

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Journal of Istanbul University Law Faculty

İÜHFM (ISSN: 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir / Peer reviewed Journal

Editörler Kurulu / Editorial Board

Başkan / Editor in Chief: *Doç. Dr. Ali Paslı*

Üyeler / Vice Editors: *Araş. Gör. Caner Taştatan, Araş. Gör. Buğra Kesici*

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)

Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)

Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

Yayın Kurulu / Editorial Advisory Board

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü

Prof. Dr. Yasemin Işıktaç

Prof. Dr. Adem Sözüer

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Halil Akkanat

Cilt / Volume: LXXV

Sayı / Issue: 2

Yıl / Year: 2017



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nın hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

The publication, distribution and sale of our Journal has been assumed by Legal Yayıncılık AŞ in order that Journal of Istanbul University Law Faculty is sustained, supported and reach lawyers. We thank Legal Publishing for their contribution and support.
Deanship of Istanbul University Law Faculty

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası ***Journal of Istanbul University Law Faculty***

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ESCI'de taranan uluslararası ve ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veritabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergisidir.

Journal of Istanbul University Law Faculty, the peer-reviewed journal of Istanbul University Law Faculty, is listed in the ESCI (Emerging Sources Citation Index) and indexed by ULAKBİM (Turkish National Academic Network and Information Centre) National Law Database.

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi/Representative of the Publisher: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Abuzer Kendigelen
Sorumlu Müdürü/Director in Chief: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Halil Akkanat

Yazışma Adresi/Correspondence Address:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/İstanbul
Tel: + 90 (212) 440 01 05
Fax: + 90 (212) 512 41 35
e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
www.istanbul.edu.tr/hukuk
Copyright © 2018

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yapmak isteyene, "İÜHF" kısaltmasını kullanması önerilir.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of Istanbul University Law Faculty. The opinions expressed in the papers published in this journal belong exclusively to the authors. The Faculty accepts no responsibility for such views. For citations please use the abbreviation: "İÜHF"

ISSN: 1303 – 4375

Yıl/Year: 2017

Cilt/Volume: LXXV

Sayı/Issue: 2

Basım ve Cilt/Printing and Volume: Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda

San. Tic. Ltd. Şti

(Sertifika No/Certificate No.: 20179)

Tel: 0 212 269 30 00

Basıldığı Yer/Place of Publication: Nispetiye Mahallesi Birlik Sokak No:2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Basıldığı Tarih/Publication Date: 2018

Yayın Dili/Published on Language: Türkçe/İngilizce

Yayın Türü/Type of Publication: Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ/PUBLICATION, DISTRIBUTION AND SALE



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

(Sertifika No: 27563)

Caferaga Mah. General Asım Gündüz Cad.

(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İstanbul

Tel: 0 216 449 04 85 – 449 04 86 Faks: 0 216 449 04 87

www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI YAYIN İLKELERİ

*PUBLICATION PRINCIPLES OF JOURNAL OF ISTANBUL
UNIVERSITY LAW FACULTY*

1. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanır.

Journal of İstanbul University Law Faculty is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ULAKBİM.

2. Mecmuaya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication guidelines by the editorial board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the editorial board. Papers that are approved by the editorial board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmuanın yazı dili Türkçedir. Yazının başlığının İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de İngilizce ve Türkçe olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.

The Journal accepts and publishes articles written in Turkish. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in English and Turkish languages.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

To use abbreviations: If the name or title, which will be abbreviated, is to be used for the first time in the text, the name or title should be used as the original form with the abbreviation in brackets or the original forms of the abbreviations should be given place at the end of the paper before the bibliography; original form of the abbreviations used in footnotes may only take place in the abbreviation list.

10. Dipnotlarında kitaplar [Yazarın **Adı Soyadı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, Kitabın Başlığı, Basım Yeri, Yıl].

Örnek: **Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17

In footnotes, a book that is referred should take place as: [Full Name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year, Page number (s.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred book should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year of Publication].

Example (for footnotes): Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, s. 17.

11. Dipnotlarında makaleler [Yazarın **Adı Soyadı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı, s. sayfa numarası veya N. paragraf/kenar numarası] şeklinde yer almalıdır. Kaynakça da ise önce yazarın Soyadı yer almalıdır [**Soyadı Adı**, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı].

Örnek: **Lütfi Duran**, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130

Birden fazla yazarlı eserlere [Yazarın **Adı Soyadı/Adı Soyadı**] şeklinde atıf yapılmalıdır.

Sonraki dipnotlarında ise [Yazarın **Soyadı**, s. sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır. Örnek: **Oğuzman**, s. 46 – **Dönmezer/Erman**, s. 65

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın **Soyadı**, Eserin Başlığı, sayfa numarası verilmelidir. Eser başlığı kısaltılabilir.

Örnek: **Duran**, İdarenin Sükûtu, s. 134

Yargı kararlarına yapılan atıflarda ise aşağıdaki örneğe uyulması gerekmektedir.

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/Karar numarası (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 35, Sayı 3, 2009, s. 438)

In footnotes the articles should take place as: [Full Name of the author, "Title of the article", Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)]. In bibliography, the last name of the author of the referred article should be indicated first [Last name first name of the author, Title of the Article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year].

Example (for footnotes): Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 12, Sayı 1, 1946, s. 130.

In the footnotes and bibliography books/articles with several authors should be cited as: [Full Name of the author/Full Name of the author]

In the following footnotes the citations should be made as: [Last name of the author, page number (s.)].

Example: Oğuzman, s. 46

Dönmezer/Erman, s. 65

When citing more than one book/article of the same author Surname of the author, title of the book/article and the page number should be given. The title of the book/article may be abbreviated.

Example: Duran, İdarenin Sükûtu, s. 134.

When citing a case law, the author should comply with the example below.

Abbreviation of the Court Name, Number of the Court, Date of Decision, Number of the Case/Decision (Place of Decision)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 438)

12.Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

13.Mecmuada, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers, might be approved or rejected by the editorial board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

14.İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasında yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXXV

Sayı: 2

2017

İÇİNDEKİLER

Kamu Hukuku

- Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği 489
Yrd. Doç. Dr. Muhammed Demirel
- Vergi Hukuku Özelinde Mahkemeye Erişim Hakkı Üzerine Bir İnceleme
(Çelişkili Karar Yasağı-Danıştay Kararlarından Örnekler ve Haklar Bütünü'nü
Hukukla Okumak) 535
Prof. Dr. Mahmut Kaşıkçı

Özel Hukuk

- Hayat Sigortası Genel Şartları'nın Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine
Uygunluğuna İlişkin Bir İnceleme 557
Dr. Evrim Akgün
- Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi
Tazminat Talebine Etkisi 587
Yrd. Doç. Dr. Tülay Aydın Ünver
Arş. Gör. Şeyda Dursun Karaahmetoğlu
- Taşınmaz Malikinın İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz
Maliklerine Karşı Sorumluluğu 609
Yrd. Doç. Dr. Şirin Aydınçık Midyat
- Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkına İlişkin Bazı Meseleler..... 659
Dr. M. Halil Çonkar
- Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil
Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi 681
Yrd. Doç. Dr. Nuri Aziz Midyat
- Evlat Edinmede Rıza 707
Dr. Didem Özcan
- SPKn M.24'e İstinaden Ayrılma Hakkını Kullanan Ortak, Ayrıca TTK
M.202/2'ye Dayanarak Dava Açabilir mi? 723
Dr. Gökçen Turan
- Almanya'da Yürürlüğe Giren Ücrette Şeffaflık Kanunu..... 741
Arş. Gör. İrem Yayvak Namlı
- Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun
Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri 765
Dr. Nafiye Yücedağ

Pazarlamacının -Ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden
Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş
Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme 791
Arş. Gör. İbrahim Çağrı Zengin

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karşılaştırmalı Reklâmlarda
Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı..... 813
Doç. Dr. Asuman Yılmaz

Kitap İncelemesi

“Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü” 829
Prof. Dr. Davut Dursun

CONTENTS

Public Law

The Punishability of the Aiding Crime Through Professional Acts..... 489

Asst. Prof. Dr. Muhammed Demirel

An Examination About Right of Access to Court From the Perspective of Tax Law (Contradictory Decision Prohibition – Examples From the Council of State Decisions and Legal Interpretation On Body of Rights)..... 535

Prof. Dr. Mahmut Kaşıkçı

Private Law

Analysis on the General Terms and Conditions of Life Insurance's Compatibility with the Turkish Commercial Code Provisions 557

Dr. Evrim Akgün

The Impact of the Notice of Abandonment Upon the Reasons for Divorce and the Claim For Non-Pecuniary Damages in the Light of the Supreme Court's Rulings..... 587

*Asst. Prof. Dr. Tülay Aydın Ünver
Res. Asst. Şeyda Dursun Karaahmetoğlu*

Landowner's Liability to Owners of Neighbouring Properties for Losses and Damages During Construction Activities 609

Asst. Prof. Dr. Şirin Aydınçık Midyat

Some Issues on Dividend Right in Public Joint Stock Companies 659

Dr. M. Halil Çonkar

The Statutory Presumption Regarding Joint and Several Liability Regulated In the Turkish Commercial Code and Its Effects on the Formal Requirements of Solidary Suretyship 681

Asst. Prof. Dr. Nuri Aziz Midyat

Consent To Adoption..... 707

Dr. Didem Özcan

Can the Shareholder Who Used Appraisal Right on the Basis of Art. 24 of the CML, Also File a Suit in Terms of Art. 202/2 of the TCL? 723

Dr. Gökçen Turan

The New Act to Promote Transparency of Pay Structures in Germany 741

Res. Asst. İrem Yayvık Namlı

The Application Sphere of Personal Data Protection Code and General
Justification Grounds of Processing from the Perspective of Civil Law..... 765

Dr. Nafıye Yücedağ

Competent Court for Disputes Arising From Non-Compete Agreement, Parties
of Which are Travelling Salesman -and/or Employee- Evaluation from the
(New) Law On Labour Courts No. 7036 Perspective 791

Res. Asst. İbrahim Çağrı Zengin

Unnecessarily Abusive Comparative Advertising According to Turkish
Commercial Code Numbered 6102 813

Assoc. Prof. Dr. Asuman Yılmaz

Book Review

The Freedom of Worship In Constitutional Jurisdiction 829

Prof. Dr. Davut Dursun

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

MESLEKİ HAREKETLERLE
SUÇA YARDIM ETMENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ*
(THE PUNISHABILITY OF THE AIDING CRIME THROUGH PROFESSIONAL ACTS)

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Muhammed Demirel**

ÖZ

Suçta iştirak kapsamında suçta iştirak türü olan yardım etme kurumu, her daim detaylı şekilde irdelenen konulardan biri olmuş, önemini hiçbir dönemde kaybetmemiştir. Bunun nedeni, işlenen birçok suçta faile yardımcı olan, fiilin işlenmesini kolaylaştıran suç ortaklarının varlığıdır. Bu incelememizde, yardım etmenin farklı bir yönünü ele aldık. Zira bu makalede, insanların günlük yaşamları içerisinde gerçekleştirdikleri alelade davranışlar ve mesleki ya da ticari faaliyetlerle yardımsal katkıyı sağlayan kişilerin ceza sorumluluğu irdelenmiştir. Bu çalışmada konunun Türk hukukunda oldukça yeni olması nedeniyle Türk hukukunun pek fazla ele alınmadığı vurgulanmalıdır. Dolayısıyla çalışmamızda Türk doktrini ve mahkeme kararlarından tam anlamıyla yararlanılmamış, çoğunlukla Alman doktrini ve mahkeme kararlarından faydalanılmıştır. Bu bakımdan konu, bütün detaylarıyla ortaya konulmaya çalışılmış, böylelikle gerek Türk doktrinine gerekse uygulamaya katkı sağlanması düşünülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Suçta iştirak, yardım etme, doğal hareket, mesleki hareket, ticari faaliyet, beyaz-yaka suçları, Türk Ceza Kanunu.

ABSTRACT

In the context of participation to a crime, the establishment of assistance that is the form of the participation to a crime, has always been one of the topics discussed in detail and has never lost its importance. The reason of this is the existence of the accomplices who facilitate the execution of an offence, assisting the offender in many crimes. However we have focused on a different aspect of assistance in our essay. For as much as in this article, the responsibilities of the people assisting the execution of an offence, within their daily common behaviours and occupational or commercial activities, are examined. It must be stated that this study is not examined in real terms in Turkish Law, so this issue is quite new in terms of Turkish Law. That is the reason why in this research, it was mostly benefited from German doctrine and judicial decisions and but Turkish sources and court decisions have not been adequately integrated. In this regard,

* Bu makale, 28.08.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 11.09.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 18.09.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, muhammedemirel@gmail.com

the issue has been tried to be examined in full detail. Thus, it is aimed to contribute to Turkish doctrine and practice.

Keywords: *Participation to a crime, aider, natural act, professional act, commercial activity, white-collar crimes, Turkish Criminal Code.*

GİRİŞ

A'nın eşini öldürdüğü (*kasten öldürme suçu*) bıçağın kendisine X isimli mağazada satılması¹, yine A'nın içine zehir katarak eşine yedirip eşinin ölmesini (*kasten öldürme suçu*) sağladığı ekmeği, A'nın bu zehri katıp eşini öldüreceğini bilmesine rağmen A'ya satan fırıncının satış hareketi, bir esnafın *hırsızlık suçu*nu işleyecek olan kimseye tornavidayı satması², kendisini bankaya götürmesi için taksi çağıran C'nin bankada soygun gerçekleştirdikten sonra (*hırsızlık suçu*) kendisini bir süreliğine bankanın önünde beklemesini istediği taksi şöförü D tarafından bu defa havaalanına götürülmesi³, tekel bayii olan E'nin illegal bir şekilde işletilen ve kadın ticaretinin yapıldığı (*fuhuş suçu*) bara düzenli olarak alkollü içki satışı gerçekleştirmesi⁴, kapıcı F'nin uzun zaman boyunca bir kimseyi evinde rehin olarak bulunduran (*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu*) G'nin evine her gün ekmeğe, çeşitli yiyecekler ve içecekler götürmesi⁵, site içinde bakkal işleten H'nin de söz konusu ürünlerin satışını gerçekleştirmesi, daha ilginç rehineyi elinde bulunduran kişiye (*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu*) annesi tarafından merhametinden dolayı her öğün yemek götürülmesi⁶, avukat K'nin müvekkiline hukuki olarak vergiden muaf tutulma ile vergi kaçırma arasındaki ince çizgiden bahsetmesi ve detaylı bilgi vermesi üzerine müvekkilin bu bilgilerden hareket ederek vergi kaçırması (*vergi kaçakçılığı suçu*)⁷, nihayet banka görevlisi M'nin N'nin hesabındaki paraları isimsiz bir şekilde yurt dışında açılan hesaba transfer etmesine ve bu suretle vergi kaçırmasına yardımcı olması (*vergi kaçakçılığı suçu*)⁸ durumlarında esasında işlenmekte

¹ Malte Rabe von Kühlewein, "Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer", **JZ 2002**, s. 1139.

² Claus Roxin, "Zum Strafgrund der Teilnahme", **FS-Stree/Wessels**, s. 378; Joachim Kretschmer, "Welchen Einfluss hat d. Lehre d. obj. Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?", **Jura 2008**, s. 268.

³ BGH **GA 1981**, s. 133 vd (Aktaran Claus Roxin, "Was ist Beihilfe?", **FS-Miyazawa**, s. 513).

⁴ RGSt 39, 44 (Kretschmer, **Jura 2008**, s. 268).

⁵ Wolfgang Joecks, "Täterschaft und Teilnahme", **Münchener Kommentar zum Strafrecht**, Band 1, § 27 kn. 51, Verlag C.H. Beck, München 2003; Volker Krey/Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012, § 32 kn. 1082.

⁶ **MK-Joecks**, § 27 kn. 51.

⁷ RG v. 17.11.1904 – 1178/04 (**MK-Joecks**, § 27 kn. 43); Katharina Beckemper, "Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge", **Jura 2001**, s. 168; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1082.

⁸ BGHSt 46, 107 (Brigitte Tag, "Beihilfe durch neutrales Verhalten", **JR 1997**, s. 49; Klaus Geppert, "Die Beihilfe", **Jura 1999**, s. 269; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, § 31 kn. 32a; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1082; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015, §

olan veya işlenecek olan suçlarla hiçbir ilgisi olmamasına rağmen kendisinden ödünç balta isteyen komşusuna balta verme gibi günlük olağan hareketleri gerçekleştiren yahut mağaza işleticisi olarak balta satma, taksi şoförü olarak müşteriyi bankaya götürme, kapıcı olarak site mensuplarından birinin evine gıda maddeleri götürme, avukat olarak müvekkili bilgilendirme gibi genel anlamda bir meslek faaliyeti olarak mütalaa edilebilecek davranışlar icra eden kişilerin işlenen söz konusu suçlara yönelik olarak katkı şeklinde tezahür eden ilgili hareketlerinden dolayı **“yardım etmeden sorumlu tutulup tutulamayacakları”**, suça iştirak kapsamında özellikle üzerinde durulması gereken meselelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. KAVRAM ve TARİHÇE

Alman doktrininde mesleki hareketler, günlük olağan hareketlerle (günlük yaşam hareketleri⁹) birlikte “doğal hareketler” olarak nitelendirilmiş olup bu bağlamda kişinin mutad şekilde gerçekleştirdiği hareketlerle ya da esasında mesleğinin gereklerini yerine getirmek üzere gerçekleştirdiği davranışlarla bir başka kişinin işlediği suça katılması nedeniyle bu hareket türlerinin cezalandırılabilir yardım etmeye temel teşkil edip etmeyeceği, ederse bunun hangi koşullarda mümkün olduğu üzerine Alman hukukunda önemli tartışmalar yapılmıştır¹⁰. Diğer bir ifadeyle sorun, esas olarak günlük yaşam içerisinde çok defa gerçekleştirilen, yine normal mesleğin icrası esnasında gerçekleştirilen hareketlerin, bazı özel durumlarda suç niteliğini haiz hareketlere yardımsal katkılar sağlamış olduğu ve bu bağlamda failin fiilinin neticesinin meydana gelmesinde failin fiili ile birlikte nedensel bir anlam ifade ettiği durumlarda

45 kn. 102; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015, § 10 kn. 317).

⁹ Tag, **JR 1997**, s. 49; Geppert, **Jura 1999**, s. 269; Kai Ambos, “Beihilfe durch Alltags-handlungen”, **JA 2000**, s. 721; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139-1146; Gropp, **AT**, § 10 kn. 317. Literatürde „ekonomik günlük hareketler“ olarak da ifade edildiği görülmektedir. Bkz. Kai Müller, „Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln“, **FS-Schreiber**, s. 344.

¹⁰ Thomas Weigend, “Grenzen strafbarer Beihilfe”, **FS-Haruo Nishihara**, s. 197; Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 378; Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 513; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1991, 24/13; Geppert, **Jura 1999**, s. 269; Knut Amelung, „Die ‚Neutralisierung‘ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands“, **FS-Grünwald**, 1999, s. 9; Wolfgang Wohlers, “Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB”, **NStZ 2000**, s. 169; Harro Otto, “Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens”, **JZ 2001**, s. 436; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C. H. Beck, München 2003, § 26 kn. 219; Müller, **FS-Schreiber**, s. 343; Hendrik Schnedier, “Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?”, **NStZ 2004**, s. 312; Ralf Krack/Kjell Gasa, “Referandarexamensklausur – Strafrecht: Vermögensdelikte – Gescheiterte Existenz”, **JuS 2008**, s. 1005-1011; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 268; Gerhard Seher, “Grundfälle zur Beihilfe”, **JuS 2009**, s. 795; Gabriele Kett-Straub/Laura Linke, “Bo-xende Brüder”, **JA 2010**, s. 25; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, 2014, § 52 kn. 30; Joachim Kretschmer, “BGH, Beschluss vom 30.4.2013 – 3 StR 85/13”, **JR 2014**, s. 40; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C. H. Beck, München 2015, § 27 kn. 132; Rengier, **AT**, § 45 kn. 101.

ortaya çıkmaktadır¹¹. Öyle ki bir kimseye bıçağın satışını yapan mağaza sahibinin satış hareketine *sadece* objektif bakış açısıyla bakıldığında bu hareketin yardım etme hareketi olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Zira satıcı, bir suçun işlenmesinde kullanılan suç aletini “satmak suretiyle de olsa” faile temin eden kişi konumunda olup¹² failin fiilini işleyerek ilgili suç kapsamında korunan hukuki değer ihlal edilmesini kolaylaştırmakta, kuvvetlendirmekte, mümkün kılmakta veya en azından güvence altına almaktadır¹³. Bu sayede ilk bakışta yardım eden konumunda yerini almaktadır¹⁴.

Bununla birlikte failin işlediği fiilden haberdar şekilde ceza kanunlarında gerek yardım etmeye gerekse bağlılık kuralına ilişkin tanımlamalar gereğince bir davranışın meslek gereği icra edildiği durumları önemsiz telakki eden bir durum bulunmamaktadır¹⁵. Buna rağmen bir başka kişinin suçu mümkün hale getiren her türlü hareketinin doğrudan cezaya layık olduğunun belirtilmesinin ne derece yerinde olduğu¹⁶, bu davranışlar cezaya layık olsa bile bilhassa taksirli faillikten hareketle sorumlu tutulabilmesinin mümkün olması gibi bir gerçek karşısında¹⁷ bu yerindeliliğin özellikle tartışılmaya değer bir konu olduğu açıkça göze çarpmaktadır. Soruna ilişkin ortaya çıkan tartışmalara değinmeden evvel uygulamada en çok avukatlar, noterler, muhasebeciler ve banka çalışanları tarafından gerçekleştirildiği için sorun teşkil edebilecek olan¹⁸ doğal hareketlerden tam olarak ne anlaşılması gerektiği, hangi tür hareketlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ele alınmalıdır.

Buna göre her ne kadar kavram olarak tam anlamıyla belirgin olmasa da¹⁹ toplum yaşamında hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleştirilen bazı davranışlar, özellikle de bir mesleğin gereklerine uygun olarak icra edilen fiiller, olağan akışa uygun olsa bile kimi zaman işlenecek bazı suçlara katkı sağlayabilir. İşte bu durumlarda suç teşkil eden harekete tesir eden ve fakat hayatın olağan akışına da uygun olan bu tür davranışlara “günlük olağan hareketler” adı verilmektedir²⁰. Eğer bu hareketler, *herkese karşı bir mesleğin icra edilmesi* çerçevesinde, failden ve failin fiilinden bağımsız olarak *hukuken uygun görülme*yen bir amaca yönelik olmayıp tamamen kendi menfaatleri doğrultusunda mesleğin ifa edilmesi amacıyla gerçekleştirilen, bu anlamda da ilk etapta başkasının işlediği suçta etki etmiş olsa da tipik bir destekleme hareketi şeklinde görünüm arz etmeyen hareketlerse bu defa “mesleki hareketler” olarak nitelen-

¹¹ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 218; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 269; Satzger, **Jura 2008**, s. 515; Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 30; Günther Heine/Bettina Weißer, “Täterschaft und Teilnahme”, **Schönke/Schroeder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014, § 27 kn. 9.

¹² Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015 kn. 1330.

¹³ Geppert, **Jura 1999**, s. 269; Wohlers, **NStZ 2000**, s. 169; Schneider, **NStZ 2004**, s. 312.

¹⁴ Müller, **FS-Sreiber**, s. 343.

¹⁵ Schneider, **NStZ 2004**, s. 312.

¹⁶ Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 30.

¹⁷ Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139.

¹⁸ Hefendehl, **Jura 1992**, s. 376; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139.

¹⁹ Wolfgang Schild, in **Nomos Kommentar**, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, § 27 kn. 11.

²⁰ Harald Niedermair, “Straflose beihilfe durch neutrale Handlungen?”, **ZStW 107 (1995)**, s. 507; Heinrich, **AT**, kn. 1330; Schneider, **NStZ 2004**, s. 312.

dirilmektedir²¹. Bu tanıma göre doğal hareketler şeklinde tezahür eden bu tür davranışlar, günlük yaşam içerisinde her insana karşı işlenmiş olabilecek eylemlerdir. Zira tanımda da belirtildiği üzere hareketi icra eden kişi, daha ilk baştan faile ve failin fiiline bağlı olmaksızın kendi şahsında bir amacı takip etmektedir²².

Bilhassa herhangi bir suçun işlenmesinde kullanılma ihtimali yüksek olan aletlerin satışını gerçekleştiren kişiler bakımından gündeme gelen ve Alman hukukunda oldukça eski tarihlerden itibaren tartışılan bu mesele, ilk defa Avusturyalı hukukçu *Kitka* tarafından 19. yüzyıl ortalarından evvel bir kimseyi öldüreceğini bildiği bir kişiye sadece para kazanma amacıyla tabanca satan satıcının söz konusu kasten öldürme suçundan dolayı kusurunun bulunup bulunmadığı tartışmasının açılması ile ortaya çıkmıştır. Bu sorunu ortaya koyan *Kitka*, bu tür durumlarda söz konusu satışı yapan kişinin bu satış işlemi ile ortaya koymuş olduğu katkı suretiyle müşterinin suç teşkil eden fiili işlemini isteyerek yardım eden olabileceğini kabul etmiştir²³. Ulaşılan bu sonuç bir tarafa bırakılacak olursa, her şeyden önce bu sorunun Alman hukukunda Krallık Yüksek Mahkemesinin birçok kararında tartışıldığı²⁴, bu tartışmaların halen de devam ettiği, özellikle de *Luxemburg olayı* adıyla gündeme gelerek geniş şekilde tartışıldığı, söz konusu hareketin failin işlediği fiilden bağımsız olarak muhtemel yardım etme hareketi şeklinde çok sayıda suç tipiyle ilişkili görüldüğü, özellikle ticari faaliyetler çerçevesinde işlenen suçlar bağlamında tartışmaların yapıldığı ifade edilmelidir²⁵.

²¹ Niedermair, **ZStW 1995**, s. 507; Weigend, **FS-Nishihara**, s. 199; Rolf Schmidt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Bremen 2015, § 27 kn. 1104; Arthur Hartmann, "Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?", **ZStW 2004**, s. 598, 599; Karsten Gaede, „Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28“, **JA 2007**, s. 759, 760; Krack/Gasa, **JuS 2008**, s. 1005; Seher, **JuS 2009**, s. 795; Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 25, 30; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1082. Hareketlerin bu şekilde farklılaştırılıp isimlendirilmesine karşı olan görüş için bkz. Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139.

²² Roxin, **AT II**, § 26 kn. 220; Seher, **JuS 2009**, s. 795.

²³ Joseph Kitka, **Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit**, 1840, s. 62, 63 - Aktaran Schneider, **NSStz 2004**, s. 312.

²⁴ Amelung, **FS-Grünwald**, s. 9; Müller, **FS-Schreiber**, s. 343.

²⁵ *Luxemburg kararı* kapsamında banka W'nin çalışanlarından sanık, 1992 sonu, 1993 başında beş olayda banka W'nin müşterilerinin isteği doğrultusunda Luxemburg ve İsviçre'ye anonim para transferine destek olmuştur. Buna göre müşteriler banka W'de hesap sahip olmalarına rağmen parayı yurt dışındaki hesaplarına bu hesaplarından göndermemişler, gönderimi iki bağımsız işlem şeklinde bölmüşlerdir. Sanığın kontrolü altında müşteriler evvela arzu ettikleri meblağı nakit olarak hesaplarından çekmişler, ardından bu miktarı nakit olarak ödeme kağıdı ile yurt dışındaki bankanın ana hesabına yatırmışlardır. Ödeme makbuzunda ise para yatan kişinin adı yerine sadece kod veya yurt dışındaki bankanın referans numarasına yer verilmiştir. Bu noktada sanık, müşterilerin yurtdışından faiz gelirlerini vergilendirmek istemediklerini dikkate almıştır. Böylelikle bu gelirlerin müşterilere vergilendirilmesi yapılmamıştır. Buna göre banka çalışanının vergi kaçırma eylemine yardım eden olarak katkı sağladığı şüphesiyle soruşturmanın başlatıldığı bu kararda banka görevlisi, bir müşterinin isimsiz bir şekilde *Luxemburg* hesabına uluslararası para transferi gerçekleştirmesini mümkün kılması nedeniyle yargılanmış, Yerel mahkeme, sanığı beş olayda da vergi kaçırma yardım eden olarak sorumlu tutmuştur. Sanığın temyiz talebiyle başvurusu da BGH tarafın-

Bu bağlamda kişilerin failin işleyeceği suçtan haberdar olmadığı durumlarda herhangi bir sorumluluklarının ortaya çıkmayacağı açıktır. Zira kişinin hiçbir şekilde bilgisinin olmadığı bir durumun kendisine yüklenmesi, kişinin kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiille, failin fiiline katkıda bulunmasını şart koşan bağlılık kuralına göre mümkün değildir. O halde doğal hareketler kapsamında esas tartışılan husus, günlük yaşam içerisinde mesleği gereğince hırdavatçılık yapan bir kimsenin herhangi bir kişiye bıçak, çekiç veya tornavida satarken, bu ürünü satın alan kişinin bu aletleri kullanarak başka bir kimseyi öldüreceği, kişinin kafasını kıracağını veya hırsızlık yapacağını “*biliyor veya bu konuda şüpheleniyor olması yahut da bu konuda tereddüt halinde kalması*” halinde yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacağı noktasında varlık göstermektedir. Zira bu gibi durumlarda failin söz konusu aletle ne yapacağını bilmesine, öngörmesine yahut da bu konuda şüphe duymasına rağmen her ne kadar mağdurun öldürülmesine yönelik özel bir amaçla hareket etmemiş olsa da satışı niçin yaptığı sorusuna “*Nihayetinde benim işim bıçak satmak! Ben geçimimi bununla sağlıyorum! Sattığım ürün, bir tabanca değil ki, sadece bıçak ve bu çerçevede satış yaptığım her şüpheli kişiyi araştırmak gibi bir yükümlülüğüm de yok! Kimin ne yaptığınıyla ilgilenemem!*” diyerek²⁶ aklına gelen söz konusu ihtimale de hiçbir önem atfetmemiş olmasının, hırdavatçının ceza sorumluluğuna etkisinin ne olacağı özel olarak irdelenmesi gereken bir mevzu olarak ön plana çıkmaktadır. Aynı şekilde bir fabrikaya, söz konusu malzemeler kullanılırken çevreye karşı suçlar işlendiğini bilen bir kimsenin bu duruma rağmen malzemeleri satması halinde, bu kişilerin yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacakları izaha muhtaçtır. Her şeyden önemlisi de, ülkemizde özellikle yaygın bir şekilde uygulanan fiş yahut da fatura kesmeme gibi durumlar karşısında tüccarın bu davranışı sergileyeceğini bilerek alış-veriş yapan kişinin, tüccar tarafından işlenen ilgili vergi suçu bakımından yardım eden olarak sorumlu olup olmayacağı muhakkak özel olarak irdelenmelidir²⁷. Bilhassa da bir meslek mensubu olan bir kişinin, meslekten kaynaklı hareketini gerçekleştirirken bir başka kişinin suç teşkil eden hareketine destekte bulunması bakımından en azından olası kastla hareket etmesi durumu, oldukça sorunlu bir alanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır²⁸.

Bu çerçevede hukuki değerlerin korunmasına yönelik ihtiyaç ile çalışma faaliyetlerinin özgürce icra edilmesi şeklindeki genel hareketler arasında adilane bir denge bulunmaya çalışılmaktadır²⁹. Bununla birlikte bu denge sağlanmak istenirken de günümüze kadar çok farklı görüşler ileri sürülmüş, birtakım çözüm önerileri sunulmuş, bunlarla genel olarak şerikin ceza sorumluluğunda bir sınırlandırma yoluna gidilmeye çalışılmıştır³⁰. Bu görüşler, yardım teorisi, objektif sınırlandırma teorisi kapsamında genel olarak sosyal uygunluk teorisi, profesyonel uygunluk teorisi ve objektif isnadiyet teorisi, tipikliğin subjektif unsurları bakımından bir sınırlandırma öngören subjektif sınırlandırma teorisi,

dan reddedilmiştir (BGHSt 46, 107 – Otto, **JZ 2001**, s. 443; Schneider, **NStZ 2004**, s. 314; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 268, 269).

²⁶ Heinrich, **AT**, kn. 1330.

²⁷ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 218; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 30.

²⁸ Rengier, **AT**, § 45 kn. 101.

²⁹ Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1082.

³⁰ Schneider, **NStZ 2004**, s. 313.

karma teori ve nihayet hukuka aykırılığı ortadan kaldırma teorisi şeklinde sıralanabilir³¹.

B. ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER

1. Yardım Etme Teorisi

a. Teorinin Esası

Belirli bir meslek mensubu olan kişinin mesleğinin gereklerini yerine getirmesi nedeniyle gerçekleştirdiği davranışın, fail konumundaki bir başka kimsenin işleyeceği “*tipik ve hukuka aykırı fiile*” yönelik etkisi sonucunda vuku bulan yardımla, sıradan bir kimsenin benzer bir davranışta bulunması nedeniyle söz konusu olan yardım arasında bir ayırım yapılmasını gerektirecek türde bir sebep görmeyen ve Alman doktrininde azınlık görüş tarafından desteklenen **yardım etme teorisine** göre yardım etme bakımından söz konusu olan genel kurallar, hukuk teklifinin ve güvenliğinin sağlanması açısından doğal hareketler bakımından da uygulanmalı, bu minvalde ticari davranışlar bakımından herhangi bir istisna benimsenmemelidir³². Bu çerçevede genel olarak alelade olan ve dolayısıyla da toplumsal bakımdan tolare edilebilir günlük olağan davranışlara yakın bir nitelik arz eden hareketleri gerçekleştiren kişinin bu hareketinin herhangi bir şekilde işlenen suça katkıda bulunması durumunda, yine yardım etmeye ilişkin genel kurallar uygulanacak ve bir sonuca ulaşılabilecektir³³. Öyle ki doğal hareketler bile olsa, yardım etmenin cezalandırılabilirliği üzerinde bir sınırlandırmanın doğru olmadığı, yardım etme düzenlemesinin herkes tarafından geçerli olduğu, bu tür ticari davranışları hukuka uygun kılan herhangi bir önceliğin söz konusu olmadığı, nitekim bağlılık kuralı gereğince gerekli görülen failin fiilinin tipik ve hukuka aykırı olmasının bu tür hareketler bakımından da geçerli olduğu ileri sürülmüştür³⁴. Bu görüş kapsamında hareketin yapısının önemsiz karakteri haiz olması veya sosyal uygunluğunun sadece cezanın belirlenmesinde bir önem arz edebileceği, mesleki hareketleri sergileyen

³¹ Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 30; Heinrich, **AT**, kn. 1534; Gropp, **AT**, § 10 kn. 318.

³² Beckemper, **Jura 2001**, s. 163; OLG Düsseldorf, **JR 1984**, s. 258 (Aktaran Schneider, **NStZ 2004**, s. 313). *Krey/Esser*'in tam anlamıyla açık olmasa da bu görüşe eğilimli olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Bkz. *Krey/Esser*, **StrafR AT**, § 32 kn. 1083. Keza ağırlığını bu görüşten yana koyan *Heinrich*, yardım etmeye ilişkin genel kuralların niçin belli bir kesim için göz ardı edilmesi gerektiğinin anlaşılabilir olmadığını, kasıtlı bir şekilde bir başka kişiye yardım hareketinde bulunan bir kimsenin fiil üzerinde hiçbir yararı olmasa, bilakis ön planda mesleki gerekçeler yer alsın bile yardım etmeden bahsedileceğini ifade etmiş, bağlılık kuralı gereğince kural olarak olası kast yeterli görüldüğünden bu tür durumlarda kişinin işlenecek fiil bakımından olası kastının bulunduğu durumlarda dahi niçin yardım etme kapsamı dışında bırakılması gerektiğinin izah edilemeyeceğine vurgu yapmış, buna göre bıçağı satan kişinin, her ne kadar bir tüccar olsa da sattığı bıçakla bir kimsenin öldürülebileceğini öngörmesi ve bunu kabullenmesi halinde tüccarın bu şekilde hareket ettiğinin ortaya konması kaydıyla meydana gelen öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir (Heinrich, **AT**, kn. 1331).

³³ Joachim Hruschka, „Entscheidungen – Strafrecht“, **JR 1984**, s. 262, 263; Beckemper, **Jura 2001**, s. 163, 164. Bu nedenle teori, bazı yazarlar tarafından “geniş teori” olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Tag, **JR 1997**, s. 50.

³⁴ Hruschka, **JR 1984**, s. 263; Beckemper, **Jura 2001**, s. 169; *Krey/Esser*, **StrafR AT**, § 32 kn. 1083; Heinrich, **AT**, kn. 1331; Bilgi için **S/S-Heine/Weißer**, § 27 kn. 12; Gropp, **AT**, § 10 kn. 318.

kişilerin katkı sağladıkları suçtan yardım eden olarak cezalandırılacak olsalar da en azından cezanın belirlenmesi kapsamında daha az ceza alabilecekleri önerisinde bulunulmuştur³⁵.

Bununla birlikte bu görüş bakımından önem arz eden husus, sübjektif unsurdan evvel gerçekleştirilen hareketin objektif anlamda yardım etme hareketi olup olmadığıdır. Dolayısıyla objektif olarak gerçekleştirilen bir hareketin yardım etme hareketi olarak kabul edilmemesi durumunda, sübjektif olarak kişinin fail tarafından gerçekleştirilen hareketin suç teşkil ettiğini biliyor olmasının bir önemi olmayacaktır. Buna göre bir kimsenin herhangi bir esnafı yaptığı işi vergilendirmeyeceğini bilmesine rağmen iş konusunda görevlendirmesi ve parasını ödemesi durumunda *Niedermair*, tek başına satış işlemi gerçekleştirmenin kazanılan ücret konusunda bilgi verilmemesinden dolayı oluşabilecek suça ilişkin olarak mevcut olan tehlikeyi artırmadığını, bu hususta söz konusu olan bilgi verme yükümlülüğünün gerek istenmesi gerekse yeterli olması noktasında bir kuvvetlendirmenin olmadığını vurgulamıştır³⁶. *Beckemper* ise söz konusu yardımları yoksullara ulaştırmayıp dolandırıcılık suçunu işleyeceğini bildiği bir kimseye sosyal yardım niteliğinde para teslim eden bir kimsenin durumuna yer vererek konuyu tartışmaya açmıştır. Elbette bu görüş esas alındığında, bu tür bir hareket bakımından suça ilişkin olması durumu söz konusu olmadığından cezalandırılma gündeme gelmeyecektir. Nitekim *Beckemper*, kendisinin de dahil olduğu görüşe uygun olarak bu tür bir sosyal yardım kuruluşunun temsilcisine para temin eden bir kimsenin bu hareketinin her ne kadar söz konusu kişinin hileli hareketi bakımından olmazsa olmaz bir nitelik taşıyor olsa da hukuki değerler bakımından söz konusu olan tehlikenin izin verilmeyen ölçüde yükseltilmediğine işaret etmiştir. Zira *yazar*, burada fiilin işlenmesinin kolaylaştırılmasından yahut da desteklenmesinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir³⁷.

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Bu görüşe yönelik olarak evvela gerek ticari faaliyetlerde gerekse hizmet sektöründe, insanların işlemlerinin gerçekleştirilmesine yönelik davranışların birçok durumda yardım etme dolayısıyla cezalandırılabilir hale geleceği eleştirisi yöneltilmiştir. Dolayısıyla bu görüşün sosyal olaylar bakımından cezalandırılabilirliğin alanını ölçüsüz şekilde genişleteceği ve bunun da toplumsal yaşamın bir anlamda kilitlenmesine ve sürdürülemez hale gelmesine neden olabileceği, zaten ceza hukukunun son çare olduğu, dolayısıyla bu şekildeki hareketlerin her durumda ceza hukukunun konusunu oluşturmayacağı yönünde eleştiriler

³⁵ MK-Joecks, § 27 kn. 63; Seher, *JuS* 2009, s. 796.

³⁶ *Niedermair*, *ZStW* 1995, s. 527; Ancak *Roxin*, işi havale eden müşterinin aslında faile söz konusu işi havale etmek suretiyle suçun işlenmesini mümkün hale getirdiğine dikkat çekmiş ve suç teşkil eden bir fiilin mümkün kılınmasının tam anlamıyla yardım etme durumlarından biri olduğunu ve bu bağlamda söz konusu katkısız yardımın suça ilişkin olmadığından bahsedilemeyeceğini özellikle vurgulamıştır (*Roxin*, *AT II*, § 26 kn. 240).

³⁷ *Beckemper*, *Jura* 2001, s. 165; *Roxin*, *Beckemper*'in bu ifadesini sorgulamış, bir fiilin mümkün kılınmasının kolaylaştırılmasından çok daha fazlası olduğunu, *Beckemper*'in bundan kastı uygun görülmecek ölçüde riskin artırılmasının bulunmadığı yönünde ise bunun yerinde olduğu, uygun görülmemenin bulunmamasının para temin edilmesinin suça ilişkin olmasının yokluğuna dayandığını ifade etmiştir (*Roxin*, *AT II*, § 26 kn. 240).

ileri sürülmüştür³⁸. Nitekim herhangi bir kişiye yardımcı nitelikte bir davranışta bulunan kimse, sürekli olarak bir harekette bulunmadan evvel, bu kişinin suç işleyip işlemeyeceğini düşünmek durumunda kalacak, muhatabın suç işleme ihtimaline binaen kendi ceza sorumluluğunun ortaya çıkmasına engel olmak adına bu defa bu tür yardımcı katkıda bulunmaktan imtina edecek, en önemlisi de mesleğinin gereklerini dahi yerine getirmekten kaçınacaktır³⁹. Bu durum, toplum yaşamında ticari ve mesleki faaliyetlerin gereği gibi yürütülmesine dair gereklilik dikkate alındığında, özellikle de bir anayasal hak olan çalışma özgürlüğü karşısında ayrı bir önem arz etmektedir⁴⁰.

Dolayısıyla da hakim görüş tarafından bu görüş kabul edilmemiş, bu tür hareketler bakımından cezalandırılabilirliğin sınırlandırılması için bazı kriterler ortaya konmuştur. Literatürdeki esas tartışma ise, bu sınırlandırma yapılırken hangi kriterin esas alınabileceği, alınması gerektiği hususunda hasıl olmuştur⁴¹. Bu noktada bir kısım görüş sınırlandırmayı objektif alanda yaparken, diğer görüş sübjektif alanda yapmıştır. Buna mukabil üçüncü bir görüş, karma bir niteliği haiz olup hem objektif hem de sübjektif bir sınırlandırma ölçütü geliştirmeye çalışmıştır.

2. Objektif Sınırlandırma Teorisi

a. Teorinin Esası

Bu çerçevede bu tür hareketlerin alelade hareketlerden ayrılmasını sağlamak üzere sınırlandırmaya yönelik kriterlerden ilki, **objektif sınırlandırma teorisi** olup bu kapsamda sınırlandırmanın sübjektif alanda yapılamayacağı düşünüülerek⁴² tipikliğin objektif alanı bakımından bir sınırlandırma öngörülmektedir⁴³. Bu teori kapsamında esas alınan kriterler konusunda tam manasıyla bir uzlaşma sağlanamamış olsa da en nihayetinde bu sınırlandırıcı ölçütlerin her biri objektif nitelikten hareket edilerek ortaya konulmuştur⁴⁴. Yani bu görüş kapsamında, bir hareketin doğal hareket olma karakterini ne zaman kaybedeceği sorusu da farklı şekillerde cevaplandırılmıştır⁴⁵. Bu çerçevede temel olarak beş farklı kriter geliştirilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla doğal hareketlerin de

³⁸ Tag, **JR 1997**, s. 50; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1139; Krack/Gasa, **JuS 2008**, s. 1010; Heinrich, **AT**, kn. 1331; **S/S-Heine/Weißer**, § 27 kn. 12.

³⁹ Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 31; Schmidt, **AT**, § 27 kn. 1106.

⁴⁰ Otto, **JZ 2001**, s. 443, 444; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1140.

⁴¹ Schmidt, **AT**, § 27 kn. 1106; Rengier, **AT**, § 45 kn. 104.

⁴² Müller, **FS-Schreiber**, s. 347.

⁴³ Satzger, **Jura 2008**, s. 515; Heinrich, **AT**, kn. 1332; **MK-Joecks**, § 27 kn. 65; Baumann/Weber/Mitsch, **StrafR AT**, § 31 kn. 32b.

⁴⁴ Ambos, **JA 2000**, s. 722; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1083.

⁴⁵ Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1141; **MK-Joecks**, § 27 kn. 67.

⁴⁶ Elbette bu beş farklı görüş, bu konuda ileri sürülen temel görüşlerden olup bunlar dışında da bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim *Puppe* tarafından ileri sürülen bir başka görüşe göre ise tehlikelilikleri dolayısıyla serbest bir şekilde satılması söz konusu olmayan, satışına bir takım sınırlamalar getirilen araçların, suç işleme amacı bilinen bir kişiye sağlanması her daim yardım etmeyi cezalandırılabilir kılacaktır. Buna karşılık genel olarak el edilebilir eşyaların sağlanmasının cezalandırılabilir olması fiile yakınlığına bağlı olmalıdır. Fiilin henüz doğrudan meydana gelmediği durumda söz konusu eşyanın suçun işlenmesinde kullanılacağına dair failde mevcut olan iradenin bilinmesi cezasız kalacaktır. Bu görüşe göre kendisinden ekmek satın alan bir kişinin söz

birçok durumda cezalandırılabilirliği görüşünü benimseyen ilk görüş olan yardım etme teorisine karşılık bu görüşte, bu tür hareketlerin cezalandırılabilirliği noktasında tipikliğin objektif unsurları kapsamında bir sınırlandırma yapılması gerektiğini belirten görüş sahiplerinin sınırlandırma aracı olarak temel aldıkları ölçütler dikkate alındığında birbirinden farklı beş kriterin ortaya çıktığı görülmektedir. Bunlar; *faulle dayanışma*, *sosyal anlamda uygunluk*, *profesyonel uygunluk*, *varsayımsal nedensellik*, *objektif isnadiyet* ve nihayet sadece kişiye yardım etme yükümlülüğü öngören (§ 323c StGB – TCK md. 98 gibi) bazı suçların cezalandırılma kapsamında kabul edilmesi suretiyle *istisna teşkil eden teori* olarak ifade edilebilir⁴⁷. Bu görüşlere kısaca değinmek gerekecek olursa;

i. *Schumann* tarafından benimsenen ve şeriklerin cezalandırılma temeninden hareketle ortaya konulan **faulle dayanışma** anlayışına göre yardım etme hareketinden söz edilebilmesi için kişinin yardımın katkısının muhakkak faulle bir dayanışma olacak şekilde tezahür etmiş olması gerekir. Nitekim *Schumann*, şerikliği fail ile dayanışma çerçevesinde ele aldığından dolayı söz konusu tornavidanın satılması olayı bakımından bir dayanışmanın mevcut olmadığını ifade etmiştir. *Schumann*'a göre tornavidayı satan satıcının faulle birlikte ortak bir karara varmamış olduğu bir durumda, hukuka uygun kabul edilen hazırlık hareketleri safhasında bir katkı sağlaması halinde, faulle bir dayanışma içerisinde olduğu ifade edilmeyecektir. Buna karşılık satışın icra hareketleri aşamasında gerçekleştirilmesi halinde katkının fiile yakın bir aşamada olması sebebiyle dayanışmanın etkisi söz konusu olacaktır⁴⁸. Böylelikle *yazar*, etki teori-

konusu ekmeği eşini yahut misafirini zehirleyerek öldürmek üzere araç olarak kullanacağı bilgisine sahip olan fırın sahibinin yardım eden olarak sorumluluğuna gidilemez. Ancak söz gelimi evinde misafir olan bir kimsenin evde ekme kalmadığı için komşusuna gelmesi ve ekme istemesi ihtimalinde bu ekmele misafirini zehirleyeceğinden haberdar olan komşunun yardım eden olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir (**NK-Puppe**, § 13 kn. 155, 157). Ancak gerek fiilin işlenmesinde kullanılan aracın serbest bir şekilde satılması ya da satılmaması gerekse fiile yakınlık derecesine bakılması şeklindeki *Puppe*'nin bu görüşü de yeterince ikna edici görülmemiş, zira planlanan zehirleme olayı bakımından bilgisi bulunan satıcının cezalandırılabilirliğinin failin tescili zorunlu olan, izne tabi bir zehir mi yoksa serbestçe satılan bir içerik mi satın aldığı belirlenmesine bağlı tutulup tutulamayacağı sorusu yöneltilmiştir (Niedermaier, **ZStW 1995**, s. 536). Bu görüş bakımından sadece cezaya layık olmaya dair bakış açısı anlaşılabilir görülmemiş, aynı zamanda serbest satış yasağı üzerinde yapılan argüman üretmenin önceki görüşlerde olduğu gibi bazı çelişiklere yol açacağı ifade edilmiştir. Nitekim serbest satışla elde edilmiş olan bir aracın kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılması söz konusu olduğunda kişinin yardım eden olarak cezalandırılması mümkün olmayacakken kişinin taksirli olarak gerçekleştirdiği bir hareket dolayısıyla sırf serbest satışı olmayan bir aracın suçun işlenmesinde kullanıldığı gerekçesiyle aracın satışını yapan kişinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 237).

⁴⁷ *Rengier*, objektif görüşün temel olarak objektif isnadiyet öğretisi ile bağ kurup hukuken izin verilmeyen bir tehlikeyden hareket etmeyen mesleki hareketlerin cezalandırılabilirlik alanı dışına çıkarılmasını uygun gördüğünü belirterek söz konusu kriterlerin her birinin bu sonuca ulaşmak üzere sorumluluk alanlarına ve fiile katkının önemliliğine göre ayrıma dayanan kriterler olduğuna işaret etmiş, bir anlamda en temelde yine objektif isnadiyet öğretisine işaret etmiştir (Rengier, **AT**, § 45 kn. 105).

⁴⁸ Heribert Schumann, **Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986, s. 57.

sinden hareketle “fiile yakınlık” kriteri geliştirmiş⁴⁹, hukuk düzeninin bozulmasını sağlayabilecek nitelikteki faille dayanışmanın ancak bu kriterin gerçekleşmesi halinde mevzu bahis olabileceğine dikkat çekmiştir⁵⁰.

ii. *Welzel* tarafından temellendirilen **sosyal anlamda uygunluk** görüşüne göre ise sosyal anlamda alışıl gelmiş, mutad hareketler, kural olarak yardım etme şeklinde kabul edilemeyecek, bu çerçevede bu tür hareketler cezalandırılmayacaktır. Zira tamamen normal sosyal düzen kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin hukuki değerlerin ihlaline neden olsalar bile hukuken izin verilmeyen bir tehlike oluşturmamaları nedeniyle tipe uygun olamayacakları ve bundan dolayı da yardım etme olarak değerlendirilemeyecekleri ifade edilmiştir⁵¹. *Welzel*, alış-veriş gibi ticari faaliyetlere, sakıncalı ve uygunsuz olsalar bile düzene uygun ticari faaliyetleri yönlendirme kapsamında sosyal anlamda uygun hareketler gözüyle bakmıştır⁵². Bu görüşe göre sosyal anlamda uygun hareketler, tam anlamıyla ceza hukuku bakımından korunan hukuki değerlerin hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesine yönelmemektedir. Bu tür hareketler, kapsamlarına göre icra edilmeleri, başkalarının cezalandırılabilir hareketine bağlı addedilmemiş, bilakis fail konumundaki kişilerin hareketlerinin bu hareketler olmaksızın da anlamlı olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁹ Etki teorisi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994, s. 134.

⁵⁰ *Schumann*'ın görüşünün daha iyi anlaşılabilmesi için şerikliğinin cezalandırma temeline ilişkin görüşlerinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “Haksızlığa Yönelik Dayanışma Teorisi”, Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 186 vd..

⁵¹ Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1969, s. 55. Bu öğretiyi lehine yorum yapan görüş sahipleri için Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270; Kretschmer, **JR 2014**, s. 40, 41. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı üzerine (Karar için bkz. 168 nolu dipnot) ev sahibinin evine aldığı arkadaşının evde bir suç işlemesini önleme yükümlülüğüne sahip olup olmadığını irdelleyen *Kretschmer*, incelemeyi yaparken mahkemenin kararında yer alan aktif hareketle yardım etmenin kural olarak ev sahibinin evin temini esnasında evin uyuşturucu madde ticaretinin kullanılacağını bilmesi gerektiği şartının bulunduğuna işaret etmiş ve sağın muhtemeldir ki evini arkadaşına sadece kişisel ilişkilerine dayanarak teslim ettiği yönündeki tespitinin de altını çizmişse de bir kimseyi kişisel ilişki bağlamında evine kabul etmenin, sosyal anlamda uygun bir davranış olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu davranışın temel hak olan kendini geliştirme ve gerçekleştirmenin bir unsuru olduğunu, başkasını kişisel ilişkisinden bahisle evine alan bir kimsenin eve aldığı kimse uyuşturucu madde ticareti yapsa bile hareketinin sosyal anlamda uygun olacağını ifade eden *Kretschmer*'e göre uyuşturucu ticareti yapan kişinin de sevme ve oturma hakkı bulunmakta olup özel ve samimi birlikte yaşam, ceza hukuku anlamında bir risk oluşturmaz. Aksi takdirde doğal olarak evde oturma temin edilmesi de suç teşkil eden fiilin işlenmesinin kolaylaştırılması veya desteklenmesi halinde işlenen suçta yardım etme olarak görülür (*Kretschmer*, **JR 2014**, s. 40, 41).

Schneider ise davranışın mutlaka hem objektif hem de sübjektif açıdan incelenmesi gerektiğini, ancak bundan sonra bir sonuca ulaşılabileceğini kabul etmekte (*Schneider*, **NStZ 2004**, s. 315, 316), dolayısıyla bu şekilde salt objektif bakışla ulaşılan sonucu reddetmektedir. Benzer şekilde bu görüşü reddeden diğer yazarlar için bkz. Uwe Mürmann, „Zum Tatbestand der Beihilfe“, **JuS 1999**, s. 552; Otto, **JZ 2001**, s. 436; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1083; Heinrich, **AT**, kn. 1332; **MK-Joecks**, § 27 kn. 65; Baumann/Weber/Mitsch, **StrafR AT**, § 31 kn. 32b.

⁵² Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 56.

Sosyal anlamda uygunluğun sona erdiği yerde, cezaya layık olma sınırının başladığı kabul edilmektedir. Bu durumda suçta iştirak eden kişinin hareketinin başkasının cezalandırılabilir hareketiyle tanımlanması, bir anlam kazanması halinde, bu defa sosyal anlamda hareketlerin yerine getirilmesinden söz edilemez (*Suçta ilişkin olma*)⁵³. Bu anlayışa göre bir taksî şoförünün tren istasyonunda uyuşturucu kaçakçılığı yapacağını öğrendiği yolcusunu tren istasyonuna götürmesi, sosyal anlamda olağan bir faaliyet olarak nitelendirilecek, buna karşılık uluslararası havale işlemlerinde kesilen vergiden muaf tutulmak için bankanın birçok müşterisinin banka çalışanından kimliklerinin gizlenmesini istemeleri ve banka çalışanının da buna uygun şekilde işlemi isimsiz gerçekleştirmesi durumunda, banka çalışanının anlamlı olmayan bir amaca hizmet etmesinden söz edilecek ve bu defa cezalandırılabilir bir yardım etme gündeme gelecektir⁵⁴. Bununla birlikte banka görevlisinin hukuki norm ve düzenlemelerden kaynaklı gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet ederek sergilediği davranışlar da sosyal anlamda uygun hareketler olarak nitelendirilebilecek ve ceza sorumluluğunu doğurmayacaktır⁵⁵.

iii. Benzer bir argüman, *Hassemer* tarafından geliştirilen ve sosyal uygunluk görüşünün detaylandırılmış hali olarak kabul edilen⁵⁶, daha doğrusu sadece mesleki hareketlerle sınırlandırılması suretiyle⁵⁷ **profesyonel uygunluk öğretisi** bağlamında ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre profesyonel anlamda hizmet sunmak suretiyle failin işlediği fiile destek sağlamış olan kişi, failin suç niteliğini haiz planını bilse bile hareketi sosyal bakımdan uygun ve keza kurallara uygun şekilde ortaya koymuş ise gerçekleştirdiği davranış, ceza hukuku bakımından yapılacak olan inceleme öncesinde sakınılmasına ihtiyaç duyulmayan mesleki harekettir⁵⁸. Buna göre doğal, sosyal olarak kabul edilmiş olan ve kurallara uygun bir şekilde yürütülmüş olan mesleki hareketlerin aynı zamanda ceza hukuku anlamında da yasaklanmış olamayacağı kabul edilmiş⁵⁹, kişinin hareketinin sosyal uygunluk değerlendirmesi yardım edenin mesleki kurallara çerçevesinde hareket edip etmediğine bağlı tutulmuştur⁶⁰. Zira bu görüşe göre aksi bir durumda hareketlerin değerlendirilmesinde tezatlıkların ortaya çıkacağı ifade edilmiştir⁶¹. Dolayısıyla bu görüşten hareket edildiğinde, kişinin gerçekleştirdiği hareket dolayısıyla işlenen suçtan dolayı yardım eden olarak sorumlu tutulması, mutlaka kişinin mesleği çerçevesinde öngörülen kurallara uygun hareket edip etmediğine göre belirlenecektir⁶².

⁵³ Lesch, **JA 2001**, s. 991; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1083.

⁵⁴ Seher, **JuS 2009**, s. 796.

⁵⁵ Philipowski, **Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht**, 1983, s. 142 (Nakleden Otto, **JZ 2001**, s. 436).

⁵⁶ **MK-Joecks**, § 27 kn. 66; Nitekim profesyonel uygunluk öğretisini geliştiren *Hassemer* tarafından sosyal uygunluk şeklindeki belirsiz hukuki kavramın belirginleştirildiği ifade edilmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 232).

⁵⁷ Seher, **JuS 2009**, s. 796.

⁵⁸ *Hassemer*, **wistra**, s. 81, 83.

⁵⁹ *Hassemer*, **wistra**, s. 81, 83.

⁶⁰ *Hassemer*, **wistra**, s. 83.

⁶¹ *Hassemer*, **wistra**, s. 81.

⁶² **MK-Joecks**, § 27 kn. 66; *Roxin*, belli durumlarda profesyonel uygunluk şeklindeki bakış açısının yardım etmenin cezalandırılabilirliğini sınırlandırmak için kullanışlı bir kriter olmadığını da vurgulamış, bu durumlara örnek olarak bir banka tarafından vergi

iv. Rücu yasağından yola çıkan *Jakobs*'un öğretisine göre bir satıcının müşterisinin işleyeceği hırsızlık suçunda kullanacağını bile bile tornavidayı satması durumunda cezasız kalabileceği ileri sürülmüş, genel olarak günlük yaşamın alelade ticari faaliyetleri içinde görülen bu hareketler cezadan muaf tutulmak istenmiştir. Buna gerekçe olarak da basit bir tornavidanın mevcut kılınmaması ile hırsızlık suçunun meydana gelmemesinin hiç kimse tarafından beklenemeyeceği ileri sürülmüş, rücu yasağından yola çıkılarak bu tür katkılar, rücu yasağı alanında görünebilir iştirak olarak nitelendirilmiştir⁶³.

Jakobs, günlük yaşamdaki alelade alış-verişleri de kapsamında telakki ettiği bizatihi kendisi zararsız ve günlük olan bu tür davranışların, başkasının planının gerçekleştirilmesine kasıtlı veya taksirli olarak katkı sağlamış olmasını, sadece kötü bir tavır şeklinde nitelendirmekte ve cezalandırılabilir bir yardım etme olarak görmemektedir. *Jakobs*, bunun kapsamını o denli genişletmektedir ki bir fırıncının, müşterinin ekmeğe zehir katıp müşterisine servis edeceğini bilse bile ekmeği sattığı için meydana gelen ölümden sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir⁶⁴.

Jakobs, bu noktada sınırı garantörlük ve tipik harekete yakınlık kriterleriyle çizmeye çalışmıştır. Ceza hukuku anlamında isnadiyeti sistematik olarak meydana getirebilecek söz konusu görüşlerin, rücu yasağı olarak ifade edilen genel öğretilerle bağdaştırılabileceğini ifade eden *Jakobs*, nasıl ki ihmali suçlarda neticenin isnadiyeti için neticenin önlenebilirliği yeterli görülmeyip önleyebilirlik konusundaki yetkililiğin de eklenmesi gerekli görülüyorsa, icrai suçlarda da kural olarak nedensellik için sonuca yönelik yetkililiğin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. *Jakobs*'a göre yetkililiğin pozitif tanımlanması, ihmali suçlarda müdahale ve ilişkisel yükümlülüğün tanımlanmasına paralellik göstermekte olup esasında burada konu, hangi durumlarda zarar veren durumun failin sonuçlardan çok fazla uzaklaştırılmamasıdır Buna göre kötü tavır sergileyen bu kişilerin yetkililiğinden, garantörlüğünden, sonuçlardan uzak tutulabilir olmaları halinde bahsedilemez⁶⁵.

İştirak edenin hareketinin, tipikliği gerçekleştiren kişinin hareketini hiçbir şekilde takip etmeyecek şekilde icra zamanı için bağımsız olması halinde, diğer bir ifadeyle kişinin hareketinin fiili icra edenin hareketi olmaksızın da anlamlı olması halinde iştirak eden kişinin bu şekilde mesafesi, rücu yasağı alanında mümkündür. Yani kişinin davranışı, tipikliği gerçekleştiren kimsenin hareketi olmaksızın da bir anlam ifade ediyorsa bu durumda sonuçlardan uzak tutulmasından söz edilebilir. Zira iştirak eden kişi, her ne kadar başka bir kişinin tipikliği gerçekleştirmeyi sürdürmesini istese de katkısı tipikliği gerçekleştire-

kaçırma durumunda söz konusu transferin gizlenmesi veya bu işlemin kolaylaştırılması bakımından bir takım somut tavsiyelerde bulunulması yahut da kişinin suç planının bir şekilde yürürlükteki hukuk kurallarına uyarlanması, bir anlamda uygun olduğu izleniminin verilmesi şeklinde işlenen suça katkıda bulunulmasını göstermiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 234). Zira *Roxin*, bu gibi durumlarda banka tarafından sunulan desteğin tek amacının vergi kaçırma işleminin kolaylaştırılması olduğunu, bunun bilinmesi suretiyle destekte bulunulması halinde de her ne kadar profesyonel uygunluk gerekçesi ileri sürülse de yardım etmenin cezalandırılabilir olduğunu vurgulamıştır (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 234).

⁶³ *Jakobs*, **AT**, 24/13.

⁶⁴ *Jakobs*, **AT**, 24/17.

