddeye göre *“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”* 6356 sayılı Kanun'un 31. maddesinde sendika ve konfederasyonların (kuruluş) kapatılmasına yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre: *“Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan kuruluş, merkezlerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine mahkeme kararı ile kapatılır. Aykırı davranış*



*bireysel olarak yöneticiler tarafından gerçekleştirildiği takdirde, mahkemece sadece o yöneticilerin görevine son verilmesine karar verilir. Yukarıdaki fıkra uyarınca açılan davalar nedeniyle mahkeme, yargılama süresince talep üzerine veya resen kuruluşun faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerinin geçici olarak görevden alınmasına karar verebilir.”* Bu bağlamda, örneğin, Cumhuriyetin niteliklerine aykırı faaliyetlerde bulunan bir sendikanın kapatılmasına veya faaliyetlerinin durdurulmasına karar veren mahkemenin söz konusu suçu işlediğinden bahsedilemeyecektir, zira mahkeme tarafından kanunun hükmünü yerine getirmektedir.

Bu suç bağlamında uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden ikincisi olan amirini emrini ifa, TCK'nın 24/2. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddeye göre *“Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”* Yukarıda vermiş olduğumuz örnekten hareketle, Cumhuriyetin niteliklerine aykırı faaliyetlerde bulunan bir sendikanın kapatılmasına veya faaliyetlerinin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararını uygulayıp sendikanın merkez binasını mühürleyen kişinin bu suçu işlediğinden bahsedilemeyecektir, zira söz konusu kişi mahkeme kararını yerine getirmektedir.

#### **D. Suçun Özel Görünüm Şekilleri**

##### **1. Teşebbüs**

Cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranış gerçekleştirilmesine karşın, sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi sonucu gerçekleşmemiş ise suçun teşebbüs aşamasında kalacağını söyleyebiliriz<sup>84</sup>.

##### **2. İştirak**

Söz konusu suç, iştirak bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda, bu suça iştirakin her türü mümkündür.

##### **3. Suçların İçtimai**

Söz konusu suç bağlamında fikri içtima kurumunun uygulanması gündeme gelebilecektir. Çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere, 118. maddenin 1. fıkrasında bireysel sendika özgürlüğü, 2. fıkrasında ise kolektif sendika özgürlüğü korunmaktadır. Doktrinde bu iki özgürlüğün birbiriyle bağlantılı olduğu, kolektif sendika özgürlüğünün aslında bireysel sendika özgürlüğünü de bünyesinde barındırdığı ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Bu açıdan

<sup>84</sup> Soyer, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.107.

<sup>85</sup> Duman, Sendikal Hakların Engellenmesi, s.270-271.

bakıldığında, kolektif sendika özgürlüğünün ihlal edilmesi halinde bireysel sendika özgürlüğünün de haliyle ihlal edilmiş olacağı ortadadır. Ancak bu durumda failin, TCK'nın 44. maddesi gereği, bunlardan en ağır cezayı gerektiren 118/2. maddeden dolayı cezalandırılması söz konusu olabilecektir<sup>86</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere, maddede geçen “*hukuka aykırı başka bir davranış*”ın aynı zamanda bir suç oluşturması durumunda da gerçek içtima kurumu gereği her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerekeceğini, başka bir ifadeyle suçların içtimaı kurumunun işletilmeyeceğini ifade edebiliriz.

Kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin şartlarının oluştuğu takdirde uygulanmasına bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

6356 sayılı Kanun'un 78. maddesinde idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillere yer verilmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

*“(1) Bu Kanuna göre;*

*a) 6 ncı maddede belirtilen sendikalar için kurucu olabilme şartlarına sahip olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar; fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde yediyüz Türk Lirası,*

*b) 14 üncü maddeye göre yapılacak seçimlerle ilgili oylamalara ve bu oylamaların sayım ve dökümüne hile karıştıranlar; fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,*

*c) 17 nci maddeye aykırı olarak üye kaydedenler ile 19 uncu maddeye aykırı olarak üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayanlar; fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde her bir üyelik için yediyüz Türk Lirası,*

*ç) 26 ncı maddenin altıncı fıkrasına aykırı hareket edenler ile yedinci fıkrasına göre siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerinin kullanılmasına karar veren veya kullananlar beşbin Türk Lirası,*

*d) 28 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket eden kuruluşların yetkili sorumluları binbeşyüz Türk Lirası, fiilin tekrarı hâlinde ise ayrıca bağış miktarı kadar;*

*e) Bu Kanunda kanuni grev veya lokavt için belirtilen şartlar gerçekleşmeksizin alınan bir grev veya lokavt kararının uygulanması hâlinde; grev veya lokavta karar verenler; böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine*

---

<sup>86</sup> Evik, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, s.215.

veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devama zorlayan veya teşvik edenler ile lokavta katılanlar ve devam edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,

f) Kanun dışı greve katılanlar ve devam edenler yediyüz Türk Lirası,

g) Kanuni bir grev veya lokavt kararının bu Kanunda yazılı usul ve esaslar dışında uygulanması hâlinde, bu kararı uygulayanlar, uygulanmasına veya devamına zorlayanlar veya teşvik edenler beşbin Türk Lirası,

ğ) Grev veya lokavtın mahkeme kararıyla sürekli veya geçici, tamamen veya kısmen yasaklanmasına rağmen, kararı kaldırmayanlar, uygulamaya devam edenler; devamına teşvik edenler; zorlayanlar; katılan ve katılmaya devam edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin Türk Lirası,

h) Greve katıldıkları veya lokavta maruz kaldıkları hâlde, grev veya lokavtın uygulandığı işyerlerinden ayrılmayanlar ile işçileri bu eylemlere zorlayan veya teşvik edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde yediyüz Türk Lirası,

ı) 65 inci maddede belirtilen izni almadan yeni işçi alan işveren, izinsiz aldığı her bir işçiyle ilgili olarak yediyüz Türk Lirası,

i) 68 inci madde hükmüne aykırı olarak grev yapan işçilerin yerine işçi çalıştıran işveren veya işveren vekili, aldığı her bir işçiyle ilgili olarak binbeşyüz Türk Lirası,

j) İşçi sendikasının üyesi olmayan grev gözcüleri ile 73 üncü madde hükümlerine aykırı davranan grev gözcüleri binbeşyüz Türk Lirası, idari para cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu maddede belirtilen ve kabahat olarak nitelendirilmiş bulunan bazı fiillerin aynı zamanda kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçunu oluşturması da mümkündür. Örneğin, 6356 sayılı Kanun’un 14. maddesine göre sendikanın faaliyetlerinden birisi olan genel kurulda yapılacak seçimlerdeki oylamalara hile karıştırılması, aynı Kanun’un 78. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre kabahat olarak nitelendirilmektedir. Bu fiil sırasında kullanılan hile, 118. maddenin 2. fıkrası bağlamında hukuka aykırı başka bir davranış olarak nitelendirilebileceğinden kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçunun da işlenmiş olacağını söyleyebiliriz. Böyle bir durumda, yani, söz konusu fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde, 5326

sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yalnızca suç içeren fiilden dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilecektir. Başka bir ifadeyle fail yalnızca TCK m.118/2 hükmü uyarınca cezalandırılabilir.

## **E. Yargılama**

### **1. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü**

Kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçtur. Bundan dolayı da uzlaşma hükümlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu suç bakımından, özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü öngörülmemiştir.

### **2. Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Bu suç için öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, CMK'nın 12. maddesi gereği suçun işlendiği yer mahkemesidir.

## **VII. SONUÇ**

Sendikalar, işçilerin, işyerlerindeki çalışma şartlarını, hak ve menfaatlerini iyileştirme mücadelesinin ortaya çıkardığı kuruluşlardır. Bu açıdan bakıldığında sendikalar “mücadele örgütleri” olarak nitelendirilmektedir. Bundan dolayı TCK ile bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünün ihlali niteliğindeki fiillerin 118. madde ile yaptırıma bağlanması yerinde olmuştur.

Kanaatimizce TCK m.118'in madde başlığının şimdikinden farklı olarak “Sendika özgürlüğünün ihlali suçu” şeklinde olması amaca daha uygun olacaktır. Zira çalışmamızda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, 118. maddenin 1. fıkrası ile bireysel sendika özgürlüğünün ihlali suçu düzenlenirken, aynı maddenin 2. fıkrası ile de kolektif sendika özgürlüğünün ihlali suçu düzenlenmektedir.

TCK'nın 118. maddesinde, sendikaların hangi faaliyetlerine katılmaya/katılmamaya zorlamanın veya hangi faaliyetlerinin engellenmesinin suç olduğu belirtilmemiştir. 6356 sayılı Kanun'da, işçi ve işveren kuruluşlarının hangi faaliyetlerde bulunabileceklerinin belli bir madde altında sayılması yerine bu konunun tüzüklere bırakılması tercih edilmiş ve bu yolla söz konusu bu

kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması ilkesi benimsenmiştir. Buna göre sendikanın faaliyetlerinin ne olacağı o sendikanın tüzüğü ile belirlenecektir. Her ne kadar bu düzenleme sendika özgürlüklerinin temini bakımından çok büyük bir adım olarak görülse de, konuya ceza hukuku bakımından yaklaşıldığında önemli sorunların ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz. Zira ceza hukukunun en temel prensiplerinden birisi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisini de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulması yasağı oluşturmaktadır (TCK m.2/2). Söz konusu madde bağlamında tipikliğin maddi unsurlarından birisi olarak gösterilmiş bulunan sendika faaliyetinin ne olduğunun tespiti için sendika tüzüğüne bakılması gerekecek, başka bir ifadeyle suçun konusunu belirleme yetkisi sendikaya bırakılmış olacaktır. Kanaatimizce bu durum, Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, hangi sendika faaliyetlerinin madde kapsamında değerlendirileceğinin 118. madde metnine açıkça yazılması olmalıdır.

TCK'nın 118. maddesinde suçun nitelikli hallerine yer verilmemiştir. Ayrıca, hürriyet aleyhine işlenen bazı suçlar için ortak hüküm olan 119. maddedeki nitelikli hallerin de bu suçlar bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, 119. maddenin uygulama alanı içine neden 118. maddeyi almadığını anlamak mümkün değildir. Zira gerek 117. gerek 118. madde yakın ilişki içerisinde olup benzer hukuki menfaatleri korumaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu ifade etmek istiyoruz. Kanaatimizce yapılacak bir kanun değişikliği ile 119. maddenin uygulama alanı içine 118. maddenin de dahil edilmesi en doğru yol olacaktır.

Son olarak TCK'nın 118/2. maddesinde ifade edilen “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesinin Anayasa'ya aykırılığının gündeme gelebileceği ortadadır. Zira, “*hukuka aykırı başka bir davranış*” gibi içeriği tam belli olmayan, geniş yorum yoluyla özel hukuk uyuşmazlıklarını da kapsamına alması mümkün olan ve bu açıdan bakıldığında kanunilik prensibine ve Anayasa'ya da aykırılık teşkil edebilecek bu ibarenin gerek 118/2. maddeden, gerek TCK'daki diğer maddelerden çıkartılması ve böylelikle uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

### KAYNAKÇA

1. Akın, İlhan F., Temel Hak ve Özgürlükler, 3.Bası, İstanbul 1971.
2. Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay, İş Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2012.
3. Akyıldız, Hüseyin/Korkmaz, Adem, İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Ankara 2009.
4. Akyiğit, Ercan, “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s.41-90.
5. Argun, Fazilet Nurel, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1995/1, s.5-23.
6. Aydın, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:20, Şubat-Mayıs 2006, Sayı:1-2, s.1-34.
7. Baybora, Dilek, Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001.
8. Cengiz (Urhanoglu), İştari, “İşyeri Sendika Temsilcilerinin Feshe Karşı Korunması”, Kamu-İş, Cilt:11, Sayı:1, Yıl:2009, s.59-83.
9. Centel, Tankut, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, Sayı:5, Cilt:19, s.1-17.
10. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27.Bası, İstanbul 2014.
11. Çınar, Ali Rıza, Tehdit Suçu, Ankara 2002.
12. Dereli, Toker, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s.41-64.
13. Duman, Barış, “Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, Yıl:7, Sayı:25, s.256-273.
14. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:2, 5.Bası, İstanbul 1999.

15. Erkul, İhsan/Güven, Ercan, Editör: Ufuk Aydın, İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2.Bası, Eskişehir 2004.
16. Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK. m.201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri), Ankara 1973.
17. Evik, Ali Hakan, “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:5, Sayı:10 - Güz 2006/2, s.203-219.
18. Günay, Cevdet İlhan, “Bireysel Sendika Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3, s.389-409.
19. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, “Hürriyete Karşı Suçlar”, Prof.Dr.Fırat Öztan’a Armağan, Cilt:II, Ankara 2010, s.2711-2760.
20. Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku – İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine, 3.Bası, İstanbul 1996.
21. Kaboğlu, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989.
22. Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993.
23. Kaymaz, Çiğdem, Sendika Özgürlüğü ve Hakkı, İstanbul 2012 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi)
24. Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2015.
25. Kubalı, Hüseyin Nail, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964.
26. Kürtün, Hüsamettin, Türk Ceza Hukukunda Çalışma Özgürlüğünün ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İzmir 2010 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
27. Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
28. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2015.
29. Özerkmen, Necmettin, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Anayasa ve Yasalarda Sendikal Hakların Düzenlemesi ve Getirilen Kısıtlamalar”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı:1, Yıl:2003, s.239-257.

30. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, 11.Bası, Ankara 2015.
31. Özkaraca, Ercüment, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.173-216.
32. Öztürk, Mehmet Onat, “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.217-242.
33. Öztürk, Mehmet Onat, Türk Ceza Kanununda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, İstanbul 2006.
34. Özveri, Murat, Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 2013.
35. Pir, Ali Kaya, “Sendika Özgürlüğü Açısından 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2002, Sayı:3, Cilt:16, s.24-36.
36. Pulat, Pelin, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda İdari Para Cezaları”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Yıl:8, Sayı:29, s.231-247.
37. Rehbindler, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Auflage, Bern 1997.
38. Soyaslan, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994.
39. Soyer, Sesim, “İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali İle Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s.99-108.
40. Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3.Bası, Ankara 2009.
41. Süzek, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.
42. Şuğle, Mehmet Ali, “Sendikalar Hukuku”, Sendikacılık Akademisi Ders Notları 2, Ankara 2013, s.387-407.
43. Talas, Cahit, Sendika Hürriyeti, Ankara 1957.
44. Tuncay, A. Can, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona



- Ermesi, İstanbul 1975.
45. Tuncay, A. Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999.
  46. Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul 1999.
  47. Ünsal, Ergin, “Sendikalar Yeni TCK’nin Korumasında”, 01.06.2005 günlü Cumhuriyet Gazetesi.
  48. Üzülmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı:5, s.93-113.
  49. Yarsuvat, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku – Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar – Kanun Dışı Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul 1978.
  50. Yarsuvat, Duygun, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, Yıl:2, Sayı:7, s.141-143.



# BAŞBAKANLIĞIN KAMU PERSONEL İŞLEMLERİNE İLİŞKİN SON GENELGELERİNİN HUKUKİ TAHLİLİ

**Çınar Can EVREN\***

## **ÖZET**

*Genelge, idarenin takdir ve düzenleme yetkisine istinaden yaptığı düzenleyici işlemlerin bir çeşididir. İnceleme konusu Genelgeler Başbakanlığa, kamu personeline yönelik önemli yetkiler tanımaktadır. Bu kapsamda, Genelgelerde yer alan idarelerin yapacakları bir kısım atama ve görevlendirmeler durdurulmuş; bir kısmının yapılması ise Başbakanlıktan izin alma şartına bağlamıştır.*

*Son derece önemli yetkileri Başbakanlığa bahşeden düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olmaması, pek çok hukuk kural ve ilkesine uygun yapılmış olmasına bağlıdır. İncelenen Genelgelerin bu şartları taşımaktan uzak olduğu söylenebilir. Örneğin Genelgelerde muğlak ifadeler yer verilmiştir. Dahası Genelgeler, Anayasanın yasama yetkisinin devredilmezliği, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması ve kamu personel rejiminin kanunla düzenlenmesi gerekliliğine yönelik kural ve ilkelerini ihlal etmektedir.*

***Anahtar Kelimeler:** Genelge, idarenin düzenleyici işlemleri, kamu personelinin hukuki rejimi*

## **LEGAL ANALYSIS OF RECENT CIRCULARS ENACTED BY PRIME MINISTRY ON TRANSACTIONS CONCERNING CIVIL SERVANTS**

### **ABSTRACT**

*Circular is a variety of regulatory administrative acts issued regarding the administration's discretion and authority to regulate. The circulars that examined in this study are including significant Powers given to the Prime Minister regarding the civil servants. By these Circulars, a number of assignments that are to be made by the administrations are ceased, and some of them are conditioned on permission from the Prime Minister.*

*In order to be lawful, it is crucial for these Circulars to be issued in compliance with the law. However, these circulars do not carry those requirements. Beside of this, a vague language is used in these Circulars. Moreover, some constitutional principles and rules such as inalienability of legislative power and the necessity of the existence of a law in order to restrict fundamental rights and freedoms and to regulate the public personnel regime is violated by these Circulars.*

***Keywords:** Circular, administrative regulatory acts, legal regime of public officer*

---

\* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

## **I.Genel Olarak**

31.08.2015 tarih ve 29461 sayılı Resmî Gazete’de Başbakanlığın 2015/9 sayılı Genelgesi yayınlanmıştır<sup>1</sup>. Genelgeyle, Genelge kapsamından istisna tutulan bir kısım atamalar hariç her statüdeki personelin görev ve unvan değişikliği niteliğinde olanlar dahil naklen veya açıktan atamaları ikinci bir talimata kadar durdurulmuş; kamu hizmetlerinde aksamaya meydan vermemek için acil ve zorunlu olarak yapılması gereken atamaların ise Başbakanlıktan izin alınarak yapılabileceği belirtilmiştir. Yine Genelgeyle, Genelgeye tabi idarelerde daire başkanı, eşiti ve üstü boş kadrolara vekalet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler ile üyesi olunan uluslararası kuruluşlar ve anlaşmalar gereği katılımın zorunlu olduğu toplantılar hariç tüm yurtdışı geçici görevlendirmeler de Başbakanlıktan izin alma şartına bağlanmıştır. Akabinde 17.09.2015 tarih ve 10481 sayılı Başbakanlığın diğer bir düzenleyici işlemiyle<sup>2</sup>, Genelge kapsamında yapılacak bir kısım atamalara izin verilmiş ve Genelgeye ilişkin çeşitli açıklamalar yapılmıştır<sup>3</sup>.

2015/9 sayılı Genelgeden sonra 02.12.2015 tarihli Mükerrer Resmi Gazete’de Personel İşlemleriyle İlgili 2015/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayınlanmış ve 2015/9 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır<sup>4</sup>.

2015/13 sayılı Genelgeyle, genel olarak, Genelge kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının, bazı atama ve görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alması; bazı makamları işgal eden kamu görevlilerine ilişkin bilgileri Başbakanlığa göndermesi zorunluluğu getirilmiştir.

17.02.2016 tarih ve 29627 sayılı Resmî Gazete’de ise Milli Güvenliği Tehdit Eden Örgüt ve Yapılarla İrtibatlı Kamu Çalışanları Hakkında 2016/4 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayınlanmıştır<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> 2015/9 sayılı Genelgeye makalenin sonunda yer verilmiştir.

<sup>2</sup> 2015/9 sayılı Genelgenin usulde paralellik ilkesi uyarınca yine bir Genelgeyle değiştirilmesi gerekirken Başbakanlığın 17.09.2015 tarih ve 10481 sayılı düzenleyici işlemi genelge adıyla yayınlanmamıştır.

<sup>3</sup> 17.09.2015 tarih ve 10481 sayılı Başbakanlık işlemine makalenin sonunda yer verilmiştir. 17.09.2015 tarih ve 10481 sayılı düzenleyici işlemle, Genelgeye istinaden, Başbakanlık tarafından kamu hizmetinde aksamaya meydan vermemek için yapılması gereken acil ve zorunlu atamalar belirlenmiş ve metinde yer alan bu atamalara izin verildiği belirtilmiştir. Yine aynı işlemle il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolarda bulunanların başka bir birimde veya yerde 10 iş gününü aşan görevlendirmeleri ile dolu kadroya yapılacak görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alınacağı belirtilmiştir.

<sup>4</sup> 2015/13 sayılı Genelgeye makalenin sonunda yer verilmiştir.

<sup>5</sup> 2016/4 sayılı Genelgeye makalenin sonunda yer verilmiştir.

Son olarak 22.02.2016 tarih ve 29632 sayılı Resmî Gazete’de Başbakanlığın Bazı Genelgelerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında 2016/5 sayılı Genelgesi yayınlanmış ve bu Genelgeyle de 2015/13 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır<sup>6</sup>.

Makalenin konusunu, bahse konu Genelgelerle yapılan düzenlemelerin hukuka uygun olup olmadıklarının tahlili oluşturmaktadır. Bu sayede sonraki tarihlerde yapılacak düzenlemelerde aynı hataların tekrarından kaçınılacağı umulmaktadır.

İnceleme, yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte, yönetimin algısını ortaya koymak açısından özellikle 2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgeler üzerinden yapılmıştır. 2016/4 sayılı Genelgenin incelenmemesinin nedeni, bu Genelgenin mevzuatın öngördüğünden farklı bir düzenleme getirmeyip idarelere sadece ne yapmaları gerektiğini hatırlatmaktan ibaret olmasıdır. Nitekim Genelge incelendiğinde, terör örgütleriyle bağı olan personel hakkında ilgili mevzuatı uyarınca adli ve idari işlemlerin acilen yapılmasının istendiği görülmekte olup, bu istek zaten idarelerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür<sup>7</sup>.

## II. Genelgeler

İdari emirler olarak da ifade edilen<sup>8</sup> genelgeler idarenin adsız düzenleyici işlemlerinin<sup>9</sup> bir türü olup; başbakan, bakan ya da bir üst yöneticinin emrini veya mevzuatın uygulanışına ilişkin görüşünü belirten işlemlerdir<sup>10</sup>.

Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelikte<sup>11</sup> mevzuat taslaklarının hazırlanmasında uyulacak usul ve esaslar düzenlenmiş olup, bahis konusu Genelgelerin bu hükümlere uygun hazırlandığını söylemek güçtür. Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca genelgenin maddeler hâlinde yazılması

<sup>6</sup> 2016/5 sayılı Genelgeye makalenin sonunda yer verilmiştir.

<sup>7</sup> Bu yükümlülük, başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)’nın disiplin hükümleri olmak üzere diğer personel kanunlarında yer alan disiplin hükümleri ve kamu görevlisinin suçlu bildirmeme suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu madde 279 hükmünden doğmaktadır.

<sup>8</sup> Em Ali: Kanunların Ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 25.

<sup>9</sup> Adsız Düzenleyici işlemler hakkında geniş bilgi için bkz. Atay Şanlı Yeliz: Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Baskı, TODAİE, Ankara 2011.

<sup>10</sup> **Kamu Yönetimi Sözlüğü**: Editör, Seriyeye Sezen, 2. Baskı, TODAİE, Yayın No. 342, Ankara 2008, s. 89.

<sup>11</sup> RG, Tarih/No: 17.02.2006 / 26083.

zorunlu değilse de, bunlara atıf yapılırken tereddüde yer verilmemesi için gerekli bölümlendirme yapılmalıdır. Oysa Genelgeler incelendiğinde, 2015/9 ve 2016/4 sayılı Genelgelerin sadece paragraflar halinde verildiği ancak paragraflara veya paragrafların altındaki ifadelere rakam ve harf gibi ayırıcı bir belirteç getirilmediği; 2015/13 sayılı Genelgede de cümlelerin paragraflar halinde verildiği; diğerlerinden farklı olarak rakam ve harfler kullanılarak bentler ve altbentler oluşturulduğu ancak paragrafların numaralandırılmamış olması nedeniyle atıf yapmanın zorlaştığını söylemek mümkündür<sup>12</sup>.

#### **A. 2015/13 Sayılı Genelgenin Hukuki Dayanağı Olarak Plan ve Programlar**

2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgelerle, çok sayıda idareye yapacakları çok sayıda atama ve görevlendirmede, 657 sayılı DMK gibi personel kanunlarında bulunmayan Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmiştir. Böyle bir şartın Genelgeyle getirilmesi başlı başına bir tartışma konusu olmakla birlikte<sup>13</sup> Genelgelerde Başbakanlığa tanınan bu yetkinin dayanağı da gösterilmemiştir. Bu noktada 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun madde 4’de yer alan hükmün<sup>14</sup> Genelgelere dayanak oluşturacağı ileri sürülebilirse de, bu hüküm sadece başbakanlık ve bakanlıklara yöneliktir. Oysa Genelgelerin kapsamı incelendiğinde sadece bakanlıkların değil kamu kurumlarının da kapsamda olduğu görülmektedir.

2015/9 sayılı Genelgede, Başbakanlığın yetkilerini hangi kanundan aldığı belirsizdir. 2015/13 sayılı Genelgede ise hukuki dayanak kabul edilemeyecek metinlere atıf yapıldığı görülmektedir. 2015/13 sayılı Genelgede “*Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda*” ifadesi yer almakta olup Genelgenin kalkınma planlarını ve programları dayanak aldığı söylenebilir.

Planlama hükümetin amaçlarına ulaşmak için izleyeceği siyaseti ve bu siyasete istinaden kullanacağı araç ve gereçleri belirlemesidir<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Bu zorluk nedeniyle makalede, Genelgelerin ilgili cümleleri metne aktararak, Genelge paragraflarına atıf yapılmadan inceleme yapılmıştır.

<sup>13</sup> Aşağıda bu konu ayrıca incelenecektir.

<sup>14</sup> “*Başbakan, Bakanlar Kurulunun Başkanı, bakanlıkların ve Başbakanlık Teşkilatının en üst amiridir.*”

<sup>15</sup> Aktan Tahir: Kamu İdaresi, Genişletilmiş 2. Basım, 1989, s. 51. Planlama faaliyetleri kalkınma planlarından, imar hukuku kapsamındaki planlara değin geniş sayılabilecek bir alana ilişkindir. Şanlı Denizer: “*Planlama Yetkisinin Analizi*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, s. 52.

Planlama araçlarının en önemlilerinden biri olan kalkınma planları, ülkenin sosyo-ekonomik kalkınmasını amaçlayan siyasi belgelerdir<sup>16</sup>. Kalkınma planı veya plan denince akla beş yıllık kalkınma planları gelir<sup>17</sup>.

Genelgede yer alan “program” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise belirsizdir. Uygulamada orta vadeli program, yıllık program, öncelikli dönüşüm programı, kamu yatırım programı, katılım öncesi ekonomik program gibi program adı altında pek çok düzenleme bulunmaktadır<sup>18</sup>. 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de; orta vadeli programa, kamu yatırım programına, bölgesel programlara, hükümet programlarına ve yıllık programlara yer verilmektedir. Bu noktada programdan, yıllık programın mı; orta vadeli programın mı, katılım öncesi ulusal ekonomik reform programının mı, yatırım programının mı veya bunların tamamının mı kastedildiği anlaşılammaktadır. Hal böyle olmakla birlikte programdan kastedilenin yıllık programlar<sup>19</sup> ve hükümet programları olduğu söylenebilir. Nitekim 641 sayılı KHK’da genellikle kalkınma planları ve yıllık programlardan bahsedilmektedir<sup>20</sup>. Programa hükümet programlarının da dâhil edilmesinin sebebi ise, hükümet programının, Bakanlar Kurulunun ulusal ve uluslararası konulara yaklaşımını ana çizgileriyle anlatan ve uygulamayı hedeflediği temel siyasaları içeren belgeler olmasıdır<sup>21</sup>.

Kalkınma planlarıyla hükümet programları birbirinden ayrı düşünülemez. Kalkınma planlarının iktidarda bulunan ve planı hazırlayan siyasi partinin programından etkilenmesi plan ile program arasındaki paralelliği kuvvetlendirir<sup>22</sup>. Ancak bunlar tamamen aynı şeyler de değildir.

<sup>16</sup> Kerman Uysal – Altan Yakup – Aktel Mehmet: “Dönüşen Devlette Yerelleşme Politikaları: Kalkınma Planları Üzerinde Bir Analiz” AİD, Y. 2008, C. 41, S. 3, s. 146.

<sup>17</sup> Tan Turgut: Planlamanın Hukuki Düzeni, TODAİE Yay. No. 154, Ankara 1976, s. 97. Ancak kalkınma planlarının yanında eylem planları ve diğer planlar da bulunur. <http://www.kalkinma.gov.tr/Pages/EylemVeDiğerPlanlar.aspx> , ET. 21.01.2016.

<sup>18</sup> <http://www.kalkinma.gov.tr/Pages/index.aspx> , ET. 21.01.2016.

<sup>19</sup> Yıllık programların kalkınma planının en önemli uygulama aracı olduğu ancak bunların da hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu ifade edilmektedir. Şanlı: s. 51.

<sup>20</sup> Madde 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 22. Ancak 641 sayılı KHK’nın kendi içinde tutarlı olduğunu söylemek güçtür. Örneğin KHK madde 9, 10 ve 26’da “*plan ve programların uygulanması*”ndan; 13’de “*kalkınma planı ve programlar*”dan; 28’de “*plan ve yıllık programlar*”dan bahsedildiği görülmektedir. KHK kapsamında planın kalkınma planından; programın yıllık programdan farklı olup olmadığı, farklıysa bu farkın ne olduğu en azından işin uzmanı olmayan kişilerce anlaşılabilir şekilde kaleme alınmamıştır.

<sup>21</sup> Kamu Yönetimi Sözlüğü: s. 100.

<sup>22</sup> Tan: s. 97.

Plan, hükümet programına nazaran daha kapsamlı, ayrıntılı, ciddi hesap ve rakamlara dayanan öneri ve hedefleri içerir. Ayrıca hükümet işbaşında kaldığı süre içinde yapmayı tasarladıklarını hükümet programı ile meclise sunarken, kalkınma planları uzun dönemli hedef ve stratejilere göre hazırlanır<sup>23</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, hükümet programı yanında programdan diğer anlaşılması gereken yıllık programlar olup kalkınma planı ile yıllık programlar planlamanın iki temel aracıdır<sup>24</sup>.

2015/13 sayılı Genelgede dayanak olarak plan ve programlara yer verildiğinden bu belgelerin hukuki niteliğinin ne olduğunun tespiti gerekir.

### **B. Plan ve Programların Hukuki Niteliği**

İdarenin düzenleme yetkisi tali bir yetki olduğundan öncesinde kanuni dayanak gerekir<sup>25</sup>. 2015/13 sayılı Genelgede herhangi bir kanun hükmü değil sadece “*Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler*” dayanak alınmış olup bu dayanağın idarelere düzenleyici işlem tesis etme yetkisi bahşedip etmeyeceği belirlenmelidir.

Plan veya programlar; mevcut durumun eleştirel bir tahlilini yapan, gelecekteki gelişmeleri tahmin eden, ulaşılmak istenen hedefleri saptayan, hedefe ulaşmak için gerekli araçları belirleyen, amaca ulaşmak için yapılan çalışmalarını kontrole imkân veren mekanizmalar getiren belgeler şeklinde tanımlanmaktadır<sup>26</sup>.

Plan ve programların normatif düzenlemeler ve bağlayıcı olup olmadıkları, özellikle planlara istinaden tartışma konusu olmuştur. Bu noktada Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin kararları olduğu gibi mevzuatta da farklı farklı yorum yapmaya elverişli ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

Mevzuat incelendiğinde; örneğin 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 9’da “*Yönetim Kurulu’nun görevleri ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir. 1. Kanun, tüzük, yönetmelik, kalkınma planı ve yıllık programlar çerçevesinde teşebbüsün gelişmesini sağlayacak kararları almak,*” şeklinde bir hüküm yer almakta olup kalkınma

<sup>23</sup> **Tan:** s. 98.

<sup>24</sup> **Tan:** s. 30.

<sup>25</sup> Anayasa madde 8: “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” ; Anayasa madde 123: “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*”

<sup>26</sup> **Gournay** Bernard: Yönetim Bilimine Giriş, TODAİE Yay No. 122, Çev. İhsan Kuntbay, Ankara 1971, s. 83.



planı ve yıllık programların adsız düzenleyici işlemlerle eşit konumunda kabul edildiği söylenebilir. 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun madde 8’de Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne, “Bakanlıklarca hazırlanan kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve Bakanlar Kurulu kararlarına ait tasarıları; Anayasaya, kanunlara, genel hukuk kurallarına, kalkınma plan ve programları ile Hükümet Programına uygunluğu açısından incelemek; Bakanlar Kurulunda görüşülecek duruma getirmek” görevi verilmiş olup bu düzenleme ile kanunların hazırlanırken kalkınma plan ve programları<sup>27</sup> ile hükümet programına uygunluk açısından denetleneceği ifade edilmiştir. Yine 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması Ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun madde 3 uyarınca “Türkiye Büyük Millet Meclisi Komisyonları kendilerine havale edilen kanun tasarısı ve teklifleri ile bu tasarı ve teklifler üzerinde verilen değişiklik önermelerini, Kalkınma Planına uygunluk bakımından da incele(yecek) ve uygun bulmadıkları takdirde, reddede”cek olup bu düzenleme kalkınma planlarına kanun üstü bir güç vermektedir.

Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında, “Beş yıllık plan bir takım kurallar koymakta ve bu kurallar birtakım ödevlerin yerine getirilmesini gerekli kılmaktadır. Ancak bu kuralların özel kesim bakımından henüz bağlayıcı bir niteliği söz konusu olamayacağından, bunların uygulanması yürürlükte bulunan yasaların birtakım kurallarının değiştirilmesi gereğini de ortaya koyabilir. Plan, Yasama Meclislerinden geçmekle birlikte kanun niteliğinde bulunmadığı için herhangi bir kimseye doğrudan doğruya ödev yükleyemez ve yürürlükte bulunan kanunları değiştirici bir etkiden yoksundur; özellikle özendirici tedbirlerden olarak özel kişi veya kuruluşlara ödünç verilecek paraların gerçekten plan ve program amaçlarına uygun yönlerde kullanılmış olup olmadığının denetlenmesi yolunda özel kişileri bağlayıcı kurallar koyamaz. Planın Meclislerce görüşülüp kabul edilmesine ilişkin kurallardan, bu yön açıkça anlaşılmaktadır” ifadelerine yer vermekte ve planın kendi başına uygulanabilecek bir yasa kuralı niteliğinde bulunmadığını vurgulamaktadır<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Plan, program kelimelerinin kullanılışındaki özensizlik burada da kendisini göstermektedir. Şöyle ki maddenin yazımından kalkınma planının yanında bir de kalkınma programı varmış izlenimi doğmaktadır.

<sup>28</sup> AyM: 25/10/1969, E. 1967/41, K. 1969/57.

Danıştay'a göre<sup>29</sup> “Kalkınma planlarında tespit edilen hedeflerin, ilgili alanı düzenleyen mevzuatı oluşturan ilkelerle çelişmemesi gerekir.” Danıştay bir başka kararında da kalkınma planlarında yer alan ifadelerin “öngörü” olduğunu belirtmiştir<sup>30</sup>. Bu öngörüler de, idari işlemle düzenleme yapılmasına dayanak oluşturmaz<sup>31</sup>. Ancak Mahkeme daha eski tarihli bir kararında, bir yönetmelik değişikliğini iptal ederken hukuka aykırılık gerekçeleri arasına, kalkınma planında yer alan hedeflere uygun olmamayı da dahil etmiştir<sup>32</sup>.

Doktrinde kalkınma planlarının kamu kesimi için emredici ve yol gösterici olduğu; özel sektör için özendirici olduğu belirtilmektedir<sup>33</sup>.

Kalkınma planlarının bağlayıcı olduğunu savunanlar buna gerekçe olarak planların meclisin onayına sunulmasını, dayanağını Anayasadan almasını göstermektedir<sup>34</sup>. 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması Ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun madde 1 uyarınca “Kalkınma Planları Devlet Planlama Teşkilatı tarafından kendi Kuruluş ve Görevleri hakkındaki mevzuata göre hazırlanarak Bakanlar Kurulunca kabul edilip, Bakanlar Kurulu üyelerince imzalandıktan sonra, **Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanmak üzere** Başbakanlık tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulur.” Kalkınma planları kanun veya parlamento

<sup>29</sup> D8D: 12.01.2010, E. 2010/8626, **kazancı, ET.** 10.02.2016.

<sup>30</sup> D8D: 7.2.2006, E. 2005/6384, K. 205/6384, **kazancı, ET.** 10.02.2016.

<sup>31</sup> D8D: 17.7.2003, E. 2003/2504 (YD kararı), **kazancı, ET.** 10.02.2016.

<sup>32</sup> D10D: 30.6.1993, E. 1991/4431, K. 1993/2779, **kazancı, ET.** 10.02.2016.

<sup>33</sup> **Aktan:** s. 57; **Karaer Tacettin:** “Kalkınma Planları Ve İdari Reform”, AİD, Y. 1991, C. 24, S. 2, s. 63. Tan'a göre “Anayasa kalkınma planını ekonomik ve sosyal hayatın düzenlenmesinde esas alınacak temel ilkeleri koyan bir belge olarak görmektedir. Yani ekonomik ve sosyal alanda yapılacak düzenlemeler büyük ölçüde kalkınma planından kaynak alacaklardır. Söz konusu düzenlemeler idari işlemlerle yapılacağı gibi kanunla da yapılabilecektir. Dolayısıyla, kanunla yapılacak düzenlemelerde bile esas alınacak kaynağın en azından kanun nitelik ve kuvvetinde olması akla gelir.” **Tan:** s. 100.

<sup>34</sup> Anayasa madde 166: “Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir. Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir. Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/23 md.) Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.”

kararıyla onaylanabilir. Ancak kalkınma planının kanunla onaylanması, planın kanun haline geldiği anlamına gelmez<sup>35</sup>. Planın kabulünde meclisin onaylama yetkisine sahip olması, hükümetin sosyo-ekonomik politikaları belirleyen metninden meclisi haberdar etmek amaçlıdır. Meclis ise siyasi alanda kanun veya parlamento kararı olmak üzere iki tür işlem tesis edebileceğinden bu onamayı da yine bu araçlardan biri ile yapar. 3067 sayılı Kanun'da kalkınma planlarının kanunla onaylanacağına dair açık bir hüküm bulunmadığı gibi uygulamada da Meclis kalkınma planlarını kanunla onaylamamaktadır<sup>36</sup>.

Planlama işlemlerinin hukuki niteliği konusunda belirsizlik mevcut olup, bu belirsizlik planlama işlemlerinin yargısal denetime konu olup olamayacağı veya diğer düzenleyici işlemlerin denetiminde referans norm olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorularını gündeme getirmektedir<sup>37</sup>. Planların gerekli kesinlikten uzak ve kanun yapım tekniğine aykırı (birbirini izleyen maddeler halinde yazılmadıkları için) olmaları ve emir içermemeleri nedeniyle kanunlar gibi uyulması zorunlu normlar olarak değerlendirilemeyecekleri söylenebilir<sup>38</sup>. Yani planların normatifliğinden ziyade planlarda yer alan hedeflerin yerine getirilmesi için gerek yasama ve gerekse yürütmenin çıkaracağı kanun ve düzenleyici işlemlerin normatifliğinden söz edilebilir. Plan ve programlar bu yasama ve yürütme işlemlerine yol gösterici nitelikte siyasi belgeler olarak değerlendirilebilir.

Kalkınma planı ve hükümet programının kamu görevlilerine ilişkin kısımları incelendiğinde adı geçen belgelerin normatif olmadığı görülmektedir. Örneğin 01.07.2006 tarih ve 26215 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007 – 2013) yayınlanmış olup Planın “*Kamu Kesiminde İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi*” başlıklı 51. sayfasında şu ifadeler yer alır: “*Kamu personelinin yetkin bir seviyeye ulaştırılması için kamu kurum ve kuruluşlarında etkili bir insan kaynakları planlaması yapılamamaktadır. Kamu personelinin yeterli hizmet içi eğitime*

<sup>35</sup> **Tan:** s. 69.

<sup>36</sup> Örneğin Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), 30.10.1984 tarihli ve 3067 sayılı Kanun gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 01.07.2013 tarihli 127'nci Birleşiminde onaylanmıştır (Karar No. 1041 Karar Tarihi: 02.07.2013).

<sup>37</sup> **Tan** Turgut: “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, AİD, Y. 1975, C. 8, S. 2, s. 35, (ekonomik idari kararlar).

<sup>38</sup> Bununla birlikte bazı yazarlar planların içeriği konusunda bir ayrıma gitmekte ve bazı ifadelerin normatif güce sahip olduğunu belirtmektedir. Konu hakkındaki görüşler için bkz. **Tan:** s. 128 vd. Bu görüş sahiplerinden biri olan Onar'a göre kalkınma planlarının salt bir tavsiyeden ibaret olduğu söylenemez. **Onar** Siddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 742 vd, (Cilt II).

*tabi tutulmaması, kamu çalışanlarının işlerini verimli bir şekilde yürütecek bilgi ve beceriye kavuşmasını engellemektedir. Kamu kesiminde görevde yükselme konusunun mevzuatta açık ve yeterli şekilde tanımlanmamış olması, etkili bir ödüllendirme sisteminin bulunmaması ve ücret dengesizliği kamu çalışanlarının kendilerini geliştirmesini olumsuz yönde etkilemektedir. Kamu personelinin kurum ve kuruluşlar arasında dengesiz dağılımı ve personel yetersizliği sorunları göze çarpmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarında norm kadro uygulamasına tam olarak geçilmemiş olması kamu hizmetlerinin gerektirdiği personel sayısının ve personelde aranacak niteliklerin bilinmemesine yol açmaktadır<sup>39</sup>. Söz konusu sorunlara çözüm getirmek amacıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yerini almak üzere yeni bir kanun çıkarılması yönünde Yapılan çalışma sürdürülmektedir<sup>40</sup>.”*

*Benzer şekilde Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)’ nda da<sup>41</sup> “... kamuda istihdam türleri arasındaki farklılıkların giderilmesi, liyakata dayalı ve objektif işe alma ve terfi sisteminin oluşturulması, kısmi zamanlı çalışma imkânlarının geliştirilmesi, performans değerlendirme sisteminin oluşturulması, kurumlar arası ve kurumların merkez-taşra örgütleri arasında personel dağılımının dengeli hale getirilmesi, kamu çalışanlarının kariyer planlaması ve hizmet içi eğitim faaliyetlerine erişiminin artırılarak niteliğinin yükseltilmesi ihtiyacı devam etmektedir<sup>42</sup>. Kamu sektöründe, işe alımdan emekliliğe kadar bütün süreçlerde hizmet kalitesi ve personel verimliliğinin yükseltilmesi temel amaçtır. Hizmet içi eğitim uygulamalarının yaygınlaştırılması suretiyle kamu personelinin bilgi ve beceri düzeyinin artırılması, kamu insan kaynakları süreçlerinde liyakatin temel alınması, uygun kurumlardan başlanarak esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaştırılması ve işlevsel bir performans değerlendirme sisteminin geliştirilmesi hedeflenmektedir. Kamu sektöründe hizmet kalitesi ve personel verimliliğini yükseltecek bir insan kaynağı yönetim modeli oluşturulacaktır. Kamu sektöründe işe alım ve terfi süreci liyakat, şeffaflık, nesnellik, kurallılık temelinde iyileştirilecek, çalışanların niteliklerine uygun kariyer planlaması yapılacaktır. Kariyer mesleklerde nitelikli insan*

<sup>39</sup> Görüldüğü üzere ilk beş cümle mevcut durumu tespit etmektedir.

<sup>40</sup> Bu cümle ise yapılacakları anlatmaktadır.

<sup>41</sup> 2015/13 sayılı Genelgede, Onuncu Kalkınma Planında yer alan ifadelerle benzer ifadelerle yer verilmiştir: “Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu personelinin; hizmet kalitesini ve verimliliğini yükseltmek, merkez-taşra, kurum ve kuruluşlar ile bölgeler arasında dengeli dağılımını sağlamak, yönetim kadroları hakkında gerekli veri tabanı oluşturmak üzere aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.”

<sup>42</sup> Yine görüldüğü üzere cümle mevcut durumu tespit etmekten ibarettir.

*gücü istihdamı teşvik edilecektir. Kamu personelinin verimliliğinin artırılması amacıyla etkin bir performans sistemi oluşturulacak ve hizmet, personel, ücret ilişkisi daha sağlıklı hale getirilecektir. Kamu personel sisteminde uygun iş ve kuruluşlardan başlanarak esnek çalışma modeli geliştirilecektir. Kamu personelinin sayı, nitelik gibi temel özelliklerini içeren dijital veri tabanı oluşturulacaktır. Hizmet içi eğitim uygulaması, akredite edilmiş program ve kuruluşlar aracılığıyla kamu çalışanlarının mesleki ve temel becerilerini artıran, uzaktan eğitim sistemleri de kullanılmak suretiyle kolayca erişilebilen bir yapıya dönüştürülecektir. Düşük gelirli bölgelerde, çalışmayı özendirerek yasal düzenlemeler yapılacak ve özellikle nitelikli ve tecrübeli kamu personelinin merkez-taşra, kurum ve kuruluşlar ile bölgeler arasındaki dengesiz dağılımı giderilecektir<sup>43</sup>” ifadeleri yer almaktadır<sup>44</sup>.*

Konuya ilişkin olarak Yıllık Program incelendiğinde, 2016 Yılı Programının 172 ve devamı sayfalarında kamu personeline ilişkin olarak tespitlere, hedeflere ve yapılması planlanan işlere yer verildiği görülmektedir<sup>45</sup>. 64. Hükümet Programı incelendiğindeyse Programın 34. sayfasında “Devlet personel rejimimizi etkinleştirecek, kamuda insan gücü planlaması yapacağız. Nispeten geri kalmış yörelerimizde yeterli ve nitelikli personel istihdamına yönelik tedbirler geliştireceğiz” ifadelerine yer verilmiştir<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere kalkınma planlarının ve programların kamu personeline ilişkin kısımlarında ve genelinde, emir ve yaptırım içeren hükümler bulunmamakta; sadece mevcut durum tespit edilmekte, hedefler belirlenmekte ve bu hedeflere ulaşmak için yapılması planlananlar anlatılmaktadır. Bu belirleme karşısında, kalkınma planı ve programların hukuki etkiye sahip olmayan belgeler olarak kabulü gerektiği ve bu belgeler dayanak alınarak düzenleyici işlem tesis edilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira idare düzenleyici işlem tesis etmeden önce ona bu yetkiyi veren ve aynı zamanda bu yetkinin sınırlarını da çizen bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyar<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Bu cümleler ise hedefleri ve bu hedefleri gerçekleştirmek için yapılması planlananları anlatmaktadır.

<sup>44</sup> 10. Kalkınma Planı, s. 52 vd, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkinma%20Planlar/Attachments/12/Onuncu%20Kalk%C4%B1nma%20Plan%C4%B1.pdf>, ET. 01.12.2016.

<sup>45</sup> [http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Yayinlar/Attachments/680/2016\\_Program%C4%B1.pdf](http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Yayinlar/Attachments/680/2016_Program%C4%B1.pdf), ET. 01.12.2016.

<sup>46</sup> [http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/KurumsalHaberler/64.hukumet\\_programi.pdf](http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/KurumsalHaberler/64.hukumet_programi.pdf), ET. 01.12.2016.

<sup>47</sup> Nitekim kalkınma planlarının belirli bir güçte olduğunu savunan müellifler bile onama işlemi bir kanunla yapılmayan kalkınma planının, yürütme organının düzenleme yetkisinin hukuki

### III. Anayasa Hükümleri Karşısında Personel Hukukunun Genelgelerle Düzenlenip Düzenlenemeyeceği Sorunu:

2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgeler, kamu görevlilerine ilişkin olarak, personel kanunlarında yer almayan düzenlemeler getirmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” Yine Anayasa'nın 70. maddesinde de “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*” hükmü yer alır. Anayasanın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı, temel hak ve hürriyetlerden olup Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla sınırlandırılabilir.

2015/13 sayılı Genelgede “*657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 92'nci maddesine göre yapacağı atamalarda*”<sup>48</sup> Başbakanlıktan izin alınacağı belirtilmiş olup kamu hizmetine girme hakkıyla alakalı bir konuda Genelgenin ek şartlar getirdiği görülmekte olup bu düzenleme hukuka aykırıdır. Ayrıca Anayasanın 128. maddesi hükmüne<sup>49</sup> rağmen naklen atamalarda Kanunda bulunmayan izin şartının Genelgeyle getirilmesi de yine hukuka aykırıdır. Nitekim Danıştay'a göre Anayasanın 128. maddesi hükmü uyarınca atamalarda

dayanağı olarak gösterilmeyeceğini ifade etmektedir. **Tan:** s. 148.

<sup>48</sup> **Memurluktan çekilenlerin yeniden atanmaları: Madde 92** – “(Değişik: 12/5/1982 - 2670/27 md.) İki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleriyle çekilenlerden veya bu Kanun hükümlerine göre çekilmiş sayılanlardan tekrar memurluğa dönmek isteyenler, ayrıldıkları sınıfta boş kadro bulunmak ve bu sınıfın niteliklerini taşımak şartıyla ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine veya 71 inci madde hükümlerine uyulmak suretiyle diğer bir sınıfta eşit derecedeki kadrolara atanabilirler. (Mülga ikinci fıkra: 29/11/1984 - KHK 243/56 md.) 657 sayılı Kanuna tabi olmayan personelden kendi istekleri ile görevinden çekilmiş olanlar, boş kadro bulunmak ve gireceği sınıfın niteliklerini taşımak kaydı ile bu Kanuna tabi kurumlardaki memuriyetlere atanabilirler. Yasama görevinde veya bakan olarak geçirilen her yıl bir kademe ilerlemesi ve her iki yıl bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir.”

<sup>49</sup> Anayasanın 128. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup bu düzenleme kamu görevlilerine yönelik getirilmiş bir güvencedir. Dahası maddenin yazımından ve “*diğer özlük işleri*” şeklindeki ifadede Anayasa koyucunun kanunilik ilkesine istisna oluşturacak neredeyse hiçbir alan bırakmadığı da görülmektedir. **Akbulut** Emre: Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 143 vd. Memur statüsünün yasalarla düzenlenmesinin nedeni; memurlara güvence sağlamak ve bu görevlilerin siyasi amaçlarla kullanılmalarının önüne geçer **Tutum** Cahit: Türkiye'de Memur Güvenliği, TODİAE Yay. No. 132, Ankara 1972, s. 14; **Serim** Bülent: “Yönetimin Kamu Görevlileriyle İlgili Düzenleme Yetkisi”, Danıştay Dergisi, Y. 1989, S. 72-73, s. 27.

kanuni dayanak gerekir<sup>50</sup> ve genelge ile kamu görevlilerinin atanma usulleri konusunda yeni bir yöntem getirilemez<sup>51</sup>. Ayrıca Danıştay'a göre kanunda öngörülmeleyen bir sınırlamanın genelgeyle getirilmesi de mümkün değildir<sup>52</sup>.

Yasal dayanağı olmadan ve sınırları da yine kanunla çizilmeden idarenin düzenleyici işlem tesis etme yetkisine sahip olmayacağı belirlendikten sonra, konu hakkında bir kısım sorunun da cevaplandırılması gerekir.

İlk olarak kamu personeline ait konuların tamamı kanunda mı düzenlenmelidir; yoksa “genel esaslar” kanunda düzenlendikten sonra, teknik ve teferruata ilişkin konular tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere konu olabilir mi<sup>53</sup>? Duran bu soruya, kamu tüzelkişiliğinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulabileceği kuralından yola çıkarak cevap vermektedir. Duran'a göre “(1961) Anayasasının 112. maddesinin 3. fıkrası<sup>54</sup> ile derpiş edilen “délégation”un şümul sahası, kamu tüzelkişiliğini kurmaktan ibaret olmayıp “kanunla düzenleme” mefhumu, bir konunun en ince ayırım ve en ufak cüz'ülerine kadar behemehal teşriî tasarruflarda yer almasını istilzam etmez<sup>55</sup>”. Bahse konu Anayasa hükmü, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine istisna getirmiş olmakla birlikte bu istisna tüzelkişiliğin kurulmasından ibaret değildir. Zira kanunun açık iznine

<sup>50</sup> D5D: 22.11.2001, E. 1998/1661, K. 2001/4441, **kazancı, ET.** 13.01.2016.

<sup>51</sup> D5D: 05.03.2004, E. 2000/1616, K. 2004/878, **kazancı, ET.** 13.01.2016.

<sup>52</sup> D5D: 13.02.1991, E. 1989/918, K. 1990/1932, **kazancı, ET.** 13.01.2016. Ancak Danıştay'ın konu hakkında aksi yönde kararları da mevcuttur: “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, memuriyete girişte aranacak yaş koşulu olarak, sadece “”genel olarak alt sınır”” belirlenmiş olup, idarelerin, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin özelliklerini dikkate alarak yaş konusunda üst sınır belirlemeleri olanaklı olduğundan ve Yasada bu konuda aksine bir hükme de yer verilmediğinden, anılan Genelge hükmü ile Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okul ve kurumlarda rehberlik ve işbaşında yetiştirme, teftiş ve değerlendirme, inceleme ve soruşturma hizmetlerini yürütmek üzere sınavla yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmünün tekrarı niteliğinde İlköğretim Müfettişliği Yardımcılığı görevine atanacaklar için yaş sınırı yönünden “”1.1.2000 tarihinde 40 yaşını doldurmamış olmak”” şartının getirilmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.” D5D: 23.02.2004, E. 2000/3522, K. 2004/576, ayrıca bkz. DİDDK: 20.10.2005, E. 2003/1145, K. 2005/2539, **kazancı, ET.** 18.01.2016.

<sup>53</sup> Duran Lütfi: “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî Ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, İÜHF, Y. 1964, C. XXX, S. 3-4, s. 466. Güneş birinci sorunun ikinci soru için bir ön sorun teşkil ettiğini zira ancak birinci soruya olumlu yanıt verildikten sonra bu düzenlemenin sınırlarının ne olacağı sorusunun cevaplanabileceğini belirtmektedir. Güneş Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, No:191 - 173, Ankara 1965, s. 100.

<sup>54</sup> “Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kuru- lur.” Bu hüküm 1982 Anayasasının 123. maddesinde aynen korunmuştur.

<sup>55</sup> Duran: s. 471.

dayanan bir idari tasarrufla kamu tüzelkişiliği kurulması; ancak bu teşkilatın görev, yetki ve personeline ilişkin bütün hükümlerin kanuna bırakılması Duran'ın ifadeleriyle “Anayasanın yürütme organına sadece hükmi şahsiyet izafesi, yani tüzelkişilik yaratma selâhiyeti tanıdığını ve bundan çok daha az önemli olan yapıcı unsurları kurmak yetkisini esirgediğini ve bilâhare yapılacak bu işleri yasama fonksiyonu içinde muhafaza ve TBMM'ne hasr eylediğini tazammun eder ki, mantıkan ve hukuken kabule şayan bir hal sureti değildir<sup>56</sup>”.

İdarenin düzenleme yetkisi sadece Anayasa'da “kanunla düzenlenir” şeklinde belirtilen konularda değil “ancak kanunla sınırlanır” şeklinde yer alan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda da geçerlidir. 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasının yürütmeyi sadece bir görev değil aynı zamanda yetki olarak görmesi; Anayasanın 115<sup>57</sup> ve 124<sup>58</sup>. maddelerinde yer alan hükümler uyarınca kanunların emrettiği işleri belirtmek veya uygulanmasını göstermek için idarenin düzenleyici işlem tesis etmesi gereği ve Danıştay'ın öteden beri kanuna aykırı olmayan, kanunun kapsamını genişletmeyen düzenleyici işlemleri hukuka aykırı bulmaması, “kanunla düzenleneceği” veya “kanunla sınırlanacağı” belirtilen konuların<sup>59</sup> temel (genel) esaslarının kanunla düzenlendikten sonra detay ve teknik hükümlerin düzenleyici işlemlere konu edilmesine imkan vermektedir. Bu durum işin doğası gereği de mevcut bir zorunluluktur. Zira kanunların bütün olasılıkları öngörüp düzenlemesi mümkün olmadığı gibi idare düzenleyici işlemiyle kanunu daha somut hale getirir, kanun maddelerine farklı anlamlar yüklenmesinin ve bu yolla ilgililere farklı işlemler tesis edilmesinin önüne geçer.

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru da kanunda yer alması gereken “genel esaslar”ın ne olduğudur. Duran'a göre bu noktada bir ayırım yapılmalıdır: “Temel haklar ve ödevler konusunda kanunların koyacağı genel esasların genişliği ve sınırları ile yürütme ve idare alanında kanunlarla

<sup>56</sup> Duran: s. 471 vd.

<sup>57</sup> “Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.”

<sup>58</sup> “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

<sup>59</sup> Esasen düzenlemeyle sınırlama da net bir şekilde ayrılamayacak olup her düzenleme içinde sınırlama ihtiva edebilir.



tâyin ve tesbit edilecek genel esasların hudut ve şümulü, aynı ölçülere göre olmayacaktır. Birinci halde, “genel esaslar”, ikinci sahadakilere nisbetle, çok daha etraflı ve vâzih olmak gerektiği gibi; şahsî hürriyet, fikir ve ifade hürriyeti, mesken dokunulmazlığı gibi bazı önemli haklar ancak ve münhasıran kanunla düzenlenmeyi zorunlu kılar ve tanzimî tasarruflar bu konulara pek dokunamaz<sup>60</sup>”. Yazar bu açıklamalarında içerik konusuna değinmemiş sadece iki konu hakkında farklı farklı düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Dahası Yazarın bu ifadelerinden net bir görüş ortaya koymadığı da söylenebilir. Zira Duran, “şahsî hürriyet, fikir ve ifade hürriyeti, mesken dokunulmazlığı gibi bazı önemli haklar **ancak ve münhasıran** kanunla düzenlenmeyi zorunlu kılar” dedikten sonra “tanzimî tasarruflar bu konulara **pek dokunamaz**” demektedir. Oysa bir husus ancak ve münhasıran kanunla düzenlenecekse idari işlemlere pek değil hiç konu olmaz<sup>61</sup>.

Genel esaslar<sup>62</sup>, ne olduğu belirlenmesi güç bir kavram olup bu noktada Anayasanın ilgili hükümlerinin lafzı ve amacını esas alarak bir tespit yapmak gerekir. Örneğin kamu personel hukuku için; kamu hizmetine girmek temel haklardanır (mad. 70). Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Yine bu sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (madde 13). Ayrıca kamu görevlileri Anayasa madde 128 hükmü uyarınca çeşitli güvencelere de bağlı kılındıklarından tüm bu hususların göz önünde bulundurulması gerekir.

İdarenin yaptığı düzenlemenin hukuka uygun olup olmadığını ise şüphesiz ki mahkemeler değerlendirecektir<sup>63</sup>. Örneğin Anayasa Mahkemesine göre “Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul’un çıkartacağı yönetmeliğe bırakılması” Anayasa’nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> “Memurların Statüsü, Anayasadaki unsurları ve teminatı muhtevi genel bir kanunla veya özel kanunlarla düzenlenmek, tâli noktaları ile teferruatı tüzüklere ve ilgili kuruluşların yönetmeliklerine terkedilmek kabil ve muvafıktır.” Duran: s. 472 vd.

<sup>61</sup> Güneş: s. 105 vd.

<sup>62</sup> Güneş’e göre genel esaslar veya temel olan ve olmayan esaslar şeklinde bir ayrımı hukuki bir kritere bağlamak mümkün değildir. Güneş: s. 134.

<sup>63</sup> Güneş: s. 125.

<sup>64</sup> AyM: 12.06.2008, E. 2004/55, K. 2008/118.

Yine Anayasa Mahkemesine göre<sup>65</sup> “Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ve yasallığı ilkesi kabul edilmektedir. İdarenin yasallığı ilkesinin bir sonucu olarak Anayasa’nın 128. maddesinde de “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler; memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 7. maddesindeki “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez” kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. İtiraz konusu Yasa’nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinde ise, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yasayla düzenlenmesi zorunlu olan ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetiştirme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi yönetmelikle bırakılmaktadır. Anayasa’nın 7. maddesi gereğince yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.”

Konu hakkında cevaplandırılacak son soru ise bu düzenlemelerin ne tür bir işlemle yapılması gerektiğidir. Duran’a göre idare kanunlardan kuvvet alarak idare alanını düzenlerken kaideleri, ancak tüzük veya yönetmelikle koyabilir<sup>66</sup>.

Anayasanın 124. maddesi uyarınca başbakanlık, kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir. Yönetmeliklerin usul şartları ihtiva etmediği için idarenin adsız düzenleyici işlemleriyle aynı hukuki güçte olduğu ve bu nedenle bir düzenlemenin yönetmelik ya da genelgeyle yapılması arasında bir fark olmadığı ileri sürülebilirse de bu görüş, Anayasanın, Başbakanlığın yönetmelik çıkarmasını öngören açık hükmü

<sup>65</sup> AyM: 05.03.2009, E. 2008/3, K. 2009/44.

<sup>66</sup> Duran: s. 491.

karşısında kabul edilmemelidir. Kaldı ki Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 10 uyarınca genelge taslaklarından farklı olarak yönetmeliklerde, genel gerekçe bulunması ve taslakların maddeler halinde yazılması zorunludur. Yine 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun madde 1’de de “*kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan*” yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayınlanacağı düzenlenmiştir. Genelgeyle yönetmelik arasında mevcut bu usul farkları ve Anayasanın açık hükmü karşısında Başbakanlığın düzenlemesini yönetmelik şeklinde yapması gerekir. Ayrıca bir işlemin daha fazla usul hükmüne bağlı kalınarak tesis edilmesi, idareyi işlem yaparken daha fazla düşünmeye ve kararını gözden geçirmeye sevk edecektir.

#### IV. Genelgelerin Kapsamı

2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgelerin kapsamına, yine istisnaları Genelgelerde belirtilenler hariç, tüm kamu kurum ve kuruluşları girmektedir. Genelgeler Başbakanlığa atama ve görevlendirmeler konusunda önemli yetkiler tanırken bir ayırım yapmamış, kimi kamu kurumlarını da kapsamına almıştır<sup>67</sup>.

Öncelikle, Genelgelerde yer alan ve mevzuatta da sıkça kullanılan ancak hukuken karşılığı olup olmadığı tartışmalı olan “*kamu kurum ve kuruluşları*” ifadesi üzerinde durmak gerekir.