⁶⁵ *Jakobs*, **AT**, 24/15.

ren bir anlam ifade etmeyecek şekilde durumu oluşturmuştur⁶⁶. Buradan hareketle *Jakobs*'a göre bir kimsenin suça iştirak ettiğinden söz edilebilmesi için katkı sağlayan kişinin katkısının da tipikliği gerçekleştirici bir nitelik taşıması gerekmektedir. Aksi takdirde *yazar*, suçun ortak davranışların bir anlam ifade etmesi sonucu işlenmemesi, yani suç ortağının katkısının fiilin işlenmesini mümkün kılmak suretiyle tanımlanmaması halinde, bu katkıyı sağlayan kişinin katkısı özel bir risk oluşturmadığından dolayı bu kişinin cezasız kalacağını kabul etmektedir⁶⁷.

v. Objektif isnadiyet teorisi de benzer sonuçlara ulaşmış, bu kapsamda hukuken izin verilen riski aşmayan hareketlerin, objektif olarak isnat edilebilir olmadığı ve dolayısıyla da tipe uygunluğundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir⁶⁸. Yani faillikte geçerli olan "riskin izin verilmeyecek ölçüde artırılması" kriterinin yardım etme hareketleri bakımından da geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Bu çerçevede aslında yardım etme hareketini, bir anlamda failin fiilinden bağımsız olarak değerlendirmeye alan bu görüşe göre, hukuki değerleri ihlal eden fail, dolaylı anlamda hukuki değer ihlaline neden olan yardım eden kişi ve nihayet hukuki değer sahibi olan mağdur konumundaki kişi şeklinde üçlü bir yapı oluşturulmuş, sorumluluk bakımından faille yardım eden arasındaki sorumluluk alanında ilk olarak rücu yasağı reddedilmiş, dolaylı neden olan konumundaki yardım edenin ceza hukuku anlamında sorumluluk sınırı için esas itibarıyla ihlal edilen hukuki değer taşıyıcısı konumundaki kişiyle olan ilişkisi esas alınmıştır. Böylelikle de yardım edenin hukuki değer üzerindeki dolaylı saldırısı kabul edilmiş, bunun da failin gerçekleştirdiği ihlale yönelik nedensel niteliği haiz destekle gerçekleştirildiğinden hareket edilmiştir⁶⁹.

Bu görüşe göre doğal hareketler, objektif isnadiyet anlayışı sayesinde yardım etmenin tipiklik kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bu hareketin yardım etme hareketi olarak kabul edilmemesi, hiçbir şekilde kişinin başka yerlerden de söz konusu aleti satın alabilme imkanına bağlı tutulmamıştır. Bu öğretinin kapsamında her şeyden evvel avukat, eczacı, silah satıcılığı gibi belirli bir mesleğin yerine getirilmesinin cezalandırılabilirlik alanı bakımından riski yükseltmesi esas alınmıştır⁷⁰. Buna göre liberal hukuk düzeni, sosyal ve mesleki anlamda uygun hareket kapsamına tutunan kişinin, başkasına yönelik söz konusu hukuk kurallarına uygun olan destek niteliğindeki davranışlarını gerçekleştirirken bu davranışının bir suçun işlenmesinde kötüye kullanılmayacağına dair güvenini esas alır ve aynı zamanda buna da izin verir. Bu bakımdan bu "güven prensibi", ceza hukuku anlamındaki önemsizliği de temellendirir ki buradan hareketle bilhassa bir mesleğin ifa edilmesi gereğince gerçekleştirilen davranışların tipikliğinden söz edilemez⁷¹.

⁶⁶ Jakobs, **AT**, 24/15.

⁶⁷ Jakobs, **AT**, 24/17.

⁶⁸ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 210; Wohlers, **NStZ 2000**, s. 174, 175; Lesch, **JA 2001**, s. 990; Gaede, **JA 2007**, s. 760; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270, 271; Rabe von Kühlewein, **JZ 2012**, s. 1143; Heinrich, **AT**, kn. 1332; Gropp, **AT**, § 10 kn. 318.

⁶⁹ Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270; Rabe von Kühlewein, **JZ 2012**, s. 1143. Zaten bu görüşün temeli, kasıtlı ve kusurlu bir fiile taksirli iştirakin mümkün olmayacağı yönündeki rücu yasağı görüşüne dayanmaktadır. Yani bu görüşün günümüzdeki yansımaları objektif isnadiyet olarak gösterilmektedir (Jakobs, **AT**, 24/14).

⁷⁰ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 210; Wohlers, **NStZ 2000**, s. 173, 174; Otto, **JZ 2001**, s. 441.

⁷¹ Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270.

vi. Nihayet bir kısım görüş, kendi içerisinde kısmi farklılıklar olması bir tarafa bırakılacak olursa genel olarak cezalandırılabilirliği istisnalar öngörmek suretiyle yalnızca bazı suçlarda mümkün addetmiştir⁷². Bu suçlar dışında genel itibarıyla kanun koyucunun, bir suçun işlenmesinde istismar edilmesi tehlikesi bulunan belirli mesleki hareketleri yardım etmeye ilişkin düzenleme kapsamında telakki etmemiş olmasının Anayasa'da yer alan çalışma özgürlüğünden kaynaklandığı ve dolayısıyla da bu tür hareketlerin cezasız olması gerektiği ifade edilmiştir⁷³.

Bu kapsamda sahte para basmakla ünlenen L ve T'nin kendi aralarında yeni renkli fotokopi yöntemiyle sahte para basabilecekleri yönündeki planlarından haberdar olan savcı P'nin, hemen makina satıcısı G ile konuşarak yeni fotokopi makinasının sağlanmasının ertelenmesinin büyük bir sorunu önleyeceğini ifade etmesine rağmen satıcı G'nin, olaya ekonomik açıdan yaklaşarak bu konuşmayı önemsemediği ve satış yapan kişi olarak düzenli olarak sattığı bir malın gelecekteki kaderinin kendisini ilgilendirmediği düşüncesiyle cihazı temin ettiği olay üzerinden bir irdeleme yapan *Hefendehl*, sorunu hukuki değerlerin korunmasıyla özgürlük alanı arasındaki ilişki çerçevesinde ele almaya çalışmıştır⁷⁴. Buna göre hukuki değerlerin korunmasıyla özgürlük alanı arasındaki ilişkiyi, söz konusu olan suçun ağırlığı ile şerikin de hareket özgürlüğünün sınırlandırma yoğunluğu arasında bir ilişki kurarak belirleyen *Hefendehl*'e göre hukuki değeri tehdit eden suçun değersizliği ne kadar yüksekse, hareket alanının sınırlandırılmasına yönelik ihtiyaç da o denli önemlidir. Yahut da tam tersi, failin söz konusu fiilinde ne denli değersizlik olursa, cezalandırılabilir yardım etme olarak değerlendirilen hareketin bağımsız olarak sahip olduğu değersizlik de o denli fazla olmalıdır. Buradan hareketle *Hefendehl*, kendisi tek başına hiçbir şekilde hukuki değerleri tehlikeye düşüren nitelikte bir özellik arz etmeyen hareketlerin, ya failin fiiline dayanışma teşkil etmesi veya destekleyen kişinin korunan hukuki değer bakımından hukuki değeri özel yükümlülükle ihlal etmesi halinde sosyal anlamda zararlı hale geleceğini belirtmiş, kişiler üzerinde belirli yükümlülüklerin öngörüldüğü suçlar üzerinde durmuş, doğal hareketleri özellikle de suçu bildirmeme suçu üzerinden izah etmeye çalışmıştır. Buna göre *Hefendehl*, planlanan suçun ihbar yükümlüsü olmayan kişinin dahi sırf suçtan haberdar olması nedeniyle cezalandırılabilir olduğu durumlarda bilinçli olarak icra edilen objektif anlamda elverişli yardım hareketinin evleviyetle cezalandırılması gerektiğini belirtmiş⁷⁵, böylelikle fail konumunda olacak şekilde kişiler üzerinde belirli yükümlülüklerin öngörüldüğü suçlar üzerinden giderek suç işleneceğini öğrenen kişinin buna rağmen işlenecek suç katkı sağlayacak şekildeki davranışlarının kendisini yardım eden olarak sorumlu tutacağını kabul etmiştir.

Wohlers de doğal hareketlerin cezalandırılabilirliğini üç somut durum ile sınırlandırmış, bunları ateşli silahların satışı, tehlike arz eden ilaçların temini ve banka düzenine ilişkin hükümler olmak üzere kişiye belirli bir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumları olarak göstermiştir. Tıpkı *Hefendehl* gibi suçu bildirmeme ve yardım yükümlülüğünün öngörüldüğü suçlar

⁷² Hefendehl, **Jura 1992**, s. 374, 377; Wohlers, **NStZ 2000**, s. 173, 174; Otto; **JZ 2001**, s. 444.

⁷³ Otto, **JZ 2001**, s. 444.

⁷⁴ Hefendehl, **Jura 1992**, s. 374, 377.

⁷⁵ Hefendehl, **Jura 1992**, s. 377.

üzerinden giden *Wohlers*, koruma ve yardım yükümlülüğünü öngören durumlar ve sadece suç amacına yönelmiş bir davranışın desteklenmesi için hareket edildiğinin anlaşılabilceği durumları, cezalandırılabilir yardım etme olarak nitelendirmiştir⁷⁶.

Yine benzer sınırlamaların *Otto* tarafından da yapıldığı görülmektedir. *Otto*'ya göre genel olarak anayasa gereği birçok mesleki ve ticari faaliyet, doğal hareket olup kişinin ceza sorumluluğunu beraberinde getirecek nitelikte olmasa da bu sınırsızlığa iki grup belirleyerek bir sınır çizmeye çalışmıştır⁷⁷. Bu çerçevede *Otto*'ya göre bu sınırlamanın ilk grubunda yükseltelen özen yükümlülüğü yer almaktadır. Buna göre kanun koyucu, belirli mesleklerde üçüncü kişi karşısında gerçekleştirilen mesleki hareketlerin suç konseptine uygun olduğunun farkında olarak bu tür hareketleri yasaklayabilir ya da meslek erbablarını yükseltilmiş bir özen yükümlülüğüne tabi kılabilir. Bu yükümlülüğe aykırı davranışın kişiyi cezalandırma yoluna gider. *Yazar*, bu gruba örnek olarak çalıntı malın satın alınması suçunun Alman Ceza Kanunu'nda yalnızca kasıtlı halinin öngörülmesi karşısında özel bir kanunla ihdas edilen değerli madenlerin taksirli olarak çalıntı şekilde satın alınması suçunu göstermiştir⁷⁸. Türk hukukunda bu tür bir düzenleme bulunmaması da kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satmanın tabip veya eczacı tarafından ya da resmi bir izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında gerçekleştirilmesinin cezayı artırıcı hal olarak düzenlendiği TCK md. 187/2 hükmü buna örnek gösterilebilir.

Otto, sınırlamanın ikinci grubuna daha tehlikeli meslek ya da faaliyetlerin yönetmelikle düzenlendiği durumları dahil etmiştir. Belirli mesleki hareketlere yönelik önemli sınırlama veya yasaklamalara gitmek istemeyen kanun koyucunun bu hareketleri yönetmeliklerle düzenleme altına almak suretiyle suçta kullanılma tehlikesinden sakınma isteği ön plana çıkmaktadır ki bu hareketler de ikinci grubu teşkil etmektedir. Buna göre örneğin eczacıların içeriğinde belirli miktarda uyuşturucu madde içeren ilaçları satmalarının özel reçeteye tabi kılınmış olması, silah satıcısının sadece silah bulundurma ruhsatı bulunan kişiye silah satabilmesine imkan tanınmış olması, bu sınırlandırma grubu içerisinde sayılabilir.

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Doğal hareketlerin cezalandırılabilirliği üzerinde objektif anlamda yapılan sınırlandırma çerçevesinde ortaya konulan kriterler esas alındığında, bıçak satıcılığı yapan kişinin hareketi, bu kişinin söz konusu bıçakla işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmasını beraberinde getirmeyecektir. Zira kişinin bıçak satma hareketi, sosyal anlamda uygun olduğundan, diğer bir ifadeyle satış yapan kişi meslek kuralları kapsamında hareket etmiş olduğundan ve keza bu hareket hukuken izin verilmeyen ölçüde bir risk meydana getirmediğinden, işlenen öldürme suçlarına yardım etme olarak sorumluluğu beraberinde getirmeyeceği ifade edilecektir⁷⁹.

⁷⁶ Wohlers, **NSz 2000**, s. 173, 174.

⁷⁷ Otto, **JZ 2001**, s. 444.

⁷⁸ Otto, **JZ 2001**, s. 444.

⁷⁹ Heinrich, **AT**, kn. 1332.

Ancak cezalandırılabilirliğin objektif açıdan sınırlandırılmasına yönelik olarak ileri sürülen bu teoriye karşı bazı eleştiriler ileri sürülmüştür. Bu eleştiriler, evvela hem sosyal uygunluk hem de profesyonel uygunluk kavramlarının belirsiz olduğu, belirgin ayırım kriterlerini mümkün kılmadıkları, ek olarak belirli meslek gruplarının ceza hukuku anlamında ayrıcalıklı kılınması sonucunu ortaya koyacağı yönünde olmuştur⁸⁰.

Bu eleştiri, bilhassa sosyal anlamda uygunluk öğretisi için ileri sürülmüş⁸¹, görüşün konu hakkında karar vermek üzere maddi olmayan ayırım kriterleri öngördüğüne dikkat çekilmiştir⁸². Zira tek taraflı olarak salt mesleki bir bakış açısından hareketle geniş kapsamda bir doğallık için ve cezasızlık için bir açıklama getirilemeyeceği ileri sürülmüştür⁸³. Nitekim bu şekilde mesleki hareketlerin kural olarak cezasızlığının öngörülmesi, tamamen cezaya layık olan hareketlerin görmezlikten gelinmesine neden olmakta ve belirli yaşam alanları bakımından ölçsüz bir imtiyaz tanınması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Böylelikle de başka suçların bu ad altında desteklenmesine neden olma tehlikesi ortaya çıkmaktadır⁸⁴. Dolayısıyla bu kriter, cezalandırılabilirlik açısından ayırıcı bir kriter olarak nitelendirilmemektedir⁸⁵. Bununla birlikte bu kriter, mesleki ve ticari davranışların somut hukuki ve yükümlülük konumları noktasında isabetsiz olup hareketin sosyal anlam kazanmasında bilme ve isteme unsurlarının da olduğunu görmezden gelmektedir⁸⁶.

Benzer durumlar, *Jakobs*'un görüşü açısından da geçerlidir. Nitekim *Jakobs*'un rücu yasağını temel aldığı görüşüne karşılık *Roxin*, bu argümanın suç işleyeceğini bilerek fail potansiyeli olan bir kimseye suç aracını alelade ticari

⁸⁰ Tag, **JR 1997**, s. 52; Amelung, **FS-Grünwald**, s. 10; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1141; Weigend, **FS-Nishihara**, s. 200, 201; Müller, **FS-Schreiber**, s. 348; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 269; Heinrich, **AT**, kn. 1332; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 35; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 233.

⁸¹ Jakobs, **AT**, 24/14; Weigend, **FS-Nishihara**, s. 200; Murmann, **JuS 1999**, s. 552; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 35.

⁸² Roxin, **AT II**, § 26 kn. 233; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 35.

⁸³ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 201; Rengier, **AT**, § 45 kn. 10.

⁸⁴ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 201; Bilgi için **S/S-Heine/Weißer**, § 27 kn. 12; Buna göre yukarıdaki örneklerde geçen C ve E'nin yalnızca mesleki davranışlarda buldukları, dolayısıyla da yardım eden olarak davranmadıkları şeklinde bir argümanın dairesel olduğu ifade edilmiş, *Renzikowski* de yardım etmeye ilişkin düzenlemede yer alan yardımda bulunmanın tam anlamıyla normatif bir düzenleme olmadığına dikkat çekmiş ve salt fiili mutad, kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen meslek icrasından daha fazlası olmadığını belirtmiştir (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 35; Benzer yönde ifade için bkz. Weigend, **FS-Nishihara**, s. 200). Nitekim *Roxin*, *Jakobs*'un bu görüşüyle ilgili olarak cezasızlığın sınırını bir hayli genişlettiği ifadelerine yer vermiş, buna da *Jakobs* tarafından verilen hırsızlık suçu işleyecek olan kişinin bu durumdan haberdar olan taksi şoförü tarafından olay yerine götürülmesi ve hatta olay yerinde tekrar alınması durumunda da BGH'dan farklı olarak (BGHSt 4, 107, **GA 1981**, s. 133) ceza verilmemesi gerektiği görüşünü delil olarak göstermiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 227). Benzer şekilde *Jakobs*'a göre bir fırıncının ekmeği, zehirleyerek misafirine ikram edeceğini bildiği bir kimseye satması durumunda da sırf bu satış işlemi dolayısıyla sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır (Jakobs, **AT**, 24/17) ki *Roxin* bu argümanına *Jakobs* tarafından bu örneği de temel oluşturmuştur (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 227).

⁸⁵ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 201.

⁸⁶ Otto, **JZ 2001**, s. 441.

faaliyet kapsamında olsa dahi satmak suretiyle tedarik eden kişinin cezasız kalması için bir sebep oluşturmayacağını ifade etmiştir. Zira Roxin, Jakobs'un bu argümanı ile birlikte sırf söz konusu olay bakımından yardım etmenin reddedilmesi için varsayımsal nedenselliğe dayanıldığını, nitekim yardım etmenin kabul edilebilmesi için "yardımsal katkının yokluğu durumunda fiil işlenmeyecek idiye..." gibi bir formülün gerekli olmadığına vurgu yapmış ve önemli bir soru sormuştur: "Zehir katılan bir ekmek kullanılarak gerçekleştirilen bir öldürme olayında niçin zehri ekmeğe katan kişi cezalandırılabilirken kişinin ekmeği kullanma amacını bilen ve buna rağmen ekmeği tedarik eden kişi cezalandırılmayabilir?"⁸⁷.

Keza Niedermair'e göre failin fiiline katkı sağlayan kişinin riskin yükseltilmesinin bilincinde olmanın yanı sıra isteyerek fiilin işlenmesi için zorunlu aracı temin etmesi halinde, kişinin amacı bir gerçek olarak kendini gösterecektir. Şu halde fırından alınarak zehir katılan ve müşteriye sunulan ekmek örneğinde ekmeğin satılması suretiyle öldürme fiiline objektif olarak yapılan katkı zorunlu olup bağlılık kuralı gereğince kendisi de bir sorun teşkil etmektedir⁸⁸. Buna göre her kim failin amacına erişmesi isteğiyle faile bir araç temin ederse, bu kimsenin de faille benzer amaçları takip ettiği kararına ulaşılır ve böylelikle faili destekleme kastı da reddedilemez. Bu noktada yardımsal katkı sağlayan kimsenin sorumluluk alanının ayrılmasını gerekli kılacak ya da buna imkan verecek bir durumun bulunmadığı vurgulanmakta⁸⁹, dolayısıyla bu tür objektif sınırlandırmaya yönelik kriterler tenkit edilmektedir.

Yine bu kapsamda profesyonel uygunluk anlayışı da hareketin normal mesleki davranışın dış görünümüne uygun olmasının farklı bir değerlendirici bakış açısıyla yardım hareketinin cezalandırılabilirliği noktasında bir değişikliğe neden olmayacağından bahisle bu şekilde genel bir yaklaşımın doğru olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Daha açık bir ifadeyle somut fiili durumdan bağımsız profesyonel anlamda uygun hareketlerin söz konusu olduğu, zira somut hareketlerin sosyal anlamda kabul edilebilir mesleki hareketler olup olmadığı noktasında hangi yönde bir ceza hukuku değerlendirmesinin esas alınacağı açıklığa kavuşturulmalıdır⁹⁰. Nitekim Hassemer'in ilgili hareketin failin suç niteliğini haiz planı için özel olarak ısmarlanmış olması halinde cezasızlığa istisna öngörmüş olması karşısında, profesyonel anlamda uygun hareketlerin bu genel cezasızlık durumuna kendisinin de özel bir istisna getirmesine vurgu yapılmış ve eleştirinin ne kadar haklı olduğu gösterilmeye çalışılmıştır⁹¹. Dolayısıyla profesyonel uygunluğun maddi hukuk açısından bir anlam taşımadığı, her durumda yargılamayla ilgili bir husus olduğu ifade edilebilir. Zira profesyonel uygunluk, sadece kişinin mesleğine uygun davrandığından kötü bir davranışta bulunmadığını düşünmesine yönelik bir belirti olarak görülebilir⁹².

Bu kapsamda yöneltelen bir diğer eleştiri ise, bu görüşün çıkış noktasına ilişkin olup belirli bir kişi tarafından hukukun korunmasına yönelik hareketle-

⁸⁷ Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 514; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 228, 229; Benzer yönde eleştiri için bkz. Hefendehl, **Jura 1992**, s. 376; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1142.

⁸⁸ Niedermair, **ZStW 1995**, s. 512; **LK-Roxin**, § 27 kn. 17.

⁸⁹ Niedermair, **ZStW 1995**, s. 512.

⁹⁰ Otto, **JZ 2001**, s. 441.

⁹¹ Weigend, **FS-Nishihara**, s. 201, 202.

⁹² Amelung, **FS-Grünwald**, s. 11.

rin beklenmemesi, yani hukukun ihlal edilmesine bir anlamda müsaade edilmesi durumunda, bu kişinin sahip olduğu rolü çerçevesinde genel anlamda serbest bıraktığı gibi bir sonuca ulaşılabilme tehlikesine ilişkindir. Yani genel itibariyle objektif sınırlandırma kriterlerinden hareketle postacının kural olarak söz konusu bombanın kutuda bulunduğuna dair gerekli bilgiye sahip olmamasından hareket edilmesine itiraz edilmektedir. Zira bu durumun, hareketiyle başkasının işlediği veya işleyeceği suça destek olduğunu, bu hareketi kolaylıkla terk edebileceğini tespit eden bir başka kimsenin de fiilini her şeye rağmen gerçekleştirmeye devam etmesi, bu anlamda faile destekte bulunması durumunda da cezalandırılabilirlikten muaf tutulması gerektiğini kendiliğinden ortaya çıkarmamalıdır⁹³.

Bu itiraz, özellikle de sübjektif bakış açısıyla ayırım yapılması taraftarı olan görüş sahiplerine aittir. Bu bağlamda her ne kadar kendisi salt sübjektif bakışın taraftarı olmayıp karma görüşün savunucusu olduğundan bir şekilde sübjektif ölçütü de kullanan *Roxin*, dayanışma ve sosyal anlamda uygunluk anlayışlarına sert bir şekilde karşı çıkmış, her iki durumda da davranışların esasında *suça ilişkin* olduğunu, zira fail tarafından elde edilen eşyaların onun için sadece suçu işlemek üzere bir araç olarak faydalı olduğunu, satıcının bunu bilmesi halinde hareketinin “doğal”, günlük, sıradan alış-veriş niteliğini haiz olarak kabul edilemeyeceğini ve bu tür durumlarda da hukuki değerlere saldırının varlığının kabul edileceğini ifade etmiştir. *Roxin*'e göre müşteri konumundaki kişinin, satın aldığı eşyayı hırsızlık yapmak için yahut da birini öldürmek için kullanmak istediğini satıcıya bildirmesi gibi bir durumda “alelade” satış işlemlerine rağmen satıcı konumundaki kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulması pek tartışma konusu olmayacaktır⁹⁴.

Her şeyden evvel günlük hareketler kendiliğinden ortaya çıkmamakta, bilakis hareketin karakteri, hizmet ettiği amaç dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir. Bu çerçevede söz gelimi silah kullanmanın öğretilmesi kapsamında silah atışlarının bir atıcılık derneği bünyesinde spor faaliyeti olarak yapılması halinde bu eğitim faaliyeti çerçevesinde işlenen hareketlerin doğal hareketler olduğunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık bu silahın failin mağduru öldürmek istediği bilinerek ve bu amaçla verilmesi halinde silahın bu şekilde teslim edilmesi davranışı, öldürme suçuna yardım etme olarak kabul edilir. Keza aynı durum merdivenin taşınması bakımından da geçerlidir. Zira bir merdivenin herhangi bir olay yerine taşınması çoğu durumda doğal hareket olarak nitelendirilebilirken, hırsızlık yapmak üzere harekete geçen bir kimsenin işleyeceği fiil bağlamında desteklenmesi amacıyla merdivenin olay yerine getirilmesi durumunda artık bu davranış, doğal hareket olmaktan çıkacak ve cezalandırılabilir bir yardım etmeden söz edilecektir. Bu bağlamda *Roxin*, aslında amacı dikkate alınmadığında yardım etme hareketi olarak kabul edilen hareketlerin birçoğunun aslında doğal hareketler olduğuna, bunun bir

⁹³ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 228; **LK**-Schünemann, § 27 kn. 25; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 34.

⁹⁴ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 228. *Renzikowski* de, *Roxin*'in herhangi bir hareketin kendiliğinden doğrudan günlük hareket olarak nitelendirilemeyeceği, bilakis daima bu hareketlerle takip edilen amaca göre bir karar verilebileceği yönündeki bu görüşünü yerinde görmüş (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 34), *Roxin*'e destek vermiştir.

kimseye silah satılmasında da geçerli olabileceğine vurgu yapmıştır⁹⁵. Şu halde hareket normal olarak sosyal anlamda uygun olsa da hareketin başkasını işlediği suç niteliğini haiz bir fiile kasıtlı olarak nedensel ve riski yükseltici bir katkı şeklinde sağlanması halinde sosyal anlamda hareket özgürlüğünden bahsedilemeyecek, bu defa bu davranış, cezalandırılabilir bir yardım etme olarak görülecektir⁹⁶.

Bu teori kapsamındaki bir diğer eleştiri de *Schumann* tarafından ileri sürülen faille dayanışma anlayışına yöneliktir. Bu çerçevedeki ilk eleştiri, tıpkı sosyal uygunluk, profesyonel uygunluk kavramlarında olduğu gibi dayanışma kavramının da belirsiz olduğu, bu kritere göre yapılacak değerlendirmenin ancak *ex post* yapılabileceği şeklindedir⁹⁷. Bununla birlikte bu anlayış kapsamında ileri sürülen “fiile yakınlık” kriterinin de çözüm getirir nitelikte olmadığı, zira verilen tornavida örneğinde tornavidanın daha sonra yahut da daha önce teslim edilmesinin suça olan katkısı bakımından hiçbir etkiye sahip olmaması karşısında satışın zamansal gerçekleşme anının niçin yardım etmenin mevcudiyeti üzerinde karar verilmesi bakımından etkili olabileceğinin anlaşılacağı ifade edilmiştir. Bu anlayışta önemli olduğu üzere icra hareketleri aşamasında gerçekleşen satış bakımından daha yüksek oranda hukuku sarsıcı bir etkinin daha önemli, etkili olmayabileceği, çünkü gizli yardım etmenin de cezalandırılabilir olduğu, eğer ortaya çıkarılırsa bu yardım etmenin açıktan yardım etmeden daha az hukuku sarsıcı etkisinin olmayacağı belirtilmiştir⁹⁸.

Dolayısıyla *Schumann*’ın görüşüne karşı hangi durumlarda hukuk barışının sarsılması kabul edileceği belirsizdir. Nitekim bu görüşten hareket edildiğinde tornavidanın hırsız satışları durumlarında kural olarak cezasızlığın kabul edilmesi gerekecektir. Zira bu ihtimalde satış hareketi, hukuka uygun hazırlık aşamasında olup henüz dayanışma teşkil edecek şekilde tehlikeli bir etki gösterme aşamasına erişmemiştir. Buna karşılık intihar edecek kimseye hazırlık aşamasında gerçekleştirilen silah satışı, Ateşli Silahlar Kanunu’yla bu şekilde silah temini yasaklanmış olduğundan öldürme suçuna yardım etme olarak cezalandırılabilir olacaktır. İşte bu düşüncelere karşılık *Niedermair*, öyleyse tutarlı olmak adına intihar edecek kişinin intiharı bıçakla gerçekleştirilecek olması durumunda kasıtlı hareket etse de satıcının cezasız kalması gerektiğini, zira bu desteğin ne zamansal olarak işlenen fiile yakınlık içerdiği ne de bu temini engellemeye yönelik özel bir yasak ihlalinin olduğunu, böylelikle de bıçak teminiyle hukuk barışının ihlal edilmiş olmayacağını vurgulamış, bu görüşün tutarsız bazı sonuçlara yol açabileceğini ortaya koymaya çalışmıştır⁹⁹. Nitekim *Weigend*, *Schumann*’ın bazı olaylarda “etkililik kriterini” uygulamayıp başka kriterlere başvurmasının da bu itirazı kabul ettiği anlamına gelebileceğine de

⁹⁵ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 231; Bunun yanında *Roxin*, başkasının suç planının bilinçli bir şekilde desteklenmesi durumunda olayın esasında sosyal veya profesyonel anlamda uygun olup olmadığı şeklinde zuhur edecek olan sorunun burada olduğu gibi basit bir iddia ile cevaplanamayacağını altını çizmiş, suç teşkil eden bir hareketin desteklenmesi halinde kolaylıkla bu görüşün tam aksinin belirtilebileceğini, haklı olarak BGH’nın da bu konsepti reddettiğini vurgulamıştır (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 233).

⁹⁶ Hefendehl, **Jura 1992**, s. 376, 377.

⁹⁷ *Niedermair*, **ZStW 1995**, s. 514; *Weigend*, **FS-Haruo Nishihara**, s. 203; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1142; Müller, **FS-Schreiber**, s. 349.

⁹⁸ Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 514; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 230; Müller, **FS-Schreiber**, s. 349.

⁹⁹ *Niedermair*, **ZStW 1995**, s. 514.

işaret etmiş, aslında *Niedermair* tarafından yapılan bu eleştirinin ne denli haklı olduğunu ortaya koymuştur¹⁰⁰.

Nihayet eleştirilerden biri de objektif isnadiyet görüşüne yönelik olarak ileri sürülmüştür. Zira bu görüşün temelinde yer alan müşterinin hareketlerinin hesaplanabilirliğine göre olası özel bilmenin isnadiyet temelini değiştirmesi düşüncesi, bir anlamda hem bilmenin dikkate alınması hem de objektif esastan hareket ediliyor olması dolayısıyla görüşün adeta kendiyile çelişki içerisinde olduğu gibi bir görüntünün ortaya çıkması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁰¹. Bununla birlikte bu öğretinin, içerisine zehir koyacağı ve eşini öldüreceği bilinen kişiye ekmek satılması yahut da satın aldığı çekiçle kardeşini öldüreceği bilinen kimseye çekiç satılması durumlarında, “*bu ürünleri satarak faile yardımcı olan kişi, bu satışı gerçekleştirmeseydi dahi bu kişi söz konusu ürünleri başka yerden de satın alabilirdi*” şeklindeki bir yaklaşımla satıcıyı gerçekleştiren fiile yardım eden olarak sorumlu tutulmaktan kurtaran varsayımsal nedensellikten hareket ederek bir sonuca ulaşmaya çalıştığı rahatlıkla belirtilebilir. Bu noktada varsayımsal nedensellikten hareket edilerek bir kimsenin sorumlu tutulması ne derece mümkün değilse ve eleştirilebilirse, tam aksi de aynı derece eleştirilebilir bir niteliği haizdir¹⁰². Buradan hareketle bir ürünün satışını yapan kimsenin ürünle işlenecek olan suça dair özel bilgisinin kastla ilişkili olduğu ve bunun da sübjektif unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla bizatihi objektif isnadiyetle yola çıkarak bir kriter ortaya koymanın anlamsız olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Keza bu tür hareketlerin cezalandırılabilirliğini belirli yükümlülüklerin öngörülmesiyle sınırlı tutan objektif teori kapsamındaki son görüşün de genel anlamda makul görünse de bazı durumlarda çeşitli sıkıntılara neden olduğuna işaret edilmiştir. Bu çerçevede garantörlük konumunun somut hareket yasağı üzerine çok fazla bir ifadeye yer vermediği, nitekim 17 yaşında bir çocuğunun gece karanlığında tek başına eve gitmesine izin veren ebeveynlerin, ihtimal dahilinde olan suç riskini göz önünde bulundursalar dahi cinsel saldırı ya da kasten öldürme suçuna yardım eden olarak yahut da tek başına taksirle öldürmeden de sorumlu tutulamayacakları, nitekim burada ne zaman ilkesel garantörlük konumunun somut garantör yükümlülüğü sonucunu ortaya çıkaracağı yönünde bir değerlendirmenin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁰³.

Sonuç olarak objektif görüşün içerdiği sorunlar, mahkeme kararlarında da ifade edilmiş ve ısrarlı bir şekilde vurgulanmıştır. Nitekim ‘doğal’, ‘mesleki’, veya ‘profesyonel anlamda uygun olan’ hareketlerin genel olarak cezasız kalmalarının söz konusu olmadığını belirten Alman Federal Yüksek Mahkemesi, gerek günlük olağan hareketlerin gerekse mesleki türdeki hareketlerin her durumda doğal olduklarının belirtilemeyeceğine dikkat çekmiş, hemen hemen her hareketin cezalandırılabilir bağlamda gerçekleştirilebileceğine vurgu yapmıştır¹⁰⁴. Bu minvalde cezalandırılabilirliğin objektif tipiklik bakımından sınırlan-

¹⁰⁰ Weigend, **FS-Haruo Nishihara**, s. 203. *Schumann*’ın görüşünün ortaya çıkardığı sorunların kaynağı olan etki teorisinin zorluğuna ilişkin olarak bkz. Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, s. 134, dpn. 259.

¹⁰¹ Rengier, **AT**, § 45 kn. 107.

¹⁰² Amelung, **FS-Grünwald**, s. 14.

¹⁰³ Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1142, 1143.

¹⁰⁴ BGHSt 46, 107, 113 (Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 515; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 233; Seher, **JuS 2009**, s. 796; Rengier, **AT**, § 45 kn. 108).

dırılması görüşünün eleştirildiği yargı kararlarında bu husus, sübjektif tipiklik üzerinden mevzu bahis olan bir sorun olarak telakki edilmektedir¹⁰⁵. Dolayısıyla sübjektif sınırlandırma teorisinin ve sübjektif kıstasları bir ölçüt olarak kullanılan karma teorisinin incelenmesinde özel bir fayda bulunmaktadır.

3. Sübjektif Sınırlandırma Teorisi

a. Teorinin Esası

1920'lere kadar Alman ceza hukuku literatüründe hakim olan ve her ne kadar tam bir açıklık olmasa da¹⁰⁶ Krallık Mahkeme kararlarına da yansıdığı görülen¹⁰⁷ bu görüşe göre doğal hareketler, salt yardım etme kastı sorunu olarak ele alınmakta¹⁰⁸, bu tür hareketlerin isnadiyetinde sübjektif yaklaşımla sınırlandırma yoluna gidilmektedir¹⁰⁹. Buna göre hareket edenin düşünce şekli dikkate alınmaksızın hareketlerin sosyal anlamları bakımından bir karar verilemeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla doğal hareketlerin cezalandırılabilir yardım etme olup olmayacağı konusunda fiile yönelik destek niteliğinde davranış sergileyen kimsenin iradesinin değerlendirilmesi gerekli görülmüştür. Bu görüş kapsamında daha da önemli olan husus ise, yardım etme kastı için failin fiilinin bilinmesinin yanında failin fiilinin işlenmesine yönelik istemenin de gerekli olduğu fikrinin benimsenmiş olması, böylelikle olası kastla işlenen davranışların cezalandırılabilirlik alanından çıkartılmış olmasıdır. Bu çerçevede yardımsal katkı sağlayan kişinin söz konusu suçun işlenmesini "istemesi" gerektiğine de vurgu yapılmış, her ne kadar aksi yönde kararlar olsa da¹¹⁰ "isteme"

¹⁰⁵ BGHSt 46, 107, 112 (Bilgi için Schmidt, **AT**, § 27 kn. 1109); **MK-Joecks**, § 27 kn. 16.

¹⁰⁶ Wohlers, **NStZ 2000**, s. 169; Nitekim *Schneider*, o dönemki mahkeme kararlarında bir şaşkınlık olduğunu belirtmiş, tam bir açıklığın bulunmadığına dikkat çekmiştir (*Schneider*, **NStZ 2004**, s. 313).

¹⁰⁷ *Baumann/Weber/Mitsch*, BGH'nın da sübjektif görüşten hareket ettiğini belirtmiştir (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 kn. 32c). Bu görüş kısmen yerinde olsa da esasında BGH'nın objektif-sübjektif öğretileri birlikte tercih ederek karma bir uygulama yoluna gittiği ifade edilebilir. BGH'nın görüşüne dair ayrıntılı bilgi için „Karma Teori“ başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁰⁸ Ambos, **JA 2000**, s. 724; *Schneider*, **NStZ 2004**, s. 315, 316.

¹⁰⁹ RGSt 39, 44 (Birigitte Tag, "Beihilfe durch neutrales Verhalten", **JR 1997**, s. 50; *Schneider*, **NStZ 2004**, s. 313). Krallık Mahkemesi döneminde taraftarı olan yazarlar için bkz. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, s. 693; Köhler, Deutsches Strafrecht, 1917, s. 517 (Aktaranlar Tag, **JR 1997**, s. 51; Müller, **FS-Schreiber**, s. 345). Günümüzde benzer eğilim gösteren görüş için bkz. Roman Forthauer, **Geldwätsche de lege lata und ferenda**, München 1992, s. 71.

¹¹⁰ Nitekim fuhuş yapmak üzere illegal bir şekilde işletilen bir genelev için her gün ekmek, et ve şarap temin eden bir kişinin fuhuşa teşvik suçuna yardım eden olarak yargılandığı olayda Krallık Yüksek Mahkemesi, her ne kadar beslenme amacıyla sağlanan bu tür günlük ihtiyaç ürünlerinin müşteri konumundaki kişinin bu ürünler vesilesiyle suç işleyip işlemediğinden bağımsız olarak kendilerinin de tek başlarına bir anlam ifade ettiği gerekçesiyle illegal bir şekilde işletilen bir geneleve -şaraptan farklı olarak- ekmek ve et gibi ürünlerin temin edilmesinin fuhuşa teşvik suçuna yardım etme olarak değerlendirilmesini reddetmiş olsa da aynı kararını şarap temini bakımından benimsememiş, söz konusu illegal geneleve şarap temin edilmesini fuhuşa teşvikin özel yapıda desteklenmesi olarak telakki etmiştir (RGSt 39, 45, 49 - 14.06.1906 - Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 515; **MK-Joecks**, § 27 kn. 53; Müller, **FS-Schreiber**, s. 344). Her ne kadar hem *Roxin* hem de *Schünemann*, mahkeme tarafından verilen bu kararı yerinde bulmuşlarsa da *Roxin*, mahkemenin bu kararını çok sert bulmuş, zira şarabın hem ge-

unsurunun bulunmadığı birçok durumda katkı sağlayan kişiler yardım eden olarak telakki edilmemiştir¹¹¹. Buna göre kişinin desteğe bulunma isteğinin bulunmadığı ve fakat katkısının fiilin işlenişinde kullanılacağına dair kesin bir bilgisinin mevcut olduğu durumda da yardım etmeden bahsedilemeyecektir¹¹². Buna gerekçe olarak da zararsız hareketlerin salt düşünceler nedeniyle cezalandırılması gibi bir sonucun ortaya çıkma tehlikesi gösterilmiştir¹¹³.

Bu çerçevede gerçekleştirilen davranışlar, mutlak şekilde kendiliğinden günlük olağan hareket olarak addedilmemekte, bilakis hareketin karakteri, davranışta bulunan kimsenin amacı dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir¹¹⁴. Buna uygun olarak yardım eden kişinin failin fiiline destek niteliğindeki davranışlarının bu fiile etki etmesini amaçlaması veya bunu en azından kaçınılmaz bir şekilde öngörmesi, yani bu etkinin muhakkak olması halinde hareketin günlük olağan davranış olma özelliği kaybolacak, bu kapsamda hareket, failin fiili ile dayanışma teşkil eden bir davranışa dönüşecek ve sosyal anlamda uygun olmaktan çıkacak, artık yardım etme olarak kabul edilecektir¹¹⁵. Buna karşılık kişinin yaptığı katkının sadece işlenecek olan suçta kullanılmasını muhtemel görmesi veya göze alması halinde hareketi cezasız kalacaktır¹¹⁶.

Buna göre avukat, muhasebeci, banka görevlisi veya noter olarak sadece görevin gereklerini yerine getirilmesi bağlamında verilen bilgiler bakımından işlenen suça destek olma isteğinden söz edilemeyecektir¹¹⁷. Nitekim Krallık Yüksek Mahkemesi, bir avukatın müvekkiline hukuki bilgi vermesi esnasında ilk baştan bu tür durumlarda sadece hukuki vazifesini yerine getirmekle maksadıyla o hizmeti verdiğini kabul etmiş, müvekkilinin bu bilgiler üzerine daha sonra işleyeceği fiillere bir etkide bulunma konusunda bilerek ve isteyerek hareket etmediğine işaret etmiş, bu anlamda kastın incelenmesi bakımından da bilme ve isteme arasında sert bir ayırım yapmıştır¹¹⁸. Mahkemenin bir başka

nel bir ürün olduğunu ve sadece fuhuş yapmak üzere ziyaret edenler için teşvik edici bir ürün olmadığını, bu çerçevede de suça ilişkin olma özelliğinin bulunmadığını ifade etmiştir (Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 515; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 247). Bu karar esas alındığında *Schünemann*'a göre bir otel işleticisi, o bölgede hırsızlık yapmakla tanınan bir kimsenin otelinde barınmasına müsaade etmesinin de cezasız kalacağını, benzer şekilde failden bağımsız olarak bu hareketin de tek başına bir anlam ifade ettiğini belirtmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 247; **LK-Schünemann**, § 27 kn. 21).

¹¹¹ RGSt 37, 321, 323; BGHSt 29, 105 (Müller, **FS-Schreiber**, s. 345; Heinrich, **AT**, kn. 1333; **MK-Joecks**, § 27 kn. 72).

¹¹² **MK-Joecks**, § 27 kn. 72.

¹¹³ v. Bar, s. 693, dpn. 10 – Aktaran Schneider, **NStZ 2004**, s. 313.

¹¹⁴ Urs Kindhäuser, „Zum Begriff der Beihilfe“, **FS-Otto**, 2007, s. 357; **MK-Joecks**, § 27 kn. 71; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 36.

¹¹⁵ BGHSt 46, 107 (Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 31; Rengier, **AT**, § 45 kn. 111).

¹¹⁶ Ambos, **JA 2000**, s. 724; Manuel Ladiges, „Referendarexamensklausur - Strafrecht: Der geschäftstüchtige BWL“, **JuS 2012**, s. 55.

¹¹⁷ Nitekim Krallık mahkemesi, bir avukatın bir başka kimseye hukuki bir izahatta bulunması ve bir suçu işlemesine bu şekilde destek olması durumunda kişinin sadece mesleğini yerine getirme bilinciyle hareket ettiğini kabul ederek cezalandırılabilirlik için bir neden bulamamıştır (RGSt 37, 321, 323 – Hefendehl, **Jura 1992**, s. 376; Tag, **JR 1997**, s. 50). Yine bir başka mahkeme kararında açıkça kişinin sadece mesleğinin gereklerini yerine getirdiği durumlarda kasıtlı yardım eden olmasından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir (RGSt 39, 44, 48 – Hefendehl, **Jura 1992**, s. 376).

¹¹⁸ RGSt 37, 321 - 17.11.1904 (**MK-Joecks**, § 27 kn. 52).

kararı ise danışmanlığını yaptığı kişinin vergi kaçırıldığını fark ettikten sonra da danışmanlık yapmaya devam eden vergi danışmanına ilişkindir. Krallık Yüksek Mahkemesi, bu tür bilgiye rağmen sadece vergi konularına ilişkin açıklama getirecek şekilde ortak çalışmanın, söz konusu kişinin kendisini vergi kaçırma fiilinden sonraki danışmanlık faaliyetleri bakımından da kusurlu yapmayacağını belirtmiş, kişiyi yardım eden olarak sorumlu tutmamıştır¹¹⁹.

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Bu teoriye yöneltilen ilk eleştiri, yardım etmeye ilişkin kanuni düzenlemelerden hareketle ileri sürülmüştür. Nitekim kanuni düzenlemelerde, yardım edenin failin fiilini isteyerek, bu şekilde bir arzuda bulunarak veya kendi yararını dikkate alarak failin fiiline katkıda bulunması gerektiğine yer verilmediği ifade edilmiştir¹²⁰. Öyle ki tipikliğin tüm koşullarının kesin bir şekilde bilinmesine rağmen yardım etme kastının nasıl reddedileceğinin zorluğuna işaret edilmiştir¹²¹. Hatta o kadar ki, kanuni düzenlemenin mevcut haliyle olası kastla yardım etmenin dahi mümkün olduğuna vurgu yapılmış, dolayısıyla bu teorisinin bir defa kanunla uyumlu olmadığına dikkat çekilmiştir¹²².

Bu eleştiri, beraberinde diğer eleştiriyi de getirmiş, yasaklanan hareketin kapsamının sadece sübjektif kriterlere göre belirlenemeyeceği, tek başına kişinin kötü niyetinden hareket edilmesi halinde bu durumun düşünce ceza hukuku anlayışını beraberinde getireceği vurgulanmıştır¹²³. Zira bu teoride, bıçağı satan kişinin, gerek söz konusu fiilin işlenmesinden habersiz olması, gerekse söz konusu fiile bilerek destek olmak istememesi halinde cezasız kalacak olması dikkate alındığında, fiil ceza hukuku anlayışından düşünce ceza hukukuna bir kayma olacağı itirazı ileri sürülebilecektir. Nitekim bu anlayıştan hareketle doğal hareketlerin katkıda bulunması durumunda artık „isteme“ unsurunun da kabul edilebileceği gibi garip bir kabulün benimsenmesi ortaya çıkacaktır¹²⁴. Kaldı ki bu anlayışla birlikte objektif olarak yardım etme hareketi olmayan bir davranı-

¹¹⁹ RGSt 68, 411 – 26.11.1934 (MK-Joecks, § 27 kn. 52).

¹²⁰ Tag, JR 1997, s. 51; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 52 kn. 37.

¹²¹ Schumann, 1986, s. 56. Nitekim *Hruschka*, bir başkasını öldüreceğini bilen bir kimseye bu ölümlü istemeden bıçak satmanın nasıl kabul edilebileceği sorusunu yöneltmiş, bu anlamda yardımsal katkıda bulunan kişinin failin suç teşkil eden fiili işleyeceğini bilmesine rağmen katkıda bulunması durumunda artık „isteme“ unsurunun da kabul edilebileceğine vurgu yapmıştır (Hruschka, JR 1984, s. 263).

¹²² Tag, JR 1997, s. 51.

¹²³ Tag, JR 1997, s. 51; Rabe von Kühlewein, JZ 2002, s. 1141; Kindhäuser, FS-Otto, 2007, s. 358; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 52 kn. 37. Nitekim *Hassemer*'e göre bir davranışın objektif açıdan yardım etme hareketine uygun olması mutlaka aranmalıdır. Aksi takdirde sırf düşünceden hareket edildiğinde ve bir davranışın gerçekleştiren kişinin düşünce dünyasından bahisle yardım eden olduğu sonucu ulaşıldığında bu durum düşünce ceza hukuku anlayışını beraberinde getirme tehlikesini ortaya çıkaracaktır (Hassemer, wistra 1995, s. 43). Bununla birlikte *Hassemer*, kişinin yardım etme kastının belirlenmesinin bir hukuk devletinde uygulamada önemli zorlukları beraberinde getireceğine vurgu yapmış, bilhassa ispat meselesinde belirsizliklerin ortaya çıkacağına işaret etmiştir. Bu anlamda *Hassemer*, doğal hareketlerde mutlaka objektif anlamda bir değerlendirmenin yapılması gerektiğinin altını çizmiş, buradan hareketle de profesyonel uygunluk teorisini geliştirmiştir (Hassemer, wistra 1995, s. 43).

¹²⁴ Tag, JR 1997, s. 51; Heinrich, AT, kn. 1333.

şın da salt sübjektif bakış açısıyla cezalandırılması gibi bir sonuca erişilebilecektir¹²⁵.

Ayrıca bu teorinin, komşusuna verdiği baltayla komşusunun eşini öldürmesi, müşterisine balta satan satıcının bu satışının ardından müşterisinin bu baltayla eşini öldürmesi, telefonla arayarak taksi çağırın ve banka soyduktan sonra havalimanına bırakılması ve banka görevlisinin kişinin yurt dışına para transferini isimsiz yapmak suretiyle vergi kaçırmasına yardımcı olması durumlarında bir çözüm sağladığı ve fakat aynı durumun uzun bir süre boyunca evinde bir kimseyi tutarak ona eziyet eden bir kimseye sürekli olarak gıda maddeleri temin edilmesi ve bir avukatın müvekkiline hukuki olarak ver-giden muaf tutulmanın yolları ile illegal bir şekilde vergi kaçırmanın yollarını öğretmesinin ardından müvekkilinin vergi kaçırma suçunu işlemesi olayları bakımından söz konusu olmadığı ifade edilmektedir¹²⁶. Zira bu teoriye göre failin davranışıyla *sadece* bir suç işlemeyi amaç edinmesi ve yardımcı katkıda bulunan kişinin de bu durumu bilmesi halinde yardım etme hareketinden söz edilebilecektir¹²⁷. Öyle ki bu koşullar altında artık yardımcı katkıda bulunan kişinin hareketinin günlük olağan karakterini kaybedeceği, artık failin fiili ile bir dayanışma içerisinde olma görüntüsüne sahip olacağı ve sosyal anlamda da uygunluğundan çok fazla söz edilemeyeceği belirtilmektedir¹²⁸.

4. Karma Teori (Objektif-Sübjektif/Sübjektif-Objektif)

a. Teorinin Esası

Hem objektif kriterlerden hem de sübjektif kriterlerden hareket eden bu öğreti, “karma teori” olarak ifade edilebilir¹²⁹. Bu teori kapsamında ikili bir ayırım yapılmasında fayda bulunmaktadır. Zira son dönemlerde bu teoriyi benimseyen Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve literatürde özellikle *Roxin*, her ne kadar aynı sonuca ulaşmış olsalar da bu sonuca ulaşma yöntemlerinin birbirinden kısmen de olsa farklı olduğu, öncelikleri noktasında birbirlerinden ayrıldıkları belirtilebilir. Nitekim literatürde evvela objektif kriterlerden hareket edilmekte, daha sonra sübjektif kriterler uygulanmaktayken mahkeme kararlarında tam tersi bir tatbikat esas alınmakta, evvela sübjektif kriterler, daha sonra ‘gerekirse’ objektif kriterler dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla bu teori kapsamındaki irdelemenin bir ayırım yapılarak ortaya konulması gerekecektir.

1. Literatürde, suçun icra hareketleri kapsamı dışında bulunan kişinin suç teşkil eden bir harekete destek olduğunu bilip bilmemesine göre ikili bir ayırım yapılarak irdeleme yapılmakta ve bir sonuca ulaşılmaktadır¹³⁰. Buna göre;

a. Yardımsal katkıda bulunan kişinin, suç teşkil eden bir harekete destek olduğunu bilmesi ve istemesi, yani bu konuda doğrudan kastının

¹²⁵ Gaede, **JA 2007**, s. 760.

¹²⁶ Bilgi için Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1085.

¹²⁷ Kindhäuser, **FS-Otto**, 2007, s. 357.

¹²⁸ BGH NJW 2001, s. 2410 (Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1086).

¹²⁹ Tag, **JR 1997**, s. 54. Nitekim *Heine/Weißer*, karma objektif-sübjektif eğilim ifadesine yer vermiştir (**S/S-Heine/Weißer**, § 27 kn. 12).

¹³⁰ Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 513.

bulunması halinde, icra hareketlerinin **suça ilişkin olup olmadığı**, yani **suç niteliğini haiz olup olmadığı** dikkate alınmalıdır¹³¹.

Bu teori kapsamında hareketin suça ilişkin olup olmadığına yönelik tespit, yardım edenin hareketinin gerçekleştirilmesinde “meşru” bir faydanın bulunup bulunmadığı esas alınarak yapılacaktır. Buna göre yardım eden kimse- nin davranışında meşru bir faydanın bulunmaması halinde bu davranış, yardım etme kapsamında cezalandırılabilir olacaktır. Zira kişinin bu hareketi, objektif olarak sadece failin suç niteliğini haiz planına dayanıyor olacaktır¹³². *Bu çerçevede kişinin yarımsal katkıda bulunan hareketinin failin suç teşkil eden hareketi olmaksızın tek başına bir anlam ifade edip etmediğine veya failin failinden bağımsız bir şekilde anlamlı olup olmadığına bakılacaktır*¹³³. **Buna göre yardım edenin bu katkısının fail için sadece planlanan suçun koşulu olarak bir değer taşınması ve “katkı sağlayan kişinin” de bunu bilmesi durumunda cezalandırılabilir yardım etmeden söz edilebilecektir**¹³⁴. Şu halde bağımsız hukuki değerlere yönelik saldırı, doğal hareketin sadece suçla ilişkili olacak şekilde bir anlam ifade etmesi durumunda kabul edilmektedir.

O halde taksi şoförü, katkısının suç amacı olmaksızın fail için anlamsız olduğunu biliyor olması, diğer bir ifadeyle kendi davranışının da yalnızca suç amacına dayanıyor olması nedeniyle hukuki değere yönelik bir saldırı ortaya koyduğundan bahisle yardım eden olarak cezalandırılabilecektir¹³⁵. Keza ev eşyaları satıcılığı yapan bir kişinin dükkanından bir çekici satması ve fakat satarken üçüncü bir kişinin bilgilendirmesi yahut da satın alan kişinin kendi ifadesi ile bu çekikle bir başka kişiyi öldürmek istediğini daha önceden öğrenmesi halinde bu defa bu satış hareketi, öldürme suçuna yardım etmeden bahisle cezalandırılabilir hale gelecektir. Keza hırsızlık yapan bir örgütün liderini tanıyan ve hırsızlık suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilmesine rağmen tornavida ve benzeri aletleri satan kişinin hırsızlık suçuna yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir¹³⁶. Bununla birlikte çekiç ve tornavidayı satan kişinin bu aletleri suç teşkil etmeyen amaçlar için de kullanacağı durumların mevcudiyeti suç teşkil eden çağrışımları ortadan kaldırmayacaktır. Zira öldürme ve hırsızlık suçları, sadece suç teşkil eden hareketler olup her iki suç da ilgili araçların temin edilmesi şeklindeki destek içeren hareketlere dayanmaktadır¹³⁷.

Bu çerçevede bu görüş sahiplerinden *Roxin*, bilhassa *Jakobs*’un gerek tornavidayı gerekse ekmeği satan satıcıların bu araçlarla işlenecek suç bilse- ler bile bu suçlardan sorumlu tutulamayacakları yönündeki görüşüne sert bir şekilde karşı çıkmış, her iki olayda da suçla ilişkili durumların söz konusu

¹³¹ Doktrinde bazı görüşler tarafından “suça ilişkin olma” kriteri farklı şekillerde ifade edilmiştir. Nitekim *Meyer-Arndt*, “suç teşkil eden fiile özgü” ifadesini tercih etmiştir. Buna göre bir hareket, esasında legal ve failin cezalandırılabilir fiilini takip etmeksizin bilimsel, sosyal veya bireysel açıdan anlamlı kalacak şekilde sadece failin hareketine dayanıyorsa suç niteliğini bir fiile özgü olmayan bir hareket olarak tezahür eder. Bkz. *Meyer-Arndt*, **wistra**, 1989, s. 283.

¹³² *Krack/Gasa*, **JuS 2008**, s. 1010; *Frisch*, **AT**, s. 288, 299.

¹³³ *Roxin*, **FS-Stree/Wessels**, s. 379; *Roxin*, **AT II**, § 26 kn. 221, 222.

¹³⁴ *Roxin*, **FS-Miyazawa**, s. 513.

¹³⁵ *Roxin*, **FS-Miyazawa**, s. 513.

¹³⁶ *Roxin*, **FS-Stree/Wessels**, s. 379; *Roxin*, **FS-Miyazawa**, s. 514.

¹³⁷ *Roxin*, **AT II**, § 26 kn. 221, 222.

olduğunu, fail tarafından elde edilen araçların kendisi için sadece suçun işlenmesinde bir araç olarak fayda sağladığını, suç dışında bir anlam ifade etmediğini, bu nedenle de satıcıların işlenecek suçtan haberdar olmaları halinde davranışlarının “doğal” niteliklerini kaybedeceğini ve hukuki değerler üzerinde bir saldırı teşkil edeceğini vurgulamıştır¹³⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre failin *hareketi hukuki olsa* bile failin amacının belli bir suça yönelik olduğunun doğrudan bu hareketi destekleyici harekette bulunan kişinin yaptığı hareketin, işlenecek olan suçu mümkün kıldığının yahut da kolaylaştırdığının fark edilmesi halinde de **suça ilişkin** olmasından söz edilecektir¹³⁹. Nitekim uluslararası para transferi örneğinde olduğu gibi yardım edenin hareketinin olmaması halinde vergi kaçırma anlamsız hale gelirdi¹⁴⁰.

Bununla birlikte failin fiiline destek niteliğindeki katkıyı gerçekleştiren kişinin hareketinin *hukuka uygun (legal) olması* ve failin işleyeceği “suç teşkil eden hareketine bir koşul olması” durumunda dahi suç niteliğini haiz olmasından bahsedilmeyebilir. Yani söz konusu meşru niteliği haiz olan yardımsal katkının failin işleyeceği suçun olmazsa olmaz bir koşulu olması, bu yardımsal katkının hemen cezalandırılabilir bir yardım etme olarak kabul edilmesi sonucunu beraberinde getirmeyecektir. Buna göre bu hareketin, sadece failin işleyeceği fiil için bir değer arz etmeyip genel anlamda da, yani failin fiili olmaksızın da bir anlam ifade etmesi durumunda yardım etme olarak cezalandırılabilirlik gündeme gelmeyecektir¹⁴¹. Bu kabul, esasında vergi kaçırma ve çevrenin korunmasının ihlal edilmesi durumlarında cezalandırılabilir bir yardım etmeden söz edilemeyeceği anlamına gelmektedir¹⁴². Buna göre işletmesinde çevreyi korumaya ilişkin düzenlemelere yönelik ihlallerin söz konusu olduğu bir fabrika sahibine ürün temin eden kişinin, bu ihlalleri bilmesine rağmen yaptığı bu ürün tedarik işlemi suç niteliğini haiz olmayıp hukuka uygun olacaktır. Zira ürün tedarik eden firma yöneticisi, aslında çevreye karşı ihlalleri destekleyici hareketler gerçekleştirmemekte, bir fabrika için anlamlı olan ve suça ilişkin olmayan endüstriyel ürünlerin üretilmesi şeklindeki hukuka uygun hareketleri desteklemiş kabul edilmektedir. Fabrika sahibinin fabrikasında gerçekleştirilen faaliyetlerin sebep olduğu çevreye karşı ihlallerden ise tek başına fabrika sahibinin sorumluluğu gündeme gelecek, bu ihlaller dolayısıyla ürün temin eden kişinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Hatta ürün tedarikçisinin ürünleri, ihlale neden olan faaliyetlerde kullanılan ana malzeme olsa bile, yani çevreye karşı gerçekleştirilen ihlallerin gerçekleştirilmesinin koşulunun söz konusu ürünlerin sağlanması olması durumunda dahi, ürün tedarikçisinin sorumluluğu bulunmayacaktır. Nihayetinde bir tüccara ücretinin ödenmesi veya bir fabrikaya ham madde sağlanması, bu hareketleri gerçekleştiren kişi için söz konusu suçlar işlenmiş olsa bile bu suçlar dikkati nazara alınmaksızın da tek başına bir anlam ifade eden hareketlerdir¹⁴³.

¹³⁸ Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 514.

¹³⁹ Ambos, **JA 2000**, s. 724; Otto, **FS-Leckner**, s. 214; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 223; Krack/Gasa, **JuS 2008**, s. 1010.

¹⁴⁰ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 223.

¹⁴¹ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 223; Kett-Straub/Linke, **JA 2010**, s. 31.

¹⁴² **LK-Schünemann**, § 27 kn. 18.

¹⁴³ Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 379; Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 512, 513.

Aynı şekilde bir esnaftan tamamen hukuka uygun bir işin yapılmasını isteyen, sipariş veren ve ödemesini yapan kişi, esnafın işi yaptıktan sonra yaptığı ödemedi dolaylı olarak gelirinden vergi kaçırmak istediğini bilse bile, ödemede bulunan kişinin bu ödemesi esnafın vergi kaçırmak işleminin bir koşulu olmasına rağmen suç niteliğini haiz bir hareket değildir¹⁴⁴. Nitekim bir tacirin, gerekli kurallara uygun bir şekilde işletilen şirketinin vergi kaçırıp kaçırmadığı, yahut çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeleri ihlal edip etmediği, iş ortağıyla ticaret yapıp ödemede bulunan ya da ham madde temin eden kişiden tamamen bağımsız durumlarıdır¹⁴⁵. Bir başka örnek de suç işleme düşüncesi bulunan kişilerin görüşmeleri esnasında bu kişilere ikramda bulunmak suretiyle rol oynama durumlarına ilişkin olabilir. Söz gelimi bir müşterisine yemek servisi yapan restoran işletmecisinin, kendisine yemek servisi yapılan müşterinin yemeğin ardından kasten yaralama suçunu işleyeceği yönündeki planı öğrenmesine ve bu yemeğin kişinin bu kararını kuvvetlendirecek olmasına rağmen işlenen kasten yaralama suçu bakımından yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira restoran gibi bir yerde bir kimseye bir yemeğin temin edilmesi, hem hukuka uygun (legal) hem de mantıksal olarak müşterinin sonrasında işlemek istediği suç açısından yemek suretiyle fikrinin kuvvetlenip kuvvetlenmediğinden tamamen bağımsız bir davranıştır¹⁴⁶.

Burada savunulan görüşten hareketle *Schünemann*, bir tornavidanın veya ekmeğin satışında cezalandırılabilir yardım etmeden söz edilebilecek hale gelineceğini, her iki durumda da satış işleminin satıcı için sadece suç niteliğini haiz olduğunu, satılan ürünlerin bir kimsenin öldürülmesinde veya bir soygunun gerçekleştirilmesinde kullanılacağını ve tek amacın bunlar olduğunun açık olduğunu, söz konusu ürünlerin temel olarak zararsız oldukları ve kullanılmalarının kural olarak günlük olağan olmasının cezalandırılabilirlik üzerinde herhangi bir değişikliğe neden olmayacağını, ancak satıcının söz konusu ürünlerin kullanılma amaçlarını bildiği sürece bu ürünlerin zararsızlığından bahsedilemeyeceğini, bu özelliğin varlığını yitireceğini ifade etmiştir¹⁴⁷. Oysa ki bu görüşü temellendiren *Roxin*'e göre müşterisinin içerisine zehir katarak eşini öldüreceğini bilmesine rağmen müşterisine ekmek satan fırıncının bu satış hareketinin "bilme" unsuru olmasına rağmen öldürme suçuna yardım etme nedeniyle sorumluluğuna gidilemez¹⁴⁸. Bununla birlikte kişinin taksirli sorumluluk halinin saklı olduğuna da işaret edilmiştir¹⁴⁹.

b Yardımsal katkıda bulunan kişinin, suç teşkil eden bir harekete destek olduğunu bilmemesi, yani bu konuda doğrudan kastının bulunmaması ve fakat sadece yaptığı katkının suç teşkil eden fiilin işlenmesinde kullanılacağını mümkün görmesi, yani bu konuda olası kastının bulunması halinde, yukarıdaki ilk ihtimale göre durum değişecek, müşterinin tornavidayla hırsızlık suçunu işleyebileceğini mümkün gören hırdavatçının buna rağmen tornavidayı satması ve satışın ardından müşterinin gerçekten de söz konusu tornavidayla hırsızlık yapması durumunda bu satıcının olası kastla

¹⁴⁴ Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 513; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 224.

¹⁴⁵ **LK-Schünemann**, § 27 kn. 18.

¹⁴⁶ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 225.

¹⁴⁷ **LK-Schünemann**, § 27 kn. 18.

¹⁴⁸ Roxin, **FS-Tröndle**, s. 196.