Kamu tüzelkişileri yürüttükleri faaliyetlere istinaden kamu idareleri ve kamu kurumları olarak ikiye ayrılır<sup>68</sup>. Bunlardan kamu kurumları Devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olup, belirli hizmetleri yerine getirmek için kurulurlar. Kamu idareleri ise Devlet ve mahalli idarelerden ibaret olup bu idareler birden fazla hizmeti yerine getirmekle görevli kamu tüzelkişileridir<sup>69</sup>.

Kamu kuruluşunun ne olduğu konusunda mevzuatta bir tanım bulunmamasıyla birlikte bu ifadeye yer verildiği görülmektedir<sup>70</sup>. Örneğin

<sup>67</sup> Burada kamu kurumlarının ayrıca vurgulanmasının nedeni kamu kurumlarının kendilerine ait bir tüzel kişiliğe ve kanunların cevaz verdiği ölçüde personel özerkliğine sahip olmasıdır.

<sup>68</sup> **Akyılmaz** Bahtiyar – **Sezginer** Murat – **Kaya** Cemil: Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 241. Doktrinde genel kanı bu yönde olmakla birlikte, kamu tüzelkişilerinin kamu idaresi ve kamu kurumu şeklinde ayrılmasını emreden pozitif bir düzenleme yoktur. **Günday** Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 532.

<sup>69</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**: s. 241

<sup>70</sup> Mevzuatımızda Kuruluş adıyla yapılanmaya gidildiği de görülmektedir. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 3. madde uyarınca Merkezi Kayıt Kuruluşu; “*Sermaye piyasası*

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında Kanun madde 10, 11 ve 19/A'da “bakanlık bağı, ilgili ve ilişkili kuruluşları”; 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 2'de “kamu iktisadi kuruluşları” ifadeleri yer almaktadır<sup>71</sup>. Bunlardan kamu tüzelkişiliğine sahip bakanlık bağı kuruluşları ve ilgili kuruluşlar aslında birer kamu kurumudur. Yine 3046 sayılı Kanun madde 19/A'da ilişkili kuruluş ifadesi geçmekle birlikte bunlar da birer kamu kurumudur.

Kamu kuruluşu ifadesi ile kastedilenin; kamu kurumları, kamu idareleri ve bunların birimlerine verilen ortak ad olduğu söylenebilir. Nitekim Devlet Personel Başkanlığı'nın (DPB) internet sitesinde de kamu kurum ve kuruluşları içine; bakanlıklardan mahkemelere, düzenleyici ve denetleyici kurumlardan kamu iktisadi teşebbüslerine, spor federasyonlarından kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve yerel yönetimlere kadar pek çok farklı hukuki statüde devlet birimi, kamu kurumu, meslek kuruluşu ve kamu idaresi dahil edilmiştir<sup>72</sup>.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kamu kuruluşu, geniş bir kavramdır. Ancak bu durumda kamu kuruluşu ifadesini kullanmak yeterli olacak kamu kurum ve kuruluşu ifadesi gereksiz kalacaktır. Zira kuruluş zaten kurumu da içinde barındırır<sup>73</sup>. Genelgelere de kapsayıcı olması için “tüm kamu kurum ve kuruluşları” ifadesine yer verildiği söylenebilir.

Genelgelerin kapsamına ilişkin son olarak şu söylenebilir: 2015/13 sayılı Genelge uyarınca Genelge kapsamındaki idarelerin yapacağı bir kısım atama ve görevlendirmede Başbakanlıktan izin almak gerekmektedir. Ancak neden Cumhurbaşkanlığının, Meclisin, Milli İstihbarat Teşkilatının ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personelin Genelge kapsamı dışında bırakıldığını anlamak zordur. Genelgeyi hazırlayanların bu konuda haklı gerekçeleri varsa bile bu gerekçeler metinden anlaşılmamaktadır.

---

*araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, merkezî saklamasını yapmak ve Kurul tarafından sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bulunan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Merkezî Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketini” ifade eder.*

<sup>71</sup> **Gözler** Kemal: “5018 Ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, AUHFD, Y. 2011, C. 60, S. 4 2011, s. 868.

<sup>72</sup> [http://euygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/Alfabetik\\_kurum.aspx](http://euygulama.dpb.gov.tr/devletteskilati/kontrollu/Alfabetik_kurum.aspx), ET. 13.01.2016.

<sup>73</sup> “kamu kuruluşu ifadesini, yeni bir hukukî kategori anlamında değil, genel bir kavram, kapsayıcı bir kavram olarak anlamak gerekir.” **Gözler** Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, 1. Baskı, Bursa 2003, s. 155, (kitap).

Yine örneğin Kamu Denetçiliği Kurumu istisna tutulurken İnsan Hakları Kurumunun; mahalli idareler istisna tutulurken düzenleyici-denetleyici kurumların Genelge kapsamına alınmasının nedenini de anlamak güçtür.

## V. Genelgeler Kapsamında Yapılacak Atamalar

**Atama** (tayin)<sup>74</sup>, bir kişiyi memuriyet statüsüne sokan veya bir memurun görev ve yerinin değişmesi sonucunu doğuran işlemdir. Atama işlemi ilgilinin talebi üzerine tesis edilebileceği gibi idarenin takdirine bağlı olarak da yapılabilir<sup>75</sup>.

Atama; istisnai memurluklara atama (DMK madde 59, 60), alt derecelerden atama, idari görevlere atama (DMK madde 69), vekaleten atama (DMK madde 86), emeklilerin yeniden hizmete atanması (DMK madde 93) ve memurluktan çekilenlerin yeniden atanması (DMK madde 92), yer değiştirme suretiyle atama (DMK madde 72), karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle atama (DMK madde 73), kurumlar arası atama (DMK madde 74), kurum içi naklen atama (DMK madde 76) gibi çeşitli türdedir<sup>76</sup>.

Atama kararnameyle olabileceği gibi atama emriyle de olabilir. Kararnameyle yapılacak atamalarda bu kararname Bakanlar Kurulu kararı olabileceği gibi müşterek karar da olabilir<sup>77</sup>. Hangi işlemle olursa olsun atamaya yetkili makam mevzuatta açıkça belirlenmelidir. Zira atama yetkisi

<sup>74</sup> **Kamu Yönetimi Sözlüğü**: s. 10.

<sup>75</sup> “*Kamu hizmetinin yürütülmesinde asli unsuru oluşturan ve statü hukukuna tabi olan kamu görevlileri ile ilgili olarak Devlet (dar anlamda idarenin) tarafından tesis edilen tek taraflı irade açıklamaları, çeşitli görünüm biçimleri içerisinde somutlaşmaktadır. Bu irade açıklamalarından bir tanesi de; atama işlemidir. Atama işleminin de çeşitli görünüm biçimlerinde somutlaştığı, kamu görevine girişin kural olarak bir kadroyla ilişkilendirme ile başladığı, görev sırasındaki geçişlerin (yatay veya dikey) hep bir kadrodan diğerine geçiş biçiminde olduğu görülmektedir. Bu genel kuralın dışında, geçici görevlendirme, görevlendirme, vekaleten görevlendirme ve ikinci görev gibi işlemlerle asıl kadroda değişiklik sonucunu doğurmayan göreve yönelik değişikliklerde olmaktadır. İdarenin takdir yetkisi içerisinde re’sen kullanabileceği bir yetki durumunda olan atama işlemi, aynı zamanda kamu görevlisinin mevzuatın öngördüğü koşulların varlığı halinde talep edebileceği bir hak olarak da ifade edilebilir.*” D2D: 23.12.2005, E. 2004/7942, K. 2005/4297, **kazancı, ET**. 30.01.2016.

<sup>76</sup> **Devlet Memurları El Kitabı**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, TODAİE, Yayın No. 219, Ankara 1987, s. 95 vd; **Akgüner** Tayfun: Kamu Personel Yönetimi, DER Yayınları, Altıncı Basım, İstanbul 2014, s. 108 vd; **Çolak** Nusret İlker: “*Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri*”, AÜEFĐD, Y. 2005, C. IX, S. 1-2, s. 134 vd.

<sup>77</sup> **Sayan İpek Özkal**: “*Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı*”, AÜSBFD, C. 64, S. 1, s. 229; **Kayar** Nihat: Kamu Personel Yönetimi, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, 2011, s. 249.

hiyerarşi yetkisi içinde yer almakla birlikte kanunda açıkça düzenlenmesi gereken bir yetkidir.

#### A. Açıktan Atama

2015/9 sayılı Genelgeyle açıktan atamalar durdurulmuş; 2015/13 sayılı Genelgeyle de DMK madde 92 uyarınca yapılacak atamalar Başbakanlıktan izin alma şartına bağlanmıştır.

Açıktan atama, hali hazırda memur olmayan bir kişinin, boş memur kadrosuna atanmasıdır. Uygulamada ilk defa atama ve yeniden atama olmak üzere iki türdür<sup>78</sup>. İlk defa açıktan atama, sınavla veya sınavsız olarak daha önce memuriyeti olmayanların ilk defa Devlet memurluğuna atanmasıdır. Açıktan yeniden atama da iki türlü olup bunlardan ilki DMK madde 92 uyarınca yapılan atamadır. Diğeri ise 657 sayılı Kanuna tabi olmayan personelden kendi istekleri ile görevinden çekilmiş olanların boş kadro bulunması ve gireceği sınıfın niteliklerini taşımaları kaydı ile bu Kanuna tabi kurumlardaki memuriyetlere atanmasıdır<sup>79</sup>.

Açıktan atama sadece 657 sayılı DMK madde 92’de düzenlenmemiş; örneğin Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına Açıktan Kura İle Atanacak Sağlık Personelinin Atama Usûl Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik ve dayanağı 359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu durumda 2015/13 sayılı Genelgenin neden sadece 657 sayılı Kanun’daki atamayı kapsamına aldığı sorusu akla gelmektedir. Bunun nedeni, 657 sayılı Kanunun uygulama alanının daha geniş olması ve pek çok hizmet sınıfını kapsamaması olabilir. Bir diğer neden ise şöyle izah edilebilir: 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun 82. maddesinde yer alan meslekten çıkarma cezası<sup>80</sup> ile cezalandırılanlar, bu ceza devlet memurluğundan çıkarma cezası olmadığından memur olarak atanabilmektedirler<sup>81</sup>. Bu durum karşısında bu

<sup>78</sup> <http://kamupersoneli.kamudunyasi.com/ACIKTAN-ATAMA-NEDIR-3631i.cgi,ET>. 05.01.2016.

<sup>79</sup> <http://kamupersoneli.kamudunyasi.com/ACIKTAN-ATAMA-NEDIR-3631i.cgi,ET>. 05.01.2016.

<sup>80</sup> “E) Meslekten çıkarma: Memurun, Emniyet örgütü hizmetlerinde bir daha çalıştırılmamak üzere meslekten çıkarılmasıdır. F) Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Bu ceza 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre ve bu kanunda gösterilen yetkili disiplin kurulunca uygulanır.”

<sup>81</sup> DPB’nın 27.08.2007 tarih ve 15368 sayılı mütalaası uyarınca “Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından verilen meslekten çıkarma cezalarının, Devlet memurluğundan çıkarma cezasından farklı olarak, sadece tekrar söz konusu Genel Müdürlüğe Devlet memuru olarak

kişiler hakkında bilgi sahibi olunmasının amaçlandığı söylenebilir.

## B. Bakanlar Kurulu Kararı veya Müşterek Karar Gerektirmeyen Atamalar

2015/9 sayılı Genelgede müşterek karar veya Bakanlar Kurulu kararıyla yapılacak atamalar istisna kapsamında yer almış; 2015/13 sayılı Genelgede ise müşterek kararlar atama gerektirmeyen; müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapılacak atamalar Başbakanlıktan izin alma şartına bağlanmıştır<sup>82</sup>.

Tosun'a göre Bakanlar Kurulunun, yasama organının kabul ettiği kanunların muayyen bir maddesinin emri üzerine tanzim ettiği bazı tanzimi tasarruflara kararname denir<sup>83</sup>. Bununla birlikte kararname<sup>84</sup> uygulamada; Bakanlar Kurulunun kararlarını, kanun hükmünde kararname, cumhurbaşkanlığı kararnamesini, başbakan, ilgili bakanlar ve cumhurbaşkanının imzasının bulunduğu dördümlü kararnameyi, başbakan, ilgili bakan ve cumhurbaşkanının imzasının bulunduğu üçlü kararnameleri, başbakan ve cumhurbaşkanının imzasını taşıyan ikili kararnameleri ifade eder.

---

*atanmaya engel teşkil ettiği anlaşılmakta olup, Devlet memuru olma vasfına haiz olması ve atanacak kadroya dair diğer özel şartları taşınması kaydıyla, ilgilinin Emniyet Genel Müdürlüğü haricindeki kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatı çerçevesinde Devlet memuru olarak istihdam edilmesi mümkün*"dür. <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr>, ET. 05.01.2016.

<sup>82</sup> 2015/13 sayılı Genelgenin ilk halinde müşterek kararlar atama gerektirmeyen; müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapılacak atamalarla, il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolara kurumlar arası nakil yoluyla yapılacak atamalar Başbakanlık iznine bağlanmışken 09.12.2015 tarih ve 14129 sayılı Başbakanlığın düzenleyici işlemiyle il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolara kurumlar arası nakil yoluyla yapılacak atamalar için Başbakanlıktan izin alma şartı kaldırılmış; müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapılacak atamalarda ise sadece bakanlık merkez teşkilatları için (bakanlık özel kalem müdürlükleri ile basın ve halkla ilişkiler müşavirlikleri hariç) izin şartı getirilmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca sadece bakanlıkların merkez teşkilatları için (bakanlık özel kalem müdürlükleri, basın ve halkla ilişkiler müşavirlikleri hariç) izin almak gerekli olup taşra teşkilatları, bağlı ve ilgili kuruluşlar izin kapsamından çıkarılmıştır. İl müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolara kurumlar arası nakil yoluyla yapılacak atamalarda da Başbakanlıktan izin alma şartının kaldırılması; il müdürü, daire başkanı eşiti ve üstü çok sayıda görevli bulunup bütün bu atamalar için Başbakanlığa gidilmesi, Başbakanlığın iş yükünü gereksiz arttıracığından, olumlu bir değişiklik olmuştur.

<sup>83</sup> Tosun Öztekin: "Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması", İÜHFİM, Y. 1962, C. 28, S. 2, s. 355.

<sup>84</sup> Türk hukukunda karar ile kararnamenin aynı anlama geldiği belirtilmektedir. Gözler'e göre kararname yazılı hâlde bulunan karar demektir. Bu anlamda kararname, kararın içinde bulunduğu metne denir. Dolayısıyla yazılı hâlde bulunan her karara, kararname denebilir. **Gözler:** s. 588.

Kararnameler düzenleyici işlem olabileceği gibi atama işleminde<sup>85</sup> olduğu gibi birel işlem de olabilir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi iki, üç veya dört imzalı kararlar müşterek kararname<sup>86</sup> olarak da ifade edilmekle birlikte müşterek kararnameden genel olarak ilgili bakan, başbakan ve cumhurbaşkanının imzasının bulunduğu üçlü kararnameler anlaşılır<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> **Müşterek kararnameyle atanacaklara örnekler:** “Adli Tıp Kurumu Başkanı, başkan yardımcıları, adli tıp ihtisas kurulları başkan ve üyeleri, Adalet Bakanının inhası üzerine uzman elemanlar veya üniversitelerin ilgili fakülte öğretim üyeleri veya yardımcılar arasından müşterek kararnameyle atanırlar.” 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu madde 26. “Genel Müdür, Kültür ve Turizm Bakanının teklifi üzerine, yükseköğretim kurumlarının birinden mezun, özel veya kamu kuruluşlarında veya bunların her ikisinde en az 15 yıl hizmet görmüş; opera, bale, müzik alanlarından birinde başarılarıyla tanınmış sanatçılar, bu alanlarda eserler veren besteci veya yazarlar; temayüz etmiş opera veya bale yönetmenleri ile, üniversitelerde bu sanat dallarının birinde görev yapan öğretim elemanları arasından, müşterek kararname ile 657 sayılı Devlet memurları Kanununun değişik 59 uncu maddesi hükmüne göre .... görevlendirilirler.” 1309 sayılı Devlet Opera Ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun Madde 5. “Genel Müdür, Kültür ve Turizm Bakanının teklifi üzerine, yükseköğretim kurumlarının birinden mezun, özel veya kamu kuruluşlarında veya bunların her ikisinde en az 15 yıl hizmet görmüş; sahne hayatında başarılarıyla tanınmış sanatçılar; tiyatro yazarları, eleştirmenleri, temayüz etmiş tiyatro yönetmenleri ile üniversitelerde tiyatro sanatı dalında görev yapan öğretim elemanları arasından, müşterek kararname ile, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 59 uncu maddesi hükmüne göre ... göreve alınır.” 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun madde 4. “Başkan, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirtilen nitelikleri taşıyanlar arasından müşterek kararla atanır.” 278 sayılı Türkiye Bilimsel Ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun 5/2. **Bakanlar Kurulu kararı ile atanacaklara örnekler:** “Genel Müdür, Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu tarafından teklif edilen üç aday arasından Bakanlar Kurulu Kararı ile atanır” 2954 sayılı Türkiye Radyo Ve Televizyon Kanunu madde 13. “Üyeler, yükseköğrenim sonrası mali piyasalar, ekonomi, maliye, işletme, sermaye piyasaları, bankacılık veya finans alanında veya bu alanlarla ilgili hukuk dallarında en az on yıl deneyim sahibi olan veya yukarıda sayılan öğrenim dallarında en az on yıl öğretim üyeliği yapan kişiler arasından Bakanlar Kurulunca atanır. Üyelerden en az birinin hukuk fakültesi mezunu olması, en az birinin bu fıkrada belirtilen on yıllık deneyimi özel sektör sermaye piyasası kurumlarında kazanmış olması, en az birinin de Kurulda asgari on yıl çalışmış olması şarttır. Bakanlar Kurulu, üyelerden birini Başkan olarak görevlendirir. Atama kararı Resmî Gazete’de yayımlanır. Kurul Karar Organı, Kurul Başkanının teklifi ile üyelerden birini ikinci başkan ve birini başkan vekili olarak seçer.” Sermaye Piyasası Kanunu madde 119/2. Ayrıca 2451 sayılı Bakanlıklar Ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda da Bakanlar Kurulu kararı ve müşterek kararnameyle yapılacak atamalar belirtilmektedir. Yine 2477 sayılı 23/4/1981 Tarih Ve 2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanun’da da Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin 2451 sayılı Kanunun kapsamına girmeyen kamu kurum ve kuruluşlarında atama ve nakillerin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir.

<sup>86</sup> Müşterek kararnameye ortak kararname de denir. **Yıldırım** Ramazan: Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayıncılık, Konya 2006, s. 429.

<sup>87</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya:** s. 405, dip. 137; **Onar:** s. 399.



2015/13 sayılı Genelge, müşterek kararlar atama gerektirmeyen; müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapılacak atamalarda Başbakanlıktan izin alma şartı getirmiş olmakla birlikte metinde yer alan bazı ifadeler belirsizdir. Örneğin adı geçen Genelgede “müstakil birim amiri” ifadesi geçmekte olup bu kavram izaha muhtaçtır.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında Kanun’un 7. maddesi uyarınca “*Bakanlıkların yürütmekten sorumlu oldukları hizmet ve görevlerden bağlı kuruluş kurulmasını gerektirmeyenler, bakanlığın merkez teşkilatı bünyesinde kurulan ana hizmet birimlerince yerine getirilir.*” 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’un 3. maddesinde Başbakanlık Teşkilatının; merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlardan; merkez teşkilatının ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimlerinden oluştuğu belirtilmektedir. Bu mevzuat hükümlerinden yola çıkarak “birim”le kastedilenin belli bir idare teşkilatı oluşturan, o teşkilata mevzuatla verilmiş görevleri yapan teşkilatın parçaları olduğu söylenebilir.

Birimler; birim<sup>88</sup>, büro, daire, şube<sup>89</sup>, başkanlık<sup>90</sup>, başkan yardımcılığı, daire başkanlığı<sup>91</sup>, genel müdürlük<sup>92</sup>, müdürlük<sup>93</sup>, müşavirlik<sup>94</sup>, sekreterlik<sup>95</sup>,

<sup>88</sup> 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu madde 11.

<sup>89</sup> 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu madde 3 uyarınca Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı; Müsteşar, Müsteşar yardımcıları, başkanlıklar, daireler ve şubeler ile diğer teşkilat birimlerinden oluşur.

<sup>90</sup> 3056 sayılı Kanun madde 7’de Başbakanlığın ana hizmet birimleri olarak Dış İlişkiler Başkanlığı, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İşler Başkanlığı, İdareyi Geliştirme Başkanlığı, Bilgi İşlem Başkanlığı sayılmaktadır.

<sup>91</sup> 234 sayılı Darphane Ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğünün Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 5.

<sup>92</sup> 3056 sayılı Kanun madde 7’de Başbakanlığın ana hizmet birimleri olarak Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü, Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü sayılmıştır.

<sup>93</sup> 3056 sayılı Kanun madde 25 uyarınca Başbakanlık Merkez Kuruluşundaki yardımcı birimlerden biri de Özel Kalem Müdürlükleridir.

<sup>94</sup> 3056 sayılı Kanun madde 19’da Başbakanlığın Danışma ve denetim birimi Basın Müşavirliğidir.

<sup>95</sup> 3056 sayılı Kanun madde 25 uyarınca Başbakanlık Merkez Kuruluşundaki yardımcı birimlerden biri Bakanlar Kurulu Sekreterliğidir.

genel sekreterlik<sup>96</sup>, kurul<sup>97</sup>, koordinatörlük<sup>98</sup> şeklinde düzenlenmektedir. Birimler doğrudan teşkilatı kuran kanunda düzenlenmiş olabileceği gibi birimleri belirleme yetkisi idareye de bırakılmış olabilir<sup>99</sup>.

Mevzuatımızda birim amiri<sup>100</sup>, müstakil birim amiri gibi ifadelere yer verilmekle birlikte müstakil birim amirliğinin ne olduğu tanımlanmamıştır. Örneğin 663 sayılı Sağlık Bakanlığı Ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 41. maddesinde müsteşarın; müsteşar yardımcıları, kurum başkanları, Sağlık Politikaları Kurulu üyeleri, *müstakil birim amirleri* ve il müdürlerinin performanslarını, verilen görevlere ve belirlenen hedeflere göre değerlendireceği hüküm altına alınmıştır<sup>101</sup>.

Müstakil birim amirliği mevzuatta tanımlanmamış olmasına rağmen<sup>102</sup> Genelgede bu ifadeye yer verilmesi, bundan ne anlaşılması gerektiği belirsiz olduğundan, Bakanlıkların pek çok atamada, atamanın Genelge kapsama girip

<sup>96</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu madde 5 uyarınca Kurulun hizmet birimleri Genel Sekreterlik ve Teftiş Kuruludur.

<sup>97</sup> 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu madde 3.

<sup>98</sup> Toplu Konut İdaresi Başkanlığının ana hizmet birimlerinden biri Göçmen Konutları Koordinatörlüğüdür. **Türkiye Cumhuriyeti Devlet Teşkilatı Rehberi**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, TODAİE Yayınları, Yayın No. 377, Ankara 2015, Hazırlayanlar: Onur Ender Aslan, Ali Çakıroğlu, Ozan Zengin, Serkan Yıkarbaba, Doğan Durna, s. 48. Ayrıca bkz. 4865 sayılı Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü Kurulması Hakkında Kanun madde 4.

<sup>99</sup> 3046 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca "a) Genel müdürlük, müstakil daire başkanlığı, danışma, denetim ve yardımcı birimlerin kurulması, kaldırılması, görev, yetki ve sorumlulukları kanunla düzenlenir. b) Diğer daire başkanlıkları ile şube müdürlükleri hizmetin özelliğine göre ilgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulur; kaldırılır; aynı bakanlık içerisinde veya bakanlıklar arasındaki bağlantısı değiştirilir. c) Şeflik ve memurluklar ilgili hizmet birimi veya kuruluşun teklifi üzerine bakanlık onayı ile kurulur."

<sup>100</sup> Birim amiri, örgütlerde ast yönetici; birim ise daire, şube olarak ifade edilmektedir. **Aytürk**: s. 99. Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev Ve Çalışma Yönetmeliği madde 4'de Birim, Valilik ve Kaymakamlıklarda hizmetlerin yürütüldüğü başkanlık, il müdürlüğü, ilçe müdürlüğü, şube müdürlüğü ve müstakil şefliği, Birim amirleri ise, birimlerde çalışan başkan, il müdürü, ilçe müdürü, şube müdürü ve müstakil şefler şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>101</sup> **İller Bankası Anonim Şirketi İnsan Kaynakları Yönetmeliği madde 3 uyarınca** yönetici "Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Daire Başkanı, Bölge Müdürü, Hukuk Müşaviri, Teftiş Kurulu Başkan Yardımcısı, Müdür ve "müstakil birim amirini" ifade eder. Kamu Konutları Yönetmeliğinde görev tahsisli konutların tahsis edileceği temsil özelliği olan kişi, makam ve rütbe sahiplerinden biri de **müstakil birim amiri** olan Baş Mühendis ve Mühendistir.

<sup>102</sup> Aytürk'e göre müstakil başkanlık ve genel müdürlüklerde doğrudan başkanlık, genel müdürlük makamına bağlı olan kurul, daire başkanlığı, müşavirlik ve müdürlükler müstakil birimlerdir. **Aytürk** Nihat: "Yönetimde Yetki Devri Ve İmza Yetkileri", AİD, Y. 2000, C. 33, S. 1, s. 102.

girmediğini Başbakanlığa sormasına ve Başbakanlığın iş yükünün artmasına neden olabilir<sup>103</sup>.

### C. Naklen Atamalar

Personel hukukunda bir cezalandırma<sup>104</sup> aracı olarak da kullanılabilen ve çok sayıda şikayet ve uyuşmazlığa kaynaklık eden naklen atamalar<sup>105</sup>, 2015/9 sayılı Genelge ile, yine bu Genelgede belirtilen istisnalar haricinde durdurulmuş; 2015/13 sayılı Genelgede ise sınıf değiştirerek kurumlar arası nakil yoluyla yapılacak atamalar Başbakanlıktan izin alma şartına bağlanmıştır<sup>106</sup>.

2015/9 sayılı Genelgeyle bir kısım naklen ve açıktan atama durdurulmuştur. Genelgede naklen atamalar durdurulmuş olmakla birlikte eş durumu ve mazeret nedeniyle yapılacak naklen atamalar istisna kapsamına alınarak bu atamalara imkan tanınmış ve bu yerinde bir düzenleme olmuştur. Bununla birlikte Anayasanın 70. maddesi uyarınca kamu hizmetlerine girme hakkı temel hak ve hürriyetlerden olup ancak kanunla sınırlanabilir. Yine Anayasa madde 128 uyarınca “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin*

<sup>103</sup> <http://www.memurlar.net/haber/552075/>, ET. 13.01.2016.

<sup>104</sup> Disiplin yaptırımıyla naklen atama işlemlerinin amaçları birbirinden farklı olup nakil işlemi ceza amaçlı kullanılamaz. Danıştay’ın da haklı olarak ifade ettiği üzere “...*disiplin cezasının uygulanmasında güdülen amaç, kurumun çalışma düzenine aykırı davranışların önlenmesi ve bu düzenin korunması olduğu halde, nakil işleminde amaç, kamu hizmetinin selameti açısından kamu yararı ve hizmet ölçütü sınırları içinde kamu görevlisinin bulunduğu görev yerinden uzaklaştırılmasını ya da atandığı yerde daha rasyonel, daha verimli ve daha yararlı bir şekilde çalışmasını sağlamaya yöneliktir.*” D5D: 16.10.2014, E. 2014/2560, K. 2014/6788, DD, S. 137, s. 144.

<sup>105</sup> Coşkun Sabri: “*Kamu Personeli Mevzuatının Uygulanmasından Doğan Yönetmelik Yargı Uyuşmazlıkları*”, AİD, Y. 1988, C. 21, S. 1, s. 112; **Tutum**: s. 111.

<sup>106</sup> DMK madde 36’da hizmet sınıfları düzenlenmiş olup bu sınıflar arasında yapılacak geçişlerin tespiti kolaydır. Bununla birlikte kurumların birbirinden farklı olup olmadığının tespitinde bazı zorluklar çıkabilmektedir. Konuya ilişkin DPB’nin bir mütalaası şöyledir: “*Üniversitelerin her birinin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle ilgili personelin 657 sayılı Kanununun 73’üncü maddesi uyarınca karşılıklı olarak yer değiştirmesinin mümkün olmadığı; ancak, mezkur Kanununun 74’üncü maddesi çerçevesinde ilgililer hakkında işlem yapılmasının Kurumların takdirinde bulunduğu mütalaa edilmektedir.*” DPB: 04/09/2012 tarih ve 14446 sayılı karar. Bu görüşe istinaden ayrı tüzel kişiliğe sahip olmanın ayrı kurum olmak için gerekli olduğu söylenebilir. Bu durumda idarelerin taşra ve merkez teşkilatları ve ayrı tüzel kişiliği olmadıkça ilgili kuruluşları aynı kurum sayılacaktır. Ancak farklı kurum için sadece ayrı tüzel kişilik aramak da yeterli değildir. Zira bu durumda örneğin iki farklı bakanlığın aynı kurum kabul edilmesi gerekir. Bu noktada kuruluş kanunları farklı olan idarelerin de farklı kurumlar olarak kabulü gerekir. Nitekim doktrinde, İçişleri Bakanlığı ile Sayıştay Başkanlığının farklı kurumlar olduğu ifade edilmektedir. **Yavuzdoğan** Seçkin: Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, Adalet Kitabevi, Ankara 2014, s. 185.

nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” Yukarıda da ifade edildiği üzere bu Anayasal hükümler karşısında kanuni bir dayanağı dahi olmayan Genelgelerle atamaların durdurulması Anayasaya aykırıdır. Zira kanuna dayanmayan bir düzenleyici işlem, işlemin uygunluğunun denetlenebileceği bir kanun olmaması nedeniyle, Anayasal bir ilke olan idarenin kanuniliği ilkesine aykırıdır<sup>107</sup>.

2015/13 sayılı Genelgedeki önemli bir sorun, alt derece memurların Genelge kapsamındaki bütün atamalarında Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmiş olmasıdır. Yetki ve görevleri sınırlı olan personel için Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmesi, Başbakanlığın iş yükünü bir hayli artıracak niteliktedir.

**Nakil**, memurun bulunduğu görevden başka bir göreve atanmasıdır<sup>108</sup>. Naklen atama yer ve/veya görev değişikliği olarak da ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Yani naklen atama bir kamu görevlisinin bir yerden başka bir yere atanmasını ya da başka bir yere atanmamakla birlikte görev ünvanında değişiklik yapılmasını ifade eder<sup>110</sup>. Bir diğer görüşe göre ise nakil, bir memurun bir kurumdan diğerine; bir görevden bir başkasına veya bir görev yerinden bir başka görev yerine atanmasıdır<sup>111</sup>.

Naklen atama kurumlar arası naklen atamayla<sup>112</sup> sınırlı olmayıp, yer değiştirme suretiyle atama, karşılıklı olarak yer değiştirme (becayış), kurumlarınca yerlerinin değiştirilmesi suretiyle atama, sınıf değiştirme suretiyle atama gibi çeşitlidir. Bu atama çeşitleri DMK 71 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> **Atay**: s. 97.

<sup>108</sup> **Güran Sait**: “Yeni Bir Buluş: Askıdaki Memur”, İHİD, Y. 1980, C. 1, S. 1, s. 74, (askıdaki memur).

<sup>109</sup> **Yavuzdoğan**: s. 80.

<sup>110</sup> **Yavuzdoğan**: s. 82.

<sup>111</sup> **Kamu Yönetimi Sözlüğü**: s. 179.

<sup>112</sup> Kurumlar arası atama genellikle şu şekilde gerçekleşir: “Kurumların doğrudan memurun görev yaptığı kuruma başvurarak süreci başlatması mümkün olmakla birlikte, uygulamada nakil süreci genel olarak; memurun çalışmayı arzu ettiği kuruma yazılı başvuru yapmak veya kurumun açtığı sınava katılmak suretiyle iradesini ortaya koymasıyla başlar. Bünyesinde görev alınma talebiyle başvuru alan kurumun, bu başvuruyu olumlu değerlendirmesi halinde, memurun hâlihazırda görev yaptığı kuruma başvurarak memurun naklen atanmasına muvafakat verilmesini talep eder. Memurun çalıştığı kurumun muvafakati alındıktan sonra naklen atanma işlemi gerçekleştirilir.” **Yavuzdoğan**: s. 199.

<sup>113</sup> “Nakil kelimesi, diğer sözlük anlamları yanında, bir kamu personelinin bir yerden başka bir

Naklen atama, kamu hizmetinin iyi işlenmesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için uygulanması gereken bir müessesedir<sup>114</sup>. İdarelerin tüm atama işlemlerinde amacı kamu yararını tesis etmektir. Bu noktada atama talebinde ilgilinin çıkarı da olabilmekle birlikte (aile birliğinin sağlanması gibi) yine de bu kişisel çıkar tek başına yeterli olmayıp başka yere veya göreve atanma talepleri kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun değilse reddedilmekte ve mahkemeler de bu kararı hukuka uygun bulmaktadır<sup>115</sup>.

Naklen atamalarda idarenin takdir yetkisi mevcut olmakla birlikte bu yetkisi sınırsız değildir. Nitekim çeşitli düzenleyici işlemlerde tayinin hangi şartlarda yapılacağı (eş durumu, hastalık, eğitim) belirtilmektedir. Örneğin Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik konu hakkında kapsamlı hükümler sevk etmiştir. Ancak 2015/13 sayılı Genelgeyle Başbakanlığa tanınan izin verip vermeme yetkisi için bir sınırlama öngörülmemiştir. Başbakanlığın atamalara izni verip vermemesinde farklı saiklerin değil kamu yararı ve hizmet gereklerinin esas alınması

*yerdeki göreve atanması anlamına gelmektedir. Konuya ilişkin yasal düzenlemenin ana kaynağı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda aynı anlam değişik terimlerle ifade edilmiştir. Örneğin yasanın inceleme konumuzla ilgili hükümlerini içeren 3. Bölümü'nde başlık olarak "yer değiştirme" ibaresi kullanıldığı halde, aynı yasanın 72. maddesinde "yer değiştirme suretiyle atama"dan söz edilmekte, 74. maddede "memurların bir kurumdan diğerine nakilleri" ifadesi yer almakta, 76. maddede ise "memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi" tabiri kullanılmaktadır. Aynı kanunun 169. maddesinde de "görev yerinin değiştirilmesi" kavramı kullanıldığı göz önüne alındığında, hukuk dilimizde aynı kurumu ifade eden sözcüklerin seçimi ve kullanılmasında ortak bir yol izlenmediği kolayca anlaşılmaktadır." Bayburtlu Arif: Devlet Memurlarının Naklen Atanmalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 74.*

<sup>114</sup> **Güran Sait:** "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili Ve Müstaîfî Addi", İÜHFİM, Y. 1963, C. 29, S. 1-2, s. 163. Ayrıca bkz. **Güran Sait:** "Yer Değiştirme İşlemlerinin Maliyeti", İHİD, Y. 1980, S. 2, s. 26, (yer değiştirme).

<sup>115</sup> "Anayasanın ve 657 sayılı Kanun'un söz konusu düzenlemelerine göre; farklı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Ancak, 657 sayılı Yasaya tabi bulunan bir kamu görevlisinin hakkında yapılan soruşturma sonucuna göre naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile birliğinin korunması ilkesi ile kamu hizmetinin düzenli bir biçimde yürütülmesi gereği arasında bir denge kurulması ve sadece eş durumu değil, kamu yararı ve hizmet gerekleri de gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. ... memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır." D2D: 28.05.2014, E. 2011/1065, K. 2014/5119, DD, S. 137, s. 98.

gerekir<sup>116</sup>. Ancak bunun için de atama taleplerinin önceden hangi hallerde reddedilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmalı, yani bu iznin hangi hallerde verilir hangi hallerde verilmeyeceği önceden ve açıkça belirlenmelidir. Örneğin 2015/13 sayılı Genelgenin düzenlediği sınıf değiştirerek kurumlar arası naklen atamalarda kurumların muvafakati ve yeni girilecek sınıfın şartlarını taşımak gerekir. Danıştay'a göre<sup>117</sup> “Kamu görevlilerinin hizmet sınıflarının değiştirilmesi sırasında sınav ve seçmeye tabi tutulmaları gerektiğinden söz edilmemektedir. Ancak, idarenin, hem kadro durumunu, hem de ilgililerin kanunlarda belirtilen niteliklere sahip olup olmadıkları incelemek suretiyle bu konuda yapılacak başvuruları değerlendirerek bir karar vereceği de kuşkusuzdur.” Sayılan bu şartların ötesinde, sınırları belirlenmeden, Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmesi hukuka aykırıdır. Kaldı ki 2015/13 sayılı Genelgede Başbakanlık ifadesi yer almakla birlikte bu yetkinin bizzat Başbakan tarafından mı yoksa Başbakanlık içindeki bir birim tarafından mı kullanılacağı da net değildir.

Sadece sınıf değiştirme suretiyle kurumlar arası naklen atamalarda değil, 2015/13 sayılı Genelge kapsamındaki bütün atamalarda Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmiştir. Anayasa madde 128 hükmü uyarınca tayinde kimin yetkili olduğu kanunla açıkça düzenlenmelidir. Bu zorunluluk aynı zamanda idarenin kanuniliği ilkesinin de bir sonucudur. Ancak Genelge ile bu şart ortadan kaldırılmış, çeşitli atamalarda kanunla yetkili olmadığı halde Başbakanlık yetkili hale getirilmiştir. Güran'a göre kanunda belirlenmiş makamlar dışında kalanların atama yapması, atama işlemini muameleyi yapan makama göre, alelâde bir yetki tecavüzü, ağır ve bariz yetki tecavüzü yahut yetki gaspı ile sakatlayabilir. Bu sakatlık neticesinde ise iptal veya yokluk müeyyideleri gündeme gelir<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> “Yönetimin, kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamak, personelin bir hizmet biriminde uzun süre görev yapmasının, gerek personel ve gerekse hizmet yönünden ortaya çıkartabileceği olumsuzlukları gidermek ve yine personelin ekonomik, kültürel ve coğrafi koşulları bakımından farklı yurt bölgelerinde hizmet yapmalarını sağlamak gibi amaçlarla “rotasyon” uygulaması yapabileceği açıktır. Ancak, bu uygulamanın objektif ölçütlere bağlanması ve personel arasında herhangi bir nedenle ayrıma yol açacak şekilde uygulanmasından kaçınılması, görev ve hizmet bölgelerinde süresini dolduran personelin sonraki hizmet yerlerinin ve görevleri ile görev unvanlarının net biçimde belirlenmesi gerektiği de tabiidir. Genel düzenlemeyle konulan bir kuralın ilgililer hakkında uygulanmasında “eşitlik ve “objektiflik” kurallarına uygun davranılması, hukuka bağlı idarenin gereğidir.” D5D: 17.09.2003, E. 2003/868, K. 2003/3533, **kazancı**, ET. 07.01.2016.

<sup>117</sup> D5D: 14.06.1994, E. 1994/698, K. 1994/3438, **kazancı**, ET. 07.01.2016.

<sup>118</sup> **Güran**: s. 168.

## VI. Genelgeler Kapsamında Yapılacak Görevlendirmeler

2015/9 sayılı Genelge ile, kurum ve kuruluşlarda daire başkanı, eşi ve üstü boş kadrolara vekalet, yürütme ve tedvir dahil tüm görevlendirmeler ile bir kısım istisnalar hariç yurtdışı geçici görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmiştir. 10481 sayılı işlemle, 657 sayılı Kanun ek madde 8 veya diğer kanun hükümleri uyarınca yapılacak kurumlar arası geçici görevlendirmelerin ve dolu kadroya yapılacak vekâleten atamaların Genelge kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

2015/13 sayılı Genelgede “*Müşterek kararla atama gerektiren boş kadrolara yapılacak vekalet, yürütme ve tedvir dahil tüm görevlendirmeler 3 ayı geçemez. Bu görevlendirmeler ivedilikle Başbakanlığa bildirilir. Bu sürenin sonunda söz konusu görevlendirmeler başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Aynı kadroya 3 aylık sürenin sonunda yapılacak yeni görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınır. b) Yukarıda belirtilen görevlendirmelerden 3 aydan fazla devam etmesi öngörülenler için süre belirtmek şartıyla Başbakanlıktan izin alınacaktır. c) Müşterek kararla atama gerektiren boş kadrolara bu Genelgenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan vekalet, yürütme ve tedvir dahil tüm görevlendirmeler bu Genelgenin yayımından itibaren 3 ay içinde kaldırılır*” hükmüne yer verilmiştir.

Türk kamu yönetiminde boş kadrolara atama yapmadan çok uzun süreler vekâletle işlerin görüldüğü bilinen bir gerçektir. Ancak bir görevin kadroya atama yapmak suretiyle yürütülmesi asıldır. Memurun görevinin ya da görev yerinin değiştirilmesi kural olarak kadro değişikliği gerektirir. Ancak geçici görevlendirme, vekalet, ikinci görev gibi durumlarda memurun kadrosunda değişiklik olmamakta; memurun fiilen yaptığı görevde değişiklik olmakta veya memura kadro görevinin yanında ek bazı görevler verilmektedir<sup>119</sup>.

2015/9 sayılı Genelgeyle bazı makamlara yapılacak vekâlet ve benzeri görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmişken daha

<sup>119</sup> **Yavuzdoğan:** s. 84. Benzer bir görüş için bkz. “*Kural olarak, bir memurun görevinin veya görev yerinin değiştirilmesi kadro değişikliği yoluyla olur. Bununla birlikte, bir kısmı mevzuat hükümlerinde yer alan bir kısmı da mevzuat hükümlerinde yer almamakla birlikte yargısal içtihatlarla kabul edilen; vekâleten atama, ikinci görev, istihdam, görevlendirme, geçici görevlendirme ve tedviren görevlendirme gibi bazı işlemlerle de memurun asıl kadrosunda değişiklik yapılmamakla birlikte, fiilen yaptığı görevde değişiklik yapılabilmekte ya da kadro görevinin yanında ek bazı görevlerde verilebilmektedir.*” **Akçer** Güney: Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi Ve Bu Yetkinin Yargısal Denetimi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Bölümü Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 39.

sonra 2015/13 sayılı Genelge ile bu izin şartının yanına görevlendirmeler için süre sınırlaması (üç ay) getirilmesi yerinde bir uygulama olmuştur. Zira her türlü vekâletin veya geçici görevlendirmenin geçici olması gerekir<sup>120</sup>. Bu bakımdan 2015/13 sayılı Genelgenin vekaleti ve diğer görevlendirmeleri süre bakımından sınırlayan uygulaması, 2015/9 sayılı Genelge karşısında daha ileri ve yerinde bir düzenleme olmuştur.

2015/13 sayılı Genelgeyle vekalet ve benzeri kurumlara süre sınırı getirilmiş olmakla birlikte bu Genelgenin de yeterli olmadığı görülmektedir. Genelgede sadece müşterek kararlar atama gerektiren kadrolar için süre sınırı getirilmesi, diğer makamlara yapılacak vekâlet ve benzeri görevlendirmelerde süre sınırı konmaması ve sınır getirilen hallerde de sürenin uzatılmasına imkân tanınması, 2015/13 sayılı Genelgenin konuya ilişkin eksiklikleridir. Bütün bunların yanında 2015/13 sayılı Genelgenin yürürlükten kaldırılmış olması, nispeten düzeltilmiş bir yanlış uygulamanın (vekalet ve benzeri görevlendirmelerin süresinin sınırlandırılmaması) da devamı anlamına gelmektedir.

Gerek 2015/9 gerekse 2015/13 sayılı Genelgelerde çeşitli belirsizlikler göze çarpmaktadır. Personel atama ve görevlendirmelerinin bir kısmını durduran ve izin şartına bağlayan ve bu suretle personel rejiminde köklü bir değişiklik getiren düzenlemelerin bünyesinde çeşitli belirsizlikler ihtiva etmesi, kabul edilmesi güç bir durumdur. Genelgelerde “*vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler*” ifadesi yer almakta olup cümlede geçen “*yürütme*” ne anlama gelmektedir? Mevzuatta bu ifadenin tanımını bulabilmiş değiliz. Ayrıca geçici görevlendirmenin Genelgede yer alan “*tüm görevlendirmeler*” ibaresine dâhil olup olmadığı da belirsizdir<sup>121</sup>.

**Vekâlet**<sup>122</sup>, boş veya dolu kadroya olur<sup>123</sup>. Bu noktada önemli olan bir

<sup>120</sup> Vekâlet dolu kadroya vekâlette asıl görevine dönünce sona ererken; boş kadroya vekâlette vekâletin süresi asılın atanması için gerekli makul süreyle sınırlıdır. Bununla birlikte mevzuatta vekâlet süresini bizzat sınırlayan düzenlemelere yer verildiği de görülmektedir. Örneğin 2547 sayılı Kanun madde 13 uyarınca “*Rektör, görevi başında olmadığı zaman yardımcılardan birisini yerine vekil bırakır. Rektör görevi başından iki haftadan fazla uzaklaştığında Yükseköğretim Kuruluna bilgi verir. Göreve vekalet altı aydan fazla sürerse yeni bir rektör atanır.*” **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**: s. 204.

<sup>121</sup> 2015/9 sayılı Genelgede geçici görevlendirmenin de tüm görevlendirmelere dahil olduğu izlenimi doğarken 2015/13 sayılı Genelgede bu konuda bir açıklık yoktur.

<sup>122</sup> “*Memur hukukunda vekâlet, asıl görevlinin iş başında olmadığı bazı durumlarda kamu hizmetlerinde aksama yaşanmaması için bu kişinin bulunduğu kadroya tanınan hak ve yetkileri kullanmak üzere başka bir kişinin atanmasıdır.*” **AyM**: 5.7.2012, E. 2012/11, K. 2012/104.

<sup>123</sup> **Aytürk**: s. 96.



kadronun mevcudiyetidir<sup>124</sup>. Dolu kadroya vekâlet; asılın izinli olduğu<sup>125</sup> veya geçici olarak görevinin başında bulunmadığı durumlarda<sup>126</sup>, yani kadrosu dolu iken, asılın teklifi ve üst makamın onayı ile yapılır<sup>127</sup>. Bununla birlikte aslın sadece vekâlet vererek de yerine bir kişiyi vekil tayin etmesi mümkündür<sup>128</sup>. Ancak kamu görevlisi disiplin cezası, görevden uzaklaştırma gibi irade dışı nedenlerle görevinin başında değilse, asılı atamaya yetkili amir kurum içinden, dışından veya açıktan birini vekil tayin edebilir<sup>129</sup>.

2015/13 sayılı Genelgede boş kadroya vekâlet düzenlemiştir. Yine 10481 sayılı işlem uyarınca 2015/9 sayılı Genelgede de dolu kadroya vekâletin kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir.

Boş kadroya vekâlet, kadroyu işgal eden kamu görevlisinin sürekli olarak görevinden ayrılması halinde yerine yenisi atanıncaya kadar kadroya birinin vekalet etmesidir. Boş kadroya vekâleten atamada yetkili makam; kanunda açık bir düzenleme yoksa<sup>130</sup>, atamaya yetkili amir; müşterek kararname ve

<sup>124</sup> “Personel hukukunda kadro, kamu hizmeti yapan kurumların örgütünü, kamu personelinin örgüt içindeki görevlerini, yetki ve sorumluluklarını ve özlük haklarını gösteren ve düzenleyen bir kavramdır. Memur güvenliğinin önemli bir unsuru olan kadro kavramı kişilerden ayrılmakla birlikte, doğrudan hizmetlere bağlanmıştır. Böylece her kurumda yürütülen hizmetlerin ve hizmetleri gören personelin özlük hakları atandıkları kadrolarla belirlenmiştir. Buna göre, 657 sayılı Yasanın oluşturduğu personel rejiminde memurların görev ve yetkileri ile aylık ve ödenekleri doğrudan doğruya işgal ettikleri kadrolarla ilgili(dır)” D11D: 06.11.2006, E. 2004/3562, K. 2006/4996. “...dosyadaki belgelere göre hastahane de o tarihte baştabiplik kadrosunun bulunmadığı anlaşılmış olup, kadrosuz vekaletin kanunen olanaksız bulunması karşısında baştabiplik görevinin ikinci görev olarak davacıya verildiğinin kabulü zorunludur.” D5D: 8.12.1988, E. 1987/322, K. 1988/2959, **Kazancı, ET.** 07.01.2016.

<sup>125</sup> Yıllık izin, hastalık ve refakat izni, mazeret izni gibi.

<sup>126</sup> Bu durumlara mehil müddeti, geçici görev, disiplin cezası, görevden uzaklaştırma, hizmet içi eğitime gitme örnek verilebilir. **Söyler İlhami - Akşel Recai: “Kamu Personel Yönetiminde Vekalet Müessesesi (Sorunlar-Çözümler)”**, HTTP://WWW.MALİYEOKULU.ORG.TR/INDEX.PHP/OURACTİVİTİES/ARTİCLES/LAW/316-KAMU-PERSONEL-YOENETİMİNDE-VEKALET-MUEESSESESİ-SORUNLAR-COEZUEMLER.HTML , **ET.** 21.02.2016.

<sup>127</sup> **Aytürk:** s. 96; **Atay Ender Ethem: İdare Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 478 vd.

<sup>128</sup> **Kayar:** s. 262.

<sup>129</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya:** s. 203.

<sup>130</sup> Bazı kanunlarda vekâlet görevinin kim tarafından yerine getirileceği açıkça belirlenmiştir. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 118/2. fıkrasında “Başkanın izin, hastalık, yurt içi ve yurt dışı görevlendirme ve görevde bulunmadığı diğer hâller ile görevden alınması veya üyeliğinin düşmesi durumlarında ikinci başkan, onun da bulunmadığı hâllerde başkan vekili Başkana vekâlet eder” hükmü yer alır. 5593 sayılı Belediye Kanununda hem dolu kadroya vekalet hem de boş kadroya vekalet düzenlenmiştir: Madde 40: “Belediye başkanı izin, hastalık veya başka bir sebeple görev başında bulunmadığı hâllerde, bu süre içinde

bakanlar kurulu kararıyla yapılacak atamalarda ise ilgili bakandır<sup>131</sup>.

2015/9 sayılı Genelgede, Genelge kapsamında yer alan kurum ve kuruluşlarda daire başkanı, eşiti ve üstü boş kadrolara vekalet, yürütme ve tedvir dahil tüm görevlendirmeler ile bir kısım istisnalar hariç yurtdışı geçici görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alma şartı getirilmiştir. Çok fazla sayıda izin talebi anlamına gelecek bu durum 2015/13 sayılı Genelgeyle sayısal olarak azaltılmış ve yalnızca müşterek kararnameyle atama gerektiren kadrolara yapılacak görevlendirmelerde izin şartı aranmıştır. Bu açıdan ikinci Genelgeyle yapılan düzenlemenin Başbakanlığın iş yükünde meydana gelecek artış göz önünde bulundurulduğunda, daha yerinde olduğu söylenebilir. Ancak bu noktada neden sadece müşterek kararnameyle atama yapılacak kadrolarda bu izin şartının arandığı ve Bakanlar Kurulu kararıyla atama yapılacak kadrolar için bu şartın aranmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır<sup>132</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi 2015/13 sayılı Genelgede müşterek kararlar atama gerektiren boş kadrolara yapılacak vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınması şartı getirilmiştir. Hangi kadrolara Bakanlar Kurulu kararı hangilerine müşterek kararnameyle atama yapılacağı başta 2451 sayılı Bakanlıklar Ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun ve 2477 sayılı 23/4/1981 Tarih Ve 2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum Ve Kuruluşlarında Atama Usulüne

---

*kendisine vekâlet etmek üzere, belediye meclisi üyeleri arasından birini başkan vekili olarak görevlendirir. Başkan vekili, başkanın yetkilerine sahiptir. Başkan vekiline, görev süresince başkana ödenen aylık brüt ödeneğin gün hesabı üzerinden ödenek verilir.” Madde 46: “Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ve yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçiminin yapılamaması durumunda, seçim yapıncaya kadar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde vali tarafından görevlendirme yapılır. Görevlendirilecek kişinin belediye başkanı seçilme yeterliğine sahip olması şarttır.” Yine Sermaye Piyasası Kurulu Personel Yönetmeliği madde 72 “İzin, hastalık, geçici görev, disiplin cezası uygulaması ve geçici olarak görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden ayrılanların görevleri diğer personel tarafından ücretsiz yürütülür. Üç aydan fazla sürecek ayrılmalarla açık görevlere vekaleten atama yapılabilir. Bir göreve vekalet suretiyle atanan personele, vekalet edilen göreve tahsis edilen aylık ve ödenek tutarının 1/3 ü, açığından ya da buldukları yerden başka bir yerdeki bir göreve vekaleten atananlara aynı tutarın 2/3’ü ödenir. Ücretli vekalet süresi bir yılı aşamaz” hükmünü getirmiştir.*

<sup>131</sup> 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Devlet Memurlarına Ödenecek Zam Ve Tazminatlarla İlişkin Karar madde 9.

<sup>132</sup> Bu noktada Genelgenin Bakanlar Kurulu kararı ve müşterek kararnameyi aynı kabul ettiği de söylenemez. Zira Genelgede “Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararlar yapılan atamalar dışında; atanacak banka meclisi, yönetim kurulu, denetim kurulu ve tasfiye kurulu üyeleri için atama işlemleri başlatılmadan önce” ifadesine yer verilmek suretiyle bu ayırım vurgulanmıştır.

İlişkin Kanun olmak üzere kanunlarda düzenlenmiştir. Atama konusundaki bu kanuni düzenlemelere rağmen, vekâlet konusunda açık bir kanuni düzenleme bulunmadığından vekaleten görevlendirmelerde yukarıda belirtilen uygulama<sup>133</sup> esas alınmaktadır. Buradan yola çıkarak, vekâlet konusunda açık kanuni bir düzenleme olmadığı müddetçe konuya ilişkin olarak Genelgeyle düzenleme yapılabileceği savunulabilir. Ancak bu noktada başbakan-bakan arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 112. maddesi uyarınca başbakan; bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur. Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemler almakla yükümlüdür. Yine Anayasanın 104. maddesi uyarınca cumhurbaşkanı başbakanın teklifi üzerine bakanların görevine son verebilir. 3056 sayılı Kanun madde 4'e göre de başbakan, bakanlıkların ve Başbakanlık Teşkilatının en üst amiridir. Söz konusu hükümler başbakanın bakanların hiyerarşik amiri olduğu izlenimini vermekle birlikte örneğin Gözler'e göre başbakan bakanlar üzerinde hiyerarşi yetkisinin sağladığı bütün yetkileri kullanamaz<sup>134</sup>. Atama, görev ve yer değişikliği yapma yetkileri hiyerarşik amirin en esaslı yetkilerinden olup<sup>135</sup> bunların kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Atamanın aksine vekâletin genel olarak kanunla düzenlenmemiş olması vekâlet konusunda idarenin kanuni bir dayanak olmadan düzenleyici işlem tesis edebileceği anlamına gelmez. Nitekim Anayasanın 128. maddesi buna engeldir. Yani vekâlet konusunda vekil tayin etmeye kimin yetkili olduğunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması bir eksiklik olup bu eksikliğe dayanarak kanundan açıkça yetki almamış bir makamın (başbakanlık) Genelgeye dayanarak görevlendirmelerde yetkili olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine istinaden başbakanın görevlendirmelerde yetki sahibi olduğu söylene dahi Genelgede izin verme yetkisi doğrudan başbakana değil başbakanlığa verilmiş olup bu yetkinin kim tarafından kullanılacağı da açık değildir.

<sup>133</sup> Boş kadroya vekâleten atamada yetkili makam; kanunda açık bir düzenleme yoksa, atamaya yetkili amir; müşterek kararname ve bakanlar kurulu kararıyla yapılacak atamalarda ise ilgili bakandır.

<sup>134</sup> Gözler: s. 165, (kitap).

<sup>135</sup> Aġar Şefik Can: İdari Hiyerarşi Kudreti, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1970, s. 99 vd.

Genelgelerde yer alan bir diğer görevlendirme şekli tedviren görevlendirmedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgelerde kanunda düzenlenmemiş bir kuruma atıf yapılması yanlıştır. Adı geçen Genelgelerin “tedviren görevlendirme”ye atıf yapmak yerine bu tür görevlendirmelerin en kısa sürede sonlandırılacağını ve aslen atama yapılacağını belirtmesi gerekirdi<sup>136</sup>.

***Tedviren görevlendirme*** “yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini çeşitli nedenlerle yerine getiremeyen bir memur veya diğer bir kamu görevlisinin yürüttüğü kamu hizmetini yapmak üzere vekâleten atama yapılamayan durumlarda, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi uyarınca, şartları uymasa da o görevi yürütebileceğine inanılan bir başka memur veya diğer bir kamu görevlisine görev ve yetki verilmesi” şeklinde tanımlanabilir<sup>137</sup>.

Danıştay’a göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile Ek ve Değişikliklerindeki hükümlere göre bir görevin asaleten, vekâleten ya da ikinci görev olarak yürütülmesi mümkün olup, tedviren görevlendirme adı altında bir müesseseye yer verilmemiştir<sup>138</sup>. Bununla birlikte uygulamada, asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı hallerde idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından, herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu

<sup>136</sup> “Kanunda “tedviren görevlendirme veya atama” şeklinde bir usul öngörülmemiş olup; uygulamada, asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde, idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görev asilde aranan şartlara en yakın personele arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir. Buna göre, vekâleten ve tedviren görevlendirmenin geçici ve istisnai durumlarda başvurulan bir yol olduğu, tedviren görevlendirilen personelin o kadro için öngörülen şartları da taşımadığı göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin tedviren ya da vekâleten yürütülmesini sürekli hale getirecek şekilde uygulama yapılamayacağı, bu yöndeki işlemlerin 657 sayılı Yasanın 3. maddesinde ifadesini bulan kariyer ve yeterlilik ilkelerine de aykırı olacağı açıktır.” D5D: 17.09.2003, E. 2003/868, K. 2003/3533, **kazancı, ET**. 21.02.2016.

<sup>137</sup> **Akılmaz/Sezginer/Kaya**: s. 205.

<sup>138</sup> D3D: 16.04.1982, E. 1982/960, K. 1982/929. “Anayasanın 128. maddesinde “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmü yer almış ve memurların özlük işlerini düzenleyen 657 sayılı Kanunda ise “tedviren görevlendirme veya atama” şeklinde bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte uygulamada, asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunamadığı hallerde idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından, herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir.” D5D: E. 1998/1661, K. 2001/4441, T. 22.11.2001, ayrıca bkz. DİDDGK: 28.12.2006, E. 2003/736, K. 2006/3361, **Kazancı, ET**. 21.02.2016.

şekilde yürütülmektedir<sup>139</sup>. 17.5.1987 tarih ve 19463 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 99 sayılı Devlet Memurları Genel Tebliğinde de “.... 2- *Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir*” ifadesi yer almaktadır<sup>140</sup>.

Her ne kadar Kanunda düzenlenmemiş bir kuruma Genelgelerde yer verilmiş olması doğru değilse de, özellikle 2015/13 sayılı Genelgeyle tedviren görevlendirmeye süre sınırlaması getirilmesi, yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak adı geçen Genelgenin yürürlükten kaldırılmasıyla tedviren görevlendirmenin yine sürekli bir uygulama haline gelmesi mümkün görünmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi Genelgelerde yer alan “*tüm görevlendirmeler*” ifadesi ile neyin kastedildiği; bu hükmün içine geçici görevlendirmenin dahil olup olmadığı belirsizdir.

**Geçici görevlendirme**, bir kamu hizmetini yürütmek amacıyla, durumu uygun olan kamu görevlilerinin kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla atamaya yetkili amir tarafından görevlendirilmesidir<sup>141</sup>.

Geçici görevlendirme kurum içi ve kurumlar arası olmak üzere iki türlü olup bunlar birbirinden farklıdır<sup>142</sup>. Kurum içi geçici görevlendirme 657 sayılı DMK’da düzenlenmemiş<sup>143</sup>; kurumlar arası geçici süreli görevlendirme ise DMK ek madde 8’de düzenlenmiştir.

<sup>139</sup> D5D: 22.11.2001, E. 1998/1661, K. 2001/4441, **Kazancı, ET.** 21.02.2016.

<sup>140</sup> *Mevzuatta tedviren görevlendirme şeklinde açıklanan bir usul bulunmamakla beraber uygulamada yukarıda açıklanan 99 seri Nolu Genel Tebliğde belirtildiği üzere asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde idarelerce hizmetin aksatılmadan yürütülmesini temin bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılarak idari görevin yürütülmesi sağlanmakla birlikte, kamu hizmetinin aksanması amacıyla, asaleten veya vekaleten atama yapıluncaya kadar, geçici ve istisnai durumlarda başvuru olan bir yol olan tedviren görevlendirmelerde ek ders ücreti ödeneceğine ilişkin bir düzenleme de mevzuatta yer almamaktadır.* D11D: 10.01.2007, E. 2004/3769, K. 2007/8. **Kazancı, ET.** 21.02.2016.

<sup>141</sup> **Yavuzdoğan:** s. 86.

<sup>142</sup> **Pınar İbrahim:** Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 1556.

<sup>143</sup> Yasal dayanağı olmamasına rağmen kurum içi geçici görevlendirmeye uygulamada sıkça rastlandığı belirtilmektedir. **Kayar:** s. 274.

Kurum içi geçici görevlendirme, kurumların yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin yerine getirilmesi için, personelin kurum içerisinde geçici olarak görevlendirilmesidir. Bu görevlendirme bir toplantıya, seminere, eğitime katılma şeklinde olabileceği gibi, personel yetersizliği nedeniyle işlerin aksamasının önüne geçilmesi amacıyla da yapılabilir<sup>144</sup>. DPB'na göre<sup>145</sup>; “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununda memurların kurum içinde geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte asli görevleri ile ilgili olarak memurların kurum içinde geçici olarak görevlendirilebilmelerine aykırı bir husus da bulunmamaktadır. ... 657 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “Hiçbir memur sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılmaz” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm ile Devlet memurlarının kamu hizmetlerindeki belirli kadrolarda, sınıfına ve sınıfı içindeki derecesine uygun görevlerde çalıştırılmasının zorunlu kılınması ve böylece keyfi görevlendirmelerin önlenmesi amaçlanmıştır. ... Bu itibarla, yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde ve gerekli koşulların varlığı halinde memurların kurum içinde amirlerince bir görevin ifası için geçici olarak görevlendirilebilecekleri, bu görevlendirmenin memurun asli görevi ile ilgili olması ve hizmetin yerine getirilebilmesi anlayışı çerçevesinde süresinin tespit edilmesi gerektiği mütalaa edilmektedir.”

Geçici görevlendirme, vekâlet veya tedviren görevlendirmeden daha farklıdır. Vekâlet ve tedviren görevlendirmede görevlendirilecek bir kadro bulunmakla birlikte bu kadroya henüz asıl atanmamıştır, kadroya ait işlere bir görevli bakmaktadır. Geçici görevlendirmedeyse kamu görevlisi, boş bir kadroya vekâlet etmemekte; hızlı bir biçimde yapılması gereken bir hizmet için veya bazı konularda bilgi ve tecrübesinden yararlanmak için görevlendirilmektedir. Danıştay'a göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun, görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacı ile o hizmetle ilgili konuda uzmanlaşmış kamu görevlilerini, kadroları üzerinde kalmak üzere belli bir süre ile görevlendirmesi mümkündür. Ancak geçici görevlendirmenin ilgilinin kadro görevinden fiilen uzaklaştırması

<sup>144</sup> **Kurum İçi Ve Kurumlar Arası Geçici Görevlendirme Uygulamaları**, <http://memuruyeri.com/2012-08-19-18-24-50/sitemizden-gorusler/2886-kurumici-ve-kurumlararasi-gecici-gorevlendirme-uyg-lamalar.html>, ET. 11.01.2016.

<sup>145</sup> Tarih ve sayı belirtilmemiş olup internet sitesinde 8. görüş olarak yer almaktadır. <http://www.dpb.gov.tr/tr-gorus/gecici-gorevlendirme>, ET. 11.01.2016.

niteliğinde olmaması gerekir<sup>146</sup>. Yine aynı Mahkeme<sup>147</sup> “...bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan “geçici” nitelikteki bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan “yeni bir kamu hizmeti”ni yürütmek amacı ile durumu uygun olan kamu görevlilerinin, “kadrolarıyla hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere” atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır. Belirtilen hukuki durum karşısında, Personel Dağılım Cetveline göre sürekli personel ihtiyacının bulunması halinde atama suretiyle bu ihtiyacın karşılanması gerekirken, geçici görevlendirmenin yargısal içtihatlarla belirlenmiş koşul ve ölçütlerine aykırı bir biçimde ve boş kadroların görevlendirme suretiyle doldurulamayacağı ilkesi gözetilmeksizin Personel Dağılım Cetveline göre geçici görevlendirme yapılmasına ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık” görmemiştir.

Danıştay içtihatlarından da görüldüğü üzere geçici görevlendirme; idarenin görev alanında yer alan geçici nitelikteki bir hizmetin ya da değişen, gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış, bir kadro ile ilgilendirilmemiş yeni bir kamu hizmetinin yürütülmesi veya bir personelin uzmanlığından yararlanılması amacıyla kullanılır. Danıştay içtihatları uyarınca geçici görevlendirme amacı dışında kullanılmamalı (kamu görevlisini görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak amacıyla) ve belirli bir süreyle sınırlı olmalıdır<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> “Geçici görevlendirmenin belli süreli ve bir hizmetin geçici olarak yürütülmesi amacıyla yönelik olması gerekirken, uygulamada davacıda olduğu gibi sürekli bir nitelik kazandığı ve geçici görevlendirme ile hedeflenen amacın dışına çıkılması hukuka aykırıdır. D5D: 26.2.1997, E. 1996/2070, K. 1997/419, **kazancı**, ET. 17.01.2016.

<sup>147</sup> D5D: 22.10.2008, E. 2007/4027, K. 2008/5078. “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan “geçici” nitelikteki bir hizmeti; ya da, değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan “yeni bir kamu hizmetini” yürütmek amacı ile, durumu uygun olan kamu görevlilerinin, “kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere” atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır. Bu işlemin kurulmasında, yukarıda nitelendirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amaç edinilmeli; kamu yararı ile bağdaşmayan, örneğin kamu görevlisini görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak gibi hizmet gereklerine ters düşen bir sonuç amaçlanmamalıdır.” D5D: 09.02.1998, E. 1997/2711, K. 1998/270, **kazancı**, ET. 17.01.2016.

<sup>148</sup> DPB’nın mütalaasında geçici görevlendirmenin belirli bir süreyle sınırlandırılmasının gerekçesi şöyle açıklanmaktadır: “Mezkur hükmün yürürlüğe konulma amacı, kamu hizmetlerinin etkin, hızlı ve verimli bir şekilde yürütülmesi yanında personelin hak ve menfaatlerinin korunması ve görevlendirmelerden dolayı ortaya çıkabilecek mağduriyetlerin

Geçici görevlendirmenin de belirli bir süreyle sınırlı olması gerekmele birlikte buradaki süre sınırlamasının, amaçları arasındaki fark göz önünde bulundurulduğunda, vekâlet veya tedviren görevlendirmedeki sınırlamadan farklı olması gerektiği söylenebilir. Bu noktada her türlü görevlendirme içine geçici görevlendirme de dahil edildiğinde, bu görevlendirme 3 aylık süreyle sınırlı kalacak, süre sonunda kamu görevlisinin geçici görevlendirmesi sona erecek ve hizmet aksayacaktır<sup>149</sup>. O halde, şu ana kadar yapılan açıklamalar dikkate alındığında yapılması gereken, Genelgede hangi tür görevlendirmelerin düzenlendiğinin açıkça belirtilmesi ve farklı amaçlarla yapılan görevlendirmelerin farklı kurallara bağlanmasıdır. Bunun dışında mevzuat incelendiğinde geçici görevlendirmeler için kimi zaman süre belirlenmediği kimi zaman da Genelgede düzenlenen süreden daha uzun süreler belirlendiği görülmektedir<sup>150</sup>. Bu mevzuata; 5952 sayılı Kamu Düzeni

önlenebilir olup, anılan maddenin ikinci fıkrasında yer alan altı aylık süre de bu amaçla getirilmiştir.» DPB: 04.06.2012 tarih ve 10574 sayılı mütalaa. Danıştay'a göre de hem vekâlet hem de geçici görevlendirme hizmet gereklerinden kaynaklanan geçici uygulamalar olup; asıl olan, yönetim ve memuriyet kadrolarına, yasal koşulları taşıyanların, kariyer ve liyakat ilkelerine uyularak atanmalarıdır. D2D: 23.11.2007, E. 2007/1275, K. 2007/4535, **kazancı, ET.** 17.01.2016.

<sup>149</sup> DPB'na göre 657 sayılı Kanuna göre kurumların asli ve sürekli mahiyetteki hizmetleri Devlet Memurları eliyle görülür. Süreklilik arz eden hizmetler için personel sayısının yetersiz olması durumunda kadro imkanları dikkate alınarak ağıktan veya naklen memur istihdam etme imkanı bulunmaktadır. Hizmetlerin, kurumların kendi personeli eliyle gördürülmesi temel ilke olmakla birlikte kısa sürede personel temininin mümkün olmaması, olağanüstü şartların oluşması, geçici süreli olarak iş yükünde artış olması gibi istisnai ve arız durumlarında kurumlar arasında geçici görevlendirmeye mümkündür. Ancak geçici süreli görevlendirmenin sürekli bir hizmet gördürme usulüne dönüşmemesi ve amacı dışında kullanılmaması da gerekmele olup, personel ihtiyacının öncelikle ilgili mevzuatına uygun bir şekilde ağıktan veya nakil yoluyla memur alınarak karşılanması, geçicilik arz eden durumlarda ise ek 8. maddenin birinci fıkrasına uygun olarak geçici süreli görevlendirme yapılması gerekmele, bu hususta ise DPB'nin görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Ancak birinci fıkrada yer alan altı aylık görevlendirme süresinin bitmesine rağmen hizmet ihtiyacının devam etmesi, geçici ve olağan dışı iş yükünün mevcut olması durumunda söz konusu maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde gerekçeleri belirtmek suretiyle her defasında DPB'nin uygun görüş alınmalıdır. DPB: 18/02/2015 tarih ve 1170 sayılı mütalaa. Nitekim DPB bu görüşüne istinaden başka bir görüşünde de kamu kurum ve kuruluşlarının hizmetlerinde aksamaya yol açılmaması için, ilgili personelin de rızasının bulunduğu hallerde söz konusu hükmün ikinci fıkrası kapsamında yapılacak görevlendirmelerde 6 aylık süreye tabi olunmaksızın personelin kurumlar arasında geçici süreli olarak görevlendirilebileceğini belirtmiştir. DPB: 04/06/2012 tarih ve 10574 sayılı mütalaa.

<sup>150</sup> DPB, 04/05/2011 tarih ve 7513 sayılı mütalaa. DPB'nin görevlendirmenin, 657 sayılı Kanunun Ek 8. maddesi kapsamında yapılmış olması durumunda, görevlendirme süresinin bir yılda altı ayı geçmeyecek şekilde uygulanması gerektiğini; geçici süreli görevlendirmenin 657 sayılı Kanun dışındaki bir düzenlemeye istinaden yapılması durumunda ise anılan hükmün kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Benzer bir karar için bkz. DPB'nin



Ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun (madde 12/2<sup>151</sup>), 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (madde 36<sup>152</sup>), 5902 sayılı Afet Ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun (madde 14/2<sup>153</sup>) örnek verilebilir<sup>154</sup>. Görüldüğü üzere, 2015/13 sayılı Genelgeyle örnek verilen Kanun hükümleri, süreyi sınırlayan hükümler açısından uyumlu olmayabilir. Bu tür olumsuzlukların önüne geçebilmek için Genelgelerin gerekli mevzuat araştırması yapıldıktan sonra hazırlanması gerekir.

## VII.Genel Değerlendirme

2015/9 sayılı Genelge 31.08.2015 tarih ve 29461 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. 07.06.2015 tarihinde genel seçimler yapılmış olup bu seçimler sonucu hükümet kurulamaması nedeniyle 01.11.2015’de erken seçim yapılması

26/04/2011 tarih ve 6632 sayılı mütalaası, <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/gecici-gorevlendirme>, ET. 17.01.2016.

<sup>151</sup> “Müsteşarlığın görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere bütün kamu kurum ve kuruluşlarının personeli, aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kendi kurumlarından ödenmek kaydıyla, Müsteşarın teklifi ve Bakan onayı ile geçici olarak Müsteşarlıkta görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilen personelin Müsteşarlıkta geçen hizmet süreleri mesleki kademelerinden sayılır.”

<sup>152</sup> “(Değişik birinci fıkra : 27/12/1991 - KHK - 475/6 md.) Genel ve katma bütçeli dairelerle döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan fonlarda, belediyeler ve özel idareler, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlarda, iktisadi Devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarında ve bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseselerde çalışanlar kurumlarının, yüksek yargı organı mensupları, hakim ve savcılar için kendilerinin muvafakatı ile Başbakanlıkta Daire Başkanı ve daha üst ünvanlı kadrolarda istihdam edilebilirler. Başbakanlığın bu konudaki talepleri, ilgili kurum ve kuruluşlarca öncelikle sonuçlandırılır. Yüksek yargı organları mensupları hakkında görevlendirme talebi ilgili yüksek mahkemelerin başkanlarının yerine getirilir. Bu personel ilgili kurumundan maaşsız izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam ettiği gibi, bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. (Ek cümle: 11/10/2011-KHK-666/5 md.) Bu fıkra kapsamında istihdam edilen personel istihdam edildikleri kadro için ilgili mevzuatta öngörülen her türlü mali ve sosyal haklardan aynen yararlanır. Terfileri başkaca bir işleme gerek duyulmadan süresinde yapılır. (İkinci fıkra mülga: 27/12/1991 - KHK - 475/6 md.) (Ek: 16/6/1988 - KHK - 331/1 md.) Ayrıca, birinci fıkrada belirtilen kurumlarda görevli personel; aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Başbakanlıkta görevlendirilebilirler.”

<sup>153</sup> “Çalışma grupları, afet ve acil durum yönetimi uzmanları, afet ve acil durum yönetimi uzman yardımcıları ile diğer personelden oluşur. Başbakan veya yetkilendirdiği bakan onayı ile afet ve acil durumlara ilişkin çalışmalarda bulunmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarının personeli, Başkanlıkta geçici olarak görevlendirilebilir; konu ile ilgili uzmanların katılımı ile geçici komisyon ve kurullar oluşturulabilir.”

<sup>154</sup> Geçici Görevlendirme hangi mevzuata göre yapılır? <http://sorucevap.memurlar.net/soru/2207/>, ET. 17.01.2016

kararı alınmış ve yeni hükümet ancak 2015 Kasım ayının sonunda göreve başlayabilmiştir. 07.06.2015'ten, 2015/9 sayılı Genelgenin yayımlandığı tarihi de içine alacak şekilde, Kasım 2015 sonuna kadar güvenoyu almış bir hükümet değil; işgüder hükümet görev başında kalmıştır<sup>155</sup>. Bu durum devletin ve kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin bir sonucudur. Ancak bu noktada işgüder hükümetin hangi konularda işlem tesis edebileceği tartışma konusudur. Örneğin henüz güvenoyu almamış bir hükümetin ve bu arada hükümetin başı olan başbakanın kamu görevlilerinin atanma ve görevlendirilmelerini durdurması veya izin şartına bağlaması mümkün müdür?

İşgüder hükümet uygulamasının amacı, devletin ve kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlamak olduğuna göre, bunun tam tersine personel atama ve görevlendirmesini durduran veya zorlaştıran uygulamaların bu amaçla bağdaştığı söylenemez. Yine işgüder hükümetlerin görevi, gündelik işlerin yürütülmesiyle sınırlı olmalıdır. İşgüder hükümetlerin siyasal değil, ancak idarî ve ivedi işleri görebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu hükümetler, parlamento güvenine dayanmadıklarından önemli siyasal kararlar almamalı, önemli makamlara atama yapmamalıdır<sup>156</sup>. Danıştay'a göre de<sup>157</sup> "11.1.2002 tarihinden 4.11.2002 tarihine kadar 11 aylık sürede İl Sağlık Müdür Yardımcılığı görevlerine 87 adet atama yapıldığı halde, 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimlerinden hemen sonra, (yeni hükümete görev teslimi yapılmadan kısa bir süre önce) 4.11.2002-19.11.2002 tarihleri arasında ve İl Sağlık Müdür Yardımcılıkları görevlerine acil atamayı gerektirecek somut bir nedenin varlığı da ortaya konulmadan, davacıyla birlikte 41 İl Sağlık Müdür Yardımcılığı kadrosuna yapılan atamanın kamu yararı ve hizmet gerekleriyle bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır."

2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgeler, kendi belirledikleri istisnalar dışındaki tüm kamu kuruluşlarının yapacağı bir kısım atamaları ve görevlendirmeleri durdurmuş veya Başbakanlıktan izin alma şartına bağlamıştır. Personel hukuku açısından son derece önemli yetkileri Başbakanlığa bahşeden bu tür işlemlerin hukuka aykırı olmaması, pek çok hukuk kural ve ilkesine uygun olmasına bağlıdır. Ancak incelenen Genelgelerin bu şartları taşımaktan uzak olduğu görülmektedir.

<sup>155</sup> Haziran seçimi sonrası Başbakan Ahmet Davutoğlu Bakanlar Kurulu'nun istifasını Cumhurbaşkanlığı makamına sunmuş ve bu istifa da Cumhurbaşkanı tarafından; Anayasasının 104. maddesi uyarınca, yeni Hükümet kuruluncaya kadar mevcut hükümetin göreve devam etmesi ricasıyla kabul edilmiştir. **Abdulahkimoğulları** Erdal: "İşgüder hükümet", <http://www.ankarastateji.org/ko-e-yaz-s/i-guder-hukümet/>, ET. 20.02.2016.

<sup>156</sup> [http://www.anayasa.gen.tr/bakanlarkurulu.htm#\\_ftnref30](http://www.anayasa.gen.tr/bakanlarkurulu.htm#_ftnref30), ET. 17.01.2016.

<sup>157</sup> D5D: 10.12.2004, E. 2004/3658, K. 2004/5187, **kazancı**, ET. 17.01.2016.

Genelgeler düzenleyici işlem yapma tekniğine aykırı bir biçimde yapılmış olup muğlak ifadeler ve belirsizlikler taşımaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi Genelgeler gerekli atıfları yapmaya imkan verecek şekilde yazılmamıştır. Bunun dışında Genelgelerde “*müstakil birim amiri*”, “*yürütme*”, “*her türlü görevlendirme*”, “*legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten yapılar*” gibi ifadeler yer almakta olup bunların ne anlama geldiği belirsizdir. Bu belirsizliğe rağmen bu tür ifadelere hukuki güç tanımak, uygulamada pek çok problem doğmasına, idarelerin nasıl işlem yapması gerektiği noktasında kafasının karışmasına ve gereksiz yere pek çok hususun Başbakanlığa sorulmasına neden olabilir. Nitekim bu husus Genelgeler yayınlanır yayınlanmaz kendini göstermiş ve 2015/9 sayılı Genelge yayımlandıktan bir süre sonra Başbakanlık Personel Ve Prensipier Genel Müdürlüğünün 17.09.2015 tarih ve 10481 sayılı işlemiyle Genelge hakkında çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Benzer şekilde 2015/13 sayılı Genelgenin yayınından hemen sonra 09.12.2015 tarih ve 14129 sayılı Başbakanlık Personel Ve Prensipier Genel Müdürlüğü işlemiyle 2015/13 sayılı Genelgede çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Genelgelerde göze çarpan bir diğer husus da kapsam kısımlarında (tüm kamu kurum ve kuruluşları) yer verdikleri istisnaların hangi ölçütlere göre belirlendiğinin anlaşılabilmesidir. Örneğin Genelgelerde il özel idareleri ve belediyeler kapsam dışı tutulmuş ancak büyükşehir belediyeleri bilinçli veya bilinçsiz olarak kapsama dâhil edilmiştir. Yine benzer şekilde Genelgelerde Kamu Denetçiliği Kurumu kapsam dışı tutulurken Türkiye İnsan Hakları Kurumu veya düzenleyici denetleyici kurumlar kapsama dâhil edilmiştir.

Genelgelerin kapsamına ilişkin olarak bir diğer önemli husus da pek çok kamu kurumunun Genelgeler kapsamına alınması ve Başbakanlığa personel konusunda geniş yetkiler tanınmış olmasıdır. Merkezi idarenin kamu kurumlarının personeli üzerinde kanunda düzenlenmemiş yetkilere düzenleyici işlemle sahip olması, idari vesayet ilkesine aykırılık oluşturur<sup>158</sup>.

<sup>158</sup> Bununla birlikte Danıştay benzer bir olayda farklı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay; 25173 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve personel atamalarını ikinci bir talimata kadar durduran 2003/42 sayılı Başbakanlık Genelgesinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: “*Anayasanın 112. maddesinin 1. fıkrasında, “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir...” hükmü yer almış; aynı maddenin 3. fıkrasında, “Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür” hükmüne yer verilmiş; 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 33. maddesinde, Başbakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelgelerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir hükmü öngörülmesi; aynı Kanunun 2. maddesinin (a) fıkrasında, Bakanlıklar*

İdari vesayet ve hiyerarşi idarenin bütünlüğünü sağlayan araçlardır. Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca “*Merkezî idare, mahallî idareler*

*arasında işbirliğini sağlamak, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek, Anayasa ve kanunlarla verilen hizmetleri yerine getirmek maksadıyla gerekli tedbirleri almak; (b) fıkrasında, Devlet teşkilatının düzenli ve müessir bir şekilde işlenmesini temin edecek prensipleri tespit etmek, hükümet programı ve kalkınma planları ile yıllık programların uygulanmasını takip etmek Başbakanlığın görevleri arasında sayılmış; anılan Kanunun 9. maddesinin (a) fıkrasında ise, Devlet teşkilatının düzenli bir şekilde işlenmesini sağlayıcı prensipleri tespit etmek, direktifler vermek, önlemler almak ve koordinasyonu sağlamak Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında belirtilmiştir. İptali istenen 2003/42 Sayılı Başbakanlık Genelgesiyle, kamu kurum ve kuruluşlarındaki her türlü atamaların belli istisnalar dışında 2. bir talimata kadar durdurulduğu anlaşılmaktadır. Personel hareketlerinin hükümetin uyguladığı ekonomik program doğrultusunda belli bir düzen içinde yürütülmesi ve kamu sektöründeki istihdamın ölçüli hale getirilmesini sağlamak amacıyla, kamu yönetimi reformu çalışmaları çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşlarındaki bazı kadrolara yapılacak olan ve Genelgede tek tek sayılan istisnai atamalar dışındaki her türlü atamaların 2. bir talimata kadar geçici olarak durdurulmuş olmasında, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır. Dava konusu Genelge, tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamına aldığından, özellikle bir kurumun yetkisine bırakılmış bir konuya müdahale anlamını da taşımamaktadır. Kaldı ki, iptali istenen Genelgeyle, kamu hizmetlerinde aksamaya yer verilmemesi için ivedi ve zorunlu hallerde yapılacak atamaların durdurulmadığı ve bu atamalar için Başbakanlıktan izin alınması koşulunun öngörüldüğü gözlenmektedir. Belirtilen nedenlerle, personel hareketlerinin ekonomik program doğrultusunda belli bir düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla, atamaların belli istisnalar dışında geçici olarak durdurulması ve bu geçici dönemle sınırlı olmak üzere zorunlu atamalar için Başbakanlıktan izin alınması koşulunun getirilmesine dair davaya konu genelgede hukuka ve kamu yararına aykırılık görülmemiştir. Öte yandan, Başbakanlığın 18.9.2003 tarihli başka bir işlemlerle, sosyal güvenlik kuruluşları, yerel yönetimler, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunlarla kurulmuş olan kurul, üst kurul, enstitü ve sair adlarla kamu tüzel kişiliğini haiz kamu kurum ve kuruluşlarında görevli personelin kurum içi atamalarının ve sözleşmeli personelin ilk defa atanmasına dair işlemler dışında kalan atama işlemlerinin 2003/42 Sayılı genelge kapsamından çıkarıldığı; daha sonra 9.6.2004 günlü, 25487 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/18 Sayılı genelgeyle de davaya konu genelgenin yürürlükten kaldırıldığı anlaşılmaktadır.” Mahkemenin gerekçesine aldığı Anayasa hükmü (madde 112) başbakanın bakanlar ve bakanlıklarla olan ilişkilerini düzenlemekte olup bu noktada ayrı bir tüzel kişiliği olan kamu kurumlarının madde hükümleriyle bir ilişkisi yoktur. Mahkemenin dayanak gösterdiği Kanun hükümlerine bakıldığında, bu madde hükümlerinden bütün atamaların merkezi idarenin yetkisine bırakılabileceği şeklinde bir anlam çıkarılamaz. Zira atama yetkisi kanuni dayanak gerektiren bir yetki olup aynı zamanda kanunda açıkça düzenlenmelidir. Kaldı ki idare hukukunda yetkinin dar yorumlanması bilinen bir ilkedir. Mahkemenin gerekçe olarak belirttiği “*Genelge, tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamına aldığından, özellikle bir kurumun yetkisine bırakılmış bir konuya müdahale anlamını da taşımamaktadır. Kaldı ki, iptali istenen Genelgeyle, kamu hizmetlerinde aksamaya yer verilmemesi için ivedi ve zorunlu hallerde yapılacak atamaların durdurulmadığı ve bu atamalar için Başbakanlıktan izin alınması koşulunun öngörüldüğü gözlenmektedir*” şeklindeki ifade de Genelgenin hukuka uygun kabul edilmesini sağlamaz. Zira Genelgenin istisna öngörmeden, bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamına alması veya bazı atamalar için Başbakanlıktan izin alma şartı getirmesi, atama yetkisinin kanuna dayanması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. D5D: 27.02.2006, E. 2003/5124, K. 2006/752, **kazancı**, ET. 17.01.2016.*

üzerinde..... kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.” Yani idari vesayet aslında, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde sahip olduğu bir yetkidir. Bununla birlikte Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir tüzelkişiliği olan kamu kurumlarının bu bütünden kopuk olduğu düşünülemez<sup>159</sup>. Merkezi idarenin kamu kurumları üzerinde sahip olduğu yetki, Anayasa hükmü uyarınca idari vesayet olarak ifade edilemese de idari vesayet benzeri bir yetkidir. Bu yetkinin de idari vesayet yetkisindeki sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir.

Vesayet yetkisi, kanuna dayanır ve kanunla sınırlıdır. Vesayet makamı vesayet yetkisini ancak kanunda açıkça belirtilmiş olan alanlarda ve yine kanunun çizdiği sınırlar için kullanabilir. Bu noktada vesayet makamının kim olduğu da kanunla belirlenir<sup>160</sup>. Yerinden yönetim kuruluşlarının personeli üzerinde de vesayet yetkisinin kullanılması mümkün olup kamu görevlilerinin; kadrolarının verilmesi<sup>161</sup>, tayinlerinin yapılması, tasdiki, terfi, izin, işten el çektirme, disiplin kovuşturması gibi özlük işlerine ait konularda ve vazifeden azil konusunda merkezi idareye yetki verilebilir<sup>162</sup>. Ancak bunun için kanunla açıkça yetkilendirilmiş olmak gerekir. Kanunda merkezi idareye verilmiş açık bir yetki yoksa her kamu tüzel kişisinin, kendine has bir personele sahip olduğunun ve kendi adına personel istihdam edebileceğinin kabulü gerekir<sup>163</sup>. Bu cümleden olmak üzere<sup>164</sup> “*Kamu kurumları ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olarak, kendilerine has bir personel çalıştırmırlar. Bu personelin alımı, işlerine son verilmesi vb. bakımlardan, kamu kurumunu kuran kamu idaresi (devlet veya mahallî idareler) değil, doğrudan kamu kurumu yetkilidir. Örneğin devlet tarafından kurulmuş üniversitenin personeli üniversite tarafından işe*

<sup>159</sup> Günday’a göre merkezi idareye mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisi tanınmışken bu kuruluşlara oranla özerklikleri sınırlı olan kamu kurumlarına karşı bu yetki evleviyetle kabulü gerekir. Yine müellife göre anayasada düzenlenmiş olan idarenin bütünlüğü ilkesi karşısında kamu kurumlarını bu denetim kapsamının dışına çıkarmak imkânsızdır. **Günday:** s. 85.

<sup>160</sup> **Arslan** Süleyman: Türkiye’de Ve İngiltere’de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Kalite Matbaası, Ankara 1978, s. 61.

<sup>161</sup> DMK madde 33 uyarınca “*İl özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birliklerin kadroları yetkili organlarınca hazırlanarak İçişleri Bakanlığının onayı ile tamamlanır.*”

<sup>162</sup> Erdoğan Sedat: “*Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Yetkileri*”, TBD Yayını, Ankara 1972, s. 204’dan naklen, **Arslan:** s. 71. Günday’a göre de kamu kurumlarında çalışan personelin seçilmesi, atanması, atamalarının onaylanması ve görevlerine son verilmesi konusunda merkezi idareye kanunla yetki verilebilir. **Günday:** s. 89.

<sup>163</sup> **Gözler:** s. 157, (kitap).

<sup>164</sup> **Gözler:** s. 471 vd, (kitap).

*alınır ve üniversite tarafından işine son verilir. Kamu kurumunun personeli de kendine has bir statüye tâbidir. Şüphesiz bu statü devlet memurluğu genel statüsüne göndermeyle düzenlenmiş de olabilir.”*

İnceleme konusu genelgelere ilişkin son olarak şu söylenebilir: 2015/9 ve 2015/13 sayılı Genelgeler yayımlandıkları tarihten kısa bir süre sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Genelgelerle düzenlenen konularda kanuni bir düzenleme yapılmamış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bunların kaldırılma gerekçeleri hukuka aykırı olduklarının anlaşılması mıdır; yoksa başka bir neden mi etkili olmuştur? Bu soru cevapsız kalmıştır.

#### **-KAYNAKÇA-**

**Ağar Şefik Can:** İdari Hiyerarşi Kudreti, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1970.

**Akbulut Emre:** Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

**Akçer Güney:** Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi Ve Bu Yetkinin Yargısal Denetimi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Bölümü Yüksek Lisans Tezi, 2011.

**Akgüner Tayfun:** Kamu Personel Yönetimi, DER Yayınları, Altıncı Basım, İstanbul 2014.

**Aktan Tahir:** Kamu İdaresi, Genişletilmiş 2. Basım, 1989.

**Akyılmaz Bahtiyar – Sezginer Murat – Kaya Cemil:** Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.

**Arslan Süleyman:** Türkiye’de Ve İngiltere’de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Kalite Matbaası, Ankara 1978.

**Atay Ender Ethem:** İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

**Atay Şanlı Yeliz:** Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, 1. Baskı, TODAİE, Ankara 2011.

**Aytürk Nihat:** “Yönetimde Yetki Devri Ve İmza Yetkileri”, AİD, Y.

2000, C. 33, S. 1.

**Bayburtlu Arif:** Devlet Memurlarının Naklen Atanmalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

**Coşkun Sabri:** “Kamu Personeli Mevzuatının Uygulanmasından Doğan Yönetimsel Yargı Uyuşmazlıkları”, AİD, Y. 1988, C. 21, S. 1.

Çolak Nusret İlker: “Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri”, AÜEFĐ, Y. 2005, C. IX, S. 1-2.

**Devlet Memurları El Kitabı**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, TODAİE, Yayın No. 219, Ankara 1987.

**Duran Lütfi:** “İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii Ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, İÜHFM, Y. 1964, C. XXX, S. 3-4.

**Em Ali:** Kanunların Ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

**Gournay Bernard:** Yönetim Bilimine Giriş, TODAİE Yay No. 122, Çev. İhsan Kuntbay, Ankara 1971.

**Gözler Kemal:** “5018 Ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, AUHFD, Y. 2011, C. 60, S. 4 2011.

**Gözler Kemal:** İdare Hukuku, Cilt I, 1. Baskı, Bursa 2003, (kitap).

**Günday Metin:** İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.

**Güneş Turan:** Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, No:191 - 173, Ankara 1965.

**Güran Sait:** “İdarî Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili Ve Müstaifi Addi”, İÜHFM, Y. 1963, C. 29, S. 1-2.

**Güran Sait:** “Yeni Bir Buluş: Askıdaki Memur”, İHİD, Y. 1980, C. 1, S. 1, (askıdaki memur).

**Güran Sait:** “Yer Değiştirme İşlemlerinin Maliyeti”, İHİD, Y. 1980, S. 2, (yer değiştirme).

**Kamu Yönetimi Sözlüğü**, Editör: Seriyse Sezen, 2. Baskı, TODAİE, Yayın No. 342, Ankara 2008.

**Karaer** Tacettin: “Kalkınma Planları Ve İdari Reform”, AİD, Y. 1991, C. 24, S. 2.

**Kayar** Nihat: Kamu Personel Yönetimi, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, 2011.

**Kerman** Uysal – **Altan** Yakup – **Aktel** Mehmet: “Dönüşen Devlette Yerleşme Politikaları: Kalkınma Planları Üzerinde Bir Analiz” AİD, Y. 2008, C. 41, S. 3.

**Onar** Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1966.

**Pınar** İbrahim: Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

**Sayan** İpek Özkal: “Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı”, AÜSBFD, C. 64, S. 1.

**Serim** Bülent: “Yönetimin Kamu Görevlileriyle İlgili Düzenleme Yetkisi”, Danıştay Dergisi, Y. 1989, S. 72-73.

**Şanlı** Denizler: “Planlama Yetkisinin Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3.

**Tan** Turgut: Planlamanın Hukuki Düzeni, TODAİE Yay. No. 154, Ankara 1976.

**Tan** Turgut: “Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi”, AİD, Y. 1975, C. 8, S. 2, (ekonomik idari kararlar).

**Tosun** Öztekin: “Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, İÜHFM, Y. 1962, C. 28, S. 2.

**Tutum** Cahit: Türkiye’de Memur Güvenliği, TODAİE Yay. No. 132, Ankara 1972.

**Türkiye Cumhuriyeti Devlet Teşkilatı Rehberi**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, TODAİE Yayınları, Yayın No. 377, Ankara 2015, Hazırlayanlar: Onur Ender Aslan, Ali Çakıroğlu, Ozan Zengin, Serkan Yıkarbaba, Doğan Durna.

**Yavuzdoğan** Seçkin: Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, Adalet Kitabevi, Ankara 2014.

**Yıldırım** Ramazan: Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayıncılık, Konya 2006.



Başbakanlıktan:

Konu : Personel İşlemleri

GENELGE

2015/9

Tüm kamu kurum ve kuruluşlarında (Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Teşkilatı, Anayasa Mahkemesi, hâkim ve savcı adaylarının atanmaları yönünden ilgisine göre Adalet Bakanlığı veya Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu, Sayıştay Başkanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Millî İstihbarat Teşkilatı, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmeler hariç);

- Kamu Personel Seçme Sınavı sonuçlarına göre merkezi yerleştirme sonucunda yapılacak atamalar,

- Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı ve Dış Hekimliği Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı sonucunda atanmaya hak kazananların atanmaları,

- Doçent ve profesör kadrolarına yapılacak atamalar,

- 657 sayılı Kanununun 53 üncü maddesi kapsamına giren engelli atamaları,

- 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi kapsamına giren eski hükümlü atamaları,

- 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci ve ek 6 ncı maddeleri kapsamına giren atamalar,

- 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu kapsamında veya diğer ilgili mevzuata göre yapılacak askeri personel atamaları,

- 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 22 nci maddesi uyarınca yapılacak atamalar,

- Devlet burslusuz olarak yurt dışına gönderilen öğrencilerin akademik eğitimlerini tamamlamalarını müteakip atanmaları,

- Zorunlu yer değiştirmeye tabi atamalar,

- Eş durumu ve mazeret nedeniyle yapılacak naklen atamalar,

- Vatani görevlerini yapmak üzere görevlerinden ayrılıp terhislerini müteakip tekrar eski görevlerine dönmek isteyenler ile ücretsiz izin bitimi yapılacak atamalar,

- Mükteseben yapılacak derece terfileri ve görevde yükselme sınavı sonucunda yapılacak atamalar,

- Yargı kararlarının uygulanması nedeniyle yapılacak atamalar,

- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Ek 1 inci maddesi ile 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun Ek 1 inci maddesi kapsamına giren atamalar,

- Bakanlar Kurulu kararı veya müsterek kararla yapılacak atamalar,

- Müfettiş raporu veya soruşturma sonucu yapılması gereken atamalar,

- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun ek 7. maddesi kapsamına giren atamalar,

hariç olmak üzere her statüdeki personelin görev ve unvan değişikliği niteliğinde olanlar dahil naklen veya açıktan atamaları, ikinci bir talimata kadar durdurulmuştur.

Ancak kamu hizmetlerinde aksama meydana verilmemesi amacıyla ivedi ve zorunlu hallerde yukarıda belirtilen istisnalar dışında yapılacak atamalar için Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Ayrıca; bu kurum ve kuruluşlarda daire başkanı, eşiti ve üstü boş kadrolara vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler ile üyesi olunan uluslararası kuruluşlar ve anlaşmalar gereğince katılımın zorunlu olduğu toplantılar hariç tüm yurtdışı geçici görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

Başbakanlıktan:

Konu : Personel İşlemleri

**GENELGE**

2015/9

Tüm kamu kurum ve kuruluşlarında (Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Teşkilatı, Anayasa Mahkemesi, hâkim ve savcı adaylarının atanmaları yönünden ilgisine göre Adalet Bakanlığı veya Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu, Sayıştay Başkanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Millî İstihbarat Teşkilatı, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmeler hariç);

- Kamu Personel Seçme Sınavı sonuçlarına göre merkezi yerleştirme sonucunda yapılacak atamalar,
  - Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı ve Diş Hekimliği Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı sonucunda atanmaya hak kazananların atanmaları,
  - Doçent ve profesör kadrolarına yapılacak atamalar,
  - 657 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi kapsamına giren engelli atamalar,
  - 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi kapsamına giren eski hükümlü atamalar,
  - 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci ve ek 6 ncı maddeleri kapsamına giren atamalar,
  - 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu kapsamında veya diğer ilgili mevzuata göre yapılacak askerî personel atamalar,
  - 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 22 nci maddesi uyarınca yapılacak atamalar,
  - Devlet burslusu olarak yurt dışına gönderilen öğrencilerin akademik eğitimlerini tamamlamalarını müteakip atanmaları,
  - Zorunlu yer değiştirmeye tabi atamalar,
  - Eş durumu ve mazeret nedeniyle yapılacak naklen atamalar,
  - Vatani görevlerini yapmak üzere görevlerinden ayrılmış terhislerini müteakip tekrar eski görevlerine dönmek isteyenler ile ücretsiz izin bitimi yapılacak atamalar,
  - Mükteseben yapılacak derece terfileri ve görevde yükselme sınavı sonucunda yapılacak atamalar,
  - Yargı kararlarının uygulanması nedeniyle yapılacak atamalar,
  - 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Ek 1 inci maddesi ile 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun Ek 1 inci maddesi kapsamına giren atamalar,
  - Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararla yapılacak atamalar,
  - Müfettiş raporu veya soruşturma sonucu yapılması gereken atamalar,
  - 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun ek 7. maddesi kapsamına giren atamalar,
  - hariç olmak üzere her statüdeki personelin görev ve unvan değişikliği niteliğinde olanlar dahil naklen veya ağıktan atamaları, ikinci bir talimata kadar durdurulmuştur.
- Ancak kamu hizmetlerinde aksatmaya meydan verilmemesi amacıyla ivedi ve zorunlu hallerde yukarıda belirtilen istisnalar dışında yapılacak atamalar için Başbakanlıktan izin alınacaktır.
- Ayrıca; bu kurum ve kuruluşlarda daire başkanı, eşiti ve üstü boş kadrolara vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler ile üyesi olmayan uluslararası kuruluşlar ve anlaşmalar gereğince katılımın zorunlu olduğu toplantılar hariç tüm yurtdışı geçici görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

T.C.  
BAŞBAKANLIK  
Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü

Sayı : 69471265-010-06/ 10481  
Konu : 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi

17 Eylül 2015

DAĞITIM YERLERİNE

Bilindiği üzere, 31/08/2015 tarihli ve 29461 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Personel İşlemleri” konulu 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesinde belirtilen istisnalar dışında her statüdeki personelin görev ve unvan değişikliği niteliğinde olanlar dâhil naklen veya açıktan atamalarının ikinci bir talimata kadar durdurulması ancak ivedi ve zorunlu hallerde Başbakanlıktan izin alınarak atama yapılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Bu çerçevede aşağıda belirtilen personel işlemlerine izin verilmiştir.

1. 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi kapsamına giren engelli işçi alımları,
2. Eleman temininde günlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini temin etmek üzere 4924 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan atamalar,
3. İlgili mevzuatında “Devlet hizmeti yükümlülüğü” veya “mecburi hizmet” adı altında yapılan atamalar,
4. Mesleğe, özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınarak ilgili mevzuatında belirtilen yardımcılık, stajyerlik gibi yeterlik süreçleri sonucunda yapılan atamalar,
5. 657 sayılı Kanunun 73 üncü maddesi ve ilgili mevzuat uyarınca karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle yapılan atamalar,
6. “Eğitim durumu” ve “engellilik” nedeniyle yapılacak kurum içi ve kurum dışı naklen atamalar,
7. 2009/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1 inci maddesi uyarınca, görev mahalli dışında bir ortaöğretim kurumunu merkezi sınavla kazanmış çocuğu bulunan veya engelli bir yakınının özel eğitim ihtiyacı olan personelin atamaları,
8. Aday memurların asli memurluğa atanması, öğrenim nedeniyle intibak değişikliği, hizmet değerlendirmesine bağlı ilave derece veya kademe uygulaması gibi ilgili mevzuatına göre yapılması gereken atamalar,
9. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun ilgili hükümlerine göre süreli atanan öğretim elemanlarının (yardımcı doçent, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi, okutman ve uzman) yeniden atanmaları,
10. Üniversitelerde proje süresi ve bütçesi ile sınırlı olmak üzere çalıştırılacak personel.

Ancak il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolarda bulunanların başka bir birimde veya yerde 10 iş gününü aşan görevlendirilmeleri ile bu dolu kadroya yapılacak görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Öte yandan, uygulamada birliğin sağlanması ve tereddütlerin giderilmesi amacıyla aşağıdaki açıklamaların yapılması ihtiyacı hâsıl olmuştur:

1. “KPSS sonuçlarına göre merkezi yerleştirme sonucunda yapılacak atamalar” kapsamına sadece ÖSYM tarafından alınan tercihlere göre yapılan merkezi yerleştirmeler girmektedir.

2. Aşağıda belirtilen hususlar Genelge kapsamı dışındadır:

T.C.  
BAŞBAKANLIK  
Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü

Sayı : 69471265-010-06/ 10481  
Konu : 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi

17 Eylül 2015

DAĞITIM YERLERİNE

Bilindiği üzere, 31/08/2015 tarihli ve 29461 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Personel İşlemleri" konulu 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesinde belirtilen istisnalar dışında her statüdeki personelin görev ve unvan değişikliği niteliğinde olanlar dâhil naklen veya açıktan atamalarının ikinci bir talimata kadar durdurulması ancak ivedi ve zorunlu hallerde Başbakanlıktan izin alınarak atama yapılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Bu çerçevede aşağıda belirtilen personel işlemlerine izin verilmiştir.

1. 4857 sayılı İş Kanununun 30 uncu maddesi kapsamına giren engelli işçi alımları,
2. Eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini temin etmek üzere 4924 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan atamalar,
3. İlgili mevzuatında "Devlet hizmeti yükümlülüğü" veya "mecburi hizmet" adı altında yapılan atamalar,
4. Mesleğe, özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle alınarak ilgili mevzuatında belirtilen yardımcılık, stajyerlik gibi yeterlik süreçleri sonucunda yapılan atamalar,
5. 657 sayılı Kanunun 73 üncü maddesi ve ilgili mevzuat uyarınca karşılıklı olarak yer değiştirme suretiyle yapılan atamalar,
6. "Eğitim durumu" ve "engellilik" nedeniyle yapılacak kurum içi ve kurum dışı naklen atamalar,
7. 2009/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 1 inci maddesi uyarınca, görev mahalli dışında bir ortaöğretim kurumunu merkezi sınavla kazanmış çocuğu bulunan veya engelli bir yakınının özel eğitim ihtiyacı olan personelin atamaları,
8. Aday memurların asli memurluğa atanması, öğrenim nedeniyle intibak değişikliği, hizmet değerlendirilmesine bağlı ilave derece veya kademe uygulaması gibi ilgili mevzuatına göre yapılması gereken atamalar,
9. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun ilgili hükümlerine göre süreli atanan öğretim elemanlarının (yardımcı doçent, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi, okutman ve uzman) yeniden atanmaları,
10. Üniversitelerde proje süresi ve bütçesi ile sınırlı olmak üzere çalıştırılacak personel.

Ancak il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolarda bulunanların başka bir birimde veya yerde 10 iş gününü aşan görevlendirilmeleri ile bu dolu kadroya yapılacak görevlendirmeler için Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Öte yandan, uygulamada birliğin sağlanması ve tereddütlerin giderilmesi amacıyla aşağıdaki açıklamaların yapılması ihtiyacı hâsıl olmuştur:

1. "KPSS sonuçlarına göre merkezi yerleştirme sonucunda yapılacak atamalar" kapsamına sadece ÖSYM tarafından alınan tercihlere göre yapılan merkezi yerleştirmeler girmektedir.
2. Aşağıda belirtilen hususlar Genelge kapsamı dışındadır:

T.C.  
BAŞBAKANLIK  
Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü

Sayı : 69471265-010-06/ 1 0 4 8 1  
Konu : 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi

17 Eylül 2015

- a) 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesine göre veya diğier kanun hükümleri uyarınca yapılacak (idari kadrolara yapılacak görevlendirmeler hariç) kurumlar arası geçici görevlendirmeler,  
b) Yıllık izin, mazeret izni, hastalık ve refakat izni, aylıksız izin nedenleriyle geçici olarak ayrılanların yerlerine yapılacak vekil atamaları,  
c) Genelge kapsamında sayılan kurumlardan kapsam dışı tutulan kurumlara yapılacak her türlü atamalar ile görevlendirmeler.

Bilgilerinizi ve gereğini rica ederim.

  
Kemal MADENOĞLU  
Başbakan a.  
Müsteşar

Dağıtım:  
Başbakan Yrd.larına  
(İlgili Kuruluşlara Başbakan Yardımcılıklarınca)  
Bakanlıklara (İlgili Kuruluşlara Bakanlıklarca)  
Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğine  
Başbakanlık İlgili Kuruluşlarına  
Düzenleyici ve Denetleyici Kurum/Kurul Başkanlıklarına  
Başbakanlık Merkez Teşkilatına

T.C.  
BAŞBAKANLIK  
Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü

Sayı : 69471265-010-06/ 1 0 4 8 1  
Konu : 2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi

17 Eylül 2015

- a) 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesine göre veya diğer kanun hükümleri uyarınca yapılacak (idari kadrolara yapılacak görevlendirmeler hariç) kurumlar arası geçici görevlendirmeler,  
b) Yıllık izin, mazeret izni, hastalık ve refakat izni, aylıksız izin nedenleriyle geçici olarak ayrılanların yerlerine yapılacak vekil atamaları,  
c) Genelge kapsamında sayılan kurumlardan kapsam dışı tutulan kurumlara yapılacak her türlü atamalar ile görevlendirmeler.

Bilgilerinizi ve gereğini rica ederim.

  
Kemal MADENOĞLU  
Başbakan a.  
Müsteşar

Dağıtım:  
Başbakan Yrd.larına  
(İlgili Kuruluşlara Başbakan Yardımcılıklarınca)  
Bakanlıklara (İlgili Kuruluşlara Bakanlıklarca)  
Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğine  
Başbakanlık İlgili Kuruluşlarına  
Düzenleyici ve Denetleyici Kurum/Kurul Başkanlıklarına  
Başbakanlık Merkez Teşkilatına

GENELGE

Başbakanlıktan:

**Konu :** Personel İşlemleri

**GENELGE**

2015/13

Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu personelinin; hizmet kalitesini ve verimliliğini yükseltmek, merkez-taşra, kurum ve kuruluşları ile bölgeler arasında dengeli dağılımını sağlamak, yönetim kadroları hakkında gerekli veri tabanını oluşturmak üzere aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.

Tüm kamu kurum ve kuruluşları (Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Yüksek mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu, Sayıştay Başkanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Millî İstihbarat Teşkilatı, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müesses ve işletmeler ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personel hariç);

- a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 92'nci maddesine göre yapacağı atamalarda,
  - b) Müşterek kararlar atama gerektirmeyen;
  - 1) Müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapacağı atamalarda,
  - 2) İl müdürü ve daire başkanı, eşi ve üstü idari kadrolara kurumlar arası nakil yoluyla yapacağı atamalarda (yükseköğretim kurumlarının kendi aralarında yapacakları atamalar hariç),
  - c) Sınıf değiştirerek kurumlar arası nakil yoluyla yapacağı atamalarda,
- Başbakanlıktan izin alacaktır.

Boş kadrolara yapılacak vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler aşağıda belirtilen esaslara göre gerçekleştirilir:

- a) Müşterek kararlar atama gerektiren boş kadrolara yapılacak vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler 3 ayı geçemez. Bu görevlendirmeler ivedilikle Başbakanlığa bildirilir. Bu sürenin sonunda söz konusu görevlendirmeler başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Aynı kadroya 3 aylık sürenin sonunda yapılacak yeni görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınır.
- b) Yukarıda belirtilen görevlendirmelerden 3 aydan fazla devam etmesi öngörülenler için süre belirtmek şartıyla Başbakanlıktan izin alınacaktır.
- c) Müşterek kararlar atama gerektiren boş kadrolara bu Genelgenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler bu Genelgenin yayımından itibaren 3 ay içinde kaldırılır.

Genelge kapsamındaki kurumlardan, kapsam dışı tutulan kurumlara yapılacak atamalar ile görevlendirmeler bu Genelge hükümlerine tabi değildir.

Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri hariç); doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahibi olduğu veya yönetim, denetim kurulu v.b. üyeliklere atama veya aday gösterme yetkisine sahip olduğu (yurtdışı dahil) şirket, banka, teşebbüs, teşekkül, kuruluş, bağlı ortaklık, iştirak ve işletmelerde kamu payına karşılık;

- a) Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararlar yapılan atamalar dışında; atanacak banka meclisi, yönetim kurulu, denetim kurulu ve tasfiye kurulu üyeleri için atama işlemleri başlatılmadan önce,
- b) Genel kurulda seçilecek banka meclisi, yönetim kurulu, denetim kurulu ve tasfiye kurulu üyeleri için genel kurulca seçilmek üzere önermeden önce,

Başbakanlıktan izin alacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları, il müdürü ve daire başkanı, eşi ve üstü idari kadrolara ilişkin verileri (yönetim ve denetim kurulları dâhil) altı aylık dönemlerde (1 Ocak-1 Temmuz tarihleri esas alınarak) ekli 1 sayılı forma uygun olarak Başbakanlığa gönderecektir.

Bu Genelge kapsamındaki izin yazıları; düzenleyici ve denetleyici kurumlarda, ilgili oldukları bakanlığa bilgi vermek suretiyle Bakanın, diğer kurumlarda münhasıran ilgili Bakanın imzasıyla; bilgi amaçlı yazılar ise kurum ve kuruluşların üst yöneticilerinin imzasıyla Başbakanlığa gönderilecektir.

2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

**GENELGE**

**Başbakanlıktan;**

**Konu : Personel İşlemleri**

**GENELGE**

**2015/13**

Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu personelinin hizmet kalitesini ve verimliliğini yükseltmek, merkez-taşra kurum ve kuruluşlar ile bölgeler arasında dengeli dağılımı sağlamak, yönetim kadroları hakkında gerekli vzeri tabanını oluşturmak üzere aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.

Tüm kamu kurum ve kuruluşları (Cemhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Yüksek mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu, Sayıştay Başkanlığı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Millî İstihbarat Teşkilatı, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kuruluşları biriktir, müessesce ve işletmeler ile 926 sayılı Türk Silâhli Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personel hariç);

a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 92'nci maddesine göre yapacağı atamalarda,

b) Müşterek kararla atama gerektirmeyen;

1) Müstakil birim amiri ve üstü kadrolara yapacağı atamalarda,

2) İl müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolara kurumlar arası nakil yoluyla yapacağı atamalarda (yükseköğretim kurumlarının kendi aralarında yapacakları atamalar hariç),

c) Sınıf değiştirerek kurumlar arası nakil yoluyla yapacağı atamalarda,

Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Boş kadrolara yapılacak vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler aşağıda belirtilen esaslara göre gerçekleştirilir:

a) Müşterek kararla atama gerektiren boş kadrolara yapılacak vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler 3 ayı geçmez. Bu görevlendirmeler ivedilikle Başbakanlığa bildirilir. Bu sürenin sonunda söz konusu görevlendirmeler başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Aynı kadroya 3 aylık sürenin sonunda yapılacak yeni görevlendirmelerde Başbakanlıktan izin alınır.

b) Yukarıda belirtilen görevlendirmelerde 3 aydan fazla devam etmesi öngörülenler için süre belirtilmek şartıyla Başbakanlıktan izin alınacaktır.

c) Müşterek kararla atama gerektiren boş kadrolara bu Genelgenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan vekâlet, yürütme ve tedvir dâhil tüm görevlendirmeler bu Genelgenin yayımından itibaren 3 ay içinde kaldırılır.

Genelge kapsamındaki kurumlardan, kapsam dışı tutulan kurumlara yapılacak atamalar ile görevlendirmeler bu Genelge hükümlerine tabi değildir.

Ayrıca kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri hariç); doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahibi olduğu veya yönetim, denetim kurulu v.b. üyeliklere atama veya aday gösterme yetkisine sahip olduğu (yurtdışı dahil) şirket, banka, teşebbüs, teşekkül, kuruluş, bağlı ortaklık, iştirak ve işletmelerde kamu payına karşılık;

a) Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararla yapılan atamalar dışında; atanacak banka meclisi, yönetim kurulu, denetim kurulu ve tasfiye kurulu üyeleri için atama işlemleri başlatılmadan önce,

b) Genel kurulda seçilecek banka meclisi, yönetim kurulu, denetim kurulu ve tasfiye kurulu üyeleri için genel kurulda seçilmek üzere önermeden önce,

Başbakanlıktan izin alınacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları, il müdürü ve daire başkanı, eşiti ve üstü idari kadrolara ilişkin verileri (yönetim ve denetim kurulları dâhil) altı aylık dönemlerde (1 Ocak-1 Temmuz tarihleri esas alınarak) ekli 1 sayılı forma uygun olarak Başbakanlığa gönderecektir.

Bu Genelge kapsamındaki izin yazıları, düzenleyici ve denetleyici kurumlarda, ilgili oldukları bakanlığa bilgi vermek suretiyle, Bakanlar, diğer kurumlarda mübaşeratsız ilgili Bakanın imzasıyla; bilgi amaçlı yazılar ise kurum ve kuruluşları tat yöneticilerinin imzasıyla Başbakanlığa gönderilecektir.

2015/9 sayılı Başbakanlık Genelgesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Bilgilerinizi ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan



Başbakanlıktan:

**Konu :** Milli Güvenliği Tehdit Eden  
Örgüt ve Yapılarla İrtibatlı  
Kamu Çalışanları Hakkında

GENELGE

2016/4

Türkiye Cumhuriyeti Devleti; ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli güvenliğini ve kamu düzenini tehdit eden, Devlet otoritesini zaafa uğratmayı amaçlayan, iç ve dış güvenliği bozmaya çalışan, vatandaşlarımızın temel hak ve hürriyetlerini yok etmeye yönelik eylem ve saldırılarda bulunan terör örgütleri veya legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten yapılarla mücadelesini hukuki zeminde etkin bir şekilde yürütmektedir.

Anayasal bir hakkın kullanımı sonucu kamu hizmetine giren ve Devlet adına millette hizmetle yükümlü olan kamu çalışanlarının (II özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmelerinde çalışanlar dâhil) en önemli vasıfları, dürüstlük, tarafsızlık ve Anayasa ile kanunlara bağlılıktır.

Kamu çalışanlarının hizmet içi ve dışındaki davranışlarının, resmi sıfatlarının gerektirdiği niteliklerle bağdaşır olması zorunludur. Devletin ve ülkenin menfaatlerini korumakla yükümlü olan kamu çalışanlarının; Anayasaya ve kanunlara sadakatle hareket etmeleri, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak, davranışlarıyla kendilerine duyulan güveni zedelememeleri gerekmektedir. Bu çerçevede kamu çalışanları, kanunların suç saydığı eylemleri işlemek amacıyla kurulan örgüt veya yapılarla hiçbir şekilde ilişki içine giremez; bu yönde faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya demeğe katılmamaz ya da bunlara yardım ve yataklık edemezler.

Kamu çalışanları, ilgili mevzuatında belirtilen esaslar çerçevesinde yalnız hiyerarşik amirleri tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü olup bu görevlerin ilgili mevzuata göre yürütülmesinden yalnız amirlerine karşı sorumludurlar. Amirler ise maiyetlerinde çalışanların görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirip getirmediğini takip ve kontrol etmekle yükümlüdürler.

Kamu hizmetine girme hakkı da dahil olmak üzere, Anayasada yer alan haklardan hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan hukuk devletini ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Nitekim bu tür faaliyetler, kanunlarda adli ve idari nitelikte yaptırım gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir.

Bu itibarla;  
-Terör örgütleri veya legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten yapılarla ilişki kuran veya eylem birliği içerisinde olan,  
-Bu örgüt ve yapıların emir ve talimatıyla hareket eden,  
-Bu örgüt ve yapılarla yardım eden,  
-Kamu imkan ve kaynaklarını bu örgüt veya yapıları desteklemeye yönelik kullanan veya kullandıran,  
-Bu örgüt veya yapılarla mücadeleyi engelleyen,  
-Bu örgüt veya yapıların propagandasını yapan,

kamu çalışanları hakkında ilgili mevzuatı çerçevesinde idari nitelikteki işlemler yetkili amirler tarafından ivedilikle yapılacaktır. Suç teşkil eden fiiller yönünden ise durum ivedilikle adli mercilere bildirilecektir.

Yukarıda belirtilen hususlar personel çalışmasına dayalı hizmet alımı ihalesiyle istihdam edilen personel hakkında da ilgili mevzuatı çerçevesinde titizlikle uygulanacaktır. Bilgilerini ve gereğini önemle rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

Başbakanlıktan:

**Konu :** Milli Güvenliği Tehdit Eden  
Örgütü ve Yapılarıyla İrtibatlı  
Kamu Çalışanları Hakkında

GENELGE  
2016/4

Türkiye Cumhuriyeti Devleti; ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, milli güvenliğini ve kamu düzenini tehdit eden, Devlet otoritesini zaafa uğratmayı amaçlayan, iç ve dış güvenliği bozmaya çalışan, vatandaşlarımızın temel hak ve hürriyetlerini yok etmeye yönelik eylem ve saldırılarda bulunan terör örgütleri veya legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten yapılarla mücadelesini hukuki zeminde etkin bir şekilde yürütmektedir.

Anayasal bir hakkın kullanımı sonucu kamu hizmetine giren ve Devlet adına millete hizmetle yükümlü olan kamu çalışanlarının (II özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ile bunların kordakları birlik, müessese ve işletmelerinde çalışanlar dâhil) en önemli vasıfları, dürüstlük, tarafsızlık ve Anayasa ile kanunlara bağlılıktır.

Kamu çalışanlarının hizmet içi ve dışındaki davranışlarının, resmi sıfatlarının gerektirdiği niteliklerle bağdaşır olması zorunludur. Devletin ve ülkenin menfaatlerini korumakla yükümlü olan kamu çalışanlarının; Anayasaya ve kanunlara sadakatle hareket etmeleri, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak, davranışlarıyla kendilerine dayanan güveni zedelememeleri gerekmektedir. Bu çerçevede kamu çalışanları, kanunların suç saydığı eylemleri işlemek amacıyla kurulan örgüt veya yapılarla hiçbir şekilde ilişki içine giremez; bu yönde faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya demeğe katılamaz ya da bunlara yardım ve yataklık edemezler.

Kamu çalışanları, ilgili mevzuatında belirtilen esaslar çerçevesinde yalnız hiyerarşik emirleri tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü olup bu görevlerin ilgili mevzuata göre yürütülmesinden yalnız amirlerine karşı sorumludurlar. Amirler ise maiyetlerinde çalışanların görevlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirip getirmediğini takip ve kontrol etmekle yükümlüdürler.

Kamu hizmetine girme hakkı da dahil olmak üzere, Anayasada yer alan haklardan hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya ve insan haklarına dayanan hukuk devletini ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Nitekim bu tür faaliyetler, kanunlarda adli ve idari nitelikte yaptırım gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir.

- Bu itibarla;
- Terör örgütleri veya legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten yapılarla ilişki kuran veya eylem birliği içerisinde olan,
  - Bu örgüt ve yapıların emir ve talimatıyla hareket eden,
  - Bu örgüt ve yapılarla yardım eden,
  - Kamu imkan ve kaynaklarını bu örgüt veya yapıları desteklemeye yönelik kullanan veya kullanduran,
  - Bu örgüt veya yapılarla mücadeleyi engelleyen,
  - Bu örgüt veya yapıların propagandasını yapan,

kamu çalışanları hakkında ilgili mevzuatı çerçevesinde idari nitelikteki işlemler yetkili amirler tarafından ivedilikle yapılacaktır. Suç teşkil eden fiiller yönünden ise durum ivedilikle adli mercilere bildirilecektir.

Yukarıda belirtilen hususlar personel çalışmasına dayalı hizmet alımı ihalesiyle istihdam edilen personel hakkında da ilgili mevzuatı çerçevesinde titizlikle uygulanacaktır.

Bilgilerini ve gereğini önemle rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

Başbakanlıktan:

**Konu :** Bazı Genelgelerin Yürürlükten Kaldırılması

GENELGE

2016/5

Başbakanlık Genelgeleri, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükümünde Karamamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 33 üncü maddesine göre yürürlüğe konulmakta ve belli dönemlerde gözden geçirilerek uygulama imkânı kalmayanlar yürürlükten kaldırılmaktadır.

Bu çerçevede, uygulama imkânı kalmayan veya yürürlükte kalmasına lüzum görülmeyen ekli listede yer alan genelgelerin yürürlükten kaldırılması uygun görülmüştür.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

Ek: Liste

Başbakanlıktan:

**Konu :** Bazı Genelgelerin Yürürlükten Kaldırılması

GENELGE

2016/5

Başbakanlık Genelgeleri, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararın Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 33 üncü maddesine göre yürürlüğe konulmakta ve belli dönemlerde gözden geçirilerek uygulama imkânı kalmayanlar yürürlükten kaldırılmaktadır.