¹⁴⁹ Roxin, **FS-Tröndle**, s. 196, 197.

yardım etmesinden söz edilemeyecek, bilakis kişinin güven ilkesinden hareket ettiği düşünülerek bu hareketin kişiye yüklenmesinden bahsedilemeyecektir¹⁵⁰. Nitekim özellikle de bu tarz tehlikeli aletlerin satışını yapan kişilerin, yaptıkları satışlar bakımından kural olarak bir başka kimsenin kasıtlı bir suç işlemeyeceğine yönelik olarak *güven prensibi* gereğince güven duymasına izin verilecektir¹⁵¹. Öyle ki aksi bir kabulde bıçak, çakı, balyoz, çekiç, tornavida gibi aletlerin hiçbirinin satışı kolay olmayacak, tıpkı ateşli silah satışında olduğu gibi her birinin satışının izne tabi tutulması gerekecek, satışları için Ateşli Silahlar Kanunu'nda olduğu gibi özel düzenlemelerin öngörülmesi söz konusu olacaktır. Oysa ki bu tür aletlerin kullanılması, modern yaşam için vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır. Elbette bu tür aletlerin bazı suçların işlenmesinde kullanılabilir olmaları, bu aletlerin genel özelliklerini, genel kullanılma amaçlarını ortadan kaldırmayacaktır. Bu tür durumlarda, söz konusu aletlerin satışı suretiyle herhangi bir suçun işlenmesine yönelik bir kolaylaştırma veya mümkün kılma söz konusu olursa, güven ilkesi suretiyle oluşturulan izin verilen risk sınırında icra hareketleri kapsamı dışında bulunan kişinin destekleme hareketinin mevcudiyetinden söz edilebilecektir. Ancak failin suç teşkil eden bir fiili işlemeye eğilim gösterdiğinin fark edilebilir nitelikte olmasına rağmen kişinin bu nitelikte bir fiili desteklemesinin dikkate alınması durumunda artık bu güvenin meşruiyetinden söz edilemeyecek ve izin verilen riskin aşılmasından söz edilebilecektir¹⁵².

Bu görüş, yardım edenin failin suç niteliğindeki hareketini sadece mümkün görmesi durumunda suç işlenmeyeceğine duyduğu güveni dikkate almakta ve mesleğin icra edilmesinden hareket etmektedir. Bunun yanında bu güvenin, başka bir kişinin suç teşkil eden fiile yönelik eğiliminin fark edilebilir olması durumunda ortadan kalkacağı, bu defa mesleki anlamda olsa dahi, yardımsal katkıda bulunan kişiye söz konusu davranışı gerçekleştirmesi bakımından bir yetki verilmiş olmasından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir¹⁵³. Nitekim bir süpermarket sahibi, akşam vakti dışarıda bir kimseyle kavga ettikten sonra markete gelip kendisinden bıçak satın alan kişinin kavga ettiği kişiyi yaralaması durumunda, bu kişinin kavga etmediği kimseyi bıçaklayacağını bilmeseyse bile, bu tür bir olayda kavga eden kişinin yaralama fiiline bir eğilimi olduğu fark edilebilir durumda olduğundan olası kastla yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir¹⁵⁴.

İşte bu gösterilen kuralın şeriklerin cezalandırılma temeline ve en nihayetinde objektif isnadiyet kuralına dayandığı belirtilmektedir. Zira sunulan katkının suç niteliğini haiz olmadığı ve güven ilkesi suretiyle izin verilen risk kapsamında yer aldığı durumlarda, hukuki değerler üzerinde bir saldırının varlığından bahsedilemeyecektir. Bu kapsamda hukuki değerler üzerindeki saldırı, objektif isnadiyetin temel koşulu olan riskin izin verilmeyecek ölçüde

¹⁵⁰ Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 380; Bilgi için **LK-Schünemann**, § 27 kn. 19; *Otto*'ya göre meslek özelinde hareket eden kişinin suç niteliğini haiz olayları sadece mümkün görmesi durumunda kişinin kendi mesleki üstünlüğünü korumaya yönelik menfaati genel menfaatin önüne geçer ve bir suçu kolaylaştırma veya mümkün kılma olarak anlaşılmaz (*Otto*, **FS-Leckner**, s. 214).

¹⁵¹ Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 380; Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 516.

¹⁵² Roxin, **FS-Tröndle**, s. 187; **LK-Schünemann**, § 27 kn. 19.

¹⁵³ Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 380.

¹⁵⁴ **LK-Schünemann**, § 27 kn. 19.

artırılmasını göstermemekte, aynı zamanda bu artışın kasıtlı bir şekilde gerçekleştirilmesini de karşılamaktadır¹⁵⁵.

2. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) tarafından da bilhassa 90'lı yılların sonunda¹⁵⁶, her ne kadar açıkça zikredilmese de kararın içeriğinde kullanılan ifadelerden hareketle karma görüş ("*katkının suça ilişkin olması*") temel alınmaya başlanmıştır¹⁵⁷. Zira BGH tarafından verilen kararda, noter konumundaki kişinin hareketinin cezalandırılmaması, hareketin mesleki anlamda uygun hareketler olarak kabul edilmesi ile gerekçelendirilmiş, kişinin yalnızca noterlikten kaynaklanan, doğal olarak kabul edilebilecek ve cezalandırılabilir bir hareketin varlığını göstermeyen, mesleğinin gereklerine uygun işlemler gerçekleştirdiği, bu tür hareketler bakımından yardım etmenin kabulü için en azından olası kastın yeterli olmayacağı ifade edilmiş olmasına rağmen¹⁵⁸ karara konu olayda "*sanağın mesleki anlamda izin verilen riski aştığı ve suç teşkil eden nitelikte bir fiile eğilim gösteren failin desteklenmesinin dikkate alınabileceği*" vurgulanmıştır. Bu koşullar altında sadece olası kastın varlığı da güveni kötüye kullanma suçuna yardım etme bakımından yeterli hale gelmiştir¹⁵⁹. Bu bağlamda BGH tarafından kabul edilen anlayış, literatürde sübjektif görüşü esas alan görüş tarafından benimsenen genel anlayışa göre farklılık arz etmekte olup¹⁶⁰ kişinin yardımsal katkıyı bilerek ve isteyerek yahut da belli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirmesi ile katkısının fail tarafından işlediği fiilde kullanılabilirliğini öngörmesi durumu birbirinden ayrı tutulmuştur.

Kişinin işlediği fiilin başka bir kişinin işlediği fiile etki edeceğini bilmesi ve istemesi yahut da bu konuda amacının bulunması durumunda artık yardımsal katkıda bulunan kişinin hareketinin günlük olağan karakterini kaybedeceği, failin fiili ile bir dayanışma içerisinde olma görüntüsüne sahip olacağı ve sosyal anlamda da uygunluğundan çok fazla söz edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶¹. Alman Yüksek Mahkemesi tarafın-

¹⁵⁵ LK-Schünemann, § 27 kn. 20.

¹⁵⁶ Seher, **JuS 2009**, s. 796. Alman Federal Mahkemesi'nin yanı sıra İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin de benzer yönde bir kabulden hareket ettiği ifade edilebilir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. Wohlers, **NStZ 2000**, s. 171, 172.

¹⁵⁷ Wohlers, **NStZ 2000**, s. 170; Ambos, **JA 2000**, s. 724; LK-Schünemann, § 27 kn. 22; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 kn. 32c; Roxin de mahkemenin bu ifadelerle aslında katkıların "suça ilişkin olması" şeklindeki kriteri benimsediğine dikkat çekmiş, ancak bunu açıkça zikretmediğine, bilakis kararın içinde yer alan ifadeler üzerinden dolaylı bir şekilde ifade ettiğine yer vermiştir. Nitekim kararda, "*sadece suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeyi amaç edinen failin...*" ifadesinden bu durumun anlaşılabilirliğini belirtmiş, yeni mahkeme kararlarında kendisi tarafından da kabul edilen "suça ilişkin olma" görüşünün benimsenmiş olduğuna dikkat çekmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 253). Bu açıdan BGH'nın da sübjektif görüşten hareket ettiğini belirten Baumann/Weber/Mitsch'ın görüşünün (Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 kn. 32c) kısmen yerinde olduğu ifade edilebilir.

¹⁵⁸ BGHSt 46, 107, 109 (Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1140); BGH NStZ R R 1999, s. 184 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 251).

¹⁵⁹ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 251.

¹⁶⁰ Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 40.

¹⁶¹ BGH NStZ 2000, s. 34 (Seher, **JuS 2009**, s. 796); BGH NStZ 2001, s. 364, 365 (Schmidt, **AT**, § 27 kn. 1109); BGHSt 46, 107; BGH NStZ 2004, s. 43 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 40; Baumann/Weber/Mitsch, **StrafR AT**¹¹, § 31 kn. 32a; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 136; Kretschmer, **JR 2014**, s. 40).

dan savunulan bu görüşün Krallık döneminde de kısmen de olsa savunulduğu, bu anlamda eski dönemlerde de bu yönde bir eğilimin bulunduğu daha evvel belirtilmişti. Aynı yaklaşım, BGH döneminde de sürdürülmüş olup BGH, satış esnasında satış sonrası söz konusu satıştan kaynaklı gelirin saklanması suretiyle vergi kaçırılacağına dair bilgi kapsamında vergi kaçırma suçuna yönelik her katılımin yardım etme olarak değerlendirilebileceği görüşünü reddederek işverene ödeme yapan tarafın ödeme yaptığı firmanın vergi ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediğinden hareket etmesi ve buna rağmen ticareti sürdürmesinin bu firma yetkililerini vergi kaçırmaya ilişkin suçlar bakımından yardım eden haline getirmediğini belirtmiş¹⁶², hizmet karşılığında kendisine ödemedi bulunulan kişiye ücret sağlanmasının vergi kaçırma olmaksızın da hizmet satın alan için anlamlı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak BGH, kişinin söz konusu amaca yönelik olarak hizmet etmesi, katkıda bulunması da bu katkının suça ilişkin olduğunun kabul edilebilmesi sonucunu beraberinde getireceğinden “*şirketine surf vergi kaçırma amacına yönelik olarak bu işlemleri yürütecek bir eleman alınması durumunda bu kişinin işlenen suçlara yardım eden olarak sorumlu tutulacağı*” yönünde karar vermiştir¹⁶³. Keza bir uyuşturucu satıcısını, fiilin işleneceği yere taşıyan veya bir hırsız, taksi ile soygunun yapılacağı yere götüren kişinin, söz konusu suçların işleneceğini biliyor olması durumunda, söz konusu uyuşturucu madde ticareti suçuna veya hırsızlık suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Zira mahkeme tarafından taksi şoförünün, bu olay bakımından kişiyi olay yerine götürmesinin sadece hırsızlık suçu bakımından destekleyici bir işlev gördüğü fikri benimsenmiş olup¹⁶⁴ esasında bu davranışın bir müşterinin belli bir yere taşınmasından daha öte bir husus olduğuna işaret edilmiştir.

Fail tarafından işlenen yahut da işlenecek olan bir fiilden haberdar olmayan, dolayısıyla da bilme ve istemesinden söz edilmesi mümkün olmayan bir kimsenin sadece katkısının fail tarafından işlenecek olan fiilde kullanılabilirliğini mümkün görmesi halinde farklı bir kriteri esas alan BGH, kural olarak yardımcı katkıda bulunan kişi bakımından olası kastın varlığını yeterli görmemiş olsa da¹⁶⁵ bu tür durumlarda değerlendirmesini gerçekleştirirken objektif bir yaklaşım sergileyerek adeta kişinin sorumlu tutu-

¹⁶² BGH NSTZ 1992, s. 498 (MK-Joecks, § 27 kn. 54; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 248).

¹⁶³ BGH 13.04.1988, s. 261 (MK-Joecks, § 27 kn. 54); BGH NJW 1990 s. 2207 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 248; LK-Schünemann, § 27 kn. 21).

¹⁶⁴ BGH GA 1981, s. 133; BGHSt 4, s. 107 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 249; LK-Schünemann, § 27 kn. 21; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 kn. 32c); Doğal hareketlerin cezalandırılabilirliği bakımından modern tartışmalara ilk defa İsviçre Yüksek Mahkemesinin 1993 yılındaki kararında karşılaşılmış ve bu kararda da burada yer verilen görüş benimsenmiştir. Bu kararda Afrika’dan Antilop eti getiren ve bu etin Avrupa’dan av eti olarak temin edildiğini belirterek hileli davranışlarla satacağını bildiği bir kimseye satan kişi, işlenen suç dolayısıyla yardım eden olarak kabul edilmiştir. Zira söz konusu etlerin Avrupa’dan elde edilen av etleri olduğu konusunda kar getiren satışın sadece satışı gerçekleştiren kişinin de bildiği üzere gerçekmiş görüntüsü verilmek suretiyle hileli hareketlerle sağlandığını, bu hileli hareketler olmasaydı Afrika’dan Antilop etinin temin edilmesi şeklindeki hareketlerin anlamsız hale geleceği, dolayısıyla da bu hareketlerin suça ilişkin olduğu kabul edilmiştir (İsviçre BGE 119 (1993), s. 289 - Roxin, **AT II**, § 26 kn. 250).

¹⁶⁵ RGSt 37, 321 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 36); BGHSt 46, 107, 112 (Schmidt, **AT**, § 27 kn. 1109).

labilmesi açısından açık bir kapı bırakmıştır. Diğer bir ifadeyle mahkeme kararlarında, şeriklerde mevcut olan bilmeye önem atfedilmiş olmasına rağmen fiilin sübjektif yönünün açıkça bir sonucu ortaya koymadığı hallerde objektif durumlara da tamamlayıcı bir işlev kazandırılmıştır¹⁶⁶. Zira kişinin olası kastının varlığı halinde, bu tür durumlarda yardımcı katkıda bulunan kişinin fiiliyle katkıda bulunduğu fail konumundaki kişinin suç teşkil eden fiile eğiliminin objektif olarak fark edilebilir nitelikte olması halinde söz konusu katkıyı gerçekleştiren kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulmasından bahsedilmekte¹⁶⁷, bunun için de somut bir hareket noktasına ihtiyaç duyulmaktadır¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Kretschmer, **JR 2014**, s. 40.

¹⁶⁷ Seher, **JuS 2009**, s. 796.

¹⁶⁸ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 241; Rengier, **AT**, § 45 kn. 112. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin sübjektif ölçütleri objektif kriterlerle tamamlama yönündeki eğilimi, son dönem verilen 30.04.2013 tarih ve 3 StR 85/13 sayılı kararında da açıkça görülmektedir. Nitekim kiracının oturduğu evde işlediği uyuşturucu madde ticareti suçu bakımından ev sahibinin sorumluluğunun değerlendirildiği bu karara konu olayda yerel mahkeme, ev sahibini uyuşturucu madde ticaretine yardım eden olarak sorumlu tutmuştur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ise vermiş olduğu karar bu olayda ev sahibinin uyuşturucu madde ticareti yapma planları olduğunu bildiği bir kimseye evini teslim etmeyle gerçekleşmiş olmasını aktif hareketlerle yardım etmenin şartı olarak nitelendirilmiş, buna rağmen yerel mahkemenin kararı verirken ev sahibinin uyuşturucu madde konusunda bilgisinin olup olmadığını tartışılmadığına dikkat çekmiştir. Bununla birlikte yüksek mahkeme, sanığın evinde uyuşturucu madde kullanılmasına müsamaha göstermesinin bu suça yardım eden olarak sorumlu tutulması için yeterli olmayacağını da altını çizmiştir. Mahkemeye göre aksi durum, müsamaha göstermenin, ev sahibinin uyuşturucu madde ticaretine karşı müdahalesinin meydana gelmemesi olarak değerlendirilmesi suretiyle ihmalin kınanması anlamına gelecektir. **Bununla birlikte ev sahibinin genel olarak evinin uyuşturucu madde ticareti suçunun işlenmesi için kullanılmasına karşı müdahale etme konusunda bir garantör yükümlülüğüne sahip olmadığına da vurgu yapılmıştır** (Kretschmer, **JR 2014**, s. 39). Buna rağmen bir partide bir misafir bir başkasını döverse buna müdahale etmeyen parti sahibinin bunda sorumluluğu olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Ya da evde ortak oturan kişilerden birinin, ortak konutu uyuşturucu ticareti için kullanması ve ev sahibinin buna engel olmaması durumunun ne olacağı da ele alınmıştır. Bu durumlarda tehlikenin kaynağının doğrudan üçüncü kişinin kendi hareketi olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada karara göre şahsi sorumluluk prensibi gereği hiç kimse bir başkasının şahsi sorumluluğundan olan bir davranışını önlemediği için sorumlu tutulamaz. Tehlikenin kaynağı konumunda bulunan insanlar üzerindeki hakimiyet, bu insanların davranışları nedeniyle üçüncü kişinin sorumluluğunu temellendirmez. Bu temellendirme, ancak kişinin denetim yükümlülüğünde olan kişiler bakımından söz konusu olabilir. Örneğin ebeveynlerin kendilerine ait küçük yaştaki çocuklarının işledikleri suçlar bakımından belirli koşullar altında denetim yükümlülükleri olup bu yükümlülüklerine uymadıkları takdirde sorumlulukları gündeme gelebilir. Nitekim çocuklarının sürekli olarak komşularının çocuğunu dövmesine izin vermeleri halinde kasten yaralama ihmalî hareketle yardım etmeden dolayı sorumlulukları gündeme gelebilecektir. Ebeveynlerin denetimi ve terbiye etme yükümlülükleri, ebeveynleri kişisel tehlike kaynağı olablen çocukları üzerinde garantör haline getirmektedir. İşte bu tür bir yükümlülüğün ev sahipleri üzerinde kiracıları bakımından bulunmadığına dikkat çekilmiş (BGH v. 20.12.2012 – 3 StR 407/12 - Kretschmer, **JR 2014**, s. 42, dpn. 13), kiracıların hareketlerinin tamamen şahsi sorumlulukları içerisinde olduğu belirtilmiştir. Ancak BGH'nın bu yöndeki kararlarına bir istisna getirdiği de dikkat çekmektedir. Buna göre yüksek mahkeme, ev sahibinin garantör yükümlülüğünün kuşkusuz ki evin özel konumu veya niteliği gereği suçun daha kolay işlenmesini sağlayacak ölçüde güvence altına alma ve kontrol altında tutma şeklinde özel bir tehlike kaynağı olması halinde söz konusu olacağını belirtmiş,

Aslında bu anlayış, söz konusu katkının failin fiilinden bağımsız bir önem ifade etmesi, yani failin fiili olmaksızın da bir anlama sahip olması durumunda bu görüşe bir sınırlandırma getirilebileceği kabulünden ortaya çıkmaktadır¹⁶⁹. Nitekim bu durum, dolandırıcılık suçuna yardım eden olmakla suçlanan bir avukatın durumuna ilişkin olan mahkeme kararında açıkça görülmektedir. Bu karara göre BGH, failin hareketinin sadece suç teşkil eden bir fiili amaç edinmesi ve yardımsal katkıda bulunan kişinin de bunu bilmesi halinde, bu kişinin failin fiiline yönelik katkısının fail tarafından işlenen suça yardım etme olarak kabul edilebileceğini ifade etmiş, bu tür durumlarda kişinin hareketlerinin doğal hareket olma özelliğini kaybedeceğine işaret etmiş olmasına rağmen yardımsal katkıda bulunan kişinin, failin fiiline yönelik olarak sağladığı katkının fail tarafından kullanılacağını bilmediği ve fakat bunu sadece mümkün gördüğü durumlarda artık hareketinin cezalandırılabilir bir yardım etme hareketi olduğundan söz edilemeyeceğine vurgu yapmıştır. Ancak BGH, bu ifadelere yer verdikten hemen sonra olası kastla yapılan yardımsal katkılar bakımından da bir istisnaya yer vermiştir. Buna göre yardımsal katkıda bulunan kişinin katkısının, yalnızca suçun işlenmesi için bir fayda sağlayabileceğini mümkün görmesi halinde kendisi tarafından fark edilen riske göre bir değerlendirme yapılacak, yardım etmeden ancak başkasının fark edilebilir fiiline yönelik bir eğilim göstermesi durumunda bahsedilebilecektir¹⁷⁰. Zira bu tür bir durumda yardımsal katkıda bulunan kişinin katkısının failin fiilini önemli ölçüde desteklediği ve neticenin gerçekleşme şansını yükselttiği kabul edilecek, böylelikle doğal hareketler yardım etmenin maddi unsurunu gerçekleştirmiş olacaktır¹⁷¹.

Bu durum, failin suç teşkil eden amacın yanı sıra hukuki bir amaca da yönelmiş olması halinde yardım edenin hareketini failin cezalandırılabilir amacına uygun hale getirip getirmediğine bağlı tutulmuştur¹⁷². Bu husus, kararlarda “Yardımsal katkıda bulunan kişinin kendisi tarafından sunulan katkının, fail tarafından kullanılacağını bilmemesi ve fakat bir suçun işlenmesinde kullanılacağını sadece mümkün görmesi durumunda, kural olarak hareketi bakımından artık cezalandırılabilir bir yardım etmeden söz edilemeyecektir; meğer ki desteklenen ve suç teşkil eden hareketin, yardımsal katkısı sağlayan kişinin kendisi tarafından fark edilen risk, suç teşkil eden hareketi gerçekleştirmeye eğilim gösterdiği fark edilebilir olan fail, kişinin kendi yardım hareketi ile destekleme şeklinde bir çaba sarf edilmesi sonucu yükseltilmiş olsun¹⁷³.” şeklindeki ifadelerle yer verilmek suretiyle açıkça vurgulanmış, kişinin yardım etme hareketi ile

bununla birlikte bu durumun ne zaman mevzu bahis olacağını da açık bırakmıştır (Kretschmer, **JR 2014**, s. 42).

¹⁶⁹ BGH NSTZ 2001, s. 365 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 40).

¹⁷⁰ BGH NSTZ 2000, s. 34 (Seher, **JuS 2009**, s. 796; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 40).

¹⁷¹ Kretschmer, **JR 2014**, s. 40.

¹⁷² BGH NJW 2012, s. 1965 (Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 40).

¹⁷³ BGH NSTZ 2000, s. 34; BGHSt 46, s. 107, 112 (Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1140; Krey/Esser, **StrafR AT**, § 32 kn. 1087; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 241, 247; Baumann/Weber/Mitsch, **AT**, § 31 kn. 32c; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 136; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 253; **LK-Schünemann**, § 27 kn. 22; Kretschmer, **JR 2014**, s. 40).

failin fiile yönelik fark edilebilir derecedeki eğilimini desteklemesinin de yardım etme olarak kabul edilebileceği özellikle belirtilmiştir¹⁷⁴.

Nihayet bir banka çalışanının, banka müşterisinin hesabından yurt dışına para transfer işlemini gerçekleştirmesi esnasında bu işlemi isimsiz gerçekleştirmesi dolayısıyla müşterinin vergi kaçırmasına yardımcı bir katkıda bulunmasını konu alan bir başka kararında BGH, daha önceki kararlarını esas almış, müşterinin suç işleme amacının tam manasıyla bilinmediği durumlarda suça yönelik fark edilebilir nitelikte bir eğiliminin bulunmasını da banka çalışanının, yardım eden olarak cezalandırılabilmesi için yeterli görmüş ve literatürde yaygın bir şekilde ifade edilen sosyal anlamda uygunluk ve profesyonel uygunluk şeklindeki objektif görüşleri açıkça reddetmiştir¹⁷⁵. Bu görüşten hareketle Doğu Almanya sınır emniyet önlemlerine katılma, sınıra mayın döşenmesi suretiyle sınırın diğer tarafındaki mültecilerin ölümü veya yaralanmalarına yardım etme olarak değerlendirilmemiştir. Zira sınır güvenlik önlemleri, sınır bölgesine döşenen mayınlarla bir bağlantı içinde görülmeyip bağımsız bir anlama sahip kabul edildiği gibi failin cezalandırılabilir hareketi olmaksızın da sınır güvenlik önlemlerinin alınması, tek başına mantıklı hareket olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁶.

O halde A'nın suç işleme amacını bilen B'nin, buna rağmen A'ya anahtar üretmesi durumunda söz konusu hareketin doğal hareket olma özelliği ortadan kalkacak ve artık yardım etme hareketinden bahsedilecektir. Şayet B, failin fiili bakımından sadece olası kastla hareket etmiş olsaydı, bu karar objektif bakışı ile tamamlanabilecek, dolayısıyla da kişinin hareketi sadece hukuken uygun görülmemiş olması ihtimalinde, failin fiilinin işleminin fark edilebilir derecede riski artırmış olabileceği belirtilebilecekti¹⁷⁷. Bilirkişi raporlarında da bu durumun gerçeğe uygun görüldüğüne işaret edilmiştir. Bu yaklaşımla birlikte bir anlamda karma bir yaklaşım kabul edilmiş, bu sayede esas alınan hareket normlarının somutlaşmasına, hukuken izin verilmeyen tehlikenin oluşmasının var olup olmadığı sorusunun cevaplanmasına katkıda bulunulmuştur¹⁷⁸.

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Alman literatüründe genel olarak bu yönde bir farklılaştırma, pek ikna edici görülmemiştir. Her şeyden evvel kanunda bağlılık kuralı kapsamında kast bakımından bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla bu görüş altında doğrudan kast olursa “suça ilişkin olma”, olası kast olursa “güven prensibi” ya da mahkemenin kabul ettiği gibi “suça eğilimin fark edilebilirliği” gibi kastın türleri arasında bir farklılaştırma yapılarak kriter geliştirilmesinin kanuni bir temelinin bulunmadığına vurgu yapılmıştır¹⁷⁹. Kaldı ki bir an için kastın türleri arasında ayırım

¹⁷⁴ Kudlich, **JZ 2000**, s. 1178; Otto, **JZ 2001**, s. 442; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1140; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 136.

¹⁷⁵ BGHSt 46, 107 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 254; **LK-Schünemann**, § 27 kn. 22; Baumann/Weber/Mitsch, **StrafR AT**, § 31 kn. 32a).

¹⁷⁶ Roxin, **AT II**, § 26 kn. 224.

¹⁷⁷ Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 136.

¹⁷⁸ Ambos, **JA 2000**, s. 721; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 218; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 137.

¹⁷⁹ Müller, **FS-Schreiber**, s. 346.

yapılsa bile hukuka aykırı bir fiile yardımsal hareketlerin yardım etme olarak kabul edilebilmesi için, kanunda “suça ilişkin olma” şeklinde bir ifadenin bulunmadığı, yardım etme kavramının suça ilişkin olma ifadesi ile belirtilemeyeceği, bu kavramın oldukça müphem olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰.

Bunun yanında yardım edenin davranışının, sadece failin fiilinin icra edilmesi için faydalı olması gerektiği şeklindeki bir gerekliliğin şüpheli olduğu, dolayısıyla failin söz konusu yardım hareketini ek olarak hukuki bir amaç için talep etmiş olmasının yardım etmenin cezaya layık olmayacağı sonucunu ortaya çıkarmayacağı¹⁸¹, bu durumda neredeyse her katkının belirsiz olacağı ve farklı kullanımlara göre uygun kabul edilebileceği, nitekim av tüfeği ile insanlara da, hayvanlara da ateş edilmesinin söz konusu olabileceği, bundan dolayı da bir ve aynı kullanımın sadece suç teşkil eden bir yapıya sahip olup olmadığı¹⁸² veya failin bu kullanım ile suç olmayan bir amaç gibi ayrılamaz bir suç amacını takip edip etmediği sorularını sorması halinde bunun da çok fazla sürdürülebilir olmadığı ifade edilmiştir¹⁸³. En nihayetinde bir suçun işlenmesinde kullanılacak bir aletin satılmasının, suça ilişkin olup olmadığına yine müşteri konumundaki muhtemel failin suç işleyip işlemeyeceğinin bilinmesi hususunun etkili olacağı, bunun da yine nihai olarak kast sorunu olduğu belirtilmiştir¹⁸⁴.

Kaldı ki “suça ilişkin olma” şeklinde bir unsurun, yardım etme kavramıyla doğrudan bağlantılı kılınması halinde, tek başına failin amacının belirleyici olacağı, bunun da failin fiiline bağlanan yardım etme hareketini belirsiz hale getireceği, sonuç itibarıyla satıcının aracın birkaç ay veya yıl sonra planlanan bir hırsızlık suçunun işlenmesi için zorunlu olduğunu tesadüfen öğrenmesi halinde, mesleki hareketler olarak kabul edilen hareketlerin yardım etme olarak kabul edilmesi gerekeceği vurgulanmış, buna karşılık failin kendi inşaat işlerinde kullanmak için alması durumunda suça ilişkin olmanın reddedilmesi gerekeceğinin altı çizilmiştir¹⁸⁵.

Bunun yanında olası kast bakımından bu tür bilme derecesi gerekli görülmemesine rağmen bir katkının suça ilişkin addedilebilmesi için sadece kesin, sağlam bir bilginin gerekli görülmesi hususunun da muğlak olduğu¹⁸⁶, buna karşılık fark edilebilir bir şekilde fiile eğilimin bulunduğu yönündeki kritere sadece olası kastta bir anlam yüklediği, ancak bu “sözde, soyut” objektif kriterin yardım edenin zorunlu olan sübjektif düşünme şeklinden nasıl ayrıştırılabileceğinin muallak olduğu, kastın en azından yardım edenin failin fiili işlemeye eğilim gösterdiğini fark etmesini şart koştuğu, bu bağlamda bir belirtinin mevcut olması gerektiği, salt zannın, sanrıların öyle ya da böyle yeterli ol-

¹⁸⁰ Müller, **FS-Schreiber**, s. 346; Amelung, **FS-Grünwald**, s. 13; Kindhäuser, **FS-Otto**, 2007, s. 359.

¹⁸¹ **MK-Joecks**, § 27 kn. 78; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 41.

¹⁸² Roxin, **AT II**, § 26 kn. 222; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 41.

¹⁸³ Müller, **FS-Schreiber**, s. 346; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 41.

¹⁸⁴ Müller, **FS-Schreiber**, s. 347.

¹⁸⁵ Kindhäuser, **FS-Otto**, 2007, s. 359.

¹⁸⁶ Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1141; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 41.

madığı belirtilmiş¹⁸⁷, böylelikle yardım etmenin sübjektif tipikliği kapsamında kasta ilişkin olarak yapılabilecek farklılaştırmaya şüpheyle bakılmıştır¹⁸⁸.

5. Hukuka Aykırılığı Kaldırma Teorisi

a. Teorinin Esası

Bu teoriye göre doğal hareketlerin varlığı halinde, yardım etmenin tipikliğinin genel kurallara göre var olduğu ve hareketin somut olaya göre hukuka uygun olabileceği ifade edilmiş, yardım etmenin cezalandırılabilirliği üzerindeki sınırlandırma tipiklik alanında değil, bu alan dışında yapılmaya çalışılmıştır¹⁸⁹. Buna göre bir taraftan yardım etmeye ilişkin genel hükümlerdeki düzenlemenin herkes tarafından geçerli olması gerektiği belirtilmiş, ancak diğer taraftan hukuka aykırılık alanı bakımından bir değerlendirmenin yapılabileceği ifade edilmiştir¹⁹⁰.

Nitekim yardım etmeye ilişkin genel düzenleme uygulandığında her bir mesleki davranışın yerine getirilmesi imkansız hale gelecek şekilde cezalandırılabilirliğin kapsamının geniş olacağına dikkat çekilmiş, böylelikle bu tür doğal hareketlerin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığına yer verilmiştir¹⁹¹. Kanun ve idare tarafından izin verilen normlara riayet eden, böylece düzene uygun davranan kimse, ceza hukuku anlamında sorumluluğunu gerektiren bir davranış sergilemiş olarak görülmez, bilakis hukuka uygun bir hareket gerçekleştirmiş olur¹⁹². Bu teoriyi, salt hukuki danışmanlıklar için geliştiren *Mallison*, danışmanlıkta bulunan kişinin hareketinin meşruluğunun anayasanın hukuk devleti ilkesini güvence altına alan düzenlemeden kaynaklandığını belirtmiştir¹⁹³. Böylelikle bilinen temel hukuka uygunluk nedenleri ele alınmamış, bilakis genel bir değerlendirme yapılmıştır. Bu çerçevede *Ambos* da, bireylere karşı ticari faaliyetlere öncelik tanınması ve bu faaliyetlerin yürütülmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülebileceğine vurgu yapmış, bireylere anayasal anlamda sadece genel olarak hareket etme özgürlüğü tanınmışken ticaretle uğraşan kimselere buna ek olarak mesleki faaliyette bulunma özgürlüğünün de tanındığına dikkat çekmiştir¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Otto, **JZ 2001**, s. 443; Hartman, **ZStW 2004**, s. 597; Seher, **JuS 2009**, s. 796; Maurach/Gössel/Zipf, **AT II**, § 52 kn. 41.

¹⁸⁸ Kindhäuser, **FS-Otto**, 2007, s. 359; Bu çerçevede bazı yazarlar, *Frisch*'in geliştirdiği bu öğretinin her ne kadar somut durum bakımından mantıklı sonuçlara ulaşma imkanı sağlasa da bu kıstasın genel kategorik bir paydaya dayanmasının oldukça zor olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. Weigend, **FS-Nishihara**, s. 204; Rabe von Kühlewein, **JZ 2002**, s. 1140, 1141.

¹⁸⁹ Amelung, **FS-Grünwald**, s. 19.

¹⁹⁰ Müller, **FS-Schreiber**, s. 355, 357; Bilgi için bkz. Heinrich, **AT**, kn. 1334.

¹⁹¹ Müller, **FS-Schreiber**, s. 356, 357.

¹⁹² Bu teoriden yana olan yazarlar için bkz. Seibert, **JR 1951**, s. 678 vd.; *Mallison*, **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, 1979, s. 134; Arzt, **NStZ 1990**, s. 1, 4; Lampe, **JZ 1994**, s. 123, 128. Bilgi için bkz. Tag, **JR 1997**, s. 51.

¹⁹³ *Mallison*, **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, 1979, s. 134, dpn. 30 (Aktaran Tag, **JR 1997**, s. 51).

¹⁹⁴ *Ambos*, **JA 2000**, s. 724.

b. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Bu teoriye göre kasten öldürme suçuna yardım etmenin tipikliğinin gerçekleşmiş olduğu kabul edilir. Hukuki değerlerin yaşam olduğu durumlarda bu kabulle hareket edilmesi, kişinin lehine bir değerlendirme olacağından hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.

Yine bu şekilde hukuka aykırılık alanının konununun değiştirilmesine itiraz edilmiş, zira hukuka aykırılığın inceleme alanının normal hareket yapısını cezasız bırakmak gibi bir amaca sahip olmadığına yer verilmiştir. Zaten bu şekilde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının kabul edilmesinin, suç failinin desteklenmesine izin veren özel normların mevcut olduğu, mesleki hareketlerin de bu kapsamda değerlendirileceği anlamına geleceği de vurgulanmıştır¹⁹⁵. Kaldı ki Alman Ceza Kanunu'nda yer alan hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali düzenlemesinin ötesinde kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeninin bu görüşle temellendirilmesinin ikna edici olmadığı da belirtilmiştir¹⁹⁶.

D. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Bu kapsamda ilk vurgulanması gereken husus, doğal hareketlerin başka bir isimlendirmeye de olsa Türk hukukunda gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) döneminde gerekse 5237 sayılı TCK döneminde pek fazla incelenmiş olmamasıdır. Bu çerçevede doğal hareketler konusu, doğal olarak yargı kararlarına da yansımamış, hiçbir şekilde değerlendirilmemiş, bu hareket türlerine ayrı bir önem atfedilme gereği duyulmamıştır. Buna rağmen incelemizde doğal hareketlere yönelik izler taşıyan bazı açıklamalar irdelenmeye çalışılacak, en azından bu konu kapsamında başka hususlarda yapılan izahatlar üzerinden bir analiz yapılacaktır.

Hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı TCK döneminde doktrin de bir görüş tarafından toplumsal yaşamın veya bir mesleğin gereklerinin yerine getirilmesi adı altında bu tür davranışlar üzerinde durulmuş, bu hareketlerde işti- rak iradesinin bulunmadığının kabul edildiğine, dolayısıyla da yardım eden olarak sorumluluğun söz konusu olamayacağına işaret edilmiştir¹⁹⁷. Buna karşılık konuyu örneklerle izah eden bu görüş, bu sorumsuzluk için hangi kriterin geçerli olacağını belirtmemiştir. Buna göre hırsızlık yapacağını bildiği hastayı tedavi eden doktorun, işlenen hırsızlık suçuna yardım etmeden sorumlu tutulmayacağı kabul edilmişken dağ evinde yalnız kalan ve bu nedenle çiftiyi isteyen kişiye, bu çiftyle hasmını öldüreceğini bile bile çiftiyi veren kişinin öldürmeye yardım etmeden sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir¹⁹⁸. Burada ilk bakışta sorumsuzluk için kriterin “mesleğin gereklerinin yerine getirilmesi” olduğu söylenebilirse de bu görüşün hırsızlık yapmak için girmek istediği evin civarında bulunan ve burada derin bir çukura düşen kişiyi, hırsızlık yapacağını öğrenmesine rağmen çukurdan çıkararak kimsenin işlenecek olan hırsızlık suçundan yardım eden olarak sorumlu tutulmayacağı yönünde verilmiş olan örnek, bu kriteri ortadan kaldırmaktadır. Zira bu örnekte mesleki bir hareketin yerine

¹⁹⁵ Amelung, **FS-Grünwald**, s. 19.

¹⁹⁶ Heinrich, **AT**, kn. 1334.

¹⁹⁷ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, Beta, İstanbul 1992, s. 443; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 555; Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 247.

¹⁹⁸ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, s. 443; Hakeri, **Genel Hükümler**, s. 555.

getirilmesinden söz edilmemekte, bizatihi toplum yaşamının bir gereği olarak zor durumda olan kişiye yönelik dayanışma teşkil eden bir davranış icra edilmektedir. Bu defa kriterin “bilme” olduğu ifade edilecek olursa doktorun bile bile tedavi etmesi ve buna rağmen işlenen suçtan sorumlu tutulmaması durumu böyle bir kriteri ortadan kaldırmaktadır. Şu halde bu tür davranışlarda cezasızlık için kriterin ne olduğu hususunda bir belirsizliğin olduğu görülmektedir.

Buna mukabil doğal hareketler kapsamında değerlendirilebilecek davranış türleri, 765 sayılı TCK dönemindeki Yargıtay kararlarında da dikkate alınmamış, bütün yardımsal katkılarda olduğu gibi sorun, kastla ilişkili görülmüş ve bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.02.1980 tarih ve 586 sayılı kararına göre sanık ile mağdureyi önce hasta zannederek Eskişehir'e götürmek için müşteri olarak sorumlu tutulmaması durumu M'nin, Eskişehir'e yaklaştıklarında mağdurenin evlendirilmek için kaçırıldığını öğrenmesine rağmen resmi bir merciye bildirmeyip aksine sanıkla anlaşarak idaresindeki otomobili ile İzmit'e kadar götürüp orada bıraktığı dikkate alınarak sanık M'nin kaçırma suçuna bilerek iştirak ettiğinin görüldüğüne değinilmiş¹⁹⁹, otomobil sürücüsünün mesleğinin gereklerini yerine getirmesi hususu hiçbir şekilde irdeleme konusu yapılmamış, daha çok işlenmekte olduğu öğrenilen suçun resmi mercilere bildirilmemesine dikkat çekilmiş ve esas olarak “kast” üzerinde durulmuştur. Benzer şekilde Ceza Genel Kurulu'nun 28.05.1973 tarih ve 5-202/447 sayılı kararı kapsamında otel resepsiyon memuru olan sanığın otele gelen Ö. ile S.'nin evli olmadıklarını ve Ö.'nün S. ile cinsi münasebette bulunmak maksadıyla otele götürmüş olduğunu bildiğine dair inandırıcı delillerin neler olduğu açıklanmaksızın sanığın suça fer'i fail, yani yardım eden olarak iştirak ettiğinin kabulü ile mahkumiyet kararı verilmesi her ne kadar hukuka aykırı görülmüşse de²⁰⁰ bu, otel resepsiyon memurunun mesleğinden kaynaklı bir davranış sergilemesine değil, kastının olmamasına dayandırılmış, yine doğal hareketler değerlendirme konusu yapılmamıştır.

E. DEĞERLENDİRME

Yardım etmenin maddi unsuru, failin işleyeceği fiili kolaylaştıran, kuvvetlendiren, mümkün kılan veya en azından güvence altına alan²⁰¹ her türlü harekettir. Bu hareketler, TCK md. 39 hükmü kapsamında tek tek sıralanmış, böylelikle yardım etmenin maddi unsuru açıkça ortaya konmuştur. Bununla birlikte tipik bir yardım etmeden söz edilebilmesi için bu yardım hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Bunun için TCK md. 40 hükmünde düzenlenen bağlilik kuralı gereğince yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin çifte kasta da sahip olması gerekir. Buna göre yardım etme hareketini gerçekleştiren kişi, hem kendi hareketini kasıtlı bir şekilde gerçekleştirmiş olmalı, hem de failin işlediği “hukuka aykırı” fiilin tamamlanması bakımından kasıtlı bir şekilde hareket etmiş olmalıdır. Yani yardımsal katkıda bulunan kişi, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğuna yönelik de kasta sahip olmalıdır.

¹⁹⁹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 555.

²⁰⁰ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, s. 442.

²⁰¹ Geppert, **Jura 1999**, s. 269; Wohlers, **NStZ 2000**, s. 169; Müller, **FS-Schreiber**, s. 354; Schneider, **NStZ 2004**, s. 312; Hartmann, **ZStW 2004**, s. 600.

Elbette bu kast, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast da olabilir. Yani bir kimse, herhangi bir suçu işleyeceğini yahut da işlediğini öngördüğü bir kimseye, bu durumu istemesi de en azından kabullenerek de yardımda bulunabilir ve işlenen suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulabilir²⁰². Bununla birlikte yardımsal katkıda bulunan kişinin failin işlediği fiili uygun görmesi, tasvip etmesi, özel bir saikle desteklemesi de şart değildir²⁰³.

Tüm bunların yanında tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin, işlenen suçtan dolayı yardım eden olarak cezalandırılabilmesi için işlediği tipik hareketin aynı zamanda hukuka aykırı da olması gerekir. Elbette bu değerlendirme, failin fiilinin hukuka aykırılık değerlendirmesinden ayrı bir şekilde yapılacaktır. Tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kimse, failin fiili hukuka uygun olduğunda kendi fiili hukuka aykırı olsa bile kendisi de bağlılık kuralı gereğince cezasız kalacaktır. Zira bağlılık kuralı gereğince şeriklik için kasten ve hukuka bir fiilin varlığı gerekmektedir. Yardım eden konumundaki kişi, failin fiiline bağlı olarak cezalandırıldığından, failin fiili hukuka uygun olduğunda, failin hukuka uygun fiiline bağlı olarak cezasız kalacaktır. Elbette bu durum, yardım edenin kendi fiilinin hukuka aykırılığının görmezden gelinmesi anlamına gelmemektedir. Nitekim yardım edenin kendi fiili hukuka aykırı olması ve fakat bağlı olduğu failin fiilinin hukuka uygun olması, esasında bu kişinin “teşebbüs aşamasında kalmış yardım etmeden” sorumlu tutulması sonucunu doğuracaktır. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış yardım etmenin cezaya layık görülmemesi nedeniyle kendi hareketi hukuka aykırı olan tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin kendisi de, failin fiilinin hukuka uygun olmasından dolayı cezasız kalacaktır.

Bununla birlikte failin fiilinin hukuka aykırı olması ve fakat tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin hareketinin hukuka uygun olması durumu, bu denli kolay çözüme kavuşturulabilir bir sorun olarak görünmemektedir. Zira tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin bu hareketi çeşitli nedenlerle hukuka uygun olsa bile bağlı addedildiği fail konumundaki diğer bir kişinin tipik hukuka aykırı fiilini bildiği sürece kastından bahsedilir. Yani çifte kastın kapsamında yukarıda da belirtildiği üzere failin fiilinin hukuka aykırılığı da bulunmaktadır. Bu durumda tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kimse, kendi fiili hukuka uygun olsa bile, bağlı olduğu failin hukuka aykırı fiilini işlemesi nedeniyle her halükarda cezalandırılacaktır. Buna karşılık meslek icabı yerine getirdiği kendi fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi halinde bu husus, en fazla cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınır. Zaten failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen katkıda bulunan ve bu katkıyı meslek icabı yerine getirdiğini düşündüğü için hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı telakkisiyle hareket eden kişinin, gerçekten de kendi fiilinin hukuka uygun olması nedeniyle hiçbir şekilde cezalandırılmaması, hem de bağlı addedildiği failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bile katkıda bulunmasına rağmen cezasız bırakılması, faille şerikin birbirinden tamamen münferit addedilmesi sonucunu ortaya çıkaracak, bu da şeriklerin faile olan bağlılığını ortadan kaldıracak, adeta tek faillik sistemine doğru bir gidişin kapıları aralacaktır.

²⁰² Müller, **FS-Schreiber**, s. 343; Hartmann, **ZStW 2004**, s. 601.

²⁰³ Hartmann, **ZStW 2004**, s. 601.

Dolayısıyla mesleki hareketlerin yardım eden için bir hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilmesi, failin hukuka aykırı fiil işleyeceğinden haberdar olan yardım eden konumundaki kişinin cezasız kalması gibi bir durum dikkate alındığında, hem iştirakte ikilik sistemine hem de çifte kast kuralına aykırılık teşkil edecek, bağlılık kuralı karşısında sadece yardım edenin cezasında belli bir oranda indirim yapılmasına imkan verme dışında bir işlev görmekten öteye geçmeyecektir. Bu anlamda mesleki hareketlerin, hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilip yardım edenin bu tür hareketleri gerçekleştirmesi halinde işlediği fiilin hukuka uygun olacağına belirtilmesi, failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olması açısından olası kastla bile olsa kasıtlı olarak hareket eden yardım edenin cezalandırılması açısından bağlılık kuralının varlığı karşısında bir önem arz etmemelidir. Nihayetinde yardım eden, faile bağlı olduğundan fiilinin hukuka aykırı olduğunu bildiği failin fiilinin haksızlığından etkilenecek ve kendi fiili hukuka uygun olsa bile cezalandırılacaktır. Bu durumda son teori olan hukuka aykırılığı kaldırma teorisinin çok fazla savunulur bir tarafı kalmamakta, bu teori şüpheli görünmektedir.

Bunun yanında “sosyal uygunluk”, “profesyonel uygunluk” gibi kavramlarla bu tür mesleki hareketlerin toplumsal anlamda uygun telakki edilmesi, hukuka aykırılık değerlendirmesini tipiklik kapsamına çekip gizli bir hukuka uygunluk nedeninin ortaya konmasından başka bir şey değildir. Halbuki hukuka aykırılık inderlemesi, yalnızca “hukuka aykırılığın suç tipinde açıkça düzenlendiği” durumlarda öne çekilir ve tipiklik kapsamında yapılır. Gerek bu suç tiplerinin yardım etme açısından doğrudan uygulanmasının mümkün olmaması, ancak fail üzerinden uygulanabilmesi, gerekse yardım etmenin kendi tanımının da bu tür bir yorum yapılmasına elverişli olmaması dikkate alındığında bu tür kavramlarla hukuka uygunluk nedeninin geliştirilmesi en azından sahip olduğu haksızlık büyük ölçüde faile bağlı addedilen şeriklik açısından mümkün görünmemektedir.

Benzer şekilde varsayımsal nedensellikten hareket edilmesi, yani “*Bu hareketi yapmasaydım zaten başkası yapacaktı*” gibi bir yaklaşım sergilenmesi, beraberinde “*Bu hareketi yapmasaydım başkası da yapmayabilirdi*” gibi bir başka varsayımsal tezle cevap verilmesi suretiyle kişinin sorumlu tutulması sonucunu da doğurabilir. Nihayetinde bu tür varsayımsal yaklaşımların sonu olmayıp bu teori, her şekilde belirsizliğe kapı aralayacak olup hukuk devleti ilkesini ihlal edici bir nitelik arz edecektir.

En nihayetinde failin işleyeceği kasıtlı ve hukuka aykırı fiil bakımından en azından olası kastı bulunan ve tipik yardım etme hareketini gerçekleştiren kişinin, ilgili suç tipi kapsamındaki korunan hukuki değer üzerinde izin verilen riski artıran bir tehlike oluşturduğu da açıktır²⁰⁴. Dolayısıyla objektif isnadiyet teorisinden hareket edilerek bu tür mesleki hareketlerde kişinin izin verilen riski artıran bir davranış sergilemiş olmayacağı gibi yaklaşımlar da, özellikle yardım etme hareketini sergileyen kişinin kastının varlığı karşısında, pek bir anlam ifade etmeyecektir. Kaldı ki objektif isnadiyet değerlendirmesi, her ne kadar objektif bir ölçüt olsa da kişinin kastı tamamen görmezden gelinerek yapılamaz²⁰⁵. Bu durum, şerikler açısından daha da belirgindir. Bir şerikin hareketinin korunan hukuki değer üzerinde izin verilen riski aşan bir tehlike

²⁰⁴ Roxin, **FS-Stree/Wessels**, s. 378.

²⁰⁵ Kretschmer, **Jura 2008**, s. 271.

arz edip etmediği konusunda, kişinin kastının bulunup bulunmadığı da büyük bir önem taşımaktadır. Zaten bu durum, fail açısından da farklı değildir. Hemofili hastası olduğunun bildiği bir kimseyi yaralayacak şekilde o kişiye küçük bir çizik atan kimsenin, öldürme suçu açısından izin verilen riski artıran bir tehlikeye oluşturduğu belirtilebilecekken hemofili hastası olduğunu bilmediği durumda aynı sonuca ulaşamayacak ve öldürme suçu açısından izin verilen riski artıran bir tehlikenin varlığından söz edilemeyecektir. Bu bakımdan objektif isnadiyet kriteri, fail açısından dahi sübjektif durumun görmezden gelinmemesini gerektirmekteyken bu husus, failin fiilinin kasıtlı ve hukuka aykırı olmasına, daha doğrusu bunun yardım eden açısından mutlak şekilde bilinmesine bağlı olan şeriklik açısından evleviyetle geçerli olacaktır.

Tüm bu açıklamalarımız karşısında bir diğer teori olan sübjektif sınırlandırma teorisinin sorun teşkil ettiği rahatlıkla belirtilebilir. Öyle ki yardım edenin çifte kast kapsamındaki kastını, yalnızca doğrudan kastla sınırlı tutup olası kastı sorumluluk dışına taşımak, sorumluluk için mutlaka bilme ve istemeyi ve hatta suça destek olma amacını gerekli addetmek, kişinin işleneceğini öngördüğü suça karşılık “olursa olsun” bakışıyla yardımsal katkı sağlaması ve hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması sonucunu beraberinde getirecektir. Öyle ki fail sorumluluğu açısından olası kastla hareket etmenin sorumluluk dışında bırakılması, yalnızca suç tipinde “bilerek”, “bildiği halde” gibi ifadelerle yer verilmesi halinde söz konusuyken faile bağlı şerik konumundaki yardım eden için niçin olası kastla işlenen fiillerin sorumluluk alanı dışında tutulacağı, yalnızca mesleki hareketlerle izah edilebilir görünmemektedir. Yani bu tür mesleki hareketlerin, failin suç işleyeceğine yönelik olası kasta rağmen gerçekleştirilmesi halinde cezasız bırakılmasının kanuni bir temeli bulunmamaktadır.

En nihayetinde **kanaatimiz**, kişilerin mesleklerinin gereğini yerine getirmelerinin mümkün olduğunca sınırlandırılmaması, böylelikle toplum yaşamının gereği gibi sürdürülmesine engel oluşturulmaması gerektiği yönündedir. Ancak bu yapılırken bireysel hareket özgürlüğüyle hukuki değerlerin korunması arasında kamu yararı ve mağdurun korunması da dikkate alınmak suretiyle ölçülmüş bir sınır çizilerek bir sonuca ulaşılmalıdır²⁰⁶. Yani bireysel hukuki değerler korunurken toplum yaşamının gereği gibi sürdürülebilmesi için mesleki ve bilhassa da ticari faaliyetlerin önü kesilmemeli, bu konuda güven prensibi esas alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

Bununla birlikte bu tür hareketlerin cezalandırılabilirliği için özel düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu yönündeki düşüncemizi²⁰⁷ de yerinde görmediğimizi özellikle vurgulamak gerekir. Bu bakımdan mesleki hareketler de, eğer bunlarla bir suçun işlenmesine katkı sağlanmışsa yardım etme hareketi olacaktır ki bu anlamda bu hareketlerin diğer hareketlerden en azından özel bir düzenlemenin varlığını gerekli kılacak ölçüde ayrılmalarını gerekli kılacak bir durumdan bahsedilemeyecektir. Esas itibarıyla çoğu durumda bir kimsenin taksiye alınması ve istediği yere götürülmesi ya da bankada istediği işlemin yapılması şeklindeki bu tür hareketler, mesleki hareketler olmanın yanı sıra mesleğini icra eden kişiler açısından da müşteriye karşı mesleğin gereklerini yerine getirme şeklinde bir yükümlülük de arz etmektedir. Zaten bu hareketlerin ceza hukuku anlamında önem arz etmeye başlaması da bizatihi hareketin kendisi olmayıp mes-

²⁰⁶ Otto, **JZ 2001**, s. 443; Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270.

²⁰⁷ Kretschmer, **Jura 2008**, s. 270.

leğın icrası suretiyle kendisine hizmet sunulan başkası konumundaki müşterilerin suç teşkil eden hareketlerine destek sağlamasıyla ortaya çıkmaktadır²⁰⁸. Dolayısıyla bu noktada yine ‐kast‐ devreye girmektedir. O halde burada manevi unsur kapsamında bir irdelenenin yapılması gerekmektedir.

Buna göre kişinin mesleki hareketleri gerçekleştirirken muhatabın suç işleyeceğini biliyor ve bu hareketlerle muhatabının işleyeceği bu suça bir şekilde katkı sağlayacağını biliyor ve istiyorsa, açıkça failin işleyeceği yahut da işlediği suça katkı sağlamak amacıyla bu hareketleri gerçekleştiriyorsa artık tipik yardım etme hareketinden söz edilecek ve cezalandırılabilir bir yardım etme gündeme gelecektir. Öyle ki eğer bu katkı, karşılıklı bir anlaşmaya da dayanıyorsa bu katkıyı sağlayan kişinin niteliği, katkının durumuna göre müşterek faillğe kadar da gidebilecektir. Şu halde bir banka soygunu gerçekleştireceğini bildiği müşteriye banka önüne götürülen taksi şoförü, hırsızlık suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Benzer şekilde ekmeğın içine zehir katarak eşini kesin olarak öldüreceğini bildiği müşterisine fare zehri satan market sahibi, kasten öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

İşte tam bu noktada önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ‐Müşterisinin ekmeğın içine zehir katarak eşini kesin olarak öldüreceğini bilen market sahibi, müşterisine fare zehri değil de ekmeği satmış olsaydı, yine kasten öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulabilecek midir?‐ sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Kanaatimize göre bu soruya olumsuz bir cevap verilmesi, market sahibi kasten öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulmamalıdır. Zira ilk ihtimalde market sahibi, her şekilde öldürmeyi gerçekleştirmeye elverişli olan zehri temin ederken ikinci ihtimalde öldürmeye tek başına elverişli olan zehre kendisi sahip olan kişiye sadece zehrin içine katılacağı, bu açıdan öldürmeye doğrudan etkisi olmayan bir ürünü temin etmektedir. Nitekim bu ürün, ekmeği olabileceği gibi hazır çorba da olabilir, meyve suyu da olabilir. Ancak bu ürünlerin hiçbirisi, fare zehri gibi öldürmeye doğrudan etkisi olan araçlar olmayıp alternatifleri mümkün olan, kendileri sadece zehri tamamlayan, her yerden kolaylıkla temin edilebilir olan birçok üründen biri olarak nitelendirilebilir. Şu halde mesleki hareketlerde manevi unsur kapsamında bir irdelene yapılırken kişinin katkısının, failin işleyeceği suça da ‐doğrudan bir etki‐sinin bulunup bulunmadığı irdelenmelidir. Esasında ‐doğrudan etkiye sahip olma‐ kriteri de karma teoride yer alan ‐suça ilişkin olma‐ kriterinden başka bir şey değildir.

Her ne kadar karma teoride kullanılan ‐suç niteliğini haiz olma‐ kavramıyla bizim tercih etmiş olduğumuz ‐doğrudan etkiye sahip olma‐, birbirinin yerine kullanılabilirse de mesleki hareketi sergileyen kişinin failin işleyeceği fiil açısından olası kastla hareket ettiği durumlarda görüşümüzün karma teoriden ayrıldığıın altını önemle çizmek gerekir. Zira karma teoriye göre mesleki hareketi sergileyen kişinin failin işleyeceği fiil açısından olası kastla hareket ettiği durumlarda güven prensibi gereği hiçbir şekilde ‐suça ilişkin olma‐ kriteri dikkate alınmazken ve mesleki hareketler sorumluluk alanı dışında görülürken bizim **kanaatimiz**, bu durumlarda da ‐doğrudan etkiye sahip olma‐ kriterinin uygulanması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla sürekli olarak ekmeğın içine zehir katarak eşini öldürebileceği yönünde sözler sarf eden müşteriye fare zehri satan market sahibinin bu satış hareketi, karma teoriye göre güven prensibi gereği cezasız kalacakken kabul etmiş olduğumuz görüşe göre suçun iş-

²⁰⁸ Seher, **JuS 2009**, s. 795.

lenmesinde doğrudan etkiye sahip olması şartıyla yardım etmeden hareketle cezalandırılmalıdır.

Bu çerçevede **kanaatimize göre** güven prensibi, kişinin olası kastının dahi bulunmadığı, taksirli olarak hareket ettiği hallerde geçerli olabilir. Yani kişinin taksirli davranışı açısından da karma teori kapsamındaki yazarlardan farklı görüşte olduğumuzu vurgulamakta fayda bulunmaktadır²⁰⁹. Buna göre *Roxin*, günlük hareketlerin kasıtlı olarak işlenen suça yardım etmeden bahisle sorumluluğu ortada kaldırırsa da bu hareketi sergileyen kişinin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade ederken²¹⁰ bizim görüşümüz, mesleki hareket sergileyip failin suç işleyebileceği konusunda hiçbir öngörüsü bulunmayan ya da daha da önemlisi bir öngörüye sahip olmasına rağmen bunu istemeyen kişinin, işlenen kasıtlı suç nedeniyle “güven prensibi gereğince” ne taksirli şeriklikten ne de taksirli faillikten dolayı sorumlu tutulmayacağı yönündedir. Şu halde kişinin taksirli hareketine rağmen hiçbir şekilde cezaya maruz kalmaması, mesleğinin gereği gibi yerine getirebilmesi için müşterileri konumundaki muhataplarına güvenmesinin de gereklilik olmasından, bu güvenin mesleğinin ifasının beraberinde getirdiği zorunlu bir sonuç olmasıdır. Şu halde eşiyile aralarında şiddetli geçimsizliğin olduğunu bildiği, sürekli olarak eş için “ölse de kurtulsam” dediğini bildiği müşterisinin kendisinden kış vakti fare zehri satın almak istemesi üzerine kendisinin bu zehri satması, müşterinin eşini öldürmesi durumunda kendisinin ceza hukuku anlamında hiçbir şekilde sorumlu tutulmasına neden olmayacaktır. Yani market sahibi, ne kasten öldürmeye yardım etmeden ne de taksirli faillikten sorumlu tutulacaktır.

Bununla birlikte hiç kimse sattığı aletle veya ürünle ne yapılacağını sormakla yükümlü de değildir. Yani fare zehri örneğinde kış vakti kendisinden fare zehri satın almak isteyen müşterisine bu mevsimde fare zehriyle ne yapacağını sorulması, satıcı konumundaki kişi için zorunlu bir durum olamaz. O kadar ki bu tür bir yükümlülük, suç işlenmesi konusunda öngörü olsa bile öngörülemez. Diğer bir ifadeyle market sahibi, müşterinin eşiyile ilgili sürekli serzenişlerde bulunması ve ölümü için dua etmesi karşısında kış vakti fare zehri satın almasından eşini öldüreceğinden şüphelense bile fare zehrini satması, bu zehirle ne yapacağını sorması şartına bağlı tutulamaz. Bu durumda dahi hiçbir soru sormadan zehri satabilir ve müşterinin zehirle eşini öldürmesi durumundan sorumlu da tutulamaz. Buna karşılık kendisi sormadan, araştırmadan ilgili aletle, ürünle ne yapılacağını öğrenmişse durum farklıdır.

Bu kapsamda tüm bu bilgiler dikkate alınarak verilen örnekler üzerinden bir sonuca ulaşılmaya çalışılacak olursa; A'nın eşini öldürdüğü (*kasten öldürme suçu*) bıçağın kendisine komşusu tarafından ödünç verilmiş olması yahut da X isimli mağazada satılması durumunda komşunun ya da satıcının işlenecek suça yönelik olası kastları varsa işlenen suça yardım etmeden sorumlu tutulacaklardır. Yine A'nın içine zehir katarak eşine yedirip eşinin ölmesini (*kasten öldürme suçu*) sağladığı ekmeği, eşini öldüreceğini bilmesine rağmen A'ya satan fırıncının ekmeği satma hareketi, işlenen suça doğrudan etki etmediğinden dolayı fırıncının hiçbir şekilde sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirecektir. Yani fırıncının, müşterisinin ekmeği öldürme suçunu işleyeceğine yönelik doğrudan kastının olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. Amelung, **FS-Grünwald**, s. 18.

²¹⁰ *Roxin*, **FS-Tröndle**, s. 196, 197.

Bir esnafın *hırsızlık suçunu* işleyecek olan kimseye tornavidayı satması, kendisini bankaya götürmesi için taksi çağırın C'nin bankada soygun gerçekleştirdikten sonra (*hırsızlık suçu*) kendisini bir süreliğine bankanın önünde beklemesini istediği taksi şoförü D tarafından bu defa havaalanına götürülmesi örneklerinde hem tornavida satan esnaf hem de taksi şoförü, işlenen hırsızlık suçlarına yardım etmeden sorumlu tutulacaklardır. Zira her ikisinin katkısı da suça doğrudan etki eder nitelikte olup her ikisinin de işlenen suça yönelik doğrudan kastı vardır. Tekel bayii olan E'nin, illegal bir şekilde işletilen ve kadın ticaretinin yapıldığı (*fuhuş suçu*) bara her gün düzenli olarak alkollü içki satışı gerçekleştirmesi, E'nin fuhuş suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulmasını gerekli kılmaz. Zira bara yapılan içki satışlarının barda yapılan fuhuş doğrudan bir etkisinden söz edilemez. Bu etki, olsa olsa dolaylıdır ki bu da kişinin işlenen suçtan yardım eden olarak sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirmez.

Kapıcı F'nin uzun zaman boyunca bir kimseyi evinde rehin olarak bulunduran (*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu*) G'nin evine her gün ekmek, çeşitli yiyecekler ve içecekler götürmesi, F'yi kişi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım eden kılmaz. Ancak F, işlenmekte olan bir suç olduğundan suçu yetkili mercilere bildirmekle yükümlü olup bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde suçu bildirmeme suçunun faili olarak sorumlu tutulur. Benzer durum, site içinde bakkal işleten H'nin de söz konusu ürünlerin satışını gerçekleştirmesi, daha ilginç rehineyi elinde bulunduran kişiye (*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu*) annesi tarafından merhametinden dolayı her öğün yemeklerin götürülmesi örneği için de geçerlidir.