Bu çerçevede, uygulama imkânı kalmayan veya yürürlükte kalmasına lüzum görülmeyen ekli listede yer alan genelgelerin yürürlükten kaldırılması uygun görülmüştür.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Ahmet DAVUTOĞLU  
Başbakan

Ek: Liste

13	2013/2	09.03.2013 / 28582
14	2013/4	25.04.2013 / 28628
15	2013/14	18.12.2013 / 28855
16	2014/7	15.05.2014 / 29001
17	2014/11	27.06.2014 / 29043
18	2015/2	05.02.2015 / 29258
19	2015/6	28.08.2015 / 29459
20	2015/10	02.09.2015 / 29463
21	2015/13	02.12.2015 / 29550 (Mükerrer)

13	2013/2	09.03.2013 / 28582
14	2013/4	25.04.2013 / 28628
15	2013/14	18.12.2013 / 28855
16	2014/7	15.05.2014 / 29001
17	2014/11	27.06.2014 / 29043
18	2015/2	05.02.2015 / 29258
19	2015/6	28.08.2015 / 29459
20	2015/10	02.09.2015 / 29463
21	2015/13	02.12.2015 / 29550 (Mükerrer)

## 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN'UN 9/A MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Doğan KILINÇ\*

### ÖZET

*Küreselleşme, günümüz dünyasını etkileyen önemli olgulardan birisidir. Küreselleşmeyle beraber dünyada siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel yapılarda ciddi değişimler yaşanmaktadır. Bu değişimi etkileyen temel faktör ise, bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen baş döndürücü gelişmelerdir.*

*Bilgi ve iletişim teknolojilerinin en çarpıcı örneklerinden birisi İnternettir. İnternet yirminci yüzyılın en önemli buluşlarından birisidir. İnternet sayesinde ulusal ve uluslararası alanda bilgi paylaşımı ve iletişim hayal edilemeyecek boyutlara ulaşmış ve dünya gerçekten küçülmüştür. Bugün, İnterneti kullanarak pek çok bilgiye kolay, ucuz ve hızlı bir şekilde erişmek mümkündür.*

*Özel hayat, insanın sahip olduğu en önemli temel hak ve özgürlüklerden birisidir. İlk çağdan günümüze ve tarihin her döneminde özel hayat önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İnternetin günlük hayatımızın bir parçası haline gelmesiyle, özel hayat ihlalleri gittikçe artmaya başlamıştır.*

*Ülkemizde İnternet ortamında işlenen bazı suçlarla mücadele amacıyla, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" hazırlanmıştır. Söz konusu Kanun'a 2014 yılında 9/A maddesi eklenmiştir. Bu madde ile İnternet ortamında yer alan ve özel hayatı ihlal eden bir içerik nedeniyle söz konusu İnternet sitesine erişim engelleme imkânı getirilmiştir. Bu çalışmada, 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi çerçevesinde, İnternet ortamında yer alan ve özel hayatı ihlal eden içeriklere karşı neler yapılabileceği sorusuna cevap bulunmaya çalışılmıştır.*

***Anahtar Kelimeler:** İnternet, özel hayatın korunması, mahremiyet, erişim engelleme, bilgi ve iletişim teknolojileri.*

---

Dr. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (doganklc@yahoo.com)

**PROTECTION OF PRIVATE LIFE WITHIN THE CONTEXT OF ARTICLE 9/A OF LAW NO. 5651 ON REGULATING BROADCASTING IN THE INTERNET AND FIGHTING AGAINST CRIMES COMMITTED THROUGH INTERNET BROADCASTING**

**ABSTRACT**

*Globalization is one of the important concept nowadays affecting our world. With globalization, we have witnessed serious changes in political, economical social and cultural structures in the world. Main factor which impacts this change is the stunning developments in the information and communication technologies.*

*One of the impressive examples in the information and communication technologies is Internet, and Internet is deemed as one of the important inventions of 20<sup>th</sup> century. Thanks to the invention of Internet, the information shared and the communication at local and international level have been reached to an unimaginable extent and as a consequence of which the world virtually became smaller in that sense. Today, it is possible to access to the information in a cheap and rapid manner.*

*Protection of private life is one of the essential rights and liberties that mankind owns. Protection of private life emerges as an important concept throughout the history, up until now. Interfering with the private life is growing with the fact that internet becomes a part of our daily life.*

*The Law No. 5651 on “Regulating Broadcasting in the Internet and Fighting against Crimes Committed through Internet Broadcasting” was adopted to combat with the crimes committed at internet environment. Afterwards, Article 9/A was incorporated to the said Law. With the incorporation of Article 9/A, now it is possible to block the access to the web page which includes a content that interferes with the private life of people.*

*In this study, within the frame of Article 9/A of the Law No: 5651, it is aimed to find solutions to the problem of contents broadcasted at internet platform which interferes with the private life.*

**Keywords:** *Internet, protection of private life, privacy, blocking the access, information and communications.*

## **GİRİŞ**

Küreselleşme, günümüz dünyasını etkileyen önemli olgulardan birisidir. Küreselleşmeyle beraber dünyada siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel yapılarda ciddi değişimler yaşanmaktadır<sup>1</sup>. Bu değişimi etkileyen temel faktör ise, bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen baş

<sup>1</sup> DOĞAN, İlyas, Parçalayan Küreselleşme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 22



döndürücü gelişmelerdir. Teknolojide meydana gelen gelişmeler dünya üzerinde hareketliliği arttırmakta bu da küreselleşmeyi hızlandırmaktadır. Bu gelişmelerle sadece halklar bir yerden bir yere kolay ve hızlı seyahat etmemekte, İnternet ve mobil telefonların icat edilmesiyle haberleşme de kolay ve hızlı bir şekilde yapılabilmektedir. Teknolojik gelişmelerle dünyanın yerleşik düzeni değişmekte ve geleneksel normlar zorlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, gelişen teknolojiler geleneksel hukuk düzenlerini ciddi bir şekilde sarsmakta, hatta bazen ulusal hukukları çaresiz bırakabilmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojileri, toplumları derin bir şekilde etkilemektedir. Son 150 yılda meydana gelen teknolojik ilerlemelerle endüstri devriminin yerini bilgi devrimi almıştır<sup>2</sup>.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde<sup>3</sup> yaşanan baş döndürücü gelişmeler, günlük hayatı son derece kolaylaştırmış yeni hizmetlerin ve uygulamaların geliştirilmesini sağlamıştır. Ancak bu teknolojik gelişmeler beraberinde bazı tehdit ve riskleri de getirmiştir. Bu tehdit ve risklerin en büyük hedefi, temel hak ve özgürlüklerdir. Haberleşme özgürlüğü başta olmak üzere, özel hayatın gizliliği, ifade hürriyeti, kişisel verilerin korunması ilk akla gelen risk altındaki özgürlüklerdir. Söz konusu özgürlükler, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk tarafından korunmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin getirdiği faydalardan yararlanmak ve bunların tehlikelerinden korunmak için ulusal ve uluslararası düzeyde işbirliği ve çalışmalar yapılmaktadır. Bilgi teknolojileri, bireyleri, toplumları ve devletleri çeşitli platformlarda buluşturmaktadır.

Bilgi ve iletişim teknolojileri, her geçen gün ekonomik ve sosyal hayatımıza daha fazla nüfuz etmekte ve dünyamızı yoğun bir şekilde etkilemektedir. Hayatın dijitalleşmesiyle birlikte bu ürün ve hizmetlere olan

<sup>2</sup> KLEVE Pieter-De MULDER Richard, “Privacy Protection an the right to information: in search of a new symbiosis in the information age”, Cyberlaw, Security an Privacy Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard, The Second Internentional Conferance on Legal, Security and Privacy Issues in Information Technology, Beijing China, 2007, s. 333

<sup>3</sup> Bilgi teknolojisi; “*veri ve bilgileri toplayan, işleyen, saklayan ve iletimini sağlayan bilgisayar ve iletişim teknolojilerinin, yazılım ve donanım öğelerinin bütünü*” olarak tanımlanabilir. (<http://www.tubaterim.gov.tr/> erişim: 28.02.2016) Bilgi teknolojisi, bilgisayarda ve iletişim teknolojisiyle yeni imkânlar sağlar, verimliliği ve etkinliği artırır. Bilgi teknolojileri, düzenli yapılan işlemleri otomatikleştirir, yetenekleri ve bilgiyi artırır, bilgiye kolay erişimi sağlar. Ayrıca, bilgiyi yönetmememizi ve bilgiyi yorumlamamızı sağlar. Bilgi teknolojileri, bilginin ortaya çıkması, ortaya çıkan tüm bilgilerin toplanması, toplanan bilgilerin biriktirilmesi, biriktirilen bilgilerin gerekli şekilde işlenmesi, elde edilen bilgilerin bütününe kontrolünden geçirilmesi, toplanan bilgilerin gerekli yerlere yayılması, yayılan bilginin korunması ve bu işlemleri yaparken kullanılan araçların tamamı olarak ifade edilmektedir. (<http://www.mailce.com/bilgi-teknolojisi-nedir.html>, erişim: 28.02.2016)

bağımlılık artmaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojileri, günümüzde sadece bilim adamlarını ve uzmanları ilgilendiren bir konu olmaktan çıkmış sosyal ve ekonomik yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Bilgi ve iletişim teknolojileri, sosyal hayatı radikal bir şekilde değiştirmekte, bu durum “bilgi çağı» olarak ifade edilmektedir. Bunu en açık şekilde haberleşme alanında görmekteyiz. Bugün dünyanın herhangi bir yerinde meydan gelen bir olay, çok kısa süre içerisinde her yer de duyulabilmektedir.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin en çarpıcı örneklerinden birisi İnternettir. İnternet yirminci yüzyılın en önemli buluşlarından birisidir. İnternet sayesinde ulusal ve uluslararası alanda bilgi paylaşımı ve iletişim hayal edilemeyecek boyutlara ulaşmış ve dünya gerçekten küçülmüştür. Bugün, İnternet kullanarak pek çok bilgiye kolay, ucuz ve hızlı bir şekilde erişmek mümkündür. Çağımızın fenomeni İnternet yediden yetmişe bütün insanların hayatını etkilemektedir. İnternetin büyük bilgisayarlarda başlayan macerası, masaüstü bilgisayarlarda devam etmiş, masaüstü bilgisayarların yerini zamanla dizüstü bilgisayarlar, onların yerini de tablet bilgisayarlar almıştır. Nihayet bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler sonucunda İnternet, akıllı telefonlar ve akıllı saatler ile artık yanımızdan ayıramadığımız bir unsur olmuştur. Akıllı telefon teknolojisinde yaşanan gelişmeler nedeniyle gelecekte İnternet kullanım oranının bilgisayarların önüne geçeceğini söylemek kehanet olmayacaktır<sup>4</sup>. Nitekim Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu<sup>5</sup> tarafından hazırlanan raporlarda da bu durum açık bir şekilde görülmektedir<sup>6</sup>.

Özel hayat, insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden birisidir. İlk çağdan günümüze ve tarihin her döneminde özel hayat önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel araştırmalar, çeşitli dinlerde yer alan düzenlemeler ve hukuk kuralları özel hayatın tüm

<sup>4</sup> Pew Araştırma Merkezi'nin Şubat 2016'da yayınladığı rapora göre; gelişmiş ve gelişmekte olan ekonomilerde akıllı telefona sahip olma ve İnterneti kullanma oranı artmaya devam etmektedir. Yine bu rapora göre; gelişmekte olan ve gelişen ülkelerde yapmış olduğu araştırmaya göre geçen 2 yılda internet kullanım oranı ve akıllı telefon sahip olma durumu önemli derecede artmıştır. 2013'de gelişmiş ve gelişmekte olan 21 ülkede internet kullanımı ya da akıllı telefon sahip olma ortalaması % 45 iken 2015 yılında bu rakam %54 olmuştur. Diğer taraftan, gelişmekte olan ülkelerde akıllı telefon kullanım oranı inanılmaz derecede artmıştır. 2013'de % 21 iken 2015'e gelindiğinde % 37'lere kadar yükselmiştir. YILDIZ, Aysel, (<https://yenimedya.wordpress.com/2016/03/14/dunyada-akilli-telefona-sahip-olma-ve-internete-erisim-oranlari/> , erişim: 15.03.2016)

<sup>5</sup> (<http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Anasayfa>, erişim: 08.03.2016)

<sup>6</sup> ([http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FPazar\\_Verileri%2F2015-Q2.pdf](http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FPazar_Verileri%2F2015-Q2.pdf) , erişim: 08.03.2016)

insanlar için ve her zaman geçerli olduğunu göstermektedir. Nitekim yapılan araştırmalarda, ilkel topluluklar da bile “hayali duvarlar” aracılığıyla oluşturulmuş mahremiyet alanları bulunduğu tespit edilmiştir. Örneğin, Peru’da yaşadığı tespit edilen bazı topluluklarda odaların olmadığı geniş evlerde, kişi özel alan oluşturmak istediğinde yüzünü duvara dönmektedir. Bunun anlamı, artık hiç kimse onunla diyalog kurmamalı ve ona bakmamalıdır. Yine bu topluluklarda, bir yabancıнын izin almadan başka bir ailenin evine girmesi hoş karşılanmamaktadır<sup>7</sup>. Dolayısıyla, ilk çağdan günümüze sosyal bir varlık olmasına rağmen insan için “özel alan” ihtiyacının olduğu söylenebilir. Özel hayatın korunması, psikolojik ve sosyolojik bir ihtiyaçtır.

Özel hayat, kişi dokunulmazlığı, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı gibi negatif statü haklardan birisi olmakla birlikte, onlardan farklı olarak, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki ilerlemelere paralel şekilde gelişen bir özgürlüktür<sup>8</sup>.

Günümüz dünyasında bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler, özel hayata müdahaleyi oldukça kolaylaştırmıştır<sup>9</sup>. Örneğin, eskiden sadece gazetecilerde bulunan fotoğraf makinesi ve video kayıt cihazları, akıllı telefonlar sayesinde artık herkesin eli altında bulunmaktadır. Bu durum, özel hayata yönelik ihlalleri arttırmaktadır<sup>10</sup>. Yine artan teknolojik gelişmeyle birlikte, kişilere ait veriler eskiye oranla daha kolay bir şekilde tutulmaya ve depolanmaya başlamıştır. Ancak bu durum beraberinde bazı tehlikeleri getirmektedir. Burada sorun kişisel verilerin toplanması değil, bu bilgilerin kimle hangi amaçlarla paylaşılacağıdır. Bireyin bu paylaşım konusunda inisiyatifi kaybetmesi özel hayatı tehlikeye atmaktadır. Başka bir ifadeyle, problem salt bilginin toplanması değil, bu bilginin ilgisinin isteği dışında başka makamlara aktarılmasıdır. Bu nedenle, kişisel veri toplayan kamu

<sup>7</sup> SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, s. 228

<sup>8</sup> TEZCAN, Durmuş, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 8, 1991, s. 385

<sup>9</sup> İMRE, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının Ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 39, Sa. 1-4, 1974, s. 147

<sup>10</sup> TANDOĞAN, Halûk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, Sa.1, Ankara, 1963, s. 2; ÖĞÜÇ, Çağdaş-KASAP, Fevzi, “İnternet Yayıncılığında Etik Yaklaşımlar: Özel Hayatın Gizliliği” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.8, Sa.37, 2015, s.969

kurumları sadece yasal amaçlarını gerçekleştirecek kadar yetkilendirilmeli ve verinin sahibinin bilgisi dâhilinde bu paylaşımları yapabilmelidir. Kişilerin mali durumu, sağlık durumu vb. kişisel verilerinin bilgisayarlara yüklenmesi bunlara kişilerin bilgi ve rızası bulunmaksızın uzaktan erişimi mümkün hale getirmektedir<sup>11</sup>. Nitekim günümüz dünyasında “dünyanın patronu ve süper gücü” olarak kabul edilen ve İnternetin mucidi olan Amerika Birleşik Devletleri’nin Savunma Bakanlığı’nda yer alan hassas bilgiler bile bilgisayar korsanları tarafından ele geçirebilmektedir<sup>12</sup>. Yine Amerika’nın milli güvenliğiyle ilgili bilgilerin wikileaks.org<sup>13</sup>’da yayınlanması, Panama’da bir hukuk firmasına ait belgelerin yer aldığı panamapapers.icij.org<sup>14</sup> isimli bir İnternet sitesinde de pek çok ülkeyle ilgili önemli belgelerin yayınlanması olayın ciddiyetini gözler önüne sermektedir. Ülkemizde kimlik bilgilerinin ele geçirilip İnternet ortamında yayınlanması ise konuya ilişkin başka dramatik bir örnektir<sup>15</sup>. Söz konusu kimlik bilgileriyle bir kişiye ait tüm hassas verilerin ele geçirilmesi ekonomik veya başka amaçlarla kullanılması ne yazık ki mümkündür. Diğer taraftan, yıllardır TBMM’de bekleyen Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kabul edilmesini olumlu olarak değerlendirmek gerekir<sup>16</sup>. 2010 yılındaki Anayasa Değişikliğiyle kişisel veriler anayasal hak haline gelmiştir. Bu değişiklikten ancak 6 yıl sonra kanun çıkarılabilmektedir.

<sup>11</sup> GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması” Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 181-182

<sup>12</sup> (<http://www.dw.com/tr/abdye-siber-sald%C4%B1r%C4%B1/a-18187103>; <http://www.amerikaninsesi.com/content/amerikan-genel-kurmayina-siber-saldiri-devlet-destekli/2907162.html> erişim: 08.03.2016),

<sup>13</sup> WikiLeaks, kaynaklarının gizliliğini koruyarak hükümetlerin ve diğer organizasyonların hassas belgelerini yayınlayan, İsveç merkezli bir uluslararası organizasyondur. (<https://wikileaks.org/>, erişim: 08.03.2016)

<sup>14</sup> Panama belgeleri, bugüne kadar gerçekleşen en büyük doküman sızıntısı olarak kabul edilmektedir. Toplamda 11,5 milyon belge sızdırılmıştır. Bu belgelerde başta politikacılar olmak üzere iş dünyasına, bürokrasiye ait kara para aklama, ambargoları delme, vergi kaçırma gibi yasa dışı mali ekonomik faaliyetler yer almaktadır. Bu sızıntı pek çok ülkede siyasal sarıntıya yol açacaktır. Kanımızca, bu belgelerle dünyanın ekonomik ve siyasi yapısı yeniden şekillenecektir.

([http://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/panama-belgeleri-nedir-kirli-parayi-anlamarahberi,N8tfyV\\_t7kOip5j93JuG3g/xRel5X09Dke8-homfjWE7w](http://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/panama-belgeleri-nedir-kirli-parayi-anlamarahberi,N8tfyV_t7kOip5j93JuG3g/xRel5X09Dke8-homfjWE7w), erişim: 10.04.2016)

<sup>15</sup> Sanal korsanlar, 50 milyon Türk vatandaşının kişisel bilgilerinin yer aldığı iddia ettikleri veri tabanını İnternette yayınlamıştır. Bu veri tabanı sızıntısı iddiası, kamuyla bağlantılı en geniş kapsamlı bilgi sızıntılarından biri olarak tanımlanmıştır. Yine söz konusu İnternet sitesinde Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ve Başbakan Ahmet Davutoğlu’nun kimlik bilgileri de yayınlanmıştır.

<sup>16</sup> <http://www.gazetevatan.com/50-milyon-turk-un-kimlik-bilgileri-sizdi-931968-gundem/>, erişim: 10.04.2016)

<sup>16</sup> (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6698.html>, erişim: 12.04.2016)

İnternetin günlük hayatımızın bir parçası haline gelmesiyle, özel hayat ihlalleri gittikçe artmaya başlamıştır<sup>17</sup>. Özellikle ülke nüfuslarından daha fazla nüfusa sahip sosyal ağlarda<sup>18</sup> yapılan gelişigüzel paylaşımlar özel hayatla ilgili mağduriyetleri daha da arttırmaktadır<sup>19</sup>.

Dünyada yaşanan gelişmelerle paralel bir şekilde ülkemizde de, İnternet başta olmak üzere hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların kötüye kullanılmasıyla çeşitli suçlar işlenmeye başlamıştır. İnternet ortamında işlenen suçların hızlı bir şekilde artması ve bu suçların işlenmesindeki kolaylığa rağmen, yürürlükteki kanunların<sup>20</sup> yetersizliği yasa koyucuyu bu konuda yasal düzenleme yapmaya zorlamıştır. Ayrıca, 1982 Anayasası'nın "Ailenin korunması" başlıklı 41.<sup>21</sup> ve "Gençliğin korunması"

<sup>17</sup> DURAK, Yasemin, "İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı Ve Hukuki Korunma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, Sa. 1, Konya, 2014, s. s.103

<sup>18</sup> KILINÇ, Doğan, "Kişisel Verilerin Korunması ve Sosyal Ağlar", 4. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, Ankara, 2010, s.122

<sup>19</sup> Dünyadaki en popüler sosyal ağlardan birisi Facebook'tur. Facebook, 2004 yılında hizmet vermeye başlayan bir sosyal ağıdır. İlk başta üniversite öğrencilerine açık olan servis 2006 yılında herkese açılmıştır. New Statesman istatistiklerine göre Facebook'un 2 milyarı aşkın kayıtlı kullanıcısı bulunmaktadır. Buna göre; dünya nüfusunun %28.5'i Facebook kullanıcısı, internet kullanıcılarının ise %66'sı Facebook üyesidir. Facebook'un açıkladığı verilere göre; servisin günlük 1.04 milyar, aylık aktif kullanıcı sayısı ise Aralık 2015 verilerine göre 1.59 milyardır. Yine bu araştırmaya göre, kullanıcıların gizlilik konusunda farkındalıklarının olmadığı ortaya çıkmıştır. NextAdvisor'ın yaptığı araştırma sonuçlarına göre Facebook kullanıcılarının %25'i servisin lokasyon bilgisine ulaştığını bilmediği, %29'u basit şifreler kullandığı, %39'u gönderilen mesajların herkese açık mı yoksa sadece arkadaşlara mı gösterileceğini bilmediği ortaya çıkmıştır. Bu bilinç eksiklikleri ise özel hayat mağduriyetleri olarak ortaya çıkmaktadır. (<http://shiftdelete.net/facebook-hakkinda-ilkinc-bilgiler-68933>, erişim: 09.03.2016) Diğer sosyal ağlar; ikinci sırada Çin merkezli bir anlık mesajlaşma uygulaması olan Tencent QQ yer alırken üçüncü sıra da yine Çin merkezli bir sosyal ağ olan Qzone yer almaktadır. Instagram 300 milyon kullanıcısı ile Twitter'ın önünde yer alırken Snapchat ise 100 milyon aktif kullanıcısıyla beraber 17. Sıradadır. Günümüzde en çok aktif kullanıcısı bulunan 17 sosyal ağdan 6 tanesi (yaklaşık 3'te biri) Uzak Doğu merkezlidir. (<http://webrazzi.com/2015/02/09/sosyal-aglar-aktif-kullanici-webrazzi-pro/>, erişim: 09.03.2016)

<sup>20</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Bilişim Alanında Suçlar"ı düzenleyen 243 ve devamı maddeleri, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bu kanunlara örnek olarak gösterilebilir.

<sup>21</sup> Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır. (<https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/anayasa.uc?p1=41>, erişim: 28.03.2016)

başlıklı 58. maddesi<sup>22</sup> İnternetle ilgili düzenleme yapmada etkili olmuştur. Yapılan bu düzenleme, 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”<sup>23</sup>dur. Söz konusu Kanun, 23/05/2007 tarihli 26530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>23</sup>. 5651 sayılı Kanun’un amacı; içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumluluklarını düzenlemek ve bahse konu servis sağlayıcılar marifetiyle İnternet ortamında işlenen belirli suçlarla mücadelenin esas ve usullerini belirlemektir. Bu Kanun ile Türkiye’nin İnternet içerik politikası tek bir metin altında toplanmıştır.

5651 sayılı Kanun ile, Anayasa’nın söz konusu hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri İnternet dahil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmıştır. Başka bir ifadeyle, bu kanunla elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesi hedeflenmiştir<sup>24</sup>.

5651 sayılı Kanun’a 06.02.2014 yılında 9/A maddesi eklenmiştir. Bu madde ile İnternet ortamında yer alan ve özel hayatı ihlal eden bir içerik nedeniyle söz konusu İnternet sitesine erişim engelleme imkânı getirilmiştir. 5651 sayılı Kanun, Anayasamızın, özel olarak korunmasını öngördüğü, başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik suçların kolayca işlenmesini önlemeyi hedefleyen özel nitelikli bir kanundur<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır. (<https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/anayasa.uc?p1=58> erişim: 28.03.2016)

<sup>23</sup> (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf>, erişim: 15.03.2016)

<sup>24</sup> 5651 sayılı Kanun gerekçesi için bkz. ([http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651\\_genel%20gerkece.pdf](http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651_genel%20gerkece.pdf), erişim: 01.12.2015)

<sup>25</sup> 5651 sayılı Yasanın uygulanmasına yönelik üç yönetmelik çıkarılmıştır. Başbakanlık tarafından hazırlanan “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” 30 Kasım 2007 tarihli ve 26716 sayılı Resmi Gazete’de, “İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik” 1 Kasım 2007 tarihli 26687 sayılı Resmi Gazete’de, Telekomünikasyon Kurumu (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun eski adı) tarafından hazırlanan “Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönet-

## I- Özel Hayat Tanımı, Kapsamı ve Hukuk Sistemlerindeki Yeri<sup>26</sup>

Özel hayatın koruma alanları, koruma araç ve ilkeleri, uygulanan sınırlamalar ve yaptırımlar bu özgürlüğün çok yönlülüğünü ve karmaşıklığını göstermektedir. Gizlilik ve bağımsızlık özel hayatın temel unsurlarıdır. Özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığının devamıdır. Kişinin, davranış ve ilişkileri, kişisel tercihleri özel hayatını şekillendirir. Aslında özel hayat, bireyin dilediği gibi yaşama ve davranma özlemi olarak da ifade edilebilir<sup>27</sup>.

Bütün modern demokratik hukuk devletlerinde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesi olan özel hayatın gizliliği, insanın şahsiyetinin korunmasında önemli bir araçtır. Günümüz hukuk devletlerinde, kişi her yönüyle bir bütün olarak kabul edilmekte ve özel hayat da bu bütünün önemli bir parçası olarak görülmektedir. Özel hayatın hukuksal düzenlemelere konu olmasındaki temel amaç; insan kişiliğinin serbestçe gelişmesine imkân vermek, kişiye kendisi ve yakınları ile baş başa kalabileceği, devletçe ve başkalarınca rahatsız edilemeyeceği özerk bir alan sağlamaktır. Özel hayatın korunması insan şerefının korunmasında önemli bir araçtır<sup>28</sup>.

Özel hayatın korunması, insana değer veren bütün siyasal sistemlerde, sosyal ve psikolojik ihtiyacın sonucunda ortaya çıkmıştır. Sosyal bir varlık olan insanın, toplumda başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, iç içe geçmiş çemberlere benzetilmektedir. “Çekirdek benlik” olarak ifade edilen en iç çember, kişinin hiç kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, gizli duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları ve dileklerinden meydana gelmektedir. Burası, bireyin tam anlamıyla kendisiyle baş başa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin bir nevi sığınağıdır. İkinci çember, kişinin en yakınlarıyla paylaşacağı nispi sır alanıdır. Daha sonra, arkadaş ve dost çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir. En son çember ise, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konulardan oluşmaktadır<sup>29</sup>. Sonuç olarak, insanın, kendisiyle ilgili bir konuyu kime ne zaman açıklayacağı veya açıklamayacağı hususunun onun en doğal hakkı olduğu söylenebilir.

---

melik” ise 24 Ekim 2007 tarihinde 26680 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>26</sup> KILINÇ, Doğan, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, Sa.3, Ankara, 2012, s. 1099 vd.

<sup>27</sup> KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 151

<sup>28</sup> ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 265

<sup>29</sup> ÖZBUDUN, 1977, s. 266

Bazı kavramlar vardır ki, onların tanımlamak ve kapsamını belirlemek kolay değildir. Özel hayat da bunlardan birisidir. Özel hayatın “*ağyarını mani efradini cami*,”<sup>30</sup> bir tanımını yapmak oldukça zordur. Zaten bu kavramın tam anlamıyla tanımlanamayacağı hususunda doktrinde uzlaşma bulunmaktadır<sup>31</sup>. Gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerde de benzer yaklaşımı vardır. Nitekim ulusal ve uluslararası pek çok düzenlemede özel hayatın tanımlanmaksızın koruma altına alındığı görmekteyiz<sup>32</sup>. Hukukçu Arthur Miller “*özel hayatı tanımlamak zordur, çünkü o sinir edici bir belirsizliğe ve gözden kaybolma eğilimine sahiptir*”<sup>33</sup>.” derken kavramın bu yönüne dikkat çekmektedir.

20. yüzyılda insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, devletlerin iç işi olmaktan çıkarak uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Başka bir ifadeyle, İkinci Dünya Savaşından sonra insan haklarının korunması uluslararası alana taşınmıştır. İkinci Dünya Savaşı öncesi ve savaş sırasında yaşanan olaylar, insan haklarının ulusal düzeyde korunamayacağını göstermiştir. Bu nedenle, uluslararası alanda insan haklarının pozitif bir hukuk sistemi çerçevesinde korunması fikri ortaya çıkmış ve bunun sonucunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hazırlanmıştır<sup>34</sup>. Sözleşmeciler devletler, yetki alanlarında bulunan herkese AİHS'nin kapsamına giren hak ve özgürlükleri tanımıştır. Böylece, bireyler ulusal hukuk yanında uluslararası hukukun da öznesi olmuştur. Bu sözleşmenin daha önceki sözleşmelerden farkı, uluslararası yargısal denetim mekanizması getirmesidir. Bu mekanizmayla, sözleşmeyi ihlal eden devletlere yaptırım uygulanabilmektedir<sup>35</sup>. AİHS hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleyen organ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

<sup>30</sup> Alınmaması gerekenleri dışarıda bırakan, alınması gerekli olanları ise içine alan, tam ve eksiksiz tanımdır. Buna göre, bir tanım yaparken ona ilişkin bütün özellikler olmalı, ait olmayan hiçbir şey ise yer almamalıdır. İşte bugüne kadar bu anlamda özel hayatla ilgili bir tanım yapılamamıştır.

<http://www.sozlukanlaminedir.net/agyarini-mani-efradini-cami-ne-demektir/>, erişim: 09.03.2016)

<sup>31</sup> ÖZBUDUN, 1977, S. 265, SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s.234; TEZCAN, 1991, s. 385, EKER KAZANCI, Behiye, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sa, 1, 2007, s.133

<sup>32</sup> Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.12, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. madde.

<sup>33</sup> MİLLER, A. R.: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971, s.25, aktaran, SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 234

<sup>34</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), erişim:25.12.2015)

<sup>35</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.7



(AİHM)'dir. Mahkeme, özel hayatı tanımlamaktan ısrarla kaçınmaktadır. Özel hayat, teknolojik gelişmelere paralel bir şekilde yeniden şekillenmektedir. Bu nedenle, tanımlanması mümkün ve gerekli değildir<sup>36</sup>.

AİHM, özel hayatın ne olduğuna ilişkin hiçbir zaman açık ve kesin bir tanım yapmamıştır. Mahkemeye göre özel hayat, detaylı bir tanım getirilemeyen geniş bir kavramdır. Açık olan ise, özel hayat kavramının her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğudur. Bu nedenle AİHM, kesin ve net bir özel hayat tanımı yapmak yerine, her davanın özelliklerine göre konuyu değerlendirmektedir<sup>37</sup>.

AİHM Klass kararı<sup>38</sup> ile bireyin özel hayatına ilişkin verilerin kamusal organlar tarafından toplanmasına, depolanmasına ve işlenmesine dayanak oluşturacak önemli ilkeleri belirlemiştir. Bu kararda AİHM, bireyin özel hayatı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahaleleri, bireyi koruyucu uygun ve etkili garantiler içeren yasal düzenlemeler bulunmadığı sürece AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen hakların bir ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>39</sup>.

Özel hayat, bireye kişiliğini özgür olarak oluşturabileceği ve geliştirebileceği alanı sağlayacak kapsama sahiptir. Bu anlamda birey, diğer kişilerle ilişkiler kurma imkânına da sahip olmalıdır. AİHM, 1992 yılında vermiş olduğu Niemetz-Almanya kararında özel hayatın kapsamını belirlemiştir. Buna göre; “*Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir*”<sup>40</sup>. Dolayısıyla özel hayat, iç alanla sınırlanmamalı, dış dünya da konuya dâhil edilmelidir.

<sup>36</sup> BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme, TBB Dergisi 2013, Sa. 109, s. 84; ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, ([http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515#\\_ftnref62](http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515#_ftnref62) erişim:15.12.2015)

<sup>37</sup> ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Çev. Ayşegül Alkış Schaling, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s.12

<sup>38</sup> (<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=30>, erişim:15.12.2015)

<sup>39</sup> ŞİMŞEK, 2001.

<sup>40</sup> ROAGNA, 2012, s.14; SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 235

AİHM'e göre; bir devlet tarafından bireyler hakkında rızaları alınmaksızın bilgi toplanması, zorunlu tıbbî tedaviler, başka insanlarla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme, isim taşıma, kişinin görüntüsü veya itibarının korunması<sup>41</sup>, aile kökeni hakkında bilgilenme, fiziksel ve manevi bütünlük, cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, sağlıklı bir çevre, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel özerklik, arama ve el koymadan korunma ve telefon görüşmelerinin gizliliği özel hayat kapsamında değerlendirilmelidir<sup>42</sup>. Mahkeme bazı kararlarında ise, özel hayat kapsamına girmeyen hususları belirlemektedir. Örneğin, evcil hayvanla sahibi arasındaki ilişki, bir kişi ile kadavrası arasındaki ilişki (nesebin tespiti amacıyla DNA testi için mezardan çıkarılan); bir mahkûmla, onunla cezaevi koşulları hakkında kampanya başlatmak amacıyla iletişime geçen mektuplaştığı kişi arasındaki yazılı ilişki özel hayat kapsamında değildir<sup>43</sup>.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 428 sayılı kararında, özel hayat, "*zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir. Özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi*" biçiminde tanımlanmıştır<sup>44</sup>.

Özel hayat doktrinde; "*bireyin dingin ve rahat bırakılma hakkına sahip olduğu kendine özgü alanı*"<sup>45</sup>, "*kişinin kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunlar dışındaki kişilere gizli kalması gereken yaşam alanı*"<sup>46</sup>, "*herkes tarafından bilinmeyen, özel araştırma ve bilgi edinmeyle sağlanan kişiye ait*

<sup>41</sup> AİHM, "Tutum Petrina-Romanya" davasında Sözleşmenin 8. maddesinin bir kişinin itibarına da uygulanmasını kabul etmiştir. İtibarın, söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışmada dile getirilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğünü getiren, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir. ROAGNA, 2012, s.18

<sup>42</sup> AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006, s. 5.

<sup>43</sup> ROAGNA, 2012, s.13

<sup>44</sup> ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul 2004, s.168; İlkiz, Fikret, "Özel hayatın gizliliğinin ihlali", 2007, (<http://bianet.org/bianet/bianet/98197-ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlali>, erişim:25.12.2015)

<sup>45</sup> KABOĞLU, 1993, s. 151

<sup>46</sup> ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 1992, s. 397.

*hususlar*<sup>47</sup>”, “*başkalarınca öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar*<sup>48</sup>” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımlarda ortak olan nokta, kişiye ait bir alan ve bu alanın başkaları tarafından bilinmemesidir. Başka bir ifadeyle, özel hayatta birey, bu özgün alanın kendine hasredilmesini talep etmektedir.

Özel hayatta neyin gizlilik kapsamında olduğu tartışmalıdır. Bireyin kendine özgü ve başkasını ilgilendirmeyen bilgilerinin gizli kalması gerektiği söylenebilir. Örneğin, dini inanç, felsefi veya ideolojik görüş, bireyin katıldığı bir sosyal grup, kişisel veriler bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>49</sup>.

AIHM içtihatlarına göre; cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, etnik kimlik ve diğer hassas bilgilerin zorunlu olarak toplandığı resmi nüfus sayımları, parmak izi, tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi, görüntü, hücre örnekleri, DNA profilleri mali amaçlarla kişisel harcamalara ilişkin detayların verilmesi, telefon görüşmelerinin izlenmesi, kaydedilmesi veya saklanması; idari ve bireysel amaçlarla kurulan, sağlık, sosyal ve mali veri tabanları gibi kişisel kimlik saptama sistemi; kamuya açık sokaklardaki görüntü yakalayan kameralar, cezaevlerindeki ziyaret alanlarında tutuklu/hükümlü ve yakınları ile olan görüşmeleri izleme sistemi özel hayat kapsamındadır<sup>50</sup>. Yine, Mahkemeye göre; bireyin yasal medeni durumunu tanıma bu kapsamdadır. Kanun tarafından dayatılan, özel sektörde işten çıkarılma ve eski gizli servis çalışanlarına getirilen istihdam sınırlamalarının da, özel hayata saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olduğu düşünülmüştür. 8. maddenin vatandaşlığa geçme taleplerine uygulanmasının ise hassasiyet teşkil ettiği görülmüştür. Her ne kadar ilgili madde belirli bir ülkenin vatandaşlığını elde etme hakkı tanıımıyorsa da, Mahkeme, vatandaşlık talebinin keyfi bir şekilde reddedilmesinin bazı durumlarda o madde tarafından korunan özel hayat boyutunun toplumsal kimlik yönü üzerindeki etkisi sebebiyle, 8. madde kapsamında sorun oluşturacağını göz ardı edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>51</sup>.

Özel hayatın gizliliği, kişilik hakkının unsurlarından birisidir. Kişinin hak ve fiil ehliyeti yanında hayatı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, sırları, vücut

<sup>47</sup> ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 259.

<sup>48</sup> ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996, s. 7.

<sup>49</sup> DOĞAN, Yusuf Hakkı, “Özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar”, (<http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>, erişim: 15.12.2015)

<sup>50</sup> GÜNAYDIN, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007, s. 34; ROAGNA, 2012, s.13; DOĞAN, 2005

<sup>51</sup> ROAGNA, 2012, s.12

bütünlüğü, ismi ve diğer değerleri üzerindeki hakların tamamı kişilik hakkıdır<sup>52</sup>. Kişilik hakları, çeşitli hukuk disiplinleri tarafından koruma altına alınmıştır. Kamu hukuku ve özel hukukta kişilik haklarını koruyan çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Özel hayat, başlıca üç alanı kapsamaktadır<sup>53</sup>. Birincisi ortak alandır. Ortak hayat alanı, kişinin toplumsal yaşama katılması sonucu, öteki toplum bireyleriyle paylaştığı yaşam alanıdır<sup>54</sup>. Bu alanın başkaları tarafından bilinmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Başka bir ifadeyle ortak alan, bir kimsenin kültürel faaliyetlerde bulunması, alışveriş merkezlerine gitmesi, toplu taşıma araçlarına binmesi gibi kamuya açık alanlardaki eylemlerinden oluşan alandır<sup>55</sup>. Örneğin, konuşmacı ya da sanatçı olarak herkesin girip çıkabildiği yerlerde faaliyette bulunmak bu kapsamdadır. Kişinin bu alanı, giz alanına dolayısıyla kişilik hakkının kapsamına girmez ve diğer kişilerin öğrenmesinde ve bunları paylaşmasında sakınca bulunmamaktadır. Yine, kişinin belli malları taksitle sattığı, kullanılmış eşyaları evlerden ucuz fiyatlarla topladığı, her gün işine otobüsle gitmesi ortak alana ilişkin eylemlerdir<sup>56</sup>.

Ortak alanda kişinin statüsü de belirleyici bir etkidir<sup>57</sup>. Bir bakanın, milletvekilinin, futbolcunun veya pop şarkıcısının ortak yaşamı ile sıradan bir kişinin ortak alanı şüphesiz farklı olacaktır<sup>58</sup>. Bu tür durumlarda, özel hayatınız ve özel hayatınızdaki sınırlar daralır ve ortadan kalkar, artık kamuya açılmış ve ortak yaşam alanında yer alan bir kişi olarak, herkes sizin ne yaptığınızı, ne yediğinizi, ne içtiğinizi, nerelerde kiminle dolaştığınızı bilmek isteyecektir<sup>59</sup>. Başka bir ifadeyle, bazı kesimlerde kimin kiminle nerede olduğu, toplumca bilinmek istenmektedir.

---

<sup>52</sup> ÖZTAN, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 251.

<sup>53</sup> KAYA, Mine, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68 Sa., Ankara, 2010/4, s.285; ÜZELTÜRK, 2004, s. 4; İMRE, 1974, s. 148

<sup>54</sup> İMRE, 1974, s. 149

<sup>55</sup> ÖZBUDUN, 1977, s. 266.

<sup>56</sup> ZEVKLİLER, 1992, s. 398; ,

<sup>57</sup> Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında, politika, spor ve sanat adamlarının özel hayatlarının daha sınırlı olduğunu ifade etmiştir.”... Buna göre; politika, spor ve sanat adamlarının ortak alanına giren olaylarını basın yoluyla açıklamak kural olarak kişilik haklarına saldırı sayılmaz” Y.4.HD. 4.6.1998 tarih, 957-4299; Y.4.HD. 27.4.1995 tarih, 3303-3717, KAYA, 2010, s. 286

<sup>58</sup> ÖĞÜÇ-KASAP, 2015, s. 967; BOZLAK, 2013, s. 70

<sup>59</sup> ÖZBUDUN, 1977, s. 266; Fikret İlkiz, “Kişilik Hakları ve Medya”, ([http://www.byegm.gov.tr/seminerler/mardin\\_viii/mardin\\_17.htm](http://www.byegm.gov.tr/seminerler/mardin_viii/mardin_17.htm), erişim:20.12.2015)

İkincisi, özel alandır. Bir kişinin kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunlar dışındaki kişiler için gizli kalması gereken yaşam alanı özel alandır. Kişinin ailesi, dostları, akrabaları, iş arkadaşları ve arkadaşlarıyla paylaştığı alan, bu kapsamdadır<sup>60</sup>. Herkesin, özel hayat alanına giren olayların gizli kalmasını isteme hakkı vardır. Başka bir ifadeyle, kişiler özel hayatına ilişkin konuların başkaları tarafından bilinmemesini isteyebilirler. Özel alan, gizli alana göre daha alenidir. Ancak, bu alenilik toplum nezdinde bir aleniliği ifade etmez<sup>61</sup>. Kişi, özel alana ait olayları yalnızca yakınlarıyla paylaşır. Bu nedenle, bu alana giren olayların üçüncü kişilere duyurulması halinde, özel hayat alanı ihlal edilmiş olur<sup>62</sup>.

Üçüncüsü, gizli alandır. Buna mahremiyet alanı veya sır çevresi de denir. Kişinin diğer kişilerin görmesini, duymasını ve bilmesini istemediği ve gizli tuttuğu yaşam alanıdır<sup>63</sup>. Kişi bu alanı, diğer bütün kimselerden uzak tutar ve bunun başkaları tarafından öğrenilmesini istemez. Başka bir ifadeyle, kişi bu alanı kendisine saklar ve başkalarıyla paylaşmak istemez. Örneğin, kişi ne kadar kamuya mal olmuş meşhur birisi olursa olsun onun duygusal ve cinsel yaşamı başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken gizli alandır<sup>64</sup>. Yine kişinin aile yaşamı, sırları, duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları, tercihleri normal veya elektronik mektupları, anıları gizli alan içinde değerlendirilmelidir<sup>65</sup>. Yine, siyasi mahremiyet, tıbbi mahremiyet, İnternette mahremiyet, iş yeri mahremiyeti de gizli alan kapsamında değerlendirilmelidir.

Kişi gizli alanda başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bir hayat yaşar ve bu alana giren olayları, sadece özel olarak, yakınlık hissettiği kişilerle paylaşır. Gizli hayat alanı, bir kimsenin hayatının en özel ve gizli kısmını oluşturur<sup>66</sup>. Kişilerin yalnız kalma hakları vardır. Gizli alan dokunulmaz olduğu gibi, her türlü müdahaleye karşı da hukuki koruma altındadır. Bu alanda yer alan bilgiler basın, yayına kapalıdır<sup>67</sup>. Gizli alanı kişinin kendisinden başka kimsenin bilmemesi gereken bir alan olarak düşünmemek gerekir. Kişi kendisini yakın hissettiği kişilerle pekâlâ gizli alanlarını ve dertlerini paylaşabilir. Bu durum

<sup>60</sup> ZEVKLİLER, 1992, s. 397

<sup>61</sup> İLKİZ, 2006, GÜNAYDIN, 2007, s. 34; ÖZBUDUN, 1977, s. 266.

<sup>62</sup> ÜLKÜ, Muhammet Murat, "5237 Sayılı TCK 132-140 Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" Samsun, 2005, s.10; KAYA, 2010, s. 286

<sup>63</sup> KAYA, 2010, s. 287; DURAK, 2015, s. 108

<sup>64</sup> İMRE, 1974, s. 148

<sup>65</sup> ZEVKLİLER, 1992, s. 396

<sup>66</sup> ÜLKÜ, 2005, s. 10.

<sup>67</sup> GÜNAYDIN, 2007, s. 34.

gizli alanı gizli olmaktan çıkarmaz ve başkalarına oraya sızma hakkı vermez. Bu durumda dahi gizli alan paylaşılan kişi bunları başka kişilere aktarmamakla yükümlüdür. Aksi halde özel hayat ihlali söz konusu olur. Özel alan gibi gizli alan da hem kamu hukuku hem de özel hukuk kuralları tarafından koruma altına alınmıştır<sup>68</sup>.

Özel hayatın gizliliği hakkı, ülkemizde iki şekilde korunmaktadır. Birincisi, özel kişilerin tecavüzlerine karşı korumadır. Burada hem ceza hem de özel hukuk mevzuatı bu korumayı sağlayıcı tedbirleri içermektedir. İkincisi ise, özel hayatın gizliliğinin devlet ihlallerine karşı korunmasıdır. Bu yönüyle de konu, bir anayasa hukuku sorunu olduğundan anayasal düzenlemelere konu olmaktadır<sup>69</sup>. Devlet, cebir kullanan bir cihaz olduğundan, özel hayatın gizliliğine karşı devletten gelebilecek tecavüzlerin, özel kişilerden gelebilecek olanlara oranla, daha ciddi olacağı söylenebilir.

Özel hayat kapsamında yer alan diğer bir kavram mahremiyettir. Mahremiyet, insan haysiyetinin temelini oluşturan ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi temel insan hak ve özgürlüklerden birisidir. Mahremiyet, bir anlamda “*Bütün insan haklarının bir parçasıdır*”<sup>70</sup>. Her insanın bu hakkına saygı gösterilmesini istemesi makul bir beklentidir. Bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen gelişmelerden dolayı mahremiyet modern zamanlardaki en kırılgan insan haklarından birisi olmuştur. Mahremiyet, insan haklarının korunmasında anahtar bir değerdir. Mahremiyet, sadece gerçek kişileri ilgilendiren bir konu değildir. Gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişilerin de bu kavram dâhilinde hakları bulunmaktadır<sup>71</sup>.

1960’lı ve 1970’li yıllarda bilgi teknolojilerindeki gelişmelerle birlikte mahremiyet hakkına ilgi artmıştır<sup>72</sup>. Gözetim potansiyeli yüksek bilgisayar sistemleri, kişisel bilgileri toplama ve işleme yönetiminde spesifik düzenlemeleri harekete geçirmiştir. Mahremiyet hakkının yasal çerçevede korunması fikri Amerikan kökenli olmasına rağmen, konu ilk olarak Avrupa’da kapsamlı düzenlemelere konu olmuştur. Bu alandaki ilk düzenleme

---

<sup>68</sup> ZEVKLİLER, 1992, s. 396

<sup>69</sup> ÖZBUDUN, 1977, s. 267; ZEVKLİLER, 1992, s. 396

<sup>70</sup> ([https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#\[1\]](https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#[1]), erişim: 25.12.2015)

<sup>71</sup> ARSLAN, Hilmiye, “Amerika İle Avrupa Birliği Hukuki Düzenlemelerinin Gizlilik Haklarına Bakış Açısının Karşılaştırılması”, s. 1, (<http://inet-tr.org.tr/inetconf10/bildiri/18.doc> erişim: 20.12.2015)

<sup>72</sup> KAYA, 2010, s. 287

1970 yılında Almanya’da yapılmıştır. Bunu 1973’te İsveç, 1974’te Amerika Birleşik Devletleri ve 1977’de Fransa izlemiştir<sup>73</sup>. Mahremiyet, pek çok bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde koruma altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve AİHS konuya örnek olarak verilebilir. Yine mahremiyet pek çok ülkede anayasal bir hak olarak düzenlenmektedir.

Mahremiyet, hukuki düzenlemelerde genellikle açıkça tanımlanmamakta, terimin kapsamı yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir<sup>74</sup>. Arapça bir kelime olan mahremiyet; “yalnız olma durumu ve başka kimseler tarafından gözetilmeme veya rahatsız edilmeme” halidir<sup>75</sup>. Terim, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “kişisel gizlilik” olarak tanımlanmıştır<sup>76</sup>. Arapça ‘da “yasak, tabu, dokunulmaz” anlamına gelen “haram” kelimesinden türetilen ve sözlük anlamı “gizlilik” olan “mahremiyet” sözcüğü, zaman zaman “özel hayat” kelimesinin yerine kullanılmaktadır. Hâlbuki özel hayat, mahremiyetten daha geniş bir kavramdır. Özel hayat; kişinin güvendiği kimselerle paylaştığı, öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği “giz alanı” ve kişinin giz alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunun dışındaki kişilere gizli kalmasını istediği “özel alanı” yani, mahremiyeti de içeren bir kavramdır<sup>77</sup>.

Mahremiyet, ABD yargıcı Cooley tarafından 1888’de “yalnız kalma hakkı” olarak tanımlanmıştır<sup>78</sup>. Başka bir ifadeyle mahremiyet, gözden ırak olma hakkıdır. 1890’da Amerikalı hukukçular, Louis Brandeis ve Samuel Warren mahremiyeti detaylı olarak irdelemişler ve kavramı “Yalnız bırakılma hakkı, hakların en kapsamlısı ve özgür insanlar tarafından en çok değer verilen hak” olarak tanımlamışlardır<sup>79</sup>. Brandeis’e göre; mahremiyet anayasal

<sup>73</sup> CATE, Fred H, “Privacy and Telecommunications” Wake Forest Law Review, Volume, 33, Number, 1, 1998, s. 5; ([https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#\[1\]](https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#[1])), erişim:25.12.2015)

<sup>74</sup> (<https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#>), erişim: 20.12.2015)

<sup>75</sup> ARSLAN, 2010.

<sup>76</sup> (<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=mahremiyet&ayn=tam>), erişim: 20.12.2015)

<sup>77</sup> SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s. 233

<sup>78</sup> ERDEMLİ, Mahmut - ONUR, Tolga, “Türkiyede Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri” Ankara Barosu Dergisi, Sa. 2014/3, Ankara, s.301; BOZLAK, 2013, s. 71; KAYA, 2010, s. 287

<sup>79</sup> WARREN Samuel and BRANDEİS, Louis The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review,

demokrasinin önemli bir göstergesidir. Çünkü özgür ve demokratik bir toplum olmak, bireyin bağımsızlığına saygı göstermeyi gerektirir. Dolayısıyla mahremiyet, insan kişiliği ile ilgilidir ve bireyin kişiliğini, bağımsızlığını, onurunu ve bütünlüğünü korur<sup>80</sup>.

Mahremiyet hakkı, sırları gizli tutma hakkını ve onları ancak özel konuşmalarda paylaşmayı kapsar. Mahremiyet üç unsurdan oluşur: Gizlilik, anonimlik ve yalnızlık. Mahremiyet, bireyin kendi seçimine bağlı kaybolma hakkı olarak da ifade edilmektedir<sup>81</sup>. Mahremiyet kavramının, başkasının iletişiminin yasa dışı denetlenmemesi veya kişisel bilgilerinin yasal olmayan yollarla işlenmemesi ya da başka bir kimseyle paylaşılması gibi yönleri de bulunmaktadır<sup>82</sup>.

Mahremiyet kavramının üç çeşidi bulunmaktadır. Birincisi, mekânsal mahremiyet, ikincisi, kişi mahremiyeti ve üçüncüsü de bilgi mahremiyetidir. Mekânsal mahremiyet; kişiyi çevreleyen yakın fiziksel alanı korumayı, kişi mahremiyeti; kişiyi haksız müdahalelere karşı korumayı, bilgi mahremiyeti ise, kişisel verilerin toplanma, saklanma, işleme ve dağıtımının nasıl yapılacağını veya yapılmayacağını kontrol etmeyi gerektirir<sup>83</sup>.

Mahremiyet bir insan hakkı olarak değerlendirildiğinde, mahremiyetin öncelikle güç tekeli elinde bulunduran devlete karşı korunması gerektiği söylenebilir. Uluslararası düzeyde korunan insan hakları belgelerinde özel hayatın gizliliği, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerindeki ihlallerden ziyade devletin yaptığı ihlallere yönelik bir koruma sağlamaktadır. Kişilerin gizli bilgilerine ulaşılması devletler için birçok konuda gereklidir. Bilişim teknolojilerinin oldukça geliştiği ve yaygınlaştığı günümüzde, yargı kararıyla iletişimin denetlenmesi suçla mücadelede önemli birer araç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>84</sup>. Özellikle adli soruşturma ve kovuşturmalarda, bu bilgilere

---

1890, s. 193-220, aktaran Robinson, Graux, Botterman, Valeri, 2009, s.1; KLEVE- MULDER, 2007, s. 337; TANSUĞ, Avniye, “AB’nin Yeni Ekonomik Silahı: Veri Saklama Hukuku”,

([http://www.acikradyo.com.tr/default.aspx?\\_mv=a&aid=14260](http://www.acikradyo.com.tr/default.aspx?_mv=a&aid=14260), erişim:25.12.2015)

<sup>80</sup> <https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#>[erişim:10.03.2016]

<sup>81</sup> ERALP, Özgür, “KPS (Kimlik Paylaşım Sistemi), AKS(Adres Kayıt Sistemi) Uygulamaları Işığında Bireysel Mahremiyet” (<http://www.ozgureralp.av.tr/makaleler/tckimliktd.htm>, erişim:10.03.2016)

<sup>82</sup> ARSLAN, 2010.

<sup>83</sup> ERALP, 2007.

<sup>84</sup> KARAGÖZ, Kasım-BİRTEK, Fatih, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi



ulaşılması adaletin gerçekleştirilmesi açısından hayati önemi haizdir<sup>85</sup>. Sonuç olarak mahremiyetin, özel hayatın içinde yer almakla birlikte ondan daha dar bir kavram olduğu söylenebilir.

Özel hayat, pek çok uluslararası sözleşmeye konu olmuş bir kavramdır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 428 sayılı kararına göre özel hayat; esas olarak kişinin kendi hayatını en az müdahale ile sürdürmesinden ibarettir. Bu hak, aile hayatı ile kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, onurunu, kişiyi olduğundan farklı göstermekten kaçınmayı, özel fotoğrafların izin alınmadan yayınlanmamasını, casusluğa karşı korumayı ve haklı görülemez ve kabul edilemez yerli yersiz konuşmayı, özel iletişimin kötüye kullanılmasına karşı korumayı, kişi tarafından gizli olarak iletilmiş ve elde edilmiş bilgilerin ifşa edilmesine karşı korumayı da içermektedir<sup>86</sup>.

428 sayılı kararda Parlamenterler Meclisi özel hayatın korunmasına ilişkin şu kararlar da yer almaktadır<sup>87</sup>:

- İfade özgürlüğü hakkının kullanıldığından bahisle özel hayat hakkı yok edilemez.

- AİHS'nin 8. maddesindeki haktan yararlanmak suretiyle bireyler, kendi seçtikleri türden bir özel hayatı en alt düzeyde bir müdahale<sup>88</sup> ile yaşamak hakkına sahiptirler ve prensip olarak ilgisiz utandıran gerçeklerin açıklanması kabul edilemez.

- Sadece kamu yetkilileri değil bunun yanında özel kişiler veya kurumlar-buna medya da dâhildir- bu tür bir müdahaleden kaçınmalıdır. Bu haklardan hiç birisi mutlak olmadığı gibi aralarında bir hiyerarşi de yoktur<sup>89</sup>.

Özel hayatın korunması, günümüz dünyasında önem verilen konulardan birisidir. Bütün devletler, hukuki düzenlemelerle özel hayatı korumak için çaba göstermektedir<sup>90</sup>. Şüphesiz özel hayatın korunmasında

---

Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.3, Sa. 2, s. 71-117

<sup>85</sup> GÜNAYDIN, 2007, s. 38.

<sup>86</sup> İLKİZ, Fikret, "Özel hayatın gizliliğinin ihlali", 2007, 20 Mart 2011 tarihinde (<http://bianet.org/bianet/bianet/98197-ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlali> erişim: 10.03.2016)

<sup>87</sup> (<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>, erişim:20.12.2015)

<sup>88</sup> ÖĞÜÇ-KASAP, 2015, s. 966

<sup>89</sup> ERDEMLİ-ONUR, 2014, s.300

<sup>90</sup> İMRE, 1974, s. 150

yargı organlarına çok önemli görevler düşmektedir. Yargı içtihatları, teorik olarak hazırlanmış hukuki düzenlemelerin pratik hayatta yerleşmesinde kritik rol oynamaktadırlar. Bu nedenle özel hayatın korunmasında, yargının tavrı oldukça önemlidir. Mükemmel bir hukuki düzenleme, uygulamadaki yanlış yorumlar nedeniyle başarısız sonuçlara yol açabilir veya kötü bir hukuki düzenleme, doğru yorumla başarılı bir şekilde uygulanabilir.

Özel hayat, pek çok devlet anayasasında korunan temel hak ve özgürlüklerden birisidir. Özel hayat, Amerika Anayasasında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bu durum özel hayatın korunmadığı anlamına gelmez. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarıyla özel hayat koruma altına alınmıştır. Bu korumaya dayanak ise, Ek 4. maddenin makul olmayan arama ve el koymayı yasaklayan düzenlemesi ile Ek 1. maddenin ifade ve örgütlenme özgürlüğünü koruyan düzenlemesidir<sup>91</sup>. Başka bir ifadeyle, Anayasaya yapılan ek değişiklikler ve arama, el koymayla ilgili hükümler özel hayatı korumaya gerekeç oluşturmuştur<sup>92</sup>. Amerikan Anayasası açıkça özel hayattan bahsetmese de yaşam alanının kutsal olduğu kabul edilmekte ve devletin müdahalesi karşısında iletişimin gizliliği korunmaktadır. Yüksek Mahkeme, 4. değişiklikle ilgili bir içtihadında; bir kişinin özel hayatının hükümet tarafından yapılacak müdahalelere karşı korunduğunu ifade etmiştir<sup>93</sup>. Özel hayat, İspanya Anayasası'nın 18. maddesinde<sup>94</sup>, Federal Almanya Anayasası'nın 10. maddesinde<sup>95</sup>, İsviçre Anayasası'nın 13. maddesinde<sup>96</sup>, Belçika Anayasası'nın 22. maddesinde<sup>97</sup>, İtalya Anayasası'nın 15. maddesinde<sup>98</sup>, Portekiz Anayasası'nın 65. maddesinde<sup>99</sup>, Uruguay Anayasası'nın 10. maddesinde<sup>100</sup> koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere

---

<sup>91</sup> BOZLAK, 2013, s. 70

<sup>92</sup> (<http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>, erişim:10.03.2016)

<sup>93</sup> SALİHPAŞAOĞLU, 2013, s.231

<sup>94</sup> (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>, erişim:10.03.2016)

<sup>95</sup> (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, erişim:10.03.2016))

<sup>96</sup> (<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf>, erişim:10.03.2016)

<sup>97</sup> ([http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/BELC\\_KA\\_ANAYASASI.pdf](http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/BELC_KA_ANAYASASI.pdf), erişim:10.03.2016)

<sup>98</sup> (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, erişim:10.03.2016)

<sup>99</sup> (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%20Z%20439-532.pdf>, erişim:10.03.2016)

<sup>100</sup> ([https://www.unodc.org/.../Uruguay\\_const\\_1967](https://www.unodc.org/.../Uruguay_const_1967), erişim:10.12.2015)

özel hayat, devletler tarafından önemsenmekte ve anayasalar tarafından güvence altına alınmaktadır.

Özel hayat, pek çok uluslararası düzenlemede de koruma altına alınmıştır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12 inci maddesine göre<sup>101</sup>;

*“Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine konut dokunulmazlığına ya da yazışma özgürlüğüne keyfi olarak karışılmaz; kimsenin onur ve ününe karşı kötü davranışlarda bulunulamaz. Herkesin bu karışma ve kötü davranışlara karşı yasalarla korunma hakkı vardır”.*

1950 tarihli AİHS'de özel hayat, “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı 8. maddede yer almaktadır. Burada, Amerikan yaklaşımının tersi olarak, özel hayata açıkça koruma sağlanmakta ve buna sadece devletin haksız müdahalesine karşı korunma sağlayan negatif bir hak değil, aynı zamanda kişilerin her koşulda yararlanmasının sağlanması gereken pozitif bir hak olarak değerlendirilmektedir. Avrupa yaklaşımında özel hayat “onur” ile ilişkilendirilirken, Amerikan yaklaşımında ise “özgürlük” ile ilişkilendirilmektedir<sup>102</sup>.

AİHS'in 8. maddesine göre<sup>103</sup>;

*“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak milli güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”* Sözleşme ile belirli sınırlamalar dışında, özel hayat koruma altına alınmıştır.

1982 Anayasası'nın 20. maddesine göre<sup>104</sup>;*“ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya*

<sup>101</sup> ([http://www.unicef.org/turkey/udhr/\\_gi17.html](http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html), erişim:10.12.2015)

<sup>102</sup> BOZLAK, 2013, s.56

<sup>103</sup> (<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/ihs.htm>, erişim:10.12.2015)

<sup>104</sup> (<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0>, erişim:10.12.2015)

*birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.” Görüldüğü gibi Anayasa’nın 20. maddesi AİHS ile paralel bir şekilde kaleme alınmıştır.*

Özel hayat, pek çok ülkede korunan temel hak ve özgürlüklerden birisi olmakla birlikte, şüphesiz bu hakkın kullanımı diğer özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir. Elbette bazı durumlarda özel hayat da sınırlanabilecektir. Milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sınırlama nedeni olabilir. Ancak, bu sınırlamalar demokratik bir toplumda yasayla öngörülmüş olmak şartıyla ve zorunlu hallerde geçerlidir. Diğer taraftan, AİHS kapsamında yapılan başvurularda sınırlamanın haklı olup olmadığı konusunda AİHM karar verecektir.

## **II- 5651 Sayılı Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması**

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelişmelerle birlikte, özel hayat özellikle İnternet ortamında daha kolay ve sık olarak ihlal edilmeye başlamıştır. Yaşanan gelişmeler, devletin bireyin özel hayatını korumak için daha etkin önlem almasını zorunlu hale getirmiştir. Bu kapsamda 2014 yılında İnternet yayınlarını özel olarak düzenleyen 5651 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmış ve bu kanuna eklenen 9-A maddesiyle özel hayatın ihlali durumunda önleyici tedbir olarak teknik imkânlar çerçevesinde, ilgili içeriğin yayınının durdurulması imkânı getirilmiştir.

2014 yılında 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun<sup>105</sup> ile 5651 sayılı Kanun’un çeşitli maddelerinde değişiklikler yapılmış olup bunlardan birisi, İnternet ortamında yer alan bir içerik nedeniyle özel hayatı ihlal edilenlere bu ihlali giderme fırsatı verilmesidir.