Avukat K'nin müvekkiline hukuki olarak vergiden muaf tutulma ile vergi kaçırma arasındaki ince çizgiden bahsetmesi ve detaylı bilgi vermesi üzerine müvekkilin bu bilgilerden hareket ederek vergi kaçırması (*vergi kaçakçılığı suçu*), K'nin işlenecek suça yönelik kastının bulunması durumunda vergi kaçakçılığı suçuna yardım eden olarak sorumluluğundan söz edilebilecektir. Öyle ki verilen bu bilgiler, danışma hizmeti niteliğinde olsa da bu hizmetin işlenen suça doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada önem arz eden husus, avukatın müvekkiline bilgi verirken müvekkilin bu bilgilerden hareketle suç işleyeceğini öngörüp en azından kabullenip kabullenmediğidir. Benzer durumun banka görevlisi M'nin N'nin hesabındaki paraları isimsiz bir şekilde yurt dışında transfer etmesine ve bu suretle vergi kaçırmasına yardımcı olması (*vergi kaçakçılığı suçu*) durumunda da geçerli olduğu ifade edilebilir. Banka memurunun bu davranışı, işlenen suça doğrudan etkisi olup yardım etmenin de ötesinde kendisinin müşterek fail olarak dahi sorumlu tutulmasını beraberinde getirebilecek bir nitelik arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai: "Beihilfe durch Alltagshandlungen", **JA 2000**, s. 721-725.
- Knut Amelung, "Die ‚Neutralisierung‘ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands", **Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag**, Nomos, Baden-Baden, 1999, s. 9-30.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.
- Beckemper, Katharina: "Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge", **Jura 2001**, s. 163-169.

- Demirel, Muhammed: **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Evik, Vesile Sonay: **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2011.
- Forthauser, Roman: **Geldwäsche de lege lata und ferenda**, München 1992.
- Gaede, Karsten: "Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB", **JA 2007**, s. 757-762.
- Geppert, Klaus: "Die Beihilfe", **Jura 1999**, s. 266-274.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet, Ankara 2017.
- Hartmann, Arthur: "Sonderregeln für die Beihilfe durch "neutrales" Verhalten?", **ZStW 116 (2004)**, s. 585-617.
- Hassemer, Winfried: "Professionelle Adäquanz", **wistra**, 1995, s. 41-46; 81-87.
- Hefendehl, Roland: "Examensklausur Strafrecht", **Jura 1992**, s. 374-384.
- Heine, Günther/Weißer, Bettina: "Täterschaft und Teilnahme", **Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014.
- Herinrich, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015.
- Hruschka, Joachim: "Entscheidungen – Strafrecht", **JR 1984**, s. 257-263.
- Jakobs, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1991.
- Joecks, Wolfgang: "Täterschaft und Teilnahme", **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Kett-Straub, Gabriele/Linke, Laura: "Boxende Brüder", **JA 2010**, s. 25-32.
- Kindhäuser, Urs: "Zum Begriff der Beihilfe", **Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag**, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 355-371.
- Krack, Ralf/Gasa, Kjell: "Referandarexamensklausur – Strafrecht: Vermögensdelikte – Gescheiterte Existenz", **JuS 2008**, s. 1005-1010.
- Kretschmer, Joachim: "Welchen Einfluss hat d. Lehre d. obj. Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?", **Jura 2008**, s. 265-271.
- Kretschmer, Joachim: "BGH, Beschluss vom 30.4.2013 – 3 StR 85/13", **JR 2014**, s. 39-43.
- Krey, Volker/Esser, Robert: **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012.
- Ladiges, Manuel: "Referandarexamensklausur - Strafrecht: Der geschäftstüchtige BWL", **JuS 2012**, s. 50-57.
- Lesch, Heiko H.: "Strafbare Beteiligung durch 'berufstypisches' Verhalten?", **JA 2001**, s. 986-991.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/Renzikowski, Joachim: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, 2014.

Murmann, Uwe: "Zum Tatbestand der Beihilfe", **JuS 1999**, s. 548-553.

Murmann, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C. H. Beck, München 2015.

Müller, Kai: "Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln", **Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003**, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, s. 343-358.

Niedermair, Harald: "Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?", **ZStW 107 (1995)**, s. 507-544.

Otto, Harro: "Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmaäßigen Verhaltens", **JZ 2001**, s. 436-444.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II-III, Beta, İstanbul 1992.

Puppe, Ingeborg: "Täterschaft und Teilnahme", **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3. Auflage, Baden-Baden 1995.

Rabe von Kühlewein, Malte: "Strafrechtliche Haftung bei vorsatzlichen Straftaten anderer", **JZ 2002**, s. 1139-1146.

Rengier, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015.

Roxin, Claus: "Bemerkungen zum Regrßverbot", **Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin 1989, s. 177-200.

Roxin, Claus: "Was ist Beihilfe?", **Festschrift für Koichi Miyazawa**, Baden-Baden, 1995, s. 501-517.

Roxin, Claus: "Zum Strafgrund der Teilnahme", **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Hiedelberg 1993, s. 365-382.

Roxin, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C.H. Beck, München 2003.

Schild, Wolfgang: in **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.

Schmidt, Rolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, Bremen 2015.

Schneider, Hendrik: "Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?", **NStZ 2004**, s. 312-317.

Schumann, Heribert: **Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986.

Schünemann, Bernd: "Täterschaft und Teilnahme", **Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, Berlin 2010.

Seher, Gerhard: "Grundfälle zur Beihilfe", **JuS 2009**, s. 793-797.

Sözüer, Adem: **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994.

Tag, Brigitte: "Beihilfe durch neutrales Verhalten", **JR 1997**, s. 49-57.

Weigend, Thomas: "Grenzen strafbarer Beihilfe", **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Nomos, Baden-Baden, s. 197-212.

Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1969.

Wohlens, Wolfgang: "Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB", **NStZ 2000**, s. 169-174.

**VERGİ HUKUKU ÖZELİNDE MAHKEMEYE ERİŞİM
HAKKI ÜZERİNE BİR İNCELEME
(ÇELİŞKİLİ KARAR YASAĞI-DANIŞTAY
KARARLARINDAN ÖRNEKLER VE HAKLAR BÜTÜNÜNÜ
HUKUKLA OKUMAK)***

*(AN EXAMINATION ABOUT RIGHT OF ACCESS TO COURT FROM THE
PERSPECTIVE OF TAX LAW (CONTRADICTORY DECISION PROHIBITION –
EXAMPLES FROM THE COUNCIL OF STATE DECISIONS AND LEGAL
INTERPRETATION ON BODY OF RIGHTS))*

Prof. Dr. Mahmut Kaşıkçı**

Öz

Bu makalede hak arama özgürlüğü ve onun türevi olan mahkemeye erişim hakkı vergi hukuku özelinde ele alınmıştır. Bu kapsamda önce tarafı olduğumuz uluslararası andlaşma hükümleri de dikkate alınarak mahkemeye erişim hakkı incelenmiştir. Daha sonra bu hakkı sınırlayıcı nitelikteki usul hukuku kurallarının nasıl yorumlanması gerektiği ve usul kurallarının temel özelliklerinin neler olması gerektiği konularında açıklamalar yapılmıştır. Bu kapsamda konuya ilişkin Danıştay kararlarından örnekler verilmiş ve AİHM'nin yorumu aktarılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Hukuku, mahkemeye erişim hakkı, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili Danıştay kararları, AİHM Mesutoğlu-Türkiye Kararı, yasacılık ve hukukçuluk farkı, hakkı hukukla okumak.

ABSTRACT

In this article right to legal remedies and it is derivative; right to access to court, have been addressed in the context of tax law. In this respect, we have examined the right of access to the court, taking into account the provisions of the international treaty. Later on, explanations have been made on how to interpret the procedural rules that restrict this right and what the basic features of the procedural rules should be. In this context, examples from the decisions of the Council of State regarding the issue have been given and the interpretation of the ECHR has been given.

Keywords: Tax Law, right to legal remedies, decisions of Council of State about right to legal remedies, ECHR Decision of Mesutoğlu vs Turkey, difference between lawyer and coder, interpretation of right with law.

* Bu makale, 28.08.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşıp olup birinci hakem onayından 18.09.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 25.09.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I) GENEL AÇIKLAMALAR -VERGİ DAVALARINDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Kuralları, hiyerarşik normlar bütünü ve özümse edilmiş kabulleri mantık süzgecinden geçirmeyen, sormayan, sorgulamayan ve çözüm aramayan bireyler ne kendilerini ne içinde buldukları ulusal toplumu ne de son tahlilde evrensel toplumu geliştirebilirler.

Toplumsal yaşamın önemli düzen ve gelişim araçlarından birisi de hukuktur. Bir ülkedeki hukuk düzeni ve anlayışının, değişen ve globalleşen ilişkiler ağı ile çağdaş hak ve özgürlük anlayışına yabancı kalıp kendini yinelememesi, o ülkedeki devinimin, gelişimin ve bireylerin çağdaş anlayışa uygun alt kültürünün oluşumunun önündeki en büyük engellerden birisidir.

Hukukun ve bu bağlamda hak ve özgürlüklerin önündeki en büyük engellerden birisi de gelişime ve çağdaş hukuk anlayışına ayak uyduramayan kural ve kabullerdir. Özeti; mantık, vicdan ve hakkaniyetin önünde normlar bloğu ile değişmez algılanan yargısal kabuller bloğu olduğunda bunu aşabilmektir hukuk. Hukukçuluk da bu anlayışı eyleme dönüştürebilmek, norm ve değişmez kabul edileni hukukla okumak ve adalet gerektirdiğinde onları hak ve özgürlük ve gelişim adına aşabilmektir.

Bu çalışmamız, temel hak ve/veya özgürlükleri vergi idaresinin yaptığı bir işlem ya da eylem sonucu ihlal edilen yükümlülerin¹ taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğü/mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olup², temel amacı konuya ilişkin çelişik ilk derece ve kanun yolu mahkemesi kararlarının irdelenmesi ve değerlendirilmesidir³. Bir diğer deyişle yasacılık ve hukukçuluk, yasallık ve hukuksallık arasındaki fark aktarılıp örneklenmeye çalışılacaktır.

¹ Davacı olabilecek kimseler VUK'un 377. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre: Yükümlüler ve kendilerine vergi cezası kesilenler, tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı (1. fıkra), vergi daireleri tadilat ve takdir komisyonlarının tahmin ve takdir olunan matrahlarla karşı(2. fıkra) vergi mahkemesinde dava açabilirler. Doktrinde dava açma ehliyeti ile bağlantılı olarak, muhatap, vergi sorumlusu ve hatta yükümlü kavramlarının içeriklerinin belirsiz olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda vergi sorumlusunun vergi davası açma hakkı da irdelenmiş, bu hakkın tanınması gerektiği ancak vergi sorumlusunun bu hakkı ile ilgili açık kurallar olmamasının ve yargı organlarının da bu yolu açık tutmayışının sorunlar yarattığı belirtilmiştir. (Bkz: SABAN Nihal, "Vergi Hukuku", Beta, İstanbul, 2014, s: 585). Çalışmamız özünü oluşturan yargı kararlardan bazılarında tarh edilen bir vergi ve kesilen ceza ya da takdir komisyonunca belirlenen bir matrah bulunmayıp, kişiler hakkında uygulanan vergisel koruma önlemleri (ihtiyati haciz) nedeni ile uğranılan zararın tazmini söz konusudur. Dolayısı ile salt bu örnek dahi VUK'un 377. maddesindeki "tarh edilen vergilere ve kesilen cezalara karşı (1. fıkra), vergi daireleri tadilat ve takdir komisyonlarının tahmin ve takdir olunan matrahlarla karşı(2. fıkra)" tanımının yetersiz olduğunun göstergesidir.

² Makalede "mahkemeye erişim hakkı" olarak adlandırılan bu hak, hak arama özgürlüğünün bir türevi olup çeşitli kaynaklarda mahkemeye başvurma hakkı, mahkemeye ulaşma hakkı veya dava hakkı gibi terimlerle de ifade edilmektedir.

³ Hak arama özgürlüğü daha önce yayınladığımız "Vergi Hukukunda Yargı Kararları Üzerine Vergi İdaresi Tarafından Yapılan Bildirimlere Konu İşlemlerin Hukuki Niteliği ve Vergi Davasının Konusunu Oluşturup Oluşturmayacağı Sorunsalı Üzerine Bir İnceleme (Hak Arama Özgürlüğü ve Vergisel Konulardaki Yansıması: BM Kuralları/ Kabulleri, AİHS Kuralları ve AİHM Kabulleri- 1982 T.C. Anayasası, Yasal Durum, Uygulama, Doktrin), KAŞIKCI Mahmut, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 14, Sayı 129-130, Ocak-Şubat 2007, s.24-47" makalemizde ayrıntılı olarak açıklandığından daha kapsamlı bilgi için o

Uluslararası sözleşmelerden usulüne uygun olarak onaylanarak yürürlüğe girmiş olanların, Türkiye açısından yargı makamları için bağlayıcı olduğu ve dahası bu nitelikteki kurallar ile mevcut yasa normlarının çatışması durumunda sözleşme hükümlerine öncelik verilmesi gereği; 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Yasa ile 90. maddenin son fıkrasına eklenen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyumsuzluklarda, milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklindeki cümle uyarınca — *düzenleme öncesine oranla*— daha belirgin bir Anayasal bir zorunluluk halini almıştır.

Anılan düzenleme ile uluslararası hukuk kuralı –yasa çelişkisinde hangi kuralın üstün olduğu yönündeki tartışmaya da son verilmiş ve uluslararası kuralın üstün olduğu belirgin bir şekilde anayasal düzenleme haline getirilmiştir ⁴.

Türkiye açısından, yasa koyucu için yasal düzenlemelerde gözetilmesi zorunlu olan bu uluslararası sözleşme hükümlerinden yürürlüğe girmiş olanların, yargı makamları açısından yasal kural öncesinde gözetilmesinde ve uygulanmasında da zorunluluk bulunmaktadır.

Açıklanan sebeple de Anayasa ve yasal durumun irdelenmesi öncesinde, temel inceleme konumuzun gerektirdiği ölçüde hak arama özgürlüğü ve onun bir türevi olan mahkemeye erişim hakkına ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin özetle ele alınması gerekir.

Bunlar: (i) Birleşmiş Milletler (BM) Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi hükümleri, BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen ilkeler, (ii) İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS) Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamasıdır.

çalışmaya atıfta bulunmaktayız. Burada bu makalenin özünü oluşturan konunun yani irdelenecek yargı kararlarının ve yasacılık-hukukçuluk farkının daha iyi anlaşılabilmesi açısından bir ölçüde gerekli olduğundan anılan çalışmamızın bir bölümünü güncelleştirerek aktarmaktayız. Ayrıca adil yargılanma hakkı, terim sorunu, kapsamı ve özellikle vergi davalarının hangi şartlarda AİHM önünde tartışılabileceği ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için özellikle bkz: YALTI Billur, “Vergi Yükümlüsünün Hakları”, İstanbul 2006, s:80 vd

⁴ Anayasa'nın 90. maddesine yapılan bu ekleme öncesinde doktrinde; maddenin son fıkrasındaki “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükümindedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz*” şeklindeki hükümden hareketle, çatışma halinde uluslararası andlaşma hükümlerinin üstün olacağı görüşü ağırlıklı kabul edilmekte idi ve bizce de bu yorum yerinde idi. (Uluslararası normları üstün kabul eden görüşler için bkz: YALTI SOYDAN Billur, “Uluslararası Vergi Anlaşmaları”, İstanbul 1995, s: 77 vd.; AKILLIOĞLU Tekin, “İnsan Hakları – I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri”, Ankara 1995, s:68 vd; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku”, İstanbul,1993, s: 58 vd.; KAŞIKCI Mahmut, “Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları”, Ethemler, İstanbul, 2007, 213 vd., Normları eşit kabul eden görüşler için bkz: TEZİÇ Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s: 9 vd; ÇELİK Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması” (AİHS), İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayı,1988, Yıl:9, sy: 1-3, s:52 vd.). Ayrıca vergi hukuku ile bağlantılı olarak uluslararası andlaşmalarla bağlantılı olarak bkz: GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, Onikilevha, İstanbul, 2011, s: 213-214.

A) BM Kural ve Kabulleri

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin konuya ilişkin olarak irdele-
nebilecek hükmü 14/1. maddesidir. "Adil Yargılanma Hakkı" başlığını taşıyan
bu maddede;

*"Herkesin mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit olduğu ve hakkındaki
bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın
karara bağlanmasında, hukukten kurulmuş, yetkili bağımsız ve tarafsız bir yargı
yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip olduğu..."*

ifade edilmiştir.

Maddede "hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasından" bahsedilmekle
birlikte, yazım itibarı ile net bir şekilde, hak arama özgürlüğüne değinilmemiştir.
Madde hükmü bu niteliği ile AİHS'nin 6. maddesi ile paralellik arz etmekte-
dir⁵. Bununla birlikte, 'Başlangıç Kısmı'nda temel amaçlardan birisinin "İnsan
Hakları Evrensel Beyanname'si'ne uygun biçimde, kişisel ve siyasal haklarını da
kullanabildiği şartların yaratılması" olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de Be-
yanname ile çeliştiği ve hak arama özgürlüğünü düzenlememiş olduğu yönünde
bir yorum yapılabilmesi mümkündür.

Düzenlenenin ikinci özelliği adil yargılanma hakkına ilişkin olarak içer-
diği hakların kapsamının, AİHS'nin —uygulanmasında ciddi sorunlar yaratan—
6. maddesindekilere oranla daha geniş tutulmuş olmasıdır. Burada "hak ve
yükümlülükler ile ilgili hukuki uyuşmazlık" ifadesi kullanılmak sureti ile özel-
kamusal tüm uyuşmazlıklar kapsama dahil edilmişken, AİHS'nin 6. maddesinde
"medeni haklar ve yükümlülüklerden" bahsetmiştir⁶.

BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 8. maddesi;

*"Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen ey-
lemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma
hakkının bulunduğu"*

şekindedir. Bu düzenleme ile hak arama özgürlüğü kabul edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 8. maddesinde "*anayasa ya da
yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemler*"den bahsedilmiş olup; bu
husus da, vergisel hakların —mali ya da cezai— boyut ayırımı yapılmaksızın
koruma altına alındığının göstergesidir.⁷

⁵ Özetle belirtmek gerekirse, burada açık olarak hak arama özgürlüğünden bahsedilme-
mekle birlikte, maddede belirtilen hakların tümü özünde tek bir özgürlüğün kullanıl-
masına hizmet eder. Bu da "hak arama özgürlüğü"dür. Bu nedenle de türlerini kabul
eden bir hükmün aslı kabul etmemesi gibi bir yorumun yapılamaması gerekir. Kaldı ki
"uyuşmazlık" terimi sadece görülmekte olan davaları içermez, dava öncesinde de vardır
ve uyuşmazlığın ortaya çıkmasından idari aşama dahil yargı aşamasının sonuna kadar
olan süreci belirler.

⁶ AİHS'nin 6. maddesinde kullanılan "medeni" terimi kapsama ilişkin sorunlar yaratmak-
ta ve AİHM'nin özellikle vergi davalarında yetkisi konusunda tartışmalara neden ol-
maktadır. Tartışmalar ve kabuller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: YALTI, a.g.e., s:82 vd.

⁷ BM İnsan Hakları Komitesi de hak arama hürriyetinin varlığını ve tanıdığını "Evrensel
Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde
Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hakları ve Sorumlulukları
Üzerine Bildirge"nin (Bildirge) 9. maddesi ile açık olarak kabul etmiştir: "İnsan hakları
ve temel özgürlüklerin kullanılmasında, bu bildirgede amaçlanan insan haklarının ko-
runması ve geliştirilmesinde bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte herkesin, bu hakların
ihlal edildiği durumlarda başvuru yapma olanağından etkin bir biçimde faydalanmaya

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 8. maddesinde, hak arama hürriyeti ile ilgili olarak, Türkçe karşılığı ile eylem terimi kullanılmış olmakla birlikte, bu terimin kavram olarak "işlemleri" de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Bildirge'sinin 9/1. maddesinde "...bu hakların ihlal edildiği durumlarda..." ifadesinin kullanılmış olması da 8. maddedeki "eylem" ibaresinin hukuksal yenilik doğuran uygulanabilir işlemleri kapsadığını ortaya koymaktadır.

BM İnsan Hakları Beyannamesi'nin 29. maddesi uyarınca hak arama hürriyeti ancak genel ahlak, kamu düzeni ve genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla sınırlandırılabilir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin⁸ "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 14. maddesinde hak arama özgürlüğü ile ilgili özel sınırlama sebebine yer verilmiş değildir⁹. Bununla birlikte Başlangıç Bölümü'ndeki kabuller ile "Hakları Kötüye Kullanma" başlıklı 5. maddesi¹⁰ birlikte değerlendirildiğinde; evrensel kabul gören hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla bunlara ilişkin sınırlamalar konusundaki evrensel ölçütlerin, Sözleşme ile tanınmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

B) İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS) Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Uygulaması

Hak arama özgürlüğünün AİHS'nin¹¹ kapsamına girip girmediği ve bu Sözleşme'nin 6. ve 13. maddesi hükümlerinin bu özgürlüğü içerip içermediği hususu, salt sözleşme metninden yola çıkıldığında tartışmaya açıktır. Sözleş-

ve korumadan yararlanmaya hakkı vardır (1. paragraf)" ve "Bu amaçla, hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, kişisel olarak veya yasa tarafından izin verilen temsilcileri aracılığıyla şikayette bulunma ve hukuksal bir otorite önünde veya yasayla kurulan bağımsız, yansız ya da yetkili tüm diğer otoriteler önünde kamuya açık mahkemede şikayeti inceletme ve bu hakları ve özgürlükleri ihlal edildiğinde, yasalar uyarınca bu otoritelerden tazminat dahil olmak üzere zarar-zıyanın telafisini öngören bir karar alma ve aynı zamanda makul bir sürede kararın ve yargı kararının uygulanmasına hakkı vardır(2. paragraf)" BM İnsan Hakları Komisyonunun 3 Nisan 1998 tarihli toplantısında kabul edilmiştir.

⁸ Sözleşme BM Genel Kurulu'nda 16.12.1966 kabul edilmiş ve 23.03.1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi: 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı kanun ile onaylamış ve Türkiye onayı 18.06.2003 tarihinde 25142 no.lu R.G.'de yayınlanmıştır.

⁹ 14/1. maddede bazı sınırlama sebepleri yer almışsa da bunlar hakkın bir yansıması olan aleni yargılama ilkesine ilişkin getirilecek sınırlamalar ile ilgili ölçütlere ilişkindir.

¹⁰ 5. madde; "Bu Sözleşmenin hiç bir hükmü, bir Devlete, gruba veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin tahribini amaçlayan bir faaliyete katılma veya tasarrufla bulunma hakkı tanıdığı, veya hak ve özgürlüklerin bu Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkan verdiği şekilde yorumlanamaz(1. paragraf)", "Bu Sözleşmenin bir hakkı tanımadığı veya daha az ölçüde tanıdığı bahane edilerek, Sözleşmeye Taraf Devletlerden birinin iç hukukunda yasalarla, antlaşmalarla tanınmış bulunan veya geleneklerinde var olan temel insan haklarına sınırlama getirilemez veya bu haklara karşı yükümlülük azaltılamaz(2. paragraf)" şeklindedir.

¹¹ 04.11.1950 Roma (European Treaty Series,No:5). Türkiye Sözleşme'yi aynı tarihte onaylamış ve 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Yasa ile uygun görmüştür (R.G. 19.03.1954-8662; Düstur III, Tertip,C:35, s:1958). Sözleşme 1958'de yürürlüğe girmiştir.

menin bu kapsamda irdelenmesi gereken hükümleri 6/1. ve 13. maddesi hükümleridir. Adil yargılanma hakkını¹² düzenleyen 6/1. madde;

“ Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî 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” şeklindedir.

AİHS'nin “Etkili Başvuru Hakkı” başlıklı 13. maddesi ise;

“ Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabılme hakkına sahiptir” şeklindeki düzenlemeye yer vermiştir.

AİHS'nin 6. maddesi salt yazım itibarı ile ele alındığında, maddenin hak arama özgürlüğünü düzenleyip düzenlemediği konusunda bir açıklık bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte adil yargılama hakkının kapsamındaki türev hakları belirleyen maddenin evleviyetle hak arama özgürlüğünü düzenlediğinin kabulü kaçınılmazdır.

Konu AİHM önünde de tartışılmış ve bir ilke kararını doğurmuştur¹³ 14. 6. madde, AİHM'nin de değindiği gibi kişisel haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlukların bir mahkeme ya da “yargı yeri” tarafından karara bağlanması hakkına da işaret etmektedir¹⁵. Kaldı ki 6. maddenin 13. madde ile birlikte değerlendirilmesi de bu kabulü güçlendirmektedir¹⁶.

Adil yargılanma hakkının hangi uyumsuzluklarda koruma sağladığı meselesi, konunun en tartışmalı meselelerinden birisidir¹⁷. Bu durumun nedeni Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğini tüm uyumsuzluklar için değil, bir kısım uyumsuzluklar için öngörmüş yani sınırlandırmış olmasıdır. Bireyin

¹² Adil yargılanma hakkı, terim sorunu, kapsamı ve özellikle vergi davalarının hangi şartlarda AİHM önünde tartışılabileceği ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz: YALTI, “Vergi Yükümlüsünün Hakları”, s:80 vd.

¹³ Ayrıca AİHM'nin kararlarındaki konuya ilişkin yorumlar ve kabuller için bkz: “İnsan Hakları Kararlar Derlemesi”, C.I-II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998; Açıklama için bkz: YALTI, a.g.e., s: 85, dipnot: 32; Sözü edilen karar 21.02.1975 tarih ve 19 sıra no.lu Golder versus United Kingdom davasına ilişkin karardır. AİHM anılan kararda 26. vd. paragraflarında “Mahkeme’ye Başvurma Hakkı/Right of Access to the Courts”ı irdemiş ve davalı hükümetin Fransızca metnin sadece görülen uyumsuzlukları içerdiği yolundaki tezine 32. paragrafta yer vermiş/karşlamıştır. Türkçe metin için bkz: İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998, Cilt:1, s: 144 vd.

¹⁴ İdarenin eylem ve işlemlerine karşı bir mahkemeye başvurma hakkının tanınmaması olması Golder vs UK kararından sonra da AİHM önünde birçok başvuruya konu olmuştur. Örneğin 21.2.1990 tarihli Hakansson ve Stureson/İsveç kararında; “uyumsuzluk konusunun sadece Hükümet tarafından karara bağlanması, Hükümet kararlarının ne herhangi bir mahkeme ne de 6. madde açısından mahkeme olarak nitelendirilebilecek bir kurul tarafından hukukiliğinin denetiminin mümkün olmaması” mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir (AYDIN Bihter, Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl:4, Sayı:15, Ekim 2013, s. 272 vd.).

¹⁵ Bkz: İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.I, s:151.

¹⁶ KAŞIKCI, a.g.m.,s.35.

¹⁷ YALTI, a.g.e., s: 82.

adil yargılanma hakkı, (i) medeni hak ve yükümlülüklerin (*civil rights and obligations/droits et obligations de caractere civil*) ve (ii) suç isnatlarının(*criminal change/accusation en matiere pénale*) karara bağlanması ile sınırlıdır¹⁸.

Özetle AIHM uygulamasında, cezasız vergi tarhiyatının söz konusu olduğu durumlarda vergi aslına ilişkin başvuru “inceleme kabiliyeti bulunmadığı” için reddedilmektedir. Vergi aslı ile vergi cezasının aynı anda gerçekleştirildiğinin iddia edildiği ve fakat bu iddiadan kaynaklanan uyumsuzlukların farklı mahkemelerde görülmüş olduğu/görüleceği durumlarda ise vergi aslına ilişkin dava reddedilmekte vergi cezasına ilişkin dava görülmektedir. Ülkemizdeki gibi her iki davanın aynı yargı makamında görüldüğü/görüleceği ülkeler açısından —*ceza da uygulanmış olması koşulu ile*—uyumsuzlukların AIHM önünde tartışmaya açılabilmesi mümkündür.

AIHS'nin “adil yargılanma hakkı”nı düzenleyen 6. maddesi ile “etkili başvuru hakkı”nı düzenleyen 13. maddesinde düzenlenen haklarının sınırlanması konusunda özel ölçütler getirilmemiştir. Her ne kadar 6/1. maddede birtakım sınırlama sebeplerinden bahsedilmiş olsa da bunlar maddedeki adil yargılanma hakkının türevlerinden birisi olan “aleni yargılanma hakkı” ile ilgilidir.

Oysa ki bazı maddelerde, özel olarak kapsamdaki hakların sınırlanması konusundaki ölçütlere de yer verilmiştir. Bunlara örnek olarak; Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğüne ilişkin sınırlama (m.9/2) ile İfade Özgürlüğüne ilişkin sınırlama (m.10/2) konusundaki ölçütler gösterilebilir.

Kanaatimizce, bu konuda AIHS'nin Başlangıç Kısmındaki “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde tanınan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasının ve uygulanmasının” sağlanması yönündeki genel hedef nedeni ile BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ile Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ilgili sınırlama sebeplerine ilişkin hükümlerde yer alan ölçütlerin AIHS açısından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

AIHS uygulamasında demokratik toplumlarda hakların sınırlandırılması ise ancak, kamu düzeni, genel refahın gereklerinin karşılanması amaçlarının zorunlu kıldığı hallerde ve hakın özüne dokunmamak kaydı ile geçerli olabilecektir.

C) 1982 Anayasası'nın İlgili Hükümleri, Yasal Durum ve Uygulama

Mahkemeye erişim hakkının birincil derecede Hak Arama Özgürlüğü ile bağlantılı olduğu açıktır. Bu özgürlük, 1982 Anayasası'nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısmı'nın, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı İkinci Bölümünde (Hakların Korunması ile ilgili hükümler arasında) “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁹.

Madde Gereğesi'nde, bu Anayasal düzenleme ile “*Hak Arama Hakkı'nın ilk şartı olan yargı makamlarına davacı olarak başvurabilme hakkı ve özgürlüğünün güvence altına alındığı*” belirtilmiştir²⁰.

¹⁸ YALTI, a.g.e., s: 82.

¹⁹ Anayasa'nın 36 maddesi;

“ Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma “ile adil yargılanma” hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

şeklinde dir.

²⁰ AKAD Mehmet- DİNÇKOL Abdullah, “1982 Anayasası-Madde Gereğeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları”, Alkım, İstanbul, 1998, s: 156-157.

Anayasa Mahkemesi ise hak arama özgürlüğünü;

“Maddede herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı kimliği ile sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. “sav ve Savunma Hakkı” birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliği ile hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam Hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemi ile insanlık yaşamında yadsınamaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte(yanı sıra) bireyin adaleti bulma olanı ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemiştir”

şeklinde tanımlamıştır²¹.

36. madde bir hak ve özgürlük olmasının yanı sıra hakların korunmasının da bir aracıdır. Bu nedenle özünde, tüm haklara etkinlik kazandırılmasının ve uygulamanın evrensel kural ve kabullere uygunluğunun denetiminin sağlanmasının temel araçlarından birisidir. Anayasa Mahkemesi de bu hususları vurgulamıştır.

Konumuz vergisel işlemlere ilişkin olduğundan Anayasa'nın 36. maddesinin; Cumhuriyetin Temel Organları ile ilgili düzenlemeler getiren Üçüncü Kısmı'nın, “Yürütme” başlıklı Dördüncü Bölümü'ndeki idareye ilişkin hükümler arasında yer alan “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesi ile birlikte değerlendirilmesinde de yarar bulunmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında;

“ İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” düzenlemesi yer almaktadır.

Madde Gerekeşi'ne baktığımızda; hükmün kabul ediliş nedeninin, “İdarenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin denetimin yargısal denetim olduğu, dolayısıyla da idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yolundaki ilkenin getirilmesi sureti ile Hukuk Devleti anlayışının bu zorunlu unsurunun vurgulanması gereksinimi” olduğunun belirtilmiş olduğu görülmektedir²².

Görüleceği üzere “Gerekeçe”de Hukuk Devleti ilkesi ile bağlantı kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi de maddeye ilişkin aykırılık iddialarını incelediği muhtelif kararlarında, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine bağlı olması yolundaki ilkenin, Anayasa'nın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkesi ile yakından bağlantılı olduğunu belirtmiştir²³.

II) HAKLARI HUKUK İLE OKUMAK: MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI- ÇELİŞKİLİ KARAR YASAĞI

Bu çalışmanın esas konusu hakların ve hukukun gelişimine engel olan, adaletsiz norm ve uygulamaların hukukla nasıl aşılabacağı ve konunun vergi hukuku özeline nasıl yansıtılması gerektiğinin, ulusal yargı kararlarından da yararlanılıp örneklendirilmesidir.

²¹ AKAD - DİNÇKOL, 1982 Anayasası..., s:164-165 . Kararın tam metni için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.1991 tarih ve 1991/2-30 sayılı Kararı (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD), sy:28, C:1, s:116-117).

²² AKAD - DİNÇKOL, 1982 Anayasası..., s: 471.

²³ Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 01.10.1991 tarih ve 1990/40 E., 1991/33 K. sayılı Kararı (AMKD, sy:27, C:2, S: 568 vd.).

Hukukçuluk bir boyutu ile mantık, vicdan ve adalet duygusu ile çelişen uygulama ve normları hukuk ile aşabilme sanatı, hakları norm ile değil hukuk ile okumak becerisidir.

Bu noktada iki farklı Danıştay kararında birbirinin aynı olan uyumsuzlukların nasıl farklı çözümlendiği örneklenmeye çalışılacak ve görüşümüz belirtilecektir.

Kanımızca salt bu kararlara konu olan olayları okumak dahi, yukarıda aktarılan hak arama özgürlüğünün kapsamı ve önemini kavrayabilmek açısından çarpıcı bir örnek oluşturacaktır.

A) Birinci Olay ve Yargılama Süreci

İlk olaydaki dava idarenin haksız ve hukuka aykırı vergisel işlemleri nedeni ile uğranıldığı iddia edilen zararların tazmini amaçlı bir dava olup;

i) Davacının banka hesapları üzerinde uygulanan ihtiyati hacizler,

ii) İhtiyati haciz sürecinde bu kez hukuk mahkemesinde açılan tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları ile banka hesapları ve özel otomobili hakkında uygulanan tedbir ve hacizler

dolayısı ile uğradığı maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir.

Bu işlemlerin haksızlığı gerek ihtiyati hacizlere karşı vergi yargısı tarafından verilen kararlarla gerek tasarrufun iptali davasında verilen kararla saptanmış ve bu kararlar kesinleşmiştir.

Anılan işlemlerden dolayı açılan tazminat davası önce asliye hukuk mahkemesinde görülmüştür²⁴. Davacı taraf sözü edilen davayı her ne kadar hukuk mahkemesinde açmış ise de vergi davasına ilişkin 30 günlük süreden sonra, ancak idari dava açma süresi olan 60 günlük sürenin bitiminden önce açmıştır.

Sonrasında asliye hukuk mahkemesi görevsizlik kararı vererek dosyayı idare mahkemesine göndermiş, idare mahkemesi görevsizlik kararı ile dosyayı vergi mahkemesine göndermiş, vergi mahkemesi görevsizlik kararı vermiş ve

²⁴ Çalışmamızın idari işlemler ve/veya eylemler neticesinde uğranılan zararlardan dolayı açılan tazminat davalarında görev sorunu ile ilgili olmadığından burada bu konudaki tartışmalardan ve açıklamalardan kaçındığımızı belirtmekte yarar görmekteyiz. Bununla birlikte ana başlıklarla belirtilmesi gerekenler şunlardır: Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca sözü edilen dava idare ajanının kusuru ne olursa olsun idare aleyhine açılacaktır. Görevli yargı idari yargıdır. Sorun idari yargıda idare mahkemelerinin mi, yoksa vergi mahkemelerinin mi görevli olduğu sorunudur. İYUK'un 37 ve 2576 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile vergi mahkemelerine verilen görevlerle ilgili bir dava değildir. Somut uyumsuzlukta görev idare mahkemelerindedir. (1) Tasarrufun iptali davasında verilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararlarından dolayı uğranılan zararın tazmini konusunda 2576 sy. Yasa madde 6/b ile verilen yetkinin tartışılabileceği varsayılsa dahi; öncelikle burada anılan hükümdeki "6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin bir dava" yani 6183 sayılı Yasa'da yer alan yetkilere dayanıp bu yetkiler uyarınca vergi görevlileri tarafından yapılan bir uygulama bulunmayıp, oradaki usul kullanılarak adli yargıdan alınan bir kararın uygulattırılması söz konusudur. Vergi idaresi tarafından uygulanan ihtiyati hacizlerden dolayı uğranılan zararın tazmini talebine gelince; bu talep kısmı da 6183 "uygulanmasına ilişkin" bir dava değil, uygulanmasından doğan zararlara ilişkin bir davadır.

nihayet bölge idare mahkemesi (BİM) vergi mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiş ve davaya vergi mahkemesi bakmıştır.

Vergi mahkemesi tesis ettiği nihai kararda, idari işlemlerin haksızlığını saptayan ve hükümü kesinleştiren kararın davacıya tebliği üzerine asliye hukuk mahkemesinde açılan ilk davanın vergi mahkemelerinde dava açma süresi olan 30 günlük süre içinde açılmadığından bahisle davanın süre aşımı yönünden reddine karar vermiştir.

Bu kararın temyizi üzerine Danıştay ilgili dairesi, yerel mahkeme kararını aynı gerekçeleri uygun bulduğunu belirterek onamış ve davacının temyiz istemini reddetmiştir²⁵. Nihayet davacının karar düzeltme talebinin de reddi üzerine karar kesinleşmiştir.

B) İkinci Olay ve Yargılama Süreci

İkinci örnek olaydaki gelişim şu şekildedir: Davacı şirket 5811 sayılı Bazı Varlıkların Millî Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'dan yararlanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açma süresi içerisinde ilk önce idare mahkemesi nezdinde dava açmış, davayı inceleyen idare mahkemesi işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava-

²⁵ Danıştay 4. Dairesi'nin 10.03.2016 tarih ve 2016/811-1055 sayılı Kararı (yayınlanmamıştır). Karar düzeltme talebinin de reddi üzerine karar kesinleşmiştir.

Bu noktada bir saptamada bulunmakta yarar vardır. Her ne kadar AYM bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda “yerel mahkeme kararında bir gerekçe gösterilmişse temyiz ya da itiraz incelemesinde ayrıca gerekçe gösterilmeksizin o gerekçenin uygun bulunmuş olmasını” gerekçesiz karar olarak nitelendirmemekte ise de; görevsizlik kararının temyizi üzerine görev konusunun yerel mahkemede hiç tartışılmamış ve/veya kararda karşılanmamış olduğu durumlarda yerel mahkeme kararının uygun bulunduğu yolundaki onama kararının gerekçeli bir karar olduğundan söz edilemez. Özeti ancak yerel mahkeme kararında bir gerekçe var ise o gerekçenin uygun bulunması da gerekçe olarak kabul edilebilir. Yerel mahkeme kararında bir gerekçe var ancak o temyiz sebebine ilişkin değilse ya da o temyiz sebebi bu olaydaki nihai hükümlerle birlikte ortaya çıkmışsa, artık gerekçeli bir kararın varlığından söz edilebilmesi olanaklı değildir. Bu gibi durumlarda da adil yargılama hakkının ihlali söz konusudur.

Adil yargılama hakkı ve adil yargılama yükümü ve bunların bir türevi olan gerekçeli karar hakkı/yükümü AİHM ve AYM kararlarında da vurgulanmıştır. Örnek olarak belirtmek gerekirse: AİHM **16.12.1992 tarih ve 12945/87 başvuru numaralı Georgia d. v. Greece kararında**; “Dava, ayrıntılı gerekçe verilmeden, sadece ilgili iç hukuk maddesine gönderme yapılarak karara bağlanıyorsa, özellikle de bu maddenin içeriği yerterine belirgin değilse, hakkaniyete uygun yargılama açısından ihlal oluşacaktır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. **Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Birinci Komisyonu tarafından verilen 04.11.2014 tarih ve 2014/2388 başvuru numaralı Kararda ise**: “...Danıştay temyiz incelemesi safhasında 5216 sayılı Kanunun 14. maddesinin beşinci fıkrasının iptal edildiği ve bu madde ile mülki idare amirlerine verilen dava açma yetkisinin iptal edildiği dikkate alındığında, Danıştay tarafından, Antalya Valiliği tarafından Antalya Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine açılan davanın dayanağı olan 5216 sayılı Kanunun 14. maddesinin beşinci fıkrasının iptal edildiği göz önünde bulundurulurken, davacının, dava şartı olan ve davanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gereken dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, benzer konularda temyiz incelemesi sonucu verilen kararlarla karşılaştırma yapılarak ve bu hususların tamamı tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu konular değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın onama kararı verilmesinin...” başvurucunun gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

yı reddetmiş, temyiz başvurusu üzerine Danıştay Onuncu Dairesi olayda iptali istenen işlemin çeşitli gerekçelerden yola çıkarak vergi mevzuatıyla ilgili bulunduğu kabulü gerektiğinden davanın görüm ve çözümünün vergi mahkemesinin görev alanına girdiği gerekçesiyle kararı bozmuş, bozma kararına uyan idare mahkemesi dosyanın görevli vergi mahkemesine gönderilmesine karar vermiş ve nihayet görev ret kararı uyarınca dosya kendisine gelen vergi mahkemesi, söz konusu işleme karşı tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde dava açılması gerekirken bu süre geçtikten sonra açılmış olan davayı süre aşımı nedeniyle reddetmiştir.

Konu Danıştay 3. Dairesi'nde ele alınmış ve sonuçta ayrıntılı bir karar ile temyiz edenin hak arama özgürlüğünün ve onun bir türevi olan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Sözü edilen kararın üzerinde durulması gereken gerçek bölümü:

“...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının ihlal edildiğine hükmettiği 14.10.2008 tarihli Mesutoğlu-Türkiye kararındaki olayın; trafik kazasında hayatını kaybedenlerin varisleri tarafından Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davasında Mahkemece, dava görev yönünden reddedilerek davacıların başvurusuna binaen dava dosyasının İdare Mahkemesine gönderildiği, davanın kendisine geldiği tarihten yaklaşık iki yıl sonra Asliye Hukuk Mahkemesinin görev ret kararı üzerine doğrudan 30 gün içerisinde İdare Mahkemesinde dava açılmadığı gerekçesiyle davanın İdare Mahkemesince reddedilmesi ve kanun yollarından geçerek kesinleşmesi şeklinde gerçekleştiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararında mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, özellikle bir başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarla ilgili olarak zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, zira erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve Sözleşmeciler Devletlerin bu konuda belirli bir takdir payına sahip olduklarını, bununla birlikte getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini, ayrıca mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde 6'ncı maddenin 1'inci fıkrası ile bağdaşabileceğinin belirtmiştir.

Davacı tarafından dava konusu edilen işlemin hangi mahkemenin görevine girdiği hususunun idare mahkemesince dahi tespit edilemediği göz önünde bulundurulursa, bu tespitin davacıdan beklenilmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceği ve davanın konusunun görev yönünden arz ettiği bu muğlaklığa rağmen getirilecek kısıtlamanın, mahkemeye erişim hakkının özünü ortadan kaldıracak bir mahiyet kazanacağı ve bu durumun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin ihlali anlamına geleceği açıktır.

Bu durumda; davayı süre aşımı nedeniyle reddeden Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır...”

şeklinde dir²⁶.

²⁶ Danıştay 3. Dairesi'nin 21.01.2015 tarih ve 2013/5292 E., 2015/42 K. sayılı Kararı.

C) Değerlendirme

1) 'Mahkemeye Erişim Hakkı' özelinde normu hukukla okumak.

Görüleceği üzere her iki karara konu olayda da davanın nerede ve buna bağlı olarak hangi sürede açılacağı yolunda tartışma bulunmakta ve dahası yargı makamları dahi bu konuda net bir sonuca ulaşamamışlardır.

Birinci olayda adli idari yargı görev ikilemi yaşanmış bilahare adli yargı kendisini görevsiz görmüş ve idari yargıda da idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri arasında yaşanan görev sorununu BİM çözmeye çalışmıştır.

İkinci olayda ise dava önce idare mahkemesinde görülüp esastan karara bağlanmış, Danıştay 10. Dairesi kararı görevin vergi mahkemesine ait olduğu gerekçesi ile bozmuş, vergi mahkemesi de davanın vergi mahkemelerinde genel dava açma süresi olan 30 gün içinde açılmadığından bahisle davayı reddetmiştir.

Her iki olaydaki uyuşmazlık da aynı olup idare mahkemesi vergi mahkemesi görev ikileminde yaşanan görev sorunu sonucunda dava önüne gelen vergi mahkemeleri "idare mahkemelerinde dava açma süresi olan 60 gün geçmeden" ancak vergi mahkemelerinde dava açma süresi olan 30 gün geçtikten sonra açılan davaları süre aşımı yönünden reddetmiştir. Her iki süreçte de idare ve vergi mahkemeleri arasında görevin hangi mahkemeye ait olduğuna dair sorun yaşanmıştır.

Bu noktada Danıştay 3. Daire Kararı'nda sözü edilen ancak gerekçe atıfta bulunulurken can alıcı bölümlerinin tümüne değinilmeyen AİHM'nin Mesutoğlu -Türkiye Kararı'nın irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.²⁷

AİHM'nin ön saptamalarından birincisi mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, özellikle bir başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarla ilgili olarak zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara tabi olabileceğine ve zira erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğine ve Sözleşmeciler Devletlerin bu konuda belirli bir takdir payına sahip olduklarına değinmiştir²⁸. Özeti hakkın özünü ortadan kaldırmamak kaydı ile üye Devletlerin usuli birtakım düzenlemeler yapabilmeleri esastır²⁹.

AİHM ayrıca yine bir ön değerlendirme olarak iç mevzuatı yorumlamanın birinci derecede ulusal makamlara özellikle de mahkemelere ve yüksek yargı organlarına düştüğünü hatırlatmış ve görevinin söz konusu yorumun etkilerinin AİHS ile bağdaşır bağdaşmadığı tespitinde bulunmaktan ibaret olduğunu vurgulamıştır³⁰. Bu durum özellikle usule ilişkin kuralların mahkemeler tarafından yorumlanması söz konusu olduğunda geçerlidir.

Mahkemenin bu noktada çarpıcı bir saptaması bu tür bir yetkinin ve özerklik alanının olabileceğini kabul etmesine rağmen sonuç amacın adaletin

²⁷ Affaire Mesutoğlu c. Turquie, Requete no: 36522/04, 14.10.2008(Orijinal metin için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88961>).

²⁸ Mesutoğlu c. Turquie, B: Sur le Fond (Esas), parag: 21. Ayrıca bkz. kararda atıfta bulunulan: Garcia Manibardo - İspanya, Başvuru no: 38695/97; Zvolosky ve Zvoloska - Çek Cumhuriyeti, Başvuru no: 46129/99, 12.11.2002 Kararları.

²⁹ Mesutoğlu c. Turquie, parag: 21.

³⁰ Mesutoğlu c. Turquie, parag: 20.

Kararların orijinal metinlerine [http://hudoc.echr.coe.int/eng#?fulltext":\["Walchli"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#?fulltext) adresinden ulaşılabilir.

yerine gelmesi ve hukuki güvenliğe saygı olması gerektirir³¹. Mahkemeye göre sınırlama olabilir ama bu sınırlama da adalet duygusuna ve gerçekleşmesine hizmet etmelidir.

Keza daha da önemlisi AİHM'ye göre; getirilen kısıtlamalar, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememelidir. Ayrıca mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamalar, ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde 6/1. maddesi ile bağdaştırılabilir³².

Bu ilkeler: dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olabileceği kabul edilmekle birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, diğer yandan, kanunla öngörülmuş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiğini sonuçlamaktadır³³.

AİHM kararının devam eden bölümlerinde somut olay ve özelliklerine ilişkin birtakım açıklamalar yapıldıktan sonra³⁴; İdari Yargılama Usulü Kanu-

³¹ Bir başvuruda bulunmak için yerine getirilmesi gereken formaliteler ve riayet edilmesi gereken sürelerle ilgili düzenleme, adaletin tecellisinin ve bilhassa hukuki güvenliğe saygının temin edilmesini amaçlamaktadır. (Mesutoğlu c. Turquie, parag: 20. Ayrıca kararda da atıfta bulunulan ilke kararı için bkz: Walchli-France, Requete no: 35787/03.26.2007)

³² Mesutoğlu kararında bu noktada ilke kararları olarak görülen Nedzela c France, Requete no: 73965/01, 27.07.2006; Guérin c France, 29.07.1998 kararlarına atıfta bulunulmuştur (Mesutoğlu c. Turquie, parag: 21). Keza Danıştay 3. Dairesi'nin yukarıda incelenen kararında da gerekçe olarak bu bölüm aktarılmıştır. Ama hemen yukarıdaki metinde de değindiğimiz üzere bu bölüm kararın gerekçesi ve can alıcı noktası değildir.

³³ Mesutoğlu c. Turquie, parag: 22.

³⁴ Kararın sözü edilen bölümü:

“Mevcut davada, AİHM, ilk olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin Türk İdare Hukukunda bir davanın kabule dileyebilirliğine ilişkin koşullardan birini düzenlediğini belirtmektedir. İkinci olarak ise AİHM, İdari Yargılama Usulü Kanununun, hukuk mahkemesinin *ratione materiae* bakımından yetkisi bulunmadığının tespit edilmesinin ardından dava dosyasının söz konusu mahkeme tarafından idare mahkemesine gönderilmesi aracılığı ile idare mahkemesinde dava açılmasını öngörmediğine hükmederek İdare Mahkemesinin esas bakımından inceleme yapmaksızın başvuranların davasını reddettiğini gözlemlemektedir. AİHM, son olarak, İdare Mahkemesi'nin, davanın unsurları göz önüne alındığında olması gerektiği gibi, söz konusu sonuca yargılamanın başında değil de ikinci dava dilekçesinin verilmesinden ve özellikle tarafların layihalarını birbirlerine bildirmeleri gibi usulü muamelelerin ardından yirmi aydan fazla bir sürenin sonunda ulaştığını tespit etmektedir. Önce İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun diğer tüm gereklerine uygun olan başvuranların başvurusunu kabule dileyebilir bulan İdare Mahkemesi, daha sonra başvuranların, esasa ilişkin karar beklentisi içinde oldukları safhada başvuru usul hatası olduğu gerekçesi ile reddetmiştir. (parag: 23) Ayrıca AİHM, öncelikle, davanın idare mahkemesi tarafından görülmesine karar veren Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu gözlemlemektedir. AİHM, esasa ilişkin olarak ihtilafı yargılamanın sonucunun ne olacağı konusunda yorumda bulunmaksızın, davanın istisnai koşullarına bakıldığında, başvuranların dava dosyasının görevsizlik kararı veren Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından İdare Mahkemesine gönderilmesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi ile öngörülen ayrıntı ve usullere sıkı sıkıya bağlı kalarak başvuranların İdare Mahkemesine başvurusu arasında alınacak sonuç açısından hiçbir fark bulunmadığına kanaat getirmektedir. Hangi yöntem aracı-

nu'nun 4. maddesi ile birlikte 9. maddesinin ratio legis'i (kabul edilmiş nedeni) idare mahkemelerine erişimi kolaylaştırmaktır. Oysa mevcut davada; başvuruları, esas bakımından dilekçelerinin incelenmesinden yoksun bırakan usuli muameleye ilişkin bir gerekliliğin yorumu söz konusudur ki bu durum mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal oluşturacak niteliktedir denilmiş ve bu konuda ilgili bazı kararlara atıfta bulunulmuştur³⁵.

Nihayet Mesutoğlu Kararı'nda sonuç olarak; *“Yukarıda söylenenler ışığında, AİHM, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu 9. maddesini çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuruları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'nin 6/1 maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı”* kanaati aktarılmıştır.

Makalemizin bu bölümündeki açıklama ve önceki açıklamalar birlikte okunduğunda ulaşılan sonuçlar şunlardır: (i) Devletlerin doğası gereği mahkemeye erişim hakkına ilişkin bazı sınırlamalar getirebilecekleri ve bunun makul olduğu, (ii) bu düzenlemelerin hakkın özünü ortadan kaldırıcı nitelikte olmaması gerektiği ve nihai amacın adalet ve hukuki güvenlik olması gerektiği, (iii) mahkemeye erişim hakkının doğası gereği yasal koşullarının bulunabileceği, ancak mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan hakkaniyete zarar verici abartılı şekilcilikten diğer yandan da usul kurallarını ortadan kaldırıcı gevşeklikten kaçınmaları gerektiği, (iv) her olasılıkta karmaşık, mahkemeye erişim hakkının özünü ortadan kaldırıcı nitelikte kuralların erişim hakkını sınırlayıcı nitelikte olduklarıdır.

İşte karmaşık başvuru kurallarının bulunduğu durumlarda lehe yorumun ve daha fazla olan başvuru/dava süresinin aranması gerekliliği de bu sebeptir.

Kaldı ki Anayasa'nın 40/2. maddesinde; *“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.”* şeklindeki bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin gerekçesi de dikkate alındığında, düzenleme ile bireylerin hak arama özgürlüklerinin güvence altına alındığı ve son derece dağınık mevzuat ve uygulama farklılığı karşısında bireylerin dava açma süreleri konusunda yeterli bilgi sahibi olmayabilecekleri öngörülerek hüküm getirildiği görülmektedir.

Bunun anlamı hukuk sistemimizin ve normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan kuralları getiren norm koyucunun ister işlemlerde sürenin belirtilmesi isterse uygulamada karmaşıklık ve tartışmalı durumların bulunması hallerinde genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği yolunda bir iradeye sahip olduğu ve sistemin de bu amacı gözeterek işlemesi gerektiğidir.

lığı ile olursa olsun, mevcut davada ulaşılmak istenen amaç davanın ratione materiae bakımından yetkili bir mahkemede görülmesiydi. Mevcut davada 9. maddenin kati surette uygulanması gerektiği farz edilse dahi AİHM, ihtilafı yargılamanın hemen başında ve İdare Mahkemesi'nin ara kararının hemen ardından, başvuruların, tam anlamıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun hükümlerine uygun olarak yeni bir başvuruda bulunduğunu not etmektedir(parag 24)” şeklindedir.

³⁵ Mesutoğlu c. Turquie, parag: 25. Atıfta bulunulan kararlar: Miragall Escolano et autres c Espagne Requete no: 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41466/98, 41484/98, 41487/98 ve 41509/98.

Müstakar hale gelen Danıştay kararlarına bakıldığında vergisel işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği durumlarda genel dava açma süresinin uygulanacağı kabul edildiği görülmektedir³⁶.

Bir diğer örnek, ihbarnameye karşı olan 30 günlük yasal dava açma süresinin (işlemlerde süre belirtilmediği durumlarda) 60 güne uzayacağı yönündeki yargısal uygulamadır.

Ara özetle; idarenin zımni işlemlerinde karışık ve müphem mevzuat hükümlerinin bulunması halinde ve yargı organlarının da görev konusunu (dolayısıyla da dava açma süresini) netleştiremediği bir konuda genel dava açma süresinin evleviyetle uygulanması aynı Anayasal zorunluluğun, hukukun ve hakkaniyetin bir gereğidir.

Tüm bu açıklamalardan çıkan sonuç ise farklı yargı disiplinindeki mahkemelerin kendi aralarında, aynı yargı disiplinindeki mahkemelerin kendi aralarında (idare mahkemeleri-vergi mahkemeleri), ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında, yüksek mahkemelerin farklı daireleri arasında başvuru makamı ve süresi konusunda tam bir görüş birliği bulunmadığı durumlarda, bireylerden davayı doğru kabul edilen yerde ve sürede açmalarının beklenmesi hususunun hakkaniyete aykırı olduğudur.

Amaç erişimi kolaylaştırmak olduğunda, adalet mahkemelerin dahi tartıştığı bir konuda bireylerden davayı doğru yerde doğru zamanda açmalarının beklenmemesidir. Aksi nitelikteki ve sonuçlu kararlar mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliği taşıyacaktır.

2) ‘Çelişkili Karar Yasağı’ yönünden değerlendirme

Bu başlık altında çelişkili mevzuat ve çelişkili içtihat yasağına değinilecek, bu yapılırken ana konumuz olmadığından ayrıntılı bilgi vermekten kaçınılacak yalnızca çalışma konumuz ile bağlantılı olarak yerleşik AİHM ve AYM uygulamasına değinilecektir³⁷.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 1 No.lu Protokolü’nün 1. maddesi-ne göre mülkiyet hakkına kanunla vergisel müdahale meşrudur. Buradaki ka-

³⁶ Bu kararlara örnek olarak: Danıştay 4. Dairesi’nin 11.12.2012 tarihli ve 2010/3734 E., 2012/8347 K. sayılı: “...Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçe-sinde de belirtildiği gibi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Ver-gi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanunda, 2577 sayılı İdari Yargı-lama Usulü Kanununda ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunda yer alan dava açma süreleri ve bunlara ilişkin diğer özel düzenlemeler dikkate alındığında, son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından öngörülen zorunluluğa uyulmadığını göstermekte, do-layısıyla, Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı bir sonuç doğurmakta ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40 ıncı maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle, özel yasasında yer alan düzenleme gereği tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde dava açılması gereken ödeme emirlerinin içeriğinde, bu bilgiye yer verilmemiş ol-duğundan, bu ödeme emirlerine karşı açılan davada, anılan Anayasa hükmü karşısında dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır...” şeklin-deki kararı gösterilebilir.

³⁷ Ayrıntılı bilgi ve özgün çalışma için bkz: YALTI Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Mü-dahalede Kanunilik- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yeni Kararlarında “Çelişik Mevzuat” ve “Çelişik İchtihat”, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2011, sy. 276, s. 7-18.

nun kavramının içeriği ve niteliksel unsurları İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararları ile şekillenmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına müdahale eden bir iç hukuk kuralının "kanun" mahiyeti belirli, açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmasına bağlıdır³⁸ 39.

Çelişik mevzuat, çelişik içtihat ya da çelişkili karar yasağı olarak adlandırılan durum özetle; anlam ve kapsamı açık olmayan iç hukuk düzenlemelerinin yarattığı belirsizlik yüzünden, yargı organlarının farklı ve çelişkili yorumda bulunmasının hukuksal öngörülebilirliğe aykırı olması halidir.

Gerek AİHM gerekse AYM aynı konuda özellikle kanun yolu aşamasında yargılama makamları tarafından verilen çelişkili kararları hak ihlali kabul etmekte ve bu durum bir mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilmekte ve son tahlilde yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmaktadır.

Bu bağlamda dikkat çekici olan karar Serkov Kararı'dır.

Sözü edilen Karar'ın önem taşıyan bölümleri: "...Mahkeme (AİHM), yasanın emsal yorumunun neden değiştirildiği açıklayan ikna edici sebeplerin olabileceğini kabul etmektedir. Mahkemenin bizatihi kendisi, Sözleşmeyi yorum faaliyetinde canlı ve geliştirmeci yaklaşımlar uygularken, gerekli olduğu zaman, Sözleşmenin etkinliğini ve güncelliğini sağlamak amacıyla daha önceki yorumundan ayrılabilirliktedir.

Bununla birlikte, Mahkeme başvurucağın karşı karşıya kaldığı yorum değişikliğini haklı kılacak bir sebep görmemektedir. Gerçekte, Yüksek Mahkeme, yorum değişikliğini açıklamak üzere bir sebep de göstermemiştir. Böyle bir şeffaflık eksikliği kamusal itimad ve hukuka güveni sarsmış olabilir. Bu davadaki koşullar altında, Mahkeme, ilgili mevzuat hükümlerinin ulusal mahkemelere yorumlanış biçiminin öngörülebilirliği zedelediği kanaatinde dir.

Mahkeme, aynı mevzuat hükümlerinin bu şekilde farklı yorumlanması olasılığının esas olarak konuyu düzenleyen ulusal hukukun isabetsiz düzenlenişinden kaynakladığına da işaret eder. Başkanlık Kararnamesi ile KDV Kanununda yer alan hükümler, aralarında uyum sağlayacak şekilde yorum yapmak ve aynı zamanda bu hükümlerin koşullarının tam kapsamını ve anlamını anlamak bakımından gerekçelendirilemeyen bir boşluk yaratmıştır.

Dolayısıyla, Mahkemenin görüşüne göre, bu derece önemli bir mali konuyu düzenleyen ulusal kanunun öngörülebilirliğinin ve belirliliğinin sağlanmamış olması, karşıt yargısal görüşlerin üretilmesine cevaz vererek, Sözleşme çerçevesinde aranan kanunun niteliksel yönüne (quality of law) ilişkin koşulu zedelemiştir... "şeklindedir.

Görüleceği üzere Mahkeme aynı hukuksal konuda farklı yüksek yargı kararları bulunmasının mülkiyet hakkı ile yasaların belirliliği ilkesine aykırı olduğunu kesin olarak saptamıştır. Makale konumuz özelinde de benzer bir durum

³⁸ YALTI, a.g.e., s. 65.

³⁹ "... fakat İHAM'ın bu konudaki içtihadının sayısı sadece bir dava (Spacek) ile sınırlı olmuş; hatta davada verilen karar yazında eleştiri konusu edilmiştir. Buna karşılık, Mahkemenin yakın tarihli iki kararı (Shchokin ve Serkov) söz konusu durumu değiştirecek mahiyettedir. Bu davalardan biri, hem yatay hem de dikey çatışma halinde olan iç hukuk kurallarının belirliliğe aykırı bulunması ile sonuçlanmıştır. Diğerinde ise, anlam ve kapsamı açık olmayan iç hukuk düzenlemelerinin yarattığı belirsizlik yüzünden, yargı organlarının farklı ve çelişkili yorumda bulunması öngörülebilirliğe aykırı bulunmuştur" YALTI, a.g.m., s.10.

vardır ve aynı konuda farklı yüksek yargı makamlarınca farklı sonuçlara ulaşılmış olması (davanın hangi sürede, hangi mahkemede açılacağı konusundaki iç hukuk kuralının belirsiz olması nedeni ile yasallık ilkesine aykırılığı ve bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmış olması) hususu; çelişkili içtihat durumuna/çelişkili karar yasağına mutlak aykırılık oluşturmaktadır.

Vergi Hukuku özelinde bu çalışmada ele alınan uyuşmazlıklardaki uygulamanın mülkiyet hakkı ihlali olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Benzer ihlallerin AİHM önüne taşınması olası olup, adil yargılanma hakkının ihlali kararı verilmesi de yüksek olasılıktır. Kaldı ki bu durum AİHM kararı olmaksızın da hukuksal yaklaşım gereği yasanın lafzı aşılarak bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmelidir. AİHM Kararı ile benzer aykırılıkların saptanması halinde ise Devletimizin tazminatla karşı karşıya kalması bir yana, yasa gereği açık bir yargılamanın yenilenmesi sebebinin ortaya çıkacağı da mutlaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolu ile önüne gelen olaylarda bazı benzer kararlar verdiği de görülmektedir. Bu nitelikteki kararlara örnek olarak 22.09.2016 tarihli ve 2014/1182 Başvuru no.lu Karar gösterilebilir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi bu kabulü ile yüksek yargıdaki aynı konuda verilen farklı kararların hak ihlali (Anayasa m. 2/hukukun belirliliği ve öngörülebilirlik ve mülkiyet hakkı ihlali) niteliği taşıdığını bazı kararlarında açıkça belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin çelişkili içtihat konusundaki kararlarında ölçütü; yorum ve delil değerlendirmesinden kaynaklanan içtihat farklılıklarının tek başına ihlal olarak kabul edilemeyeceğidir⁴¹.

Bu itibarla yargı makamlarının ve özellikle de yüksek yargı makamlarının Vergi Hukuku özelinde de aynı konuda farklı doğrultularda verdiği kararların AİHM incelemesinden geçmeden önce, Anayasa Mahkemesi incelemesi sonucunda da kuvvetli olasılıkla mülkiyet hakkı ihlali ve şartları varsa adil yargılanma hakkı ihlali olarak kabul edileceği açıktır.