5651 sayılı Kanun’un 9/A maddesinin birinci fıkrasına göre; “*İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.*” Buna göre; öncelikle İnternet ortamında yapılan bir yayın olmalıdır. 5651 sayılı Kanun’un 2. maddesinde İnternet ortamı; haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar

---

<sup>105</sup> (<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6518.html>, erişim:15.03.2016)

sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan İnternet üzerinde oluşturulan ortam olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri, elektronik postalar İnternet ortamı dışında kalmaktadır. Bu durum özel hayatın korunması açısından olumlu bir hükümdür. İşte İnternet ortamında yapılan bir yayından dolayı özel hayatı ihlal edilen kişi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB)<sup>106</sup> başvurarak söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini talep edebilir. Bu noktada erişimin engellenmesi<sup>107</sup> konusunda bilgi vermek, konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Erişim engelleme, İnternet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir İnternet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Erişim engelleme işlemlerinde kullanılan belli başlı teknikler şunlardır:

#### A- Alan Adından Erişim Engelleme

Bu yöntemde, alan adı sunucularında (Domain Name System - DNS) ilgili alan adına erişim kapatılarak İnternet sitesine erişim engellenmektedir<sup>108</sup>. Alan adı (Domain Name), İnternet'te bir siteye ulaşmak için kullanılan adreslerdir. Herhangi bir İnternet sitesine ulaşmak isteyen ziyaretçiler, bu adresi kullanırlar. İnternet üzerinde aynı alan adı ancak bir kere tescil ettirilebilir. Bu nedenle, başkası tarafından tescil ettirilmiş bir alan adı satın alınamaz<sup>109</sup>. Örneğin, <http://www.tib.gov.tr> adresine alan adından erişim engelleme işlemi tesis edilmişse, artık bu siteye giriş mümkün olmayacaktır<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> (<http://www.tib.gov.tr/tr/>, erişim:15.03.2016)

<sup>107</sup> Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için, KILINÇ, Doğan, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 14, Sa. 2, Ankara, 2010, s. 408 vd.

<sup>108</sup> ([http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) , /, erişim:15.03.2016)

<sup>109</sup> (<http://v1.ce.com.tr/sour/ce/index.asp?wss=ce.com.tr&wpg=hizmetdetay&did=D9C96C6D-7346-;4153-949A-3ECED03F31D0> , /, erişim:15.03.2016); Alan adları konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Cafer CANBAY, Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005.

<sup>110</sup> Ancak, burada şunu belirtmek gerekir ki, İnternet dünyasında bilgi ve iletişim teknolojileri kullanıldığından bir internet sitesine yüzde yüz erişimi engellemek zordur. Erişimi engelli bir internet sitesine çok verimli olmasa da teknik olarak alternatif erişim yolları (DNS değiştirme, VPN, Proxy Siteleri vb.) bulunmaktadır. DNS değiştirmede servis sağlayıcımızın bize sunduğu IP adresi yerine farklı bir DNS üzerinden bağlantı sağlanır. DNS bir köprü vazifesi görür ve size sadece erişim imkânı sunar. Devlet sizin kim olduğunuzu ve hangi siteye girdiğinizi rahatlıkla bulabilir. DNS sunucularını internette ziyaret etmek istediğimiz web sitelerinin adres defteri olarak tanımlayabiliriz. Nasıl ki hepimizin bir ev adresi var, web sitelerinin de birer internet adresi vardır (IP adresi). Bir siteyi ziyaret etmek istediğimiz zaman öncelikle DNS sunucusuna bağlarız, oradan sitenin IP adresini alıp siteyi açarız.

## **B- IP (İnternet Protokol) Adresinden Erişim Engelleme**

Başbakanlık tarafından çıkarılan “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 3. maddesinin h bendinde IP adresi; belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adres olarak tanımlanmıştır<sup>111</sup>. İnternet’e bağlanan her bilgisayarın mutlaka bir IP (İnternet Protokol) adresi vardır. IP adresi, noktalarla ayrılan dört rakamdan oluşur. Örneğin, 212.175.136.148. Bir İnternet sitesinin IP adresi biliniyorsa, genellikle adres çubuğuna (web tarayıcısı) bu adres yazılarak siteye ulaşılabilir. Ancak bu rakamları akılda tutmak zor olduğu için her bir IP adresine karşılık gelen alan adları kullanılmaktadır<sup>112</sup>.

IP adresinden yapılan erişim engellemede, yönlendiricilerde erişim listesi (Access list) yazılarak ilgili IP adresine erişim engellenir. Bir IP adresinde birden fazla alan adına ait içerikler bulunabilir. IP adresinden erişim engelleme yapıldığında, o IP adresinde yer sağlanan bütün alan adlarına birden erişim engellenmiş olacaktır. Bu yüzden, IP adresinden erişim engelleme o adreste sadece bir alan adı bulunmadığı durumlarda veya bunun belirlenemediği

---

İnternet hizmeti aldığımız cep telefonu operatörleri ve evimize fiber ya da ADSL getiren internet servis sağlayıcıları, kendi DNS sunucularında yönlendirme yaparlar. Bu sunucularda bazı web sitelerinin IP adresleri yasaklı olur ve bu siteleri açmaya kalktığımızda karşımıza “Bu site engellenmiştir” yazısı çıkar. Bu şekilde bizi istediğimiz web sitesi yerine, site engellendi sayfasına yönlendirirler. Ancak, DNS sunucumuzu değiştirip, bu sitelerin IP adreslerini yönlendirme yapmadan doğrudan başka bir sunucuya bağlanarak istediğimiz siteye girebiliriz. VPN ise; (Virtual Private Network-Sanal Özel Ağ) basit anlamıyla internete bir başka bilgisayar üzerinden girme işlemidir. Bu yöntemde bilgisayarınız bağlanmak istediğiniz sitelere doğrudan değil, tanımladığınız VPN sunucusu üstünden erişir. Böylece dışarıdan teknik takip yapılamadan hem bütün veri akışınız şifrelenir hem de internet ile aranızda bir perde, koruma kalkanı yer almış olur. Proxy siteleri, kendi sayfaları üzerinden yasaklı sitelere giriş yapmanıza yardımcı olurlar. Ancak, bu siteler genelde virüs yuvalarıdır, dolayısıyla güvenlik açısından pek tavsiye edilmemektedir. (<http://www.melihguney.com/yasak-sitelere-nasil-girilir.html>, erişim:15.03.2016)

<sup>111</sup> (<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.11746&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=internet>, erişim:15.03.2016)

<sup>112</sup> ([http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/15.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/15.html), erişim:15.03.2016). IP adresleri değişken IP adresi ve sabit IP adresi olmak üzere ikiye ayrılır. Sabit IP adresi, belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresi olarak tanımlanabilir. Bu IP adresinin özelliği, zamana ve oturma göre değişmemesidir. Değişken IP adresi ise, zamana ve oturma göre değişir. Başka bir ifadeyle kişi her İnternete bağlantısında farklı bir IP adresi alır.

durumlarda kullanılması problem teşkil edebilir<sup>113</sup>. Başka bir ifadeyle, bir İnternet sitesinde suç teşkil eden içerik nedeniyle IP adresinden erişim engelleme kararı verilir ve söz konusu site alan adı yanında IP adresinden de erişime engellenirse aynı IP adresi üzerinde yer alan ve herhangi bir suç teşkil etmeyen pek çok site engellenmiş olacaktır. Bu durum ise, ölçülülük ilkesi açısından eleştirilebilecektir.

### C- Nesne Tabanlı (URL) Erişim Engelleme

İnternet adreslerinin ismi URL (Uniform Resource Locator) olarak ifade edilmektedir. Terim, “*standart kaynak bulucu*” olarak Türkçeye çevrilebilir. Her İnternet sayfasının sadece kendine ait bir URL’si vardır<sup>114</sup>. Başka bir ifadeyle, URL bir İnternet sitesindeki herhangi bir konunun bulunduğu tam İnternet adresi olarak ifade edilebilir. <http://www.tib.gov.tr> adresinde hukuksal düzenlemelerin yer aldığı [http://www.tib.gov.tr/kanun\\_yonetmelik.html](http://www.tib.gov.tr/kanun_yonetmelik.html) sayfası URL’ye örnek olarak verilebilir.

Bir İnternet sitesinin yalnızca suç içeren sayfasının erişime engellenmesi, gerek hakkaniyet gerekse ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Ancak, bu yöntem teknik olarak mümkün olmakla birlikte<sup>115</sup> uygulanması oldukça zor ve maliyetlidir. Bu yöntem, ayrıca İnternet trafiğinin hızının yavaşlamasına neden olmaktadır.

5651 sayılı Kanun’un 9/A maddesinin ikinci fıkrasına göre; TİB’e yapılan bir başvuruda, hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmayacaktır.

TİB, kendisine gelen erişim engelleme talebini uygulanmak üzere, Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne bildirir. (9/A-3)

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele

<sup>113</sup> ([http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4), erişim:15.03.2016)

<sup>114</sup> ([http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/24.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/24.html), erişim:15.03.2016)

<sup>115</sup> İnternet ortamında yer alan ve http ile başlayan adreslerin bulunduğu içeriklere erişimin engellenmesi mümkündür. Ancak, çoğunlukla üye olunarak kullanılan facebook.com, youtube.com, twitter.com gibi İnternet adresleri https protokolünü kullanmaktadır. Bu protokoller ise şifreli olduğundan URL den erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması teknik olarak mümkün olamamaktadır. Başka bir ifadeyle, https protokolü kullanan İnternet sitelerine yalnızca alan adından erişim engelleme işlemi tesis edilebilmektedir.

Edilmesi Hakkında Kanun'a 6 Şubat 2014 tarihinde eklenen 6/A maddesi ile “*Bu Kanun'un 8'inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere*” kurulmuştur. Birlik, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup, merkezi Ankara'dadır. Birliğin temel görevi; 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışında kalan erişim engelleme kararlarının erişim sağlayıcılara iletilmesi ve koordinasyonun sağlanması yoluyla uygulanmasıdır. Birliğin çalışma esas ve usulleri, Birlik Tüzüğü<sup>116</sup> ile belirlenmiştir. Birliğe 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm İnternet Servis Sağlayıcıları ile İnternet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin üye olması gerekmektedir. Birliğin yönetimi ise, söz konusu işletmecilerin oluşturduğu Genel Kurul ve Yönetim Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>117</sup>.

Erişim Sağlayıcıları Birliği, görevleri kapsamında kendisine gelen erişim engelleme taleplerini erişim sağlayıcılara iletir. 5651 sayılı yasanın tanımlar başlıklı 2. maddesinde tanımlanan önemli bir aktör, erişim sağlayıcıdır. Maddede erişim sağlayıcı; “*kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. İnternete bağlanabilmek için bu hizmeti veren bir erişim sağlayıcıyla abonelik sözleşmesi yapmak gerekmektedir. TTNET, Avea,<sup>118</sup> Superonline, Turkcell ve Vodafone erişim sağlayıcılara örnek olarak verilebilir<sup>119</sup>. Sonuç olarak, içeriğe erişim engelleme işlemi, erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilir. Kanun bu kararın infazı için yirmi dört saate kadar süre tanımıştır. Başka bir ifadeyle karar, en geç 24 saat içinde yerine getirilmelidir (9/A-3).

İçeriğe erişimin engellenmesi işlemi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.(9/A-4) Başka bir ifadeyle, ihlalin yer aldığı tam İnternet adresine erişim engelleme işlemi yapılır. Bu uygulama, adil ve ölçülüdür. Diğer taraftan, İnternet sitesinde yer alan bir içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime engellenmesi, ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

---

<sup>116</sup> (<https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf>, erişim:17.03.2016)

<sup>117</sup> (<https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>, erişim:17.03.2016)

<sup>118</sup> AVEA ve TTNET şirketleri 2016 yılının başında Türk Telekom şirketi çatısı altında birleşmiştir. (<http://www.avea.com.tr/web/Destek/turk-telekomla-ilgili-merak-edilen-her-sey/Genel/ortak-marka-nedir>, erişim:17.03.2016)

<sup>119</sup> Ülkemizde faaliyette bulunan erişim sağlayıcıların tam listesine (<http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/yetkilendirme-arama.xhtml> sayfasından ulaşılabilmektedir. erişim:17.03.2016)



Temel hak ve özgürlüklerin yargı kararıyla sınırlanması demokratik hukuk devletinin gereğidir. İnternet ortamında yer alan ve özel hayat ihlaline yol açan bir içerik nedeniyle erişim engelleme talebiyle TİB'e başvuran kişi, talepte bulunduğu andan itibaren yirmi dört saat içinde bunu sulh ceza hâkimine sunmak zorundadır. Hâkim, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir. Özel hayatı ihlal edilen kimse, eğer hâkime söz konusu başvuruyu yapmazsa erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden sona erecektir.(9/A-5) Kanımızca bu düzenlemeyle kanun koyucu yargının yapısından kaynaklanan yavaşlığı gidermek için TİB'i hızlı bir şekilde karar alabilmesi için yetkilendirmiştir. İnternetin dinamik yapısı dikkate alındığında mağduriyetin bir an önce giderilebilmesi açısından bu yöntem tercih edilmiştir. Ancak, bu kararın idari bir makam yerine yargı organı tarafından alınması temel hak ve özgürlüklerin güvenliği açısından daha isabetli olurdu.

İçeriğe erişim engellenmesine ilişkin hâkim tarafından verilen karara karşı TİB tarafından 5271 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde itiraz edilebilir. (9/A-6)

Özel hayatı ihlal eden ve erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda ne olacaktır? Bu durumda söz konusu hâkim kararı, kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir. (9/A-7) Peki bunun takibini kim yapacaktır? Çok sayıda başvuru yapıldığı dikkate alındığında bu takibi hâkimin veya TİB'in yapması pratik açıdan mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu işlemin takibini ilgisinin yapması daha doğru olacaktır.

5651 sayılı Kanun TİB Başkanı'na acil durumlarda İnternette yer alan ve özel hayatın ihlaline neden olan içerikler nedeniyle erişimin engellenme yetkisi vermiştir. Burada, ülkemizde İnternet içerik düzenleme otoritesi olan TİB'e kanunen yetkili merci olarak bazı durumlarda acil müdahale yetkisi verilmiştir. (9/A-8) Başkanlık bu kapsamda verdiği kararı, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunmakla yükümlüdür. Hâkim de kararını kırk sekiz saat içinde açıklamak zorundadır. (9/A-9) Söz konusu talep yargı onayına sunulmaz veya sunulsa da hâkim tarafından kabul edilmezse engelleme kararı da ortadan kalkacaktır.

Görüldüğü üzere, Kanun Koyucu İnternet ortamında özel hayat ihlallerine karşı önlem olarak, 5651 sayılı Kanun'a 9/A maddesini ilave etmiştir. Günümüzde, İnternetin hayatın vazgeçilmezleri arasında girdiği

dikkate alındığında bu düzenlemeyi olumlu bir çaba olarak değerlendirmek gerekir; ancak kanımızca bu yeterli değildir. Çünkü bu, salt devletin tek başına çözebileceği bir sorun değildir. Burada içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı gibi İnternet aktörlerinin de çözümün bir parçası olarak elini taşın altına koyması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle STK'lar ve sektörün aktörleri çözüm sürecine katılmalıdır. Kanımızca, İnternetin dağıtık, dinamik ve düzenlenmesi zor yapısı nedeniyle bu bir zorunluluktur.

Sosyal ağlar özel hayat ihlallerinde ciddi bir yumuşak karındır. Sosyal ağların kullanımı her geçen gün artmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi bugün sosyal ağların kullanıcı sayısı, dünyada yer alan pek çok ülke nüfusundan fazladır. Bu nedenle bu ağları kullanan kişilerin bilinçlendirilmesi sorunların çözümü noktasında oldukça önemlidir. Bunun için ilköğretimden itibaren bireylerin farkındalıkları için gerekli bilgilendirme devlet ve sivil toplum işbirliğiyle yapılmalıdır.

Peki, İnternet ortamında veya sosyal ağlarda kişilik veya özel hayat ihlali meydana geldiğinde ne yapılmalıdır? Burada öncelikle ihlalin giderilmesi için ilgili İnternet sitesiyle iletişim kurmak faydalı olacaktır. Çünkü söz konusu içerikleri en hızlı şekilde o İnternet sitesi yetkilileri çıkarabilecektir. Şayet bundan sonuç alınmazsa o takdirde yasal yollara başvurulabilir.

Günlük hayatta en çok karşılaşılan özel hayat ihlalleri sosyal ağlarda yaşanmaktadır<sup>120</sup>. Bunlardan, en popülerleri olan facebook.com, twitter.com ve youtube.com isimli İnternet sitelerinin konumuz açısından incelemeye değerdir. Burada meydana gelen hak ihlallerinde kişiler ne yapmalıdır? Şimdi bu soruya cevap bulmaya çalışalım.

“*twitter.com*” İnternet sitesinde kullanıcıların şikâyetlerini bildirmelerini sağlamak üzere <https://support.twitter.com/> linki kullanılmaktadır. Bu linkte yer alan menüden şikâyete ilişkin adımlar izlenerek, söz konusu ticari şirket nezdinde şikâyetin çözümü sağlanabilmektedir. “*twitter.com*” İnternet sitesini işleten ticari şirketin elektronik posta adresi ise, [twi18nlp@twitter.com](mailto:twi18nlp@twitter.com), [domains@twitter.com](mailto:domains@twitter.com)'dur. Buraya yapılacak başvuru neticesinde ilgili içerikler yetkililer tarafından değerlendirilmektedir<sup>121</sup>.

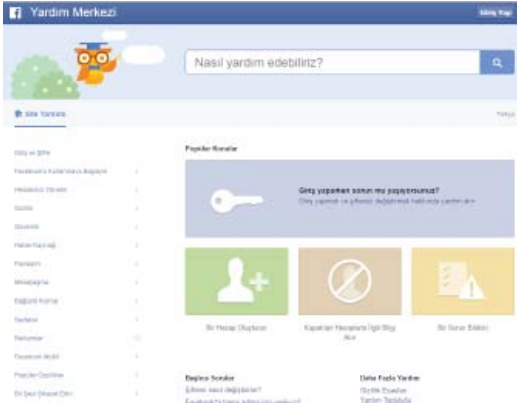
---

<sup>120</sup> KAYA, Mine; “Sosyal Medya Ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2015 (119), s.291

<sup>121</sup> (<https://www.esb.org.tr/sss#>, erişim:17.03.2016)



“facebook.com” İnternet sitesinde kullanıcıların şikâyetlerini bildirmelerini sağlamak üzere <https://www.facebook.com/help> linki kullanılmaktadır<sup>122</sup>. Aynı şekilde bu linkte yer verilen menüden şikâyete ilişkin adımlar takip edilerek, söz konusu soruna çözüm sağlanabilmektedir. “facebook.com” İnternet sitesini işleten ticari şirketin elektronik posta adresi [domain@fb.com](mailto:domain@fb.com)’dur. Ayrıca, söz konusu ticari şirketi temsil eden avukatlık bürosu ile iletişime geçilerek ihlaller giderilebilmektedir<sup>123</sup>.



“youtube.com” İnternet sitesinde kullanıcıların şikâyetlerini bildirmelerini sağlamak üzere ise <https://support.google.com/youtube> linki kullanılmaktadır<sup>124</sup>. “youtube.com” İnternet sitesini işleten ticari şirketin elektronik posta adresi ise [support@youtube.com](mailto:support@youtube.com)’dur. Aynı şekilde, söz

<sup>122</sup> (<https://www.facebook.com/help>, erişim:17.03.2016)

<sup>123</sup> (<https://www.esb.org.tr/ss#>, erişim:17.03.2016)

<sup>124</sup> (<https://support.google.com/youtube#topic=4355266>, erişim:17.03.2016)

konusu ticari şirketi temsil eden avukatlık bürosu ile iletişim sağlanarak ihlaller giderilebilmektedir<sup>125</sup>.



İnternet ortamında yer alan ve özel hayatı ihlal eden içerikler nedeniyle ilgili İnternet sitesine yapılan başvurudan olumlu sonuç alınamazsa, o takdirde TİB'e başvuruda bulunulabilir. Başkanlık işlerin etkin ve verimli yürütülmesini temin etmek amacıyla elektronik başvuru sistemini uygulamaya koymuştur<sup>126</sup>.



TİB'e yapılacak başvuru üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşama; başvuru formunun elektronik ortamda doldurulmasıdır. İkinci aşama, başvuru formunun çıktısının alınması ve imzalanmasıdır. Son aşama ise; başvuru formunun ekleriyle birlikte Başkanlığa teslim edilmesidir.

<sup>125</sup> (<https://www.esb.org.tr/ss#>, erişim:17.03.2016)

<sup>126</sup> ([http://www.tib.gov.tr/tr-duyuru-55-ozel-hayatin-gizlilikinin-ihlali\\_-bireysel-basvuru.html](http://www.tib.gov.tr/tr-duyuru-55-ozel-hayatin-gizlilikinin-ihlali_-bireysel-basvuru.html), erişim:17.03.2016)

TİB'e yapılan bu başvurunun geçerli olabilmesi için başvuru formu *İnternet* sitesinde bahsedilen usul ve esaslara uygun biçimde doldurulmalı ve Başkanlığa elden veya posta yoluyla teslim edilmelidir. Eğer, başvuru bir kanuni temsilci tarafından yapılacaksa temsile ilişkin yetki belgesinin, avukat aracılığıyla yapılıyorsa vekâletnamenin başvuru formuna eklenmesi gerekir.

Yine, posta yoluyla yapılacak başvurularda nüfus cüzdanı veya pasaport belgesinin resmi onaylı (noter onayı, kamu kurumları vb. kimlik doğrulayıcı mercii onayı) örneklerinin gönderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan başvuru Başkanlık tarafından reddedilecektir<sup>127</sup>. Görüldüğü üzere, özel hayata yapılan ihlali hızlı bir şekilde giderebilmek için TİB tarafından elektronik ortamda başvuru imkânı getirilmiştir. Ancak yapılan bu başvurunun çıktısının alınarak ve imzalanarak Başkanlığa gönderilmesi gerekmektedir. Bu durumda, elektronik başvurudan beklenen hızlı sonucu almak mümkün değildir. Bu nedenle bu sistemde revizyon yapılmalıdır. Örneğin elektronik imza<sup>128</sup> veya mobil imza<sup>129</sup> seçeneği de *İnternet* sitesine konulmalıdır. Böylece, süreç çok daha kısa sürede sonuçlanabilecektir.

*İnternet* ortamında yapılan yayın nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden ve bu yayına erişimin engellenmesini talep eden kişiler, ihlale neden olan yayının tam adresini/adreslerini (URL) eksiksiz olarak belirtmesi gerekir. Milyonlarca içeriğin *İnternette* bulunduğu bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla doğru işlem yapılabilmesi için ihlalin yer aldığı linkin

<sup>127</sup>([http://www.tib.gov.tr/tr-tr-duyuru-55-ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlali\\_-bireysel-basvuru.html](http://www.tib.gov.tr/tr-tr-duyuru-55-ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlali_-bireysel-basvuru.html), erişim:17.03.2016)

<sup>128</sup> 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda yer alan şekliyle elektronik imza; başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi tanımlar. Elektronik imza; bir bilginin üçüncü tarafların erişimine kapalı bir ortamda, bütünlüğü bozulmadan (bilgiyi ileten tarafın oluşturduğu orijinal haliyle) ve tarafların kimlikleri doğrulanarak iletildiğini elektronik veya benzeri araçlarla garanti eden harf, karakter veya sembollerden oluşur. Elektronik imza, imzalanan metine göre farklılık gösterir ve içeriğin matematiksel fonksiyonlardan geçirilerek eşsiz olduğu düşünülen bir değer bulunması sureti ile elde edilir. Yani kişilerin, elle atılan imzada olduğu şekilde tek imzası yoktur; bunun yerine imzalamada kullanılan anahtarları vardır. (<http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sik-Sorulan-Soru/Elektronik-imza-nedir>, erişim:17.03.2016)

<sup>129</sup> Mobil elektronik imza, mobil bir cihaz kullanılarak oluşturulan elektronik imza olarak tanımlanabilir. Mobil elektronik imzanın, elektronik imzadan tek farkı elektronik imza oluşturma aracı olarak mobil bir cihaz içerisine konulan SIM kartın kullanılmasıdır. Elektronik imzaya ilişkin mevzuat mobil elektronik imzayı da kapsadığı için mobil elektronik imza da elektronik ortamda güvenli elektronik imzanın sağladığı hukuksal geçerliliği sağlar. (<http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sik-Sorulan-Soru/Mobil-elektronik-imza-ile-elektronik-imza-arasindaki-fark-nedir-Mobil-imza-da-elektronik-ortamda-yapilan-islemlere-hukuksal-gecerlilik-saglar-mi>, erişim:17.03.2016)

gönderilmesi zorunluluktur. Yapılan başvuruda, başvuru sahibinin özel hayatın gizliliğinin hangi nedenlerle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeleri açık bir şekilde delilleriyle birlikte ortaya konulmalıdır. Başvurunun Başkanlıkça kabul edilebilmesi için özel hayatın gizliliği hakkının şahsen ve doğrudan zedeleyen görüntü, ses, resim vb. içeriklerin İnternet ortamında varlığı ve bu ihlâl nedeniyle meydana gelen mağduriyetin başvuru yapıldığı sırada da devam ediyor olması gerekmektedir. Bu nedenle başvuru konusu bireysel işleme özel hayatın gizliliği hakkı şahsen ve doğrudan etkilenmeyen kişilerin başvuruları kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, özel hayatı ihlal edilen kimsenin aktüel bir mağduriyeti olmalı ve şahsen veya vekili aracılığıyla başvuru yapılmalıdır<sup>130</sup>. Başkanlığa yapılan bu başvurunun amacı acil müdahaledir. Bu başvurudan sonra yargı sürecinin başlaması gerekmektedir.

Özel hayatın ihlali nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi talebiyle Başkanlığa başvuran kişiler veya vekilleri, bu talep Başkanlık tarafından kabul edilirse yirmi dört saat içinde Sulh Ceza Hâkimliği'ne başvurmaları gerekir. Hâkim yapılan bu başvurudan sonra, ihlal olup olmadığına ilişkin incelemesini yapar. Burada 5651 sayılı Kanun, hâkime kırk sekiz saatlik bir süre vermiştir. Hâkim kararını en geç bu sürede açıklayıp Başkanlığa göndermelidir. Aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar. (m.9A/5) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz edilebilir. Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

#### **D- Erişim Engellemede HTTPS Protokolü Sorunu**

İnternet protokolü, bilgisayarlar ve ağ cihazları arasında iletişimi sağlamak amacıyla standart olarak kabul edilmiş kurallar dizisidir. Bu kurallar dizisi, temel olarak verinin ağ üzerinden ne şekilde paketleneceğini ve iletilen veride hata olup olmadığının nasıl denetleneceğini belirlemektedir. Ağ kavramının ortaya çıkmasından günümüze kadar geçen sürede farklı amaçlar için birçok protokol geliştirilmiştir<sup>131</sup>. Bunlardan en yaygın olanları http ve https protokolleridir.

Http; “Hyper Text Transfer Protocol” (Hiper Metin Transferi Protokolü) kelimelerinin baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır. http, web üzerinden

---

<sup>130</sup> (<https://www.ihbarweb.org.tr/ohg/>, erişim:17.03.2016)

<sup>131</sup> ([https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet\\_ileti%C5%9Fim\\_kurallar%C4%B1\\_dizisi](https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet_ileti%C5%9Fim_kurallar%C4%B1_dizisi), erişim:06.04.2016)

iletişim kurallarını tanımlayan bir protokoldür. Bir adrese bağlanmak istediğimizde belli bir sunucuda bulunan bir metni indirmek isteriz. Bu durumda web sitelerine ait metin ve görsellere erişebilmemiz için “http” protokolü ile bir talepte bulunmuş oluruz. Web sitelerinin adreslerinin başında da bu protokole bağlı olduklarını ifade etmek için “http” ifadesi yer alır<sup>132</sup>. http, İnternette sunucular (server) ve son kullanıcılar (client) arasında bilgilerin nasıl aktarılacağına dair kurallar ve yöntemleri düzenleyen bir sistemdir. İnternet sitesine bağlanmaya çalıştığımızda, adresin başına bunu yazmasanız da tarayıcınız bunu otomatik olarak ekler, çünkü sunuculardan web sitelerine ait bilgileri indirebilmeniz için, «http» protokolü ile bir istekte bulunmanız gerekmektedir<sup>133</sup>.

Https; “Hyper Text Transfer Protocol Secure” (Hiper Metin Transferi Protokolü-Güvenli) kelimelerinin baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır. Hypertext, bir web sitesinin kod veya eklenti gerektirmeyen, metin, tablo veya resim gibi içeriklerini açıklar. Secure, http ve ssl/tls protokollerinin birleşimini temsil eder. Bu protokoller İnternette gezinme dışında e-postalar, anında mesajlaşma gibi içeriğin de şifrelenmesinde kullanılır. Yani https, İnternet sitelerinin düz metin ile kurduğu iletişimin güvenliği artırmak amacıyla şifrelenmesi demektir<sup>134</sup>.

Sosyal ağların popüler hale gelmesiyle birlikte İnternet ortamında daha fazla sayıda kişisel veri, şifresiz olarak gönderilmeye başlanmıştır. Bu durum ise özel hayat ihlallerini arttırmaktadır. Sosyal ağlarda profilinizi özel yaparak gizliliğinizi artırmanız mümkün olsa da, veriler hala şifresiz olarak aktarılmaya devam edecektir. Şifresiz veriler ise araya girecek herhangi biri tarafından kolaylıkla elde edilebilir. Youtube, Twitter ve Facebook gibi pek çok sosyal ağ bunu engellemek amacıyla https protokolünü kullanmaya başlamıştır.

İnternet ortamında yer alan ve http ile başlayan adreslerin bulunduğu içeriklere erişimin engellenmesi mümkündür. Ancak, çoğunlukla üye olunarak kullanılan facebook.com, youtube.com, twitter.com gibi İnternet adresleri https protokolünü kullanmaktadır. Bu protokoller ise şifreli olduğundan URL den erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması teknik olarak mümkün

<sup>132</sup> (<http://www.eticaret.com/e-ticaret-sozlugu/http-nedir/>, erişim:06.04.2016)

<sup>133</sup> (<http://http.nedir.com/>, erişim:06.04.2016 (erişim:06.04.2016)

<sup>134</sup> ([http://www.chip.com.tr/haber/https-nedir-nasil-varsayilan-hale-getirilir\\_28940.html](http://www.chip.com.tr/haber/https-nedir-nasil-varsayilan-hale-getirilir_28940.html), erişim:20.03.2016)

olamamaktadır<sup>135</sup>. Başka bir ifadeyle, https protokolü kullanan İnternet sitelerine yalnızca alan adından erişim engelleme işlemi tesis edilebilmektedir.

https protokolü, ilk başta güvenlik özelliği nedeniyle, ödeme işlemleri, elektronik postalar ve hassas bilgi sistemlerinde kullanılmıştır. Ancak 2000'li yılların başından itibaren İnternet siteleri de bu protokolü kullanmaya başlamıştır. Aralık 2015'de yapılan bir araştırmaya göre popüler İnternet sitelerinin %39,8'nin bu protokolü kullandığı tespit edilmiştir<sup>136</sup>. Bu protokolün kullanımı her geçen gün artmaktadır. Bunun anlamı ise, İnternet ortamındaki yayınlarda içeriğe URL erişim engelleme işleminin işlevini yitirmesidir. Dolayısıyla bu protokolü kullanan bir İnternet sitesi söz konusu içeriği kaldırmadığı takdirde tamamen kapanma tehlikesiyle karşı karşıya gelecektir.

### **E- İnternet Ortamında Yer Alan İçeriklerde Uyar-Kaldır Sistemi**

5651 sayılı Kanun'un içeriğın yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlıklı 9. maddesi, modern demokratik ülkelerde uygulanan uyar-kaldır (Notice and Take Down) usulüdür. Uyar-kaldır ile yurtiçi ve yurtdışı kaynaklı İnternet sitelerinin içerik sağlayıcıları ile irtibata geçilerek, yasa dışı içeriklerin İnternet sitesinden çıkartılması sağlanmaktadır. Bu yöntem, İnternetteki içeriğe erişimin engellenmesinden önce kullanılması gereken bir usuldür. İnternette bir içeriğe yüzde yüz erişim, ancak bu usulle engellenebilir. Bu usul, bir İnternet sitesinin belirli bir kısmında yer alan içerik nedeniyle sitenin tamamının engellenmesini önleyen adaletli bir mekanizmadır. Başka bir ifadeyle, uyar-kaldır yönteminin ölçülülük ilkesi açısından daha adaletli olduğu söylenebilir.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, İnternet ortamında yapılan yayındaki içerik dolayısıyla kişilik hakları ihlal edilen kişilere içeriğın yayından çıkarılmasını talep etme hakkı düzenlenmiştir. Böylelikle İnternet üzerinde çok sık karşılaşılan bir soruna da çözüm bulunmaya çalışılmıştır. 6 şubat 2014 tarihinde 6518 sayılı kanunla yapılan değişiklikle İnternet ortamında yapılan bir yayın dolayısıyla kişilik hakkı ihlal edilen kişilere erişim engelleme talebinde bulunma hakkı da getirilmiştir. Buna göre kişi içerik veya yer sağlayıcıya başvurarak içeriğın yayından kaldırılmasını isteyebileceği

---

<sup>135</sup> Nitekim TİB İnternet Dairesi Başkanı Ahmet Kılıç TBMM'de katıldığı bir toplantıda https protokollerinin teknik olarak engellenemediğini ifade etmiştir.

(<http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=52771>, erişim:14.04.2016)

<sup>136</sup> (<https://www.trustworthyinternet.org/ssl-pulse/>, erişim:20.03.2016)



gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi talebinde bulunabilir.

Demokratik ülkelerde, İnternette yer alan yasadışı içerikle mücadelede genellikle uyar kaldır yöntemi tercih edilmektedir. Avrupa Birliği'nin 2000/31 E-Ticaret direktifi<sup>137</sup> ve ABD'de 1996 yılında yürürlüğe giren DMCA (Digital Millennium Copyright Act<sup>138</sup>-Dijital Binyıl Telif Hakkı) ile uyar-kaldır yöntemi tercih edilmiştir. Erişim engellemeye, uyar-kaldır yönteminden sonuç alınmadığı takdirde başvurulmaktadır. Türk hukukuna uyar-kaldır sistemi, ilk olarak 5846 sayılı FSEK'in 4630<sup>139</sup> sayılı Kanun'un 37. maddesi ile 03.03.2001 tarihinde getirilen ek madde 4'ün 5101<sup>140</sup> sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 03.03.2004 tarihinde değiştirilen 3. fıkrasıyla girmiştir<sup>141</sup>. FSEK ek 4. maddede İnternet erişim hizmetini durdurması talep edilecek merci olarak "Servis Sağlayıcılar" gösterilmişse de, 5651 sayılı ve yasa ve ilgili yönetmeliğe göre bunlardan anlaşılması gereken "Erişim Sağlayıcılar"dır. Çünkü, 5651 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliklerinde servis sağlayıcı diye bir İnternet aktörüne yer verilmemiştir.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasına göre; İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan Sulh Ceza Hâkimliği'ne başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir. Buna göre; kişilik hakkı ihlal edilen kişiler önce içerik sağlayıcıya buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcıya başvuru yaparak söz konusu içeriğin kaldırmasını

<sup>137</sup> (<http://www.e-ticaretmerkezi.net/abdirektif.php>, erişim:18.03.2016)

<sup>138</sup> (<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, erişim:18.03.2016)

<sup>139</sup> ([http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=241576](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=241576), erişim:18.03.2016)

<sup>140</sup> (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040312.htm>, erişim:18.03.2016)

<sup>141</sup> "Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâlî halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlîin durdurulmasını ister. İhlâlîin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlîin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."

isteyebilir. İnternet ortamında yer alan herhangi bir içeriğe erişim engelleme işlemi yapılabilir. Ancak bu işlem yüzde yüz o içeriğe ulaşamayacağı anlamına gelmez. Söz konusu içeriğe ulaşılmasını önlemenin yolu İnternet sitesinin sunucusundan o içeriğin kaldırılmasıdır. Ancak, içerik kaldırılrsa bile bir süre daha arama motorlarının<sup>142</sup> ön belleklerinde<sup>143</sup> kalmaya devam eder. Çünkü, arama motorları belirli aralıklarla önbellekte yer alan bilgilerini güncellemektedir.

İnternet ortamında yer alan kişinin hakkını ihlal eden içeriğin kaldırılmasında görev İnternet aktörlerine aittir. Konunun daha iyi anlaşılması açısından bu aktörlere yakından bakmak faydalı olacaktır.

5651 sayılı Yasanın en önemli yeniliklerinden birisi İnternetin önemli aktörlerinden bazılarını tanımlamasıdır. İnternet ortamında yapılan bir yayın dolayısıyla hakkı ihlal edilen kimse öncelikle İnternet sitesinin içerik sağlayıcısına başvuru yapmalıdır. İçerik sağlayıcı; “*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Gerçek kişiler ile dernek, şirket vakıf gibi tüzel kişilerin bu faaliyette bulunabileceği söylenebilir. Haber siteleri, gazetelerin İnternet siteleri içerik sağlayıcılara örnek olarak verilebilir.

---

<sup>142</sup> Arama motorları bilginin asıl kaynağı değildir. Bu nedenle İnternette hakkınızda çıkan haberlerin arama motorlarından kaldırılması söz konusu değildir. Arama motorları girilen anahtar kelimeler için yaptıkları arama sonucu elde ettiği sayfa içeriklerini geçici olarak ön belleğinde tutarlar. Bir kişinin itibarını zedeleyen istenmeyen içerik veya haber, haberin geçtiği siteden kaldırıldığında, bu habere ilişkin sayfa veya bilgi de arama motorunun ön belleğinden belli bir süre sonra otomatik olarak silinmiş olacaktır. Bu nedenle önemli olan haberin asıl kaynağından haberi kaldırmaktır. Arama motoru zaten belirli zaman aralıklarından ön bellek bilgilerini güncellemektedir. Güncelleme esnasında asıl kaynaktan bulunan haberin silindiğini gördüğünde, arama motoru da önbelleğindeki haberi silecektir. Bu nedenle asıl kaynağından sildikten sonra arama motorundan haberin kaldırılması için herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur. Ancak kaldırılmak istenen haberin kaldırılması çok acil ise haberi barındıran internet sitesine başvurup istenmeyen haberi veya içeriği kaldırttıktan sonra arama motorlarının İnternet sitesinde yer alan “iletişim” veya “yardım” kısmından iletişime geçmek süreci hızlandıracaktır. (<http://www.bilgisayarbilisim.net/bilisim-hukuku-fl90/istenmeyen-haberin-internette-kaldirilmesi-t112120.html>, erişim:18.03.2016)

<sup>143</sup> Bilgisayar dünyasında bir bilginin kısmen veya tamamen kolay erişilebilen bir yere kopyalanma işlemine önbellek denir. Bu işlemdeki amaç, o bilgiye tekrar erişilmek istendiğinde erişim süresini kısaltmaktır. Başka bir ifadeyle, erişim hızını arttırmaktır. Bir arabellekten farklı olarak bir önbellekteki veriler yakın zaman içinde okunacağı tahmin edildiği verileri de içerebilir, dolayısıyla hiçbir zaman erişilmeden silinme ihtimali vardır. Önbellek neredeyse her türlü bilgisayar donanım ve yazılımında kullanılmaktadır. (<http://www.turkcebilgi.com/%C3%B6nbellek>, erişim:18.03.2016)

İnternet sitelerinde “iletişim”, “künye” “bize ulaşın” gibi başlıklar bulunmaktadır. Buradaki iletişim bilgilerinden içerik sağlayıcıya ulaşmak mümkün olabilir. Eğer bir haber sitesi söz konusu ise muhatap olarak “editör” ve “genel yayın yönetmeni” gibi sıfatlara sahip olan kişiyle iletişim sağlanmalıdır.

İçerik sağlayıcının sorumluluğu 5651 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre içerik sağlayıcı; İnternet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Öte yandan içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur. Örneğin, bir içeriğin altında yapılan yorumların “içeriği benimseme” açısından önemli olduğu söylenebilir. Çünkü bu yorumlar İnternet sitesinde editör kontrolünden sonra yayınlanmaktadır. Bu yorumlarda hak ihlali içeren ifadelere rağmen içerik sağlayıcı o yorumlara ilişkin herhangi bir işlem yapmıyorsa söz konusu içeriği benimsediği ileri sürülebilir. Ancak, yine de “bağlantı sağlama, benimseme ve içeriğe ulaşmasını amaçlama” terimlerinin ne zaman gerçekleşmiş olduğu somut olayda yargı organlarınca belirlenecektir.

İnternet ortamındaki bir yayın nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi, içerik sağlayıcıya ulaşamadığı takdirde aynı taleple yer sağlayıcıya (hosting provider) başvuru yapmalıdır. Yer sağlayıcı 5651 sayılı Kanun’da; “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

Yer sağlayıcı, teknik olarak İnternet ortamında yayın yapılmasına imkân sağlar. Örneğin, xyz.com.tr adlı İnternet sitemin yayın yapılabilmesi için bir yer sağlayıcıyla anlaşmak gerekir. Bir kişi kendi evine kurduğu bir sunucu vasıtasıyla da İnternet ortamında yayın yapabilir. Ancak, bu maliyetli olduğundan genellikle yer sağlayıcılığı faaliyetinde bulunan bir kişi veya şirketle anlaşmak daha ekonomik bir tercih olacaktır.

5651 sayılı Kanun ve Yönetmeliklerine göre yer sağlayıcının iki temel yükümlülüğü bulunmaktadır. Birincisi, haberdar edildikten sonra hukuka aykırı içeriği kaldırmaktır. Diğeri ise trafik bilgisini tutmaktır. 5651 sayılı Kanun’un yer sağlayıcıyla ilgili bu hükmü 2000/31 EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile uyumludur<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=en>, erişim: 06.04.2016)

Buna göre, İnternet ortamında yapılan bir yayının dolayısıyla hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişi öncelikle söz konusu fiili işleyen İnternet sitesinin içerik sağlayıcısına başvurulmalıdır. 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre; İnternet sitesinde bulunması zorunlu olan "iletişim" veya "künye" bilgisinden yola çıkarak gerekli başvuruyu yapmalıdır. Kişi, içerik sağlayıcıya ulaşamadığı takdirde aynı taleple teknik olarak İnternet ortamında yayının yapılmasına imkân sağlayan yer sağlayıcıya başvurulmalıdır.

5651 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte içerik veya yer sağlayıcıya başvuru yapılacağı belirtilmiş bunun hangi usulle yapılacağına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştı. Burada, içerik veya yer sağlayıcıya yapılacak başvurunun mektup, iadeli taahhütlü posta, acele posta servisi veya noterden ihtar çekme yoluyla olabileceği söylenebilirdi. Ancak, 2014 yılında Kanunda yapılan değişikliklerle bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. 3. maddenin üçüncü fıkrasına göre; bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, İnternet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir. Dolayısıyla, normal iletişim araçları yanında elektronik araçlarla da içerik veya yer sağlayıcıya ulaşmak artık hukuken mümkündür.

Özetle, uyar-kaldır yöntemi, İnternet sitelerinde URL uzantısında (tam web adresinde) yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verilerin bir bölümünü teşkil eden "kısmi sorunlu içerik" kapsamındaki engelleme işlemi ifade etmektedir. 5651 sayılı Kanun kapsamında suç unsuru taşıyan kısmi içeriklerin kaldırılması için ilgili İnternet siteleriyle irtibata geçilmekte, böylelikle sakıncalı içeriklerin kaldırılması sağlanırken sitelere erişimin tamamen engellenmesinin önüne geçilmektedir. Dolayısıyla İnternette bir içeriğe yüzde yüz erişimin; ancak bu usulle engellenebileceği söylenebilir. Fakat İnternet sitesinin tamamı suç teşkil eden içerikten oluşuyorsa bu yöntem etkili olamayacağı için İnternet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi gerekecektir. Uyar-kaldır yöntemi, bir İnternet sitesinin belirli bir kısmında yer alan içerik nedeniyle sitenin tamamının engellenmesini önleyen adaletli bir mekanizmadır.

Sonuç olarak, İnternet ortamında yapılan ve hukuki sorun teşkil eden bir yayında ideal olan seçeneğin içeriğin yayından çıkarılması olduğu söylenebilir. Zaten 5651 sayılı Kanun'un getirdiği en etkin ve demokratik çözüm yöntemi de budur. Bu yöntem, İnternete ilişkin düzenlemelerde birçok

ülkenin referans aldığı AB mevzuatında, önemle üzerinde durulan ve teşvik edilen bir uygulamadır.

## **SONUÇ**

İlk çağdan günümüze kadar insanlık tarihi boyunca özel alan ihtiyacı hep olmuştur. Tarihsel araştırmalar, çeşitli dinlerde yer alan düzenlemeler ve hukuk kuralları özel hayatın tüm insanlar için ve her zaman geçerli olduğunu göstermektedir. Gerek ilkel gerekse modern hukuk sistemleri özel hayatı önemsemiş ve onu korumak için çeşitli düzenlemeler yapmıştır.

Çağımızda bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleyi kolaylaştırmıştır. Kişi hürriyeti ve güvenliği, haberleşme özgürlüğü, kişisel veriler ve özel hayatın gizliliği ihlale uğrayan özgürlüklerin başında gelmektedir. 20. Yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri tarafından dünyanın kullanımına sunulan İnternetin yaygınlaşmasıyla birlikte gerek bireyler gerekse devlet tarafından yapılan özel hayat ihlalleri daha da artmıştır. Bugün, özel hayat ihlalinin kolaylaştırılan teknolojik cihazlara ulaşmak oldukça kolay ve ekonomiktir. Bu durum sıradan kişilerin bile ihlal yapabilmelerine olanak sağlamaktadır.

İnternet kullanımının yaygınlaşması nedeniyle özel hayat ihlalleri global bir boyut kazanmıştır. Bu durum devletleri uluslararası işbirliği yapmaya zorlamıştır. Çünkü İnternetin sınır aşan yapısıyla ulusal hukuklar çaresiz hale getirmiştir. Avrupa Konseyi Bünyesinde hazırlanan Siber Suç Sözleşmesi konuya ilişkin güzel bir örnektir<sup>145</sup>. Siber Suç Sözleşmesi, Budapeşte Sözleşmesi adıyla da anılmakta olup İnternet ve bilgisayar ağları aracılığıyla işlenen suçlara ilişkin ilk uluslararası sözleşmedir. Küresel düzeyde etkilere sahip bir hukuki belgedir. Söz konusu sözleşme, sanal ortamda işlenen suçların ortak tanımlarının yapılmasını, bu alanda ülkelerin maddi ceza hukuku unsurlarını uyumlu hale getirmeyi, suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli olan yerel ceza usul hukuku yetkilerini sağlamayı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu sözleşme, siber ortamda özgürlüklerin, insan haklarının ve güvenliğin korunması ile risklerin azaltılmasına ilişkin kabul edilmiş uluslararası rehber olan belge niteliğinde olup devletlerin vatandaşlarının korumasına yönelik önemli bir araçtır.

<sup>145</sup> (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, erişim:17.03.2016), Türkiye bu Sözleşmeyi 10 Kasım 2010 yılında imzalamış ve konuya ilişkin TBMM tarafından da uygun bulma kanunu çıkarılmıştır.

Ülkemizde vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini İnternet ortamında korumak amacıyla, 5651 Kanun hazırlanmış ve söz konusu Kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiştir. 5651 sayılı Kanun'a 2014 yılında 9/A maddesi eklenmiştir. Bu maddeyle, İnternet ortamında yer alan ve özel hayatı ihlal eden bir içerik nedeniyle söz konusu İnternet sitelerine erişim engelleme imkânı getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, sanal ortamda meydana gelen özel hayat ihlalleri daha hızlı giderilmeye çalışılmıştır. Bu değişiklik olumlu olarak değerlendirilebilir. Ancak, İnternet ortamında yer alan bir içeriğe teknik olarak yüzde yüz erişim engellemenin mümkün olmadığı, alternatif erişim yollarının bulunduğu gerçeği dikkate alındığında, söz konusu içeriğin İnternet sitesinden kaldırılmasının nihai çözüm olduğu unutulmamalıdır.

#### **KAYNAKÇA**

AVCI, Feyzullah, Ceza Yargılamasında Özel Hayatın Gizliliği Hak ve Hürriyetinin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller Nedeniyle İhlali, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2006

Cafer CANBAY, Alan Adları Yönetimi, Dünya Uygulamaları Türkiye İçin Çözümsel Yaklaşımlar, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005

CATE, Fred H., "Principles of Internet Privacy", Connecticut Law Review, Vol. 32, 2000

CATE, Fred H., "Privacy and Telecommunications" Wake Forest Law Review, Volume, 33, Number, 1, 1998

DOĞAN, İlyas, Parçalayan Küreselleşme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006,

DURAK, Yasemin, "İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı Ve Hukuki Korunma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, Sa. 1, Konya, 2014

EKER KAZANCI, Behiye, "Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Sa, 1, 2007

ERDEMLİ, Mahmut - ONUR, Tolga, "Türkiyede Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri" Ankara Barosu Dergisi, Sa. 2014/3, Ankara

GÖREN, Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması" Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

GÜNAYDIN, Şerife, İnsan Hakları Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel Kamu Hukuku anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007

İMRE, Zahit, «Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının Ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler», İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 39, Sa. 1-4, 1974

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul, 1993

KARAGÖZ, Kasım-BİRTEK, Fatih, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, Sa. 2, 2008

KAYA, Mine, "Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68 Sa., Ankara, 2010

KAYA, Mine; "Sosyal Medya Ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2015

KILINÇ, Doğan, "Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 14, Sa. 2, Ankara, 2010

KILINÇ, Doğan, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, Sa.3, Ankara, 2012

KILINÇ, Doğan, "Kişisel Verilerin Korunması ve Sosyal Ağlar", 4. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı, Ankara, 2010

KLEVE Pieter-De MULDER Richard, "Privacy Protection an the right to information: in search of a new symbiosis in the information age", Cyberlaw, Security an Privacy Ed. Sylvia Mercado Kierkegaard, The Second In-

ternetional Conferance on Legal, Security and Privacy Issues in Information Technology, Beijing China, 2007,

MİLLER, A. R.: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971

ÖĞÜÇ, Çağdaş-KASAP, Fevzi, “İnternet Yayıncılığında Etik Yaklaşımlar: Özel Hayatın Gizliliği” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.8, Sa.37, 2015

ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977

ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

ROAGNA, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Çev. Ayşe-gül Alkış Schäling, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sa. 3, 2013

ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk

TANDOĞAN, Halûk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, Sa.1, Ankara, 1963

TEZCAN, Durmuş, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 8, 1991, s. 385

ÜLKÜ, Muhammet Murat, “5237 Sayılı TCK 132-140 Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” Samsun, 2005

ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul 2004



WARREN Samuel and BRANDEİS, Louis The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review, 1890

Yayımları, İstanbul 1996

ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 1992

## İNTERNET KAYNAKLARI

ARSLAN, Hilmiye, “Amerika İle Avrupa Birliği Hukuki Düzenlemelerinin Gizlilik Haklarına Bakış Açısının Karşılaştırılması” (<http://inet-tr.org.tr/inetconf10/bildiri/18.doc> erişim: 20.12.2015)

BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme, TBB Dergisi 2013, Sa. 109, s. 84; ÖZDEMİR, Kenan, “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, ([http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515#\\_ftnref62](http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515#_ftnref62) erişim:15.12.2015)

DOĞAN, Yusuf Hakkı, “Özel Hayata Karşı İşlenen Suçlar”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/146.doc>, erişim: 15.12.2015

ERALP, Özgür, “KPS (Kimlik Paylaşım Sistemi), AKS(Adres Kayıt Sistemi) Uygulamaları Işığında Bireysel Mahremiyet” <http://www.ozgurealp.av.tr/makaleler/tckimliktdb.htm> erişim: 20.12.2015

İLKİZ, Fikret “Kişilik Hakları ve Medya”, [http://www.byegm.gov.tr/seminerler/mardin\\_viii/mardin\\_17.htm](http://www.byegm.gov.tr/seminerler/mardin_viii/mardin_17.htm), erişim:20.12.2015)

İlkiz, Fikret, “Özel hayatın gizliliğinin ihlali”, 2007, (<http://bianet.org/bianet/bianet/98197-ozel-hayatin-gizliliginin-ihlali>, erişim:25.12.2015)

TANSUĞ, Avniye, “AB’nin Yeni Ekonomik Silahı: Veri Saklama Hukuku”, [http://www.acikradyo.com.tr/default.aspx?\\_mv=a&aid=14260](http://www.acikradyo.com.tr/default.aspx?_mv=a&aid=14260) erişim: 20.12.2015

YILDIZ, Aysel, (<https://yenimedya.wordpress.com/2016/03/14/dunyada-akilli-telefona-sahip-olma-ve-internete-erisim-oranlari/>), erişim: 15.03.2016

<http://www.mailce.com/bilgi-teknolojisi-nedir.html>, erişim: 28.02.2016

<http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Anasayfa>, erişim: 08.03.2016

[http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FPazar\\_Verileri%2F2015-Q2.pdf](http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FPazar_Verileri%2F2015-Q2.pdf), erişim: 08.03.2016)

<http://www.dwc.com/tr/abdye-siber-sald%C4%B1r%C4%B1/a-18187103> <http://www.amerikaninsesi.com/content/amerikan-genel-kurmayina-siber-saldiri-devlet-destekli/2907162.html>, erişim: 08.03.2016)

<https://wikileaks.org/>, erişim: 08.03.2016)

[http://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/panama-belgeleri-nedir-kirli-parayi-anlama-rehberi,N8tfyV\\_t7kOip5j93JuG3g/xRel5X09Dke8-homfjWE7w](http://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/panama-belgeleri-nedir-kirli-parayi-anlama-rehberi,N8tfyV_t7kOip5j93JuG3g/xRel5X09Dke8-homfjWE7w), erişim: 10.04.2016

<http://www.gazetevatan.com/50-milyon-turk-un-kimlik-bilgileri-sizdi-931968-gundem/>, erişim: 10.04.2016

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6698.html>, erişim: 12.04.2016

<http://shiftdelete.net/facebook-hakkinda-iliginc-bilgiler-68933>, erişim: 09.03.2016

<http://webrazzi.com/2015/02/09/sosyal-aglar-aktif-kullanici-webrazzi-pro/>, erişim: 09.03.2016

<http://www.eticaret.com/eticaret-sozlugu/http-nedir/>, erişim: 06.04.2016

<http://http.nedir.com/>, erişim: 06.04.2016 (erişim: 06.04.2016)

<https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/anayasa.uc?p1=41>, erişim: 28.03.2016

<https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/anayasa.uc?p1=58> erişim: 28.03.2016

[http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651\\_genel%20gerekce.pdf](http://www.tib.gov.tr/dokuman/5651_genel%20gerekce.pdf), erişim: 01.12.2015

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf>, erişim: 15.03.2016

<http://www.sozlukanlaminedir.net/agyarini-mani-efradini-cami-nedemektir/>, erişim: 09.03.2016

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), erişim: 25.12.2015)

- <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>, erişim:15.12.2015)
- [https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#\[1\]](https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#[1]), erişim:25.12.2015
- [https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#\[1\]](https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#[1]), erişim:25.12.2015
- <https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#>, erişim: 20.12.2015
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=mahremiyet&ayn=tam>, erişim: 20.12.2015
- <https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#> erişim: 20.12.2015
- <https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#> erişim: 20.12.2015
- [https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#\[1\]](https://www.privacyinternational.org/article/phr2006-overview-privacy#[1]) erişim: 20.12.2015
- <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>, erişim:10.03.2016
- <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>, erişim:20.12.2015
- <http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>, erişim:10.03.2016
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>, erişim:10.03.2016
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, erişim:10.03.2016
- <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/isvicre.pdf>, erişim:10.03.2016
- [http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/BELC\\_KA\\_ANAYASASI.pdf](http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/BELC_KA_ANAYASASI.pdf), erişim:10.03.2016
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, erişim:10.03.2016
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf>, erişim:10.03.2016

- ([https://www.unodc.org/.../Uruguay\\_const\\_1967](https://www.unodc.org/.../Uruguay_const_1967), erişim:10.12.2015  
[http://www.unicef.org/turkey/udhr/\\_gi17.html](http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html), erişim:10.12.2015  
<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/ihs.htm>, erişim:10.12.2015  
<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0>,  
erişim:10.12.2015  
<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6518.html>, erişim:15.03.2016  
<http://www.tib.gov.tr/tr/>, erişim:15.03.2016  
[http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4) , /, erişim:15.03.2016  
<http://v1.ce.com.tr/sour.ce/index.asp?wss=ce.com.tr&wpg=hizmetdetay&did=D9C96C6D-7346-;4153-949A-3ECED03F31D0>, /, erişim:15.03.2016  
<http://www.melihguney.com/yasak-sitelere-nasil-girilir.html>, erişim:15.03.2016  
<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.11746&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=internet>, erişim:15.03.2016  
[http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/15.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/15.html), erişim:15.03.2016  
[http://www.tib.gov.tr/sss\\_detay.html#4](http://www.tib.gov.tr/sss_detay.html#4), erişim:15.03.2016  
[http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar\\_bilgisi/bilgi/24.html](http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/24.html), erişim:15.03.2016  
<https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf>, erişim:17.03.2016  
<https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>, erişim:17.03.2016  
AVEA ve TNET şirketleri 2016 yılının başında Türk Telekom şirketi çatısı altında birleşmiştir. (<http://www.avea.com.tr/web/Destek/turk-telekomla-ilgili-merak-edilen-her-sey/Genel/ortak-marka-nedir>, erişim:17.03.2016  
[https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet\\_ileti%C5%9Fim\\_kurullar%C4%B1\\_dizisi](https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet_ileti%C5%9Fim_kurullar%C4%B1_dizisi), erişim:06.04.2016)  
<http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/yetkilendirme-arama.xhtml> sayfasından ulaşılabilmektedir. erişim:17.03.2016  
<https://www.esb.org.tr/sss#>, erişim:17.03.2016  
<https://www.facebook.com/help>, erişim:17.03.2016  
<https://support.google.com/youtube#topic=4355266>, erişim:17.03.2016

- <https://www.esb.org.tr/sss#>, erişim:17.03.2016
- [http://www.tib.gov.tr/tr/tr-duyuru-55-ozel\\_hayatin\\_gizlilikinin\\_ihlali\\_-\\_bireysel\\_basvuru.html](http://www.tib.gov.tr/tr/tr-duyuru-55-ozel_hayatin_gizlilikinin_ihlali_-_bireysel_basvuru.html), erişim:17.03.2016
- [http://www.tib.gov.tr/tr/tr-duyuru-55-ozel\\_hayatin\\_gizlilikinin\\_ihlali\\_-\\_bireysel\\_basvuru.html](http://www.tib.gov.tr/tr/tr-duyuru-55-ozel_hayatin_gizlilikinin_ihlali_-_bireysel_basvuru.html), erişim:17.03.2016
- <http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sik-Sorulan-Soru/Elektronik-imza-nedir>, erişim:17.03.2016
- (<http://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sik-Sorulan-Soru/Mobil-elektronik-imza-ile-elektronik-imza-arasindaki-fark-nedir-Mobil-imza-da-elektronik-ortamda-yapilan-islemlere-hukuksal-gecerlilik-saglar-mi>, erişim:17.03.2016
- <https://www.ihbarweb.org.tr/ohg/>, erişim:17.03.2016
- [https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet\\_ileti%C5%9Fim\\_kurallar%C4%B1\\_dizisi](https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nternet_ileti%C5%9Fim_kurallar%C4%B1_dizisi), erişim:20.03.2016
- [http://www.chip.com.tr/haber/https-nedir-nasil-varsayilan-hale-getirilir\\_28940.html](http://www.chip.com.tr/haber/https-nedir-nasil-varsayilan-hale-getirilir_28940.html), erişim:20.03.2016
- <https://www.w3.org/Protocols/rfc2616/rfc2616.html>, erişim:06.04.2016
- <https://www.trustworthyinternet.org/ssl-pulse/>, erişim:20.03.2016
- <http://www.e-ticaretmerkezi.net/abdirektif.php>, erişim:18.03.2016
- <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, erişim:18.03.2016
- [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=241576](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=241576), erişim:18.03.2016
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040312.htm>, erişim:18.03.2016
- <http://www.bilgisayarbilisim.net/bilisim-hukuku-f190/istenmeyen-haberin-internette-kaldirilmesi-t112120.html>, erişim:18.03.2016
- <http://www.turkcebilgi.com/%C3%B6nbellek>, erişim:18.03.2016
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=en>, erişim:06.04.2016
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, erişim:17.03.2016
- <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=52771>, erişim:14.04.2016



# ÖZEL GÜVENLİK BÖLGESİ VE SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI İLANININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMADAN KAYNAKLI SORUNLAR

Emine CİN KARAGÖZ\*

## ÖZET

Ülkemizin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde son zamanlarda gittikçe artan terör eylemleri nedeniyle sokağa çıkma yasağı ilan edilmekte ve özel güvenlik bölgeleri oluşturulmaktadır. Sokağa çıkma yasağı, bireylerin ikametgâhlarından belli bir süre ayrılmamalarını ifade eden geçici bir idari kolluk tedbiridir. Bu idari kolluk tedbiri, kamuoyunda bilindiği şekliyle kamu düzeninin güvenlik unsurunu gerçekleştirmek için ilan edilmesinin yanı sıra genel sağlık unsurunun gerçekleştirilmesi için de ilan edilebilmektedir. Örneğin, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 73. maddesinde belli hastalıkları taşıyanların evlerinde tecrit edilmeleri ve evlerinden çıkmalarının yasaklanması düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Özel güvenlik bölgesi ilanı ise, güvenlik gerekçesiyle belli yerlere girişin yasaklanmasıdır.

Terör faaliyetlerinin yaygınlaşması nedeniyle alınan bu idari kolluk tedbirleri, hukuki olmaktan öte temel hak ve özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması şeklinde değerlendirilerek, bu tedbirlere başvurulması kamuoyunda ciddi tartışmalara ve eleştirilere yol açmıştır. Bu eleştirilerin en başta gelenlerinden biri, sokağa çıkma yasağının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması niteliğinde olduğu, açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ve yasal düzenleme olsa bile net ve sınırları kesin bir şekilde çizilmiş değilse bu yetki kullanımının Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığının gündeme geleceğidir. Diğer bir eleştiri, sokağa çıkma yasaklarının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ötesine geçen ve temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduran bir niteliğe büründüğü ve Anayasanın 15. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak olağanüstü dönemlerde ve olağanüstü hal ilan edilerek durdurulabileceğidir. Diğer bir eleştiri konusu ise, sokağa çıkma yasaklarına ilişkin kararlarda 'ikinci bir emre kadar' şeklinde ucu açık bir ibarenin yer alması ve dolayısıyla zaman sınırlaması bulunmamasıdır. Bu şekilde ucu açık bir ibare ile zaman sınırlaması olmaksızın ilan edilen sokağa çıkma yasakları "ölçülülük ilkesi" bağlamında ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır.

\* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 73: "Kolera ve veba ve ruam musaplarından gayri hastaların evlerinde tecrit edilmelerine müsaade olunur. Yalnız alakadar sıhhi memurlar tarafından bu tecridin müessir olmasını temin edecek şartların mevcudiyeti kabul edilmiş olmalıdır. Kolera, veba, ruam musaplarıyla bulunduğu mahallerde tecridi mümkün ve kâfi görülmeyen sair hastalık musapları ve kolera ve vebayı neşir ve sirayet ettirmeleri muhtemel olanlar icap ederse cebri tecride tabi olurlar. Cebri tecrit, hastaların veya bu maddede zikredilen şüphelilerin Hükümetçe tayin edilecek mahallerde, her türlü ihtilattan memnu olarak ve zabita murakabesi altında bulundurulmalıdır".

Söz konusu gelişmelerin akabinde, özel güvenlik bölgesi ilanı ve sokağa çıkma yasaklarına dayanak oluşturan Bakanlar Kurulu kararları aleyhine Danıştay'da iptal davası açılmıştır. Bununla beraber başta Diyarbakır ili Sur ilçesinde yaşanan terör olayları nedeniyle ilan edilen sokağa çıkma yasaklarına ilişkin olarak Diyarbakır İdare Mahkemesi'nde açılan iptal davası olmak üzere terör olaylarının gittikçe etkisini arttırdığı 2015 yılı Temmuz ayından itibaren Valilik kararlarıyla ilan edilen sokağa çıkma yasaklarının iptali istemiyle birçok dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen dosyalarda sokağa çıkma yasağının hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Bu makalede, son dönemde sıklıkla uygulamaya konulan sokağa çıkma yasağı ve özel güvenlik bölgesi ilanına ilişkin kolluk tedbirlerinin hukuksal niteliği ve uygulamada yol açtığı hukuksal sorunlar irdelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu düzeni, kolluk, sokağa çıkma yasağı, ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükler.

**LEGAL QUALITY OF THE DECLARATION OF CURFEWS AND PRIVATE SECURITY ZONES AND THE PROBLEMS ARISING IN THEIR ENFORCEMENT**

**ABSTRACT**

*A curfew has been declared and private security zones have been created in Eastern Anatolia and Southeast Anatolia due to the increasing terrorist activities in the regions in recent times. Curfew is a temporary administrative police measure that requires that the inhabitants should not leave their houses for a given period of time. This administrative police measure can be declared for the fulfilment of the general health element as well as for the purpose of fulfilling the security element of the public order as known to the public. For example, the Article 73 of the Public Health Law No. 1593 has been arranged to ban those with certain diseases from getting out of their houses and to isolate or quarantine them in their houses.<sup>2</sup> Declaration of the private security zone, however, is the banning of access to given places on grounds of security.*

*These administrative police measures are caused by the proliferation of the terrorist activities and lead to serious debates and critiques in the public as they are interpreted as exceeding the limits of law and restricting the basic rights and*

<sup>2</sup> Article 73 of Public Health Law No. 1593: "The patients apart from the ones inflicted by cholera, plague and glanders are allowed to be isolated in their houses. However, the existence of the conditions that could enable this isolation to be effective must be accepted by the health staff in charge of them. Besides those inflicted by cholera, plague and glanders, the ones suffering from other diseases impossible and inadequate to isolate and the ones who are likely to transmit the plague and other diseases to others can be put in segregation by force. Forced segregation means keeping the patients and the suspects mentioned above in avoidance of any sort of complication and under the police inspection in the settlements that shall be determined by the government."



*freedoms in the extreme. One of the foremost of these critiques is that the curfew means restricting the basic rights and freedoms and there is a need for an open legal regulation; it is also that even if a legal regulation is enforced, the contrariety between the use of this authorization and the Constitution and European Convention of Human Rights may be brought to the agenda if it is not clear-cut with well-drawn limits. Another critique is that with the Article 15 of the Constitution in mind that basic rights and freedoms can only be stopped in public emergency periods and with the declaration of public emergency, the curfews enforced in the region go beyond the restriction of the basic rights and freedoms and appear to halt the use of the basic rights and freedoms. It is also a matter of critique that the decisions concerning the curfews contain an open-ended phrase of “until further notice” and accordingly they do not have a time limitation. The curfews declared without a time limitation under such an open-ended phrase are subjected to serious critiques within the context of “principle of proportionality”.*

*In the wake of these developments in question, nullity suits have been filed at Council of State (Danıştay) against the Cabinet decrees formed to underpin the declaration of private security zones and curfews. However, as regards the curfews declared in the district of Sur of Diyarbakır due to the terrorist activities, a lot of suits have been filed and opened with the claim of the lifting of the curfews declared by the Governorship’s decree since July 2015, when terrorists events started to lift their effectiveness. The Supreme Court checks the conformity of the curfews, mentioned in the files reaching them through individual applications, to the law. This article is, therefore, intended to deal with the legal quality of the police measures regarding the declaration of curfews and private security zones frequently put into force in the region in recent times and with the juridical problems caused by them in practice.*

**Keywords:** *Public order, cuff, curfew, proportionality principle, fundamental rights.*

## GİRİŞ

Geçmişten günümüze insanlar toplum halinde yaşamış ve her toplum ortak yaşamını idame ettirebilmek için belli bir düzene ve disipline ihtiyaç duymuştur. İnsanların toplum halinde güven ve huzur içinde birlikte yaşama ihtiyacı, hürriyet ihtiyacından daha öncedir<sup>3</sup>. Bu nedenle siyasal toplumlarda devletin en eski ve yaygın görevi, düzeni sağlamak ve korumak amacına yönelik kolluk faaliyetleridir<sup>4</sup>. İnsanların toplum içerisinde huzurlu ve

<sup>3</sup> KIRATLI Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973, s. 27.

<sup>4</sup> DURAN Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s. 248.

güvenli bir şekilde yaşayabilmeleri adına devletin kamu düzeninin korunması ve sağlanmasını bir kamu hizmeti olarak görmesi sonucunda kolluk kavramı ortaya çıkmıştır. Kolluk, idarenin kamu düzeninin sağlamak amacıyla bireysel ve toplumsal davranışları düzenlemesi ve toplum düzenine aykırı eylemlerin ortaya çıkması durumunda kuvvet kullanılarak önüne geçilebilmesi amacıyla oluşturduğu teşkilata, yürüttüğü faaliyete ve bazen de faaliyeti yerine getiren personele verilen addır<sup>5</sup>.

Sokağa çıkma yasağı kararları, genel idari işlem niteliğine haiz olup bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için uygulamaya konulan idari kolluk tedbirleridir<sup>6</sup>. Ülkemizin belli bölgelerinde vatandaşların can ve mal güvenliklerinin korunmasına yönelik olarak kamu düzeninin sağlanması amacıyla sokağa çıkma yasakları ilan edilmektedir. Benzer şekilde özel güvenlik bölgesi ilan edilmesi uygulaması da, vatandaşların can ve mal güvenliğinin sağlanması için belli bölgelere girişin yasaklandığı idari bir kolluk tedbiridir. Bu çerçevede her iki idari kolluk tedbirinin hukuka uygunluğu, idarenin kolluk faaliyetlerini gerçekleştirirken uymak zorunda olduğu başta temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler olmak üzere Anayasal ve yasal sınırlar çerçevesinde şekillenecektir.

### **1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması ve Sokağa Çıkma Yasağı**

Güncel idari uygulamada sıklıkla başvuru alan idari kolluk tedbirleri haline gelen sokağa çıkma yasağı kararlarının hukuka uygunluğunu tartışırken, öncelikle, bu kolluk tedbirlerinin bir idari işlem olarak; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması niteliğinde mi, yoksa temel hak ve hürriyetlerin durdurulması niteliğinde olduklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu sorunun cevabı, uygulanan idari tedbirin hukukiliği noktasında belirleyici olacaktır. Zira eğer sokağa çıkma yasağı temel hak ve hürriyetlerin durdurulması niteliğinde idari kolluk tedbirleri olarak değerlendirilirse, temel hak ve hürriyetlerin durdurulması ancak olağanüstü dönemlerde mümkün olacağından, olağanüstü hal ilan edilmeden bölgede bu yetkilerin kullanılması olağan dönemde olağanüstü dönem yetkilerinin kullanılması anlamına geleceğinden Anayasaya

<sup>5</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara-İstanbul 2015, s. 569; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 289; ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2014, s. 633-634.

<sup>6</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, "Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?", <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhflU>, Erişim Tarihi: 29.02.2016.

ve hukuka aykırı olacaktır. Bununla birlikte bu idari kolluk tedbirleri temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması niteliğinde idari kolluk tedbirleri olarak kabul edilirlerse, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediği noktası söz konusu idari kolluk tedbirlerinin hukuka uygunluğu noktasında belirleyici olacaktır. Bu durumda, idari yargı mercileri, Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde söz konusu idari kolluk tedbirlerinin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını dava konusu her somut olayda değerlendirecektir.

Demokratik ve liberal bir hukuk sisteminde temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması esastır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırsız ve mutlak bir şekilde kullanılması düşünülemez. Toplum hayatının sürekliliği için zorunlu olan sınırlamalar, elbette ki hukuki çerçevesi çizilerek sistem içerisine dâhil edilmişlerdir. 1982 Anayasasında olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını 13. maddede, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını ise 15. maddede düzenlenmiştir. Bu anlamda doktrinde bir görüşe göre 1982 Anayasası, olağan dönem ve olağanüstü dönem olmak üzere iki Anayasayı bünyesinde barındırmaktadır<sup>7</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, doktrinde SAĞLAM tarafından “belli bir temel hak ve hürriyetin Anayasa tarafından öngörölmüş veya belirlenmiş bulunan norm alanına kanun yoluyla dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye tanınan imkânları daraltan bir müdahaledir”<sup>8</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre sınırlama, temel hak ve özgürlüğün norm alanının daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuki rejimi Anayasanın 13. maddesinde çizilmiştir. Buna göre “temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ise, doktrinde AKILLIOĞLU tarafından “olağanüstü dönemlerde, bu dönemlere yol açan nedenlerle bağlı

<sup>7</sup> GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 4, Ağustos 1990, s. 589.

<sup>8</sup> GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa 2011, s. 546; SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 47-49

kalmak koşuluyla bazı temel hakların kullanılamaması sonucu doğuran, belli bir süre ile sınırlı, bir yetki olarak tanımlanmaktadır<sup>9</sup>. O halde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, olağanüstü yönetim usullerinin bir parçasıdır<sup>10</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması için ise, Anayasanın 15. maddesinde ifade edildiği üzere savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü haller gibi olağanüstü durumların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması, olağanüstü dönemlere özgü ve belirli bir süre ile sınırlı bir yetki kullanımudur<sup>11</sup>.

Ülkenin belli bir yöresinde veya tamamında vatandaşların can ve mallarına yönelik somut ve ciddi bir tehdit, olağanüstü hal tedbirlerine başvurmak için etkili olmaktadır<sup>12</sup>. Şöyle ki; ortaya çıkan somut tehdidin giderilebilmesi için öncelikle normal zamanda alınacak tedbir ve mekanizmalar devreye sokulacak ancak eğer normal zamanda alınacak tedbir ve mekanizmalar yeterli gelmez ise ya da somut tehlikenin aniden ortaya çıkması nedeniyle normal usullere başvurmak zaman kaybına neden olabilecek durumda ise olağanüstü yönetim usullerine başvurabilecektir<sup>13</sup>.

Olağanüstü haller Anayasa ve yasalarla çerçevesi çizilmiş hukuk rejimidirler. 1982 Anayasası'nın 119. maddesinde tabi afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı, 120. maddesinde ise şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle olağanüstü hal düzenlenmiştir. Anayasanın 121. maddesinin ikinci fıkrasında ise "...olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir" hükmü yer almaktadır. O halde, olağanüstü hallerde ne tür önlemler alınacağı ve yetkiler kullanılacağı açıkça Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenmiştir. Nitekim 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11/a hükmü gereğince şiddet

<sup>9</sup> AKILLIOĞLU Tekin, "Temel Hakların Durdurulması", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları 7, Ankara 1988, s. 57.

<sup>10</sup> AKILLIOĞLU, s. 63.

<sup>11</sup> AKILLIOĞLU, s. 57.

<sup>12</sup> KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993, s. 196.

<sup>13</sup> KUZU, s. 197.

hareketlerinde alınacak tedbirler arasında sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak sayılmıştır. Öyleyse, olağanüstü hallerde dahi sokağa çıkmayı sınırlama ve yasaklama tedbirine sadece, şiddet olaylarının yaygınlaşması sonucu ilan edilen olağanüstü hallerde başvurulabilmektedir. Aksi takdirde bu idari kolluk tedbirinin uygulanması söz konusu olamaz.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile durdurulması arasında farklar bulunmaktadır. Bu farkların ortaya konulması ve buna göre hukuki bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında eskiye oranla daha az da olsa hak ve özgürlüğün kullanılması mümkündür. Ancak temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasında, o temel hak ve özgürlüğün kullanılamaması sonucunu doğuran, olağanüstü dönemlere özgü ve süre kısıtlaması bulunan bir yetki kullanımı söz konusudur<sup>14</sup>. Diğer bir deyişle olağanüstü hallerde hürriyetlerin de olağanüstü kayıtlamalara tabi tutulacağı gerçeğinden yola çıkılarak temel hak ve özgürlükler geniş ölçüde sınırlanacak ve hatta gerekirse temel hak ve özgürlüklerin kullanımı tamamen durdurulacaktır<sup>15</sup>. Yine temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasında, vatandaşlara normal zamanlardaki ödevlere nazaran daha ağır ödevler yüklenmektedir<sup>16</sup>. O halde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, sınırlamanın ötesine geçen ve onu aşan bir kavram niteliğindedir<sup>17</sup>.

Sokağa çıkma yasağı kararlarının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması niteliğinde mi yoksa durdurulması niteliğinde mi olduğu noktasında doktrinde fikir ayrılıkları mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre, sokağa çıkma yasakları temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması niteliğinde bir idari kolluk tedbiridir ve olağanüstü hal ilanına gerek olmadan uygulanabilmesi mümkündür<sup>18</sup>. Bu durumda temel hak ve özgürlükleri bu denli sınırlayan idari kolluk tedbirinin uygulanmasında Anayasanın 13. maddesinde belirtilen koşullara uyulması mutlak zorunludur.

<sup>14</sup> AKILLIOĞLU, s 57; TUNÇ Hasan/BİLİR Faruk/YAVUZ Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 117.

<sup>15</sup> KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 1981, s. 239-240.

<sup>16</sup> AKILLIOĞLU, s. 59.

<sup>17</sup> ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara 2014, s. 124.

<sup>18</sup> ŞEN Ersan, "Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertelenmesi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, Erişim Tarihi: 11.02.2016; KIRIŞIK Fatih/DURDU Muhammet, "Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 47, 2016, s. 173.

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise, sokağa çıkma yasağı kararları temel hak ve özgürlüklerin durdurulması niteliğindeki idari kolluk tedbirleridir<sup>19</sup>. Zira sokağa çıkma yasağı bölgedeki mevcut durum itibarıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği, seyahat özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü, çalışma hakkı ve eğitim özgürlüğü gibi en temel hak ve hürriyetlerin kullanımını durduran bir yetki kullanımı haline gelmiştir. Doktrinde AKILLIOĞLU, sokağa çıkma yasağının temel hak ve özgürlüklerin durdurulması sonucunu doğuran ve ancak olağanüstü durum ve dönemlerde kullanılan bir yetki olduğunu ifade etmektedir<sup>20</sup>.

Sokağa çıkma yasakları bölgedeki mevcut durum itibarıyla kanaatimizce temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması değil, bilakis Anayasanın 15. maddesinde ifade edildiği üzere en azından bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasıdır. Zira bireylerin yaşam hakkının korunması için sokağa çıkma özgürlüğü askıya alınmaktadır. Ancak; bireylerin çalışma özgürlüğü, serbestçe hareket etme özgürlüğü, eğitim-öğretim özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğü kullanılamaz hale gelmektedir. Hatta bu idari kolluk tedbirinden vatandaşların günlük hayatları öyle ciddi bir şekilde etkilenmektedir ki, en temel ihtiyaç olan gıda ihtiyacı bile devlet eliyle karşılanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması için ise, Anayasanın 15. maddesinde ifade edildiği üzere savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü haller gibi olağanüstü durumların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması, olağanüstü dönemlere özgü ve belirli bir süre ile sınırlı bir yetki kullanımudur<sup>21</sup>. Olağanüstü hallerde dahi sadece şiddet olaylarının yaygınlaşması sebebiyle ilan edilen olağanüstü hal sebebiyle başvurulabilen idari bir kolluk tedbiri olan sokağa çıkma yasağına normal dönemde ilk elden başvurulması açıkça hukuka ve insan haklarına aykırıdır<sup>22</sup>. O halde sokağa çıkma yasağının hukuk zeminine oturtulması, olağanüstü hal rejiminin uygulanması ile gerçekleştirilebilir.

<sup>19</sup> AKILLIOĞLU, s. 60; ARDIÇOĞLU Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?”, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhfiU>, Erişim Tarihi: 08.12.2015.

<sup>20</sup> AKILLIOĞLU, s. 60.

<sup>21</sup> AKILLIOĞLU, s. 57.

<sup>22</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?”, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhfiU>, Erişim Tarihi: 08.12.2015.

Açıkça ifade etmek gerekir ki, ülkemizin şu an içerisinde bulunduğu durum, olağan dönemde kolluğun olağanüstü hal tedbirleri uygulamasıdır. Hangi gerekçeyle olursa olsun idarenin olağanüstü döneme özgü bir sınırlamayı olağan dönemde ilk elden ve rutin bir uygulama haline getirmesi kabul edilemez. Mevcut durum itibarıyla kolluk göz göre göre olağan dönemde olağanüstü hal rejiminin gerektirdiği yetkileri kullanmakta ve bu yolla yetkisini genişletmektedir. Oysa demokratik bir hukuk devletinde idarenin yetki kullanabilmesi için açık bir yasal dayanağa ihtiyacı bulunmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde idare, hukuka sıkı sıkıya bağlıdır, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yetki kullanır ve görev ifa eder. Bununla birlikte bölgedeki mevcut durum itibarıyla olağanüstü hal rejimi uygulanmadığı için bu rejime ilişkin kanuni düzenlemeler de uygulamada değildir. O halde, Valiler tarafından 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi çerçevesinde halkın can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla ilan edilen sokağa çıkma yasakları, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması sonucunu doğuracak nitelikte idari bir kolluk tedbiri olduklarından olağan dönemlerde uygulanmamalıdır. Aksi durum, ancak olağanüstü dönemlerde kullanılacak bir yetkinin olağan dönemde kullanılması sonucunu doğuracaktır ki, bu durum yetki aşımı olarak nitelendirilmektedir<sup>23</sup>.

Özellikle, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 32/Ç hükmü uyarınca kaymakamlarca ilan edilen sokağa çıkma yasaklarını hukuken şöyle değerlendirmek mümkündür: Olağanüstü hal durumunda Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca “sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak şeklinde yer alan tedbire ancak olağanüstü hal bir ili kapsıyorsa il Valisi, bir Bölge Valiliğine bağlı birden çok ilde ilan edilmesi halinde Bölge Valisi başvurabilir” hükmü uyarınca kişi bakımından yetki kuralını düzenleyen bu hükümle, sokağa çıkma tedbirine ancak söz edilen idari makamlar başvurabilir; fakat söz konusu tedbire olağanüstü hallerde dahi kaymakam tarafından başvurulamaz. Bu çerçevede, kaymakamlar tarafından ilan edilen sokağa çıkma yasakları, kişi bakımından yetkisizlikle maluldür. Dolayısıyla olağanüstü hallerde dahi ilçenin en büyük mülki amiri olan kaymakamın sokağa çıkmayı sınırlamak ya da yasaklamak gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Olağanüstü dönemde bile kaymakama verilmeyen sokağa çıkmayı yasaklama tedbirine olağan dönemde kaymakamlar tarafından başvurulması hukuka aykırılık teşkil etmektedir<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> AKILLIOĞLU, s. 60.

<sup>24</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasası Hukuka Aykırı mıdır?”, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhffU>, Erişim Tarihi: 25.01.2016.

## 2. Sokağa çıkma Yasağı İlanının İdari İşlemin Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

Sokağa çıkma yasağı idari bir kolluk işlemi olması nedeniyle idari işlemin hukuka uygunluğu açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Sokağa çıkma yasağına yasal dayanak olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmü ile 32/Ç hükmünde idari işlemin yetki, sebep ve amaç ögesi yer almaktadır. Sokağa çıkma yasağı tedbirinin sebep ögesi, sokağa çıkma yasağı ilan edilen yerlerde kamu güvenliğinin bozulmasına yönelik eylemlerin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkan maddi olaylardır. Sokağa çıkma yasağı kararının amaç unsuru ise, bölgede bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesidir.

İdare, bireylerin temel hak ve özgürlük alanına dokunan faaliyetleri gerçekleştirebilmek için kanuni bir temele dayanmak zorundadır. İdare hukukunda yetkisizlik asıl, yetki ise istisnaidir ilkesi gereğince idareyi yetkilendiren açık bir mevzuat hükmü bulunmadıkça, hiçbir idari makam veya organ yetki kullanamaz. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olduğu gibi yasa ile belirlenmiş bazı konularda, idarenin kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. İşte bu alana idare hukuku doktrininde münhasır yasallık alanı (idarenin muhtar düzenleme yetkisinin olmaması) dendiği görülmektedir<sup>25</sup>. Bu durumda idare, kanunun açıkça izin verdiği ölçüde ve kapsam dâhilinde kalarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilmektedir.

Güncel idari uygulamada, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmü ile 32/Ç hükmünün sokağa çıkma yasağına yasal dayanak gösterildiği görülmektedir. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmüne göre "il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali, gereken tedbir ve kararları alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66'ncı madde hükmü uygulanır". İlgili Yasanın 32/Ç hükmü gereğince ilçede de kaymakam aynı doğrultuda görevlendirilmiştir.

Peki, idari uygulamada referans norm olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'nun 11/C ve 32/Ç hükmü uyarınca illerde vali, ilçelerde ise kaymakam sokağa çıkma yasağı ilan edebilir mi? Bu soruya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran kanun hükümlerinin

<sup>25</sup> KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı bir İnceleme), Ankara 2011, s. 83.



açık ve kesin olması gerekmektedir<sup>26</sup>. Kanuni düzenlemenin açık ve net bir şekilde ifade edilmesi ile kanun hükmünün geniş yorumlanmasının önüne geçilmektedir. Aksi takdirde kanuni düzenlemenin geniş yorumlanması, normun Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığı sonucunu doğuracaktır<sup>27</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirtildiği üzere, içeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez<sup>28</sup>. Bu açıdan referans norm olarak gösterilen düzenlemeye baktığımızda, il idaresinin mülki amiri olan valinin maddede belirtilen ödev ve görevleri yerine getirebilmek için gereken tedbir ve kararları alacağı ifade edilmektedir. Peki, "gereken tedbir ve kararları alma" ifadesinden anlaşılması gereken nedir? Öncelikle belirtmemiz gerekmektedir ki, bu ifadeden yola çıkarak idari uygulamada anlaşıldığı ve uygulandığı gibi yorum yoluyla idarenin her türlü tedbir ve kararı alabileceği sonucu çıkarılamaz<sup>29</sup>. Zira idare hukukunda hangi idari makamın hangi yetkileri kullanabileceği önceden belirlenmiştir.

İdarenin kendi görev alanının belirlendiği kanuni düzenlemenin açık ve net olması durumunda açık yetkiden, yetkilerin hangi konularda kullanılması gerektiğinin açıkça yasal düzenlemede belirtilmediği ve yetki kuralının yorumlanması gereken durumlarda ise saklı yetkiden söz edilmektedir<sup>30</sup>. O halde sorulması gereken soru, idari uygulamaya kaynaklık teşkil eden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmünün saklı yetki içeren bir norm olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle, aslında kişi bakımından yetki kuralını düzenleyen bu hükümden yola çıkılarak, konu bakımından yetkinin içerisine sokağa çıkma yasağı da dâhil edilebilir mi?

İdare hukuku doktrininde, saklı yetkiden söz edebilmek için üstü kapalı yetkinin ilgili kuralda yeter derecede belirtilmiş olması şartı aranmaktadır<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> UYGUN Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s. 96.

<sup>27</sup> ŞEN Ersan, "Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertelenmesi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, Erişim Tarihi: 12.11.2015.

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1987/16, K. 1988/8.

<sup>29</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, "Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?", <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhIU>, Erişim Tarihi: 11.01.2016.

<sup>30</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 413; AKILLIOĞLU Tekin, "Saklı Yetki Kavramı", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 11, 1978, Sayı: 3, s. 73.

<sup>31</sup> BALTA Bekir Tahsin, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1968/1970, s. 80; AKILLIOĞLU, "Saklı Yetki Kavramı", s. 74; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 411; AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s. 103.

Bir başka deyişle, yetki kuralında belirli bir idari makamın idari işlem yapmaya yetkili olduğu ortaya konulmakta ancak birçok konu açıkça belirtilmese de yetki kuralına dâhil kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Yetki kuralındaki konular, yorum yoluyla yetki kuralının içeriğiyle bağdaşabildiği ölçüde genişletilebilmektedir. Doktrinde bir görüş saklı yetkinin olup olmadığını anlayabilmek için “bağdaşabilme prensibini” kullanılmaktadır<sup>33</sup>. Buna göre yetki kuralını düzenleyen kanun hükmü ile idarenin kullandığı yetkiler arasında bağdaşabilme söz konusu ise, bu durumda idarenin saklı yetkisinin varlığı kabul edilmektedir. Mahkeme, yetki kuralını düzenleyen kanun hükmü ile idarenin kullandığı yetkiler arasında bağdaşma olup olmadığına hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde karar verecektir<sup>34</sup>.

Doktrinde GÜNEŞ, saklı yetkiye ilişkin olarak kolluk kanunlarını örnek vererek görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: “Kamu güvenliğini, kamu sağlığını korumak görevini vermekle kanun, maksatla beraber bu kavramlarda mündemiç, ona sıkı surette bağlı işlemlerinin muhtevalarını da tespit etmiş olarak kabul edilmelidir”<sup>35</sup>. Doktrinde ULU ise, saklı yetkiye tipik örnek olarak 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesini göstermektedir<sup>36</sup>.

Sokağa çıkma yasağına dayanak teşkil eden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun ilgili hükmünü saklı yetki çerçevesinde değerlendiren bu görüşe karşı, doktrinde ARDIÇOĞLU ilgili hükmün idareye her türlü işlem yapabilme konusunda genel yetki veren bir hüküm olmadığını ifade etmektedir<sup>37</sup>. Diğer bir ifadeyle, idari uygulamaya yasal dayanak oluşturan ilgili hükümlerden yola çıkılarak idarenin sokağa çıkma yasağı koyma yetkisinin varlığından söz edilemeyeceğini ve idare hukukunda bunun adının konu bakımından yetkisizlik olduğunu ifade etmektedir<sup>38</sup>. Yine yazara göre, açık bir yasal düzenleme olmaksızın idarenin bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin

<sup>32</sup> ULU Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Bursa 2012, s. 183.

<sup>33</sup> GÜNEŞ, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 141.

<sup>34</sup> GÜNEŞ, s. 141; AKILLIOĞLU, “Saklı Yetki Kavramı”, s. 76.

<sup>35</sup> GÜNEŞ, s. 139-140.

<sup>36</sup> ULU, s. 184.

<sup>37</sup> ARDIÇOĞLU, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhflU>, Erişim Tarihi: 08.12.2015.

<sup>38</sup> ARDIÇOĞLU, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhflU>, Erişim Tarihi: 13.01.2016.

kullanımını durdurması, yasama fonksiyonun gaspı niteliğindedir ve söz konusu işlem yok hükmündedir<sup>39</sup>.

Saklı yetki kavramının geniş yorumlanması uygulamada sıkıntı yaratabilecek nitelikte görünmektedir<sup>40</sup>. Zira kavramın geniş yorumlanması, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılarak idari uygulamada keyfilik doğmasına neden olacaktır. Şunu da belirtmemiz gerekmektedir ki, idare hukukunda yetkisizlik asıl yetki ise istisnaidir kuralı gereğince yetkiler istisnai niteliktedir ve bu nedenle yetki kuralları dar yoruma tabidir. O halde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuracak nitelikte yetki kullanımı öngören kanun hükümlerinin açık, kafalarda soru işareti bırakmayacak şekilde net olması gerekmektedir. Yine temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuran idari kolluk yetkileri kullanılırken ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Aksi takdirde, vatandaş idarenin keyfi uygulamaları ile karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Bu şekilde kolluk işlemlerinin saklı yetki kapsamında değerlendirilmesi, keyfilik doğuracaktır. Hukuk devletinde keyfi uygulamaların olması düşünülemez. Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde sınırlanması söz konusudur. Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

Doktrindeki bu görüşler çerçevesinde İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmü saklı yetki olarak değerlendirilse bile bu yetki kullanımının idari uygulamada uygulandığı şekliyle uygulanmaması gerekmektedir. Zira sokağa çıkma yasağı, temel hak ve özgürlükleri durdurma derecesinde ileri giden kısıtlamaları içermesine rağmen mevcut idari uygulamada rutin bir şekilde uygulanarak çözüme ulaşılmaya çalışılmaktadır. İdari uygulamanın bu yaklaşımı hukuken sakattır. Belirtmek gerekmektedir ki, somut olayın ve şartların özellikleri alınan kolluk tedbirinin hukuka uygun olup olmaması noktasında belirleyici niteliktedir<sup>41</sup>. Bu bağlamda Doğu ve Güneydoğu illerimizde terör örgütleri ile etkin mücadele gerçekleştirmek ve daha da önemlisi vatandaşların can ve mal güvenliğini sağlamak için öngörülen sokağa çıkma yasakları ve özel güvenlik bölgesi ilanı geçici ve istisnai idari tedbirlerdir. Bu nedenle bu idari tedbirlerin ancak ve ancak ani ve beklenmedik

<sup>39</sup> ARDIÇOĞLU, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhfiU>, Erişim Tarihi: 25.01.2016.

<sup>40</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 414.

<sup>41</sup> TEKİNSOY OKAY Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 321.

durumlar karşısında uygulanması gerekmektedir. Oysa, bölgede yaygın ve sürekli bir şiddet ortamı mevcuttur. Ortada ani ve beklenmedik bir durum olmamasına rağmen ilk olarak sokağa çıkma yasağı ve özel güvenlik bölgesi ilan edilmesi tedbirlerinin uygulanması ölçülülük ilkesine aykırı olup açık ve net bir biçimde hukuka aykırılık oluşturacaktır. Zira kolluk makamları başka önlemler ile kamu düzeninin sağlanmasının gerçekleştirilemediği durumlarda ancak temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilirler<sup>42</sup>. O halde sokağa çıkma yasağı, kamu düzeninin korunmasını gerektirecek ani ve beklenmedik bir durum olması halinde kullanılabilir istisnai ve geçici bir kolluk tedbiridir.

Sokağa çıkma yasağının ancak istisnai ve arızı bir durum baş göstermesi halinde ilan edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle öyle şartlar ve durumlar söz konusu olmalıdır ki, idare bu arızı durumun ortadan kaldırılması için istisnai olarak sokağa çıkma yasağı ilan etmelidir. Güncel idari uygulamada olduğu gibi sokağa çıkmanın yasaklanması tedbirinin olağanlaştırılması ve istisnai durumlarda değil neredeyse her terör olayları sonrası belli bölgelerde kullanılması, hukuken kabul edilebilir nitelikte değildir. Maalesef, genel ve sürekli bir hale gelen sokağa çıkma yasakları, olağan yetkileri aşan ayrıksı bir yetki kullanımı haline gelmiştir. Sokağa çıkma yasağı kararları, olağan ve genel bir uygulama haline gelmemelidir. Vatandaşların temel hak ve özgürlükleri bu denli sınırlanmamalı ve hatta durdurulmamalıdır. O halde olması gereken hukuk adına yapılması gereken, olağanüstü hal ilan edilmesi ve olağanüstü hal rejiminin gerektirdiği kuralların uygulanmasıdır.

### **3. Anayasa Mahkemesi'nin Sokağa Çıkma Yasağına İlişkin Güncel Kararları**

Sokağa çıkma yasaklarının bireylerin yaşam hakkının ve güvenliğini ihlal ettiği gerekçesiyle son dönemde Anayasa Mahkemesi'ne pek çok bireysel başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan birisinde, sokağa çıkma yasaklarının Anayasaya aykırı olduğu, ucu açık olduğu, bireyin güvenliğini ve yaşam hakkını ihlal eder nitelikte olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur<sup>43</sup>. Söz konusu başvuruda sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasına yönelik tedbir talep edilmesine karşın, Anayasa Mahkemesi Ankara'da ikamet eden başvuru sahibinin sokağa çıkma yasağı kararlarından derhal tedbir kararı verilmesini gerektirecek şekilde kişisel olarak etkilendiğini gösterecek ciddi bir tehlike olduğu bilgi ve belgelerden

<sup>42</sup> ATAY, s. 679.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi, Meral DANIŞ BEŞTAŞ Başvurusu, Tedbire İlişkin Ara Karar, Başvuru Numarası: 2015/19545, Karar Tarihi: 22/12/2015.

anlaşılmadığından tedbir talebinin reddine karar vermiştir. Sokağa çıkma yasaklarına ilişkin kararların yürütmesinin tedbire durdurulması talepli başka bir başvuruda ise Yüksek Mahkeme, Şırnak Valiliğince 5442 sayılı Kanununun 11/C maddesi uyarınca vatandaşların can ve mal güvenliklerinin sağlanması için ilan edilen sokağa çıkma yasaklarının temelsiz olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir<sup>44</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yakın bir zamanda vermiş olduğu kararında, sokağa çıkma yasağının kaldırılması talebiyle yapılan bireysel başvuruyu reddetmiştir<sup>45</sup>.

#### 4. Özel Güvenlik Bölgesi İlanı ve Hukuki Niteliği

Ülkemizin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde yaşanan terör eylemleri nedeniyle vatandaşların can ve mal güvenliğinin sağlanması, emniyet ve asayişin temin edilmesi için meskûn mahal dışında giriş yasağının hukuki dayanağı 2565 sayılı Kanunda yer almaktadır<sup>46</sup>. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 32/A maddesi gereğince "Terörle mücadele kapsamında yürütülen operasyonlar nedeniyle, meskûn mahal dışında, can ve mal güvenliğinin korunması bakımından girilmesinde sakınca bulunan yerlerde operasyonun devam ettiği süreyle sınırlı olmak üzere; Genelkurmay Başkanlığı veya İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile askeri veya özel güvenlik bölgesi ilan edilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vali kararı ile on beş güne kadar özel güvenlik bölgesi ilan edilebilir. Bu suretle ilan edilen güvenlik bölgelerinin sınırları ile yasağın kapsamı, başlangıcı ve bitimi ilgili makamlar tarafından uygun araçlarla duyurulur. Bu bölgelere ilgili makamların izni olmadıkça girilemez."

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun 32/A maddesi Valilere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özel güvenlik bölgesi ilan etme yetkisi vermektedir. Bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere Bakanlar Kurulu tarafından 30.04.1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 21. maddesinde özel güvenlik bölgesi kurma esasları düzenlenmiştir. Buna göre, "mülki amirler il sınırları içerisinde

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi, Mehmet GİRASUN ve Ömer ELÇİ Başvurusu, Tedbire İlişkin Ara Karar, Başvuru Numarası: 2015/15266, Karar Tarihi: 11/9/2015.

<sup>45</sup> <http://www.dunyabulteni.net/manset/351697/aihm-sokaga-cikma-yasagi-itirazini-reddetti>. Erişim Tarihi: 25.01.2016.

<sup>46</sup> ŞEN Ersan, "Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertelenmesi", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, Erişim Tarihi: 24.11.2015.

bulunan tesislerden, etrafında özel güvenlik bölgesi kurulması zorunlu olanları, valilik bünyesinde oluşturulan özel güvenlik bölgesi değerlendirme komisyonundan yararlanarak belirlenir. Ayrıca tesis sahip veya yetkili makamları da bu amaçla mülki makamlara başvurabilirler. Mülki amirlerce etrafında özel güvenlik bölgesi kurulması uygun görülen her tesis veya tesisler topluluğu çevresinde ortak bir özel güvenlik bölgesi kurulmasına yönelik özel güvenlik bölgesi öneri dosyası hazırlanır. Hazırlanan öneri dosyaları İçişleri Bakanlığı'na iletilir.”

Ülkemizde son zamanlarda terör faaliyetlerinin yoğun bir şekilde yaşandığı belli yerlerde gecikmesinde sakınca bulunan haller gerekçe gösterilerek Valilik kararı ile on beş güne kadar özel güvenlik bölgeleri ilan edilmekte ve belirtilen yerlere vatandaşların girmesi yasaklanmaktadır. Söz konusu kanuni düzenleme gereğince idareye bölge içindeki gerçek ve tüzel kişilere ait malların kamulaştırılabilmesi yetkisi de verilmektedir<sup>47</sup>. Özel güvenlik bölgesi ilan edilen bölgelerde idarenin kolluk yetkileri de söz konusu kanuni düzenleme uyarınca artmaktadır<sup>48</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Valiler tarafından özel güvenlik bölgesi ilan etme yetkisi bulunmasına karşın, kaymakamların gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi özel güvenlik bölgesi ilan etme yetkisi bulunmamaktadır.

Özel güvenlik bölgesi ilanı, bir idari işlemdir ve bu idari işlemle idare kanunda öngörülen şartlara uymak kaydıyla stratejik değere haiz belli yerleri güvenlik bölgesi ilan etmektedir<sup>49</sup>. Güvenlik bölgesi ilan edilen yerler askeri nitelikte yer ve tesisler ise askeri güvenlik bölgesi, kamu ya da özel kesime ait yerlerse özel güvenlik bölgeleridir.

2565 sayılı Kanununun 32/A maddesine göre son dönemde sıklıkla başvurulmuş özel güvenlik bölgesi ilanı işlemleri, sokağa çıkma yasağı işlemlerinde olduğu kadar ağır hukuksal yaptırımlar içermemektedir. Bununla birlikte bu tedbirin de, idari işlemin diğer unsurlarını taşıması ve özellikle de “ölçülülük ilkesine” uygun olması şartlarını sağlaması gerekmektedir. Daha az sınırlama içeren tedbirlerle sonuç alınabilecek olması durumunda, özel güvenlik bölgesi ilanı tedbirine başvurulmamalıdır. Hak ve hürriyetlerin kullanılması ve bunlara eşlik eden koruma mekanizması hep olağan hukuk düzeninin tesis

<sup>47</sup> 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeleri ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu m. 21: “Güvenlik bölgelerinde bölge içindeki gerçek ve tüzelkişilere ait mallar kamulaştırılabilir.”

<sup>48</sup> AKYILDIZ Ali, “İdari İşlemlerle Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölgesini İhlal Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 7, 2006, s. 79.

<sup>49</sup> AKYILDIZ, s. 79.

etmiş olduğu şartlar göz önünde bulundurularak hazırlanmaktadır. Ancak kamu düzenini bozucu ciddi bir durum veya tehdit var ise, hak ve hürriyetlerin korunması esasından hareketle temel hak ve hürriyetler sınırlanmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı da önceden bilinmelidir ki, hukuki güvenlik ilkesi sağlansın. Birey kendisini hukuki güvence altında görsün. Bunun içindir ki, olağanüstü hal rejimi öngörülmüştür ve fakat hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirmek için Anayasanın 15. maddesindeki<sup>50</sup> çekirdek haklara dokunulamayacağı belirtilmiştir.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi Anayasamızda bu şekilde belirtilmişken idare tarafından Anayasadaki usulün dışına çıkılması, mevcut uygulamanın farklı bir düzenleme olduğunu göstermez. Bu durumda, Anayasadaki yol ve yöntem izlenmeli, Anayasanın 11. maddesinde<sup>51</sup> ifadesini bulan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine idare de uymalıdır. Güncel idari uygulamada 2565 sayılı Kanun uyarınca bir kez yetki almak suretiyle şartlar oluştuğunda sanki sürekli bir kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi alınmış gibi hareket edilmektedir. Bir başka deyişle, 2565 sayılı Kanunun aşkın kullanımı suretiyle, ilan edilmemiş bir olağanüstü hal rejimi uygulaması görüntüsüne yol açılmaktadır. İç hukuk bakımından yapmış olduğumuz bu değerlendirmenin yanısıra uluslararası hukuk açısından konuyu değerlendirdiğimizde şu tespitlerde bulunmamız mümkündür: Olağanüstü hal ilanının ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen yükümlülüklerle aykırı alınan tedbirlerin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirilmesi zorunludur<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> 1982 Anayasası m. 15/2: "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

<sup>51</sup> 1982 Anayasası m. 11: "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır."

<sup>52</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15: "1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye 3. ve 4. maddeler ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

Olağanüstü hal rejimlerinin uluslararası meşruiyetinin sağlanması için temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ve bu anlaşmaların koruma mekanizmalarında ülkelerin olağanüstü şartlarda olağanüstü hal ilan edilebileceği ve fakat bunun da denetim altında olması uluslararası camianın da bundan haberdar olmasının sağlanması gerekmektedir. Bu çerçevede olağanüstü hal ilanı Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirilir ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği de olağanüstü hal ilanının usul ve esaslara uygun olup olmadığını inceler ve gerekirse ilgili ülkeyi bu anlamda uyarır.

Mevcut idari uygulamada olduğu şekliyle ölçülülük ilkesine riayet edilmeyen söz konusu kanunun aşkın kullanımı suretiyle ilan edilmemiş bir olağanüstü hal rejimi uygulaması görüntüsüne yol açılarak şekilde özel güvenlik bölgesi ilanları ile bir bakıma hem iç hukuktaki yükümlülüklerden hem de uluslararası yükümlülüklerden kaçınılmış olmaktadır. İleride böyle bir tartışma bahse konu olabilir. Sonuç olarak, özel güvenlik bölgesi ilanının hukuki dayanağının Anayasa, uluslararası kurallar ve ülkenin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla uyum içerisinde olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur.

## SONUÇ

Ülkemizin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde yaşanan terör eylemleri nedeniyle kamu düzeni ciddi şekilde bozulmuş ve kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için ilave idari kolluk tedbirlerine başvurulması gereği ortaya çıkmıştır. Kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için öngören idari kolluk yetkileri bireylerin temel hak ve özgürlükleri alanına idare tarafından ciddi bir müdahale doğurduğundan oldukça hassas ve özenli olunması gereken bir alanı oluşturmaktadır. İdarenin kolluk faaliyetleri alanında hukuki çerçevenin dışına çıkması ve keyfi uygulamalara başvurulması demokratik bir hukuk devletinde kabullenilemez. Üstelik hukuki çerçevenin dışına çıkılarak keyfi uygulamalara başvurulması vatandaş ile devleti karşı karşıya getirecek ve vatandaşın idareye ve devlete olan güvenini derinden sarsacaktır. O halde, Anayasasında bir hukuk devleti olduğu ifade edilen ülkemizde tüm siyasi kaygılardan uzaklaşarak son dönemde kamu düzeninin yeniden tesisini için ilan edilen sokağa çıkma yasakları ve özel güvenlik bölgesi ilanlarının hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

İdarenin sokağa çıkma yasağı işlemleri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı ifade eden görüşe karşı doktrinde, söz konusu idari işlemler ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlamanın çok daha ötesine geçilerek temel hak ve özgürlüklerin durdurulduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır.



Eğer söz konusu idari kolluk tedbiri temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bağlamında değerlendirilecek olur ise, tartışma temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının Anayasal rejimini düzenleyen Anayasanın 13. maddesi etrafında olacaktır. Anayasanın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın kanunla öngörülmesi, ölçülülük ilkesine riayet edilmesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, söz konusu tedbirlerin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde başvurulacak ölçütler olacaktır. Uzun süren sokağa çıkma yasakları, sokağa çıkma yasağı kararlarında zaman sınırlaması olmaması ve süreye ilişkin ucu açık ibarelerin yer alması, süresi sona eren sokağa çıkma yasağı kararlarının sürekli olarak yinelenmesi ve geçici karakterinin bu yolla ortadan kaldırılması gibi nedenler düşünüldüğünde aslında, buradaki asıl tartışma “ölçülülük ilkesi” bağlamında olacaktır.

Sokağa çıkma yasağı kararları bölgedeki mevcut durum itibariyle temel hak ve özgürlüklerin durdurulması şeklinde değerlendirilecek olur ise, temel hak ve hürriyetlerin durdurulması ancak olağanüstü hallerde ve belli sebeplere bağlı olarak mümkün olacağından ve ortada olağanüstü hal rejimi kuralları bulunmadığından Anayasaya aykırı olacaktır. Bu durumda idare, Olağanüstü Hal Kanunu uygulamada olmadan temel hak ve hürriyetleri durdurmuş olacaktır ki, bu durum fonksiyon gaspı oluşturacaktır.

İdari uygulamada sokağa çıkma yasaklarına yasal dayanak oluşturan İl İdaresi Kanunu'nun 11/C hükmü idari işlemin yetki unsuru bakımından değerlendirildiğinde, saklı yetki içerip içermediği ihtilaflı bir hüküm olduğu görülmektedir. Ancak kanaatimizce doktrinde bazı yazarlarca kabul edildiği şekliyle bu hükmün saklı yetki içerdiği kabul edilse bile, idari uygulamada uygulandığı şekliyle uygulanmamalıdır. Temel hak ve hürriyetleri durdurma derecesine ulaşan bu idari kolluk tedbirleri geçici nitelikte olmalı, ilk elden uygulanan ve süregelen uygulamalar haline gelmemelidir. Hukuki öngörülebilirlik, belirlilik ilkesi ve ölçülülük ilkesi zedelenmemelidir.

Özel güvenlik bölgesi ilan edilmesi yetkisi sokağa çıkma yasağı kadar ağır hukuksal yaptırımlar içermemektedir. Zira meskûn mahal dışında vatandaşların can ve mal güvenliğinin sağlanması için stratejik öneme sahip yerlere girişin yasaklanması durumu söz konusudur. Özel güvenlik bölgesi ilan edilen yerlere ilgili makamların izni olmadığı sürece girilemez. Özel güvenlik bölgesi ilan etme yetkisi yasal dayanağa sahip olmakla birlikte bu tedbirin de hukuka uygun olabilmesi için idari işlemin diğer unsurlarını taşıması ve özellikle de “ölçülülük ilkesine” uygun olması şartlarını sağlaması gerekmektedir. Daha az sınırlama içeren tedbirlerle sonuç alınabilecek olması

durumunda, özel güvenlik bölgesi ilanı tedbirine başvurulmamalıdır. Ancak mevcut idari uygulamada 2565 sayılı Kanunun aşkın kullanımı suretiyle, ilan edilmemiş bir olağanüstü hal rejimi uygulaması görüntüsüne yol açılmaktadır.

Sonuç olarak, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 32/A maddesi ile getirilen özel güvenlik bölgesi ilanı rejimi Kanunun sistematığı ve amacı ile hiç de uyumlu değildir. Bu maddeye göre özel güvenlik bölgesi ilanı yasal dayanağa sahip olabilirse de, hem hukukiliği bakımından, hem de idari işlemin unsurları bakımından, özellikle de “ölçülülük ilkesine” uygunluğu açısından tartışmaya açık bulunmaktadır.

### KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, “Saklı Yetki Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3.

AKILLIOĞLU Tekin, “Temel Hakların Durdurulması”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayınları 7, Ankara 1988.

AKYILDIZ Ali, “İdari İşleme Suç İhdası: Özel Güvenlik Bölgesini İhlal Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 7, 2006.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara-İstanbul 2015.

AKYILMAZ Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000.

ARDIÇOĞLU Artuk, “Hukuka Uygun Olmayan Sokağa Çıkma Yasağı Hukuka Aykırı mıdır?”, [http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#](http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/7331/hukuka-uygun-olmayan-sokaga-cikma-yasagi-hukuka-aykiri-midir#.VmbOeGyhflU). VmbOeGyhflU, Erişim Tarihi: 08.12.2015.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2014.

BALTA Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1968/1970.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982.

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa 2011.

GÖZLER Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 4, Ağustos 1990.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011.

GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici Organları, Ankara 1965.

KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 1981.

KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı bir İnceleme), Ankara 2011.

KIRATLI Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973.

KIRIŞIK Fatih/DURDU Muhammet, “Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 47, 2016.

KUZU Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara 2014.

SAĞLAM Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

ŞEN Ersan, “Sokağa Çıkma Yasağı ve Seçimin Ertelenmesi”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1553832-sokaga-cikma-yasagi-ve-secimin-ertelenmesi>, Erişim Tarihi: 24.11.2015.

TEKİNSOY OKAY Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011.

TUNÇ Hasan/BİLİR Faruk/YAVUZ Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2015.

ULU Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Bursa 2012.

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992.



## 7201 SAYILI TEBLİGAT KANUNU'NUN 21. ve 35. MADDELERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER KARŞISINDA

### 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN 26/3. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Fatih TORUN\*

#### ÖZET

Ülkemizde, tebligatla ilgili olarak ortaya çıkan problemlerin giderilmesi amacıyla 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmıştır. Son olarak 6099 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile birlikte kabul edilen "adres kayıt sistemi"nin Tebligat Kanununa intibakının sağlanması amaçlanmıştır.

İdari yargılama usulünde, dava dosyası karara bağlanana kadar tebligat ile ilgili pek çok işlem yapılmaktadır. Kanun koyucu, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması durumunda mahkemenin nasıl bir yol izleyeceğini düzenleme gereği duymuş ve tebligat yapılamaması durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra tebligat işlemleri sırasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi ise, 6099 sayılı Kanun ile gerek gerçek kişiler, gerekse tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlarında yer alan adreslerine daha önce tebligat yapılmış olma şartı aranmaksızın tebligat yapılabilmesi mümkün hale getirilmiş olmasıdır. 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3'üncü maddesinin uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmiş olup bu durum idari yargı kararlarına da yansımış bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tebligat, İdari Yargı, İdare Hukuku, Adres Kayıt Sistemi, MERNİS, Davanın Açılmaması Sayılması.

#### **APPLICABILITY OF THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION LAW NO.2577 UNDER ARTICLE 26/3 AGAINST WHICH THE CHANGES THE NOTIFICATION LAW NO.7201 UNDER ARTICLE 21 AND 35.**

#### **ABSTRACT**

In our country, in order to eliminate the problems which are arise from execution of notification, Notification Law No.7201 has been changed on various dates. With the last changes of the Law No. 6099, was intended to ensure the adaptation of

\* Danıştay Tetkik Hakimi; Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi; (fatih.torun@danistay.gov.tr)

“Adress Registration System” which is adopted in Population Services Law No.5490 to Notification Law.

In administrative jurisdiction, there are a lot of notification until the trial results. Legislator felt the need to regulate legal procedure to follow when Court couldn't be made notification to address shown by the plaintiff and in case of legal consequences arising from inability to notice, it was organized in Administrative Jurisdiction Law No. 2577 under Article 26/3.

However, after the effective date of the aforementioned item, notification processes for the purpose of solving problems that occur during Notification Law No. 7201 major changes have been made. Along with any changes that have been made with Law No. 6099, Law No.2577 under Article 26/3 is the applicability of article have become controversial and this situation is also reflected in the decisions of the administrative jurisdiction.

**Keywords:** Notification, Administrative jurisdiction, Administrative Law, Address Registration System, The CENTRAL CIVIL REGISTRATION SYSTEM, The Trial Would Be Counted Unopened.

## GİRİŞ

Tebligat, genel anlamda, hukuksal bir işlemde ilgili kimsenin haber almasını sağlamak amacıyla, yetkili makamın yasal biçimde ve yazı veya ilan ile yapacağı bilgilendirme işlemi olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Hukuki anlamda tebligat, iddia ve savunma hakkının önemli bir unsuru ve adil yargılanma hakkının da bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tebligat, yargılamada, dayanağını Anayasada ve temel insan haklarında bulan adil yargılanma hakkı, onun devamı niteliğindeki hukukî dinlenilme

<sup>1</sup> Tebligatın tanımı ve tebligat hukukunda ayrıntılı bilgi için bkz. **RUHİ, Ahmet Cemal**, *Tebligat Hukuku*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara, 2011, s. 15; **YILMAZ, Ejder, ÇAĞLAR, Tacar**; *Tebligat Hukuku*, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013, s.39; **DELİDUMAN, Seyithan**, *Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Kısmen Genişletilmiş Tebligat Hukuku Bilgisi*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 15; **KAÇAK, Nazif**, *Tebligat Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 5., **MUŞUL, Timuçin**; *Tebligat Hukuku*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2012, s.41, **PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet**; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara 2012, s.227. **ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 177-178; **KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder**, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014, s.725.

hakkı, bu çerçevede kişinin kendisi ile ilgili yargılamadan haberdar olma ve bilgilendirme hakkıyla doğrudan ilgilidir.<sup>2</sup> Bu nedenle, yargılamanın gerek Anayasamızda belirtilen ilkelere, gerekse evrensel hukuk kurallarına uygun olarak yürütülmesi ve sonuçlandırılmasının teminini sağlamaya yönelik en önemli unsurlarından birisi tebligattır. Bunun yanı sıra, yargılama sürecinde tebligatın usuli açıdan da önemi büyüktür. Şöyle ki, taraflar hakkında yapılan usul işlemlerinin tamamlanıp hüküm ifade edebilmesi için bu işlemlerin tebliğ edilmiş olması gerekir. Yani, tebligat, salt ilgilinin bir hukuki işlemde haberdar edilmesi demek olmayıp; aynı zamanda bu işlemin kanunda belirtilen koşullara uygun olarak yapıldığının da belgelendirilmesi işlemidir.<sup>3</sup> Bu nedenle tebligat, bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemi olup belgelendirme özelliği ile, bir başka bilgilendirme usulü olan tefhimden ayrılmaktadır.<sup>4</sup>

Ülkemizde tebligata ilişkin temel kanun, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur.<sup>5</sup> Ancak, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yargılama aşamasında yapılan tebligat işlemleri ile ilgili olarak pek çok problem ortaya çıkmış ve bu problemler, uygulamada önemli bir yer işgal etmiştir. Uygulamada yaşanan sorunları önlemek amacıyla 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmış olup, son olarak 7201 sayılı Kanun'un 10, 21 ve 35'inci maddelerinde 6099 sayılı Kanun<sup>6</sup> ile esaslı düzenlemeler yapılarak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile birlikte kabul edilen "adres kayıt sistemi"nin Tebligat Kanunu'na intibakının sağlanması amaçlanmıştır.

6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte, dava sırasında davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde izlenecek yöntemi düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 26/3'üncü maddesinin uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmiştir. Bu çalışmamızda, 6099 sayılı Kanun ile Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklikler, İYUK'un 26/3'üncü maddesi çerçevesinde değerlendirilerek Tebligat Kanunu'nun 10, 21 ve 35'inci maddelerinde yapılan değişiklikler karşısında, İYUK'un 26/3'üncü maddesinin uygulanabilirliği tartışılacaktır.

<sup>2</sup> KURT KONCA Nesibe; *Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2014, S:14, s.240.

<sup>3</sup> RUHİ, a.g.e., s. 17.

<sup>4</sup> YILMAZ/ÇAĞLAR, a.g.e., s.39.

<sup>5</sup> 19.02.1959 tarih ve 10139 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır

<sup>6</sup> 19.01.2011 tarih ve 27820 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

**1) 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN  
26/3. MADDESİNDE DÜZENLENEN TEBLİGAT  
YAPILAMAMASI HALİ**

Tebliğatın bir yandan güvenli ve doğru şekilde yapılması, diğer yandan da mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve basit bir şekilde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Belirtildiği üzere, ülkemizde özellikle yargı alanında, tebligatla ilgili olarak karşılaşılan problemler nedeniyle yargılamanın sonuçlandırılmadığı ve uzun süre sürüncemede kaldığı sıklıkla görülmektedir. Bu durumun önüne geçmek amacıyla yargılama kanunlarında birtakım düzenlemeler bulunmakta olup bunlardan birisi de, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3. maddesinde yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İYUK'un 3. maddesinde dava dilekçesinde zorunlu olan hususlar arasında " tarafların ad ve adresleri" de sayılmış olup aynı Kanunun 14 ve 15'inci maddelerinde, bu zorunluluğa uyulmaması halinde dilekçenin reddedileceği ve aynı hatanın tekrarlanması durumunda bu kez davanın reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümle birlikte, davacının dava dilekçesinde tebligata elverişli ve doğru bir adres bildirmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, davanın açıldığı aşamada, mahkemenin, davacının gösterdiği adresin doğru ve tebligata elverişli bir adres olduğunu araştırma imkanı bulunmamakta olup bu adresin tebligata elverişli olup olmadığı yargılama sırasında yapılacak tebligatlar sırasında anlaşılabilir. İdari yargılama usulünde, dosyanın esastan karara bağlanarak uyuşmazlığın çözülmesine kadar naip üye kararı, bilirkişi incelemesi yaptırılması, duruşma yapılması gibi pek çok ara kararı alınmakta ve bu kararların davacıya bildirilmesi gerekmektedir.<sup>7</sup> Bu bildirim tebligat yoluyla yapılması zorunlu olup bunun yanısıra yürütmeyi durdurma kararları ile dosyanın tekemmülünün sağlanması amacıyla dava dilekçesi ve savunma dilekçelerinin de taraflara tebliğ edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, davacının gösterdiği adrese, bu ve benzeri mahkeme kararlarının tebliğ edilemediği durumlarda Mahkemenin nasıl bir yol izleyeceğini düzenleme gereği duymuş ve tebligat yapılamaması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar konusunda yukarıda belirtildiği üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3. maddesini ihdas etmiştir.

Bu maddede; "(Değişik: 5/4/1990 - 3622/9 md.) Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar

<sup>7</sup> KAYA, Cemil; İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme; *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; C:12 S:1-2, Yıl:2004, s.162.



*dava dosyası işlemde kaldırılsın ve varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.”* denilmek suretiyle dava devam ederken tebligat işlemlerinde birtakım aksaklıkların ortaya çıkabileceği öngörülerek davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde nasıl bir yol izleneceği düzenlenmiş, buna göre Tebligat Kanununda yer alan yöntemlerle tebligat işleminin gerçekleştirilememesi durumunda davacıya belli bir süre içerisinde yeni adresini bildirme yükümlülüğü getirerek dosyaların yıllarca herhangi bir işlem görmeden beklemesinin önüne geçilmesi ve davaların sürüncemede kalmadan yargılamanın en kısa sürede sonuçlandırılması sağlanmak istenmiştir. Böylece, davacının yeni adresini bildirmemesi durumu bir yaptırıma bağlanmak suretiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra tebligat işlemleri sırasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla Tebligat Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmış, yukarıda belirtildiği üzere, 6099 sayılı Kanun ile, adres kayıt sistemi esas alınarak, gerçek kişi olan muhatabın MERNİS adresine tebligat yapılmasının yolu açılmış, tüzel kişiler için de yine 6099 sayılı Kanun ile Tebligat Kanununun 35’inci maddesinde yapılan değişiklikle daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerine tebligat yapılabilmesine imkan sağlanmıştır. Böylelikle, gerek gerçek kişiler, gerekse tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlarında yer alan adreslerine daha önce tebligat yapılmış olma şartı aranmaksızın tebligat yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle birlikte İYUK’un 26/3. maddesinin uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmiş olup bu durum idari yargı kararlarına da yansımış bulunmaktadır.

## **2) 6099 SAYILI KANUN İLE 7201 SAYILI TEBLİGAT KANUNU’NDA YAPILAN DÜZENLEMELER**

### **a) Genel Olarak**

Ülkemizde tebligata ilişkin temel kanun olan Tebligat Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yargılama aşamasında yapılan tebligat işlemleri ile ilgili olarak pek çok problem ortaya çıkmış ve bu problemler uygulamada önemli bir yer işgal etmiştir. Öğretide de, davaların uzun

sürmesinin en önemli sebebi olarak, tebligat sisteminin çok ağır işlemesi gösterilmektedir.<sup>8</sup> Uygulamada yaşanan sorunları önlemek amacıyla Tebligat Kanununda çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmış olup, son olarak Tebligat Kanunu'nun 10, 21 ve 35'inci maddelerinde 6099 sayılı Kanun ile esaslı düzenlemeler yapılmak suretiyle tebligat işlemlerinde ortaya çıkan sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.<sup>9</sup> 6099 sayılı Kanun ile yapılan en önemli değişiklik, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile birlikte kabul edilen "adres kayıt sistemi"nin Tebligat Kanununa intibakının sağlanmasıdır. Bu değişiklikler ile, MERNİS projesi olarak adlandırılan adres kayıt sistemi sayesinde, tüm gerçek kişilerin adreslerinin MERNİS sisteminde tanımlı ve dolayısı ile UYAP üzerinden tüm gerçek kişilerin adreslerine ulaşılabilir olması gerekliliğine dayalı olarak, gerçek kişilere yapılacak tebligat usullerini MERNİS sistemine uyarlamak ve tebligat işlemlerinde ortaya çıkan aksaklıkları ortadan kaldırmak amaçlanmıştır. Kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde de belirtildiği üzere, yapılan bu değişikliklerle, tebligat bakımından büyük kolaylık sağlanması; zaman, emek ve para kaybının önlenmesi istenilmektedir. Hatta bu yolla, bazen on-onbeş tebligatla dahi sonuç elde edilemeyen durumlarda en fazla iki veya üç tebligatla sorunun çözümlenmesi ve tebligat işlemlerinin tamamlanması amaçlanmaktadır. Her tebligatın yargılamada birkaç aylık süre kaybına sebebiyet verdiği düşünülürse, bunun sağlayacağı yararın, hem ekonomik açıdan hem de yargılamanın hızlandırılmasına sağladığı katkı bakımından önemli olduğu açıktır.<sup>10</sup>

### **b) Tebligat Kanunu'nun 10'ncü Maddesinde Yapılan Düzenleme**

7201 sayılı Tebligat Kanununun 10. maddesinde; *"Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır.*

*(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/3 md.) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.*

<sup>8</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, a.g.e., s.732

<sup>9</sup> 6099 sayılı Kanun ile birlikte yapılan en önemli değişikliklerden birisi de, anılan Kanunun 2. maddesi ile 7201 sayılı Tebligat Kanununa eklenen 7/a maddesi ile birlikte Türk Hukukuna elektronik tebliğat imkanı getirilmesidir. Çalışmamızın kapsamı bakımından elektronik tebliğat konusunda açıklamalara yer verilmemiş olup elektronik tebliğat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: TÜZÜNER, **Özlem**; Elektronik Tebligatın Kalitatif Yönetimle İncelenmesi; *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2011/4, s.137-159.