Bu maktelede aktarılan örneklerde yorum farklılığı bulunduğundan söz edilebilmesi de olanaksızdır.

⁴⁰ “Buna göre birlikte aynı iş yerinde çalışan, yakın tarihlerde işten çıkarılan ve aynı Mahkemede aynı nitelikte tespit davası açan işçilerle ilgili benzer gerekçelerle verilen kararların bir kısmının Yargıtay 10. Hukuk Dairesince bozularak neticede davalar reddedilirken bir kısım işçiyile ilgili kabul kararlarının Yargıtay 21. Hukuk Dairesince onanması ve davaların bu şekilde kesinleşmesi nedeniyle benzer durumda bulunan kişiler arasında yargısal sistemin işleyişinden kaynaklanan nedenlerle farklı hukuki statüler meydana getirildiği, başvurucular açısından bu durumun öngörülebilirlik sınırları içinde değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır” (Anılan Karar parag: 50)

“Başvurucuların davalarının ne şekilde sonuçlanması gerektiğine dair herhangi bir çıkarım yapmak Anayasa Mahkemesinin değerlendirme yetkisi dışında kalmakla birlikte nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri arasındaki yorum farklılıklarının benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığı ve başvurucular için öngörülemez nitelikte olduğu anlaşılmıştır” (Anılan Karar parag: 51)

⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.09.2013 tarihli ve 2013/3351 no.lu, 10.12.2014 tarihli ve 2013/1995 Başvuru no.lu ve 15.10.2014 tarihli ve 2015/1660 no.lu kararları bu nitelikteki kararlara örnek olarak gösterilebilir.

SONUÇ

Makalemiz kapsamında yapılan tüm açıklamalar her ne kadar AİHM Mesutoğlu-Türkiye kararındaki can alıcı noktaların tümü aktarılmamış olsa da; ikinci örnek Danıştay kararındaki değerlendirmenin doğruyu yansıttığı ve hukuka uygun bir yorum olduğunun kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Dahası Vergi Hukuku'nda aynı konuda farklı kişiler hakkında dahi olsa yargılama makamlarınca farklı sonuçlara ulaşılmış olmasının mülkiyet hakkı ile adil yargılanma hakkı ihlali olduğu da unutulmamalıdır. Bu gibi durumlarda Devletimizin tazminat yükümü ile karşı karşıya bırakılmaması ve yargulamaların yenilenmemesi açısından yargıya önemli görevler düşmektedir.

Özellikle usul kuralları konusundaki girift, karmaşık ve yargı makamları arasında dahi farklı yorumlara sebep olan konularda, vatandaşın doğruyu bulmasının beklenmesi hali tipik hak ihlali oluşturmaktadır.

İşte bizim hakkı hukukla okumak, normu hukukla okumak olarak adlandırdığımız yaklaşım da budur. Hakkaniyet, adalet ve sosyal yaşamın gerekleri zorunlu kıldığında norm bloğunu dahi aşmaktır hukuk.

Ama Mesutoğlu-Türkiye Kararı'nda değinildiği gibi sistemi gevşetecek yorumlardan da kaçınılmalıdır. Temel ölçüt vicdan, hakkaniyet ve adalet olmalıdır. Bu durum özellikle usul kurallarının daha da özelinde görev ve hak düşümü süresine ilişkin kurallarının yorumunda söz konusu olmalıdır.

Hukuk Devleti'ni satırlar arasından çıkarıp somutlaştıracak yaklaşım da budur. Hukukçuluk ise adalet ve hakkaniyet gerektirdiğinde yasayı hukukla özdeşleştirmek ya da hukuku yasa ile okumaktan vazgeçip onun ötesine, üstüne ratio legisine ulaşmak ve yasayı ilkelerle okumaktır.

KAYNAKÇA

AKAD Mehmet, DİNÇKOL Abdullah, "1982 Anayasası-Madde Gerekeçleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları", Alkim, İstanbul, 1998.

AKILLIOĞLU Tekin, " İnsan Hakları – I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri", Ankara 1995.

AYDIN Bihter, Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl:4, Sayı:15, Ekim 2013.

ÇELİK Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki yeri ve Uygulaması" (AİHS), İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Prof.Dr.Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayı, 1988, Yıl:9, sy: 1-3.

GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, Onikilevha, İstanbul, 2011.

KAŞIKCI Mahmut, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 14, Sayı 129-130, Ocak-Şubat 2007.

KAŞIKCI Mahmut, "Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları", Ethemler, İstanbul, 2007.

SABAN Nihal, "Vergi Hukuku", Beta, İstanbul, 2014, s: 585.

TEZİÇ Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, Anayasa Yargısı, Ankara 1986.

YALTI Billur, "Vergi Yükümlüsünün Hakları", İstanbul 2006.

YALTI Billur, "Uluslararası vergi Anlaşmaları", İstanbul 1995.

YALTI Billur, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yeni Kararlarında "Çelişik Mevzuat" ve "Çelişik İçtihat", Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2011, sy. 276.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku," İstanbul, 1993, s: 58.

İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998, Cilt:1.

<http://hudoc.echr.coe.int>.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

HAYAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARI'NIN TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNE UYGUNLUĞUNA İLİŞKİN BİR İNCELEME*

(ANALYSIS ON THE GENERAL TERMS AND CONDITIONS OF LIFE INSURANCE'S
COMPATIBILITY WITH THE TURKISH COMMERCIAL CODE PROVISIONS)

Dr. Evrim Akgün**

ÖZ

Hayat sigortası sözleşmelerine öncelikli olarak uygulanacak mevzuat Türk Ticaret Kanunu'dur. Bunun yanında sözleşmenin bir parçası olan Hayat Sigortası Genel Şartları ('Genel Şart') da bu tür sözleşmelerde uygulama alanı bulacaktır¹. Hâlihazırda uygulanmakta olan Hayat Sigortası Genel Şartları'nın son düzenlenme tarihi 2002 yılı iken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ('TTK') 2011 yılında kabul edilmiştir. İki düzenleme karşılaştırıldığında, Hayat Sigortası Genel Şartları'nın ilgili Kanun'da getirilen düzenlemeler ile tamamen uyumlu olmadığı görülmüştür. Bu çalışma ile amaçlanan; genel şart maddelerinin TTK düzenlemeleri ile uyumluluğunun incelenerek, hangi genel şart maddelerinin hangilerinin halen uygulanabilir olduğunun belirlenmesidir. Çalışmamızda ilk olarak genel şartlara ilişkin genel bir bilgi verilecek, sonrasında ise genel şart maddelerinin incelenmesine geçilecektir. Yapılacak incelemede öncelikle genel şart maddelerinin TTK'nın emredici hükümlerinden olan m.1452 ile 1520'nin ilk ve ikinci fıkralarına aykırı olup olmadığı tespit edilecektir. Bu incelemeden sonra ise genel şart maddelerinin, yukarıda belirtilmiş TTK hükümlerinin üçüncü fıkralarında sayılan düzenlemelere göre sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın aleyhine olup olmadığına bakılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Sigorta Hukuku, hayat sigortası, Hayat Sigortası Genel Şartları, emredici hükümler, uygunluk

ABSTRACT

The legislation to be applied primarily to life insurance contracts is the Turkish Commercial Code. Additionally, the provisions of the General Terms and Conditions of Life Insurance, which is part of the contract, will also be applied to such contracts². While the last revision of the current General Terms and Condi-

* Bu makale, 17.06.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 22.06.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 29.06.2017 tarihinde geçmiştir.

** Bahçesehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Mayıs 2017 tarihinde tamamlanan bu çalışmada, ilgili tarih itibariyle yürürlükte bulunan mevzuat dikkate alınmıştır.

² In this work which was completed on May 2017, the legislation in effect as of the relevant date has been taken into consideration.

ons of Life Insurance ('general terms') has been made in 2002, whereas the Turkish Commercial Code No.6102 ('TCC') was adopted in 2011. When the two regulations are compared, it has been understood that the provisions of the general terms are not fully compatible with the regulations of the TCC. The aim of this analysis is to scrutinise the compatibility of the provisions of general terms with the TCC regulations and determine which provisions of the general terms are still acceptable. First, a general information will be given on the general terms, then the provisions of the general terms will be examined, in this analysis. The examination will start with the determination of whether the provisions of the general terms contradict with the first and second paragraphs of Art. 1452 and Art. 1520 TCC, which are mandatory rules. After this examination, the provisions of the general terms will be scrutinised to analyse whether they are disadvantageous to the policy holder, the insured and the beneficiary according to the third paragraphs of the aforementioned articles of the TCC.

Keywords: Turkish Commercial Code, insurance law, life insurance, General Terms and Conditions of Life Insurance, mandatory rules, compatibility

I. GİRİŞ

14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), sigorta hukukuna ilişkin düzenlemelere 6. kitabında yer vermektedir. İlgili kanun sistematik olarak öncelikle genel hükümleri düzenlemiş, daha sonra ise sigorta türlerine ilişkin özel hükümlere yer vermiştir. Özel hükümler iki ana türde ele alınmış, bu şekilde öncelikle zarar sigortaları, hemen ardından ise can sigortaları düzenlenmiştir. Can sigortaları da hayat, kaza, hastalık ve sağlık sigortaları olarak alt türlere ayrılmış bulunmaktadır. Bunlardan, konumuzu teşkil eden hayat sigortalarına ilişkin özel olarak getirilmiş düzenlemeler kanununun 1487 ila 1506. maddeleri arasında bulunmaktadır.

Sigortacılık Kanunu m.11/1 hükmü uyarınca sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, "müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir"³. Dolayısıyla sigorta genel şartları sigorta sözleşmesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Sigorta genel şartları, benzer rizikolara maruz kalan kişilere eşit kapsam ve koşullarla teminat sağlanmasını temin amacıyla Hazine Müsteşarlığı tarafından, gelecekte belirli bir sigorta dalında yapılacak tüm sigorta sözleşmelerinin temelini teşkil etmek üzere önceden hazırlanan, genel ve soyut nitelikte, genellikle basılı ve yazılı kayıtlardır⁴.

Sigorta genel şartlarında genellikle kanunda kapsamı tam olarak belirlenmemiş hususlar düzenlenir. Dolayısıyla sigorta genel şartlarının kanundan

³ SK m.34/2 b.f uyarınca eğer bu düzenlemenin aksine genel şart düzenlemelerine aykırı davranılırsa, Müsteşarlık tarafından sigortacıya onbin Türk Lirası idari ceza uygulanacaktır.

⁴ Mehmet Bahtiyar, "Sigorta Poliçesi Genel Koşulları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XIX, Sayı 2, 1997, s. 93; Rayegan Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2016, s. 32.

doğın hakları tamamlamak ve bugünün gereksinimlerini karşılamak gibi bir işlevi olduğu da söylenebilir⁵.

Genel şartlar sözleşmesel niteliğe sahip olduklarından⁶ emredici hükümlere aykırı olmamaları gerekir⁷. Yine aynı sebeple, taraflarca bunların aksine olacak şekilde anlaşma yapılması da mümkündür⁸.

TTK m. 1425/3 hükmü uyarınca kanunda aksine hüküm bulunmaması durumunda, genel şartlarda sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtarın lehine bir değişiklik söz konusu olursa, genel şart düzenlemesi doğrudan ve hemen uygulanacaktır. Bu durumun tek istisnası, değişikliğin ek prim alınmasını gerektirmesidir. Bu halde sigortacı genel şart değişikliğinden itibaren sekiz gün içerisinde prim farkı talep edebilir; talep sigorta ettiren tarafından sekiz gün içerisinde kabul edilmezse, sigorta sözleşmesi eski genel şartlarla devam edecektir. İlgili madde hükmünün uygulanmasına ilişkin dikkat edilmesi gereken husus, genel şart değişikliğinin ancak değişikliği takip eden günlerde kazanılacak haklar bakımından uygulanabilecek olduğudur. Dolayısıyla örneğin rizikonun gerçekleştiği anda yürürlükte olan genel şartlara göre teminat dışında olan bir husus, sigorta süresi sona ermeden önce bir genel şart değişikliği ile teminat kapsamına dahil edilirse, sigorta ettiren eski riziko dolayısıyla geriye yönelik sigorta tazminatına hak kazanmaz⁹.

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile artık hayat sigortası sözleşmelerine bu kanunun ilgili düzenlemeleri ile Hayat Sigortası Genel Şartları, ayrıca eğer mevcutsa taraflarca belirlenen sözleşme özel şartları da uygulanacaktır¹⁰. Hâlihazırda uygulanmakta olan Hayat Sigortası Genel Şartları'nın en son düzenlenme tarihi 2002 yılıdır. Bu şartların düzenlenme tarihinde yürürlükte olan kanun ise 6102 sayılı mevcut TTK değil, 1956 tarih ve 6762 sayılı TTK'dır. Dolayısıyla, bu şartlar hazırlanırken 6762 sayılı TTK'daki düzenlemeler temel alınmış bulunmaktadır; bu nedenle mevcut Hayat Sigortası Genel Şartları mülga kanun ile paralel düzenlemelere sahiptir. Ancak 2011 yılında kabul edilen 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile, yürürlükteki kanunun hayat sigortalarına ilişkin getirdiği düzenlemeler ve (mülga TTK'ya göre hazırlanmış) mevcut Hayat Sigortası Genel Şartları arasında uyumsuzluk baş göstermiştir.

6102 sayılı TTK sistematik açısından emredici düzenlemeleri üç ayrı madde hükmünde "koruyucu hükümler" başlığı altında düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki genel hükümlerde yer alan madde 1452 hükmü, ikincisi zarar sigortalarının düzenlendiği bölümdeki madde 1486 hükmü ve sonuncusu ise can sigortaları bölümünün sonunda yer alan madde 1520 hükmüdür¹¹.

⁵ Bahtiyar, Genel Koşullar s. 93.

⁶ Bahtiyar, Genel Koşullar s. 95-96.

⁷ Haydar Arseven, **Sigorta Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1991, s. 33; Işıl Ulaş, **Uygulamalı Can Sigortası Hukuku**, Ankara 2002, s. 74; Bahtiyar, Genel Koşullar s. 100; Şaban Kayıhan, Ömer Bağcı, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Kocaeli 2016, s.102.

⁸ Samim Ünan, **Hayat Sigortası Sözleşmesi**, İstanbul 1998, s. 78.

⁹ Samim Ünan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Sigorta Hukuku Cilt I – Genel Hükümler**, İstanbul 2016, s. 256.

¹⁰ Özel şartlara ilişkin ayrıntılı açıklama için lütfen bkz. "C.14- Özel Şartlar" başlığı.

¹¹ Zarar sigortalarına ilişkin koruyucu hüküm TTK'nın 1486. madde hükmünde yer almaktadır. Hayat sigortaları bakımından uygulanması söz konusu olmadığından çalışmada ele alınmamıştır.

Hayat sigortalarına uygulanabilir hükümler; hem bu sigortaya özel olara düzenlenmiş hükümler, hem de genel hükümlerdir. Dolayısıyla hayat sigortaları bakımından hangi düzenlemelerin emredici olduğunu ve bunların emrediciliklerinin derecelerini tespit etmek için 1452 ile 1520. madde hükümlerine bakmak gerekecektir. İlgili maddelerdeki düzenleme şekli birbirine paraleldir. Buna göre; ilk fıkrada sayılan madde hükümlerine aykırı sözleşmeler geçersiz olacak, ikinci fıkrada belirtilen madde hükümlerine aykırı sözleşme şartları geçersiz olacak, üçüncü fıkrada ifade edilen madde hükümleri ise sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyecek, değiştirilirse TTK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, elinizdeki çalışma ile amaçlananlar şunlardır:

➤ Genel şart hükümlerinin, TTK'nın 1452 ile 1520. maddelerinin ilk ve ikinci fıkralarında sayılan kesin emredici nitelikteki hükümlere aykırı olup olmadığını tespiti. Aykırılığın tespiti ile artık ilgili genel şart hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı ortaya koyulmuş olunacaktır.

➤ Genel şart hükümlerinin, TTK'nın 1452 ile 1520. maddelerinin üçüncü fıkrasında sayılan ve nisbi emredici olarak düzenlenmiş madde hükümleri bakımından lehe olup olmadığını tespiti. Böylece TTK'daki bu hükümlere göre lehe bir düzenleme getiren genel şart hükmünün mevcut durumda hala uygulanabilir olduğu gösterilmiş olunacaktır.

Çalışmada okuyucuya kolaylık sağlamak amacıyla, genel şart metni top luca verilmekten kaçınılmış; bunun yerine maddeler fıkralara göre kısımlara ayrılarak koyu şekilde yazılmış, her bir kısımdan sonra ise "açıklama" başlığı altında durum değerlendirmesi yapılmıştır.

II. GENEL ŞARTLARIN İNCELENMESİ

A. Sigortanın Kapsamı

A.1- Sigortalı, Sigorta Ettiren ve Lehtar

"Hayatı üzerine sigorta sözleşmesi yapılan kişiye "sigortalı", prim ödemek suretiyle sigortalının menfaatini sigortacı nezdinde sigortalayan kişiye "sigorta ettiren" ve sigorta sözleşmesine taraf olmamakla beraber lehine sigorta sözleşmesi yapılan ve rizikonun gerçekleşmesi halinde kural olarak sigorta tazminatını sigortacıdan isteme hakkına sahip olana da "lehtar" denir."

Açıklama: Lehtar açısından – TTK m.1493/7 uyarınca lehtarın sigortacıdan edimi yerine getirmesini istem yetkisinin dışında bir de "tahsil yetkisi" mevcuttur.

"Sigortalı ile sigorta ettiren aynı şahıs olabileceği gibi hayatta kalma şartıyla yapılan sigortalarda lehtar da aynı şahıs olabilir."

Bir kimsenin hayatı, ya o kimse veya onun bilgi ve izni olmasa bile dilediği bir veya birkaç sigortacıya çeşitli bedellerle üçüncü bir kişi tarafından sigorta ettirilebilir, şu kadar ki, üçüncü kişinin o kimsenin hayatının devamında maddi veya manevi menfaatinin bulunması sigortanın geçerliliği için şarttır."

Açıklama: TTK m.1490 hükmü uyarınca başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması gerekmektedir. Kanun, sigorta ettirenin değil de lehtarın menfaati-

nin mevcut olmasını aramaktadır. Ancak lehtar atanmamış olması halinde bu sefer sigorta ettirenin menfaatinin bulunması gerekecektir.

Ancak eğer hayat sigortası ölüm şartlı yapılıyor ve bedeli mutlak cenaze giderlerini aşıyorsa, menfaat şartına ek olarak bir de riziko şahsından izin almak gerekecektir. Madde hükmü uyarınca riziko şahsının yahut varsa kanuni temsilcisinin yazılı izni gerekmektedir. Eğer riziko şahsı onbeş yaşından büyükse o zaman kendisinin de izni alınacaktır. Bu izin alınmadan sözleşme yapılması halinde icazet verilmesi gerekir; aksi halde sözleşme geçersiz olur. Dolayısıyla TTK yaşam şartlı hayat sigortaları bakımından genel şart düzenlemesine paralelken, ölüm şartlı hayat sigortasında farklı düzenlemeye sahiptir.

Fıkradaki "...dilediği bir veya birkaç sigortacıya çeşitli bedellerle..." ifadesi TTK 1491/1'de şu şekilde yer almaktadır: "Bir kimsenin hayatı bir veya birkaç sigortacı tarafından çeşitli bedeller üzerine sigorta ettirilebilir".

A.2- Sigortanın Konusu

"Sigortacı, bu sigorta ile bir kimsenin belirli bir süre içinde veya sözleşmede belirtilen şart ve haller içinde ölümü veya o kimsenin sözleşmede belirtilen belli bir süreden fazla yaşamaması ihtimalini ya da her iki ihtimali beraber sigorta edebilir.

Ancak, küçüklerin, mahcurların veya mümeyyiz olmayanların ölümünü şart koyarak sigorta etmek batıl, bunların hayatı üzerine sigorta yapmak geçerlidir. Her iki halde de ölüm gerçekleşirse sigortalının ölüm tarihindeki riyazi ihtiyatı ödenir.

Bu genel şartlara göre riyazi ihtiyat ödenmesi gereken hallerde varsa kar payı da ödenir."

Açıklama: 2. Cümle - Küçük, mahcur veya mümeyyiz olmayanların ölümünü şart koşarak sigorta yapılması mevcut kanun kapsamında yasak teşkil etmemektedir. TTK m.1490 hükmü uyarınca ölüm şartlı hayat sigortası herkesin hayatı üzerine yapılabilir. Kanun genel şartlarda yer alan bu korumayı, ölüm şartlı sigortalar bakımından izin şartını getirerek sağlamaktadır.

A.3- Sigorta Teminatı Dışında Kalan Haller

"Aşağıdaki haller sigorta teminatı dışındadır:

3.1- Sigortalı, sigortacıyı haberdar etmeksizin ticari hava hatları üzerinde yolcu nakline ruhsatlı işletmelerin uçak veya herhangi bir hava gemisinde ancak, yolcu sıfatıyla seyahat edebilir. Hayatı sigortalanan kişinin ölümü yolcu sıfatı dışında havada yapılan yolculuklar esnasında olursa, şirket yalnız riyazi ihtiyatı ödemekle yükümlüdür; ölüm tazminatı ödenmez.

3.2- Sigortalı, intihar veya intihara teşebbüs sonucunda öldüğü takdirde, sigortalının intiharı anında akli melekeleri ne olursa olsun, sigortacı sigortanın o andaki riyazi ihtiyatını öder. Aksine bir sözleşme ile süre kısaltılmış olmadıkça sigortalı aralıksız olarak en az üç yıl devam etmiş bulunuyorsa, sigortacı sigorta teminatının tamamını ödemekle yükümlüdür."

Açıklama: 1. Cümle - İntihar'a ilişkin TTK m.1503/2 uyarınca eğer intihar, riziko şahsının akli melekelerindeki rahatsızlık sebebiyle üç yıldan önce gerçekleşmişse (ki madde hükmünün ilk fıkrasına göre genel düzenleme, sözleşmenin üçüncü yılından önce gerçekleşen intihar veya buna teşebbüs sonucu ölüm halinde sigortalının edim borcundan kurtulacağı şeklindedir), sigortacı

sigorta bedelinin tamamını ödemekle yükümlü olur. Genel şart düzenlemesi ise aklı melekelerle ilişkin bir istisna getirmemiş, sigortacının yalnızca matematik karşılığı ödeyeceğini düzenlemiştir.

TTK m.1503, m.1520/3'te yer almaktadır; dolayısıyla bu maddenin sigorta ettiren, riziko şahsı ve lehtar aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Bu durumda genel şart düzenlemesi bu maddeye göre aleyhe düzenleme getirdiğinden uygulanamaz.

2. Cümle - Süreye ilişkin düzenleme TTK m.1503/1'de *“yenilemeler de dahil olmak üzere, en az üç yıldan beri devam eden...”* şeklindedir. Bu madde hükmü 1520/3'te yer aldığından 3 yıllık süre uzatılamaz ancak sigorta ettirenin lehine olacağından kısaltılması mümkündür. Genel şartlardaki düzenlemede de *“aksine sözleşme ile süre kısaltılmış olmadıkça”* ifadesi mevcut olduğundan, iki düzenlemenin paralel olduğu görülmektedir.

“3.3- Sigortadan faydalanan kimse hayatı üzerine sigorta yapmış olanı öldürmüş veya onun öldürülmesinde herhangi bir şekilde suç ortaklığı etmişse sigorta bedelinden mahrum kalır ve bu bedel ölenin mirasçularına ait olur.”

Açıklama: Riziko şahsının öldürülmesine ilişkin düzenleme TTK m.1504'te yer almaktadır. İlgili madde hükmü m.1520/1 uyarınca emredicidir; buna aykırı sözleşme şartları geçersizdir.

m.1504/2 uyarınca lehtarın riziko şahsını öldürmesi ya da öldürülmesi ne suç ortaklığı etmesi halinde sigorta bedelinden mahrum kalması ve bu bedelin riziko şahsının mirasçularına ödenmesi yönündeki düzenleme genel şartların bu fıkrası ile paralel.

“3.4- Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, sigorta savaş halinde geçerli değildir. Ancak, sigortalı savaş esnasında ve savaş hareketleri dolayısıyla ölürse, ölüm tarihindeki riyazi ihtiyatlar, ödeme tarihine kadar geçecek süreye ait teknik faizleriyle birlikte hak sahiplerine ödenir.”

3.5- Sigortalı, aksine bir sözleşme olmadığı sürece, AIDS, nükleer, biyolojik ve kimyasal silah kullanımı veya nükleer, biyolojik ve kimyasal maddelerin açığa çıkmasına neden olacak her türlü saldırı ve sabotaj veya tedavi amaçlı olanlar hariç nükleer rizikolar sonucu ölürse, sigortacı, yalnız riyazi ihtiyatı ödemekle yükümlüdür.”

A.4- Sigorta Bedelinin Artırılması

“Sigorta süresi içinde, sigorta ettirenin talebi ve sigortacının da kabulü halinde sigorta bedeli artırılabilir.”

Sigorta özel şartları gereği sigorta bedelini kendiliğinden artıran haller hariç, sigorta ettiren teminat artışı talep ettiğinde durumu sigortacıya yazılı olarak bildirmek ve sigortacının gerekli gördüğü durumlarda yeni bir sağlık raporunu sigortacıya vermek zorundadır.

Sigorta bedelinin artırılması halinde yapılacak beyanlar hakkında C.2 hükümleri uygulanır.”

Açıklama: Sigorta bedeli TTK'nın zarar sigortaları kısmında m.1461'de tanımlanmakla birlikte, genel şartların bu maddesindeki sigorta bedelini arttırmaya ilişkin düzenleme kanunda mevcut değildir. Dolayısıyla A.4. düzenlemesi halen uygulanabilir durumdadır.

(Bu düzenlemenin karşı tarafında TTK m.1414 bulunmaktadır; madde hükmü sigorta teminatının kapsamında değişiklik yapmadan sigortacının yalnızca ayarlama şartına dayanarak primi arttırması halini düzenlemektedir. Böyle bir durumda sigorta ettirene sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır.)

A.5- Sigortanın Başlangıcı ve Sonu

“Sigorta, poliçede başlama ve sona erme tarihleri olarak yazılan günlerde, aksi kararlaştırılmadıkça Türkiye saati ile öğleyin saat 12.00’de başlar ve öğleyin saat 12.00’de ve her halükarda rizikonun gerçekleşmesiyle sona erer.”

Açıklama: TTK m.1410 hükmünde “süre, sözleşmeyle kararlaştırılmamış ise, taraf iradeleri, yerek teamül ile hal ve şartlar göz önünde bulundurularak, mahkemece belirlenir” demek suretiyle, sürenin kararlaştırılmamış olması halinde bunun ne şekilde tespit edilebileceğini düzenlemektedir.

Genel şart düzenlemesi ise sürenin kararlaştırıldığı haller bakımından, günün hangi zaman diliminde (öğleyin saat 12:00) sözleşmenin başlayacağını yahut sona ereceğini düzenlemektedir. Süre sözleşme ile kararlaştırılmamış ise dahi, m.1410 uyarınca mahkemece belirlendikten sonra A.5. maddesi uygulanabilecektir.

A.6- Sigortanın Coğrafi Sınırı

“Bu sigorta dünyanın her yerinde geçerlidir.”

B. Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Hak Sahiplerinin Yükümlülükleri

“Hak sahipleri, rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren durumu beş gün içinde sigortacıya bildirmek zorundadırlar.”

Açıklama: Rizikonun gerçekleştiğini beyan görevi TTK m.1446’da düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre “sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir”. Madde 1446 hükmü, 1452/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyecek maddelerdendir.

Genel şartlar ise rizikonun ihbarı için 5 günlük süre getirmiştir. Burada cevaplanması gereken soru; 5 günlük sürenin “gecikmeksizin”e göre lehe mi yoksa aleyhe bir nitelik mi teşkil ettiği. Eğer daha uzun süre verildiği yorumu yapılabilirse, bu sigorta ettirenin lehine olacak; dolayısıyla m.1446 yerine genel şart hükmü uygulanacaktır. Aksi halde genel şart hükmü aleyhe kabul edileceğinden TTK m.1446 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna her olay bakımından, olayın özelliğine göre ayrıca karar verilmesi gerekmektedir.

“Hak sahipleri, poliçeden doğan haklarını talep edebilmek için, aşağıdaki yazılı belgeleri, masraflı kendilerine ait olmak üzere temin ederek sigortacıya verir.

a) Sigorta poliçesi, (kayıbı halinde sigortalı veya hak sahibinden alınacak imzalı beyan yeterlidir),

b) Nüfus idaresi tarafından verilecek tasdikli ve vukuatlı nüfus kayıt örneği,

c) Gerekirse ölüm nedenini açıklayan doktor raporu veya gömme izni,

d) Gaiplik halinde mahkemeden alınacak olan gaiplik kararı,

e) Lehdar tayin edilmediği durumlarda veraset ilamı,

Sigortacı, vefat rizikolarında gerekirse tazminatı kesinleştirmek için sağlık karnesi ile hastane durum raporunu da ayrıca isteyebilir.

Sigortacı talep halinde lehdar ya da sigorta ettirene tazminatın ödenmesine ilişkin olarak aldığı belgeler karşılığında bir alındı belgesi vermek zorundadır.

Bütün belgelerin sigorta şirketine verilmesinden sonra sigortacı, sözleşme hükümlerine göre ödemesi gereken kesinleşmiş tazminatı on gün içinde hak sahiplerine öder. Poliçenin bulunamadığı durumlarda şirket kayıtları esas alınır.”

Açıklama: 1. Cümle - Öncelikle, genel şartlarda “tazminat” ifadesine yer verilmesinin yanlış olduğunu, bunun yerine “sigorta bedeli” ifadesinin kullanılmasının gerektiğini belirtmemiz gerekmektedir.

Sigortacının bedel ödeme borcunun muacceliyeti TTK m.1427/2 uyarınca “rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan (onbeş gün sonra) muaccel olur.”

Genel şart düzenlemesinde getirilen on günlük süre, sigortacının araştırma yaptığı aşamaya ilişkin değildir; aksine araştırmalar sonucunda sigorta bedelinin kesinleşmesinden sonra ödemenin ne kadar süre içerisinde gerçekleştirileceğini göstermek amacıyla getirilmiş bulunmaktadır

TTK'daki onbeş günlük tavan süre ise, m. 1446 uyarınca rizikonun gerçekleştiğini ihbarla başlıyor; dolayısıyla araştırmaların gerçekleştirildiği aşamadan önceye ilişkindir. Onbeş günlük sürenin bitimi ile sigortacının ödeme borcu muaccel olmakta ve ödemeyi yapması gerekmektedir; bu halde sigortacı genel şart düzenlemesinde olduğu gibi, kesinleşmeden sonra ayrıca on günlük süreye sahip değildir.

TTK m.1427/2 hükmü, 1452/3'te sayılan maddeler arasında yer aldığından bu düzenleme sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez. İki düzenleme karşılaştırıldığında, genel şartın araştırmalar bitip de bedelin kesinleşmesinden sonra sigortacıya on günlük süre tanıdığı, TTK'nın ise bedelin kesinleşmesi ile ödemenin muaccel olduğunu düzenlediği görülmektedir. Bu durumda, genel şart sigorta ettirenin daha uzun beklemesine neden olduğu, bu sebeple de aleyhine düzenleme teşkil ettiği için TTK m.1427'nin uygulanması gerekmektedir.

Ancak bir de 1427/2 hükmünün son cümlesini incelemek gerekmektedir. İlgili düzenleme “sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez” demekle, onbeş günlük sürenin bu halde fiilen uzamasına izin vermiş görünmektedir. Ancak bu düzenleme karşısında dahi genel şartın getirdiği (araştırmaların sonuçlanıp sigorta bedelinin kesinleşmesinden itibaren) on günlük süre düzenlemesi kanuna göre daha lehe bir nitelik teşkil etmemektedir.

“Sadece, hayatta kalma şartıyla yapılmış olan sözleşmelerde, sözleşmede belirtilen sürenin dolması nedeniyle yapılacak ödemelerde sadece sigorta poliçesi ve onaylı nüfus suretinin verilmesi yeterlidir.”

C. Çeşitli Hükümler

C.1- Sigorta Priminin Ödenmesi ve Sigortacının Sorumluluğunun Başlaması

“Sigorta priminin tamamı veya taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ise ilk taksit poliçenin tesliminde ve kalan taksitler de poliçede belirtilen tarihlerde nakden ödenir.”

Açıklama: Sigorta ettirenin prim ödeme borcuna ilişkin düzenlemeler TTK m.1430 ila 1434. maddeler arasında düzenlenmektedir. Madde 1430/2 hükmü uyarınca “sigorta primi nakden ödenir. İlk taksidin nakden ödenmesi şartıyla, sonraki primler için kambiyo senedi verilebilir; bu hâlde, ödeme kambiyo senedinin tahsili ile gerçekleşir”. Genel şartlar ise sonraki primlerin yalnızca nakden ödenmesine izin vermiştir. TTK m.1452/2 uyarınca 1430’un 2. fıkrasına aykırı sözleşme şartları geçersizdir. Dolayısıyla genel şartın bu fıkrasının uygulanması artık mümkün değildir.

TTK m.1431/1 uyarınca sigorta priminin tamamı ya da taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk prim taksidinin “sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir”. Bu açıdan ödeme zamanını poliçenin teslimi anı olarak belirleyen genel şart hükmü, TTK’ya paraleldir.

“Sigorta sözleşmesinin yapılmasına ilişkin teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içinde ret edilmemesi halinde, sigorta sözleşmesi yapılmış olur.”

Açıklama: TTK’nın “Sözleşmenin Yapılması Sırasında Susma” başlığını taşıyan m. 1405/1 düzenlemesi şu şekildedir: “(1) Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır.”

Her ne kadar iki düzenlemede de otuz günlük süreye yer verilmiş ise de, bu sürenin başlangıcı farklıdır; TTK ilgili süreyi teklifnamenin düzenlendiği tarihten itibaren başlatırken, genel şartlarda bu teklifnamenin şirkete ulaşması ile başlamaktadır. 1405 hükmü 1452’nin 3.fıkrasında yer aldığından, bu düzenlemenin sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Genel şart düzenlemesinin süreyi teklifin ulaşması ile başlatması, sigorta ettiren açısından himayenin başlama süresinin uzaması demektir. Dolayısıyla daha lehe olan TTK düzenlemesi uygulanmalıdır.

“Teklifnamenin verilmesi sırasında alındı belgesi karşılığında alınan para, teklifnamenin şirketçe kabul edilmesi halinde sigorta ettirenin prim borcuna mahsup edilir.”

Açıklama: TTK m. 1405/2 hükmü şu şekildedir: “(2) Teklifnamenin verilmesi sırasında yapılmış ödemeler, sözleşmenin yapılmasından sonra prim olarak kabul edilir veya ilk prime sayılır. Bu ödemeler, sözleşme yapılmadığı takdirde, kesinti yapılmadan, faiziyle birlikte geri verilir.”

TTK düzenlemesinin sözleşmenin kabul edilmesine ilişkin kısmı ile genel şart düzenlemesi uyum içindedir.

“Hayatı sigorta olunan kimse ilk primin ödenmesinden önce ölmüş ise sigorta hükümsüzdür .”

Açıklama: Hayat sigortasının tanımlandığı TTK m. 1487/2 hükmü şu şekildedir: “Hayatı sigorta edilen kimse, ilk primin ödenmesinden önce ölmüşse sigorta sözleşmesi geçersizdir.” Görüleceği üzere TTK ile genel şart hükmü uyum içindedir.

“Bir yıldan uzun süreli hayat sigortalarında sigorta ücretinin veya taksitlere bağlanmış olduğu takdirde herhangi bir taksitinin vadesinde ödenmemesi halinde sigortacı, sigorta ettirenin kendisine bildirmiş olduğu son ikametgah adresine taahhütlü mektupla veya noter kanalıyla

ücret veya taksitin bir ay içinde ödenmesini, aksi takdirde sigortanın feshedilmiş olacağını ihtar eder. Bu sürenin sonunda söz konusu ücret veya taksit ödenmemiş ise sözleşme feshedilmiş olur.”

Açıklama: TTK m.1502 uyarınca en az 1 yıldır yürürlükte bulunan hayat sigortası sözleşmesinin eğer 1 yıllık prim ödendi ise, sonraki primlerin ödenmemesi durumunda sigortacı sözleşmeyi feshedemez ve bu halde sözleşme prim ödemediği muaf sigortaya dönüşür. Bu düzenleme 1520/3 uyarınca nisbi emredicidir.

1 yıldan uzun süreli hayat sigortalarında ödenmeyen eğer ilk yıla ait primse sigortacı izleyen primi TTK m.1434/3 uyarınca talep edebilecektir. Bu durumda sigortacı noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla 10 günlük süre vererek borcun yerine getirilmesini, aksi halde süre sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar edecektir. Bu sürenin sonunda borç hala ödenmemişse sözleşme feshedilmiş olacaktır. Bu düzenleme de TTK 1452/3 uyarınca nisbi emredici niteliktedir.

Genel şarttaki düzenleme ödenmeyen prime ilişkin herhangi bir zaman şartı getirmemiştir. Dolayısıyla primin ilk yıl içerisinde ödenmemesi ile ilk yıldan sonra ödenmemesi bakımından genel şart düzenlemesinde bir fark bulunmamaktadır.

(Esasen genel şart düzenlemesinde yer alan “sigorta ücretinin veya taksitlere bağlanmış olduğu takdirde herhangi bir taksitin vadesinde ödenmemesi halinde” ifadesinden, taksitlere bölünmemişse primin tamamının; bir diğer ifadeyle ilk ve tek ödemenin ya da taksitlere bölünmüş ise ilk prim taksidi olmak üzere herhangi bir primin ödenmemesine ilişkin düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır. İlk ve tek primin yahut primin ilk taksidinin ödenmemesi TTK m.1434’ün 2.fikrasında ayrıca düzenlenmektedir. Madde hükmü şu şekildedir: “İlk taksidi veya tamamı bir defada ödenmesi gereken prim, zamanında ödenmemişse, sigortacı, ödeme yapılmadığı sürece, sözleşmeden üç ay içinde cayabilir. Bu süre, vadeden başlar. Prim alacağının, muacceliyet gününden itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemiş olması halinde, sözleşmeden cayılmış olur”.)

Bu durumda eğer hayat sigortası 1 yıldan uzun süreliyse ve ödenmeyen prim(ler) ilk yıldan sonrasına aitse; TTK düzenlemesi sözleşmenin feshine izin vermediği için, genel şart düzenlemesine göre sigorta ettirenin daha lehine olacaktır.

Eğer hayat sigortası 1 yıldan uzun süreliyse ancak ödenmeyen primler ilk yıla aitse, bu takdirde genel şartlar uyarınca sigortacı sigorta ettirene yapacağı ihtarda ödemeyi yapması için 1 aylık süre vermek zorundayken, TTK uyarınca sigortacı 10 günlük süre verecektir. Bu bakımdan genel şart hükmü ödeme bakımından sigorta ettirene daha uzun süre sağladığından, daha lehidir.

“Bir yıl ve daha kısa süreli hayat sigortalarında ise, sigorta ettiren kimse primini veya taksitlere bağlanmış olduğu takdirde herhangi bir taksitini vadesinde ödememesi halinde temerrüde düşer ve temerrüt gününü takip eden on beş gün içerisinde dahi sigorta ettiren prim borcunu ödemediği takdirde bu müddetin bitiminden itibaren on beş gün süre ile sigorta teminatı durur. Bu sürenin sonuna kadar prim ödenmediği takdirde sigorta sözleşmesi herhangi bir ihtarla gerek kalmadan feshedilmiş olur.”

Açıklama: Eğer ödenmeyen prim hayat sigortasının ilk yılına aitse, TTK'daki genel hükümlere göre sigortacı izleyen primi TTK m.1434/3 uyarınca talep edebilecektir. Buna göre sigortacı noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla 10 günlük süre vererek borcun yerine getirilmesini, aksi halde süre sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar edecektir. Bu sürenin sonunda borç hala ödenmemişse sözleşme feshedilmiş olacaktır. Madde 1434 hükmü 1452'nin 3. fıkrasında düzenlenmektedir; dolayısıyla bu maddedeki düzenlemeler sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

Genel şart ile getirilen düzenlemeye göre ise sigorta sözleşmesinin feshi sonucu 15+15 günün bitimiyle meydana gelecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken; ilk 15 günde teminatın sürerken, sonraki 15 günde teminatın duruyor olmasıdır.

TTK düzenlemesi yarıncı ihtardan itibaren 10 günde ödeme yapılmazsa sözleşme feshedilmiş olacak; genel şarta göre ise ihtar yapılmayacak ancak sözleşme vadeden itibaren 1 ay içerisinde feshedilmiş olacaktır. İlkinde süre sigortacının aktif hareketi ile başlarken, ikincisinde vade ile başlamaktadır. Bu farklı düzenlemelerden hangisi daha lehe kabul edilirse onun uygulanması gerekmektedir.

“Sigorta primi önceden taraflarca belirlenen vadede makbuz karşılığında ödenir. Poliçede belirtilmek kaydıyla PTT ve diğer kişilerden alınacak primlerin ödendiğine dair belgeler sigorta şirketi makbuzu ile eş değerdedir.

Aksine bir sözleşmeyle süre kısaltılmış olmadıkça üç yıl geçmeden sigorta ettiren sigortadan cayar veya taahhüdüne uymazsa verdiği primi veya bedeli sigortacıdan talep edemez.”

Açıklama: Cayma- TTK'da sigorta ettirenin cayma hakkı üç ayrı şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan ilki hayat sigortalarına özel olarak getirilmiş m.1489 hükmü, ikincisi genel hükümlerde yer alan 1430/3 hükmü, sonuncusu da yine genel hükümlerde yer alan m.1415/2 hükmüdür.

- Madde 1489 uyarınca cayma hakkı, hak konusunda sigortacı tarafından bilgilendirmeden itibaren 15 günde kullanılmalıdır. Eğer sigortacı bilgilendirme yapmaz ise, bu takdirde cayma hakkı ilk primin ödenmesinden bir ay sonra sona ermektedir. Madde 1520/3 uyarınca bu hüküm sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse kanunun hükümleri uygulanır. Sigorta ettiren sigortacının cayma hakkına ilişkin bilgilendirmesinden itibaren 15 gün yahut ilk primin ödenmesinden itibaren 1 ay içerisinde cayacak olursa; genel şart düzenlemesine göre üç yıldan önce olacağından o zamana kadar ödediği primi geri alamaz. TTK düzenlemesine göre ise ödenen primin sigortacıda kalacağı özel olarak belirtilmediğine göre, sigorta ettiren bu ödemeleri geri alabilecektir; zira cayma sözleşmeyi geriye yönelik sona erdirir ve ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekir. TTK düzenlemesi sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemeyeceğine göre, bu halde genel şart hükmünün uygulanması mümkün değildir.

- Madde 1430/3 uyarınca ise cayma hakkı ancak sigortacının sorumluluğu başlamadan önce kararlaştırılan primin yarısını ödeyerek kullanılabilir. Bu düzenleme de m.1452/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyecek hükümlerdedir. Bu ihtimalde sigorta ettiren yalnızca sigortacının sorumluluğu başlamadan cayabildiğine göre; ilk primi henüz ödememiş olması gerekmektedir.

- Madde 1415/2 uyarınca eğer sigortacı sözleşmeyi kısmen feshetmiş veya ondan caymışsa, bunun üzerine sigorta ettiren sözleşmenin tamamını feshedebilir yahut ondan cayabilir. Yine bu madde hükmü de 1452/3 uyarınca aleyhe değiştirilemeyecek hükümlerendir. Sigortacının sözleşmeden kısmen caymasından sonra sigorta ettiren sözleşmeden tamamen cayması için herhangi bir süre getirilmemiştir. Genel şartlara göre caymanın 3 yıldan önce gerçekleştirilmesi ihtimalinde sigorta ettiren o zamana kadar ödediği primi geri alamaz. TTK düzenlemesine göre ise ödenen primin sigortacıda kalacağı özel olarak belirtilmediğine göre, sigorta ettiren sözleşmeden caydığında bu ödemeleri geri alabilecektir. TTK düzenlemesi sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemeyeceğine göre, bu ihtimalde genel şart hükmünün uygulanması mümkün değildir. Ancak cayma 3 yıldan sonra gerçekleştirilirse, bu takdirde genel şart hükmü ile TTK hükmü paralel olacaktır.

Taahhüde Uymama- Taahhüde uymama ile primin ödenmemesi hali kast edilmiş olmalıdır. Bu durumda, TTK m.1502 uyarınca eğer ilgili hayat sigortası en az 1 yıldır yürürlükte ve 1 yıllık primi de ödenmiş ise “prim ödenmesinden muaf sigorta”ya dönüşecektir. Bu halde sigortacı primi talep edemez ve sözleşmeyi feshedemez ancak sigorta bedelini ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre öder. Hüküm 1520/3’te sayılan maddeler arasındadır; dolayısıyla sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

Genel şart düzenlemesine göre ise 3 yıl geçmeden sigorta ettirenin taahhüdüne uymaması, bir diğer ifade ile prim borcunu yerine getirmemesi durumunda, sigorta ettiren o zamana kadar ödediği primleri sigortacıdan geri alamayacaktır¹².

Bu takdirde TTK düzenlemesi daha lehe olduğundan, 1 yıldır yürürlükte ve bu süreye ilişkin primi ödenmiş olan hayat sigortalı bakımından madde 1502 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

1 yıldan daha kısa süredir yürürlükte bulunan hayat sigortalı bakımından ise genel hükümlerdeki primin ödemede temerrüde ilişkin m.1434 düzenlemesi uygulanacaktır.

“İlk üç senenin primleri örendikten sonra müteakip primler ödenmeyecek olursa poliçe feshedilmez; Ancak, sigortacı re’sen madde C.5 hükümlerini uygular.”

Açıklama: Bahsolunan C.5. maddesi “ücretsiz sigorta” başlığına sahiptir. Bu kurum TTK m.1502’de “prim ödemedi muaf sigorta” adı altında düzenlenmektedir. Madde 1502 uyarınca en az 1 yıldır yürürlükte olan ve 1 yıllık primleri ödenmiş hayat sigortalılarında sonraki primler ödenmezse sigorta bu hale dönüşüyor. Genel şartlar ise ilk 3 yılın primlerinin ödenmiş olması gerektiğini düzenliyor. TTK m.1502, m.1520/3 uyarınca nisbi emredici nitelikte olduğundan burada getirilen süre uzatılamaz. Dolayısıyla genel şart hükmü uygulanamaz.

¹² Düzenlemedeki “bedel” ifadesi, sigorta hukukundaki anlamıyla kullanılmamıştır. Buradaki kullanımı ile ifade, sigorta ettirence bir kerede toplu olarak ödenen tutarı anlatmaktadır. Örneğin sigortacının irat bağlamasını öngören sigortalarda iradın peşin değeri olarak ödenen para bu şekildedir. Ünan, Hayat s.130.

C.2- Sözleşmenin Yapılması Sırasındaki Beyan Yükümlülüğü

Genel Açıklama: Sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan görevi genel olarak TTK'nın 1437 ila 1442 maddeleri arasında düzenlenmektedir. Hayat sigortası sözleşmeleri için özel olarak getirilen düzenlemeler ise şunlardır: m.1497 (yanlış yaş beyanı) ve m.1498 (sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan görevinin ihlali).

“2.1- Sigortacı, bu sözleşmeyi, gerek sigorta ettiren gerekse bilgisinin olduğu hallerde hayatı sigorta edilenlerin ve temsilci aracılığıyla sigorta yapılıyorsa temsilcinin de beyanını esas tutarak yapmıştır.”

Açıklama: TTK, sözleşme öncesi beyan görevini düzenlerken karma yöntemi kullanmıştır¹³; bu yöntemde hem beyan yöntemi¹⁴ hem de liste yöntemi¹⁵ bir arada kullanılır. TTK m.1435 beyan yöntemini düzenlerken, m.1436 liste yöntemine ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Ancak burada şu hususa da dikkat etmek gerekir: liste yöntemini getiren 1436. madde hükmü kendisine her halde uygulama alanı bulamamaktadır. İlgili madde hükmü yalnızca sigortacının soru listesi vermesi halinde uygulanacak bir düzenlemedir. Sigortacı soru sorup sormamak serbest bırakılmış durumdadır, dolayısıyla sigortacının liste vermemeyi seçmesi de mümkündür¹⁶. Bu halde temel yöntem olarak madde 1435'de düzenlenen beyan yöntemi esastır; zira sigortacı sigorta ettirene soru listesi vermese bile, sigorta ettiren sigortacı için önemli sayılacak hususları beyanla yükümlüdür. Dolayısıyla TTK'da karma yöntem benimsenmekle birlikte, ağırlıklı olarak beyan usulünün esas alındığı görülmektedir¹⁷. Bu açıklamalar ışığında genel şart düzenlemesinin TTK paralelinde bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

Genel şarttaki bu düzenleme ayrıca TTK m.1412'ye de paraleldir. İlgili kanun hükmü şu şekildedir: “*Kanunda sigorta ettirenin bilgisi ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır*”.

“2.2- Gerek sigorta ettiren gerekse sigortalı ve temsilci, sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında kendisince bilinen ve sigortacının sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektire-

¹³ İbrahim Ağsakal, **Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Ayrıklık ve Sonuçları**, Ankara 2015, s. 42-43.

¹⁴ Beyan yönteminde sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi ihtimaline etki edebilecek bütün hususları kendiliğinden bildirir. Fırat Öztan, **Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti**, Ankara 1966, s.74. Bir diğer ifade ile, bu yöntemde sigorta ettirenin bildirmesi gereken hususlar, kendi değerlendirmesi sonucunda sigortacı açısından önemli olacağını düşündüğü hususlardan ibarettir.

¹⁵ Liste yönteminde ise, sigorta ettirenin sadece kendisine verilen listedeki soruları yanıtlaması söz konusu olur ve eğer listede sorulmamış sorular varsa, sigorta ettirenin bu hususlarda kendiliğinden beyanda bulunması beklenmez. Kendisine sorulan sorular dışında sigorta ettirenin, sigortacının riziko hakkındaki kararına etki edebilecek başka bazı hususlar olup olmadığını araştırması gerekmemektedir. Öztan s.76.

¹⁶ Ünan, Şerh s. 424.

¹⁷ Ağsakal s. 46. Şeker Öğüz ise sonuçta karma yöntemin benimsendiğini kabul etmekle birlikte, kanunda liste yönteminin esas alındığı görüşündedir. Zehra Şeker Öğüz, **Sözleşme Öncesi İhbar Görevi: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde**, İstanbul 2010, s. 105-106.

cek bütün halleri bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali halinde, sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeden cayabilir veya sözleşmeyi yürürlükte tutarak sekiz gün içinde prim farkını talep edebilir. Ancak, sigortacının bildirilmemiş, eksik veya yanlış bildirilmiş olan hususları bilmesi veya ihbar etmemenin ya da yanlış ihbar etmenin kusura dayanmaması halinde cayma caiz değildir. Bu durumda rizikonun kabul edildiğinden daha yüksek olması nedeniyle daha fazla bir prim alınması gerekiyorsa sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde prim farkını talep edebilir.”

Açıklama: 1. Cümle- Beyan görevinin kapsamına ilişkin düzenleme TTK m.1435'te yer almaktadır. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.*”

Genel şart düzenlemesinde sigorta ettiren, sigortalı ve temsilcinin yalnızca kendilerince bilinen hususları beyan etmeleri gerekli iken, TTK'da bildikleri ve bilmeleri gereken hususların bildirilmesi söz konusudur.

1435. madde hükmü TTK 1452'nin 3.fıkrasında sayılan maddelerdendir; dolayısıyla sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın lehine sözleşme ile değişiklik yapmak mümkündür. Genel şart düzenlemesi beyan görevini TTK'ya göre sınırlandırmış olduğundan bu durum sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar bakımından lehe düzenleme teşkil etmektedir. Bu nedenle TTK hükmü yerine genel şart düzenlemesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

2. Cümle: Cayma- Hayat sigortalarına ilişkin özel olarak getirilen düzenlemelerden TTK m.1498 yalnızca yenilemeler de dâhil olmak üzere, hayat sigortası sözleşmesinin yapılmasından itibaren beş yıl geçmişse uygulama alanı bulabilecektir. İlgili hüküm bu sigortalar bakımından sigortacının cayma hakkını ortadan kaldırmakta, sigortacıya yalnızca prim farkı isteme hakkı tanımaktadır. Bu düzenlemenin iki istisnası vardır: ilki beyan görevinin kastla ihlal edilmesi, ikincisi ise beyan görevinin ihlali dolayısıyla risk artışı teknik esaslara göre saptanan sınırlarının dışına kaldı ise. TTK m.1498 bu iki halden birisinin mevcudiyeti halinde sigortacının caymasına izin vermekte, ancak caymaya ilişkin özel bir süre getirmemektedir. Dolayısıyla süre bakımından genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir; o halde m.1439 atfıyla m.1440'taki 15 günlük sürenin uygulanması söz konusu olur. Madde 1440 1452/3'de sayılan maddeler arasında yer aldığından, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

5 yıldan kısa süreli hayat sigortaları bakımından ise caymaya ilişkin doğrudan genel hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerli olacaktır. Burada elbette TTK m.1442 hükmünde sayılan hallerden birinin mevcudiyeti halinde sigortacının cayma hakkının düştüğünü de göz önünde bulundurmak gerekecektir.

Bu durumda genel şart düzenlemesinin getirdiği 1 aylık cayma süresi ancak bu süre TTK'daki 15 günlük süreye göre leheyse uygulama alanı bulabilecektir.

Prim farkı- Cayma hakkını belirtirken ifade edildiği üzere hayat sigortalarına ilişkin özel olarak getirilen düzenlemelerden TTK m.1498 yalnızca yenilemeler de dâhil olmak üzere, hayat sigortası sözleşmesinin yapılmasından

itibaren beş yıl geçmişse uygulama alanı bulabilecektir. Dolayısıyla böyle bir hayat sigortasının mevcudiyetinde sigortacının prim farkı talep etme hakkı söz konusudur. Ancak burada da prim talebine ilişkin bir süre getirilmemiş durumdadır. Bu nedenle prim farkı isteme hakkının kullanılmasında süre için genel hükümlere gidilmek gerekir.

Hayat sigortasının yapılmasından itibaren henüz 5 yıl geçmemiş ise, bu takdirde özel düzenleme mevcut olmadığından genel hükümlere bakmak gerekecektir. TTK m.1439 atfıyla m.1440 uyarınca prim farkı istemek için de caymadaki gibi 15 günlük süre söz konusu olacaktır.

Genel şartlarda ise prim farkı istemek bakımından süre, yükümlülüğün ihlalinin sigortacı tarafından öğrenilmesinden itibaren 8 gün olarak düzenlenmiştir¹⁸.

TTK m. 1439 ve 1440 hükümleri m.1452/3'te nisbi emredici olarak düzenlendiğinden, burada getirilmiş 15 günlük sürenin mi yoksa genel şartlardaki 8 günlük sürenin mi sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın lehine olduğuna bakmak gerekir. Eğer daha kısa sürenin daha lehe olduğu kabul edilirse bu takdirde genel şart düzenlemesinin uygulanması, aksi halde TTK hükmünün uygulanması gerekecektir.

3. ve 4. Cümleler: Sözleşmenin yapılmasından itibaren 5 yıl geçmiş olan hayat sigortaları için getirilmiş olan özel düzenleme m.1498 beyan görevinin ihlalinde kusur olmaması ya da ihmal olması (kastın olmaması) hallerinde caymaya izin vermemektedir. Bunun istisnası ise kusur bakılmaksızın risk artışının teknik esaslara göre saptanan sınırların dışında kalması halidir; bu halde sigortacıya cayma hakkı tanınmaktadır. 1489 hükmü m.1520/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

Genel şartlar ise kusurun yokluğu halinde caymanın mümkün olmadığıni düzenlemektedir; dolayısıyla ihmal veya kastın mevcudiyeti halinde sigortacının cayması mümkün olacaktır.

Bu durumda eğer hayat sigortasının yapılmasının üzerinden 5 yıl geçmiş ise; genel şart hükmü değil, ihmal halinde dahi sigortacıya cayma hakkı tanınamaması dolayısıyla sigorta ettirenin daha lehine olan m.1498 hükmü uygulanmalıdır.

Eğer sözleşmenin akdinin üzerinden henüz 5 yıl geçmedi ise, o zaman TTK'nın genel hükümlerinde yer alan düzenlemelere bakmak gerekir. Sigortacının cayma hakkını kullanması bakımından m. 1439/1'de ihmal ya da kastın varlığı aranmamaktadır; sigortacı beyan görevinin ihlali her ne sebebe dayanırsa dayansın cayabilecektir (m.1442'de düzenlenen 3 hal hariç olmak üzere). 1439 düzenlemesi 1452/3 uyarınca nisbi emredicidir.

Bu durumda yaptırım uygulanabilmesi için kişinin en azından kusurunun mevcudiyetini arayan genel şart hükmü sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar açısından daha lehe olduğundan, genel şart düzenlemesi uygulanmalıdır.

¹⁸ Ünan durumun öğrenildiği tarih olarak görev ihlalinin öğrenilmesi tarihinin esas alınması halinde şöyle bir sakıncanın ortaya çıkacağını ifade etmektedir: eğer 8 günlük süre ile 1 aylık süre aynı anda işlemeye başlayacaksa, 8 günlük sürenin prim talep edilmeden sona ermesi sonrasında 1 ayın bitimine kadar sigortacının hala cayma yoluna gitmesi mümkün olacaktır. Bu durumda daha ağır bir yaptırım için daha uzun süre öngörülmesi söz konusu olmaktadır. Ünan, Hayat s.207.

“Sigorta ettiren, talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmedeği takdirde sözleşmeden cayılmış olur. Ancak, prim farkının kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmeden cayılması sigortacının gerçeğe aykırı veya eksik beyanı öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde söz konusudur.”

Açıklama: 1. Cümle- Hayat sigortalarına ilişkin özel düzenleme olan m.1498 uyarınca sözleşmenin yapılmasının üzerinden 5 yıl geçti ise, sigortacının beyan görevinin ihlali dolayısıyla talep ettiği prim farkı sigorta ettirence kabul edilmezse, riziko gerçekleştiğinde sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta bedelini öder. Ancak bu hükümde prim farkını talep bakımından herhangi bir süre getirilmemiştir. Bunun için genel hükümlerdeki düzenlemelere bakmak gerekir.

Yapılmasının üzerinden 5 yıl geçmemiş olan hayat sigortaları için ise genel hükümlerde yer alan m.1439/1 uygulanır. Bu durumda sigortacı tarafından istenilen prim farkının 10 gün içinde kabul edilmemesi hâlinde, sözleşmeden cayılmış olunur. İlgili düzenleme 1452/3'te düzenlendiğinden, buna karşı ancak sigorta ettirenin kehine olacak bir şart getirilmesi mümkün olacaktır.

Genel şart düzenlemesine göre ise sigortacının prim farkı talebi karşısında, sigorta ettirenin de bunu kabul etmek için 8 günlük süresi vardır. Bu süreçte prim farkını kabul etmediği veya sessiz kaldığı takdirde hayat sigortası sözleşmesinden cayılmış olunur.

İstenilen prim farkını kabul etmek bakımından sigorta ettirenin daha uzun süreye sahip olması lehine olacaktır. İki düzenleme karşılaştırıldığında TTK'daki 10 günün daha lehe olduğu görülmektedir. Ayrıca prim farkını kabul etmeme halinde caymanın kendiliğinden söz konusu olması iki düzenleme bakımından paraleldir.

2. Cümle: Genel şart düzenlemesi uyarınca prim farkı kabul edilmediği için sözleşmeden cayılması ancak sigortacının beyan görevinin ihlalini öğrenmesinden itibaren 1 aylık süre içerisinde söz konusu olacaktır.

Sigortacının cayma hakkı 1 ayla sınırlıdır ve bu süreden sonra cayma hakkı düşer. Dolayısıyla sigortacı, beyan görevinin ihlalini öğrendikten daha sonra sigorta ettirenin bu ihlalde kusuru olduğunu öğrendiği takdirde, cayma hakkı bu 1 aylık tavan süre ile sınırlanmış olacaktır¹⁹. Bu nedenle örneğin kusuru ihlali öğrenmesinden 25 gün sonra sigorta ettirenin bunda kusuru olduğunu tespit ederse, cayma hakkını kullanmak için yalnızca 5 günlük süresi kalmış olacaktır. Kusurun olduğunu 1 aydan sonra tespit etmesi halinde ise artık cayması mümkün olmayacaktır.

“Beyan yükümlülüğünün kasıtlı ihlalinde sigortacı riziko gerçekleştirmiş olsa bile sözleşmeden cayabilir ve prime hak kazanır.”

Açıklama: TTK'nın hayat sigortaları kısmında getirilmiş olan m.1498 uyarınca eğer sigorta ettiren beyan görevini kasten ihlal ettiyse, sigortacının sözleşmenin akdinden itibaren 5 yıl geçmiş olması halinde dahi cayma hakkı mevcuttur. Ancak bu hükümde düzenlenen rizikonun gerçekleşmesinden önceki zamandır. Dolayısıyla m.1498 ile genel şartla getirilen düzenleme aynı zamana ilişkin değildir.

¹⁹ Ünan, Hayat s.208.

Genel hükümler açısından ise rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortacının hakları m.1439/2'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre gerçekleşen riziko ile beyan görevinin kasten ihlali arasında illiyet aranmaktadır; yaptırım da bunun varlığına göre değişmektedir. İlliyet varsa sigortacının ödeme borcu ortadan kalkmakta, illiyet yoksa sigortacı bedeli, ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak ödemektedir. İlgili düzenleme 1452/3'te sayılan hükümlerden olduğundan sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

TTK hükümleri ile genel şart hükümünü karşılaştırdığımızda; kasten ihlal ile riziko arasında illiyet yoksa genel şart düzenlemesi TTK'ya göre daha aleyhe olduğundan uygulanamayacaktır. Kasten ihlal ile riziko arasında illiyet olması ihtimalinde ise, genel şart düzenlemesi ile TTK'nın getirdiği yaptırımların aynı olduğu görülmektedir.

Ancak genel şartta yer alan, sigortacının cayma halinde prime de hak kazanacağı yönündeki düzenleme, TTK m.1441'de şu şekilde yer almaktadır: “Cayma halinde, sigorta ettiren kasıtlı ise, sigortacı rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanır”. Dolayısıyla iki düzenleme paraleldir.

“Kastın söz konusu olmadığı durumlarda riziko; sigortacı durumu öğrenmeden önce veya sigortacının cayabileceği veya caymanın hüküm ifade etmesi için geçecek süre içinde gerçekleşirse, sigortacı tazminatı o tazminata ilişkin olarak tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre öder.”

Açıklama: Bu düzenleme TTK'da sözleşme öncesi beyan görevi için değil de, sözleşme sürerkenki beyan görevi için m.1445/7'de düzenlenmiştir. İlgili fıkra şu şekildedir: “Sigortacıya tanınan feshin bildirim süresi veya feshin hüküm ifade etmesi için verilen süre içinde, yapılan değişiklikle bağlantılı olarak rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sigorta tazminatı veya bedeli ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak hesaplanır.”

Kanunda herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından ve genel şartla getirilen bu düzenleme emredici herhangi bir hükme aykırı olmadığından, geçerli olacaktır.

“2.3- Cayma veya prim farkını talep etme hakkı süresinde kullanılmadığı takdirde düşer.”

Açıklama: Genel şarttaki bu düzenlemenin paralelinde bir düzenleme TTK'da sözleşme öncesi beyan görevinde değil, yalnızca sözleşme sürerkenki beyan görevini düzenleyen m.1445/3'te düzenlenmiştir²⁰. Ancak esasen sözleşme öncesi beyan görevi bakımından bu şekilde özel bir düzenlemeye de gerek yoktur, zira TTK m.1439'da tanınan süreler zaten hak düşürücü niteliktedir.

“2.4- Sözleşme akdedilmesinden itibaren aralıksız veya itirazsız olarak iki yıl süreyle yürürlükte kalmışsa artık sigortacı sözleşmeden cayamaz ancak durumu öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde prim farkını talep edebilir. Ancak, sigortalı talep edilen prim farkını kabul etmezse rizikoya ilişkin olarak alınan prim ile alınması gereken prim arasındaki oran çarpılır çıkan miktar tazminat olarak ödenir.”

Açıklama: TTK m.1498 uyarınca sözleşmenin akdedilmesinin üzerinden 5 yıl geçti ise artık sigortacı sözleşmeden cayamaz; ancak prim farkı isteyebilir.

²⁰ Ancak ilgili fıkroda cayma değil de fesih yaptırımı getirilmiştir.

Prim farkı isteme konusunda bu hükümde herhangi bir süre getirilmemiş olduğundan genel hükümlere giderek m.1439/1 atfıyla 1440. madde hükmündeki 15 günlük süreyi uygulamak gerekmektedir. (Ancak burada konu bakımından bir sınırlama yapılması gerekir. Eğer kasten yanlış beyan edilen husus kişinin yaşı ise, bu takdirde TTK m.1497 hükmüne girmek gerekmektedir. Bu halde sigortacı gerçek yaşın sözleşme yapıldığı sırada teknik esaslara göre belirlenen sınırlar dışında kalması durumunda sözleşmeden cayabilir. Bu madde bakımından belirli bir süre sınırlaması yoktur; dolayısıyla herhangi bir zaman bu durum tespit edildiğinde sigortacının cayması mümkündür.) Genel şartlara göre prim farkı talebi için sigortacının durumu öğrenmeden itibaren 8 gün süresi vardır.

Genel hükümlerdeki bu maddeler m.1452/3'te ve 1498 de m.1520/3'te düzenlenmekte olduklarından, sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyecek hükümlerdir. TTK'da cayma için getirilen süre 5 yıl iken, genel şartta süre 2 yıl olarak düzenlenmiştir. Sürenin kısa olması sigortacının cayabileceği süreyi azalttığından, genel şart hükmünün sigorta ettirenin daha lehine olduğunu söylemek gerekir.

Prim farkı talebi bakımından ise; TTK'da 15 günlük süre getirilmişken genel şartta bu süre 8 gün ile sınırlandırılmıştır. Prim farkı istemek bakımından bu sürenin kısa olmasının sigorta ettirenin lehine olduğunu kabul edersek bu halde de genel şart hükmünün uygun olduğu görülecektir.

Sözleşmenin akdinin üzerinden 2 yılın geçip henüz 5 yılın geçmemiş olması ihtimalinde TTK genel hükümlerine bakmak gerekmektedir. Bu durumda TTK 1439/1 atfıyla 1440 uyarınca sigortacının cayma veya prim farkı istemek için 15 gün süresi vardır. Genel şart düzenlemesi ise 2 yıldan sonra cayılamayacağını düzenlemektedir. 1439 ve 1440, 1452/3'te sayılan maddelerden olduğundan, bunlar yerine, daha lehe olan genel şart düzenlemesi uygulanacaktır.

“2.5- Eksik ve yanlış beyan fazla prim alınmasına neden olmuşsa, fazla alınan miktar sigorta ettirene gün esaslı üzerinden iade olunur.”

Açıklama: Hayat sigortaları için özel olarak getirilen TTK m.1497 düzenlemesi yanlış beyanların tamamı hakkında değil, yalnızca yaşın yanlış bildirilmesi ile sınırlı olacak şekilde bir düzenleme getirmektedir. Genel şart ise genel nitelikte bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

1497/2 uyarınca *“Gerçek yaşa göre fazla prim ödenmesi hâlinde, sigorta bedeli ödenen prime göre artırılır. Artırımdan önce sigorta bedeli ödenmiş ise eksik kısım sigortacı tarafından tamamlanır”*. Bu madde hükmü 1520/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyecek hükümlerdir.

Genel şart düzenlemesi primin iadesini, TTK hükmü ise primin iade edilmeyip sigorta bedelinin fazla alınan prim oranında artırılmasını düzenlemektedir. Bu durumda primin kendisinden sigorta bedelinin artırılması sigorta ettiren için daha lehe bir sonuç olacaktır. Dolayısıyla bu konuda genel şart hükmü uygulanamayacaktır.

(TTK m.1497/1'deki *“yaşın yanlış bildirilmesi sonucunda prim düşük belirlenmişse...”* ifadesi riziko şahsının yaşının olduğundan düşük söylenmiş olduğu ihtimalini anlatmaktadır. Bu duruma ilişkin düzenleme genel şartlarda mevcut değildir.)

Yaşın yanlış beyan edilmesi dışındaki yanlış ve eksik beyanlar bakımından görevin ihlali ise TTK m.1498'de düzenlenmiştir. Ancak bu madde hükmünün uygulanabilmesi için yenilemeler de dahil olmak üzere sözleşmenin yapıl-

masında itibaren 5 yılın geçmiş olması gerekir. Aksi halde, bir diğer ifadeyle 5 yıl henüz dolmadı ise, sözleşme öncesi beyan görevinin ihlaline ilişkin genel hükümlerde yer alan düzenlemelere gitmek gerekecektir.

Bu durumda 5 yıldan kısa veya 5 yılı dolmamış hayat sigortalarında; ek-sik veya yanlış beyan dolayısıyla fazla prim alınıyor ise, "Primin İndirilmesi" başlığına sahip TTK m.1433 hükmünün 2. fıkrasına gidilecektir. İlgili fıkra şu şekildedir: "Sözleşmede öngörülen yüksek primin, sigorta ettirenin, rizikoyu ağırlaştırıcı sebeplere ilişkin olarak bildirdiği hususlardaki yanılmalardan kaynaklanması hâlinde birinci fıkra hükmü geçerlidir." Buna göre prim indirilecek ve halihazırda ödenmiş ise fazlaya ilişkin kısım geri verilecektir.

Tahsil edilen primin geri verilmesi, TTK m.1433'te aksi belirtilmediğine göre m.1419 uyarınca gün esasına göre yapılacaktır²¹. Genel şart düzenlemesi de fazla alınan primin sigorta ettirene gün esaslı üzerinden iade edileceğini göstermektedir. Bu durumda genel şart düzenlemesi ile TTK hükmü paraleldir.

5 yılı dolmuş olan hayat sigortaları bakımından ise, fazla alınan primin iadesine ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle genel hükümler, dolayısıyla da m.1433 hükmü devreye girecektir. Bu durumda yukarıdaki açıklamalarımız 5 yılı dolmuş olan hayat sigortaları bakımından da geçerli olacaktır.

C.3- Sigorta Süresi İçinde Beyan Yükümlülüğü

Genel Açıklama: Bu düzenlemeye ilişkin genel hükümler TTK m.1444 ve 1445'te yer almaktadır. Ayrıca hayat sigortalarına ilişkin düzenlemeler arasında da bu göreve yer verilmiştir; ancak m.1499'daki bu düzenleme sözleşmenin yenilemeler dahil beş yıl geçmesinden itibaren uygulanma olanağı bulacaktır. Dolayısıyla aşağıdaki değerlendirmeler de süre dikkate alınarak ayrı ihtimallere göre yapılmıştır.

"Sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan, rizikoya etki edebilecek hususlarda meydana getirilen değişikliklerin se-kiz gün içinde sigortacıya bildirilmesi gerekir."

Açıklama: TTK m.1444/2 şu şekildedir: "Sigorta ettiren veya onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı veya mevcut durumu ağırlaştırıcı işlemlerde bulunursa yahut sözleşme yapılırken açıkça riziko ağırlaşması olarak kabul edilmiş bulunan hususlardan biri gerçekleşirse derhâl; bu işlemler bilgisi dışında yapılmışsa, bu hususu öğrendiği tarihten itibaren en geç on gün içinde durumu sigortacıya bildirir."

TTK derhal veya 10 gün olmak üzere iki tür süre getirmiştir. Bunlardan ilki sigortacının rızası olmaksızın rizikonun bizzat sigorta ettirenin kendi eylemleri ile ağırlaşması olan "sübjektif riziko ağırlaşması"²² teşkil eden haller, ikincisi ise rizikonun sigorta ettirenin herhangi bir etkisi olmaksızın; üçüncü bir kişinin fiili ile yahut hiç kimsenin etkisi olmadan ağırlaşması olarak tanımlanan "objektif riziko ağırlaşması"dır²³. Kanun bu iki tür ağırlaşma için farklı süreler öngörmektedir. Genel şartarda ise "...meydana getirilen değişiklikler..."

²¹ TTK m.1419 hükmü şu şekildedir: "Sigorta sözleşmesi sona erdiği takdirde, Kanunda aksi öngörülmemişse, işlemeyen günlere ait ödenmiş primler sigorta ettirene geri verilir."

²² Kender s.272.

²³ Merih Kemal Omağ, **Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu**, İstanbul 1985, s.66-67; Kender s.272.

denmek suretiyle yalnızca sübjektif riziko ağırlaşması düzenlenmiş görünmektedir.

TTK m.1444, m.1452/3 uyarınca nisbi emredici düzenleme olduğundan bu hüküm sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine olarak değiştirilemez. Bu durumda sigorta ettirenin beyandan bulunmak bakımından genel şartlardaki 8 güne göre TTK uyarınca 10 güne sahip olması daha lehe olduğundan, TTK hükmü uygulanacaktır.

(TTK m.1499'da ağırlaşmanın bildirilmesine ilişkin düzenleme olmadığından TTK bakımından yalnız m.1444 dikkate alınmıştır.)

“Durumun sigortacı tarafından öğrenilmesinden sonra,

3.1- Değişiklik, sigortacının sözleşmeyi yapmaması ya da daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hallerden ise,

Sigortacı sekiz gün içinde sözleşmeyi fesheder veya prim farkını almak suretiyle sözleşmeyi yürürlükte tutar.”

Açıklama: TTK m.1445/1'in ilk cümlesi uyarınca “Sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir.” Genel şarttaki 8 günlük süreye karşılık TTK düzenlemesi aylık süre getirmiştir. İlgili madde hükmü TTK m.1452/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez ancak lehine değişiklik yapmak mümkündür. Bu durumda hangi sürenin daha lehe olduğuna bakmak gereklidir. Sigortacının yaptırımı başvurusu bakımından daha kısa olan süre sigorta ettiren açısından daha lehe kabul edilirse, bu takdirde genel şartlardaki 8 günün uygulanması gerekmektedir.

“Sigorta ettiren talep edilen prim farkını kabul ettiğini sekiz gün içinde bildirmediği takdirde sözleşme feshedilmiş olur. Ancak, prim farkının kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi sigortacının değişikliği öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde söz konusudur.”

Açıklama: 1. Cümle- Burada yer alan düzenleme TTK m.1445/1'in son cümlesinde de yer almakla birlikte, TTK'daki süre 10 gündür. İlgili düzenleme m.1452/3'te sayılan maddelerden olduğundan sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine düzenlenemez. Prim farkını talep etmeye ilişkin sürenin daha uzun olması sigorta ettirenin lehine olacağından, genel şartlardaki 8 gün değil de, TTK'daki 10 gün uygulanacaktır.

2. Cümle- Bir üstteki fıkra uyarınca sigortacı durumu öğrenmesinden itibaren 8 gün içerisinde sözleşmeyi feshedebileceği gibi prim farkı istemek suretiyle yürürlükte de tutabilir. Bu durumda sigortacı 8 gün içinde prim farkı talep ederse, sigorta ettirenin de bu farkı kabul etmesi için yine 8 günlük süresi olacaktır. Ancak mevcut fıkra prim farkının kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshini, sigortacının değişikliği öğrenmesinden itibaren 8 güne sınırlamaktadır. Dolayısıyla sigorta ettirenin henüz daha prim farkı talebini düşünme safhasında olduğu bir sırada süre bitecek ve fesih hakkı da düşecektir²⁴. Bu durumda esasen bu düzenlemenin uygulama yeteneğinden yoksun olduğu söylenebilir²⁵.

²⁴ Ünan, burada sigorta ettirene prim farkı talebi yapılırken, “önerinin 8 gün içerisinde kabul edilmemesi halinde sözleşmenin bu 8 günün sonundan itibaren feshedilmiş ola-

Buna karşın TTK m.1445/1 uyarınca, sözleşme süresi içindeki beyan görevinin ihlalinin sigortacı tarafından henüz riziko gerçekleşmeden öğrenilmesi halinde eğer sigortacı prim farkı istemiş ise, bu farkın kabul edilmesi için sigorta ettirenin 10 gün süresi bulunmaktadır. İlgili hüküm TTK m.1452/3'te sayılan maddelerden olduğundan, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın aleyhine olacak bir düzenleme getirilmesi söz konusu değildir. Bu halde, genel şart düzenlemesinin karşısında TTK hükmünün uygulanması gerekir.

“Süresinde kullanılmayan fesih veya prim farkını talep etme hakkı düşer. Her ne şekilde olursa olsun değişikliği öğrenen sigortacı, sigorta hükmünün devamına razı olduğunu gösterir bir harekette bulunursa fesih hakkı düşer.”

Açıklama: İlk cümle, aynı ifade ile TTK m.1445/3'te de yer almaktadır. 2. cümlede getirilen düzenleme ise TTK'da yer almamaktadır. Bu şekilde bir düzenleme sigorta sözleşmenin akdi esnasındaki beyan görevinde, 1442. maddedeki cayma hakkının düşüğü haller arasında yer almaktadır. Ancak sigorta sözleşmesi sırasındaki beyan görevi bakımından herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle bu genel şart hükmü uygulanabilirliğini korumaktadır.

“3.2- Değişiklik, rizikoyu hafifletici nitelikte ve daha az prim uygulanmasını gerektiren hallerden ise, sigortacı değişikliğin yapıldığı tarihten itibaren dönem sonuna kadar geçecek süre için gün esasına göre hesap edilecek prim farkını sigorta ettirene geri verir.”

Açıklama: Primin indirilmesine ilişkin TTK m.1433 şu şekildedir: “Primi etkileyen sebeplerde, rizikonun hafiflemesini gerektiren değişiklikler meydana gelmişse, prim indirilir ve gereğinde geri verilir.” TTK ayrıca eğer aksi kanunda belirtilmemişse, primin iadesi bakımından gün esasını kabul etmiştir. Dolayısıyla genel şart düzenlemesi ile kanun hükmü birbirinden farklı hususlar getirmemektedirler.

“3.3- Sigortacının sözleşmeyi bu değişikliklere göre yapmamasını veya daha ağır şartlarla yapmasını gerektiren hallerde:

a) Sigortacı durumu öğrenmeden önce,

b) Sigortacının fesih ihbarında bulunabileceği süre içinde,

c) Fesih ihbarının hüküm ifade etmesi için geçecek süre içinde

riziko gerçekleşirse, sigortacı tazminatı, o tazminata ilişkin olarak tahakkuk ettirilen prim ile tahakkuk ettirilmesi gereken prim arasındaki orana göre öder.”

Açıklama: (a) İçin- Rizikonun, sigortacının sözleşme sırasındaki beyan görevinin ihlal edildiğini öğrenmesinden önce gerçekleşmesi durumunda sigortacının haklarının ne olacağı TTK m.1445/5'te düzenlenmektedir. Fıkra hükmü şu şekildedir: “Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin ihmali belirlendiği ve değişikliklere ilişkin beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği saptandığı takdirde, söz konusu ihlal tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre, tazminattan veya bedelden indirim yapılır. Sigorta ettirenin kastı hâlinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacı sözleşmeyi

cağı” ihtarı yapılırsa, bunu zamanında yapılmış fesih beyanı saymanın gerekeceğini ifade etmektedir. Ünan, Hayat s.215.

²⁵ Ünan, Hayat s.215.

feshedebilir; bu durumda sigorta tazminatı veya bedeli ödenmez. Bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder.”

İhmalin veya kastın varlığına, hatta kastta illiyetin varlığına göre de farklı yaptırımların getirilmiş olması dolayısıyla TTK düzenlemesinin çok daha ayrıntılı olduğu görülmektedir. Buna göre hmalin varlığı halinde genel şart ile TTK düzenlemesi paralel ise de, kastın varlığı halinde TTK düzenlemesi uyarınca sigortacı ya hiç ödeme yapmayacak ya da yine aradaki orana göre ödeme yapacaktır. Dolayısıyla her hal bakımından alınan prim ile alınması gereken prim arasındaki orana göre ödeme öngören genel şart düzenlemesi daha lehe görünmektedir.

İlgili TTK düzenlemesi m.1452'nin 3. fıkrasında yer aldığından, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın aleyhine değiştirilemez, ancak lehine değiştirilebilir. Bu nedenle de genel şart düzenlemesinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

(b) ve (c) İçin- Bu haller TTK m.1445/7'de şu şekilde düzenlenmiştir: *“(7) Sigortacıya tanınan feshin bildirim süresi veya feshin hüküm ifade etmesi için verilen süre içinde, yapılan değişikliklerle bağlantılı olarak rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sigorta tazminatı veya bedeli ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak hesaplanır.”*

İlgili hüküm genel şarttaki b ve c bentlerini içermektedir. Ancak genel şart düzenlemesinden farklı olarak TTK, rizikonun gerçekleşmesi ile yapılan değişiklik arasında bağlantı aramaktadır; hükme göre oransal ödeme ancak bu halde söz konusu olacaktır. Genel şart maddesi ise yapılan değişiklik ve riziko arasında herhangi bir bağlantı aramamaktadır.

TTK m.1445, 1452/3 uyarınca nisbi emredici olduğundan; bu madde hükmünde getirilen hususlar sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın aleyhine değiştirilemezler. Değişiklik yani riziko ağırlaşması ile rizikonun gerçekleşmesi arasında bağlantı (illiyet) aranması ise sigorta ettirenin daha genel şartların 3.3. maddesinin b ve c bentlerinin uygulanabilirliği kalmamıştır.

“C. 4- Sigortanın Tekrar Yürürlüğe Konulması veya Eski Haline Dönüştürülmesi

Primin ödenmemesinden dolayı fesih veya tenzil edilmiş olan sözleşme, ödenmeyen ilk primin vadesini izleyen altı ay içinde ve birikmiş primler, her primin vadesinden itibaren hesap edilecek kanuni gecikme faiziyle birlikte sigorta ettiren tarafından bir defada ödenmek şartıyla tekrar yürürlüğe konulur veya eski haline dönüştürülür.”

Açıklama: Primin ödenmemesi dolayısıyla fesih haline ilişkin (ilk prim taksidinin değil, sonraki taksitlerin ödenmemesi halinde) TTK m.1434/3 ve 4 hükmü düzenlemesi mevcuttur. İlgili fıkralar şu şekildedir: *“(3) İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur. Sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Türk Borçlar Kanunundan doğan diğer hakları saklıdır.*

(4) Bir sigorta dönemi içinde sigorta ettirene iki defa ihtar gönderilmişse sigortacı, sigorta döneminin sonunda hüküm doğurmak üzere sözleşmeyi feshedebilir. Can sigortalarında indirimle ilişkin hükümler saklıdır.”

Bununla birlikte TTK'da, feshedilmiş sözleşmenin tekrar yürürlüğe konulmasına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla genel şartların bu düzenemesi hayat sigortaları bakımından halen uygulanma alanı bulabilecektir.

Tenzil, mevcut TTK'da "prim ödmeden muaf sigorta" adı ile düzenlenmiştir. (Bu konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz. C.5. "Ücretsiz Sigorta" başlığı) TTK 1502'de sözleşmenin bu hale geldikten sonra eski haline dönüştürülmesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir; dolayısıyla genel şart hükmü uygulanabilecektir.

"Bu altı aylık süre geçtiği takdirde, sigortacı isterse, masrafı sigorta ettirene ait olmak üzere sigortalıdan yeni bir muayene isteyebilir. Muayene sonucu sigortanın devamı bakımından uygun görüldüğü ve birikmiş primler yukarıda yazılı esaslar dahilinde ödendiği takdirde sigortacı sözleşmeyi tekrar yürürlüğe koyar."

Açıklama: TTK'da buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Herhangi bir emredici düzenlemeye de aykırı olmadığına göre, özel şartla aksine bir düzenleme getirilmezse pekala uygulanabilir.

Sigortanın yeniden yürürlüğe girmesi esnasında sigortalının hayatta bulunması şarttır. Sigortanın yeniden yürürlüğe konması esnasında yapılacak beyanların gerçeğe aykırı olması halinde madde C.2 hükümleri uygulanır.

"C.5- Ücretsiz Sigorta (Tenzil)

Sigorta ettiren kimse, aksine bir sözleşmeyle süre kısaltılmış olmadıkça en az üç yıllık primi ödedikten sonra sigortadan cayar veya taahhüdüne uymaz ve de sigortayı satın alma (iştirâ) hakkını da kullanmaz ise, sigortası prim ödenmesinden muaf bir sigorta haline çevrilmiş olur. Bu takdirde sigorta bedeli poliçede ve tarife teknik esaslarında gösterildiği şekilde indirilir."

Açıklama: Ücretsiz sigorta (tenzil), TTK'da "prim ödmeden muaf sigorta" adı altında düzenlenmektedir. TTK m.1502 uyarınca en az bir yıldır yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde eğer bu süreden sonra prim ödenmezse, sigortacının prim ödememe sebebiyle sözleşmeyi feshetme veya prim isteme hakkı olmayacaktır. Bu halde sigorta sözleşmesi prim ödmeden muaf sigortaya dönüşmektedir; rizikonun gerçekleşmesi ile ödenecek sigorta bedeli, ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenecektir. İlgili düzenleme m.1520'3'te yer almaktadır; dolayısıyla sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez. Bundan dolayı genel şart düzenlemesinin değil, TTK hükmünün uygulanması gerekir.

Genel şart "...primi ödedikten sonra sigortadan cayar veya taahhüdüne uymaz ve de sigortayı satın alma (iştirâ) hakkını da kullanmaz ise..." sigortanın prim ödmeden muaf hale dönüşeceğini düzenlemektedir. TTK hükmüne göre ise "...sigorta ettiren daha sonra prim ödeme borcunu yerine getirmezse..." sigorta bu tür sigortaya dönüşecektir. Genel şartta yer alan "taahhüde uymama", TTK'daki "ödeme borcunu yerine getirmeme"yi karşılamaktadır; ancak genel şart düzenlemesi uyarınca hayat sigortasının prim ödmeden muaf hale gelmesi için sigorta ettirenin taahhüdüne uymamasına ek olarak, sigortadan ayrılma hakkının kullanılmaması da gerekmektedir. Bu düzenleme her ne kadar TTK'ya göre farklı görünse de, esasen pratik bir önem arz etmeyecektir; sigorta ettiren

sigortadan ayrılma hakkını kullanırsa zaten sözleşme sona ermiş olacak, dolayısıyla prim ödemededen muaf hale dönüşecek bir sigorta mevcut olmayacaktır.

Prim ödemededen muaf sigortaya dönüşme bakımından sigortadan ayrılmaya ilişkin bu açıklama, sigorta ettirenin sigortadan caymasına ilişkin şart için de geçerlidir.

Ayrıca prim ödemededen muaf hale gelen sigortanın hangi şartlarla eski haline dönebileceğine ilişkin genel şartlarda getirilen düzenleme için lütfen C.4. maddesine bakınız.

“C.6- Satın Alma (İştirâ)

Sigortacı, aksine bir sözleşmeyle kısaltılmış olmadıkça en az üç yıllık primi ödenmiş olan bir sigortayı, sigorta ettirenin talebi üzerine ve sigorta poliçesinin geri verilmesi karşılığında poliçede belirtilen şekilde satın almak zorundadır.”

Açıklama: İlgili kurum TTK'da “sigortadan ayrılma” olarak adlandırılmaktadır. TTK m.1500 uyarınca en az bir yıldır yürürlükte olan ve bu süreye ilişkin primleri ödenmiş sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren istediği zaman ayrılma talebinde bulunabilir. Bu hakkın kullanımı ile sigorta sözleşmesi sona ermektedir. İlgili hüküm 1520/3 uyarınca nisbi emredici niteliktedir; dolayısıyla sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine değiştirilemez.

Genel şart tarafından getirilen düzenleme ise aksine bir sözleşme yapılmamışsa en az üç yıllık bir süre öngörmektedir. Düzenleme bu haliyle sigorta ettirenin aleyhine olduğundan TTK hükmünün uygulanması gerekir.

TTK'da ayrıca 1500/2 hükmünde yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortalar bakımından ayrılmanın mümkün olabilmesi için kişinin sağlıklı olduğunu ispatlamasının gerektiği düzenlenmektedir.

“C. 7- Borç Verme (İkraz)

Sigortacı, aksine bir sözleşmeyle kısaltılmış olmadıkça en az 3 yıllık primi ödenmiş sigortada, sigorta ettirenin talebi üzerine ve poliçenin iadesi karşılığında sigorta poliçesi üzerinden ödünç para vermek zorundadır.”

Açıklama: Bu kurum TTK m.1501'de “ödünç verme” olarak adlandırılmaktadır. İlgili hüküm uyarınca en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde eğer sigorta ettiren bu yönde bir talepte bulunursa sigortacı ödünç para vermek zorunda olacaktır. İlgili madde hükmü 1520/3 uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

Genel şart hükmü ise aksine bir sözleşme yapılmamışsa en az üç yıllık bir süre öngörmektedir. Düzenleme bu haliyle sigorta ettirenin aleyhine olduğundan TTK hükmünün uygulanması gerekir.

“Borcun faizleri, taraflarca kararlaştırılan vadelerde ödendiği sürece sözleşme yürürlükte kalır. Faizler vadelerinde ödenmeyecek olursa, sigortacı, sigorta ettirene bir ihbar mektubu göndererek borcunu işlemiş faiz ve masraflarıyla üç ay içinde ödemeye davet eder. Borç bu süre içinde ödenmez ise sigortacı re'sen iştirâ eder ve alacağını işlemiş faiz ve masraflarıyla birlikte tahsil eder. Kalan miktar sigorta ettirene iade olunur.”

Açıklama: Alınan ödünçün geri ödenmesine ilişkin TTK'da düzenleme mevcut değildir. Bu eksikliğin genel şart düzenlemesi ile kaldırılmaya çalışıldığı

görülmektedir. Burada sigortacıya, vadede ödememe halinde ihtarda bulunma ve sonrasında sözleşmeden resen ayrılma hakları tanınmaktadır. TTK'da ise yalnızca primin ödenmemesine ilişkin düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla genel şart düzenlemesi uygulanabilir.

“C.8- Hak veya Borçların Devri -Menfaatların Değiştirilmesi

8.1- Bu sözleşmeden doğan hakların veya borçların devri mümkündür.

8.2- Sigorta ettiren, sigortadan faydalanan kimseyi sigortanın başlangıcında veya daha sonra tayin edebileceği gibi istediği zaman değiştirme hakkına da sahiptir. Ancak, sigorta ettiren değiştirme hakkından vazgeçtiğini poliçeye yazdırmakla birlikte poliçeyi lehbara teslim etmişse artık o kişiyi değiştiremez.”

Açıklama: Lehtarın atanması ve değiştirilmesine ilişkin düzenleme TTK m.1493'te yer almaktadır. İlgili madde hükmü genel şart düzenlemesi ile paralel olmakla birlikte, TTK'da buna ilave başka hususlar da düzenlenmiştir. 1493/4 uyarınca lehtarın dönülebilir mi yoksa dönülemez şekilde mi atandığı yönünde tereddüt mevcutsa, sigorta ettirenin değiştirme hakkını saklı tuttuğu; dolayısıyla lehtarı dönülebilir şekilde atadığı kabul edilecektir. Dolayısıyla kanun burada bir karine getirmiş bulunmaktadır.

Bunun dışında yine 4. fıkrada lehtarın -dönülemez şekilde atanması halinde dahi- değiştirilebileceği hallere yer verilmiştir. Hükme göre mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu halleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehtar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmışsa dönülemez lehtar dahi değiştirilebilecektir. Bununla birlikte, m.1493 hükmü emredici olmadığından, taraflarca istenilen şekilde değiştirilebilmesi mümkündür.

“C.9- Poliçenin Kaybı

Poliçenin kaybı halinde, şirkette bulunan ve sigorta ettiren tarafından onaylanmış kayıt ve belgeler esas, kaybolan nüsha geçersiz kabul edilerek yerine sigorta ettiren tarafından imza edilecek bir kayıp formu karşılığında ikinci bir örnek poliçe verilir. Bu konuda yapılacak masraflar sigorta ettirene aittir.”

Açıklama: 2. Cümle- TTK m.1424/2, sigorta ettirenin poliçesini kaybetmesi durumunda, “gideri kendisine ait olmak üzere, yeni bir poliçe verilmesini sigortacıdan isteyebil(eceğini)” düzenlemektedir. Görüleceği üzere TTK ile genel şart düzenlemesi paraleldir.

“C.10- Tebliğ ve İhbarlar

Sigortalı ve sigorta ettirenin bildirimleri, sigorta şirketinin merkezine noter eliyle veya taahhütlü mektupla yapılır.

Sigortacının bildirimleri de sigorta ettirenin ve sigortalının poliçede gösterilen adresine aynı surette yapılır. Bu adreslerin değişmiş olması halinde ise, sigorta ettiren bunu sigorta şirketine bildirmek zorundadır. Aksi takdirde sigortacı tarafından yapılacak tebliğatin sigorta ettirene ulaştırılmaması olmasından doğacak kanuni sonuçlar doğrudan doğruya sigorta ettirene ait olur.

Taraflara imza karşılığında, elden verilen mektup veya telgraf ile yapılan bildirimler de taahhütlü mektup hükmündedir.”

Açıklama: 1. Fıkra- C.10 maddesinde tarafların yapacağı tebliğ ve ihbarların şekli ile yapılacağı yer düzenlenmiştir. Bu madde ile aynı başlığı taşı-

yan TTK m.1416 ise “Sigorta ettiren tarafından yapılacak tebliğler ve bildirimler sigortacıya veya sözleşmeyi yapan ya da yapılmasına aracılık eden acenteye; sigortacı tarafından yapılan tebliğler ve bildirimler ise, sigorta ettirenin veya geraktığında sigortalının ya da lehtarın sigortacıya bildirilmiş son adreslerine yapılır” demek suretiyle tebliğ ve ihbarların şeklini değil ama yapılacağı yeri düzenlemektedir. TTK hükmü m.1452/3 uyarınca nisbi emredici niteliktedir; dolayısıyla sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez.

TTK madde 1416’nın kapsamı açısından genel şart düzenlemesi incelendiğinde sigortacıya yapılan bildirimler bakımından bunları yalnızca sigorta şirketinin merkezi ile sınırladığı için sigorta ettirenin aleyhine olduğu görülmektedir. Dolayısıyla genel şart maddesinin ilgili kısımları uygulanamaz.

2. Fıkra- Adres değişikliğine ilişkin bir düzenleme TTK’da bulunmamaktadır. Getirilen düzenleme emredici hükümlere de aykırı olmadığına göre bu fıkra uygulama alanı bulur.

3.Fıkra- Burada belirtilen usuller tebliğ ve ihbarlara ilişkin emredici düzenlemede düzenlenmeyen bir hususu düzenlemekle birlikte, esasen sigorta ettirene kolaylık da getirmektedir; dolayısıyla uygulanır.

“C.11- Sigortalıya Ait Sırların Saklı Tutulması

Sigortacı ve sigortacı adına hareket edenler bu sözleşmenin yapılması dolayısıyla sigortalıya, sigorta ettirene ve lehbara ait öğrenecekleri sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumlu durlar.”

Açıklama: Sırların saklmasına ilişkin bir yükümlülük TTK’da yer almazken²⁶, SK’nın 31/A maddesinde “Sır Saklama Yükümlülüğü” başlığı altında şu şekilde düzenlenmektedir: “(1) Bu Kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar, bu Kanuna tâbi kuruluşların görevlileri ve yetkilileri, bu Kanuna tâbi kişiler ile bunların yanında çalışanlar ve dışardan hizmet alımı yoluyla sigortacılık sektöründe iş görenler, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bu Kanun kapsamında faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilere ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamaz, kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamaz. Bu yükümlülük söz konusu sıfat ve görevlerin sona ermesinden sonra da devam eder.

(2) Ancak, gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece risk değerlendirmesi amacıyla kullanılmak üzere sigorta şirketi, reasürans şirketi ve emeklilik şirketlerinin kendi aralarında doğrudan doğruya ya da Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi sırasında sigorta şirketi, reasürans şirketi ve emeklilik şirketlerine ya da sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilere ait, yanlış sigorta uygulamaları dâhil, sır niteliğindeki bilgilerin öğrenilmesi ve paylaşımı sır saklama yükümlülüğü dışındadır.”

Bu yükümlülüğe ilişkin yaptırım ise SK’nın adli cezaları düzenleyen 35. maddesinin 9. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu Kanuna tâbi kuruluşların görevlileri ve yetkilileri, bu maddenin sekizinci fıkrasında yazılı kişiler hariç olmak üzere bu Kanuna tâbi kişiler ile bunların yanında çalışanlar ve dışardan hizmet alımı yoluyla sigortacılık sektöründe iş görenler, sıfat ve görevleri dolay-

²⁶ Ulaş her ne kadar kanunda açıkça yer almasa da, bu yükümlülüğün esasen “her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir” şeklindeki TTK m.18/2 dolayısıyla mevcut olduğu görülmektedir. Ulaş s.124.

sıyla öğrendikleri ... sigorta sözleşmesi ile ilgili kişilere ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklamaları halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ve ikiyüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır". Buna ilişkin idari ceza ise getirilmemiştir.

İlgili madde hükmü genel şart düzenlemesinden daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Ancak yaptırım bakımından iki düzenleme farklı hususları düzenlemektedir. SK uyarınca verilecek cezalar, sırlarının ifşası ile zarar gören sigorta ettiren ve sigorta ilgililerinin zararlarını karşılamaya yönelik değil, bunu yapan kişiyi cezalandırmaya yöneliktir. Zarar görenin zararını karşılamaya yönelik düzenleme ise genel şartlardadır. Dolayısıyla genel şart hükmü uygulanacaktır.

"C.12- Yetkili Mahkeme

Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle sigorta şirketi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme sigorta şirketi merkezinin veya sigortalının ikametgahının bulunduğu, sigorta şirketince açılacak davalarda ise davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki ticaret davalarına bakmakla görevli mahkemelerdir."

Açıklama: Sigorta sözleşmelerinden doğan davalar bakımından yetki HMK'da özel olarak düzenlenmiştir. HMK m.15 hükmü sigorta sözleşmelerinin tamamı için bir tek yetkili mahkeme atamak yerine; zarar, can ve deniz sigortaları için ayrı ayrı düzenlemeler getirmiştir. Madde 15/2'ye göre can sigortalarında "sigorta ettirenin, sigortalının veya lehdarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir". Bir can sigortası türü olan hayat sigortası bakımından da bu düzenleme uygulama alanı bulacaktır.

Yetki kuralları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hayat sigortalarında sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar bakımından açılacak tüm davalarda kesin yetki sahibi olan mahkeme bunların yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Dolayısıyla yukarıdaki genel şart düzenlemesinin uygulanması mümkün değildir.

(Her ne kadar genel şartlarda görevli mahkemeye ilişkin düzenleme olmasa da, şu açıklamayı yapmak yerinde olacaktır: Görevli mahkemeye ilişkin HMK m. 2 hükmü uyarınca "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir". Malvarlığı ve şahısvarlığı sigortaları olarak yapılacak bir ayrımda, hayat sigortaları şahısvarlığı sigortaları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla ilgili madde uyarınca hayat sigortaları bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.)

"C.13- Zaman Aşımı

Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler iki yılda zaman aşımına uğrar."

Açıklama: TTK m.1420 uyarınca sigorta sözleşmesinden doğan tüm istemler, alacağın muaccel olmasından itibaren iki yılda zamanaşımına uğrar. Eğer istem sigorta tazminatı yahut bedeline ilişkinse, bu takdirde zamanaşımı rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıldır²⁷.

²⁷ Madde 1420 düzenlemesi, sorumluluk sigortalarında zamanaşımını düzenleyen m.1482 hükmünü saklı tutmaktadır.

İlgili düzenleme m.1452/2'de sayılan düzenlemelerdendir; dolayısıyla TTK'nın bu düzenlemesine aykırı sözleşme şartları geçersizdir.

“C.14- Özel Şartlar

Sigorta sözleşmelerine, genel şartlara aykırı düşmemek ve sigortalı aleyhine olmamak üzere özel şartlar konulabilir.”

Açıklama: Özel şartlar sigorta konusu menfaatin özellikleri göz önünde tutularak, sigorta sözleşmesinin tarafları olan sigortacı ve sigorta ettirenin karşılıklı müzakereleri sonucunda sözleşmeye dahil ettikleri şartlardır²⁸. Bu şartlar hukuki açıdan sözleşmesel nitelik teşkil ederler²⁹. Sigorta genel şartları da sözleşme hükmü niteliği taşıdığı için, tarafların anlaşarak sözleşmeye ekleyecekleri özel şartta genel şart düzenlemesinin aksine hüküm getirmeleri mümkündür³⁰. Bunun aksinin kabul edilmesi, idare tarafından hazırlanan bu şartların adeta emredici kanun hükmü niteliğine bürünmesini sağlayacaktır; bu da kabul edilebilir bir durum değildir³¹. Özel şartlar bakımından tek sınırlama, kanunun emredici hükümlerine aykırılıktır. Dolayısıyla taraflar genel şart düzenlemelerine aykırı olmakla birlikte emredici hükümlerine aykırı olmayan birtakım şartlar üzerine anlaşarak bunları sözleşmeye dahil etmekte özgürdür.

III. SONUÇ

Genel şart düzenlemelerinin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Dolayısıyla yapılan incelemede TTK'nın 1452 ve 1520 madde hükümlerinin 1. ve 2.fıkralarına aykırı olduğu tespit edilen genel şart maddelerinin uygulanabilmesi, TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra artık mümkün olmayacaktır.

TTK'daki diğer tür emredicilik ise 1452/3 ve 1520/3'te düzenlenmiş ve bu hükümlerde sayılan maddelerin sözleşme ile sigorta ettiren, sigortalı ile lehtarın aleyhine değiştirilmesine izin verilmemiştir. Çalışmamızda bu hükümlerde sayılan maddeler dikkate alınmış ve ilgili genel şart hükümler ile hangisinin daha lehe olduğu açısından bir inceleme yapıp, sonuçta hayat sigortası sözleşmesine uygulanacak kural tespit edilmiştir. Buna göre eğer ilgili genel şart düzenlemesi TTK'daki düzenlemeye göre sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın lehine ise, bu durumda kanun hükmü yerine genel şart düzenlemesinin uygulanması mümkün olacaktır. Ancak genel şart ile getirilen düzenleme eğer TTK'da getirilenlere göre aleyhe nitelik teşkil ediyorsa, bu durumda emredici

²⁸ Kayıhan, Bağcı s.102.

²⁹ Mehmet Bahtiyar, “Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara 1998, s. 134.

³⁰ Ünan, Hayat s. 78. Doktrinde kimi yazarlar ise özel şartların, ancak genel şartlarla tarafların anlaşmalarına bırakılmış hususlarda kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Reşat Atabek, “Sigorta Akdinin Yorumu”, **Sigorta Hukuku Dergisi**, Cilt 1, Sa.2, 1982, s. 137; Arseven s. 33; Kayıhan, Bağcı s.103. Adıgüzel ise sigorta genel şartlarını, sözleşme serbestisini sınırlayan hükümlerin sonucusu olarak saymıştır ve sigorta genel şartlarında düzenlenmiş bir konunun, özel şartlarla sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyeceği görüşündedir. Burak Adıgüzel, “Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara 2009, s.43.

³¹ Ünan, Hayat s. 227; Bahtiyar, Özel Koşullar s. 143.

düzenleme dolayısıyla bunlar yerine ilgili TTK hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır.

Çalışmada TTK hükümleri ile Hayat Sigortası Genel Şartları arasındaki farklılıkları ile zıtlıkların oldukça fazla sayıda olduğu tespit edilmiştir. Hayat sigortalarında söz konusu olan bu uyumsuzluğu ortadan kaldırarak karmaşayı önlemek adına mevcut Hayat Sigortası Genel Şartları'nın ivedilikle güncellenmesi ve yürürlükteki TTK'ya uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, “Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s.1-47.

AĞSAKAL İbrahim, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara 2015.

ARSEVEN Haydar, Sigorta Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1991.

ATABEK Reşat, “Sigorta Akdinin Yorumu”, Sigorta Hukuku Dergisi, C. 1, Sa. 2, 1982, s.125-140.

BAHTİYAR Mehmet, “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, BATİDER C. XIX, Sa. 2, 1997, s.89-108. (Kısaltma: Genel Koşullar)

BAHTİYAR Mehmet, “Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılması ve Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.133-148. (Kısaltma: Özel Koşullar)

KAYIHAN Şaban, BAĞCI Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Ko-caeli 2016.

KENDER Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2016.

OMAĞ Merih Kemal, Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, İstanbul 1985.

ÖZTAN Fırat, Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966.

ŞEKER ÖĞÜZ Zehra, Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010.

ULAŞ Işıl, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, 2. Bası, Ankara 2002.

ÜNAN Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi – Cilt I – Genel Hükümler, İstanbul 2016. (Kısaltma: Şerh)

ÜNAN Samim, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998. (Kısaltma: Hayat)

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TERK İHTARININ BOŞANMA SEBEPLERİNE VE MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNE ETKİSİ*

(THE IMPACT OF THE NOTICE OF ABANDONMENT UPON THE REASONS FOR
DIVORCE AND THE CLAIM FOR NON-PECUNIARY DAMAGES IN THE LIGHT OF
THE SUPREME COURT'S RULINGS)

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Tülay Aydın Ünver**
Arş. Gör./Res. Asst. Şeyda Dursun Karaahmetoğlu***

Öz

Terk özel boşanma sebeplerinden birisidir. Terke dayanarak boşanma davası açmak isteyen eşin, hâkim veya noter aracılığıyla göndereceği ihtar ile terk eden eşe ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunması gereklidir (TMK m. 164 II). Yargıtay kararlarında ise terk ihtarına sadece terk sebebiyle açılacak boşanma davalarında değil, diğer boşanma sebepleri, özellikle de evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davaları açısından bir sonuç bağlandığı görülmektedir. Söz konusu kararlara göre, eşinin eve dönmesini ihtar eden diğer eş, bu davet ile eve davet edilen eşin ihtar tarihinden önceki kusurlu davranışlarını affetmiş, en azından hoşgörü ile karşılaşmıştır. Bu itibarla, eşinin eve dönmesini ihtar eden eş, ihtardan önceki olaylara dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açamaz. Yargıtay aynı gerekçeyle terk sebebine dayanan boşanma davalarında da, davacı eşin manevi tazminat istemini reddetmektedir. Bu çalışmada öğretilerdeki görüşler de dikkate alınmak suretiyle belirtilen hususlarda Yargıtay uygulamasının isabetli olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Terk, terk ihtarı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, boşanma davası, manevi tazminat.

ABSTRACT

Abandonment is one of the special reasons for divorce. A spouse, who wants to sue for a divorce based on the abandonment, has to send a notice through a notary public or judge and warn another spouse about returning the family home and the consequences of the non-performance of returning (TCC. Art. 164 II). The Supreme Court takes into consideration the notice not only at a divorce

* Bu makale, 23.11.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 05.12.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 06.12.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, tulaydin@istanbul.edu.tr

*** İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, seydadursun@yahoo.com

case based on abandonment but also other grounds for divorce especially irretrievable breakdown of marriage. According to the rulings of the Supreme Court, the spouse, who sends a notice to another spouse and warns him/her to return the family home, in essence, has forgiven or at least tolerated the misconducts of another spouse until the notice through the notice. Therefore, the spouse who sends a notice to another spouse about returning home is not able to sue for a divorce based on irretrievable breakdown of marriage on the ground of another spouse's misconducts until the notice. Similarly, the Supreme Court denies the claims of the claimant spouse for satisfaction in the divorce cases based on abandonment. In this study, the rulings of the Supreme Court have been scrutinized in the light of doctrine.

Keywords: Abandonment, notice, irretrievable breakdown of marriage, divorce suit, non-pecuniary damages.

Giriş

Boşanma sebepleri Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 161 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu sebepler incelendiğinde, boşanma sebeplerinin özel ve genel boşanma sebepleri olarak bir ayrırma tabii tutulduğu görülmektedir¹. Özel boşanma sebeplerinden biri olan terk sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi için öncelikle terk eden eşe ortak konuta dönmesi için bir ihtar gönderilmesi gerekliliği Kanun'da ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay kararları değerlendirildiğinde söz konusu terk ihtarına sadece terk sebebiyle açılan boşanma davaları açısından değil, boşanmanın diğer sebepleri açısından ve ayrıca boşanmanın mali sonuçlarından manevi tazminat yönünden de sonuç bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmanın konusunu da Yargıtay kararlarına göre terk ihtarına bağlanan bu sonuçların değerlendirilmesi teşkil etmektedir.

I. Boşanma Sebepleri Açısından

A. Terk Sebebine Dayanan Boşanma Davasında

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk etmesi ya da haklı bir sebep² olmadan ortak ko-

¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZBG) 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, boşanma sebepleri açısından farklı bir düzenleme kabul edilmiş, özel boşanma sebeplerine yer verilmeyerek, 111-116. maddelerde boşanmanın şartları düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerin birlikte talebi yoluyla hâkim tarafından boşanmaya hükmedilecektir (tam anlaşma: ZGB Art. 111, kısmi anlaşma: ZGB Art. 112). Eşlerden yalnızca birinin talebi üzerine hâkimin boşanmaya hükmedebilmesi ise iki halde söz konusu olur: Birincisi, eşlerin en az iki yıldan beri ayrı yaşamalarıdır (ZGB Art. 114). İkincisi ise, iki yıllık sürenin dolmasından önce de evlilik birliğinin devamının beklenemediği hallerde önemli sebeplere dayanılarak boşanma davası açılabilmesidir (ZGB Art. 115).

² Eşlerin ortak arzusunun bulunması veya mahkemece TMK m.170-171'e dayanılarak verilmiş olan ayrılık kararının varlığı halinde, eşlerden birinin ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin ve aile huzurunun tehlikeye düşmüş olduğu durumda (TMK m.197 I), eşlerden birinin tedbir nafakası aldığı durumlarda (TMK m.197 II), konutun bağımsız ve ailenin ihtiyaçlarına uygun olmaması durumunda terk eden eşin ortak konuta dönmemesi için haklı bir sebebin varlığından bahsedilebilir. Bağımsız bir

nuta dönmemesi halinde³ Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde belirtilen diğer şartların da gerçekleşmiş olması şartıyla özel ve mutlak bir boşanma sebebi olan terk sebebine dayanılarak boşanma davası açılması mümkündür⁴. TMK m.164'de düzenlenen terk, mutlak bir boşanma sebebi olduğu için, hükümde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde hâkimin terk olgusu sebebiyle ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmadan⁵, boşanmaya (ya da ayrılığa⁶) karar vermesi gereklidir.

eve davet ihtarının bulunmadığı hallerde de davalı eşin ihtarına uymamakta haklı olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 23.02.2015, E: 2014/17948, K: 2015/2515 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 21.9.2007, E: 2006/22079, K: 2007/12371 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 03.5.2007, E: 2006/18718, K: 2007/7329 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 23.01.2006, E: 2005/15942, K: 2006/136 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Her ne kadar Medeni Kanun'da açıkça yer almasa bile, boşanma ve ayrılık davaları ve evliliğin butlanı davası sürecinde de eşlerin ayrı yaşama hakları olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 2. HD. 12.2.2004, E: 2004/537, K: 2004/1471 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Haklı sebep teşkil eden haller bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: **Andreas B. Schwarz**, Aile Hukuku I, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946, s. 149; **Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir**, Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul, Hak Kitabevi, 1957, s. 250-251; **Bülent Köprülü/Selim Kaneti**, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 158-159; **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul, Tan Matbaası, 1956, s. 173; **Selahattin Sulhi Tekinay**, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 216-220; **Kemaleddin Birsen**, Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1966, s. 324-325; **Turgut Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 255-256; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 127-129; **Seher Kandil**, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Ankara, 2006, s. 57-67.; **Şenol Şenol**, "Terk Nedeni ile Boşanma", Adalet Dergisi, 1988, S: 3, s. 29-30.

³ TMK m.164 I c.2'ye göre diğer eş ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konutta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. Evlilik birliğinin görevlerini yerine getirmeyen, gece geç saatlerde eve dönen, eş ve çocuklarıyla ilgilenmeyen ve eşine şiddet uygulayan davacı eşin davalı eşini ortak konutu terk etmeye zorladığı ve bu nedenle terk sebebine dayanan boşanma davası açamayacağı yönünde bkz.: Yargıtay 2. HD., 15.6.2017, E: 2016/18628, K: 2017/7501 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); davalı eşini ortak konutu terke zorladığı gibi ortak konutun anahtarını da değiştirerek eve dönmelerini engelleyen davacı eşin terke dayalı boşanma davası açamayacağı yönünde bkz.: Yargıtay HGK, 04.11.2009, 2-402/484 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); ayrıca bkz.: Yargıtay 2. HD., 13.01.2016, E: 2015/25093, K: 2016/462 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴ Zira bu halde evlilik birliğinden doğan birlikte yaşama yükümlülüğüne (TMK m.185 III) aykırı davranılmış olduğu yönünde bkz.: **Kılıçoğlu**, Aile, s. 126; **Hasan Petek**, "Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, 2010, s. 43-78 (Basım Yılı: 2012), s. 45.

⁵ **Saymen/Elbir**, s. 242; **Kemal Oğuzman/Mustafa Dural**, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s. 121; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, N 622 vd.; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 398; **Akıntürk/Ateş**, s. 243-244, 258; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 114-115; **Talih Uyar**, "Yargıtay Kararlarında "Terk" Nedeniyle Boşanma (MK.132)", Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 18, S: 71, s. s. 60; **Erden Kuntalp**, "Mutlak Boşanma Nedenleri", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-

Terk sebebine dayanan boşanma davasının açılabilmesi için gereken şartlardan biri⁷, terk eden eşe evlilik birliğini devam ettirmek amacıyla ortak konuta dönmesi için bir ihtarın⁸ yapılmış olması ve bu ihtarın sonuçsuz kalmasıdır (TMK m.164 I)⁹. Söz konusu hükme göre terkin en erken dördüncü ayından itibaren terk ihtarında bulunulabilir¹⁰ ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe boşanma davası açılmaz (TMK m.164 II c.3)¹¹. Hükümde belirtilen bu süreler dava şartı olup hâkim tarafından re'sen araştırılacak ve dikkate alınacaktır¹². İhtardan sonra dikkate alınması gerekli iki aylık süre, ihtarın diğer eşe

1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977, s. 116; **Petek**, s. 43-44; **Kandil**, s. 27.

⁶ TMK m.167'ye göre, boşanma davası açmaya hakkı olan eş, isterse boşanma isterse ayrılık kararı isteyebilir. Dava ayrılığa ilişkinse, hâkim yalnızca ayrılık kararı verebilir, boşanmaya karar veremez (TMK m.170 II). Ancak, dava boşanmaya ilişkinse, hâkim, takdirine göre boşanmaya ya da ortak hayatın yeniden kurulması ihtimalinin varlığı halinde ayrılığa karar verir (TMK m.170 III).

Bununla birlikte, eşlerin ortak hayatı tekrar kuramayacaklarına karine sayılarak, terk sebebiyle açılan boşanma davalarında kural olarak ayrılığa karar verilmesinin mümkün olmadığı, ancak hâkimin yine de eşlerin bir araya gelmeleri olasılığını görüyorsa ayrılığa karar verebileceği yönünde karşı: **Petek**, s. 53-54, dn. 26; benzer şekilde, TMK m.166 III uyarınca açılacak boşanma davalarında da hâkimin takdir yetkisini kullanarak ayrılık kararı veremeyeceği yönünde bkz.: **Öztan**, Boşanma, s. 725; **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan**, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 238.

Davacının mutlak bir boşanma nedenine dayanmış ve bunun varlığını kanıtlamış olsa bile, hâkimin eşlerin barışma ihtimallerini gördüğü takdirde boşanma yerine ayrılığa hükmedilebileceği yönünde bkz.: Yargıtay 2. HD., 17.10.2005, 12032-14274 (**Ömer Uğur Gençcan**, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2017, s. 364); Yargıtay 2. HD., 01.06.2009, 8576-10441 (**Gençcan**, s. 364-365).

⁷ Terk sebebiyle boşanma davasının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu/Cumhur Özakman//Enis Sarıal**, Aile Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1986, s. 279 vd.; **Öğuzman/Dural**, s. 120 vd.; **Tekinay**, s. 215 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 157 vd.; **Hatemi/Serozan**, s. 224 vd.; **Birsen**, s. 323 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 605 vd.; **Öztan**, Aile, s. 392 vd.; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 125 vd.; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 988 vd.; **Akıntürk/Ateş**, s. 254 vd.; **Petek**, s. 45 vd.; **Şenol**, s. 27 vd.

⁸ Bu ihtarın bağımsız bir kazai sonucu olmayan, hâkim tarafından yapılmış bir işlemden ibaret olup aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacağına ilişkin bkz.: Yargıtay İBK, 27.3.1957, E: 1956/10, K: 1957/1 (RG. 24.06.1957, Sayı: 9641). Buna karşılık, ihtar isteğinin reddine ilişkin kararlar için kanun yolunun açık olduğu kabul edilmektedir: Yargıtay 2. HD., 01.4.1982, 2646/3012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹ Modern kanunlarda olduğu gibi ihtar kurumunun kaldırılmasında, bununla birlikte terk süresinin uzun tutulmasının uygun olacağı yönünde bkz.: **Kuntalp**, s. 124-125.

¹⁰ Davacı eşin davalı eşin evi terk etmesinden itibaren dört aylık yasal süre dolmadan ihtar göndermiş olması halinde TMK m.164'ün koşulları oluşmadığından davanın reddine karar verilmesi yönünde bkz.: Yargıtay 2. HD., 21.9.2007, 44/12316 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 15.4.2004, 3515/4793 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹ Yargıtay 2. HD., 18.5.1999, E: 1999/3508 K: 1999/536 (YKD, Cilt:25 Sayı:10, Ekim 1999, s. 1365); Yargıtay 2. HD., 03.05.2012, E: 2011/15337 K: 2012/11873 (**Gençcan**, s. 323); Yargıtay 2. HD., 24.05.2007, 19867-8714 (**Gençcan**, s. 323); Yargıtay 2. HD., 19.11.2012, E: 2012/22615 K: 2012/27350 (**Gençcan**, s. 323).

¹² **Kandil**, s. 68-69; Yargıtay HGK., 16.01.2013, E: 2012/2-686, K: 2013/67 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 16.5.2002, 5832/6625 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 08.4.1992, 4031/4236 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır; ancak ihtar kararında davet edilen eş ve yanındaki çocuklar için dönüş parasının verilmesine de karar edilmişse, iki aylık süre dönüş parasının alındığı ya da ihtarda bulunulan eş tarafından alınmasından kaçınıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹³.

Terk sebebiyle boşanma davası açabilmek için ayrılığın en az altı ay¹⁴ sürmüş olması gerektiğine göre (TMK m.164 I c.1)¹⁵, bu sürenin dört ayın ihardan önce ve iki ayının ise ihardan sonra geçmiş olması gereklidir¹⁶. Bununla birlikte terk ihtarının mutlaka ayrılıktan dört ay sonra yapılması zorunlu olmayıp daha sonra, örneğin ayrılıktan bir yıl sonra, yapılması mümkündür, ancak her halde terk ihtarından sonra boşanma davası açılabilmesi için iki ayın beklenmesi gerekir. İhtardan sonra iki ay geçmeden terk nedenine dayalı olarak boşanma davası açılması halinde ise süre şartı gerçekleşmediğinden dava reddedilecektir¹⁷. Yargıtay kararlarında, terk eden eşe gönderilen ihtarda eve dönüş süresi olan iki aylık sürenin açıkça gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde ihtarın sonuç doğurmayacağı¹⁸, ayrıca terk eden eşe yasal olarak tanınmış olan iki aylık dönüş süresinin kısaltılmayacağı¹⁹, eğer kısaltılırsa ihtarın geçersiz hale geleceği kabul edilmektedir²⁰.

¹³ Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 16.5.2002, 5832/6625 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 08.4.1992, 4031/4236 (YKD 1992/8, s. 1188-1189).

¹⁴ Eşler arasında terk sebebiyle mevcut ayrılığın dava açıldığı tarihte de devam ediyor olması gereklidir. Boşanma davasının açıldığı sırada, eşlerin kısa süreli beraberlikler dışında, ortak konutta yaşamak üzere bir araya gelmiş olmaları halinde terk sebebiyle boşanma davası da açılmaz: **Tekinay**, s. 220; **Şenol**, s. 31; **Kandil**, s. 67.

¹⁵ TMK m.164'ün karşılığını teşkil eden mülga MK m.132'ye göre terkin en az üç ay sürmüş olması ve ihtarın terkten itibaren iki ay sonra yapılabileceği kabul edilmişken, TMK m.164'de boşanma davası açabilmek için gereken terk süresi üç aydan altı aya çıkarılmıştır. Hükmün gerekçesine bakıldığında ise, bu yöndeki değişikliğin sebebi olarak, ortak konutu terk etmiş olan eşe düşünmek için daha fazla zaman tanıyarak, telafisi mümkün olmayan adımların atılmasının engellenmek istenmesi gösterilmektedir. TMK m.164'ün gerekçesi için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm>, 25.10.2017.

¹⁶ Hükümde belirtilen altı aylık toplam süre dolmadan terk sebebine dayanılarak boşanma davası açılmayacağı, ancak terk edilen eşin isterse diğer eşin terk halini ortak hayatı çekilmez hale getiren bir sebep olarak ileri sürerek TMK m.166 uyarınca boşanma davası açabileceği, bu durumda ise terk eden eşin altı ayın henüz dolmadığı yönünde bir itirazda bulunamayacağı yönünde bkz.: **Tekinay**, s. 228; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 130.

¹⁷ Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 16.02.2011, 949/2497 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸ Yargıtay 2. HD., 12.3.2007, E: 2006/16012, K: 2007/3680 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 20.02.2002, 1707-2346 (**Gençcan**, s. 305); Yargıtay 2. HD., 16.03.1998, 1689-3157 (**Gençcan**, s. 305).

¹⁹ Terk ihtarının öncesindeki ve sonrasındaki sürelerin kesin olduğu ve bu sürelerin hâkim ya da taraflarca kısaltılmayacağı yönünde bkz.: **Esat Şener**, "Terk Hukukî Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1983, S: 37, s. 4-5; aynı yazar, Boşanma, s. 96-97; **Mehmet Akif Tutumlu**, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 916.

²⁰ Yargıtay 2. HD., 9.11.2004, 10822-13319 (**Gençcan**, s. 305); Yargıtay 2. HD., 12.10.2004, 11897-11718 (**Gençcan**, s. 305); Yargıtay HGK., 13.02.2008, E: 2008/2-136, K: 2008-117 (**Gençcan**, s. 305); Yargıtay 2. HD., 13.10.2003, 12383-13266 (**Gençcan**, s. 306). Yargıtay başka bir kararında ise terk eden eşe eve dönmesi için bir yıllık süre tanınmasını kabul etmiş ve bu bir yıllık süre dolmadan gönderilmiş olan ikinci ih-

Terk ihtarı davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter tarafından yapılır (TMK m.164 II c.1). 2011 yılında Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde yapılan değişikliğe kadar terk ihtarı sadece hâkim tarafından yapılabiliyordu²¹. 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un²² 19. maddesiyle TMK m.164'de yapılan değişikliklerle noterlere de terk ihtarında bulunma yetkisi verilmiştir. Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in²³ 7. maddesinde TMK m.164 II c.1'de belirtildiği şekilde, talep eden eşin istemi üzerine noterler tarafından dava şartları incelenmek-sizin ihtarın yapılacağı belirtilmiştir. Esasen TMK m.164 II c.1'de de hâkim veya noterin esas incelemeksizin ihtarı yapacağı ifade edilmiştir. Zira ihtarın haklı olup olmadığı ve terk sebebiyle boşanma davasının şartları boşanma da-vasında incelenecektir²⁴. Bununla birlikte, hâkimin terkin süreyle ilgili şartları,

ara dayanılarak boşanmaya hükmedilmesi Kanuna aykırı bulmuştur. Bu karar için bkz.: Yargıtay 2. HD., 22.2.2001, E: 2001/1441, K: 2001/2914 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Doktrinde de bir görüş, "...bu ihtarın terk eden eşe tebliğinden itibaren, en az iki aylık süre geçmiş olacaktır..." diyerek iki ayın asgari bir süre olduğunu, terk eden eşe iki aydan daha uzun bir sürenin tanınabileceğini savunmuştur. Bu görüş için bkz.: **Kılıçoğlu**, Aile, s. 130-131. Buna karşılık, bir diğer görüş ise, kanunda yazılı olan sürelerin hakim ya da taraflarca değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüş için bkz.: **Şener**, Boşanma, s. 97. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2008 yılı bir kararında söz konusu iki aylık sürenin değiştirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz.: Yargıtay HGK., 13.02.2008, 2-136/117 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): "...Kanunda gösterilen süreler hâkim veya taraflarca değiştirilemeyeceğinden konuta dönmesi istenen eşe "iki aylık" süreden farklı bir süre verilemez ve bu sürenin iptarda yer alması geçerlilik koşuludur. Zira kanun koyucu, yasadaki yer alan sürelerde her türlü olayın etkilerinin ve tepkilerinin sona ereceğini bir karine olarak kabul etmiştir. Bu sürelerin değiştirilmesi, bunlara ayrı bir süre eklenmesi düşünülemez..."

²¹ Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 132. maddesinde de terk ihtarının yalnızca hâkim tarafından yapılabileceği kabul edilmişti.

²² RG. 14.4.2011, Sayı: 27905.

²³ RG. 04.10.2011, Sayı: 28074.

²⁴ Bu yönde bkz.: Yargıtay İBK, 27.3.1957, E:1956/10, K:1957/1 sayılı kararı (RG. 24.06.1957, Sayı: 9641): "...Medeni Kanunun 132 inci maddesine tevfi kanunen evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğeri terk ettiği veya muhlik bir sebep olmaksızın evine dönmediği iddia edilen eşe karşı yapılacak ihtar müstakil kazai neticesi olmayan ve boşanma davasına tekaddüm eden hâkim delaletiyle yaptırılması iktiza eden bir muameleden ibarettir. Terkin, netayici mühim telakki edilerek akıbetinin hâkim marifetiyle bir kere iptarından sonra bu ihtarın akim kalması halinde ancak 132 inci maddeye dayanılarak boşanma davasının açılacağı esas kanunen kabul edilmiştir. Bahis mevzuu maddenin diğer şartları gibi ihtar da boşanma davasının kabulü için mevcudiyeti elzem olan şartlardan biridir. İhtar talebinin isafı hâkimlikçe mecburidir. İhtar icrası talebi hakime işin esasını tetkike salahiyet vermez..."; Yargıtay HGK., 16.01.2013, E: 2012/2-686, K: 2013/67 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); ayrıca bkz.: **Saymen/Elbir**, s. 252; **Köprülü/Kaneti**, s. 160; **Oğuzman/Dural**, s. 121; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 619; **Akıntürk/Ateş**, s. 257; **Öztaş**, Aile, 398; **Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla**, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 992; **Tutumlu**, s. 926; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 284-285: Yazarlar, bahsi geçen İçtihadı Birleştirme Kararı'na istinaden, hakim terkin esasına ilişkin şartların varlığını araştırmakla yükümlü olmamasının isabetli olduğunu; ancak ihtar talebinin süre ve içerik bakımından hakim ön incelemesine tabi tutulmadan uygulamakla zorunlu tutulmasının ihtar şartının konuluş amacına aykırı olduğunu belirtmektedirler.

yani hükümde aranan dört aylık sürenin dolup dolmadığını incelemesi gerektiği, böylelikle süre şartının gerçekleşmediğinin anlaşıldığı hallerde ihtar talebinin reddilmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir²⁵. Zira hâkimin veya noterin dört aylık sürenin dolup dolmadığını incelemesi boşanmanın esasının incelenmesi anlamını taşımayacaktır²⁶.