<sup>10</sup> 6099 sayılı Kanun Genel Gereği (http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0742.pdf Erişim Tarihi:30/11/2015)

*“Şu kadar ki; kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir.”* denilmektedir.

Maddenin ilk fıkrası tebligatın, muhatabın BİLİNER EN SON ADRESİNDE yapılmasına dayalı temel ilkeyi düzenlemektedir. Kanununun 10. maddesi hükmünde geçtiği şekliyle “bilinen en son adres” kavramı tanımlanmamış; lâkin tebligatın muhataba bilinen en son adresinde yapılacağı emredici bir biçimde düzenlenmiştir.<sup>11 12</sup> Düzenlemenin bu haliyle, Tebligat

<sup>11</sup> Tebligat Kanununun 10.maddesine ek fıkra eklenmesiyle ilgili 6099 Sayılı Kanunun 3.maddesinin gerekçesinde “Yapılan yeni düzenlemeyle, önce yine bilinen en son adrese tebligat yapılacaktır. Böylelikle, muhataba daha kolay ulaşılabilecek bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması imkânı açık tutulmuştur. Ancak, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığına anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın 5490 Sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligat buraya yapılacaktır.” denilmektedir. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0742.pdf> Erişim Tarihi:30/11/2015)

<sup>12</sup> **Danıştay 16. Dairesi'nin 1.4.2015 tarih ve E:2015/14987, K:2015/1247 sayılı kararında da;** “ (...) 7201 sayılı Kanun'un belirtilen hükümleri uyarınca, tebliğ evrakının öncelikle muhatabın bilinen en son adresine gönderilmesinin zorunlu olduğu, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına tespit edilmesi ve muhatabın adrese dayalı kayıt sisteminde (Mernis) kayıtlı adresi bulunması halinde, adres kayıt sistemindeki adresin, kişinin resmi tebligat adresi olarak kabul edileceği ve bu şekilde tebligatı çıkartan mercii ve posta memurunca başkaca bir adres araştırması yapılmasına gerek bulunmazsınız, tebligatın ikinci defa muhatabın Mernis adresine tebligat evrakı üzerine yazılmak suretiyle tebligata çıkarılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden;dava dosyasında noksan bulunan 70,00 TL posta ücretinin ve 48,60 TL harcin tamamlanması için Van 2. İdare Mahkemesi Başkanlığınca yazılan harç ve posta ücreti tamamlama yazısının 27.12.2013 tarihinde davacının Mernis adresi olan Hafiziye Mahallesi Van Hakkari Karayolu-101 Caddesi No:156 Başkale/ Van adresine 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre tebliğ edildiği, 30 günlük süre içinde söz konusu noksanlığın giderilmediği, 2. (ikinci) kez yazılan harç ve posta ücreti tamamlama yazısının 12.02.2014 tarihinde aynı adrese yine 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre tebliğ edildiği, harç ve posta ücreti noksanlığının verilen 30 günlük süre içinde tamamlanmaması üzerine, Mahkemenin 28.03.2014 tarihli kararıyla, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, bu kararın 24.10.2014 tarihinde davacının o tarih itibariyle Mernis adresi olan Rasimpaşa Mahallesi Karakolhane Caddesi No:96/8 Kadıköy/İstanbul adresine yine 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre tebliğ edildiği, davacının bunun üzerine 12.11.2014 tarihinde Mahkemeye başvurarak, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin Mahkeme kararının temyiz edilerek bozulmasının istenildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, Mahkemece verilen birinci ve ikinci harç ve posta ücreti tamamlama yazılarını içeren tebliğ mazbatalarından davacının tayininin çıktığı ve yeni iş adresinin İstanbul Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğü olduğu tespit edildiği halde söz konusu tebligatların “bilinen en son adresine tebligat ana kuralı” göz ardı edilerek davacının Mernis adresine gönderilmek suretiyle tebliğin yapıldığı, Tebligat Kanunu'nun 10. maddesindeki açık hükme rağmen tebliğ mazbatalarının davacının bilinen en son adresine sevk edilmediği anlaşıldığından, İdare Mahkemesince davanın açılmamış sayılması yolunda verilen kararda

Kanununun tebligatın bilinen en son adresle başlaması ilkesinin yanında, bilinen en son adrese çıkartılacak ilk tebligatın mutlaka normal yolla çıkartılması gerektiği ilkesini de kabul etmiş olduğu belirtilmektedir.<sup>13</sup> Yine madde metninden, muhatabın başvurusu ve kabulü şartına bağlı olarak tebligatın bilinen en son adres olarak gönderilen adresten farklı bir adreste yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Kanunda belirtilen bilinme halinin, bu yolla tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkaran makamın kendi bildiklerine, bulduklarına ve yine kendisince gerçekleştirilecek araştırmanın sonuçlarıyla öğrenme sürecine bağlanmadığı, tam aksine bu bilinmeyi sağlayacak olanın, sadece muhatabın kendisi olup onun bildirildiği/beyan ettiği ölçüde bilinme hâlinin karşılanmış olacağı ifade edilmektedir.<sup>14</sup> Özellikle maddenin 3. fıkrası ve 6099 sayılı Kanun ile getirilen 2. fıkrası birlikte ele alındığında; bu konuda bir sıralamanın olduğu ve muhatabın söz konusu bilinme hâlinin oluşumunda, öncelikli ve üstün bir konumda bulunduğu ifade edilmektedir. Zira, maddenin 3. fıkrası, bilinenin ve dolayısıyla muhatapça bildirilen ve tebligat yapılması istenilen adresin dışında, başka bir adreste yapılan her tebligatın sonuçlanmasını, yine ve ancak muhatabın kabulüne bağlamıştır.

Maddenin 6099 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkrası, bilinen en son adresin “tebligata elverişli olmaması” ve “bu adrese tebligat yapılamaması” halini düzenlemektedir ki, bilinen en son adresin bu şekilde yetersiz ve belirsiz olduğu durumlar için tebligat çıkaran merci, muhatabın MERNİS adresine tebligat çıkarma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda; tebligatın çıkartılması gereken adresin tebligata elverişli olmadığı, tebligatı çıkartan merci tarafından tespiti durumunda, muhatabın MERNİS adresi, bilinen en son adres olarak kabul edilecek ve tebligat bu adrese çıkartılacaktır.

MERNİS adresinin, bilinen en son adres olarak kabul edilmesinin sebebi, 6099 sayılı Kanunun gerekçesinde açıklanmış olup buna göre gerekçede; “Tebligat Kanununun 10 uncu maddesine eklenen ikinci fıkra ile tebligata ilişkin sorunların belki de en önemli kısmının çözüme kavuşturulması

---

*hukuki isabet görülmemiştir.”* denilmek suretiyle tebligatın, ilk olarak muhatabın bilinen en son adresinde yapılmasına dayalı temel ilke vurgulanmıştır.

<sup>13</sup> **SALGIRTAY, Teoman;** Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012/32459 E.-2013/3328 S.K.-11/02/2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları, *Ankara Barosu Dergisi* S:2013/4, s.302

<sup>14</sup> **YEŞİLOVA, Bilgehan;** Tebligat Kanunu'nun 6099 s. K. İle Değişik 10/II ve 21/II Maddesi Hükümlerinin Uygulama Alanlarının Tespiti (Bir İçtihat Değerlendirmesinin Düşündürdükleri), *Ankara Barosu Dergisi*, S:2014/3, s.70.

amaçlanmıştır. Uygulamada, özellikle gerçek kişilerin adreslerinin tam olarak tespit edilememesi sebebiyle, resmî işlemlerde ve bilhassa yargılama sürecinde gereksiz birçok tebligat yapılmakta, bu ise süreci oldukça uzatmakta, zaman, emek ve para harcanmasına yol açmaktadır. Yapılan düzenlemeyle bu sorunun önemli ölçüde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Daha önce, sağlıklı bir adres veri sistemi mevcut değilken, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte günümüzde merkezî ve kapsamlı bir adres kayıt sistemi oluşturulmuş bulunmaktadır.<sup>15</sup> Bu sistemden şu anda tüm kuruluşlar, kişisel veriler korunmak suretiyle yararlanabilmektedir. Bu sayede gerek Türkiye’de bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar, gerekse yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yerleşim yerleri kayıt altına alınmış bulunmaktadır. Kısaca, artık bir kişinin adresinin bilinmemesi, çok düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemi düzenleyen 5490 sayılı Kanuna göre, yürütülecek iş ve işlemlerde bu sistemdeki adresin esas alınacağı da hükme bağlanmıştır. Yani, adres kayıt sistemindeki adresi kabul etmek hem fiilî hem de kanunî bir zorunluluktur.” denilmektedir.<sup>16</sup>

Anılan hükmün ihdas edilmesinin altında yatan temel düşünce; adres kayıt sistemiyle ilgili olarak yapılan bu düzenlemenin sonucu olarak gereksiz zaman, iş gücü ve maddî kaybın önüne geçmektir. Bunun yanı sıra, kişilerin, adres değişikliğini bildirmemek suretiyle ihmali veya adresini belirsiz hâle getirecek kötü niyetli davranışlarıyla hak elde etmesinin önlenmesi de amaçlanmaktadır.<sup>17</sup>

Böylece adres kayıt sistemindeki adres, kişinin resmî tebligat adresi olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, bir vatandaşın adresini doğru bir şekilde bildirmesi ve kendisine ulaşılabilmesi önemlidir. Adres kayıt sistemi

<sup>15</sup> 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 52/3. maddesinde; “Kurumlar, yürütecekleri iş ve işlemlerde Genel Müdürlükte tutulan adres bilgilerini esas alırlar.” denilmektedir.

<sup>16</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0742.pdf> (Erişim Tarihi:30/11/2015)

<sup>17</sup> Öğretide bu hükmün adeta bir cezalandırma olgusu üzerine inşa edildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir: “Görüldüğü gibi hüküm, gerekçesinde bahsi geçen ve kararda da yorumlandığı gibi adeta bir “*cezalandırma*” olgusu üzerine inşa edilmiştir. Bu ceza -daha ziyade yaptırım-, kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kimselerin devletine, bilinen son adreslerini veya bunlarda meydana gelecek sonraki tarihli değişiklikleri bildirmemesi nedeniyle gündeme gelmektedir. Kişinin bir yandan kendisine ait adresi, 3. kişilerle olan ilişkilerinde doğru bir biçimde ve olduğu gibi kullanması (*bildirmesi ve dolayısıyla bilinen hâle getirmesi*), hayatın olağan akışının bir gereği olduğu gibi öte yandan yine aynı adresi (ve sonraki tarihli değişiklikleri), bu kez de devletine -derhâl- bildirip kayıt altına aldırması, kendisinden beklenen kamusal bir ödevin (5490 s. K. m.50) ifasıdır. Yorumlandığı şekliyle “*ceza*”, bundan sapılmış olduğunun tespiti üzerine gündeme gelmektedir.” YEŞİLOVA, a.g.m., s.74-75.

dışında ayrıca bir adres araştırması yapılmayacaktır. Bu açıdan, adres kayıt sistemindeki adres, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiştir. Bu durumda, ne tebligatı çıkartan merciin ne de posta memurunun başkaca bir adres araştırması yapmasına gerek bulunmaktadır. Adres kayıt sistemiyle ilgili olarak yapılan bu düzenlemenin sonucu olarak bilinen adrese yapılan tebligatın karşılıksız kalması halinde adres kayıt sistemindeki adrese yapılan tebligatın geçerli sayılacağı kabul edilmiştir.<sup>18</sup>

Çok zayıf bir ihtimal olmakla birlikte, muhatabın adres kayıt sisteminde de bir adresi bulunmuyorsa, bu durumda ancak o zaman adresi meçhul sayılarak 28'inci maddedeki araştırmanın ardından ilan edilen tebliğ yoluna gidilmesi gerekmektedir. Yeni düzenlemeyle birlikte adres kayıt sisteminde bir adres mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılması ve adres araştırması yapılması mümkün değildir. Bu sebeple, 28'inci madde hükmünün uygulanması oldukça istisnai kullanılabilir bir hale gelmiştir.<sup>19</sup>

### **c) Tebligat Kanunu'nun 21'inci Maddesinde Yapılan Düzenleme**

7201 sayılı Kanunun "Tebliğ İmkansızlığı ve Tebellüğden İmtina" başlıklı 21'inci maddesi; "(Değişik : 6/6/1985 -3220/7 md.) Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/5 md.) Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

<sup>18</sup> ÖZBAY, İbrahim; 6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; C:XVI, S:1-2, Yıl:2012, s.137

<sup>19</sup> RUHİ, a.g.e., s. 97.

(Ek: 19/3/2003-4829/5 md.) Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki fıkralar uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar.” şeklinde düzenlenmiştir.

Tebliğat Kanununun 21’inci maddesi, çok sık uygulanan bir hüküm olup ülke içi tebliğatlarda uygulanacak ortak bir metodu düzenlemektedir. Bu maddede, muhatap veya kendisine tebliğ yapılabilecek kimselerden hiçbiri tebliğ adresinde bulunmaz veya bulunduğu hâlde tebellüğden imtina ederse hangi yolun izleneceği belirtilmiştir. Bu durumda, maddenin birinci fıkrasındaki yöntem izlenerek tebliğat yapılacaktır.

Bu maddeye, 6099 sayılı Kanun ile ikinci fıkra eklenmiş, eklenen fıkrayla gösterilen adresin adres kayıt sistemindeki adres olması halinde muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa bile bu fıkra hükümlerine göre tebliğat yapılması imkanı sağlanmıştır. Zira 10’uncu maddeye eklenen 2’nci fıkra ile birlikte, bilinen en son adrese çıkartılan tebliğattan sonuç alınamazsa, artık adres kayıt sistemindeki adres esas alınacak, başkaca araştırma yapılmadan tebliğat o adrese yapılacaktır. Böyle bir durumda, muhatapın adresi, adres kayıt sisteminde görülmek ve kaydedilmekle birlikte, kendisi o adreste hiç bulunmaz ya da sürekli şekilde o adresten ayrılmış olsa bile, tebliğ memurunun evrakı iade etmemesi, 21/2. maddeye göre tebliğ işlemlerini yapması gereklidir.

Böylece adres kayıt sistemindeki adres, kişinin resmî tebliğat adresi olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme, muhatapın hiç oturmadığı veya daimi olarak ayrıldığı bir adrese tebliğat yapılmak suretiyle hakkındaki resmi işlemlerden haberdar olma imkanının elinden alındığı gerekçesiyle eleştirilebilir de, bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olmak, aynı zamanda belirli yükümlülükleri de içermektedir. Bir vatandaşın adresini doğru bir şekilde bildirmesi ve kendisine ulaşılabilmesi önemlidir. Bu açıdan, adres kayıt sistemindeki adres, başkaca araştırma yapılmasını gerekli kılmayan son adres olarak kabul edilmiştir.

Yeni düzenlemeye göre, adres kayıt sistemine çıkartılacak tebliğ evrakında, tebliğin, “adres kayıt sistemindeki adrese çıkartıldığı”nın açıkça belirtilmesi gerekmektedir.<sup>20</sup> Böylece tebliğ memuru, yapacağı tebliğatın

<sup>20</sup> Tebliğat Kanunu’nun 23. maddesi, tebliğ mazbatasının içermesi gereken hususları saymıştır. 7201 sayılı Tebliğat Kanununun “Tebliğ Mazbatası” başlıklı 23. maddesine 6099 sayılı Kanun ile eklenen 8. bent ile; “Tebliğatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı”n tebliğ mazbatasında yer alması gerektiği düzenlemesine yer verilmiştir.

muhatapın MERNİS adresine 21/2. madde uyarınca yapılan bir tebligat olduğunu bilerek hareket edecektir. Böyle bir durumda muhatapın adres kayıt sistemindeki adresinde oturmamış olduğu veya bu adresten sürekli olarak ayrıldığı tespit edildiğinde, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim ederek tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştıracaktır. Bu durumda komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira bu fıkıyla, muhatapın gerçek adresini ilgili mercilere bildirmemesi durumunda, adres araştırması yapma zorunluluğu da ortadan kaldırılmaktadır. Öğretide, tebligatın komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verilmesinin zorunlu olmaması, tebligat yapılacak olan ilgilinin muhtemel hak kayıplarına yol açabileceği düşüncesiyle eleştirilmekte, bu nedenle eski düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenmektedir.<sup>21</sup>

Kanunun 21/2. maddesine göre, gerçek kişi olan muhatap, MERNİS adresinde hiç oturmamış olsa ya da bu adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebligat memuru tebligatı muhtar ya da zabıtaya imza karşılığı teslim edecek ve muhatapın kapısına da bu hususu belirten bir ihbarname yapıştırmak suretiyle tebligat işlemini gerçekleştirecektir. Kapıya yapıştırma tarihi tebliğ tarihi olarak kabul edilecektir.

Burada tartışılması gereken en önemli husus, davacının gösterilen adresinin MERNİS adresi olması halinde; öncelikle normal tebligat yolunun denenmesi gerekip gerekmediği, yani doğrudan Kanunun 21/2. madde hükmü uyarınca MERNİS adresine tebligat çıkarılıp çıkarılmayacağıdır.

Bu aşamada, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddelerinin birlikte yorumlanarak sorunun çözümlenmesi gerekmektedir. 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10.maddesine eklenen ikinci fıkra ile; gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. **Buna göre; muhatapın en son bilinen adresine öncelikle normal tebligat çıkarılması gerekmektedir. İlk defa bildirilen adresin muhatapın adres kayıt sistemindeki adresi veya başka bir adresi olması arasında fark bulunmamaktadır.**<sup>22</sup> Anılan hükmün uygulanmasında, kişiye

<sup>21</sup> ÖZBAY, İbrahim, a.g.m., s.143, AKİL, Cenk; 11.1.2011 Gün Ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:101 Yıl:2012, s.257.

<sup>22</sup> “Kanun koyucunun, bilinen en son adres ile memris adresinin aynı olması halini ayrıca düzenlememiş ve böyle bir durumda, ilk tebligatın doğrudan Teb.K. md.21/2 hükmüne göre



daha önce MERNİS adresinde tebligat yapılıp yapılmaması yönünden bir fark bulunmamaktadır. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın yapılamaması nedeniyle iade edilmesi halinde, tebligat, bu kez muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre çıkarılabilecektir.<sup>23</sup>

Bu konuda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 6.2.2014 tarih ve E:2013/5122, K:2014/261 sayılı kararında; “ (...) Görüldüğü üzere, 7201 sayılı Kanun'un belirtilen hükümleri uyarınca, tebliğ evrakının öncelikle muhatabın bilinen en son adresine gönderilmesinin zorunlu olduğu, **bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı tespit edilmesi ve muhatabın adrese dayalı kayıt sisteminde (Mernis) kayıtlı adresi bulunması halinde, adres kayıt sistemindeki adresin, kişinin resmi tebligat adresi olarak kabul edileceği ve bu şekilde tebligatı çıkartan mercii ve posta memurunca başkaca bir adres araştırması yapılmasına gerek bulunmaksızın, tebligatın ikinci defa Mernis adresine, adresin “muhatabın Mernis adresi” olduğu, tebligat evraki üzerine yazılmak suretiyle çıkarılması gerektiği; bilinen en son adres ile Mernis adresinin aynı olması durumunda ise, tebligatın yine tebliğ evraki üzerine “muhatabın Mernis adresi” olduğuna dair açıklamaya yer verilmesi suretiyle doğrudan Mernis adresine gönderileceği, bu şekilde kendisine tebligat yapılacak kimse veya tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse tebligatın tebliğ memurunca Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasına göre muhtar veya zabıta imzasına yapılacağı, kapiya ihbarname yapıştırılacağı ve komşu ya**

çıkartılacağı yolunda hüküm getirmemiş olmasından, bilinen en son adres ile mernis adresi aynı olsa dahi, ilk tebligatın bilinen en son adres olarak kabul edilen bu adrese normal olarak çıkartılmasını amaçlamış olduğu sonucuna varmak mümkündür. Gerçekten de, yasa koyucu bilinen en son adres ile mernis adresinin aynı olması durumunda bu adrese doğrudan Teb.K.md.21/2 hükmüne göre tebligat yapılmasına dair düzenleme getirerek, konuya netlik sağlayabilirdi. Ancak yasa koyucu böyle bir düzenleme yapma iradesinden kaçınmış durumdadır.” SALGIRTAY, a.g.m., s.316.

<sup>23</sup> Anılan maddenin uygulanması amacıyla Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin (TKUDY) “**Bilinen adreste tebligat**” başlıklı 16. maddesi düzenlenmiştir:

“(1) Tebligat, öncelikle tebliğ yapılacak şahsın bilinen en son adresinde yapılır. Bilinen en son adresin tespitinde, tebliğ isteyen beyanı, muhatabın veya diğer ilgililerin bildirimleri ya da mevcut belgeler esas alınır.

(2) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır. Ayrıca başkaca adres araştırması yapılmaz. 79 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre renkli bastırılan tebligat zarfında, adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek bu adrese tebligat yapılacağına dair meşruhata yer verilir.”

da yöneticiye haber verileceği, muhatabın adreste hiç oturmamış olduğunun ya da adresi sürekli olarak terk etmiş olduğunun tespit edilmesi halinde ise, Kanun'un 21. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre komşu, yönetici veya kapıcıya haber vermeden, kapıya ihbarname yapıştırmak suretiyle muhtar ya da zabita imzasına yapılması gerektiği, anılan hükmün uygulanmasında, kişiye daha önce bu adreste tebligat yapılıp yapılmaması yönünden bir fark bulunmadığı; öte yandan, kendisine daha önce tebligat yapılmış olan kişiye, adresten taşınması halinde Kanun'un 35. maddesi uyarınca tebligat yapılmasının ise, muhatabın yeni adresini tebligat merciine bildirmemiş olmasının yanı sıra adrese dayalı kayıt sistemine kayıtlı bir adresinin de bulunmaması halinde veya bildirilen yeni adresin de tebligata elverişsiz olması ve bu adresin hem eski tebligatın yapıldığı adresten hem de Mernis adresinden farklı olması durumunda mümkün ve aynı zamanda zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından, temyiz dilekçesinde, temyize konu kararın 09/09/2013 tarihinde tebliğ edildiği belirterek temyiz isteminde bulunulmuş ise de, davacının kendisine en son tebligat yapılan "Yukarı Dikmen Mahallesi, 645. Sokak, No:26/11 İçkapı-Çankaya/ANKARA" adresinden taşınmış olmasına rağmen yeni adresini tebliğe çıkaran merciye veya Mernis'e bildirmedeği, davacının bilinen bu son adresi ile adres kayıt sistemindeki adresinin aynı olması nedeniyle, Danıştay Beşinci Dairesince temyize konu kararın, tebliğ evrakının üzerine, adresin davacının "Mernis Adresi" olduğuna ilişkin açıklamaya yer verilmek suretiyle tebligata çıkarıldığı, ancak, tebliğ memurunca davacının söz konusu adresten taşınmış olduğu ve bu adresin Mernis'de kayıtlı adresi olduğunun tespit edilmesi üzerine, tebliğ evrakı üzerine bu hususlar şerh düşülerek tebligatın 7201 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen usüle uygun olarak, kapıya ihbarname yapıştırmak ve kararın muhtar imzasına tebliğ edilmesi suretiyle 02/09/2013 tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; yapılan tebligat 7201 sayılı Kanun'a ve usulüne uygun olduğundan, davacı tarafından kararın tebliğ edildiği 02/09/2013 tarihinden itibaren, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca, en son, otuz günlük temyiz süresinin sona erdiği 02/10/2013 gününde temyiz isteminde bulunulması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 07/10/2013 tarihinde Danıştay kaydına giren dilekçe ile temyiz isteminde bulunulduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. (...)" denilmek suretiyle bu görüşün benimsendiği görülmektedir.

Yargıtay içtihatlarının da bu yönde oluştuğu görülmektedir.<sup>24</sup>

#### **d) Tebligat Kanunu'nun 35'inci Maddesinde Yapılan Düzenleme**

Tebligat Kanunu'nun 35'inci maddesi, adres değişikliği halinde bunun ilgili yargı organına bildirilmesi zorunluluğunu getirmekte, bu zorunluluğa uyulmaması yani yeni adresin bildirilmemesi halinde yapılacak işlemleri belirtmekte ve ortaya çıkan bu durumda tebligatın nasıl yapılması gerektiğini düzenlemektedir. 35'inci madde, kazai (yargısal) tebligata ilişkin

<sup>24</sup> **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19.9.2013 tarih ve E: 2013/21372, K: 2013/29142 sayılı kararı:** “ (...)Tebligat Kanunu'nun 10.maddesine eklenen ikinci fıkra ile gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. Muhatabın adresi takip alacaklısı (veya davacı) tarafından bildirilecek ve normal tebligat çıkarılacaktır. İlk defa bildirilen adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi veya başka bir adresi olması arasında fark bulunmamaktadır. Her iki adres de Tebligat Kanunu'nun 10/1.maddesi kapsamında bilinen adrestir. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesi halinde, tebligat, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre çıkarılacaktır. Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddeleri farklı şekilde yorumlanarak, muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine başka adresi bilinmiyor diyerek doğrudan 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması doğru olmaz. Bu davranış Anayasanın 36. maddesine aykırı olur ve muhatabın savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi aynı zamanda özünde cezalandırmayı da amaçlayan bir düzenleme içermektedir. Yasa koyucu 5490 Sayılı Kanuna göre doğru adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildirmeyen vatandaşı cezalandırmak amacını gütmüştür. Tebligat Yasasının dar yorumlanması, geçerli bir mazereti nedeniyle yeni adresini zamanında Nüfus Müdürlüğü'ne bildiremeyen veya önemli bir mazereti nedeniyle (yatarak hastanede tedavi gören hasta gibi) bir kaç aylığına adresinden ayrılmak zorunda kalan vatandaşın cezalandırılmasına neden olur. Yasanın yorumunda yardımcı kaynak olan madde gerekçeleri bu konuda bize ışık tutmaktadır. Tebligat Kanunu'nda değişiklik getiren madde gerekçelerinden açıkça anlaşılacağı üzere iki veya üç tebligatla sorun çözülmek istenmiştir. Hem yasa metninde, hem yasanın uygulanmasını gösteren yönetmelikte ve hem de madde gerekçesinde muhatabın sadece adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bilinen adres olarak bildirilmesi halinde doğrudan 21/2'ye göre tebligat yapılacağı açıklamasına yer verilmemiş, bilakis bildirilen adrese tebligat yapılamaması halinde 21/2'ye göre tebligat yapılacağı önemle vurgulanmıştır. Ayrıca Tebligat Yönetmeliğinin 79.maddesinde T.K.'nun 21/2.maddesine göre çıkarılacak tebligatların açık mavi renkli zarflarla yapılacağı belirtilmesi bu usulün hemen başvurulacak bir yol olmadığı, istisna olarak ve belirli şartların oluşması halinde başvurulacak bir tebligat şekli olduğunu da göstermektedir. İlk defa bildirilen adres kayıt sistemindeki adres, tebligat yapılamayacağı açıkça anlaşılan bir adres olmadığı için, öncelikle normal bir tebligat çıkartılarak Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesinde ve Tebligat Yönetmeliğinin 30.maddesinde muhatap lehine olan araştırmaların yapılarak tebligatın kendisine ulaşması ve bilgilendirme işleminin yerine getirilmesi gerekir. (.....)

Somut olayda şikayet konusu yapılan tebligatın, TK.'nun 10/2. maddesi gözardı edilerek, takip talebinde ve ödeme emrinde, borçlunun adresi mernis adresinden farklı bir adres olarak gösterildiği halde bu adrese önceden hiçbir tebligat çıkarılmadan ve yasal şartları oluşmadan doğrudan TK.'nun 21/2. maddesine göre mernis adresine tebligat çıkartıldığı ve dolayısıyla bu tebligatın yukarıda açıklanan usule aykırı bir tebligat olduğu görülmektedir. (...)"

özel hükümlerdendir. Bu nedenle, 35'inci madde hükmü yalnızca, yargı organlarının çıkartmış buldukları kazai tebligat bakımından uygulanır. Dolayısıyla, yargısal olmayan idari ve mali tebligatlar bakımından 35'inci madde hükmü uygulanmaz.<sup>25</sup>

Kanunun “Adres Değiştirmenin Bildirilmesi Mecburiyeti” başlıklı 35'inci maddesi, 6099 sayılı Kanun ile önemli değişikliğe uğrayan maddelerden birisi olup maddenin güncel hali şu şekildedir:

*“Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır.*

*(Değişik fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır.*

*(Değişik: 19/3/2003-4829/11 md.) Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır.*

*(Ek : 6/6/1985 -3220/12 md.; Değişik fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır.*

*(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslğunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır.”*

6099 sayılı Kanun ile maddenin birinci fıkrasında herhangi bir değişiklik yapılmamış olup aynen muhafaza edilmiştir. Yani, daha önce kendisine usulüne uygun şekilde tebligat yapılmış kimsenin adresini değiştirmesi durumunda, adres değişikliğini bildirme yükümlülüğü devam etmektedir. Burada, öncelikle dikkat edilmesi gereken husus şudur: Tebligat Kanununun 35/1'inci maddesine göre muhataba veya tebliğ evrakında gösterilen adreste bulunan ve muhatap adına tebligatı kabule yetkili kişilere önceden usulüne

<sup>25</sup> MUŞUL, a.g.e., s.127; YILMAZ/ÇAĞLAR; a.g.e, s.636.

uygun olarak tebligat yapılmış olması gerekir. Bu durum, 35'inci maddenin uygulanabilmesi açısından ilk aşamayı oluşturur.<sup>26</sup> Bu koşul gerçekleşmedikçe 35'inci maddenin uygulanabilmesi söz konusu olmaz.<sup>27</sup> Muhatap yeni adresini bildirirse, tebligatlar, artık bu yeni adrese yapılacaktır.

6099 sayılı Kanun'un 1'inci fıkrası, düzenlemenin ilerleyen kısımlarında geçen müeyyidenin de asli şartını içermektedir. Yargı mercilerince yürütülen faaliyetler sırasında, kendisine daha önce tebliğle ulaşılmış bir muhatap, bundan sonra artık yargı merciince "bilinen" adresini değiştirirse bu değişikliği de, ilgili yargı merciine bildirmek zorundadır.<sup>28</sup> Görüldüğü üzere, İYUK'un 26/3'ncü maddesi, Tebligat Kanununun 35'inci maddesi ile aynı doğrultuda bir hüküm getirmekte olup, her iki maddede de, tebligatın muhatabına adres değişikliğini bildirme görevini yüklemektedir.

Eski düzenlemeye göre; adresini değiştiren kimse, yenisini bildirmedeği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılması ve asılma tarihinin, tebliğ tarihi sayılması usulü getirilmekteydi. Maddenin ikinci fıkrasında 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte, daha önce kendisine tebligat yapıp da adresini değiştiren ve bunu bildirmeyen kişiye ne şekilde tebligat yapılacağı hususu yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile, adresini değiştiren, ancak yeni adresini yargı organına bildirmeyen kişi, gerçek kişi ise, öncelikle adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılacaktır.<sup>29</sup>

6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin, gerçek kişilere yapılacak tebligat usullerini MERNİS sistemine uyarlamayı ve tebligat işlemlerinde ortaya çıkan aksaklıkları ortadan kaldırmayı amaçladığı düşünüldüğünde, anılan Kanun ile birlikte Tebligat Kanunu'nun 35. maddesinde de, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik önemli bir değişikliğe gidildiği görülmektedir. Yapılan değişikliğin ardından, kendisine veya adresine usulüne uygun olarak tebligat yapılan kimsenin adresini değiştirmesi durumunda, 35'inci madde uyarınca tebligat yapılabilmesi için, muhatabın yeni adresini tebliği yapan mercie bildirmemiş olması ve adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresinin tespit edilememiş olması gerekmektedir.

<sup>26</sup> RUHİ, a.g.e., s. 759.

<sup>27</sup> YILMAZ/ÇAĞLAR; a.g.e, s.637.

<sup>28</sup> YEŞİLOVA, a.g.m., s.94.

<sup>29</sup> ÖZBAY, a.g.m., s.149-150.

**Danıştay 12. Dairesi'nin 24.12.2013 tarih ve E:2013/3741, K:2013/12444 sayılı kararında da;** “Dosyanın incelenmesinden, ..... İdare Mahkemesi'nin davanın reddine ilişkin ..... sayılı kararının, davacı vekilinin dava dilekçesinde göstermiş olduğu adrese tebliğe çıkarıldığı ancak askerde olması nedeniyle tebligatın yapılamadığı, bu kez Tebligat Kanununun 35. maddesi hükmü uyarınca aynı adreste tebliğ olunacak evrakin, binanın kapısına asılmak suretiyle tebliğinin yapıldığı görülmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükmüne göre, daha önce kendisine gösterdiği adreste tebliğ yapılan kimsenin adresini değiştirmesi durumunda yeni adresini tebliği yapan kaza merciine bildirmesi yükümlülüğünün bulunduğu, ancak bu bildirim yapılmadığı takdirde öncelikle adres kayıt sisteminden yerleşim yeri adresinin tespit edilmesi gerektiği, bu tespit yapılmadığı takdirde evrakin eski adrese tebliğinin yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, askerde olması nedeniyle kendisine tebligat yapılamayan davacı vekilinin, yeni adresini bildirmediği de dikkate alınarak öncelikle adres kayıt sisteminden yerleşim yeri adresinin araştırılması ve tespiti halinde bu adrese tebligatın yapılması gerekirken bu araştırma yapılmadan doğrudan eski adrese tebligat yapıldığı, dolayısıyla Mahkeme kararının tebliği usulüne uygun yapılmamış olduğundan davacı vekilinin, Mahkeme kararını öğrendiğini beyan ettiği 15.02.2013 tarihinde tebligatın yapılmış sayılması gerektiği ve buna göre süresi içerisinde temyiz isteminde bulunulduğu anlaşıldığından aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

Buna göre, adresini değiştiren, ancak yeni adresini yargı organına bildirmeyen gerçek kişi muhatabın öncelikle adres kayıt sisteminde kayıtlı adresinin bulunup bulunmadığına bakılacak, adres kayıt sisteminde kayıtlı adresinin bulunması durumunda tebligat, bu adrese yapılacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere, en son bilinen adresine normal yollarla tebligat yapılamayan şahsın, MERNİS adresinin bilinmesi durumunda herhangi bir adres araştırması yapılmasına gerek olmadan Tebligat Kanununun 21/2'nci maddesi uyarınca tebligat yapılabilecektir. Zira, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile birlikte, adres kayıt sistemi oluşturulduğundan, tebligat memurunun ayrıca adres araştırması yapması yöntemi terk edilmiştir.

Gerçek kişiler bakımından adres kayıt sisteminde bir adresin bulunmaması çok zayıf bir ihtimal olduğundan gerçek kişiler açısından, 35'inci maddede düzenlenen tebligat usulünün uygulanma imkanı yok

denecek kadar azalmıştır. Ancak zayıf da olsa bu ihtimalin gerçekleşmesi durumu da gözetilerek, evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve bunun da tebligat tarihi sayılacağı şeklindeki düzenleme aynen muhafaza edilmiştir.<sup>30</sup>

### e) Tüzel Kişilere Yapılacak Tebligat

7201 sayılı Tebligat Kanununun 12 ve 13'üncü maddelerinde tüzel kişilere yapılacak tebligatlar düzenlenmiş, bu maddeler uyarınca, tüzel kişiler adına yapılan tebligatların, yetkili temsilcilere yapılacağı, tüzel kişiler adına kendilerine tebligat yapılacak bu kişilerin herhangi bir sebeple iş yerinde bulunmamaları veya o sırada evrakı alamayacak durumda bulunmaları halinde, tebliğin, orada hazır bulunan memur veya müstahdemlerden birisine yapılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Bunun yanı sıra, Kanun'un 35'inci maddesinin dördüncü fıkrası ile, tüzel kişilere yapılacak tebligatlar bakımından özel ve açık bir düzenleme getirilmiştir. Bu çerçevede daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.<sup>31</sup> Ancak, tüzel

<sup>30</sup> ÖZBAY, a.g.m., s.150

<sup>31</sup> **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.2013 tarih ve E:2013/22-341, K:2013/1590 sayılı kararı:** "Somut uyuşmazlığın incelenmesinde, davacı vekili tarafından davalı Bayık Tem İnşaat Temizlik Tekstil Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi'nin dava dilekçesinde bildirilen adresine çıkarılan ve dava dilekçesi ile duruşma gününü içeren tebliğatin; "işyeri sahibi cezaevinde olduğundan" açıklaması ile bila tebliğ iade edildiği, davalı şirketin ünvanı Bayık Tem İnşaat Temizlik Tekstil Özel Güvenlik Sistemleri Sanayi Ve Ticaret Limited Şirketi olarak düzeltilerek, yeni ünvan ile aynı adrese ikinci kez çıkarılan tebliğatin ise bu kez; "adresten taşınmış" şerhi ile bila tebliğ iade edildiği, dosya içerisinde bu iki tebliğat dışında dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğine ilişkin evrak bulunmadığı ancak, mahkemece, dava dilekçesinin usulen tebliğ edilmiş gibi işlem yapılarak, bundan sonraki tebligatların, 7201 sayılı Kanun'un 35. maddesi uyarınca, yine aynı adrese yapıldığı anlaşılmaktadır.(...)

(35.) Maddenin 11.01.2011 gün ve 6099 sayılı Kanun'un 9 maddesi ile değişik dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme, tarafların kendi iradeleri ile adreslerini bildirmelerine hukuki bir sonuç ve değer vermekte, yargının süratlenmesini amaçlanmaktadır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumunu niteliğinde olan ve 1982 Anayasası'nın 135'inci maddesinde sayılan meslek kuruluşlarına, ticaret sicilleri ile esnaf ve sanatkarlar sicillerine verilen en son adreslerin değişmesi ve adresin bu kurum ve kuruluşlara bildirilmemesi halinde de aynı hükmün uygulanacağı, diğer bir ifade ile daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ticaret sicillerine ve esnaf ve sanatkarlar sicillerine verilen en son adresin varlığı söz konusu ise, bu adreslerdeki değişiklikler hakkında da, 7201 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.(...)

Maddenin bu açık düzenlemesi ve gerekçesi karşısında somut olay incelendiğinde, davalı şirkete dava dilekçesi ve duruşma günü tebliği 7201 sayılı Kanun'un 12 ve 13. maddelerine

kişiler bakımından da öncelikle, bilinen adrese tebligat yapılmaya çalışılacağı, bunun mümkün olmaması durumunda ise 35/4'üncü maddesinin uygulanacağı tabidir. Bu durumda, taraf oldukları bir davada, Tebligat Kanunu'nun 10'uncu maddesi gereğince en son bilinen adreslerinde kendilerine tebligat yapılamaması durumunda, tüzel kişilerin resmi kayıtlardaki adreslerinin araştırılması ve bu adreslere daha önce tebligat yapılmamış olsa dahi 35. madde hükümleri uygulanmak suretiyle tebligat yapılması usulü benimsenmiştir.

**Danıştay 9. Dairesinin 13.10.2014 tarih ve E:2014/1611, K:2014/6097 sayılı kararında;** “7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 35. maddesinde; kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimsenin, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza mercüine bildirmeye mecbur olduğu, bu takdirde bundan sonraki tebliğlerin bildirilen yeni adrese yapılacağı, adresini değiştiren kimsenin yenisini bildirmedigi ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve asılma tarihinin tebliğ tarihi sayılacağı, bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğlerin muhataba yapılmış sayılacağı düzenlemesine yer verilmiş, aynı maddenin 4. fıkrasında ise; daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

*Olayda, davacı şirketin mahkemeye bildirdiği adrese tebligat yapılamaması üzerine, İstanbul Ticaret Odası'nda kayıtlı olan “Altiyol Şemsetop Sk. Sefa İş Merkezi No:9/36 Kadıköy/İSTANBUL” adresine mahkeme kararı ile birlikte davalı idarenin temyiz dilekçesinin 7201 sayılı*

---

uygun olmadığından, davalıya aynı adreste yapılan tebligatların, 7201 sayılı Kanun'un 35/1-3 maddelerine uygun olduğundan sözetmek mümkün değildir.

Bu durumda, anılan Kanun'un 11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile değişik 35/4. maddesi uyarınca; davalı tüzel kişinin ancak ticaret sicilinde gösterilen adresinde 7201 sayılı Kanun'un 35. maddesine göre yapılacak bir tebliğ işlemi usulüne uygun olabilecektir.

Ne var ki, dosyada, davalının ticaret sicil kaydının araştırılmadığı görülmektedir.

Bu durumda mahkemeye öncelikle, tüzel kişilik olan davalının ünvan değişikliği yapıp yapmadığı, yapmış ise gerek önceki gerekse yeni ünvanı ile ticaret sicilinde kayıtlı bulunan adresinin ne olduğu, adres değişikliği bulunup bulunmadığı ile değişiklik varsa tarihi tespit edilmeli, direnme kararının tebliğ edildiği tarih öncesinde davalının ticari ünvanı ve adresinin değiştiğinin tespit edilmesi halinde, ticaret sicili tarafından bildirilen yeni adrese yeni ünvanı ile 7201 sayılı Kanun uyarınca yöntemince tebligat yapılmalı, direnme kararının tebliğ tarihinden önce ünvan ve adres değişikliği bulunmadığının tespiti halinde ise dosya temyiz incelemesi için aynen iade edilmelidir.”



*Tebliğat Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca 16.01.2014 tarihinde tebliğ edildiği, davacının temyiz isteminin ise, yasal temyiz süresi geçirildikten sonra 17.04.2014 tarihinde kayda giren dilekçeyle yapıldığı görüldüğünden davacının temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle incelenmesine olanak bulunmamaktadır.”* denilmek suretiyle şirketin Ticaret Sicili Memurluğunca bildirilen adresine 35/4'üncü madde uyarınca yapılan tebligatın usulüne uygun olduğuna hükmedilmiştir.

Kanun metninde yazılı olan “resmi kayıttaki adres” ibaresinden yalnızca ticaret sicil kayıtlarındaki adresinin anlaşılması gerekmektedir. Değişiklik sonrası düzenlemeye göre tüzel kişilerin ticaret sicilindeki adresleri tek tebligat adresi olmayıp muhatabın Sosyal Güvenlik Kurumu, Emniyet Genel Müdürlüğü ve başkaca resmi kurumlarda bulunan adreslerine de tebligat çıkartılabilecektir. Tüzel kişilerin adreslerinin, bir sicil veya her hangi bir resmî kayıтта belirli olması sebebiyle meçhul olması düşünülemez. Bu nedenle, 35/4'üncü maddesi nedeniyle tüzel kişiler için tebliğ imkansızlığından bahsetme imkanı kalmamıştır.<sup>32</sup>

### **3) 6099 SAYILI KANUN İLE TABLİGAT KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER KARŞISINDA İYUK'UN 26/3'ÜNCÜ MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ**

İYUK'un 26'ncı maddesi, idari yargı yerinde dava açıldıktan sonra davanın taraflarının kişilik ve niteliğinde değişiklik meydana gelmesi halinde, idari yargı yerlerince yapılması gereken işlemler ve bu durumun davada

<sup>32</sup> Öğretide, 6099 sayılı Kanun sonrası hem genel hükümler hem de özel hüküm olan Kanunun 35. maddesi içinde, gerçek kişilerle tüzel kişiler arasındaki denge ve eşitlik ağır bir biçimde bozulduğu, kazai merciler önünde, yapılacak olan ister ilk isterse sonraki tebliğ olsun olağan metottaki (m. 21/1) bir tebliğin sonuçsuz kalmasının ertesinde, muhatabın gerçek yahut tüzel kişi olmasına göre takip edilecek istisnai metot bakımından ciddi bir farklılık söz konusu olduğu belirtilmekte olup söz gelimi, tüzel kişi de olsa kazai merci tarafından muhataba daha önce ulaşılmış adrese gönderilen sonraki tebliğin bu kez bilâ-tebliğ iade edilmesi hâlinde, artık kanunun 35/4. maddesindeki resmi kurum yahut sicillerdeki adresin denenmesine veya kullanılmasına gerek kalmaksızın doğrudan 35/3. fıkra hükmünün tüketilmesi gerekeceği, zira kazai merci tarafından bilinen adresin, artık diğer tüm adreslerin yerini aldığı, gerçek kişiler bakımından ise aynı durumda önce adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresin olup olmadığına bakılacağı, var ise buraya kanunun 21/2. maddesine göre ve ancak yok ise kazai merci tarafından bilinen adrese Kanunun bu kez 35/2. maddesinde yazılı metotla bir tebliğ gerçekleştirileceği, kazai merciler tarafından gerçekleştirilecek ilk tebligatlar bakımından da benzeri bir sonucun geçerli olduğu, Kanunun 21/2. ve 35/2. maddesi hükümlerine göre icra edilecek tebliğ metotları arasında, her ikisi de istisnai ve yaptırıma dönük olsa da çok ciddi farklılıklar bulunmakta olup ikincisinin bilgilendirme hakkının sağlanması adına muhatap üzerinde daha ağır sonuçları olduğu belirtilerek gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında yaratılan bu ayrım eşleştirilmektedir. **YEŞİLOVA**, a.g.m., s.101-102.

verilmiş olan yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar üzerindeki etkisini düzenlemektedir. Anılan maddenin 3'üncü fıkrasında ise, aslında madde başlığı ile ilgisi olmayan yani tarafların kişilik ve niteliğinde bir değişiklik meydana getirmeyen bir durum düzenlenmiş olup, bu fıkra ile davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyasının işlemden kaldırılacağı ve varsa yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dosyanın işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir.<sup>33</sup>

6099 sayılı Kanun değişiklikleri yapılmadan önce, Tebligat Kanunu'nun, 4829 sayılı Kanunun<sup>34 35</sup> 11'inci maddesiyle değişik, 35'inci maddesinde, kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimsenin, adresindeki değişikliği kaza merciine bildirmek zorunda olduğu; yeni adres bildirilmediği ve adres kayıt sisteminde yeni adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılacağı ve kapıya asılma tarihinin tebliğ tarihi sayılacağı; bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğlerin muhataba yapılmış kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

6099 sayılı Kanun değişikliklerinden önceki dönemde İYUK'un 26/3'üncü maddesinin uygulanabilmesi için, davacıya dava dilekçesinde veya başka bir şekilde bildirdiği adresinde Tebligat Kanunu hükümlerine göre hiç tebligat yapılamamış olması gerektiği belirtilmiştir. Bildirilen adreste daha önce en az bir kere tebligat yapılmışsa adres daha sonra değişmiş ve yeni adres de bilinmiyor olsa dahi sonraki tebliğler 35'inci madde uyarınca yapılacağından bu halde, 2577 sayılı Kanunun 26'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre işlem yapılması olanağı bulunmadığı, fıkra hükmünün bildirilen adrese daha önce hiç tebligat yapılmaması haline münhasır olduğu, ve eğer bu adrese gönderilen ilk tebligat yapılmadan iade edilecek olursa dava dosyasının yeni adres bildirinceye kadar işlemden kaldırılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>36</sup> Danıştay'ın vermiş olduğu bazı kararlarında da, dava sırasında davacının gösterdiği adrese bir kez bile tebligat yapıp daha sonra ise tebligat

<sup>33</sup> CANDAN, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC Türkiye, 6. Baskı, İstanbul 2015, s.668

<sup>34</sup> 27.3.2003 tarih ve 25061 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>35</sup> 4829 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden önceki dönemde uygulanan tebliğ olunacak evrakın kazai merciin divanhanesine asılması usulünden 4829 sayılı Kanun ile vazgeçilerek evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılması tebliğ için yeterli sayılmıştır.

<sup>36</sup> CANDAN, a.g.e., s.669-670.

yapılamaması durumunda tebligat işlemlerinin Tebligat Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca yapılarak yargılamaya devam edilmesi, 2577 sayılı Yasanın 26/3'üncü maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>37</sup>

İYUK'un 26'ncı maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle Tebligat Kanunu ile uyumlu olduğu görülmektedir. Zira, 6099 sayılı Kanun değişikliğinden önceki dönemde davacının bildirdiği adrese tebliğ imkansızlığı durumunda izlenecek yöntem konusunda Tebligat Kanunu'nda yer alan tek hüküm 35'inci madde olup bu madde ile davacıya getirilen yeni adresini bildirme yükümlülüğüne uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırım, İYUK'un 26/3'üncü maddesinde düzenlenmiş ve bu durumda dosyanın işlemde kaldırılmasına, bir yıl içinde bildirimde bulunulmaması durumunda ise davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, Tebligat Kanunu'nun 35'inci maddesi karşısında İYUK'un 26'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre işlem yapılabilmesi için davacının dava dilekçesinde veya başka bir şekilde bildirdiği adresinde Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde tebligat yapılamaması gerektirir.

Ancak, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 6099 sayılı Kanun ile gerek gerçek kişiler, gerek tüzel kişilere yapılacak tebligatlarda muhatabın bilinen en son adresine çıkarılan ilk tebligatın usulüne uygun olarak

<sup>37</sup> **Danıştay 10. Dairesi'nin 13.12.2013 tarih ve E:2010/15587, K:2013/9026 sayılı kararı:** ".....İdare Mahkemesince; davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca 27.2.2009 tarihli kararla dosyanın işlemde kaldırıldığı, bir yıl içinde davacı tarafından yeni adres bildirilerek dosyanın işleme konulması istenilmediğinden, aynı Yasanın 26. maddesi uyarınca 18.3.2010 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği görülmektedir.(....)

Dosyanın incelenmesinden, ..... İdare Mahkemesince verilen 28.11.2008 tarihli ara kararın, davacıya adresinde tebliğ edilememesi üzerine 27.2.2009 tarihinde dosyanın işlemde kaldırıldığı, bir yıl içinde davacı tarafından, yeni adres bildirilerek dosyanın işleme konulması istenilmediğinden bahisle de 18.3.2010 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden; davalı idare savunma dilekçesinin, davacıya 20.11.2007 tarihinde tebliğ edildiği görülmekte olup, bu sebeple olayda, 2577 sayılı Yasanın 26/3. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35/2. maddesinde yer alan "Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmede ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır." kuralı uygulanmak suretiyle, bahse konu ara kararın, davacıya tebliğ edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekirken, 2577 sayılı Yasanın 26/3. maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılması yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır."

yapılamaması durumunda, artık gerçek kişiler için davacının adres kayıt sisteminde kayıtlı bulunan MERNİS adresine 21/2'nci madde uyarınca tebligat yapma imkanı getirilmiş, adres kayıt sisteminde adresinin bulunmaması halinde ise dava dilekçesinde veya başka bir şekilde bildirdiği adresinde 35'inci madde uyarınca tebligat yapma uygulaması ise daha basitleştirilerek devam ettirilmiştir. Tüzel kişiler içinse, daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu adrese 35'inci madde uyarınca tebligat yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, 6099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin ardından, gerek gerçek kişiler, gerek tüzel kişiler açısından resmi kayıtlarda yer alan adreslerine de tebligat yapılabilmesinin önü açılmış ve hatta bu adreslere tebligat yapılabilmesi için, bu adreslerde daha önceden tebligat yapılmış olması zorunluluğu getiren bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu husus, tüzel kişiler için, “daha önce tebligat yapılmamış olsa bile” ibaresiyle açıkça belirtilmiştir. Gerçek kişiler için bu açıklıkta bir hüküm bulunmamakta ise de Tebligat Kanunu'nun 10/2'nci ve 21/2'nci maddesinin değerlendirilmesinden, Kanun koyucunun adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılabilmesi için bu adreste daha önce tebligat yapılmış olması şartını aramadığı, kaldı ki, “muhatap o adreste hiç oturmamış olsa dahi” denilmek suretiyle muhatabın adres kayıt sisteminde kayıtlı adresinin olmasının, tebliğ için yeterli kabul edildiği, bilinen en son adresine tebligat yapılamaması durumunda, tebligatı çıkaran makama sadece adres kayıt sisteminde yazılı adresi araştırma ve bu adresin tespiti üzerine de bu adreste daha önce hiç tebligat yapılmamış olsa bile Tebligat Kanununun 21/2'nci maddesi uyarınca tebligatı yapma imkanının getirildiği anlaşılmaktadır.

Bu değişikliklerle birlikte, tebligatın muhatabı ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun, muhataba tebligat yapılamaması ihtimali büyük ölçüde ortadan kalkmakta olup İYUK'un 26/3'üncü maddesinin hangi hallerde uygulanabileceği hususu tartışmalı hale gelmektedir. Bu düzenlemelerle, davacı tarafından, dava dilekçesinde veya başka bir şekilde yargı merciine adresi bildirilmiş ve bildirilen adrese tebligat yapılamaması durumunda muhatabın adres kayıt sisteminde adresinin bulunması durumunda, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi ve bu adrese daha önce tebligat yapılmış olma şartı aranmaksızın sonraki tebligatlar, MERNİS adresine yapılacağından, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamadığı gerekçesiyle İYUK'un 26/3'üncü maddesi uygulanmak suretiyle dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilmesi mümkün değildir.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Danıştay 6. Dairesinin 24.4.2013 tarih ve E:2012/6805, K:2013/2835 sayılı kararı: “Dava, Ankara İli, Çankaya İlçesi, Dikmen Vadisi, 4. ve 5. Etap Kentsel Dönüşüm Projesi

**Danıştay 12. Dairesinin 10.9.2013 tarih ve E:2012/13306, K:2013/6117 sayılı kararında;** “İdare Mahkemesince, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması nedeniyle Mahkemelerinin 30.06.2011 günlü ara kararı ile dava dosyasının işlemde kaldırılmış olmasına karşın, bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulmasının istenilmediği gerekçesiyle 2577 sayılı Yasanın 26/3 maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının dava dilekçesinde gösterdiği Ertuğrulgazi Mah. Huzurevi Cad. Metal İş Sitesi İ. Blok D:9 Yıldırım/Bursa adresine 07/06/2011 tarihli, yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin birinci savunması alındıktan ve ara kararı yerine getirildikten sonra incelenmesine ilişkin kararının tebliğe çıkarıldığı ancak dosya içerisinde mevcut 20/06/2011 tarihli tebliğ alındısının incelenmesinden, davacıya gösterdiği adreste tebligat yapılamadığından bahisle 30/06/2011 tarihli dava dosyasının işlemde kaldırılmasına ilişkin kararın verildiği, bilahare dosyanın bir yıl içinde yeni adres bildirmek suretiyle yeniden işleme konulmasının istenilmediği gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3 maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği görülmektedir.(...)

kapsamındaki, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı, 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve kentsel dönüşüm proje alanı sınırının kabulüne ilişkin belediye meclisi kararı ile bu planlar doğrultusunda yapılan imar uygulamasının Ankara 13. İdare Mahkemesinin 13/05/2009 tarihli, E:2008/363, K:2009/594 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine Dikmen Vadisi 4. ve 5. Etap Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Projesini yürütme olanağı kalmadığından bahisle ortaya çıkan sorunlarla ilgili olarak alınan Ankara Büyükşehir Belediye Meclisinin 15/11/2009 tarihli, 2647 sayılı kararının 3. maddesinin, “2981 sayılı Kanundan gelen arsa hakkının belediyenin mülkiyetinde bulunan ve belediyece uygun görülecek yerden karşılanmasına” ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; davacıya gösterdiği adreste tebligat yapılamadığından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesi uyarınca 24.6.2010 tarihinde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildiği, bu tarihten itibaren bir yıl içinde davacı tarafından yeni adres bildirilerek dosyanın işleme konulmasının istenilmemesi nedeniyle aynı Yasanın üçüncü fıkrası hükmü uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.(...)

(...)Dosyanın incelenmesinden, davalı idareye ait ikinci savunma dilekçesinin, davacının dava dilekçesinde gösterdiği “Mürsel Uluç Mahallesi, 970 Sokak, No:29/2 Dikmen / Ankara” adresine tebliğe çıkarıldığı, ancak; tebligat memuru tarafından, tebligat üzerindeki adresin yetersiz olduğu, muhatabın gösterilen adreste tanınmadığı, muhtar kayıtlarında da kaydının olmadığı gerekçesiyle 5.6.2010 tarihinde davacıya tebliğ edilmeyerek tebligatın Mahkemeye iade edilmesine karşın, davacının temyiz dilekçesinde yine aynı adresi tebligat adresi olarak gösterdiği, bununla birlikte adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde de bu adreste kayıtlı olduğu ve davacının bu adresten hiç ayrılmadığı gibi, halen de ikamet adresinin burası olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacıya gösterildiği adreste bir kez tebligat yapıldığı, davacının adresini değiştirmedeği dikkate alındığında, ikinci kez yapılan tebligatın ise usulüne uygun olmadığı sonucuna ulaşıldığından İdare Mahkemesince davanın açılmamış sayılması yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.”

(...)/Tebligat Kanunu'nun 21/2 maddesi “gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapağına yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılır.” hükmüne amirdir.

Dava dosyasındaki 20/06/2011 tarihli tebligat incelendiğinde, tebligatın davacının dava dilekçesinde belirttiği adrese Tebligat Kanunu'nun 21/2 maddesi uyarınca tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Tebligat Kanunu'nun 21/2 maddesi uyarınca davacıya tebliğ edildiğine göre, davaya kaldığı yerden devam etmesi gereken mahkemenin tebligat yapılamadığından bahisle, dosyanın işlemde kaldırılmasına, bilahare davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

**Danıştay 6. Dairesinin 5.4.2013 tarih ve E:2010/10084, K:2013/2201 sayılı kararında da;** “Dava; davacıya ait taşınmazın mezarlık alanı olarak kamulaştırılmasına ilişkin 31.03.2008 tarih ve 7 sayılı ihtiyar heyeti kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması nedeniyle Mahkemelerinin 05.03.2009 tarih ve E:2008/1017 sayılı kararı ile dosya işlemde kaldırıldığı halde bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulmasının istenilmediği gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.(...)”

Dosyanın incelenmesinden; davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması nedeniyle İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 05.03.2009 tarih ve E:2008/1017 sayılı kararı ile dosya işlemde kaldırıldığı halde bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle dosyanın yeniden işleme konulması istenilmediğinden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, davacının önceki adresine yakın bir yere taşındığı ve nakil bilgilerinin muhtara verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, MERNİS'te kayıtlı olan davacıya ait adres mahkemece araştırılmak suretiyle yeni adrese tebligatın yapılması ve dosyanın tekemmül ettirilmesi gerekirken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılması yönündeki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” denilmek suretiyle davacının

MERNİS sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılarak davaya devam edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Aynı şekilde **Danıştay 3. Dairesinin 5.3.2015 tarih ve E:2014/5274, K:2015/1007 sayılı kararında da;** “ (...) Dosyanın incelenmesinden; davalı idarenin birinci savunma dilekçesinin, davacının dava dilekçesinde belirttiği “Saray Mahallesi Atatürk Caddesi, Alaettinoğlu Apt. Kat:3, Daire:6-Alanya/ANTALYA” adresine tebliğe çıkarıldığı, ancak tebliğ mazbatasının, “Muhatap adrese soruldu, taşındı, merciine iade “ şerhi ile iade edilmesi üzerine, bu sefer davacının adres kayıt sistemindeki “Patlangıç Mahallesi, 346. Sokak, No:9-Fethiye/MUĞLA” adresine tebliğe çıkarıldığı, belirtilen adreste davacının oturmadığının tespit edilmesi üzerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 21’inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tebliğ evrakı imza karşılığı mahalle muhtarına teslim edilip, 2 no’lu haber kağıdı kapıya yapıştırılarak komşusuna haber verildiği, bunun üzerine Mahkemece, dava dilekçesinde gösterilen adrese ve mernis adresine tebligat yapılamadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun’un 26’ncı maddesinin 3’üncü fıkrası uyarınca dava dosyasının işlemde kaldırılmasına, işlemde kaldırma tarihinden başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilerek dosyanın yeniden işleme konulmaması nedeniyle de davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması üzerine tebligatın çıkarıldığı adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinde davacının ikamet etmediğinin saptanması üzerine, yukarıda belirtilen şekilde yapılan tebligat, 7201 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usule uygun olarak gerçekleştirildiğinden davacının mernis adresine tebligat yapılamadığı gerekçesiyle dosyanın işlemde kaldırılması ve sonrasında da davanın açılmamış sayılması yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” denilmek suretiyle davacının MERNİS adresine Kanun’un 21/2. Maddesinde belirtilen usule uygun olarak tebligat yapılması durumunda davaya devam edilmesi gerektiği, davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceği belirtilmektedir.

Tebligat Kanunu’nda yapılan bu değişikliklerin ardından, anılan fıkra hükmünün uygulanabilmesi, ancak davacının dava dilekçesinde gösterdiği adrese hiç tebligat yapılamaması ve adres kayıt sisteminde de kayıtlı bir adresinin bulunmaması durumunda mümkündür. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun ile birlikte tüm gerçek kişilerin adreslerinin MERNİS sisteminde tanımlı hale getirildiği düşünüldüğünde bu ihtimalin ne kadar zayıf olduğu anlaşılmaktadır.

Tüzel kişiler açısından durum daha nettir. Tüzel kişiler tarafından dava dilekçesinde bildirilen adrese hiç tebligat yapılamamış olsa bile, resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu adrese 35'inci madde uyarınca tebligat yapılabileceği düzenlendiğinden tüzel kişiler açısından da, artık tebliğ imkansızlığından bahisle İYUK'un 26/3'üncü maddesi uyarınca işlem den kaldırma kararı verilmesi mümkün değildir.<sup>39</sup>

## SONUÇ

Ülkemizde yargı alanında, tebligatla ilgili olarak ortaya çıkan problemlerin giderilmesi amacıyla Tebligat Kanunu'nda çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmış olup, son olarak Tebligat Kanunu'nun 10, 21 ve 35'inci maddelerinde 6099 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle birlikte, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun ile birlikte kabul edilen "adres kayıt sistemi"nin Tebligat Kanununa intibakının sağlanması amaçlanmıştır.

Bilinen adreste tebligat yapılmasına ilişkin Tebligat Kanunu'nun 10/2'nci maddesinde yapılan yeni düzenleme ile bilinen (veya bildirilen) en son adrese tebligat yapılacağını, ancak tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkaran makamın bildirdiği adresin tebligata elverişli olmadığını anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresi, bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligatın buraya yapılacağı öngörülmüştür.