Yukarıda adı geçen Yönetmeliğin 8. maddesine göre terk eden eşe gönderilen ihtar;

- İhtar gönderen eşin ad, soyad ve adresini,
- İhtar gönderilen eşin ad, soyad ve adresini,
- Davet edilen ortak konutun adresini,
- Davet edilen eş ve yanında çocukları varsa bunların ortak konuta dönmesi için gereken giderler ile konuta kabul edilmemesi halinde dönüş için yol ve konaklama giderlerini karşılayacak yeterli paranın konutta teslim şeklinde gönderilmesi durumunda buna ilişkin açıklamayı,
- Davet edilen konuta ait anahtarın bulunduğu yeri,
- İki ay içinde dönmesi gerektiğini, dönmemesi halinde hakkında Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesine göre boşanma davası açılabileceği hususlarını kapsayacaktır.

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine terk eden eşe yukarıda anılan içerikte yapılan bir ihtarla, iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunulacaktır. Gerektiği takdirde terk ihtarının ilan yoluyla yapılması mümkündür (TMK m.164 II c.2)²⁷.

Terk ihtarının amacı, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla ortak konutu terk eden ve haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmeyen eşe mahkeme aracılığı ile son bir çağrı yapmak ve ona evlilik birliğine devam etmek için bir düşünme imkânı tanımaktır²⁸. Dolayısıyla, evlilik birliğinin devamı için terk eden eşe yapılan son çağrı niteliğinde olan terk ihtarının hüküm ifade edebilmesi için ihtarda bulunan eşin, terk eden eşin geri dönmemesi ve evlilik birliğinin devamının sağlanabilmesi için ortak hayata devam etmesini gerçekten istemiş olması, bir başka ifadeyle ihtarın samimi ve ciddi olması gereklidir²⁹. İhtarın birlikte yaşama niyetiyle değil de, sadece terk sebebine dayanan boşanma davasını açmak üzere şeklen yapılmış olduğunun anlaşıldığı hallerde, ihtar edenin terk sebebine dayanan boşanma davası açma

²⁵ Bu yönde bkz.: **Tekinay**, s. 222; **Oğuzman/Dural**, s. 121; **Berna Özcan Çelik**, "Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 24; hâkimin ihtarını tüm koşulları ile incelemeye tabi tutması gerektiği, zira ihtarda gösterilen hususların ihtarla bulunan eş tarafından sağlanmamış olması halinde diğer eşin yerinde olmayan bir ihtara muhatap bırakılabileceği, hâkimin bir işlemi yaparken inceleme yetkisinin ve takdir hakkının mutlak olduğu, bu itibarla ya hâkime inceleme yetkisinin verilmesi ya da ihtar yapma yetkisinin noterlere verilmesi gerektiği yönünde karşı: **Kandil**, s. 73.

²⁶ **Petek**, s. 51, dn. 18.

²⁷ İhtarın şekline ilişkin olarak ayrıca bkz.: **Kandil**, s. 92 vd.

²⁸ **Hatemi/Serozan**, s. 225; **Kandil**, s. 71-72; **Tutumlu**, s. 916.

²⁹ **Feyzioglu/Özakman/Sarial**, s. 286; **Köprülü/Kaneti**, s. 161; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 621; **Şenol**, s. 34; **Şener**, Boşanma, s. 95; **Petek**, s. 52; **Kandil**, s. 74-76; **Tutumlu**, s. 917; Yargıtay, terk ihtarındaki davetin samimi olmasının bir dava şartı olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 29.4.2003, E: 2003/3385, K: 2003/6301 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hakkının doğmuş olmayacağı öğretilde ifade edilmektedir³⁰. Ayrıca ihtar gönderen eşin samimiyeti ihtardan sonra da devam ediyor olmalıdır³¹. Terk eden eşe karşı ihtarda bulunmak eşlere kanunda tanınmış bir hak olmakla birlikte, bu hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerektiği, aksi halde ihtarın geçerli olmayacağı ve hukuki bir sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir³². Bu kapsamda örneğin, eşi hakkında ceza davası açan diğer eşin, aynı zamanda ona ihtarda bulunarak ortak hayata devam etmeyi istediğini bildirmesinin ya da eşlerden birinin diğerini acımasızca dövüp yaraladıktan sonra evi terk eden yaralı eşin, diğer eşi yürekten bağışlayacağı kadar bir süre geçmeden, ona karşı nefret ve kızgınlık duyguları içinde bulunduğu bir sırada ihtarla eve davet edilmesinin samimi bir arzunun ürünü olamayacağı ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir³³.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, terk ihtarının özellikle samimi olup olmadığı açısından değerlendirildiği ve ihtarın samimi olmadığı somut olayda anlaşıldığı hallerde yapılan ihtarın geçersiz olması sebebiyle terk nedenine dayalı boşanma davasının reddine karar verildiği görülmektedir³⁴. Örneğin, ihtarın tebliğinden sonra, karısına, gönderdiği ihtarın bir formalite olduğunu³⁵, bu evliliğin yürümeyeceğini³⁶ ya da karısıyla artık geçinemeyeceğini³⁷ belirten kocanın bu ihtar bakımından samimi olmadığı kabul edilmiştir. Benzer şekilde, davacı kocanın ihtar döneminde “gerçekte amacının evlilik birliğini sürdürmek olmadığı, zaten imam nikâhı ile başka biri ile birlikte olduğunu”³⁸, başka bir kadını sevdiğini ve onunla evleneceğini³⁹ beyan etmesi halinde ya da bir başkası ile nişanlandığının anlaşılması⁴⁰, davacı kocanın başka bir kadınla evlilik dışı ilişki kurması ve bu ilişkiden çocukları da bulunup bu ilişkinin devam etmekte olduğunun anlaşılması⁴¹ hallerinde de söz konusu terk ihtarını samimi görülmemiştir. Davacı kocanın ihtarından sonra davalı eşine şiddet uygulama-

³⁰ **Hatemi/Serozan**, s. 227; **Şener**, Boşanma, s. 94.

³¹ **Kandil**, s. 76.

³² **Şener**, Terk, s. 4.

³³ **Şener**, Terk, s. 4; eşi hakkında ceza davası açan terk ihtarında bulunması halinde ihtarın samimi olmadığı yönündeki kararlar için bkz.: aşağıda dn. 46.

³⁴ Yargıtay 2. HD., 27.2.2013, E: 2013/2937, K: 2013/5115 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 11.12.2012, E: 2012/10079, K: 2012/29935 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 27.11.2012, E: 2012/8580, K: 2012/28405 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 1.10.2012, E: 2012/19139, K: 2012/23064 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 29.4.2003, E: 2003/3385, K: 2003/6301 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵ Yargıtay HGK. 27.11.1968, 2-1077/782 (Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 1969, s. 321); Yargıtay 2. HD., 8.4.2004, E: 2004/3658, K: 2004/4552 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶ Yargıtay 2. HD., 15.05.2006, 985-7514 (**Gençcan**, s. 331).

³⁷ Yargıtay 2. HD., 02.05.2012, E: 2011/15220, K: 2012/11519 (**Gençcan**, s. 333-334).

³⁸ Yargıtay 2. HD., 20.12.2006, E: 2006/11758, K: 2006/18035 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); benzer yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 13.7.2004, E: 2004/6708, K: 2004/9527 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay HGK., 6.11.2002, E: 2002/2-824, K: 2002/896 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹ Yargıtay 2. HD., 14.07.2004, 8307-9547 (**Gençcan**, s. 333).

⁴⁰ Yargıtay 2. HD., 27.3.2003, 2005/4324 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴¹ Yargıtay 2. HD., 15.6.1987, 4675/5191 (YKD 1987/11, s. 1642).

sı⁴², eşini tehdit etmesi⁴³, ihtara rağmen eşini konuta almaması⁴⁴ ya da eşin çağırılan eve rahatça girebilmesinin sağlanmaması⁴⁵, kendisi hakkında şikâyet- te bulunup cezalandırılması istenilen eşin, ceza davası devam ederken eve davet edilmesi⁴⁶ halinde de terk ihtarının samimiyetinden bahsetmenin mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

Terk ihtarının samimi olarak kabul edilmediği yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarına konu olaylarda, söz konusu ihtar hukuki bir sonuç doğurmaya- çağından, iptardan itibaren yasada belirtilen süre geçmiş olsa dahi terk sebe- bine dayanılarak açılan boşanma davası reddedilecektir.

Terk ihtarının hüküm ifade edebilmesi bakımından tartışılması gereken başka bir husus ise terk ihtar yapıldıktan sonra davacının terke dayalı olarak dava açma süresidir. Öğretide terk eden eşe ihtarın yapılmış olmasına rağmen eşin ortak konuta dönmemesi halinde, terkten itibaren altı aylık süre dolmuşsa (terkten itibaren dördüncü ayda ihtar gönderilmişse ve iptardan sonra da iki ay beklenmişse), terke dayalı boşanma davası açılabilmesi için bir üst süre söz konusu olmadığı, davanın her zaman açılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda ihtarın tebliğinden dokuz yıl sonrasında açılan boşanma davasının bu sebeple reddini kanuna aykırı bul- muştur⁴⁸. Ancak Yargıtay başka kararlarında, ihtarın davalıya tebliğ edilmiş olmasına rağmen hiç bir haklı ya da kabul edilebilir sebep göstermeden yedi yıl sonra bu ihtar kararına dayanılarak terk sebebi ile boşanma davası açılmasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur ve arada geçen zamanı da dikkate alarak söz konusu ihtarın samimi olmadığı kanaatine varmıştır⁴⁹. Terk hukuki sebe- bine dayanarak açılacak olan boşanma davalarına ilişkin Medeni Kanun'da yer alan düzenlemelere bakıldığında, davanın açılması yönünden herhangi bir üst süre kabul edilmiş değildir. Bu sebeple, herhangi bir yasal üst süre öngörül- memesine rağmen boşanma davası açma hakkının sınırlandırılması isabetli

⁴² Yargıtay 2. HD., 06.06.2002, 6622-7657 (**Gençcan**, s. 337); Yargıtay 2. HD., 11.02.2002, 1348-1779 (**Gençcan**, s. 337).

⁴³ Yargıtay 2. HD., 8.4.2004, 3658-4552 (**Gençcan**, s. 337); Yargıtay 2. HD., 08.03.2005, 16976-3475 (**Gençcan**, s. 337); Yargıtay 2. HD., 15.03.2005, 369-4011 (**Gençcan**, s. 337); Yargıtay 2. HD., 12.09.2005, 9398-11763 (**Gençcan**, s. 337).

⁴⁴ Yargıtay 2. HD., 21.04.2005, 4344-6468 (**Gençcan**, s. 338); Yargıtay 2. HD., 6.6.2006, 1814-8975 (**Gençcan**, s. 338).

⁴⁵ Yargıtay 2. HD., 16.4.1985, 3404/3625 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ Yargıtay 2. HD., 14.02.1984, 1197/1385 (YKD 1984/6, s. 864-865); Yargıtay 2. HD., 3.2.2000, E: 1999/14163, K: 2000/1112 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); benzer yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 1.5.2007, E: 2006/11958, K: 2007/7198 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 613; **Feyzioglu/Özakman/Sarial**, s. 283; **Schwarz**, s. 150; **Velidedeoğlu**, s. 174-175; **Şakir Berki**, "Boşanma ve Ayrılık", Ankara Üniversitesi Hu- kuk Fakültesi Dergisi, Cilt 32, Sayı:1, 1975, s. 141; **Zevkliler/M. Acabay/Gökyayla**, s. 993; **Kandil**, s. 68; benzer şekilde, davanın bir hak düşürücü süreye tabi olmadığı gö- rüşünde bkz.: **Uyar**, Terk, s. 60; **Serap Helvacı**, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşan- ma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 1164.

⁴⁸ Yargıtay 2. HD 16.4.1984, 3581/3565 (**Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli**, Boşanma Hukuku, Ankara, 1988, s. 991).

⁴⁹ Yargıtay 2. HD., 08.12.2010, E: 2009/17968, K: 2010/20643 (**Gençcan**, s. 342); Yargı- tay 2. HD., 06.12.2010, E: 2009/17799, K: 2010/20428 (**Gençcan**, s. 342).

değildir. Dolayısıyla terk olgusu devam ettiği sürece, terk ihtarı gönderen kişi terk hukuki sebebine dayanarak boşanma davası açma hakkına sahiptir⁵⁰.

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Açılan Boşanma Davasında

Eşler arasında boşanmaya sebebiyet veren olayların özel boşanma sebeplerinden birinin kapsamına dâhil edilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve bu sebeple eşler arasındaki ortak hayatın devamı beklenememesine rağmen özel boşanma sebeplerine dayanılarak dava açılmayan bu gibi durumlarda, boşanmanın genel sebeplerine dayandırılabilir. Boşanmanın genel sebeplerinden biri evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır⁵¹. TMK m.166 I'e göre, evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması halinde eşlerden her birinin boşanma davası açması mümkündür.

TMK m.166 I kapsamında evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan bir davanın boşanma kararı ile sonuçlanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir⁵². Söz konusu şartlardan ilki eşler arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Bununla kastedilen eşler arasında önemli derecede duygu ve düşünce ayrılığının, başka bir deyişle "geçimsizlik" halinin mevcut bulunmasıdır⁵³. Diğer bir şart ise, evlilik birliğini temelinden sarsan olayın eşlerden en az biri için evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirmiş olmasıdır⁵⁴. Davacı açısından evlilik birliğini sürdürenin kendisinden beklenemez hale gelmiş olduğunu kabul edebilmek için evliliğin üzerinden belli bir sürenin geçmiş olup olmadığı hususu ise önemli değildir⁵⁵. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nisbi bir boşanma sebebi olduğu için, hâkim, tarafların

⁵⁰ Aynı yönde bkz.: **Berki**, s. 141; **Velidedeoğlu**, s. 174-175; **Birsen**, s. 325. Bununla birlikte, terk ihtarından sonra iki aylık yasal sürede eve dönmeyen eş, daha sonra eve dönmüşse, artık terke dayalı boşanma davası açılmayacağı, geçmişteki aylık süresinin uzunluğunun bu açıdan bir etkisi olmayacağı yönünde bkz.: **Petek**, s. 48.

⁵¹ TMK m.166'da evlilik birliğinin temelinden sarsılması (I. ve II. fıkralar), anlaşmalı boşanma (III. fıkra) ve ortak hayatın yeniden kurulamaması (IV. fıkra) boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu boşanma sebeplerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının genel boşanma sebebi olduğu hususunda öğretilerde tartışma olmamakla birlikte, diğer iki sebebin genel boşanma sebeplerinden olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özcan Çelik**, s. 48-49.

⁵² Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile açılacak olan boşanma davasının şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 304 vd.; **Oğuzman/Dural**, s. 123 vd.; **Hatemi/Serozan**, s. 228 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 637 vd.; **Öztan**, Aile, s. 402 vd.; aynı yazar, *Boşanma*, s. 718 vd.; **Özcan Çelik**, s. 49 vd.

⁵³ **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 304. Bununla birlikte, geçimsizliğe yol açmamasına rağmen bazı olayların gerçekleşmesi halinde de evlilik birliğinin temelinden sarsılması söz konusu olabilir: **Oğuzman/Dural**, s. 124; aynı yönde bkz.: **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 637.

⁵⁴ Ortak hayatın eşlerden her ikisi için de çekilmez hale gelmesi gerekli olmayıp yalnız davacı açısından çekilmez hale gelmesi yeterlidir: **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 306; **Tekinay**, s. 178; **Oğuzman/Dural**, s. 125; **Zevkililer/Acabey/Gökayla**, s. 1001; **Akıntürk/Ateş**, s. 265; **Helvacı**, s. 1165; **Talih Uyar**, "Yargıtay Kararlarında «Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması» Nedeniyle Boşanma (MK. 134)", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1237.

⁵⁵ **Öztan**, *Boşanma*, s. 720.

ileri sürmüş oldukları olayların evlilik birliğinin devamını eşlerden en az biri için çekilmez hale getirip getirmediğini takdir edecektir⁵⁶.

Terk ihtarının bu boşanma sebebi bakımından önemi ise çekilmezlik şartının değerlendirilmesinde kendini göstermektedir.

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarında⁵⁷, eşinin eve dönmesini ihtar eden öteki eşin, ihtardan önceki olaylara dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açamayacağını kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak genel boşanma sebebinin şartlarından evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmesi açısından değerlendirmede bulunularak, önceki olaylar, evliliği ne kadar sarsıcı nitelikte olursa olsun, eşini eve davet eden diğer eşin (davacının) söz konusu davet ile, eve davet edilen eşin (davalının) ihtar tarihinden önceki kusurlu davranışlarını affettiği, en azından hoşgörü ile karşılaşmış olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, söz konusu içtihatlarda, affedilmiş ve hoşgörü ile karşılanmış olan olayların davacı eş için evlilik birliğini çekilmez hale getirmediğinin kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, ihtar tarihinden sonra, eve davet edilen (davalı) eşe yüklenebilecek evlilik birliğini çekilmez hale getiren yeni bir vakianın olmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya hükmedilemez.

Yargıtay'ın benzeri nitelikteki başka içtihatlarında da, boşanma davası açılması esnasında hukuki sebep olarak hem terk hem de genel boşanma sebebine dayanılması halinde terk ihtarının samimi olmaktan çıkacağı kanaatine

⁵⁶ **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 306; **Oğuzman/Dural**, s. 124; **Öztaş**, Boşanma, s. 718-719; **Akıntürk/Ateş**, s. 244; **Zevkililer/Acabey/Gökayla**, s. 1001; **Uyar**, Evlilik Birliğinin Sarsılması, s. 1237; **Özcan Çelik**, s. 50, **Kandil**, s. 27-28.

⁵⁷ Yargıtay 2. HD., 9.1.2017, E: 2015/21712, K: 2017/11 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 8.6.2016, E: 2015/15905, K: 2016/11303 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 25.2.2014, E: 2013/21098, K: 2014/3826 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 25.2.2013, E: 2012/18861, K: 2013/4766 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 2.4.2012, E: 2012/3983, K: 2012/8010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 14.11.2011, E: 2010/17691, K: 2011/18483 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 23.2.2011, E: 2011/788, K: 2011/3136 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 11.11.2009, E: 2009/14888, K: 2009/19530 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 12.11.2007, E: 2007/18074, K: 2007/15550 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 25.9.2007, E: 2007/719, K: 2007/12658 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 21.3.2006, E: 2006/3111, K: 2006/3816 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 24.10.2005, E: 2005/17098, K: 2005/14730 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 10.3.2005, E: 2005/2434, K: 2005/3702 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 10.12.2003, E: 2003/15416, K: 2003/16545 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 22.4.2003, E: 2003/3172, K: 2003/5904; Yargıtay 2. HD., 20.3.2003, E: 2003/2800, K: 2003/3907 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 13.3.2003, 2090/3469 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 3.3.2003, E: 2003/1670, K: 2003/2779 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay HGK., 12.3.1997, 2/182 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1997, S: 443, s. 12948); Yargıtay 2. HD., 10.9.1990, 3270/8060 (YKD 1990/12, s. 1768-1769); Yargıtay HGK., 21.9.1977, 2-3332/744 (**Yalçınkaya/Kaleli**, Cilt I, s. 1057); Yargıtay HGK., 13.5.1977, 2-1912/473 (**Yalçınkaya/Kaleli**, Cilt I, s. 1057-1058); Yargıtay 2. HD., 15.2.1977, 1093/1291 (YKD 1977/10, s. 1371-1372).

varılmıştır⁵⁸. Öğretide de benzer şekilde terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenlerine birlikte dayanılarak boşanma davası açılmayacağı, zira ihtarda bulunan eşin ortak hayatı devam ettirmek arzusunda bulunduğunu diğer eşine bildirmiş olduğu ve bu açıdan eşiyile arasında geçmiş olayları hoşgörü ile karşılamış olduğu ifade edilmektedir⁵⁹.

Yargıtay'ın başka içtihatlarında⁶⁰ ise, davacı-davalı kocanın eşine terk hukuki sebebine dayanarak boşanma davası açmış olduğu bir durumda, davalı-davacı kadının birleşen bir dava ile ya da karşı bir dava olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak bir boşanma davası açmış olduğu ihtimalde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile açılan boşanma davasının reddi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda, davacı-davalı kocanın açmış olduğu terk sebebine dayalı olan boşanma davasının şartlarının varlığı tespit edildiği halde, davalı-davacı kadının eve dönmekte haklı olmadığı sonucuna varılacağı; ihtar sonrasında da boşanma sebebi teşkil edecek başkaca bir olay söz konusu olmadığı için evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya hükmedilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay'ın da isabetli olarak belirtmiş olduğu gibi, terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebeplerinin karşı dava olarak bir arada olduğu bu gibi durumlarda, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı olarak karşı dava açan davalının haklı sebebe dayanıp dayanmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, terk hukuki sebebine dayanarak dava açan kocanın ihtarından sonra onun fiziksel şiddeti-

⁵⁸ Yargıtay 2. HD., 09.11.2004, 10822-13319 (**Gençcan**, s. 340); Yargıtay 2. HD., 25.10.2004, 11271-12402; (**Gençcan**, s. 340); Yargıtay 2. HD., 15.05.2008, 9041-7093 (**Gençcan**, s. 341); Yargıtay 2. HD., 05.10.2011, E: 2010/13905, K: 2011/7093 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 05.10.2011, E: 2010/13905, K: 2011/14908 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 13.6.2002, E: 2002/7110, K: 2002/7957 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 19.4.2002, E: 2002/4575, K: 2002/5490 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 29.9.2000, E:2000/9126, K: 2000/11338 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 17.11.1986, 9105/10076 (**Yalçınkaya/Kaleli**, Cilt I, s. 1056-1057); Yargıtay 2. HD., 2.12.1980, E: 1980/8495, K: 1980/8812 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın benzer içerikteki bir başka kararındaki karşı oy yazısında ise ihtar kararına yasal sürede haklı sebep olmadan uymayan davalı eşin, bu dönemde cinsel sadakatsizliği gerçekleşmişse evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma davası ve terk hukuki sebebine dayalı boşanma davasının birlikte açılacağı bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 27.2.2013, E: 2013/2937, K: 2013/5115 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, terk ihtarını gönderilmekle o tarihten önceki olayların ihtar gönderen eş tarafından affedilmiş, en azından hoşgörü ile karşılanmıştır. Bu sebeple, kendisine ihtar gönderilen eş, terk ihtarına rağmen haklı bir sebep olmadan eve dönmese ve bu esnada cinsel sadakatsizlikte bulunsa bile, kendisine, ihtarından önceki davranışlarını konu alan sebeplerle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılarak boşanma davası açılmaz. Ancak, davalı eşin cinsel sadakatsizliği ihtarın gönderilmesinden sonra gerçekleştiği için, bu husus evlilik birliğini çekilmez hale getiren yeni bir sebep olarak kabul edilip, bu hususa dayanılarak TMK m.166'ı göre evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılarak da dava açılabilir.

⁵⁹ **Uyar**, Terk, s. 60.

⁶⁰ Yargıtay 2. HD., 1.12.2014, E: 2014/25319, K: 2014/24263 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 27.2.2014, E:2013/21288, K: 2014/4048 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 15.06.2009, 8375-11549 (**Gençcan**, s. 349); Yargıtay 2. HD., 10.02.2005, 433-1797 (**Gençcan**, s. 350); Yargıtay 2. HD., 09.11.2005, 12025-15531 (**Gençcan**, s. 350); Yargıtay 2. HD., 05.06.2006, 2802-8872 (**Gençcan**, s. 350).

ne maruz kalan bir kadın, eve dönmemekte ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak karşı dava açmakta haklıdır⁶¹. Zaten böyle bir ihtimalde davacı kocanın göndermiş olduğu terk ihtarı da samimi olmadığı için geçersiz kabul edilecektir. Ancak, herhangi bir haklı sebebi olmadan ortak konuta dönmeyen ve yalnızca terk ihtarını geçersiz kılmak amacı ile açılan karşı bir davanın varlığı durumunda, terk sebebi ile açılan davanın kabulü ve karşı davanın reddi gerekecektir⁶².

Yargıtay uygulaması ile aynı doğrultuda olmak üzere öğretilerde bir görüşe göre de davacı eşin diğer eşi ihtarla eve davet etmesi, ihtardan önceki olayların affedilmiş ya da hoşgörü ile karşılanmış olduğunu ve bundan sonrası için de ortak hayatın çekilmez hale gelmediğini, yani evlilik birliğinin devamına olanak bulunduğunu göstermektedir⁶³. Bu doğrultuda, terk sebebiyle açılan boşanma davasında ıslahla dava sebebinin değiştirilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanıldığı hallerde, ancak ihtardan sonra boşanmayı gerektiren ve davalıdan kaynaklanan yeni olaylar ileri sürülebilecektir⁶⁴. Terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebeplerine birlikte dayanılarak açılan davada ise, davacıdan davasını hangi sebebe hasrettiğinin sorulmasının gerektiği ve seçim hakkı yapılmadığı taktirde de boşanma davasının reddedilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵.

Terk ihtarının gönderilmesi ile, ihtarını gönderen davacı eş, davalı eşe ilişkin önceki olayları hoşgörü ile karşılamış sayılacağı için eşler bakımından evlilik birliğinin çekilmez hale gelmediği ve genel sebebe dayanarak boşanma davası açılmayacağı yönünde Yargıtay uygulaması öğretilerde bazı yazarlar tarafından ise eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, ihtara, genel sebebe dayanılarak açılacak olan boşanma talebini sonlandırıcı bir etki tanımak gerçekçi değildir⁶⁶. Aynı şekilde Yargıtay uygulamasını eleştiren bir başka yazar ise, terk ihtarının şartlı bir ihtar niteliği taşıdığını, ihtarda bulunan eşin, samimi duygularla eve dön çağrısı yaparak, ihtardan önceki olayları affettiğini ve ortak yaşamın tekrar kurulmasını istediğini terk eden eşe bildirdiği, bu çağrıya olumlu cevap vermediği taktirde terke dayalı boşanma davasının açılacağı ve önceki olayların da affedilmemiş sayılacağına ihtar edildiğini ifade etmektedir⁶⁷. Bu görüşe göre, ihtarın bu şekilde şartlı bir ihtar niteliğinde kabul edilmesi samimi olmadığını göstermez, zira terk eden eşe ihtar gönderen eş, ortak yaşama devam etme arzusuyla samimi olarak ihtar göndermekte, ancak eşin bu ihtara cevap vermeyecek dönmemesi durumunda da kendisine karşı boşanma davası açacağını ihtar etmektedir⁶⁸. O halde bu görüş uyarınca, ihtarın şartlı bir ihtar niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, kendisine ihtarda bulunulan eş, bu çağrıya rağmen eve dönmemişse, terke dayalı boşanma davası açılacağı gibi, ihtar eden eş tarafından önceki olaylar affedilmemiş sayılacağından, evlilik birliğinin temelinden

⁶¹ **Gençcan**, s. 349. Benzer şekilde, terk ihtarından sonra davacı eşin zinasını öğrenen davalı, eve dönmemekte haklıdır ve zina sebebine dayanarak karşı dava açabilir.

⁶² **Gençcan**, s. 349.

⁶³ **Özcan Çelik**, s. 53.

⁶⁴ Yargıtay 2. HD., 10.3.2005, 2434/3702 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ **Özcan Çelik**, s. 26.

⁶⁶ **Tekinay**, s. 228, dn. 18.

⁶⁷ **Petek**, s. 62.

⁶⁸ **Petek**, s. 62.

sarsılması sebebine dayanılarak da boşanma davası açılabilir. Söz konusu görüşün bir diğer gerekçesi ise zina sebebiyle boşanmayı düzenleyen TMK m.161'de ve hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanmayı düzenleyen TMK m.162'de kanun koyucu dava hakkına sahip olan eşin (açık veya örtülü olarak) diğer eşi affetmesinin etkisini açıkça düzenleyerek, af halinde belirtilen sebeplerle boşanma davası açılmayacağını düzenlemektedir. Oysa terk sebebiyle boşanma davası açısından benzer bir düzenleme bulunmadığına göre terk ihtarının da kayıtsız şartsız af anlamında olduğunun kabul edilmesi isabetli olmayacaktır⁶⁹.

Kanaatimizce terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için terk eden eşe gönderilen ihtarın samimi olması gerekliliği arandığı sürece, Yargıtay kararlarında kabul edildiği gibi, ihtardan önceki olaylara dayanılarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılmayacağı görüşünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira ihtarın samimi olması gerektiği kabul edildiği takdirde, ihtar, terk sebebiyle boşanma davasının sadece şekli bir şartı niteliğinde olmayacaktır. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarında ihtar gönderen eşin diğer eşin ihtardan önceki davranışlarını affetmiş sayılacağı yönündeki gerekçesi ise kanaatimizce isabetli değildir. Zira bir eşin diğer eşe evlilik birliğini sürdürme amacıyla ortak konuta dönmesi için ihtarda bulunduğu her halde onu affetmiş olduğu sonucuna varılamaz. İhtarda bulunan eş, terk eden eşi affetmiş olmasa bile, örneğin çocuklarının menfaati ya da tek başına geçimini sağlayamayacağı gibi çeşitli saiklerle, her şeye rağmen terk eden eşi ile evlilik birliğini sürdürmek isteyebilir. Bu itibarla, terk ihtarının samimi olmasından kasıt da, ihtarda bulunan eşin diğer eşi affetmiş olması değil, samimi duygularla terk eden eşi ortak konuta davet eden eşin, diğer eş ile evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmediğini kabul etmiş olmasıdır. İhtarın samimi olması bu şekilde anlaşıldığında ise, ihtar gönderen eş, ihtardan önce ne yaşanmış olursa olsun, diğer eşle birlikte ortak hayatı sürdürme arzusunda olduğunu, evlilik birliğine devam etmek istediğini ve bu amaçla diğer eşin eve dönmemesini ihtar etmektedir. Dolayısıyla, eğer ihtarda bulunan eş, bu amaçlarla ihtarda bulunmamışsa, sadece terk sebebine dayanarak boşanma davası açmak üzere bir şekli koşulu yerine getirmek amacıyla diğer eşe ortak konuta dönmelerini ihtar etmişse, esasen bu halde ihtarın samimi olması gerekliliği sağlanmış olmadığından ihtarın geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır. İhtarın samimi olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu sonucuna varıldığı hallerde ise, ihtarda bulunan eş diğer eşle ortak hayatın çekilmez hale gelmediğini kabul etmiş olmayacağından ve diğer eşle ortak hayata devam etme arzusunda bulunmadığından, terk sebebiyle boşanma davası açamamakla birlikte, ihtardan önceki sebeplere dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açabilmelidir.

Buna karşılık, terk ihtarının samimi olduğu sonucuna varıldığı hallerde ise, ihtarda bulunan eş, diğer eşle birlikte ortak hayata devamın kendisi için çekilmez hale gelmediğini, onunla ortak hayata devam etme arzusunda bulunduğunu kabul etmiş olduğundan, artık ihtardan sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gereklidir. Meğerki terk ihtarından sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olacak başka sebepler ortaya çıkmış olsun. Bu itibarla, ihtarda bulunan eş, evlilik birliğinin temelinden sarsılması

⁶⁹ **Petek**, s. 77-78.

sebebiyle boşanma davası açmak istiyorsa, söz konusu davada ancak ihtardan sonra gerçekleşmiş sebeplere dayanabilmelidir.

C. Diğer Boşanma Sebepleri Açısından

Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda terke dayalı boşanma davasında diğer özel boşanma sebeplerinin ileri sürülemeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bir Yargıtay kararına konu olayda, davacı terke ve aynı zamanda zina ile küçük düşürücü suç işlemeye dayalı olarak dava açmış, Yargıtay ise ihtar göndererek eşini eve davet eden eşin evlilik birliğini devam ettirmek konusunda istek ve kararını açıkladığı ve o ana kadar meydana gelen tüm olayları unuttuğu ve eşinin kusurlu davranışlarını bağışladığını kabul etmiş sayılacağını, bu itibarla da ihtardan önceki olaylara dayalı olarak zina ve küçük düşürücü suç işleme hükümleri uyarınca boşanma davası açılmayacağını kabul etmiştir⁷⁰. Yargıtay'ın bu sonuca varırken ihtarın geçerli olup olmadığını ise değerlendirmede dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Zira anılan kararda bir yandan, davacının eşinin zina ettiğini ve küçük düşürücü suç işlediğini bilmesine rağmen onu eve davet etmesi samimi bir arzunun ürünü olarak kabul edilemeyeceğinden yapılan ihtarın geçersiz olduğu belirtilirken, bir yandan da ihtardan sonra meydana gelmiş olayların varlığı iddia ve ispat edilemediğinden, ihtardan sonra doğmuş bir dava hakkının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Esasen söz konusu kararın kendi içinde çelişkili olduğu görülmektedir. Zira ihtar göndererek eşini eve davet eden eşin evlilik birliğini devam ettirmek konusunda istek ve kararını açıkladığı ve o ana kadar meydana gelen tüm olayları unuttuğu ve eşinin kusurlu davranışlarını bağışladığının kabul edilmiş sayılacağı ifade edilirken, aynı zamanda somut olayda ihtarın samimi olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu belirtilmiştir. O halde samimi olmadığı için geçersiz olduğu ifade edilen terk ihtarına, davacı eşin ihtardan öncesine ilişkin olarak eşinin kusurlu davranışlarını bağışladığı sonucunun bağlanması isabetli gözükmemektedir⁷¹.

⁷⁰ Yargıtay 2. HD., 21.01.1988, E: 1987/10685, K: 1988/531 (YKD 1988/8, s. 1069-1070); Yargıtay 4. HD., 22.12.1975, E:1975/9250, K: 1975/9503 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷¹ Yargıtay evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılarak açılmış olan boşanma davasında da benzeri sonuca varmıştır. Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 27.11.2012, E: 2012/8580, K: 2012/28405 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın anılan kararna konu olan olayda, davacı kocanın terk sebebiyle açmış olduğu davada davacının başka biri ile görüştüğü ve davalı eşine "eve dön, dönüp geçmişten bahsetme, ailene de sık gitmek yok, kabul edersen gel" dediği anlaşıldığı için kocanın ihtarının samimi olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple kocanın 25.11.2010 tarihinde terk sebebi ile açtığı boşanma davasının reddi gerekirken kabulü ve davalı-davacı kadının 14.12.2010 tarihinde açtığı evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan boşanma davasının kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuş ve yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Yargıtay'ın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile açılan boşanma davasına ilişkin olarak ise; davacı-davalı kocanın terk ihtarını göndermekle davalı-davacı kadının önceki kusurlu davranışlarını affettiği, dolayısıyla, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan davada boşanmaya neden olan olaylar bakımından kocanın tamamen kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kararın da kendi içerisinde çeliştiği görülmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, davacı kocanın terk ihtarının samimi olmadığı ve bu terk sebebiyle açılan boşanma davası reddedilmesi gerektiği sonucuna varıldığı için, geçersiz olan bir ihtar ile kocanın eşinin önceki davranışları affettiği ve bu bakımından eşinin kusursuz olduğu sonucuna varmak isabetli değildir.

Yargıtay içtihatlarına konu olan başka bir husus ise terk sebebi ile açılan bir boşanma davasının kabulü halinde TMK m.166 III'e dayanarak anlaşmalı boşanmaya karar verilip verilemeyeceğidir. Yargıtay kararlarına konu olaylarda, genel olarak, davacı tarafından terk hukuki sebebine dayanılarak boşanma davası açılmış olup, davanın ilerleyen safhalarında davalının davayı kabul beyanı sebebiyle yerel mahkeme tarafından TMK m.166 III'e dayanılarak anlaşmalı boşanmaya hükmedilmiştir. Yargıtay ise, TMK m.166 III'e göre anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilmesi için boşanma davasının TMK m.166 uyarınca boşanmanın genel sebeplerine göre açılması gerektiği ve bu sebeple TMK m.166 III uyarınca kurulan hükmün usul ve kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir⁷². Yargıtay'a göre, terk hukuki sebebine dayalı olarak açılan bir boşanma davasında TMK m.166 III'e dayanılarak anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi ancak usulüne uygun olarak bir ıslahın yapılmış olması ihtimalinde mümkündür⁷³.

Söz konusu kararların değerlendirilmesi açısından öncelikle özel boşanma sebeplerine dayanan boşanma davalarında davaya dayanak olarak gösterilen sebeplerin varlığını ikrar ile davanın kabulü hususlarının birbirinden ayırt edilmesi gereklidir⁷⁴. Bu itibarla, terk sebebiyle açılan boşanma davasında davalının beyanı yalnızca terk olgusunun kabulü yönünde ise bu beyan TMK m.166 III anlamında davalının davayı kabulü olarak yorumlanamaz, sadece terk olgusu ikrar edilmiştir. Dolayısıyla, davalının terk olgusunu kabul beyanı eşlerin anlaşmalı boşanması için yeterli değildir. Zira TMK m.184 b.3'e göre yargılama sırasında tarafların ikrarları hâkimi bağlamaz. Buna karşılık, davalı terk sebebi ile açılan boşanma davasını kabul ettiği yönünde bir beyanda bulunmuşsa davalının bu beyanı TMK m.166 III anlamında davayı kabul anlamına gelir. Eğer evlilik birliği bir yıldan beri devam ediyorsa ve TMK m.166 III'teki diğer şartlar da gerçekleşmişse, bu halde TMK m.166 III uyarınca anlaşmalı hükmüne göre karar verilmesi gerekir⁷⁵. Öğretide de eşlerden birinin açtığı da-

⁷² Yargıtay 2. HD., 25.06.2012, E: 2011/22999, K: 2012/17362 (**Gençcan**, s.365); Yargıtay 2. HD., 02.04.2007, 16638-5405 (**Gençcan**, s.365); Yargıtay 2. HD., 08.06.2009, 8710-10983 (**Gençcan**, s.366). Ayrıca bkz.: Yargıtay 2. HD., 5.10.2011, E: 2010/13905, K: 2011/14908 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası). Yargıtay bu kararında, terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebeplerinin aynı davada birleşmeyeceğini; çünkü davacının ihtar isteğinde bulunmakla, o tarihten önceki olayları hoşgörü ile karşılamış olduğunu; dolayısıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ve ortak hayatın çekilebilir olduğunu kabul ettiğini belirterek TMK m. 166 I/II'ye dayanılarak boşanmaya karar verilmesini isabetli bulmamıştır. Yargıtay, ayrıca, TMK m.184 I 3.'de yer alan "tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz" hükmüne dayanarak, TMK m.166 III'te yer alan anlaşmalı boşanma hali söz konusu olmadıkça davalının davayı kabul açıklamasının herhangi bir sonuç doğurmayacağını belirtmiştir. Benzer yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 8.12.2004, 13745/14686 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁷³ Yargıtay 2. HD., 08.06.2009, 8710-10983 (**Gençcan**, s. 365-366).

⁷⁴ **Özcan Çelik**, s. 104. Bir eşin açmış olduğu zina ya da terke dayalı boşanma davasında davalı eşin boşanma sebebini kabul etmesi hâkimi bağlamamakla birlikte, boşanma davasını kabul etmesi halinde, diğer şartlar da gerçekleşmişse, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilir: **Oğuzman/Dural**, s. 129; zina sebebiyle açılan boşanma davaları açısından aynı yönde bkz.: **Dural/Öğüz/Gümüş**, N 574.

⁷⁵ Bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde anlaşmalı boşanmanın söz konusu olacağını ifade eden TMK 166 III hükmünün sadece evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davası açısından mı yoksa diğer özel boşanma sebep-

vayı diğerinin kabul etmesi halinde, TMK m.166 III'de düzenlenen anlaşmalı boşanmanın uygulanmasının, eşlerin boşanma sebebi konusunda anlaşmalarının ve ikrarlarının hakim için bağlayıcı olmadığına ilişkin TMK m.184 b.3 kuralının bir istisnası niteliğini taşıdığı ifade edilmektedir⁷⁶.

II. Manevi Tazminat Talebine Etkisi

Boşanma davası sonucunda boşanmaya hükmedilmesi halinde mevcut ya da beklenen menfaatleri boşanma nedeniyle zedelenen eşin TMK m.174 I'deki şartlarla maddi tazminat talep etme, boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan eşin TMK m.174 II'deki şartlarla manevi tazminat talep etme ve boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olan eşin de TMK m.175'de düzenlenen şartlar kapsamında yoksulluk nafakası talep etme hakkı söz konusudur⁷⁷. Eşler yönünden boşanmanın söz konusu mali sonuçları açısından terk ihtarının gönderilmesi ise özellikle manevi tazminat talebi yönünden Yargıtay kararlarına konu edilmiştir. Bu gerekçeyle bu çalışmada terk ihtarının boşanmanın mali sonuçlarından manevi tazminata etkisi yönünden Yargıtay kararları ve öğretide savunulan görüşler değerlendirilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre⁷⁸, terk sebebiyle boşanmaya karar verilmiş olan durumlarda, davacı olan eş lehine yalnızca bu sebebe dayanarak manevi tazminata hükmedilemeyecektir. Zira terk sebebiyle eşlerin boşanmasına hükmedildiği durumlarda, boşanmaya sebep olan olay, usulüne uygun olan bir ihtara rağmen davalının ortak konuta dönmemesidir. Bu durum ise davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmemektedir. Yargıtay ayrıca, eşinin eve dönmesi için gönderilen bir ihtarın, ihtardan önceki davranışların affedildiği, en azından hoşgörü ile karşılandığı anlamına geldiği ve bu davranışlar dolayısıyla

lerine dayanılarak açılacak boşanma davaları açısından da mı uygulanmasının mümkün olacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nevzat Özdemir**, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul, Beta, 2003, s. 138 vd. Kanaatimizce eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğerinin kabul etmesi, yalnızca genel sebebe dayanan boşanma davalarında değil, diğer boşanma sebeplerine dayanan boşanma davalarında da söz konusu olabilir. Aynı yönde bkz.: **Oğuzman/Dural**, s. 129; **Özdemir**, s. 139-140; karşı: **Hatemi/Serozan**, s. 260; **Bilge Öztan**, "3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134'üncü Maddesi", Prof. Dr. Halük Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 128; **Yalçınkaya/Kaleli**, Cilt II, s. 2060.

⁷⁶ **Ahmet Kılıçoğlu**, "Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", Ankara Barosu Dergisi, 1988, Yıl: 45, S: 3, s. 387.

⁷⁷ Boşanmanın mali sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 402 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 191 vd.; **Birsan**, s. 340 vd.; **Dural/Öğüz/ Gümüş**, N 772 vd.; **Akıntürk/Ateş**, s. 293 vd.; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 161 vd.; **Zevkililer/Acabey/Gökayla**, s. 1017; **Ömer Arbek**, "Boşanmanın Mali Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:54, Sayı:1, 2005, s. 115 vd.; manevi tazminat talebi açısından bkz.: **Petek**, s. 55 vd.

⁷⁸ Yargıtay 2. HD., 30.04.2008, 6137-6052 (**Gençcan**, s. 366); Yargıtay 2. HD., 08.06.2009, 8710-10983 (**Gençcan**, s.366); Yargıtay 2. HD., 25.12.2012, E: 2011/23348, K: 2012/31564 (**Gençcan**, s.367); Yargıtay 2. HD., 21.2.2013, E: 2013/1489, K: 2013/4535 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 26.12.2012, E: 2012/11645, K: 2012/31740 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 25.9.2007, E: 2007/719, K: 2007/12658 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 2. HD., 1.6.2016, E: 2015/18675, K: 2016/10808 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

artık evi terk eden eşin kusurlu sayılmayacağı ve dolayısıyla aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.

Yargıtay kararlarında terk ihtarına manevi tazminat açısından bağlanan bu sonuç, yani terk ihtarının gönderilmesiyle birlikte iptardan önceki davranışların affedildiği, en azından hoşgörü ile karşılandığı ve bu davranışlar dolayısıyla artık evi terk eden eş aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyeceği sonucu öğretide eleştirilmektedir. Terk ihtarının şartlı bir ihtar niteliğinde olduğunu kabul eden öğretideki söz konusu görüşe göre, iptarda bulunan eş, samimi duygularla eve dön çağrısı yaparak, iptardan önceki olayları affettiğini ve ortak yaşamın tekrar kurulmasını istediğini, ancak bu çağrıya olumlu cevap verilmediği takdirde terke dayalı boşanma davasının açılacağı ve önceki olayların da affedilmemiş sayılacağını terk eden eşe ihtar etmektedir⁷⁹. O halde ihtara rağmen terk eden eşin ortak konuta geri dönmemesi durumunda, iptardan önceki davranışlar affedilmiş sayılmayacağından, terk eden eş aleyhine manevi tazminat talep edilmesi de mümkün olacaktır. Söz konusu görüşe göre, ihtarın samimi olması gerekliliği sebebiyle, iptarda bulunan eşin manevi tazminat talebinden vazgeçmiş olduğunu kabul etmek ise kişilik hakkını korunması gereken en üstün değer olarak gören Medeni Kanun sistemine aykırı olduğu gibi, ihtar gönderen eşin haklarının korunmamış olup buna karşılık ortak konutu kusurlu olarak terk eden eşin de ödüllendirileceği anlamına gelecektir⁸⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere⁸¹, kanaatimizce, bir eşin diğer eşe evlilik birliğini sürdürme amacıyla ortak konuta dönmesi için iptarda bulunduğu her halde onu affetmiş olduğu sonucuna varılamaz. İptarda bulunan eş, terk eden eşi affetmiş olmasa bile, örneğin çocuklarının menfaati ya da tek başına geçimini sağlayamayacağı gibi çeşitli saiklerle, her şeye rağmen terk eden eşi ile evlilik birliğini sürdürmek isteyebilir. Bu itibarla, terk ihtarının samimi olmasından kasıt da, iptarda bulunan eşin diğer eşe affetmiş olması değil, samimi duygularla terk eden eşi ortak konuta davet eden eşin, diğer eş ile evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmediğini kabul etmiş olmasıdır. Bu sonuç da terk ihtarının gönderildiği hallerde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davasına etki edecektir. İhtarın bu yönden manevi tazminat talebine bir etkisi olduğu ise söylenemez. Bununla birlikte, terk ihtarının gönderilmesinden sonra terk sebebine dayanan boşanma davalarında terk eden eş aleyhine manevi tazminata hükmedilememesinin Yargıtay kararlarında kabul edildiği üzere bir başka gerekçesi bulunmaktadır. Hemen yukarıda da belirtildiği üzere, TMK m.174 II'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için tazminat talep eden eşin boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle kişilik hakkının saldırıya uğramış olması gereklidir. Terke dayalı boşanma davasında ise boşanmaya sebep olan olay, diğer eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek üzere ortak konutu terk etmiş olması ya da haklı sebep bulunmadan ortak konuta dönmüyor olmasıdır. Dolayısıyla diğer eşin sadece ortak konutu terk etmiş olması ve haklı sebep olmadan ortak konuta dönmemesi, yani "terk" olgusu, her halde terk sebebine dayalı olarak boşanma davası açan eş için kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurmayacaktır. Bu itibarla, terk sebebine dayalı boşanma davalarında da davacı lehine manevi tazminata

⁷⁹ **Petek**, s. 62.

⁸⁰ **Petek**, s. 62.

⁸¹ Bkz.: yukarıda s. 598.

hükmedilmesi, somut olayın özelliği aksi sonuca varılmasını gerektirmediği sürece, mümkün gözükmemektedir.

Yargıtay'ın bir başka kararına konu olan olayda ise, terk sebebi ile açılan bir boşanma davasında, dava devam ederken davalı eşin cinsel sadakate aykırı davranması sebebiyle yerel mahkeme tarafından davacıya manevi tazminat verilmesinin bozma sebebi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır⁸². Bu karar için yazılan karşı oy yazısında ise, terk sebebi ile açılan boşanma davasında boşanmaya sebep olayların usulüne uygun olarak gönderilmiş olan ihtarın tebliğ edilmesine rağmen davalı eşin iki ay içerisinde eve dönmemiş olmasının olduğu, bu hususun ise Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre kişilik haklarına saldırı oluşturmadığı; davalı eşin sadakatsiz davranışının boşanmaya sebebiyet veren bir olgu olmadığı dolayısıyla bu olguya dayanarak davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay benzer olaylara ilişkin olarak daha sonra vermiş olduğu kararda ise, anılan karşı oy yazısına uygun olarak karar vermiştir⁸³. TMK m.174 II'ye göre, eşlerden biri lehine boşanma sonrasında manevi tazminata hükmedilebilmesi için boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle o eşin kişilik hakları ihlal edilmiş olmalıdır. Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, terk sebebiyle açılan boşanma davalarında ise TMK m.174 anlamında boşanmaya sebep olan olay ihtara rağmen terk eden eşin konuta dönmemesidir. Başka bir söylemle, davanın devamı esnasında meydana gelen olaylar ise boşanmaya sebep olan olaylar değildir⁸⁴. Dolayısıyla, terk sebebi ile açılmış olan bir boşanma davasında davalı eşin cinsel sadakatsizliği boşanmaya sebep olan bir olay olmadığı için, her ne kadar davacı eşin bu olay sebebiyle kişilik hakları ihlal edilmiş olsa bile, davacı lehine manevi tazminata hükmedilemez. Bu bakımdan bahsi geçen karşı oy yazısı ve buna uygun bir biçimde verilmiş olan Yargıtay kararları isabetlidir.

Sonuç

Terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için öncelikle terk eden eşe terkin en erken dördüncü ayından itibaren ortak konuta dönmesi için bir ihtarın yapılmış olması ve bu ihtardan sonra iki ay geçmesine rağmen ihtarında bulunulan eşin ortak konuta dönmemiş olması, yani ihtarın sonuçsuz kalması gereklidir. Terke dayanan boşanma davalarında ihtar gönderilmesinin amacı, eşini terk eden ve haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmeyen eşe mahkeme aracılığı ile son bir çağrı yapmak ve ona evlilik birliğine devam etmek için bir düşünme imkânı tanımaktır. Dolayısıyla, evlilik birliğinin devamı için terk eden eşe yapılan son çağrı niteliğinde olan terk ihtarının hüküm ifade edebilmesi için ihtarında bulunan eşin, terk eden eşin geri dönmesini ve ortak hayata devam etmesini gerçekten istemiş olması, bir başka ifadeyle ihtarın samimi ve ciddi olması gerektiği kabul edilmektedir. Terk ihtarının samimi olmadığı anlaşıldığı hallerde ise yapılan ihtarın geçersiz olması sebebiyle terk nedenine dayalı boşanma davasının reddine karar verilecektir.

⁸² Yargıtay 2. HD., 23.10.2012, E: 2011/14441, K: 2012/25685 (Gençcan, s. 366-367).

⁸³ Yargıtay 2. HD., 25.12.2012, E: 2011/23348, K: 2012/31564 (Gençcan, s. 366-367).

⁸⁴ Bu yönde bkz.: Yargıtay 2. HD., 18.11.2015, E: 2015/5079, K: 2015/21791: "...Ne var ki, her dava açıldığı tarihteki şartlara tabidir. Davadan sonra oluşan olaylar boşanma kararında esas alınmaz, ancak yeni bir davanın konusu olur. Davalının sadakatsizliği dava tarihinden sonra olup bu davada nazara alınmaz..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları değerlendirildiğinde, terk ihtarına sadece terke dayanan boşanma davaları açısından değil, diğer boşanma sebepleri ve boşanmanın mali sonuçlarından manevi tazminat açısından da bir sonuç bağlandığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın artık kökleşmiş hale gelen kararlarında, eşinin eve dönmesini ihtar eden öteki eşin, ihtardan önceki olaylara dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açamayacağı kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak genel boşanma sebebinin şartlarından evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmesi açısından değerlendirmede bulunularak, ihtardan önceki olaylar, evliliği ne kadar sarsıcı nitelikte olursa olsun, ihtarda bulunan eşin söz konusu davet ile, diğer eşin ihtar tarihinden önceki kusurlu davranışlarını affettiği, en azından hoşgörü ile karşılaşmış olduğu, bu itibarla affedilmiş ve hoşgörü ile karşılanmış olan olayların davacı eş için evlilik birliğini çekilmez hale getirmediğinin kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, ihtar tarihinden sonra, ihtarda bulunan eşe yüklenebilecek evlilik birliğini çekilmez hale getiren yeni bir vakianın olmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın söz konusu kararlarında vardığı sonuç öğretide eleştirilmekle birlikte, kanaatimizce, ihtarın samimi olması gerektiği kabul edildiği takdirde, ihtarda bulunan eş, ihtardan önce ne yaşanmış olursa olsun diğer eşle birlikte ortak hayatı sürdürme arzusunda olduğunu, evlilik birliğine devam etmek istediğini ve bu amaçla diğer eşin eve dönmesini ihtar etmektedir. Dolayısıyla, eğer ihtarda bulunan eş, bu amaçlarla ihtarda bulunmamışsa, sadece terk sebebine dayanarak boşanma davası açmak için bir şekli koşulu yerine getirmek amacıyla diğer eşe ortak konuta dönmesini ihtar etmişse, esasen bu halde ihtarın samimi olması gerekliliği sağlanmış olmadığından ihtarın geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır. İhtarın samimi olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu sonucuna varıldığı hallerde, ihtarda bulunan eş diğer eşle ortak hayatın çekilmez hale gelmediğini kabul etmiş olmadığından ve diğer eşle ortak hayata devam etme arzusunda bulunmadığından, terk sebebiyle boşanma davası açamamakla birlikte ihtardan önceki sebeplere dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açılabilir. Buna karşılık, terk ihtarının samimi olduğu sonucuna varıldığı hallerde ise, ihtarda bulunan eş, diğer eşle birlikte ortak hayata devamın kendisi için çekilmez hale gelmediğini, onunla ortak hayata devam etme arzusunda bulunduğunu kabul etmiş olacağından, artık ihtardan sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gereklidir. İhtarda bulunan eş, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açmak istiyorsa, söz konusu davada ancak ihtardan sonra gerçekleşmiş sebeplere dayanabilmelidir.

Yargıtay kararlarında terk ihtarına manevi tazminat talebi açısından da sonuç bağlanmış ve eşinin eve dönmesi için gönderilen bir ihtarın, ihtardan önceki davranışların affedildiği en azından hoşgörü ile karşılandığı anlamına geldiği ve bu davranışlar dolayısıyla artık evi terk eden eşin kusurlu sayılamayacağı ve dolayısıyla aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca, terk sebebiyle boşanmaya karar verilmiş olan durumlarda, davacı olan eş lehine yalnızca bu sebebe dayanarak manevi tazminata hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, terk ihtarının samimi olmasından kasıt, ihtarda bulunan eşin diğer eşini affetmiş olması değil, samimi duygularla terk eden eşin ortak konuta davet eden eşin, diğer eş ile evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmediğini kabul etmiş olmasıdır. Bu sonuç da terk ihtarının gönderildiği hallerde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davasına etki edecektir. İhtarın bu yönden manevi tazminat talebine ise bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TMK m.174 II'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için tazminat talep eden eşin boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle kişilik hakkının saldırıya uğramış olması gerekli olduğuna ve terke dayalı boşanma davasında ise boşanmaya sebep olan olay, diğer eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek üzere ortak konutu terk etmiş olması ya da haklı sebep bulunmadan ortak konuta dönmemesi olduğuna göre, diğer eşin sadece ortak konutu terk etmiş olması ve haklı sebep olmadan ortak konuta dönmemesi, yani "terk" olgusu, her halde terk sebebine dayalı olarak boşanma davası açan eş için kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurmaz. Bu gerekçeyle terke dayalı boşanma davalarında kendisine terk ihtarını gönderilen eş aleyhine manevi tazminata hükmedilmesi mümkün gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

Arbek, Ömer: "Boşanmanın Mali Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:54, Sayı:1, 2005, s. 115-163.

Berki, Şakir: "Boşanma ve Ayrılık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 32, Sayı:1, 1975, s. 135-154.

Birsen, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1966.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Feyzioğlu, Necmeddin/**Özakman**, Cumhur/**Sarıal**, Enis: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 1986.

Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2017.

Hatemi, Hüseyin/**Serozan**, Rona: Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Helvacı, Serap: "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 1151-1169.

Kandil, Seher: Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015. (Aile)

Kılıçoğlu, Ahmet: "Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", Ankara Barosu Dergisi, 1988, Yıl: 45, S: 3, s. 383-392.

Köprülü, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

Kuntalp, Erden: "Mutlak Boşanma Nedenleri", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977, s. 113-125.

Oğuzman, Kemal/**Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998.

Özcan Çelik, Berna: “Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.

Özdemir, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, Beta, 2003.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004. (Aile)

Öztan, Bilge: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728. (Boşanma)

Öztan, Bilge: “3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134’üncü Maddesi”, Prof. Dr. Halük Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 111-137.

Petek, Hasan: “Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, 2010, s. 43-78 (Basım Yılı: 2012).

Saymen, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Hak Kitabevi 1957.

Schwarz, Andreas B.: Aile Hukuku I, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1946.

Şener, Esat: Uygulama ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997. (Boşanma)

Şener, Esat: “Terk Hukukî Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1983, S: 37, s. 3-10. (Terk)

Şenol, Şenol: “Terk Nedeni ile Boşanma”, Adalet Dergisi, 1988, S: 3, s. 25-39.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.

Tutumlu, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Uyar, Talih: “Yargıtay Kararlarında «Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması» Nedeniyle Boşanma (MK. 134)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1229-1281. (Evlilik Birliğinin Sarsılması)

Uyar, Talih: “Yargıtay Kararlarında “Terk” Nedeniyle Boşanma (MK.132)”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 18, S: 71, s. 56-70. (Terk)

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul, Tan Matbaası, 1956.

Yalçınkaya, Namık/**Kaleli**, Şakir: Boşanma Hukuku, Cilt I, Cilt II, Ankara, 1988.

Zevkliler, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.

TAŞINMAZ MALİKİNİN İNŞAAT FAALİYETLERİ SEBEBİYLE KOMŞU TAŞINMAZ MALİKLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU*

(LANDOWNER'S LIABILITY TO OWNERS OF NEIGHBOURING PROPERTIES FOR LOSSES AND DAMAGES DURING CONSTRUCTION ACTIVITIES)

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Şirin Aydınçık Midyat**

ÖZ

Günümüzde oldukça yoğunlaşan inşaat faaliyetleri çoğu zaman üçüncü kişiler özellikle de komşular bakımından doğrudan veya dolaylı olarak birtakım olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. İş makineleri gürültü ve toz çıkarmakta, sarsıntılara yol açmakta; yine inşaat sebebiyle kurulan iskeleler veya geçiş yollarına yığılan malzemeler komşu taşınmazlarda bulunan evlere veya dükkânlara giriş çıkışı zorlaştırmakta veya zaman zaman tamamen engellemektedir. Bu sebeplerle bazen komşuların psikolojik rahatsızlıklar yaşaması söz konusu olabildiği gibi, bazen de komşu taşınmazdaki kiracıların daireleri boşalttığı veya müşteri gelmemesi sebebiyle işletmelerin gelirlerinin düştüğü görülmektedir. Yine bunun dışında inşaattan çıkan hafriyat toprağının komşu taşınmaza yığılması veya inşaat sırasında gerekli tedbirler alınmadan yapılan temel kazısı sebebiyle komşu taşınmazdaki binaların zarar görmesi gibi çeşitli olumsuz sonuçlar da doğabilmektedir. Bu gibi hallerde yürütülen inşaat faaliyetlerinin komşular bakımından katlanılması güç boyutlara ulaştığı rahatlıkla söylenebilir.

Bu çalışmada inşaat faaliyetleri sebebiyle rahatsızlık duyan veya zarara uğrayan komşuların, komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde bu faaliyetlere ne dereceye kadar katlanmak zorunda oldukları, bu tür olumsuz durumları önleme imkânına sahip olup olmadıkları ve özellikle bu tür faaliyetler sebebiyle uğradıkları zararların tazminini taşınmaz malikinden talep edip edemeyecekleri konusu ele alınmıştır. Çalışmada bu konuyla ilgili olarak İsviçre Medeni Kanununda 2009 yılında yürürlüğe giren yeni düzenlemelere de yer geldikçe değinilmiş ve Türk Medeni Kanununun taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen hükümleriyle bir karşılaştırmaya gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz malikinin sorumluluğu, Komşuluk hukuku, Kaçınılmaz taşkınlıklar, İnşaat faaliyetlerinden sorumluluk, Doğrudan ve dolaylı müdahaleler

* Bu makale, 23.11.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 06.12.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 13.12.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, aydincik@istanbul.edu.tr

ABSTRACT

The nowadays highly increased construction activities often have some direct or indirect negative consequences for third parties, especially neighbours. Building machinery causes noise and dust, and also leads to shocks and vibrations; again, put up scaffoldings and construction materials piled on access ways due to construction works also impedes or even obstructs access and exit from and to the residences and shops located in neighbouring premises. Due to this reason, it sometimes occurs that neighbours suffer psychological disturbances it is also observed that tenants of neighbouring premises vacate their apartments or that the revenue of businesses decreased due to absence of customers. Apart from this, there are various negative consequences during construction such as the destruction of neighbouring buildings due to foundation excavation without taking necessary precautions or stockpiling of excavation land to the neighbouring property. It can be readily said that construction activities carried out under such circumstances reach difficult to bear dimensions for the neighbours.

In this study, we have addressed the question of the extent to which neighbours who are aggrieved or harmed due to construction activities are obliged to bear these activities in the framework of neighbourhood law rules, and whether they have the possibility to prevent such adverse situations or in particular, if they can claim compensation for damages they suffer due to such activities from the property owner. The study also referred to the new regulations introduced in the Swiss Civil Code in 2009 where required for the matter in question, as well as compared with the provisions regulating the responsibility of the property owner according to the Turkish Civil Code.