Muhatabın bilinen en son adresine tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adresi, adres kayıt sisteminde kayıtlı olması durumunda, kendisi o adreste hiç oturmamış ya da sürekli şekilde o adresten ayrılmış olsa bile, Tebligat Kanunu'nun 21/2'nci maddesine göre tebliğ işlemlerinin yapılması gereklidir. Adres kayıt sisteminde kayıtlı adrese tebligat yapılabilmesi için bu

<sup>39</sup> Yapılan açıklamalara paralel olarak 7201 sayılı Tebligat Kanununda 6099 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3. maddesinde de değişiklik ihtiyacı kendisini göstermiş olup Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan "İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı"nın 26. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 26/3. maddesi; "Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması ve adres kayıt sisteminde de kaydının bulunmaması veya tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlarda adresinin bulunmaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlem den kaldırılır ve varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlem den kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işlem konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir." şeklinde değiştirilmek suretiyle artık davacının adres kayıt sisteminde kaydının bulunması ve tüzel kişiler bakımından resmi kayıtlarda adresinin bulunması durumlarında dosyanın işlem den kaldırılmasına ve devamında davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmaktadır.



adreste daha önce tebligat yapılmış olması şartının aranmadığı, bilinen en son adresine tebligat yapılamaması durumunda, tebligatı çıkaran makama sadece adres kayıt sisteminde yazılı adresi araştırma ve bu adresin tespiti üzerine de bu adreste Tebligat Kanununun 21/2'nci maddesi uyarınca tebligat yapma imkanının getirildiği anlaşılmaktadır.

6099 sayılı Kanun ile birlikte Tebligat Kanunu'nun 35'inci maddesinde de, adres kayıt sisteminin Tebligat Kanununa intibakının sağlanması amacıyla gerçekleştirilmeye yönelik önemli bir değişikliğe gidildiği görülmektedir. Yapılan değişikliğin ardından, kendisine veya adresine usulüne uygun olarak tebligat yapılan kimsenin adresini değiştirmesi durumunda, 35. madde uyarınca tebligat yapılabilmesi için, muhatabın yeni adresini tebliği yapan mercie bildirmemiş olması ve adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresinin tespit edilememiş olması gerekmektedir.

Ayrıca Tebligat Kanununun 35/4'üncü maddesine ilişkin yeni düzenleme, daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.

Bu düzenlemeler karşısında, tebligatın muhatabı ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun muhataba tebligat yapılamaması ihtimali büyük ölçüde ortadan kalkmakta olup davacı tarafından dava dilekçesinde veya başka bir şekilde yargı mercisine adresi bildirilmiş ve bildirilen adrese tebligat yapılamamış olması ancak muhatabın adres kayıt sisteminde adresinin bulunması durumunda sonraki tebligatlar MERNİS adresine yapılacağından davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamadığı gerekçesiyle İYUK'un 26/3'üncü maddesi uygulanmak suretiyle dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilmesi mümkün değildir. Tüzel kişiler için de aynı durum söz konusu olup, tüzel kişilere tebligat yapılamaması durumunda, daha önce hiç tebligat yapılmamış olsa bile resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu adrese 35'inci madde uyarınca tebligat yapılabileceği düzenlendiğinden tüzel kişiler açısından da, artık tebliğ imkansızlığından bahisle İYUK'un 26/3'üncü maddesi uyarınca işleminden kaldırma kararı verilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

## KAYNAKÇA

**AKİL, Cenk**; 11.1.2011 Gün Ve 6099 Sayılı Kanun İle 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:101 Yıl:2012.

**ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2011.

**CANDAN, Turgut**; İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC Türkiye, 6. Baskı, İstanbul 2015.

**DELİDUMAN, Seyithan**, *Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Kısmen Genişletilmiş Tebligat Hukuku Bilgisi*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2014.

**KAÇAK, Nazif**, *Tebligat Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

**KAYA, Cemil**; İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme; *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; C:12 S:1-2, Yıl:2004.

**KURT KONCA Nesibe**; *Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar v Çözüm Önerileri*; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2014, S:14.

**KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder**, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014.

**MUŞUL, Timuçin**; *Tebligat Hukuku*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2012.

**ÖZBAY, İbrahim**; 6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; C:XVI, S:1-2, Yıl:2012.

**PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet**; *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara 2012.

**RUHİ, Ahmet Cemal**, *Tebligat Hukuku*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara, 2011.

**SALGIRTAY, Teoman;** Tebligat Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Bir Yargıtay Kararı Işığında (Yargıtay 12. H.D. 2012/32459 E.-2013/3328 S.K.-11/02/2013 T.) Tebligat Kanunu Uygulamaları, *Ankara Barosu Dergisi*, S:2013/4.

**TÜZÜNER, Özlem;** Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi; *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2011/4.

**YEŞİLOVA, Bilgehan;** Tebligat Kanunu'nun 6099 s. K. İle Değişik 10/II ve 21/II Maddesi Hükümlerinin Uygulama Alanlarının Tespiti (Bir İçtihat Değerlendirmesinin Düşündürdükleri), *Ankara Barosu Dergisi*, S:2014/3.

**YILMAZ, Ejder, ÇAĞLAR, Tacar;** *Tebligat Hukuku*, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013.



# CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE TURKISH CRIMINAL CODE: A CRITICAL REVIEW IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL MECHANISMS

Volkan MAVİŞ\*

## ABSTRACT

*Crimes against humanity are as old as humanity itself. However, the expression can be traced dating back a century. After the birth of the concept, international criminal law has covered a long distance by courtesy of international tribunals. The definition of the crime has evolved and the practice has been modified. On the other hand, Turkish Criminal Code system has fallen outside the developments in the international area. Although, including of international crimes in the Code is an admirable enterprise, the definition of crimes against humanity must be restructured in the light of international standards. Firstly, the list of prohibited acts must be enhanced. Secondly, discriminatory intent and requirement for systematic attack must be excluded from the text.*

**Keywords:** *crimes against humanity, international criminal court, discriminatory intent, enforced disappearance, deportation*

## TÜRK CEZA KANUNU'NDA İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR: ULUSLARARASI MEKANİZMALAR IŞIĞINDA ELEŞTİREL BİR İNCELEME

## ÖZET

*İnsanlığa karşı suçlar, insanlığın kendisi kadar eski bir olgudur. Oysa ki, kavram ancak yüz yıllık bir tarihe sahiptir. Konseptin doğumundan bu yana uluslararası ceza hukuku, uluslararası mahkemelerin katkılarıyla uzun bir yol kat etmiştir. Suçun tanımı evrim geçirmiş ve uygulama değişim göstermiştir. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu uluslararası alandaki bu gelişmelerin gerisinde kalmıştır. Her ne kadar kanunun uluslararası suçlara yer vermesi önemli bir gelişme olsa da insanlığa karşı suç tanımının uluslararası standartlar ışığında yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Öncelikle suç tanımındaki yasaklanmış fiillerin sayısı arttırılmalıdır. İkinci olarak, fiilin ayrımcılık saikiyle ve sistemli olarak işlenmesi şartları madde metninden çıkarılmalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** *insanlığa karşı suçlar, uluslararası ceza mahkemesi, ayrımcılık saiki, zorla kaybetme, sürgün*

---

\* Research Assistant, Faculty of Law, Inonu University, Ph.D Student at Ankara University, volkan.mavis@inonu.edu.tr

## **I. Introduction**

International criminal law has achieved significant progress since the beginning of the 20<sup>th</sup> century. The understanding of the concept of core crimes has changed on the account of heinous events in the past. The process, which substantially started by Nuremberg Tribunals in the aftermath of the World War II, gained momentum during 1990s by *ad hoc* tribunals. Today, the evolution is being pursued by a variety of international tribunals. In this sense, the notion of crimes against humanity is not an exception. The definition of such crimes has been influenced by circumstances related to other major crimes. In spite of the nature of the said crimes, it can be argued that international criminal law has relatively devised an advanced method. On the other hand, Turkey has failed to adjust its criminal code to international standards. In 2005, international crimes were introduced by new Turkish Criminal Code (TCC). However, the concept of the provisions is limited and the Turkish Lawmakers have not considered updating the Code according to the international standards as yet.

In the last 30 years, Turkey has witnessed inhumane crimes which were mostly committed by government officials. First of all, the military coup staged on 12 September 1980 was the main reason for many violations of human rights. Indeed, the Turkish society has suffered from human rights violations even many years after the coup. The state brutality also revealed itself in the southeast part of the country. During 1990s, the region was the subject of forced disappearances, vacated villages and persecution. Moreover, today, the lawmakers in Turkey should pay more attention to core values of human rights. For instance, Human Rights Association reported that 843 inmates were inflicted torture and inhumane treatment in 2013 in Turkey.<sup>1</sup> Thus, a country such as Turkey in which human rights does not stand at the forefront of the political discourse, there is always a threat of victimization. In this respect, the present author argues that modernisation of the TCC is crucial in order to redress the past injustices and avoid possible violations in the future.

This paper aims to deal with inadequacy of provisions of the TCC for crimes against humanity. Firstly, the roots of crimes against humanity and the definitions in international law will be elucidated. Secondly, the paper will focus on the specific provisions of the TCC. Lastly, the shortcomings of the approach adopted by the TCC will be reviewed according to international

<sup>1</sup> İnsan Hakları Derneği, “2013 Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Bilançosu”, [www.ihd.org.tr/images/2014/2013\\_bilano.doc](http://www.ihd.org.tr/images/2014/2013_bilano.doc), (Accessed 5 September 2015).

documents. The TCC limits the nature of attacks which cause crimes against humanity. On the contrary to the TCC, international documents generally have broader perspective. Another significant point is that, under the TCC, crimes against humanity may be committed only if the perpetrator has discriminatory intent. However, nowadays, general belief is that crimes against humanity may be perpetrated whether discriminatory motive exist or not. Furthermore, the TCC has adopted a narrower approach to the acts which may embody crimes against humanity. This is in light of the fact that the tendency in international law is to have a much wider category of acts.

## II. The Origin of the Approach to Crimes against Humanity

The notion of crimes against humanity has evolved by the international community in the last century.<sup>2</sup> Many authors state that the emergence of the concept dates back to the First World War.<sup>3</sup> The alleged mass killing of the Armenians in 1915 by the Ottoman Empire is considered as the very first example of this unwelcome phenomenon. The Allies used different descriptions to explain the nature of such heinous acts as “crimes against Christianity” and “crimes against civilization”.<sup>4</sup> The approach of the Allies illustrates that the accusatory enterprise was nothing but an effort on solving a short-term political challenge.<sup>5</sup> In 1920, Turkey reluctantly signed the Treaty of Sevres and accepted to investigate the events which occurred during the First World War.<sup>6</sup> Fortunately, after the war of independence, Turkey abandoned the Treaty of Sevres and the legitimacy of Turkey was recognized with the ratification of the Treaty of Lausanne.<sup>7</sup>

In the intervening period between the two world wars, there was stagnation on development in the notion of the crimes against humanity. However, at the end of World War II, in which international community had witnessed brutal crimes committed by the Nazis in Europe and the Japanese in the Far East, the Allies came to the conclusion that such horrendous and

<sup>2</sup> Aksar, Y., *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London 2004: Routledge Press, at 79.

<sup>3</sup> Bassiouni M. Cherif, *International Criminal Law: Source, Subjects and Contents - Vol. I*, Leiden 2008: Brill Press, at 440.

<sup>4</sup> Sarafian, A. / Avebury, E., *British Parliamentary Debates on the Armenian Genocide, 1915-1918*, Reading 2003: Taderon Press, at 60.

<sup>5</sup> Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford 2008: Oxford University Press, at 102.

<sup>6</sup> Treaty of Peace with Turkey, Sevres, 10 August 1920, article 142.

<sup>7</sup> Park, B., *Modern Turkey: People, State and Foreign Policy in a Globalized World*, New York 2013: Routledge Press, at 52.

far-reaching crimes cannot be prosecuted properly by national courts. Hence, there was a need for international tribunals to deal with such crimes. As a result, on 8 August 1945, the Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg Tribunal) was signed by the Allied powers to prosecute Nazi war criminals. The Tribunal had jurisdiction over crimes against peace, war crimes and crimes against humanity.<sup>8</sup> Although, the Nuremberg Charter has been criticised for acting in the interests of Allied Powers, the understanding of the Charter was significant since, for the first time an international court was given the authority to try people who had committed crimes against humanity.<sup>9</sup> By doing so, the Allies created such a concept since some crimes committed by the Nazis (for instance, mass killings of people who were not enemy nationals) did not previously satisfy the criterion of war crimes.<sup>10</sup> The said Charter described crimes against humanity as:

*“namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”<sup>11</sup>*

In the same vein on 3 May 1946 five months before the delivery of verdict at the Nuremberg Tribunal, the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo Tribunal) began in Tokyo. It was considered as “a natural and unavoidable consequence of the Nuremberg Trial”.<sup>12</sup> While the Nuremberg Trials were held to prosecute the war criminals of Europe, the Tokyo Trials were held to prosecute the war crimes committed by Japan in the Far East.<sup>13</sup> According to the Tokyo Charter, the acts constitute crimes against humanity:

---

<sup>8</sup> The Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S 279, E.A.S. No. 472, article 6.

<sup>9</sup> Schabas, William A., “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, Iss. 3, at 961.

<sup>10</sup> Robinson, D., “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, Iss. 1, at 44.

<sup>11</sup> *Supra* note 8, article 6(a).

<sup>12</sup> Bert V.A. Röling, “The Nuremberg and Tokyo Trials in Retrospect”, in Bassiouni, M.C. and Nanda, V. (ed.), *A Treatise on International Criminal Law*, Springfield 1973: Thomas Press, at 596.

<sup>13</sup> *Generally see* Butow, Robert J.C., *Tojo and the Coming of the War*, Stanford 1970: Stanford University Press.



*“Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”<sup>14</sup>*

Although, both of the charters had the same conclusion, the Tokyo Charter excluded the acts committed on religious grounds.<sup>15</sup> The main reason was that the Nazis perpetrated most of the crimes on religious grounds mainly against the Jewish Population of Europe, whereas religious values played an insignificant role in the conflict in the Far East.

In the aftermath of the above mentioned tribunals, there was no significant improvement in the attitude of the international community towards crimes against humanity for the following 50 years mainly due to the bipolar hegemony of the Cold War.<sup>16</sup> However, at the end of the Cold War, the United Nations had to react to the heinous crimes which occurred in the Balkan and Rwanda. Although, international community had failed to put an end to these venomous acts, the action was taken to bring justice to the victims by establishing two international tribunals. These *ad hoc* tribunals have played significant role in shaping the overall system of international criminal law.<sup>17</sup> The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was established by resolution 827 of the United Nations Security Council (UNSC) in order to prosecute perpetrators of crimes which took place during the Yugoslav conflict. The ICTY statute defines crimes against humanity as:

*“The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:*

*(a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e)*

<sup>14</sup> Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, T.I.A.S. No. 1589, article 5(c).

<sup>15</sup> Fujita, H., “The Tokyo Trials Revisited”, in Doria, J., Gasser, H.P. and Bassiouni, M. Cherif (ed.), *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden - Boston 2008: Martinus Nijhoff Publishers, at 44.

<sup>16</sup> Baars, G., “Making ICL History: On the Need to Move Beyond Pre-fab Critiques of ICL”, in Schwöbel, C. (ed.), *Critical Approach to International Criminal Law: An Introduction*, Oxon 2014: Routledge Press, at 201.

<sup>17</sup> *Generally see* Mettraux, G., *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, Oxford 2005: Oxford University Press, at 12.

*imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts.*"<sup>18</sup>

As can be seen, the ICTY Statute made substantial changes in the context of such crimes. First of all, the Statute extended the list of acts of crimes against humanity. For instance, some acts such as rape that were not recognized by the Nuremberg Charter were included in the ICTY Statute.<sup>19</sup> Hence, dealing with sinful part of conflict against women had been taken into account. Secondly, the Statute considered it necessary to create a nexus between crimes against humanity and an armed conflict whether it is international or non-international. The nexus was seen necessary since the UNSC had intended to narrow the jurisdiction of the ICTY. On the other hand, in *Tadic* case, the Appeals Chamber rightly emphasized that "*A nexus with the accused's acts is required, however, only for the attack on any civilian population. A nexus between the accused's acts and the armed conflict is not required, as is instead suggested by the Judgement. The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict; that is all that the Statute requires, and in so doing, it requires more than does customary international law*".<sup>20</sup> The ICTY stressed that the Statute only requires the existence of an armed conflict to determine the time of the crime.<sup>21</sup> However, the acts which are not connected to an armed conflict also may comprise crimes against humanity. Otherwise, most of the acts fall within article 5 of the ICTY statute, which would also constitute war crimes.<sup>22</sup> Today, it is widely acknowledged that states may commit war crimes even against their own citizens in the course of a civil war or civil disturbers.<sup>23</sup> Therefore, distinguishing the difference between the two crimes is a complicated task to achieve.

One year after the establishment of the ICTY, the UNSC adopted Resolution 955 to establish the International Criminal Tribunal for Rwanda

---

<sup>18</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993, U.N.S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827, article 5.

<sup>19</sup> *Id.*, article 5(g).

<sup>20</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, at paragraph 251.

<sup>21</sup> *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002, at paragraph 57.

<sup>22</sup> Badar, Mohamed E., "From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity", *San Diego International Law Journal*, Vol. 5, at 95.

<sup>23</sup> Simbeye, Y., *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot 2004: Ashgate Publication, at 56.

(ICTR). The Tribunal was given the authority to prosecute those responsible for the Rwandan Genocide. The Statute of the ICTR states that:

*“The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:*

*a) Murder; b) Extermination; c) Enslavement; d) Deportation; e) Imprisonment; f) Torture; g) Rape; h) Persecutions on political, racial and religious; i) Other inhumane acts”<sup>24</sup>*

The ICTR Statute adopts a different attitude compare to the ICTY Statute. Firstly, there is no mention of the war nexus throughout its text. It could be argued that the UNSC changed its viewpoint and recognized that crimes against humanity can be committed during peacetime as the ICTY Appeals Chamber had previously stressed.<sup>25</sup> Secondly, the ICTR Statute emphasizes that only criminal acts which are carried out against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds are punishable.

By establishing the two above mentioned *ad hoc* tribunals, the UNSC attempted to bring justice to the victims of massive crimes committed in those conflicts. International community has also presided over other similar tribunals such as the Special Court for Sierra Leone (SCSL). The relative success of the aforementioned tribunals and the apparent unanimity within the international community as a result of the end of the Cold War prompted international actors to establish a permanent international criminal court. Therefore, the International Criminal Court (ICC) was created by the Rome Statute which entered into force on 1 July 2002.<sup>26</sup> The Court has jurisdiction over genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression.<sup>27</sup> According to the Rome Statute:

*“For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:*

<sup>24</sup> Statute of the International Criminal Tribunal For Rwanda, 8 November 1994, U.N.S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess. 3453th mtg., U.N Doc. S/RES/955, article 3.

<sup>25</sup> *Supra* note 20.

<sup>26</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998. UN Doc. A/CONF. 183/9.

<sup>27</sup> *Id.* article 5.

(a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.”<sup>28</sup>

The definition in the Statute indicates that the outcome of the two *ad hoc* tribunals have contributed to the developing process of the definition of crimes against humanity. The ICC Statute reflects existing customary international law and relies heavily on accepted historical precedents.<sup>29</sup> Additionally, the Rome Statute extended the list of other acts which also would be considered as crimes against humanity. These innovations which were facilitated by the Rome Statute must be taken into account by the future international conventions and more importantly national criminal codes, since the Statute is the most contemporary document of international criminal law.<sup>30</sup> Similarly, some of the Turkish authors have emphasized that the TCC should have already considered the understanding of the Rome Statute since it is the most contemporary document of international criminal law.<sup>31</sup> It is significant to point out that major powers such as the United States, Russia and China have firmly remained outside the ICC regime. Turkey is another major regional power that is a non-party to the ICC. Turkey remains a candidate country to join the European Union (EU), and its refusal to sign the Rome Statute has

---

<sup>28</sup> *Id.* article7(1).

<sup>29</sup> *Generally see* Dörmann, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2003: Cambridge University Press.

<sup>30</sup> Schaack, Beth V., “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transitional Justice*, Vol. 37, at 845.

<sup>31</sup> Tezcan, D. / Erdem, Mustafa R. / Önok, Rıfat M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2013: Seçkin Press, at 73; also see Aksar, Y., “Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Vol. 1, Iss. 1, at 54.

been cited as hindering its accession into the EU.<sup>32</sup> By the same token, this paper will mainly focus on to review of the definition of the crimes against humanity in the Rome Statute within the TCC.

### III. Crimes against Humanity under the Turkish Criminal Code

The concept of international crimes is a new phenomenon in Turkish criminal system. It is worth noting that the previous TCC numbered 765 had no provision for international crimes. On the other hand, current TCC numbered 5237 introduces new type of crimes in the Turkish criminal law regime. According to this, genocide and crimes against humanity are the core offences which are punishable by the TCC whether the perpetrators are convicted in Turkey or abroad.<sup>33</sup> The Turkish Legislators in the new TCC also devoted a chapter under international offences.<sup>34</sup> It is worth noting that the understanding of the lawmakers on structuring of the Code has caused arguments among lawyers. Some believe that the appreciation of the lawmakers would contribute greatly to and emphasize the importance of issues such as the unlawful transfer of immigrants to a country and human trade.<sup>35</sup> On the other hand, opponents argue that the Code should not have place together crimes against individuals in the same category as international crimes which concern all international actors.<sup>36</sup> It is submitted that the most important thing is the approach adopted by the political executive to fight against core crimes consistently instead of being stuck in the task of classifying crimes.

The TCC identifies crimes against humanity as:

*“Execution of any one of the following acts systematically under a plan against a sector of a community for political, philosophical, racial or religious reasons creates the legal consequence of an offense against humanity.*

*a) Voluntary manslaughter, b) To act with the intension of giving injury to another person, c) Torturing, infliction of severe suffering, or forcing a person to live as a slave, d) To restrict freedom, e) To make a person to be*

<sup>32</sup> Novak, A., *The International Criminal Court: An Introduction*, Switzerland 2015: Springer International Publishing, at 35.

<sup>33</sup> Turkish Criminal Code, No. 5237, passed on 26 September 2004 (Official Gazette No.25611, dated 12 October 2004), article 76, 77.

<sup>34</sup> *Id.* article 79, 80.

<sup>35</sup> Değirmenci, O., “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 67, at 95.

<sup>36</sup> Hafızoğulları, Z. / Güngör, D., “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 69, at 29.

subject to scientific researches/tests f) Sexual harassment, child molestation, g) Forced pregnancy, h) Forced prostitution”<sup>37</sup>

It seems that the definition in the TCC basically consists of all of the descriptions in international law. For instance, the TCC asks for systematic act which is also required under the Rome Statute. Another example is that the TCC requires discriminatory ground, although only the Statute of the ICTR considered such a base necessary.

#### **IV. The Definition in the Turkish Criminal Code**

The concept of crimes against humanity in international law and Turkish law has been explained so far. As stated above, the TCC does not adhere to a particular definition of crimes against humanity. It is fair to say that the Code was inspired by archaic instruments instead of following the latest and modern evolutions.<sup>38</sup> In the opinion of the present author, the TCC would have been much better off to have referred to core crimes directly from the Rome Statute of 1998. In this regard, the following section will critically analyse the understanding of the TCC which fall behind the contemporary international legal standards. For the crime to be committed both the *actus reus* and the *mens rea* must exist. In this respect, the review of the TCC will be done under two main chapters.

##### **A. Acts of Crimes against Humanity (*Actus Reus*)**

*Actus Reus* is the physical part of a crime; there must be an act to commit a crime. In the case of crimes against humanity, *actus reus* (acts) is defined differently under different statutes. The acts which constitute crimes against humanity have expanded from Nuremberg experience.<sup>39</sup> The Nuremberg and Tokyo Charters had a short list consisting of murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts. Nevertheless, the general approach has changed, so that the Rome Statute includes various acts in eleven categories. Some of them are relatively new in the concept of crimes against humanity such as apartheid.<sup>40</sup> But it is not possible to say the same for

<sup>37</sup> *Supra* note 33, article 77(1).

<sup>38</sup> The official commission records show that there was no remarkable deliberation on the elements of the crime. The commissioners only focused on the necessity of a plan and policy. See T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, at 278, 279.

<sup>39</sup> Cryer, R. / Friman, H. / Robinson, D. / Wilmschurst, E., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge 2010: Cambridge University Press, at 245.

<sup>40</sup> *Supra* note 26, article 7(1)(j).

the Turkish criminal system. Whereas international law has made progress in relation to the concept of crimes against humanity, the TCC has not adopted new developments in that field. The Code only involves the acts of customary international law instead of accepting modern understanding of them. In this section, the acts which must be included in the TCC will be reviewed by explaining the past events and future possibilities.

**Extermination** is one of the acts which were excluded from the TCC, although it has been most widely-accepted since Nuremberg. Extermination can be explained as murder on a massive scale. There is no certain number of victims which would mean what constitutes a massive scale. However, in *Stakic* case, the ICTY Appeal Chamber found that conditions must be examined case by case to identify murders are committed on large scale or not.<sup>41</sup> The question that arises is why therefore the TCC needs the act of extermination even though murder was already included in the text. The act of extermination needs the element of mass destruction which is not a factor of murder. On the other hand, even single killing may constitute extermination if it is a part of massive killing event. For instance,

*“if numerous officers fire into a crowd killing everyone, and Officer X is a poor shot and kills only a single person, whereas Officer Y kills sixteen people, both will be guilty of extermination because they participated in the mass killing and were both aware that their actions formed part of the mass killing event.”*<sup>42</sup>

Thus, an offender may be liable for the crime of extermination by killing a single person. Similarly, some Turkish Lawyers emphasizes that the important element of participation as an accomplice is gaining ascendancy over the commission of the crime.<sup>43</sup> It is also claimed that the accused would be culpable for the crime even he/she could not succeeded to kill even a single person providing there is a collaborative decision to join the act of extermination.<sup>44</sup> Moreover, extermination may be committed by depriving from food and medicine with the intent of the destruction of a part of the population.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> *Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgement, 22 March 2006, at paragraph 260-261.

<sup>42</sup> United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, “Crimes against Humanity”, [wcjpr.unicri.it/deliverables/docs/Module\\_7\\_Crimes\\_against\\_humanity.pdf](http://wcjpr.unicri.it/deliverables/docs/Module_7_Crimes_against_humanity.pdf) (Accessed 25 September 2014), at 20.

<sup>43</sup> İçel, K., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2014: Beta Press, at 495.

<sup>44</sup> Özgenç, İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014: Seçkin Press, at 486-498.

<sup>45</sup> *Supra* note 26, article 7(2)(c).

In short, even a single murder can be interpreted as extermination. According to the TCC, if a person commits murder as a crime against humanity is sentenced to life imprisonment. Thus, it can be said that such an act is already severely punishable under the TCC. On the other hand, holding an offender responsible for extermination does not tantamount to be punished for murder. It is a fact that sentencing an offender for extermination will not change the period of imprisonment. However, holding these offenders liable for extermination may emotionally satisfy the survivors. In the case of extermination, the offender acts to kill as many people as he/she can. In this sense, a criminal, who has such a mind, should not be responsible for only one murder.

**Enforced Sterilization** is placed in the category of sexual acts in the Rome Statute. No international court statute has adopted this prohibited act before. On the other hand, Nazi doctors were prosecuted because of such inhumane experiments they conducted such as sterilization.<sup>46</sup> The TCC did not include enforced sterilization in article 77, whereas other forms of sexual violence have been adopted by the Code. In the early attempts by international law, even the crime of rape was not considered as a form of crimes against humanity. However, it was seen that sexual violence is a significant part of crimes against humanity whether during peacetime and wartime. For instance, the *ad hoc* tribunals have not ignored enforced sterilization and punished these acts on the basis that the Courts are empowered to prosecute other inhumane acts as well.<sup>47</sup> Today, all forms of sexual violence are condemned and punished by the international community. Turkey and its legislators cannot lag behind regarding this very vital issue since serious violations of sexual inviolability are being reported worldwide. For instance, Human Rights Watch reported that Ukraine Laws requires transgender people to undergo enforced sterilization.<sup>48</sup> There is no such law in Turkey, but enforced sterilization may occur in other ways. Losing of fertility is one of the possible consequences

---

<sup>46</sup> Generally see Marks, Stephen P., "Medical Experimentation", in Shelton, Dinah L. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity 2*, Farmington Hills 2005: Thomson Gale, at 672.

<sup>47</sup> Banks, Angela M., *Sexual Violence and International Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes*, Hague 2005: Faculty Publications, paper 305, scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=facpubs, at 8.

<sup>48</sup> Human Rights Watch, "World Report 2014", [www.hrw.org/sites/default/files/wr2014\\_web\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/wr2014_web_0.pdf) (Accessed 18 August 2015), at 514.



of sexual assault since some survivors (rape victims) are injured severely.<sup>49</sup> Therefore, widespread rape and sexual assault may also result in the act of enforced sterilization.

**Deportation and Forcible Transfer** are the two common violations of human rights. For instance, the ICTY Trial Chamber found that thousands of Bosnian Muslims were forcibly bussed outside the enclave of Srebrenica formed the basis of three counts in the indictment, which included the count of crime against humanity.<sup>50</sup> Although, these two offences share the same mentality, the characteristic of them are different. The difference between deportation and forcible transfer is the possible destination of the displaced. The term deportation means the expulsion of people from internationally accepted boundaries. In contrast, forcible transfer of population occurs in the case of forcing people to displace within a state. It is important to stress that the transfer of people may constitute crimes against humanity only if the transfer is prohibited under international law.<sup>51</sup> Thus, for example, the policy of displacement carried out by a state which is as a result of disease or natural disasters would not cause crimes against humanity.<sup>52</sup> Similarly, Protocol II Additional to the Geneva Convention article 17 makes it clear that the displacement of civilian population is possible for security of civilians or imperative military reasons.<sup>53</sup>

Although, deportation and forcible transfer are strictly limited by international treaties, Turkey has not seriously considered the requirement of displacement. Countless number of examples prove that thousands of people were subjected to forcible transfer in Turkey in the past. Reports show that many villages were moved along by security forces without any court decision, especially during 1990s.<sup>54</sup> Deportation and transfer of the people do

<sup>49</sup> Chinkin, C., "Rape and Sexual Abuse of Women in International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 5, Iss. 1, at 330.

<sup>50</sup> *Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001, at paragraph 519.

<sup>51</sup> Robinson, D. / von Hebel H., "War Crimes in Internal Armed Conflict: Article 8 of the ICC Statute", in Fischer, H. (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law – Vol. 2*, Hague 1999: Asser Press, at 203.

<sup>52</sup> Byron, C., *War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester 2009: Manchester University Press, at 220.

<sup>53</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to Protection of Victims of International Armed Conflicts, 7 December 1978, 1125 U.N.T.S.3, article 17(1).

<sup>54</sup> Kurban, D. / Yeğen, M., *Adaletin Kıyısında: Zorunlu Göç Sonrasında Devlet ve Kürtler / 5233 Sayılı Tazminat Yasasının Bir Değerlendirmesi – Van Örneği*, İstanbul 2012: TESEV

not emanate from acts of the government in every case. People had to leave their homeland in an effort to save their lives occasionally due to the conflicts between the security forces and PKK terrorists. On the other hand, there are many witnesses who claim that state officials threaten local people whether they were leaving their homeland or joining the security forces.<sup>55</sup> It may be claimed that security officers may be ordered by superiors to do so. In this sense, according to the TCC, acting under a superior instruction makes the action of a government official lawful as long as the instructions are lawful.<sup>56</sup> An order constituting an offense should never be fulfilled. Otherwise, the person fulfilling the order and the person giving the order are held responsible at the same time. It is a fact that the government is liable to follow violations of law and take serious precautions. However, these serious violations of right to settlement have been ignored by the authorities in Turkey. Possible future infringements cannot be avoided without facing the fact that justice may not be served. Thus, accepting deportation and forcible transfer as a crime against humanity may raise the confidence of citizens in the legal system.

***Enforced Disappearance*** is also another common human rights violation which people have faced.<sup>57</sup> Experience shows that the crime of enforced disappearance has been mostly carried out on the basis of national security to eliminate people who oppose the incumbent governments that cannot tolerate dissent. After Adolf Hitler passed “*Nacht und Nebel Erlass*” (the Night and Fog) Decree, the notion of enforced disappearance became visible universally.<sup>58</sup> The Decree was widely used against people who were seen politically problematic by German authorities. In addition, 50 years later, the offence was committed commonly in Latin America. Thousands of people from different backgrounds such as political opponents and journalists disappeared without a trace.<sup>59</sup> Vital rights of people such as the right to life,

---

Publication, at 93-95.

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Supra* note 33, article 24(2).

<sup>57</sup> In 2006, the crime of forced disappearance received its own specific convention, the U.N. International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 12 January 2007, G.A. Res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177,.

<sup>58</sup> This infamous decree was issued by Hitler on 12 December 1941, and according to which a “lasting deterrent can be achieved only by the death penalty or taking measures that will leave the family and the population uncertain as to the fate of the offender.” cited in Scovazzi, T. / Citroni, G., *The Struggle Against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden - Boston 2007: Martinus Nijhoff Publisher, at 4, 5.

<sup>59</sup> *Id.* at 7.

right to liberty and security, and the right to a fair trial were systematically violated. Fortunately, international community has taken action and passed significant legislations, such as the Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances adopted by the General Assembly in 1992, in order to prevent such crimes in the future.<sup>60</sup> Two years later, Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons came into force.<sup>61</sup> Finally, the Rome Statute has listed the act of enforced disappearance as a crime against humanity. Thus, today, enforced disappearance is a universally punishable crime.

Enforced disappearance of people is not an unknown phenomenon for the Turkish society. Turkey has witnessed serious violations of basic rights since 1980s. Human rights reports show that a systematic policy had been operated by the Turkish Government during 1990s<sup>62</sup>, insomuch that a group of women who call themselves “Saturday Mothers” and stand guard at the Galatasaray Square every Saturday in memory of their disappeared children. The European Court of Human Rights (ECtHR) emphasizes the reality of forced disappearance in Turkey. In the past, the ECtHR has condemned Turkey for neglectful acts of enforcement officers in relation to forced disappearance. In *Kurt v Turkey* case, the ECtHR stated that the Turkish Authorities had failed to provide explanation for the disappearance of victim on logical reasons.<sup>63</sup> Thus, Turkey is able to make progress by taking precautionary steps to avoid future disappearances. It must be kept in mind that the failure to prevent enforced disappearance violates a vital and indispensable right and would ultimately show Turkey in a bad light within the international arena.

**Other inhumane acts** have been considered as a fundamental part of the concept of crimes against humanity since the emergence of the concept in international law. Not only Nuremberg Charter but also the statutes of the ICTY and the ICTR have embraced other inhumane acts which may embody crimes against humanity. The category of “other inhumane acts” causes anxiety on possible violations of defendant’s rights. According to the legal

<sup>60</sup> General Assembly Resolution (GA Res.) 47/133, 18 December 1992.

<sup>61</sup> Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, 9 June 1994, OAS Treaty Series No. 68, 33 ILM 1429.

<sup>62</sup> Human Rights Watch, “Adalet Vakti: Türkiye’de Doksanlarda Gerçekleşen Faili Meçhul Cinayetler ve Kayıplar İçin Cezasızlığın Sona Erdirilmesi”, [www.hrw.org/sites/default/files/reports/turkey0912tuwebwcover.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/turkey0912tuwebwcover.pdf), (Accessed 5 September 2015), at 56.

<sup>63</sup> *Kurt v Turkey*, ECtHR, Application No. 24276/94, Judgement, 25 May 1998, at paragraph 128.

principle of “*Nulla crimen sine lege*”, penal laws must definitely define the criminal act and the penalty. In this sense, the international lawyers are right to be sceptical about the regulations of the international instruments. *Bassiouni* considers “other inhumane acts” as the biggest question in terms of ensuring the principle of legality.<sup>64</sup> However, the Rome Statute clearly states the criteria which show whether the act is inhumane or not. The Statute clarifies that only the acts of a similar character which intentionally cause great suffering or serious injury to physical and mental health can be assessed as inhumane.<sup>65</sup> The provision shows that not only physical damage but also mental damage of victim may create crimes against humanity. In this sense, as found by the ICTR, physiological coercion such as forced nudity in front of a crowd should be viewed under other inhumane acts.<sup>66</sup> It is submitted that, the ICC must benefit from the framework of human rights law to determine these kinds of inhumane acts.<sup>67</sup> Therefore, the acts, which do not match the acts on the list of crimes against humanity, fall under the heading of “other inhumane acts”.

As mentioned above, the notion of “other inhumane acts” affords the opportunity to prosecute vicious crimes as crimes against humanity. In *Brima* case, the SCSL Appeals Chamber held that forced marriage suits the requirements of the elements of other inhumane acts.<sup>68</sup> According to the Chamber “acts of forced marriage were of similar gravity to several enumerated crimes against humanity including enslavement, imprisonment, torture, rape, sexual slavery and sexual violence”.<sup>69</sup> It is a fact that the Chamber was aware that “forced marriage” causes serious harm to victims mentally and physically. It is hoped that the understanding of the Chamber may affect the criminal law perspectives of states such as Turkey.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, New York 2011: Cambridge University Press, at 411.

<sup>65</sup> *Supra* note 26, article 7(1)(k).

<sup>66</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, at paragraph 688.

<sup>67</sup> Haenen, I., “Classifying Acts as Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *German Law Journal*, Vol. 14, Iss. 7, at 818.

<sup>68</sup> *Prosecutor v. Brima et al.*, Case No. SCSL-04-16-A, Judgment, 22 February 2008, [AFRC Appeals Judgment], at paragraph 197-203.

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> According to the statistics, the rate of ‘forced marriage’ is extremely high in Turkey. Hacettepe University reported that 26% of women get married under the age of 18 which is the legal marrying age. Most of these marriages consummate as a result of pressure of parents. Moreover, sometimes parents are paid for their permission to get married with their daughter. Today, the reality of child brides is seen as a cultural and social problem. However, thanks

## B. Mental Element (*Mens Rea*)

*Mens rea* is the mental part of a crime which is required to be criminally liable. Mental element is one of the essential parts of a crime. Therefore, it is a consequence that a crime cannot exist without the mental link between the accused and the act.<sup>71</sup> The accused mostly possesses general intent which means that the only intent required to constitute the crime. In the case of crimes against humanity, under the TCC, the accused must be aware that his act is a part of systematic attack under a plan against a section of the community for political, philosophical, racial or religious reasons. Thus, the accused must have specific intent.<sup>72</sup> In other words, there must be a specific intent attending the purpose for the commission of the act. However, in terms of the Rome Statute, general intent of the accused is sufficient to constitute the crime.<sup>73</sup> Thus, the necessity of limitations of the TCC on mental elements will be examined in the following section.

### 1. The Nature of the Acts “Widespread or Systematic”

Widespread or systematic nature of the act is one of the most important features of crimes against humanity which distinguishes it from common crimes.<sup>74</sup> The approach adopted by the international community in the necessity of “a widespread or systematic attack” against a civilian population to amount to a war crime appeared in the 1990s.<sup>75</sup> Although, the concept has existed for more than 30 years, the TCC and international instruments have different approach on the nature of the acts. According to the TCC, crimes against humanity takes place, only if one of the acts specifically mentioned on the list of crimes in Article 77 is committed systematically.<sup>76</sup> However, as a prerequisite to the Rome Statute “a widespread or systematic attack against

---

to developments in international criminal law, the widespread application of forced marriage may be prosecuted in the future. Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, “2013 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması”, [www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA\\_2013\\_ana\\_rapor.pdf](http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA_2013_ana_rapor.pdf), (Accessed 20 August 2015), at 107; Unicef, “Türkiye’de Çocukların Durumu Raporu 2011”, [www.izmiriplanliyorum.org/static/upload/file/turkiye%27de\\_cocuklarin\\_durumu\\_raporu\\_%282011%29.pdf](http://www.izmiriplanliyorum.org/static/upload/file/turkiye%27de_cocuklarin_durumu_raporu_%282011%29.pdf), (Accessed 20 August 2015), at 106.

<sup>71</sup> *Supra* note 44, at 227.

<sup>72</sup> *Supra* note 31, at 83.

<sup>73</sup> Topal, Ahmet H., *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul 2009: On İki Levha Press, at 167.

<sup>74</sup> *Supra* note 22, at 109.

<sup>75</sup> *Supra* note 39, at 236.

<sup>76</sup> *Supra* note 33, article 77.

any civilian population” should take place. Similarly, the ICTR Statute had the same requirement. On the other hand, the ICTY Statute does not include such a criterion. However, in *Tadic* case, the ICTY Trial Chamber found that the acts must occur on a widespread or systematic basis.<sup>77</sup> As a result, all these developments in the field show that there is an international recognition on the nature of the acts. The terms of widespread and systematic were discussed by the ICTR as:

*“The concept of ‘widespread’ may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of systematic may be defined as thoroughly organised and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources.”*<sup>78</sup>

The findings of the ICTR clearly illustrates that the term “widespread” is related to the number of victims, whereas the term “systematic”, indicates existence of a strategy adopted by the perpetrator.<sup>79</sup> Although, the ICTR made an effort to clarify the meaning of the terms, there is still uncertainty regarding the content of them. Firstly, the threshold of widespread is not possible to be determined. In other words, a numerical limit on number of victims which meet the requirement of widespread cannot be set. As stated by *deGuzman*, such a line would be morally inferior.<sup>80</sup> Thus, the widespread nature of the attack can be stated according to the facts of the case in hand.<sup>81</sup> Secondly, the term of systematic need to be clarified. In *Blaskic* case, the ICTY Trial Chamber set out four key elements to illustrate the systematic character of the attack: 1) the existence of a political objective, 2) the perpetration of a criminal act on a very large scale, 3) the preparation and use of significant public or private resources, 4) the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7 May 1997, at paragraph 644.

<sup>78</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, at paragraph 580.

<sup>79</sup> Chesterman, S., “An Altogether Different Order: Defining The Elements of Crimes Against Humanity”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10, Iss. 2, at 314.

<sup>80</sup> *deGuzman*, Margaret M., “Crimes Against Humanity”, in Schabas, William A., Bernaz, N. (ed.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Abingdon 2011: Routledge, at 130.

<sup>81</sup> *Supra* note 39, at 236.

<sup>82</sup> *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, at paragraph 203.

In many cases, attacks against civilian populations are widespread and systematic at the same time. Crimes against humanity are mostly perpetrated on a systematic pattern since it is hard to commit these crimes without the benefit of the power of a state or a non-state organisation. Historically, most of the crimes against humanity have been committed with the participation of states.<sup>83</sup> Moreover, offenders generally follow a systematic way to victimize as many people as possible.<sup>84</sup> On the other hand, crimes against humanity may be carried out on only widespread or systematic basis. It has been argued that the execution of Hungarian politician by the Soviet authorities in the Hungarian uprising of 1956 constituted a crime against humanity, in spite of the fact that the attack was not large scale.<sup>85</sup> The idea is that killing of a political leader can be seen as a systematic attack. Thus, it can be argued that the terms of widespread and systematic are alternative requirements.

Crimes against humanity can be perpetrated on widespread scale as well. *Stewart* rightly points out that an attack which is widespread but not systematic is difficult (not impossible) to occur.<sup>86</sup> The assessment is realistic since most of the time states or non-state organisations lead a campaign against civilian victims.<sup>87</sup> However, the TCC does not have any solution in the case of an attack which is just based on widespread nature. For example, Turkey has recently witnessed minor offences against Syrian immigrants in the different parts of the country. Fortunately, no serious consequences have ensued. Most of them have been based on conservative religious tendencies of the local people.<sup>88</sup> It is clear that there is no systematic campaign of the government

<sup>83</sup> *Supra* note 73, at 129.

<sup>84</sup> For example, according to official KGB numbers, approximately 700.000 people were executed between 1937 and 1938. At the beginning of 1940s, this number reached to 4 million. For more information on these historical facts MacKinnon, E., "Joseph Stalin", in Shelton, Dinah L. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity 2*, Farmington Hills 2005: Thomson Gale, at 997.

<sup>85</sup> Ratner, Steven R. / Abrams, Jason S. / Bischoff, James L., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, New York 2009: Oxford University Press, at 62.

<sup>86</sup> Stewart, David P. "The International Criminal Court" in Giorgetti, C. (ed.), *International Litigation in Practice: The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden - Boston 2012: Martinus Nijhoff Publishers, at 203.

<sup>87</sup> During the Rwandan Genocide, radio was commonly used to target victims since most of the population were not able to read and write. Radio-Television Libre des Mille Collines (RTL) especially took a big part to direct the offenders. For more information on these historical facts Forges, Alison D., "Call to Genocide: Radio in Rwanda, 1994", in Thompson, A. (ed.), *The Media and The Rwandan Genocide*, London 2007: Pluto Press, pp. 41-54.

<sup>88</sup> Hurriyet Daily News, "Syrian Car Hits Family in Gaziantep, Raising Racial Tensions",

or any other organisation. If widespread offences were to occur in the future, the Turkish Courts will probably punish perpetrators for common crimes such as murder or plunder. In sum, the choice of the Turkish lawmakers is hard to explain since pioneering international instruments have included the term of widespread for a long time.<sup>89</sup>

## **2. Discriminatory Intent**

International instruments have had different approaches on considering discriminatory grounds for crimes against humanity. The Nuremberg Charter, as stated before, included only crime of persecution on political, racial and religious grounds. On the other hand, as stated above, the Tokyo Charter narrowed the definition of the crime and did not take into account any aspect of religious grounds. Similarly, the ICTY Statute had the same approach and adopted the discriminatory intents for only the crime of persecution. However, the ICTR Statute changed this approach of international criminal law. According to the ICTR Statute, any of the crimes on the list can be committed on political, ethnic, racial or religious grounds. Although, the ICTR had different approach to narrow its jurisdiction, the Appeal Chamber interpreted the Statute to remove any doubt in this regard. The Chamber pointed out that:

*“The meaning to be collected from Article 3 of the Statute is that even if the accused did not have a discriminatory intent when he committed the act charged against a particular victim, he nevertheless knew that his act could further a discriminatory attack against a civilian population; the attack could even be perpetrated by other persons and the accused could even object to it. As a result, where it is shown that the accused had knowledge of such objective nexus, the Prosecutor is under no obligation to go forward with a showing that the crime charged was committed against a particular victim with a discriminatory intent. In this connection, the only known exception in customary international law relates to cases of persecutions.”<sup>90</sup>*

Thus, it can be said that discriminatory grounds is not a requirement for crimes against humanity. Therefore, the Rome Statute did not adopt discriminatory grounds for crimes against humanity.

---

[www.hurriyetdailynews.com/syrian-car-hits-family-in-gaziantep-raising-racial-tensions.aspx?pageID=238&nID=69203&NewsCatID=341](http://www.hurriyetdailynews.com/syrian-car-hits-family-in-gaziantep-raising-racial-tensions.aspx?pageID=238&nID=69203&NewsCatID=341) (Accessed 17 August 2015).

<sup>89</sup> *Supra* note 31, at 81.

<sup>90</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-4, Judgement, 1 June 2001, at paragraph 467.



Although, there is an undivided opinion on excluding discriminatory grounds, the crime of persecution has been seen as an exception in customary international law. Today, all of the main sources of international law recognize this fact. The agreement on persecution is logical since the nature of the crime distinguishes it from other inhumane acts. It has to be stated that the crime of persecution gains its distinct character from the specific intent of the perpetrator.<sup>91</sup> Offenders must deliberately have discriminatory intentions. The discriminatory ground is mandatory since a person would have been victimized because of his link with any political, religious or ethnic groups. Moreover, today, not only individuals but also groups are under the protection of international law. The Rome Statute prohibits persecution against any identifiable group.<sup>92</sup> Therefore, the people who are not members of that group but supporter of the group can be protected by international law too.<sup>93</sup>

The provision in the TCC reverses the acceptance of international criminal law instruments. Article 77 of the TCC states, that execution of any of the crimes in the list may be committed only for political, philosophical, racial or religious reasons. According to the TCC, besides crime of persecution, other acts which are listed in the provision must be perpetrated for discriminatory intent which also includes the crime of persecution.<sup>94</sup> However, past experiences show that inhumane acts may be committed against people from all different walks of life. For instance, the Nazis did not commit crimes on only racial and religious grounds. After the Second World War, it was proved that other minority groups such as the physically or mentally handicapped, Roma gypsies or homosexuals were also exterminated by the Nazis.<sup>95</sup> Moreover, inhumane crimes targeted different groups even in the recent past. In 2000, U.S. Department of State reported that 16500 disabled women were sterilized without consulting them by the Japanese Government between 1949 and 1992.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002, at paragraph 435.

<sup>92</sup> *Supra* note 26, article 7(1)(h).

<sup>93</sup> Kittichaisaree, K., *International Criminal Law*, Oxford 2001: Oxford University Press, at 121.

<sup>94</sup> *Supra* note 33, article 77(1)(c).

<sup>95</sup> *Generally see* Proctor, Robert N., "The Destruction of 'Lives Not Worth Living'" in Terry, J. and Urla, J. (ed.), *Deviant Bodies: Critical Perspectives on Difference in Science and Popular Culture*, Indiana 1995: Indiana University Press, at 186, 187.

<sup>96</sup> U.S. Department of State, [www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2000/eap/709.htm](http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2000/eap/709.htm), (Accessed 17 August 2014).

Therefore, it can be said that the international community has taken on board lessons from the past events and introduced necessary modifications to prevent future calamities. Thus, the discriminatory grounds are not required by international documents.<sup>97</sup> In addition, recently, the prosecution of rape and other forms of sexual violence against women has often been based on the crime of persecution. On the other hand, the TCC has failed to adjust to contemporary requirements of international law. Moreover, the TCC has entraped itself into contradicting itself, since according to the Code, any person who discriminates between individuals because of their racial, lingual, national, colour, disability, religious, sexual, political, philosophical belief or opinion, or for being supporters of different sects and therefore commits one of the crimes in the list is prosecuted for hate crime.<sup>98</sup> Although, the Code considers that hate crimes can be prosecuted on more than ten different grounds, crimes against humanity, which are the most serious crimes in the human history, may be committed for only four different motives.<sup>99</sup>

## **V. Conclusion**

There is no question that Turkey as being a member of the Council of Europe and signatory to the European Convention Human Rights, has a functioning democracy albeit with its unique challenges. However, in today's modern world the question of transparency and accountability especially regarding the criminal system of a democratic state is of paramount importance. To sum up, in the past, every international document has a different approach

---

<sup>97</sup> For example, majority of the delegates of Preparatory Committee opposed the idea of adopting discriminatory grounds for crimes against humanity accept the crime of persecution. It was argued that such a criteria might complicate the work of prosecution since crimes against humanity can be prosecuted against other groups such as intellectuals. See Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, at 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996).

<sup>98</sup> *Supra* note 33, article 122.

<sup>99</sup> Today, systematic violence against different groups is a reality of Turkish society. In this sense, for example, LGBT citizens are not under the protection of the TCC. According to Amnesty International, 89% of trans-women have faced with physical abuse in police custody. It can be said that police forces enforce a systematic policy to use inhumane acts based on sexual orientation. As a result, the discriminatory grounds must be excluded from the concept of crimes against humanity. It seems that a future change is the only possible solution to right the irrational comprehension of the TCC. See Amnesty International, "Ne Bir Hastalık Ne Bir Suç' Türkiye'de Lezbiyen, Gey, Biseksüel, ve Trans Bireyler Eşitlik İstiyor", www.amnesty.org.tr/uploads/Docs/lgbt-raporu-tr240.pdf, (Accessed 17 August 2015), at 12.

on defining crimes against humanity. These transnational instruments came about mainly as a reaction of heinous criminal acts in the past. However, contemporary international law has extended the scope of crimes against humanity. The Rome Statute has tried to create a universal concept of what entails crimes against humanity. Undoubtedly, the Rome Statute specifically broadens the scope and perception of the international community in relation to what constitutes crimes against humanity. It is a fact that such satisfactory developments have become visible in the international area. Nonetheless, there are strong disapproval in certain quarters, especially by the powerful nations, such as the US, Russia, China and significantly Turkey. This paper has argued that the TCC has failed to update its old-fashioned provisions. But then again it can be said that the new TCC took a big step forward by addressing the core crimes. Notwithstanding the fact that the Turkish lawmakers must improve their understanding by being open to innovations implemented by international instruments especially the ones which are considered to be of customary value.

In particular, article 77 of the TCC, suffers from some erroneous aspects. First of all, the TCC must adopt the unshakeable approach of not tolerating any crimes against humanity to be committed on widespread scale. Crimes against humanity are not only committed on systematic pattern, though the offences are mostly perpetrated according to a strategy by a state or increasingly by non-state actors too. Secondly, the requirement for discriminatory intent must be excluded from the TCC since general acceptance is that discriminatory motive is not necessary to accept the crime of persecution. Lastly, the list of criminal acts of crimes against humanity in the TCC is highly limited compare to international instruments. Even the basic forms of crimes against humanity such as extermination or forcible transfer are not addressed by the TCC. All the signs indicate that the TCC needs to sharpen its innovation. Otherwise, there will be no justice if Turkey were to face similar horrible events which regrettably occurred in the past.

## BIBLIOGRAPHY

**Aksar, Yusuf:** “Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Vol. 1, Iss. 1, pp. 43-56.

**Aksar, Yusuf:** *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London 2004: Routledge Press.

**Baars, Grietje:** “Making ICL History: On the Need to Move Beyond Pre-fab Critiques of ICL”, in Schwöbel, C. (ed.), *Critical Approach to International Criminal Law: An Introduction*, Oxon 2014: Routledge Press, pp. 196-218.

**Badar, Mohamed Elewa:** “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity”, San Diego International Law Journal, Vol. 5, pp. 73-144.

**Banks, Angela M.:** *Sexual Violence and International Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal’s Jurisprudence & the International Criminal Court’s Elements of Crimes*, 2005, Faculty Publications, paper 305, <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=facpubs>

**Bassiouni M. Cherif:** *International Criminal Law: Source, Subjects and Contents*, Vol. I, Leiden 2008: Brill Press.

**Bassiouni, M. Cherif:** *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, New York 2011: Cambridge University Press.

**Bert V.A. Röling:** “The Nuremberg and Tokyo Trials in Retrospect”, in Bassiouni M.C. and Nanda, V. (ed.), *A Treatise on International Criminal Law*, Springfield 1973: Thomas Press, pp. 591-608.

**Butow, Robert Joseph Charles:** *Tojo and the Coming of the War*, Stanford 1970: Stanford University Press.

**Byron, Christine:** *War Crimes and Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Manchester 2009: Manchester University Press.

**Cassese, Antonio:** *International Criminal Law*, Oxford 2008: Oxford University Press.

**Chesterman, Simon:** “An Altogether Different Order: Defining The

Elements of Crimes Against Humanity”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 10, Iss. 2, pp. 307-344.

**Chinkin, Christine:** “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, European Journal of International Law, Vol. 5, Iss. 1, pp. 326-341.

**Cryer, Robert / Friman, Hakan / Robinson, Darryl / Wilmshurst, Elizabeth:** An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge 2010: Cambridge University Press.

**deGuzman, Margaret M.:** “Crimes Against Humanity”, in Schabas, William A., Bernaz, N. (ed.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Abingdon 2011: Routledge, pp. 121-138.

**Değirmenci, Olgun:** “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol. 67, pp. 57-95.

**Dörmann, Knut,** Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge 2003: Cambridge University Press.

**Forges, Alison Des:** “Call to Genocide: Radio in Rwanda, 1994”, in Thompson, A. (ed.), *The Media and The Rwandan Genocide*, London 2007: Pluto Press, pp. 41-54.

**Fujita, Hisakazu:** “The Tokyo Trials Revisited”, in Doria, J., Gasser, H.P. and Bassiouni, M. Cherif (ed.), *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden - Boston 2008: Martinus Njhoff Publishers, pp. 23-50.

**Haenen, Iris:** “Classifying Acts as Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, German Law Journal, Vol. 14, Iss. 7, pp. 796-822.

**Hafizoğulları, Zeki / Güngör, Devrim:** “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol. 69, pp. 21-50.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014: Beta Press.

**Kittichaisaree, Kriangsak:** International Criminal Law, Oxford 2001: Oxford University Press.

**Kurban, Dilek / Yeğen, Mesut:** Adaletin Kıyısında: Zorunlu Göç Sonrasında Devlet ve Kürtler / 5233 Sayılı Tazminat Yasasının Bir Değer-

lendirmesi – Van Örneği, İstanbul 2012: TESEV Publication.

**MacKinnon, Elaine:** “Joseph Stalin”, in Shelton, Dinah L. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity 2*, Farmington Hills 2005: Thomson Gale, pp. 996-998.

**Marks, Stephen P.:** “Medical Experimentation”, in Shelton, Dinah L. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity 2*, Farmington Hills 2005: Thomson Gale, pp. 669-675.

**Mettraux, Guenaël:** *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, Oxford 2005: Oxford University Press.

**Novak, Andrew:** *The International Criminal Court: An Introduction*, Switzerland 2015: Springer International Publishing.

Özgeç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014: Seçkin Press.

**Park, Bill:** *Modern Turkey: People, State and Foreign Policy in a Globalized World*, New York 2013: Routledge Press.

**Proctor, Robert N.:** “The Destruction of ‘Lives Not Worth Living’”, in Terry, J. and Urla, J. (ed.), *Deviant Bodies: Critical Perspectives on Difference in Science and Popular Culture*, Indiana 1995: Indiana University Press.

**Ratner, Steven R. / Abrams, Jason S. / Bischoff, James L.:** *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, New York 2009: Oxford University Press.

**Robinson, Darryl:** “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, Iss. 1, pp. 43-57.

**Robinson, Darryl / von Hebel Hebel:** “War Crimes in Internal Armed Conflict: Article 8 of the ICC Statute”, in Fischer, H. (ed.), *Yearbook of International Humanitarian Law – Vol. 2*, Hague 1999: Asser Press, pp. 193-212.

**Sarafian, Ara / Avebury, Eric:** *British Parliamentary Debates on the Armenian Genocide, 1915-1918*, Reading 2003: Taderon Press.

**Schaack, Beth Van:** “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transitional Justice*, Vol. 37, pp. 787-850.

**Schabas, William A.:** “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, Iss. 3, pp. 953-982.

**Scovazzi, Tullio / Citroni, Gabriella:** *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden - Boston 2007: Martinus Nijhoff Publisher.

**Simbeye, Yitiha:** *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot 2004: Ashgate Publication.

**Stewart, David P.:** “The International Criminal Court” in Giorgetti, C. (ed.), *International Litigation in Practice: The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden - Boston 2012: Martinus Nijhoff Publisher.

**T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı:** *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.

**Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Rifat Murat:** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2013: Seçkin Press.

**Topal, Ahmet Hamdi:** *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, İstanbul 2009: On İki Levha Press.

#### NATIONAL & INTERNATIONAL DOCUMENTS

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946, T.I.A.S. No. 1589.

General Assembly Resolution (GA Res.) 47/133, 18 December 1992.

Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, 9 June 1994, OAS Treaty Series No. 68, 33 ILM 1429.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to Protection of Victims of International Armed Conflicts, 7 December 1978, 1125 U.N.T.S.3.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22, at 22, U.N. Doc. A/51/22 (1996).

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9.

Statute of the International Criminal Tribunal For Rwanda, 8 November 1994, U.N.S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess. 3453th mtg., U.N Doc. S/RES/955.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993, U.N.S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827.

The Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S 279, E.A.S. No. 472.

Treaty of Peace with Turkey, Sevres, 10 August 1920.

Turkish Criminal Code, No.5237, passed on 26 September 2004 (Official Gazette No.25611, dated 12 October 2004).

U.N. International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 12 January 2007. G.A. Res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177.

## CASES

*Kurt v Turkey*, ECtHR, Application No. 24276/94, Judgement, 25 May 1998.

*Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998.

*Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-4, Judgement, 1 June 2001.

*Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000.

*Prosecutor v. Brima et al.*, Case No. SCSL-04-16-A, Judgment, 22 February 2008, [AFRC Appeals Judgment].

*Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002.

*Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001.

*Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002.



*Prosecutor v. Stakic*, Case No. IT-97-24-A, Judgement, 22 March 2006.

*Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7 May 1997.

*Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999.

## WEB SOURCES

**Amnesty International:** “‘Ne Bir Hastalık Ne Bir Suç’ Türkiye’de Lezbiyen, Gey, Biseksüel, ve Trans Bireyler Eşitlik İstiyor”, <http://www.amnesty.org.tr/uploads/Docs/lgbt-raporu-tr240.pdf>, (Accessed 17 August 2015).

**Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü:** “2013 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması”, [http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA\\_2013\\_ana\\_rapor.pdf](http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA_2013_ana_rapor.pdf), (Accessed 20 August 2015)

**Human Rights Watch:** “Adalet Vakti: Türkiye’de Doksanlarda Gerçekleşen Faili Meçhul Cinayetler ve Kayıplar İçin Cezasızlığın Sona Erdirilmesi”, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/turkey0912tuwebwcover.pdf> (Accessed 5 September 2015)

**Human Rights Watch:** “World Report 2014”, [http://www.hrw.org/sites/default/files/wr2014\\_web\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/wr2014_web_0.pdf) (Accessed 18 August 2015)

**Hürriyet Daily News:** “Syrian Car Hits Family in Gaziantep, Raising Racial Tensions”, <http://www.hurriyetdailynews.com/syrian-car-hits-family-in-gaziantep-raising-racial-tensions.aspx?pageID=238&nID=69203&NewsCatID=341> (Accessed 17 August 2015)

**İnsan Hakları Derneği:** “2013 Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Bilançosu”, [http://www.ihd.org.tr/images/2014/2013\\_bilano.doc](http://www.ihd.org.tr/images/2014/2013_bilano.doc), (Accessed 5 September 2015)

**United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute:** “Crimes Against Humanity”, [http://wcjp.unicri.it/deliverables/docs/Module\\_7\\_Crimes\\_against\\_humanity.pdf](http://wcjp.unicri.it/deliverables/docs/Module_7_Crimes_against_humanity.pdf) (Accessed 25 September 2014)

**U.S. Department of State:** <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2000/eap/709.htm>, (Accessed 17 August 2015)

**Unicef:** “Türkiye’de Çocukların Durumu Raporu 2011”, [http://www.izmiriplanliyorum.org/static/upload/file/turkiye%27de\\_cocuklarin\\_durumu\\_raporu\\_%282011%29.pdf](http://www.izmiriplanliyorum.org/static/upload/file/turkiye%27de_cocuklarin_durumu_raporu_%282011%29.pdf), (Accessed 20 August 2015)

#### **ABBREVIATIONS**

<b>ECtHR</b>	: European Court of Human Rights
<b>ICC</b>	: International Criminal Court
<b>ICTR</b>	: International Criminal Tribunal for Rwanda
<b>ICTY</b> Yugoslavia	: International Criminal Tribunal for Former
<b>TCC</b>	: Turkish Criminal Code
<b>UNSC</b>	: United Nations Security Council