Keywords: *Landowner's liability, Law of neighbours, Excessive and unavoidable disadvantages, Liability for construction activities, Direct and indirect interventions*

A. Türk Hukukunda Genel Olarak Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

1. Türk Hukukunda Taşınmaz Malikinin Sorumluluğuna İlişkin Düzenleme (MK m. 730 Hükmü)

İnşaat faaliyetlerinden doğan zararlar ve çevre etkilerinden dolayı taşınmaz malikinin komşu taşınmazlara yönelik sorumluluğu esas itibariyle iki açıdan ele alınabilir. Bunlardan biri taşınmaz malikinin kamu hukuku çerçevesinde doğan sorumluluğu, diğeri ise özel hukuk çerçevesinde doğan sorumluluğudur. Bu iki sorumluluk kural olarak yan yana ve birbirinden bağımsız olarak mevcuttur¹. Biz bu çalışmada taşınmaz malikinin özel hukuk sorumluluğunu

¹ Esasen inşaat faaliyetleri daha çok kamu hukuku düzenlemeleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Nitekim inşaatların yürütülmesine dair birçok kamu hukuku düzenlemesi mevcuttur. Bunlardan en önemlisi İmar Kanunu'dur, ancak bunun dışında da bir inşaatın nasıl yürütüleceğine dair pek çok kamusal düzenleme bulunmaktadır (örn. 18 Mart 2004 tarihli, 25406 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan "Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği" gibi). Bununla birlikte bu durum inşaat faaliyetleri üzerinde özel hukukun hiçbir etkisinin bulunmadığı anlamına gelmez. Nitekim özellikle Medeni Kanunun komşuluk hukukuna ilişkin hükümleri inşaat faaliyetlerini kısıtlayan birtakım düzenlemeler getirmektedir. Bunlar komşuların haklarını asgari ölçüde güvence altına alan düzenlemelerdir. Kamu ve özel hukuk alanlarının kesiştiği

ele alacağız. Bir inşaat faaliyetinden zarar gören komşu taşınmaz maliklerinin kamu hukuku çerçevesinde başvurabileceği imkânlar ise, kamu hukukunun özellikle idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır².

Özel hukuk bakımından Türk Hukukunda taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak aşkın kullanmasının yaptırımını MK m. 730 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca;

“Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”

Görüldüğü üzere söz konusu hüküm bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucu bundan zarar gören veya bu sebeple zarar tehlikesi ile karşılaşan komşulara tanınan hakları düzenlemektedir. Sorumluluğun doğması için aranan şartlar; sorumlu tutulacak kimseler tarafından mülkiyet hakkının aşılması, komşular için bir zararın veya zarar tehlikesinin doğması ve zarar ile mülkiyet hakkının aşılması arasında uygun illiyet bağının varlığıdır³. Bu şartların varlığı halinde MK m. 730/I uyarınca; taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, taşınmaz malikinden durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir⁴. Taşınmaz malikinın bu sorum-

veya birbirini etkilediği birçok nokta bulunduğu gibi giderek bu kesişim ve etkileşim alanları artmakta ve iki alanın birbirinden bağımsızlığı da buna paralel şekilde azalmaktadır. Bununla birlikte iki alan arasında önemli farklılıklar da mevcuttur; örneğin usul hukuku bakımından başvuru yollarındaki farklılık buna bir örnek teşkil eder. İdeal olan iki korumanın birbirini tamamlayacak şekilde ve birbiriyle uyumlu olarak düzenlenmesidir. Biz bu çalışmada esas itibarıyla taşınmaz malikinın inşaat faaliyetlerinden doğan özel hukuk sorumluluğunu komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde ele alacağız. Ancak yeri geldiğinde kamu hukuku düzenlemelerine de özel hukuka etkisi bakımından değinilecektir.

² Örneğin bir kimse komşu taşınmazdaki inşaatla ruhsat verilmiş olması sebebiyle ileride zarar göreceksa, inşaat ruhsatının hukuka aykırılığını ileri sürerek iptali için idari yargı esasları çerçevesinde dava açabilir. Bu konuda bkz. **Selahattin Sulhi Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, s. 75; **İlhan Uluşan**; Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2012, s. 172 dn. 52.

³ Bkz. **Lâle Sirmen**; Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu, AÜHFD, C: XL, S: 1-4, 1988, s. 289 vd.; **Ja-le G. Akipek**; Gayrimenkul Malikinın Mes'uliyetinin Kavram ve Mahiyeti, AÜHFD, C: XI, S: 1-2, 1954, s. 346 vd.; **Pascal Eckenstein**, “Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB - Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 679 Abs. 2 und Art. 679a E-ZGB”, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 225, Zürich 2010, s. 12 vd. Yazar ayrıca sorumluluğun diğer bir temel şartı olarak iki farklı taşınmazın bulunması gerekliliğini ifade etmektedir.

⁴ Söz konusu hüküm zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan komşu taşınmaz malikine eski hale iade, tehlikenin ve zararın giderilmesi taleplerini sağlamaktadır. Bunlardan savunma hakları niteliğindeki eski hale iade ve tehlikenin önlenmesi davaları esasen mülkiyet ve zilyetlikten de doğan savunma imkanlarını somutlaştırıp güçlendirirken, tazminat talebiyle taşınmaz malikinın sorumluluğu şeklinde kendine özgü

luluğu objektif sorumluluk esasına dayanır ve sorumluluk için kusur aranmaz⁵.

Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca MK m. 737/III hükmüne paralel bir şekilde; taşınmaz maliki taşınmazı üzerinde hukuka uygun veya Kanunun ifadesiyle yerel âdete uygun bir faaliyet yürütmekteyse, bu faaliyetten kaynaklanan kaçınılmaz taşkınlıklar dolayısıyla kendisinden durumun eski hale getirilmesi, tehlikenin veya uğranılan zararın giderilmesi istenemez. Bu durumda taşınmaz maliki sadece bu tür bir faaliyetten doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesi ile yükümlü tutulabilir.

MK m. 730 esas itibarıyla taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını komşuluk hukukundan doğan yasal sınırlamalara aykırı kullanması halinde getirilen yaptırımları düzenlemekte ve böylelikle komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerin (özellikle MK m. 737 hükmünün) yaptırım sistemini oluşturmaktadır⁶.

Doktrinde birçok yazar adı geçen hükmün aynı zamanda mülkiyet hakkının kamu hukukuna ilişkin hükümlere aykırı kullanılması halinde de uygulanacağını kabul etmektedir⁷. Bu görüşteki yazarlara göre eğer ki ihlal edilen

bir sebep sorumluluğu getirilmektedir (**Heinz Rey/Lorenz Strelbel**; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, (**Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas**), 5. Bası, Basel 2015, 679 N. 3; **Eckenstein**, s. 19). Tazminat talebi diğer taleplerin yanında tali bir nitelik taşımaktadır ve özellikle zarar gören komşu taşınmazın eski hale getirilmesine ilişkin masraflar tazminat talebinin dayanağını oluşturmaktadır. Buna karşılık zarar veren taşınmaz üzerindeki zarar verici durumun giderilmesi tazminat değil, eski hale getirme talebi ile mümkün olacaktır. Bu yönde bkz. **Tarkan Göksu**; Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (**Peter Breitschmid/Alexandra Jungo**), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, CHK ZGB 679 N. 11; **Eckenstein**, s. 21. Yine her ne kadar madde metninde açıkça öngörülmemiş olsa da doktrinde komşu taşınmaz malikinin bu taleplere ek olarak (hukuki bir menfaat bulunduğu sürece) tespit davası açma imkânının da bulunduğu kabul edilmektedir.

⁵ Burada taşınmaz maliki için gerekli özen yükümünün yerine getirildiğine dair kurtuluş kanıtına da yer verilmediğinden malikin sorumluluğu ağırlaştırılmış bir objektif sorumluluktur. Bu yönde bkz. **Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler**, Schweizerisches Haftpflichtrecht 5. Auflage, Zürich 2013, s. 190 N. 1; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 8; **Sirmen**, Çevre, s. 289. Bununla birlikte kanaatimizce kanun koyucu MK m. 730/II ve MK m. 737/III hükümleriyle bu sorumluluğu sınırlamıştır.

⁶ **Rey/Strelbel**, BSK ZGB 679 N. 1; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 1; **Eckenstein**, s. 4. Bu bakımdan MK m. 730 sistematik olarak her ne kadar "Taşınmaz mülkiyetinin içeriği" başlığı altında düzenlenmiş olan hükümler arasında yer alsada da, esas itibarıyla "Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları" başlığı altında yer alan "komşu hakkı"nın düzenleyen hükümlerle yakın bağlantı içindedir (**Eckenstein**, s. 4). Ancak konuya çevre ilişkileri ve sorunları açısından bakacak olursak, MK m. 737 ve bunun müeyyidesini düzenleyen MK m. 730 hükümleri bu konuları çok daha dar bir kapsamda, özellikle komşuluk ilişkileri çerçevesinde ele almaktadır. Buna karşılık geniş anlamda çevre sağlığı sorunu sadece komşuluk hukuku ile çözüme kavuşturulamaz. Bu yönde bkz. **M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**; Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, N. 2055 dn. 1379. Esas itibarıyla çevre ilişkileri 9.8.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanununda düzenlenmektedir. Çevre zararlarından doğan hukuki sorumluluk ve çevre zararlarından sorumlulukla taşınmaz malikinin sorumluluğundan doğan taleplerin karşılaştırılması için bkz. **Başak Başoğlu**, Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2016, s. 305 vd. Ayrıca bkz. **İlhan Helvacı**, Çevre Kirlenmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1989.

⁷ İsviçre Hukukunda bkz. **Rey/Strelbel**, BSK ZGB 679 N. 8; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 4; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 190 N. 5; Türk doktrininde de birçok yazar söz konusu

kamu hukuku kuralı, kamu hukukuna ilişkin mevzuat içinde yer almakla birlikte esas itibarıyla bir özel hukuk hükmü niteliğindedir⁸ veya karma nitelikte bir hüküm ise ve ilgili kanunda buna aykırılık haline ilişkin özel bir yaptırım öngörülmemişse, bu durumda da MK m. 730 hükmü uygulanabilir⁹.

Buna karşılık bize göre MK m. 730, esas itibarıyla Medeni Kanunda yer alan komşuluk hukukunu düzenleyen hükümlerin (MK m. 737, 738 ve 742 gibi) ihlali halinde uygulanacak müeyyideyi düzenlemektedir¹⁰. Dolayısıyla tek başına bir kamu hukuku kuralına aykırılık komşu taşınmaz malikinın doğrudan MK m. 730 hükmüne başvurmasına imkân vermez. Zira kamu hukuku kurallarına aykırılığın sonuçları ve uygulanacak yaptırımlar kural olarak yine kamu hukuku kuralları çerçevesinde belirlenir. Bununla birlikte eğer ihlal edi-

hükmün uygulama alanının sadece taşınmaz malikinın mülkiyetini özel hukuk kısıtlamalarına aykırı kullandığı hallerle sınırlanmaması gerektiğini, bu hükmün taşınmaz malikinın kamu hukuku kısıtlamalarına aykırı davrandığı hallerde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir (**Akipek**, AÜHFD, s. 342 vd.; **İ. Sahir Çörtoğlu**, *Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması*, Ankara 1988, s. 87 vd.; **İ. Sahir Çörtoğlu**, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları* (MK 661), ("Komşuluk") Ankara 1982, s. 29; **Mehmet Ayan**, *Eşya Hukuku - II - Mülkiyet*; 9. Baskı, Ankara 2016, s. 434-435; **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 684 vd.; **Haluk Tandoğan**, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 2010, s. 207). Yazarlar bu gibi kamu hukuku hükümlerine aykırılık hali için özel bir yaptırım öngörülmediği müddetçe MK m. 730 hükmünün uygulanacağı görüşündedir (**Çörtoğlu**, *Aşkın Kullanılma*, s. 91; **Akipek**, AÜHFD, s. 344). Böylece kamu hukuku kurallarına aykırı hareket etmeye bir özel hukuk yaptırımı bağlanmış olacaktır.

⁸ Burada hemen belirtmek gerekir ki, bu görüşe göre bir kuralın özel hukuk kuralı mı yoksa kamu hukuku kuralı mı olduğu nerede düzenlendiğine bakılmaksızın o kuralın niteliğine göre belirlenmelidir. Bu sebeple esas itibarıyla kamu hukuku içerikli olan kanunlarda da özel hukuk ve komşuluk hukukuna ilişkin düzenlemeler mevcut olabilir (**Roland Rudolf Saller**, *Praxishandbuch Nachbarrecht*, 1. Teil Grundeigentum und Nachbarrecht, (**Herbert Grziwotz/Wolfgang Lüke/Roland Rudolf Saller**); 2. Auflage, München 2013, N. 83.

⁹ Karş. **Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk**, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 570; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2065; **Tandoğan**, s. 207; **Hasan Petek**; *Taşınmaz Malikinın Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu* (TMK. m. 730/II), Ankara 2005, s. 195. Örneğin bu görüşe göre yetkili kamu makamlarının hazırladıkları şehir planında, belirli kattan fazla inşaat yapılmaması düzenlenmişse, bu yasağa aykırı davranışlar sonucu meydana gelen zarar da malikin sorumluluğunu gerektirir. Yine Akipek, münhasıran kamu hukuku düşünceleriyle getirilmiş kuralların ihlal edilmemesi her ne kadar komşuların ve üçüncü şahısların menfaati icabı da olsa onların bunu sağlamak konusunda kamu hukukundan doğan bir haklarının olmadığını ifade etmekte, bunlara riayet edilmemesi durumunda bundan zarara uğrayanların da MK m. 730 hükmüne dayanabileceğini kabul etmektedir (**Akipek**, AÜHFD, s. 346).

¹⁰ Benzer görüşte **Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Rumo-Jungo, Alexandra**, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet und ergänzt, Zürich/Basel/Genf 2010, § 101, N. 33. Yine birçok yazar mülkiyet hakkının kötüye kullanılması halinde de MK m. 730'a dayanan sorumluluğun söz konusu olacağı fikrindedir. Bkz. bu yönde **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2065; **Tandoğan**, s. 208; **Sirmen**, Çevre, s. 291; **Petek**, s. 235. Bununla birlikte Petek, mülkiyet hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda MK m. 730/II hükmüne dayanma imkanı bulunmadığını, zira, hakkını kötüye kullanan kişinin aynı zamanda hukuka uygun ve kaçınılmaz bir taşkınlıkta bulunmuş olması ihtimalinin olmadığını da ifade etmektedir.

len kamu hukuku kuralı aynı zamanda komşu taşınmaz maliklerinin menfaatlerini de koruyorsa ve bu kurala aykırılık halinde MK m. 737 anlamında bir taşkınlık ve komşular bakımından bir zarar söz konusu oluyor ise, artık bu durumda komşu taşınmaz maliki MK m. 730/I'den doğan hakları kullanabilir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹¹. Dolayısıyla ancak bu şartların varlığı halinde, kamu hukukunda yer alan komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerin ihlali sebebiyle komşu taşınmaz maliki idari yargı yolunun yanı sıra ve bundan bağımsız olarak Medeni Kanundaki komşuluk hukuku hükümlerine de (dolayısıyla adli yargı yoluna) başvurabilecektir¹².

Bunun dışında MK m. 730 hükmünün kapsamına sadece dolaylı etkilerin mi girdiği yoksa doğrudan müdahalelerin de bu hüküm kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır. Bu tartışma inşaat faaliyetinden doğan müdahale türleri kapsamında aşağıda ele alınacaktır.

2. Komşu Kavramı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere MK m. 730 hükmü komşuluk hukuku kurallarının ihlalinin yaptırımını düzenlemektedir¹³. Madde kapsamında kimin

¹¹ Yargıtay genellikle bu türden hükümlere aykırılık, aynı zamanda komşuluk hukukundan doğan ödevlerin ihlali niteliğini taşıyor ve taşınmaz malikleri açısından bir zararın doğumuna yol açıyor ise, ancak o zaman MK m. 730'un uygulanmasını kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 1. HD. E. 1999/12402, K. 1999/12586, T. 1.12.1999 sayılı kararından: “*Davalının inşaatının imar mevzuatına aykırı olduğu, çıkılan fazla katlar nedeniyle davacının güneş ve görüntü almasının engellendiği iddia edilerek men’i müdahale ve kal istendiğine ve davalı tarafından sonradan yaptırılan ilavelerin imara aykırı olduğu saptandığına göre; salt imara aykırılık idareyi ve idari yargıyı ilgilendiren bir konu olmakla birlikte, davacının komşuluk hukukuna uygun düşmeyen zararın varlığına ilişkin iddiasının da araştırılıp hükmüne bağlanması gerekir.*” Yarg. 1. HD., E. 1991/8450, K. 1991/12013, T. 24.10.1991 kararından: “*Gerçekten, bir inşaatın imar planına uygun düşecek şekilde yapılmaması, soyut olarak (sadece bu haliyle) komşuluk hukukuna aykırı davranış anlamında yorumlanamaz (HGK.nun 11.11.1987 gün, 1-148/823 sayılı kararı).*” (Kazancı). Yarg. 14. HD, E. 2016/2809, K. 2016/8585, T. 20.10.2016 kararından: “*Diğer taraftan, davalının kendi taşınmazı üzerine yaptığı yapının ruhsatsız olduğu, imara aykırı bulunduğu ileri sürülüp, TMK'nun 737. maddesi uyarınca yıkım ve eski hale getirme istenemez. Yapının imara aykırı olması yanında bir zararın doğması da şarttır. Salt imara aykırılık, idari mercileri ve idare mahkemelerini ilgilendiren bir husustur.*” (Kazancı). Bu konuda çeşitli Yargıtay kararı örnekleri için bkz. **Ayan**, s. 356, dn. 903 ve 904. Yarg. 1. HD. 12.2.1987, 14361/1029 (YKD. 1987/10, 1462) “*Komşunun zarara uğraması söz konusu değilse, bir inşaatın projeye aykırılığı, eski hale iade davası açma hakkı vermez.*” Benzer yönde bkz. Yarg. 1. HD. E. 2002/14614, K. 2003/243, T. 15.1.2003 (Kazancı); Yarg. 1. HD. E. 2010/5259, K. 2010/6024, T. 27.5.2010 (Kazancı).

¹² Bu anlamda inşaat faaliyetleri sebebiyle zarar gören veya rahatsız olan komşu taşınmaz malikleri bakımından iki yönlü bir korumanın mevcut olduğu söylenebilir. Zira hem özel hukuk kuralları hem de kamu hukuku kuralları komşu taşınmaz maliklerine belirli ölçülerde koruma sağlamaktadır. Bu ikili koruma hakkında geniş bilgi için bkz. **Eckenstein**, s. 23 vd. Yine taşınmaz malikinin kamu hukuku kurallarına uygun hareket etmesi halinde de bazı şartlarla MK m. 730/II anlamında denkleştirme sorumluluğu doğabilir.

¹³ Doktrinde bugün için artık azınlıkta kalan bir görüş MK m. 730 hükmünden sadece komşuların değil, malikin mülkiyet hakkını aşkın kullanmasından zarar gören herkesin yararlanabileceğini savunsa da (Bu yönde bkz. **Jale G. Akipek**; Gayrimenkul Malikin Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri, İstanbul 1955, s. 14 vd.) biz bu görüşe katılmı-

komşu sayılacağı da kural olarak ihlal edilen komşuluk hukuku kuralının kimi koruduğuna göre değişmektedir¹⁴. Dolayısıyla komşu sayılması için bir taşınmazın mutlaka bitişik veya belirli bir çevrede bulunması aranmaz¹⁵. Ancak taşınmaz malikinin inşaat faaliyetleri sebebiyle sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde işin niteliği gereği komşuluk ilişkisi genellikle fiziksel yakınlığa göre belirlenmektedir¹⁶.

Taşınmaz malikinin komşu taşınmazlara karşı komşuluk hukukundan doğan sorumluluğunun sadece komşu taşınmaz malikine karşı olmadığı, onun komşu taşınmazı sınırlı bir aynı hakka veya bir kişisel hakka dayanarak kullanan kimselere karşı da sorumlu olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla sadece inşaat faaliyetlerinden zarar gören komşu taşınmazın maliki değil, komşu taşınmaz üzerinde üst hakkı gibi bir sınırlı aynı hak sahibi veya kiracı da inşaat faaliyetlerinden dolayı taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümlerine başvurabilir¹⁸.

Komşu taşınmaz malikinin taşınmazı kendisi fiilen kullanmasa dahi MK m. 730 hükmüne başvurabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak kişisel hakka dayalı olarak taşınmazı kullananların komşuluk hukuku hükümlerinden yararlanabilmesi için bunların taşınmaz üzerinde fiilen zilyetliğinin bulunması aranmaktadır¹⁹. Nitekim herhangi bir hakka dayanmasa bile sadece malikin izni ile taşınmazdan yararlanan kimseler de komşu kavramı içinde değerlendirilmekte ve bu gibi kişilere de komşuluk hukukuna aykırılık sebebi-

yoruz. Kanaatimizce MK m. 730 esas itibariyle komşuların haklarını korumaya yönelik bir hükümdür.

¹⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2070; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 191 N. 10; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 2; **Eckenstein**, s. 17.

¹⁵ **Bettina Hürlimann-Kaup/Fabia Nyffeler**; Übermässige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit (Teil 2), BR 2015, s. 132; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 2. “Bir taşınmazın mesafesi ne olursa olsun, öteki bir taşınmazın kullanılmasından ileri gelen taşkınlık ve zararın etki alanı içine girdiği hallerde tarafların komşu sayılmaları gerekir” (Yarg. 1. HD., 25.12.1981, 14350/14955, YKD. 1982/7, 923).

¹⁶ **Tekinay**, s. 127-128.

¹⁷ İsviçre Hukukunda bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679 N. 22 vd.; **Frédéric Krauskopf/Soluna Girón**; Verantwortlichkeit des Grundeigentümers bei rechtmässiger Bewirtschaftung des Grundstücks nach Art. 679a ZGB, HAVE, Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, s. 57; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132; Türk Hukukunda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2070; **Ayan**, s. 359; **Läle Sirmen**; Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 441; **Sirmen**, Çevre, s. 292.

¹⁸ Örneğin eski tarihli kararlarından birinde Yargıtay, “Komşu, yaptırdığı kazıda kusuru ve eylemi olmasa bile yalnızca malik olması itibariyle zarardan sorumlu tutulur. Bu sorumluluğun başka bir koşulu da tazminat alacaklısının bir aynı hakka sahip olmasıdır.” şeklinde davacı bakımından hatalı bir görüş beyan ederken (Yarg. 4. HD. 2.7.1971, 3714/6622; **Mustafa Reşit Karahasan**, Gayrimenkul Hukuk Davaları, İstanbul 1974, 613), daha yakın tarihli kararlarında bu görüşünden vazgeçmiştir. Yargıtay’ın malik olmamakla birlikte zilyetlik hakkına sahip olanların da komşu sayılacağına ilişkin kararları için bkz. Yarg. 8. HD. E. 2003/6982, K. 2004/1487, T. 8.3.2004 (Kazancı); Yarg. 8. HD., E. 2002/9338, K. 2003/3446, T. 13.5.2003 (Kazancı). İntifa hakkı sahibinin dava hakkı konusunda bkz. Yarg. 14. HD. E. 2008/12680, K. 2008/13438, T. 12.11.2008 (Kazancı).

¹⁹ **Arthur Meier-Hayoz**; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1965, 679 N. 51; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 2.

le dava açma hakkı tanınmaktadır²⁰. Yeter ki bu kişiler tamamen tesadüfen ve geçici olarak komşu taşınmazı kullanmıyor olsunlar²¹. Bu kapsamda örneğin zarar gören komşu taşınmazda inşaat faaliyetlerini yürüten yüklenicinin de komşuluk hukukundan doğan sınırlamalara aykırılık sebebiyle dava açabileceği kabul edilmektedir²².

Yine Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri de komşuluk hukuku hükümlerinden yararlanarak başka taşınmaz maliklerine karşı MK m. 730'a dayanarak dava açabileceklerdir²³.

3. Sorumlu Olan Taşınmaz Maliki ve Diğer Sorumlular

Taşınmaz malikinin sorumluluğu hükümleri çerçevesinde zarar veren veya zarar tehlikesi doğuran taşınmazın malikinin sorumlu olacağı konusunda bir şüphe yoktur. Dolayısıyla örneğin zarar verici inşaat faaliyetlerini yürüten kimse malik ise MK m. 730 çerçevesinde sorumluluğun belirlenmesinde herhangi bir sıkıntı olmayacaktır²⁴. Yine taşınmazda inşaat faaliyetlerini yürütmede malike yardımcı kişilerin veya bu faaliyetleri malik adına yürüten kimselerin (işçilerin ve yüklenicinin) verdikleri zarardan veya yarattıkları zarar tehlikesinden de malik sorumlu olacaktır²⁵. Nitekim Yargıtay da yakın tarihli kararlarında doğru bir şekilde bu görüşü benimsemiştir²⁶.

²⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2070.

²¹ **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 2; **Krauskopf/Girón**, s. 57.

²² **Göksu**, CHK ZGB 679 ZGB, N. 2.

²³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2073. Belediyenin açtığı dava için bkz. Yarg. 1. HD. T. 25.12.1981, 14350/14955 (YKD. 1982/7, 921).

²⁴ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132.

²⁵ **Meier-Hayoz**, BK ZGB 679 N. 63 vd.; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988 dn. 1272; **Sirmen**, Çevre, s. 289. Alman hukukunda da bu şekilde kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Bettina Brückner**, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, BGB § 906 Zuführung unwägbarer Stoffe Rn. 183.

²⁶ Yargıtay eski tarihli bir kararında taşınmaz malikinin yapı işini eser sözleşmesi ile bir yükleniciye vermesi halinde, yapı dolayısıyla komşu taşınmazda verilen zarardan sorumlunun yüklenici olacağına, arsa sahibi inşaatı kendisi yapmadığı için MK m. 730 ve 738 hükümleri çerçevesinde sorumlu olmayacağına karar vermiştir (Yarg. 4. HD. 29.12.1975, 4756/12887) (**Mustafa Reşit Karahasan**, Türk Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 1991, 1007). Söz konusu karar doktrinde MK m. 738 hükmünün sorumluluk esasına uygun olmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988 dn. 1272). Nitekim daha sonraki tarihli bir kararında Yargıtay yerinde olarak, inşaat işleri eser sözleşmesiyle bir yükleniciye bırakılmış olsa dahi, MK m. 738 hükmü çerçevesinde sorumlunun taşınmaz maliki olacağını, ancak onun eser sözleşmesine dayanarak yükleniciye rücu edebileceğini, yüklenicinin komşuya karşı sorumluluğunun ise ancak haksız fiil esaslarına göre olacağını kabul etmiştir (Yarg. 4. HD. 17.1.1985, 7821/123 (YKD. 1985/5, 647)). Yakın tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında da bu görüş benimsenmiştir. Bkz. Yarg. HGK. E. 2006/1-127 K. 2006/50 T. 8.3.2006 sayılı karardan (Kazancı); "Yüklenici inşaatı yaparken komşu taşınmazda bir zarar vermişse Borçlar Kanununun 41. maddesi hükmünce kusura dayanan bir sorumluluk altında olacağı muhakkaktır. Bunun yanında arsa sahiplerinin olaydaki sorumluluğu ise Türk Medeni Kanununun 730 ve 738. maddesi anlamında olup, objektif, kusursuz sorumluluktur. Kuşkusuz, arsa sahibi ile yüklenici arasında, BK.nun 355. maddesi uyarınca imzalanan eser sözleşmesi, akit tarafları bağlar. Ne var ki, sözleşmenin tarafı olma-

Kanunun ifadesinde (özellikle MK m. 738 ile bu sınırlamaların ihlali halinde yaptırımı düzenleyen MK m. 730 hükümlerinde) her ne kadar sınırlayıcı bir şekilde “taşınmaz maliki” veya “malik” ifadeleri geçse de doktrinde bu hükümlerin geniş yorumlanması gerektiği ve söz konusu hükümlerin sadece üzerinde inşaat faaliyetleri yürütülen taşınmazın maliki bakımından değil, bunun dışında diğer bazı kişiler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷.

Örneğin Türk ve İsviçre doktrinlerinde genel olarak, bir taşınmazı bir sınırlı aynı hakka dayanarak kullanan kimselerin de bu hakları bakımından mülkiyet kısıtlamalarına aykırı davranışları halinde MK m. 730 uyarınca sorumlu olacakları kabul edilmektedir²⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de sadece taşınmaz malikinın değil, aynı zamanda taşınmazı fiilen kullanma imkânına sahip olan ve komşu taşınmazlar bakımından çevre etkileri doğuran faaliyeti yürüten sınırlı aynı hak sahiplerinin (özellikle de üst hakkı sahibinin) de söz konusu hüküm kapsamında sorumlu tutulacağını kabul etmektedir²⁹.

Taşınmazı kira gibi kişisel bir hakka dayanarak kullananların ise MK m. 730 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Türk hukukunda genel olarak bu kimselerin sorumluluk bakımından MK m. 730 hükmüne tabi olmayacakları kabul edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde bu kişilerin fiillerinden de taşınmaz maliki sorumlu olacaktır³⁰. Buna karşılık İsviçre Hukukunda bugün artık taşınmaz üzerindeki kişisel hak sahiplerinin de taşınmaz malikinın sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı genel kabul gören görüştür³¹. Yine İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihli birçok kararında taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olan şahsi hak sahiplerinin de bu kullanım sebebiyle zarar verdikleri durumlarda taşınmaz malikinın sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğunu kabul etmiştir³².

Kanaatimizce inşaat sahibinin, sadece taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak sahibi değil, kiracı ya da ürün kiracısı gibi şahsi hak sahibi olduğu durumlarda, Türk hukuku bakımından da bu kişiler inşaat faaliyetleri sebebiyle MK m. 730 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilmelidir³³. Burada önemli olan bu kişilerin taşınmaz üzerinde fiilen zilyetliğinin bulunmasıdır³⁴.

Taşınmaz üzerindeki inşaat faaliyetlerinin sınırlı aynı hak veya şahsi hak sahipleri tarafından yürütüldüğü hallerde bu faaliyetlerden ötürü taşınmaz

yan, yapılan inşaatın zarar gören davacı için hüküm ifade edebileceğini söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır.”

²⁷ **Krauskopf/Girón**, s. 58; **Eckenstein**, s. 17.

²⁸ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 190 N. 6; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 3; **Krauskopf/Girón**, s. 58; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2071; **Petek**, s. 373.

²⁹ BGE 88 II 264; 91 II 287 ff.; 109 II 304 E 2; 132 III 693.

³⁰ **Tandoğan**, s. 203; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2071; **Ulusan**, s. 161; **Petek** s. 374 vd.

³¹ **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 3; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 191 N. 8; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132; **Eckenstein**, s. 17 vd.

³² BGE 132 III 689 E 2.2.1; 109 II 304 E 2; 104 II 15 E 2a; 101 II 248 E 2.

³³ Bu kişilerin de malikle birlikte MK m. 730 hükmü çerçevesinde sorumlu olacağı yönünde bkz. **Akipek/Akıntürk**, s. 572. Bununla birlikte yazarlar sadece kişisel hak sahipleriyle malikin birlikte sorumlu olacağını kabul ederken, sınırlı aynı hak sahiplerinin fiillerinden malikin sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

³⁴ **Jörg Schmid**, “Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen”, Schweizerische Baurechtstagung 2011, Tagungsband, Freiburg 2011, s. 95.

malikinin de onlarla birlikte sorumlu olup olmayacağı ise İsviçre Hukukunda da tartışmalıdır³⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihli kararlarında MK m. 730 hükmü çerçevesinde taşınmaz malikinin sorumluluğu değerlendirirken, eğer ki taşınmaz maliki yararlanma hakkı sahibinin inşaat faaliyetlerini yürütmeye usulüne etki etmiyorsa, onun MK m. 730 hükmü çerçevesinde sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Ancak taşınmazı zarar verici kullanıma bırakmak dahi tek başına zarara sebebiyet vermek sayılabilir³⁶. Esasen inşaat faaliyetleri kendiliğinden böyle bir zarara sebebiyet verecek faaliyet sayılmayacağından ve taşınmaz maliki taşınmazı üzerinde bir üst hakkı tesis etmiş veya taşınmazı kiraya vermiş ise, üst hakkı sahibinin veya kiracının yürütmekte olduğu inşaat faaliyetleri üzerinde genellikle bir etkisi de olmayacağından, bu gibi hallerde onun malik sıfatıyla sorumluluğunun söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte kanaatimizce taşınmaz malikinin de bu kişilerle birlikte sorumlu tutulması hükmün amacına daha uygundur³⁷.

MK m. 730 çerçevesinde birden fazla sorumlunun bulunduğu hallerde bunlar müteselsilen sorumlu olurlar³⁸.

MK m. 730 hükmünün uygulanması bakımından kat malikleri de komşu sayılırlar³⁹. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kat malikleri arasındaki ilişkileri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu hükümlere aykırı davranış komşuluk hukukuna da aykırılık teşkil ettiği ölçüde MK m. 730 hükmünün uygulanması mümkündür⁴⁰. Aynı şekilde MK m. 730/II hükmünde düzenlenen denkleştirme yükümlülüğü de kat malikleri bakımından uygulama alanı bulacaktır⁴¹.

Paylı mülkiyet söz konusu ise paydaşlar müteselsilen sorumlu olacaklardır. Elbirliği mülkiyetinde de aynı esas evleviyetle geçerli olmalıdır⁴².

Son olarak Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri de, özel mülkiyetlerine tabi taşınmazlar açısından MK m. 730'daki sorumluluğa tabidir⁴³. Buna karşılık

³⁵ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132.

³⁶ BGE 132 III 689; 104 II 15. Ayrıca bkz. **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 3.

³⁷ Sadece zilyede değil, tapu sicilinde malik olarak gözükken kişiye de dava açılması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 14. HD. E. 2015/12680, K. 2015/10550, T. 17.11.2015 (Kazancı). Adı geçen karardan: "... Türk Medeni Kanununun 684. maddesi uyarınca bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünüyle parçalarına da malik olur. Diğer taraftan; aynı Kanun'un 718. maddesine göre de arazinin mülkiyeti kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz kapsamını kapsar ve mülkiyetin kapsamlarını yasal ayrıcalıklar dışında yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer dolayısıyla mahkemece budanmasına karar verilen ağaçlar arazi mülkiyetinin özelliği gereği sadece davalıya değil, kayıttaki malik olana aittir. Kayıt malikinin davada taraf durumunu alması sağlanmadan mülkiyet hakkının özünü zedeler biçimde hüküm tesisine olanak yoktur. ..."

³⁸ **Krauskopf/Girón**, s. 58; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 132; BGE 127 III 261 vd.

³⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1980 dn. 1244. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Bkz. Yarg. 5. HD. 1.3.1976, 22/2345 (YKD. 1977/4, 493). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 130 vd.

⁴⁰ **Tekinay**, s. 133.

⁴¹ **Krauskopf/Girón**, s. 58.

⁴² Bu konuda bkz. **Tekinay**, s. 132; **Sirmen**, Eşya, s. 439. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir ise bu durumda meydana gelen bir zararı ancak zarar veren fiili yapan paydaşların tazmin edeceğini, fakat eski hale getirme ve tehlikenin giderilmesi için tedbir alma yükümlülüklerinin tüm paydaşlara ait olduğunu ifade etmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2072).

Türk hukukunda genel olarak kamu mallarının kullanılmasından doğan sorumluluğun İdare Hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Yine kamu malları niteliğindeki taşınmazlarda kamu hizmeti gibi kamu hukukuna tabi faaliyetlerin yürütülmesi sebebiyle meydana gelen zararların tam yargı davası şeklinde idari yargıda görülmesi gerekir⁴⁵. Bu çerçevede karayolu, demiryolu, metro inşaatı gibi inşaat çalışmaları sırasında ortaya çıkan zararlara ilişkin tazminat ve denkleştirme talepleri de idare hukuku içerisinde çözümlenecektir⁴⁶. Dava idare mahkemelerinde açılmak gerekir. Bununla birlikte bu gibi hallerde de komşuluk hukukuna ilişkin MK m. 730, 737 ve 738 hükümlerinden özellik-

⁴³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2073; **Petek**, s. 386; **Uluslan**, s. 235 dn. 168; **Akipek**, 1955, s. 35; **Sirmen**, Eşya, s. 439, karş. **Akipek/Akıntürk**, s. 572. Zira bu durumda kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyete tabi taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakkıyla herhangi bir kimsenin taşınmazları üzerindeki hakkı arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak Devletin ve kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetine tabi taşınmazlarından doğan zarar idari bir işlemden kaynaklanmışsa davaya yine idari yargı mercilerinin bakacağı yönünde bkz. **Petek**, s. 387.

⁴⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2073; **Uluslan**, s. 235 vd.; **Petek**, s. 385 vd. Yargıtay'ın da yakın tarihli kararları bu yöndedir. Buna ilişkin kararlar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2073 dn. 1423. Bunların da özel hukuka ve MK m. 730'a tabi olduğu yönünde bkz. **Eren**, s. 683; **Akipek/Akıntürk**, s. 572. Bu konuda hakkında ayrıntılı tartışma için bkz. **Akipek**, 1955, s. 34 vd. İsviçre hukukunda ise önenebilir taşkınlıklarda kamu malları için de MK m. 730/I hükmünün uygulanacağı; buna karşılık kamu mallarının amaca uygun kullanımı sonucu komşular bakımından bir taşkınlık ortaya çıkıyorsa ve bu taşkınlığın önlenmesi mümkün değilse veya ancak aşırı bir harcamayla önlenmesi mümkün olacaksa (örn. bir otoyoldan kaynaklı taşkınlıklar) bu durumda artık MK m. 730/I kapsamında müdahalenin menı davası açılmayacağı ve ancak kamulaştırma prosedürü içinde bir tazminat talebinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 192 N. 15; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 6. Gerçekten de İsviçre Hukukunda Kamulaştırma Kanununda belirli şartlarla komşuluk hukukundan doğan hakların belirli bir bedel karşılığı kamulaştırması öngörülmüştür (Art. 5 EntG). Eğer taşkınlık seviyesindeki çevre etkileri öngörülemeyen nitelikteyse, komşu taşınmaz maliki bakımından özel bir ağırlığa ulaşıyorsa ve önemli zararlara yol açıyorsa, bu durumda kamulaştırma hukuku kapsamında bir bedel talep edilebilmesi mümkündür (BGE 116 Ib 11 vd.; BGE 94 I 286, 303 ve 95 I 490 vd.). İsviçre Federal Mahkemesinin konuyla ilgili bir kararı şu şekildedir: Bir işletme ruhsatına ve tanınan kamulaştırma hakkına dayalı olarak işletilen havaalanından doğan taşkınlıklar kaçınılmaz nitelikteyse komşu taşınmaz malikleri kural olarak buna katlanmakla yükümlüdür. Bu durumda MK m. 730 hükmü uygulanmaz (BGE 134 III 248). Ancak bu taşkınlıklar taşınmazın edinilmesi tarihinde öngörülemeyecek nitelikteyse, başvuran bakımından özel bir ağırlığa ulaşıyorsa ve önemli zararlara yol açıyorsa kamulaştırma hukukundan doğan bir tazminat talebi ileri sürülebilir (BGE 129 II 72). Buna karşılık yukarıda da belirttiğimiz gibi önenebilir nitelikteki taşkınlıklar bakımından yine MK m. 730 hükmüne karşılık gelen ZGB 679 hükmüne başvurulabilir. Bir dolaylı müdahalenin taşkınlık seviyesine gelip gelmediği ve önenebilir olup olmadığı kamulaştırma davası içinde değerlendirilir ve bunun sonucuna göre adli yargıya gidilebilir. Bu konuda bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679 N. 3a; **Göksu**, CHK ZGB 679 N. 6; ayrıca bkz. **Eckenstein**, s. 18, özellikle s. 27 vd.

⁴⁵ Bu yönde bkz. 11.2.1959 tarihli ve 17/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı. Bu durumda idarenin kamu mallarında yürüttüğü faaliyet kamu hizmeti niteliğinde değilse veya bu tür taşkınlıklar idari bir karara dayanmıyorsa, MK m. 730 hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. **Petek**, s. 391 vd.

⁴⁶ Bu konuda bkz. **Beatrice Wagner Pfeifer**; "Entschädigung für übermäßige Einwirkungen durch Bauarbeiten", BR (Baurecht) 2016, s. 5 vd.; **Uluslan**, s. 234 vd.

le denkleştirme talebi bakımından ve taşkınlığın belirlenmesinde kıyasen yararlanılmasına hukuki bir engel yoktur⁴⁷.

4. Genel Olarak İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Yönelik Gerçekleşen Müdahale Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk

İnşaat faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmazlara yönelik müdahaleler genel olarak doğrudan veya dolaylı müdahaleler şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu çalışmada esas itibarıyla inşaat sahibi taşınmaz malikinin kendi taşınmazında yürüttüğü inşaat faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmazlar bakımından yaratmış olduğu dolaylı etkiler (Bauimmissionen) ve bundan doğan sorumluluğu ele alınacaktır. Ancak bu tür etkilerin sınırlarının belirlenmesi bakımından

⁴⁷ Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından idare mahkemelerinde açılacak davalarda özellikle denkleştirme talebi bakımından komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılması düşünülebilir. Genel olarak MK m. 730 hükmünden kıyasen yararlanmanın mümkün olacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2073; hizmet kusuru dışında kalan durumlar bakımından ferdin kamu hizmetinin görülmesi nedeniyle doğan zararlarının karşılanmasında fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin idare hukukunda da uygulanacağı görüşünde **Ulusan**, s. 239. Nitekim denkleştirme kavramı idare hukukuna yabancı değildir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m 4. uyarınca; *“Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir. (Ek: 6552 - 10.9.2014/m.99) Ancak, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde tetefirik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri (Ek ibare: 6639 - 27.3.2015/m.28) “ile tünel” yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaz.” Madde 4’ün 2. fıkrasının 3. cümlesi, Anayasa Mahkemesi’nin 11.6.2015 tarih ve 29383 sayılı R.G.’de yayımlanan, 14.5.2015 T., 2014/177 E. ve 2015/49 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. İptal edilen cümle şu şekildeydi: *“Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez.”* Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde; *“Taşınmaz üzerinde irtifak tesis edilmesi gibi taşınmazın değerini azaltan her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz üzerinde kamu irtifakı kurulması yoluyla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengecilik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçsüz kılacaktır. ... Dolayısıyla anılan yatırımlar sonucu taşınmazların değerinde oluşan azalma nedeniyle, taşınmazda meydana gelen değer artışları da dikkate alınmak suretiyle taşınmaz maliklerine uygun bir tazminatın ödenmesi mülkiyet hakkının gereğidir. Malikin tazminat imkanından mahrum bırakılması, kamu yararı ile bireysel yarar arasında kurulması gereken adil denge nin malik aleyhine ölçsüz bir şekilde bozulmasına yol açabilir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasamızın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”* şeklinde görüş bildirmiştir (s. 202 vd.). Dolayısıyla taşınmazla yönelik herhangi bir kamusal müdahale karşılığında taşınmaz malikine uygun bir tazminatın ödenmesi gerekecektir. Söz konusu kararda her ne kadar taşınmazla yönelik doğrudan müdahaleler sebebiyle denkleştirme yükümlülüğünden söz edilse de, karar genel olarak malikin ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekliliğinden bahsettiği için konumuzu teşkil eden çevre etkilerinin yarattığı zararlar bakımından da önem taşımaktadır.*

dolaylı ve doğrudan müdahaleler arasındaki ayrımın da açıklanmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

Komşu taşınmazın sınırlarının aşılarak doğrudan taşınmazın maddi varlığına (özüne) müdahale edilen durumlarda müdahale, doğrudan müdahale olarak adlandırılır⁴⁸. Bir taşınmaz malikinin inşaat faaliyetleri sırasında komşu taşınmaz malikinin arazisine girmesi veya burayı kullanması, komşu taşınmaz taşacak şekilde taşkın inşaat yapması ya da komşu taşınmazın sınırları içine inşaat molozları yığılması gibi komşu taşınmazın özüne maddi fiille doğrudan müdahale edilen durumlar doğrudan müdahalelere örnek teşkil eder⁴⁹. Bu tür doğrudan müdahalelerin kural olarak kendiliğinden hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Ancak somut olayda doğrudan müdahale özel hukuk veya kamu hukukunda düzenlenen özel bir duruma, bir sınırlı aynı hak tesisine ya da zorunluluk haline dayanıyorsa artık bunun hukuka aykırı olmadığı söylenebilir⁵⁰. Kendiliğinden hukuka aykırı nitelik taşıyan bu tür doğrudan müdahale-

⁴⁸ **Thomas Ender**; Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermassige Bauimmissionen, Freiburg Schweiz, 1995, N. 104; **Göksu**, CHK ZGB 684 N. 16. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, doğrudan müdahale kavramını kullanan yazarlar arasında terminoloji birliği yoktur. Bazı yazarlar doğrudan müdahale kavramını bir taşınmazın sınırlarının aşılarak maddi varlığına doğrudan müdahale edilen hallerin tamamı için kullanmaktadır (bu yönde bkz. **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113). Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise, doğrudan müdahale ile doğrudan etkileri birbirinden ayrılarak doğrudan müdahale kavramını sadece MK m. 683 hükmüne tabi müdahaleler olarak kabul etmekte, bir taşınmazda yürütülen faaliyet sebebiyle komşu taşınmazda ortaya çıkan etkiler (çevre etkileri) bakımından doğrudan etki ve dolaylı etki ayrımını yapmaktadır. Bkz. **Ender**, N. 104 dn. 96. Bu görüş çerçevesinde örneğin MK m. 738 hükmü doğrudan müdahaleleri değil, sadece doğrudan etkileri düzenlemektedir. Doğrudan müdahalelere MK m. 683 hükmü uygulanırken, doğrudan etkiler komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde MK m. 730 uyarınca yaptırıma tabi tutulacaktır. Ancak bu görüşteki yazarlar dahi uygulamada komşu taşınmazın sınırlarının aşılarak özüne müdahale edilen hallerde bir doğrudan müdahalenin mi yoksa doğrudan etkinin mi söz konusu olduğunu tespit etmenin çok kolay olmadığını ifade etmektedir (**Ender**, N. 104 dn. 96). Gerçekten de doğrudan etkiler ve doğrudan müdahaleler arasındaki ayrım çok net değildir. Kaldı ki aşağıda açıklayacağımız üzere biz komşu taşınmaza yönelik bazı doğrudan müdahalelere de belirli şartlarla MK m. 683 yerine MK m. 730 hükmünün uygulanacağı görüşünü kabul ediyoruz. Ancak bu çalışmada da doğrudan müdahale kavramı sadece komşu taşınmazın sınırlarının aşılarak taşınmazın maddi varlığına müdahale edilen durumları ifade etmek üzere kullanılmıştır. Buna karşılık bir taşınmazda yürütülen faaliyet dolayısıyla komşu taşınmaza yönelik olarak ortaya çıkan diğer etkilerin tamamı dolaylı etkiler (çevre etkileri) olarak nitelendirilecektir. Bu ayrım aşağıda açıklayacağımız üzere özellikle taşkınlık kriteri bakımından önem taşımaktadır.

⁴⁹ Diğer örnekler için bkz. **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113.

⁵⁰ **Ender**, N. 105. Örneğin MK m. 748'de taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde yapı yapma amacıyla komşu taşınmaza geçici olarak girme hakkının özel kanun hükümlerine tabi olacağı, bu konuda özel kanun hükmü yoksa yerel âdetin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine İsviçre Federal Mahkemesi, bir taşınmazda yer alan ağaçların dallarının komşu taşınmaza taşması ve bunun sonucunda komşu taşınmaz dökülen yapıların kirliliğe yol açması sebebiyle açılan bir davada, ağaçların dallarının komşu taşınmaza taşmasının komşu taşınmaza yönelik bir doğrudan müdahale niteliğini taşıdığını, burada komşu taşınmaz malikinin kural olarak hem MK m. 683/II çerçevesindeki haklarını hem de MK m. 740/I çerçevesindeki dalları kesme hakkını kullanabileceğini, ancak MK m. 740/I uyarınca bu dalların kesilebilmesi için bunların komşu taşınmaza önemli bir zarar vermesi gerektiğini, somut olayda yapıların dökülerek komşu taşınmazda kirliliğe yol açmasının bir taşkınlık niteliği taşımadığını, aynı şekilde dalları

lere genel olarak MK m. 683/II hükmü veya somut olayın şartlarına göre özel bir hüküm mevcutsa (örn. taşkın inşaatla ilişkin MK m. 725) bu hükümler uygulanacaktır⁵¹. Yine şartlar gerçekleştiği ölçüde zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler de uygulanabilir (MK m. 981 vd.)⁵². Ayrıca bu tür doğrudan müdahaleler sonucu üçüncü kişilerin mutlak hakları ihlal edilerek bir zarar meydana gelmişse bu zararın tazmini de kural olarak kusura dayanan haksız fiil hükümleri çerçevesinde (TBK m. 49) değerlendirilir⁵³.

Buna karşılık inşaat faaliyetleri sebebiyle inşaat sahibi taşınmaz malikinin bu şekilde komşu taşınmaza doğrudan müdahale etmediği, sadece kendi taşınmazında (veya istisnai olarak bunun sınırları dışında⁵⁴) inşaat faaliyetini sürdürürken bunun komşu taşınmazda doğurduğu istenmeyen etkilere ise dolaylı müdahaleler denilmektedir⁵⁵. Bunlar çevre etkileri (Bauimmissionen) yaratan müdahaleler olarak da adlandırılmaktadır⁵⁶. İnşaat faaliyetleri sırasında bu tür dolaylı etkiler sıklıkla görülür. Nitekim hemen her inşaat faaliyeti sırasında gürültü, sarsıntı, toz gibi bir takım çevre etkileri ortaya çıkar. Bu tür çevre etkileri farklı gruplarda sınıflandırılmaktadır. Söz konusu etkiler gürültü, kirlilik ya da toprak sarsıntısı gibi maddi etkiler (pozitif, olumlu etkiler) şeklinde görülebileceği gibi, komşu taşınmazın hava ve güneş ışığının kesilmesi ya da giriş yolunun kapanması veya engellenmesi gibi olumsuz (negatif) etkiler olarak da karşımıza çıkabilir. Bunun dışında son olarak psikik çevre etkileri (manevi etkiler) de üçüncü bir grup olarak kabul edilmektedir. Aşağıda çevre etkilerinin türleri daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Komşu taşınmaza yönelik bu tür dolaylı etkilerin doğrudan müdahalelerden farklı olarak her zaman hukuka aykırı olmadığı kabul edilmektedir. Bunların hukuka aykırı olup olmadıkları kural olarak komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde, özellikle de MK m. 737 hükmüne göre belirlenir⁵⁷. MK m. 737 uyarınca bu tür çevre etkileri ancak taşkınlık boyutuna varmış ise o zaman hukuka aykırı olur. Dolaylı çevre etkilerinin MK m. 737 anlamında taşkınlık boyutuna varması ve böylece hukuka aykırı hale gelmesi durumunda, kural olarak komşulukla ilgili kısıtlamalar aşılmış olur ve taşınmaz maliki MK m. 730 uyarınca sorumlu tutulur⁵⁸. Nitekim taşınmaz malikinin sorumluluğunu dü-

kesme hakkının doğabilmesi için aranan önemli zarar şartının MK m. 683/II çerçevesinde kullanılacak haksız el atmanın önlenmesi talebi için de dikkate alınacağını belirterek, bu sebeple burada komşu taşınmaz malikinin MK m. 683/II'ye de MK m. 740/I hükmüne de dayanamayacağına karar vermiştir. Bkz. BGE 131 III 505.

⁵¹ **Ender**, N. 106.

⁵² **Turhan Esener/Kudret Güven**; Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 265; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1982 dn. 1247.

⁵³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1982, dn. 1247.

⁵⁴ **Rey/Strebel**, BSK ZGB 684 N. 6, 19; **Göksu**, CHK ZGB 684 N. 16.

⁵⁵ **Ender**, N. 107 vd.; **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 114 vd. Bunlar taşınmazın işletilmesi veya kullanılması sonucu ve insan davranışıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan etkilerdir.

⁵⁶ **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 112.

⁵⁷ **Ender**, N. 109; **Schmid**, s. 85 vd.

⁵⁸ Yine şartları varsa bu gibi hallerde de zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerin (MK m. 983 vd.) uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 684 N. 41; **Göksu**, CHK ZGB 684 N. 3. Bu anlamda zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından dolaylı ve doğrudan müdahale arasında bir fark yoktur. Zira her iki durumda da söz konusu hükümler şartları gerçekleştiği ölçüde uy-

zenleyen MK m. 730 hükmünün esas itibarıyla MK m. 737'nin yaptırımını olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Klasik görüşe göre doğrudan ve dolaylı müdahale ayrımının esas önemi, doğrudan ve dolaylı müdahalelerden doğan sorumluluğun ve buna ilişkin olarak inşaat sahibine uygulanacak özel hukuk yaptırımlarının yukarıda açıklandığı üzere Medeni Kanunun farklı hükümlerinde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Doktrindeki baskın görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi komşu taşınmaza yönelik doğrudan müdahalelerde, taşınmaz malikinin komşuluk hukukuna ilişkin sınırların aşılmasından doğan sorumluluğunu düzenleyen MK m. 730/I hükmünün uygulanmayacağını kabul etmektedir⁵⁹. Bu görüşteki yazarlara göre MK m. 730 sadece komşuluk hukukunun yaptırım kurallarını düzenlediğinden, MK m. 683 kapsamındaki hukuka aykırı müdahaleler için de bu hükmün uygulanması sakıncalıdır; zira MK m. 683'ün ihlaline yol açan müdahalelerin komşuluk hukukuna ilişkin yaptırımlarla, özellikle sebep sorumluluğu ile çözülmesi doğru değildir⁶⁰.

Buna karşılık Türk hukukunda bazı yazarlar komşu taşınmaza yönelik bazı doğrudan müdahalelerde de, -bunlar taşınmazın kullanılması ve işletilmesiyle bağlantılı olduğu sürece-, MK m. 683 hükmü yerine MK m. 730 hükmünün uygulanabileceğini ve taşınmaz malikinin bu çerçevede sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedir⁶¹.

gulanır. Bu yönde bkz. **Schmid**, s. 85 dn. 3. Bunun dışında somut olayda çevresel etkilere ilişkin kamu hukuku düzenlemeleri ihlal edilmişse ve kamu hukukunda buna ilişkin bir başvuru yolu öngörülmüşse, zarar gören bu yola da başvurabilir. Bu yönde bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 684 N. 42.

⁵⁹ **Arthur Meier-Hayoz**; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, 3. Auflage, Bern 1975, ZGB 684 N. 82; **Ender**, N. 106; **Eckenstein**, s. 8 ve 14; **Andrea Perhofer**; "Allgemeines Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht/Immissionen ≠ Immissionen-Differenzierungen hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers für Einwirkungen auf das Nachbargrundstück nach der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts", Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, s. 60; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988 dn. 1269 ve N. 2064. Nitekim Federal Mahkeme de bu görüştedir. Bkz. BGE 107 II 138; 111 II 26; 100 II 309. Karş. BGE 131 III 508 (kararın açıklaması için bkz. yukarıda dn. 50). **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, MK m. 730 ile MK m. 683 hükümleri arasında bir paralellik görülsede de MK m. 683 hükmünün bir mülkiyetin sınırları içine dışarıdan müdahaleyi, MK m. 730 hükmünün ise bir malikin başka malikin sınırlarına müdahale etmeden sırf kendi mülkiyetinin kısıtlamalarına aykırı davranması halini düzenlediğini, bu sebeple iki hüküm arasında bir genellik özelliği ilişkisi bulunmadığını ifade etmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2064). Aksi yönde **Sirmen**; Eşya, s. 437 dn. 700.

⁶⁰ **Meier-Hayoz**, BK ZGB 684 N 82.

⁶¹ Bkz. **Akipek**, AÜHFD, s. 356, özellikle s. 360; **Çortoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113; **Petek**, s. 201; **Tekinay**, s. 125. Tekinay bu durumda gizli bir kanun boşluğu bulunduğunu, taşınmaz malikinin komşu taşınmaza doğrudan doğruya müdahalesi şeklinde gerçekleşen ve esas itibarıyla MK m. 683/II hükmünün uygulama alanına giren tecavüzdən doğan zararın tazminini de kusursuz sorumluluk prensibine bağlamanın zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bugün her ne kadar yerleşmiş içtihadı aksi yönde olsa da İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli bir kararında taşınmazın kullanılması veya işletilmesinden kaynaklanan doğrudan müdahaleler hakkında komşuluk hukuku ile getirilmiş özel bir katlanma yükümlülüğü söz konusu değilse, MK m. 683 (ZGB 641) yerine MK m. 730/I (ZGB 679) hükmünün uygulanacağını kabul etmiştir (BGE 88 II

Özellikle duruma inşaat faaliyetlerinden doğan komşu taşınmaza yönelik müdahaleler açısından bakılacak olursa, kanaatimizce burada ikinci görüş durumun şartlarına daha uygun düşmektedir. Zira öncelikle bu gibi hallerde çoğu zaman doğrudan veya dolaylı müdahale ayırımını kesin bir şekilde yapmak çok güç olduğundan bu görüş uygulanacak hükümler bakımından daha adil bir çözüm sunmaktadır. Kaldı ki özellikle taşınmaz malikinin komşuluk huku-ku kapsamında kazı ve yapılardan sorumluluğunu düzenleyen MK m. 738 hükmü katıldığımız görüş çerçevesinde komşu taşınmaza yönelik doğrudan ve dolaylı müdahaleleri birlikte kapsamaktadır ve bu türden hükümlere aykırılık halinde MK m. 730 hükmünün uygulanacağında herhangi bir tereddüt yoktur⁶².

Nitekim Yargıtay da inşaat sırasında hafriyat toprağının komşu taşınmaza dökülmesini konu alan birçok kararında, bu tür müdahaleler esasen doğrudan müdahale kabul edilmesine rağmen, bunları MK m. 738 hükmünün ihlali niteliğinde görerek MK m. 730'un uygulanmasını kabul etmiştir⁶³. Dolayısıyla kanaatimizce inşaat faaliyetleri sırasında komşu taşınmaza yönelik doğrudan müdahalelerde de, bunlar inşaat faaliyetiyle doğrudan bağlantılı olduğu sürece, komşuların MK m. 730 hükmü çerçevesinde taşınmaz malikinin kusursuz sorumluluğuna gidebilmesi mümkündür⁶⁴.

265) (Bkz. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 684 N. 82; **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113; **Çörtoğlu**, Komşuluk, s. 102).

⁶² Gerçekten de bir müdahalenin hangi sınıfa girdiğini tespit etmek her zaman kolay değildir. Özellikle de taşınmaz malikinin kendi taşınmazında yürüttüğü faaliyetler sebebiyle komşu taşınmazın maddi varlığına etki ettiği durumlarda (örneğin malikin kendi taşınmazında inşaat sebebiyle çok derin temel kazılması sonucu komşunun duvarının çökmesi gibi) komşu taşınmaza yönelik bir doğrudan müdahalenin mi yoksa dolaylı müdahalenin mi (çevre etkisinin) bulunduğu tartışmalıdır. Örneğin doktrinde birçok yazar kazı ve yapılara ilişkin MK m. 738 hükmünün dolaylı müdahaleleri düzenlediğini bu sebeple MK m. 737 hükmüne nazaran özel hüküm teşkil ettiğini kabul ederken (dolaylı müdahale olduğu yönünde bkz. **Petek**, s. 201), diğer bazı yazarlar söz konusu hükmün doğrudan müdahaleleri düzenleyen bir hüküm olduğu görüşündedir (**Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113). Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin MK m. 738 hükmünün ihlali halinde MK m. 730'un uygulanacağında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

⁶³ Yarg. HGK. E. 2006/1-127 K. 2006/50 T. 8.3.2006; Yarg. 1. HD., E. 2005/340, K. 2005/1643, T. 21.2.2005 (Kazancı). Bu kararlarında Yargıtay, yüklenicinin inşaat yaparken hafriyat toprağını komşu taşınmaza atması sebebiyle yüklenicinin haksız fiil hükümleri çerçevesinde kusura dayalı olarak sorumlu olacağını, arsa sahiplerinin olaydaki sorumluluğunun ise Türk Medeni Kanununun 730 ve 738. maddesi anlamında objektif, kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmiştir. Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD., E. 2014/11175, K. 2015/1985, T. 26.2.2015.

⁶⁴ Bir görüşe göre somut olayda her iki davanın da şartları gerçekleştiği taktirde davacı iki hükümden hangisi kendisi için daha uyguna ona dayanabilir (**Sirmen**, Eşya, s. 437 dn. 700; benzer şekilde anlaşılmaya müsait **Tekinay**, s. 122). Buna karşılık İsviçre Hukukunda birçok yazar, her iki hükmün şartlarının da gerçekleştiği durumlarda MK m. 683/II hükmüne dayanılmayacağını, MK m. 730 hükmü özel hüküm niteliği taşıdığından sadece bu hükmün uygulanabileceğini kabul etmektedir (**Meier-Hayoz**, BK ZGB 679 N. 30; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679 N. 7; **Eckenstein**, s. 7; **Perhofer**, s. 61). Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere İsviçre doktrininde MK m. 730 hükmünün doğrudan müdahalelerde uygulanacağı kabul edilmemektedir. Dolayısıyla hükümler arası yarışma burada sadece dolaylı etkiler bakımından söz konusu olabilecektir. Ayrıca bkz. BGE 131 III 508 (kararın açıklaması için bkz. yukarıda dn. 50).

Ancak doğrudan müdahalelerde MK m. 730 hükmünün uygulanması kabul edildiğinde hangi müdahalelerin taşınmazın kullanılması ve işletilmesiyle bağlantılı olduğunu tespit ederken dikkatli bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu tür doğrudan müdahalelerin kural olarak kusura dayanan haksız fiil hükümleri yerine MK m. 730'dan doğan kusursuz sorumluluğa tabi olması için öncelikle bunların taşınmaz mülkiyetinin normal kullanımının sonucu olması gerekir⁶⁵. Yoksa komşu taşınmazlara yönelik olsa da taşınmazın kullanılması veya işletilmesi ile ilgisi olmayan doğrudan müdahalelerde MK m. 730 uygulanmaz. Bu durumda taşınmaz maliki ancak MK m. 683, zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler veya diğer özel düzenlemeler ve duruma göre şartları varsa haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Örneğin Yargıtay'ın da yukarıda belirttiğimiz içtihatları doğrultusunda taşınmaz malikinin inşaat yapması için anlaştığı yüklenicinin inşaat faaliyetini yürütürken hafriyat toprağını komşu araziye dökmesi sebebiyle oluşan zararlardan dolayı taşınmaz maliki, bunlar taşınmazın kullanılması ve işletilmesiyle (somut olayda inşaat faaliyetiyle) doğrudan bağlantılı olduğu için MK m. 730 çerçevesinde sorumlu olacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin işçilerinin inşaat faaliyetleri esnasında komşu taşınmaz üzerinde bulunan yapılara ve mallara kasten zarar vermesinin malikin taşınmaz mülkiyetini kullanması ve işletmesiyle bir ilgisi yoktur. Bu tür zararlar sebebiyle taşınmaz malikinin MK m. 730 hükmü kapsamında sorumlu tutulması mümkün değildir⁶⁶.

Bu şekilde MK m. 730'un taşınmazın kullanımı sonucu ortaya çıkan doğrudan müdahaleler bakımından da uygulanacağı görüşü kabul edildiğinde inşaat faaliyetlerinden kaynaklanan dolaylı ve doğrudan müdahale arasındaki ayırımın en azından uygulanacak hüküm bakımından bir önemi kalmamaktadır. Zira her iki durumda da komşu taşınmaza yapılan müdahale taşınmaz malikinin taşınmazını kullanması ve işletmesiyle ilgiliyse MK m. 730 hükmü uygulanacak ve taşınmaz maliki bu tür bir müdahale dolayısıyla kusursuz sorumlu olacaktır.

Ancak bu görüşü kabul eden yazarlar dahi bu durumda komşu taşınmaza yönelik doğrudan ve dolaylı müdahale ayırımının bir müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını tespit açısından önem taşıdığı görüşündedirler⁶⁷. Zira

⁶⁵ Bu tespitte başvurulacak kriterler için bkz. **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 118 vd. Yukarıda da belirttiğimiz üzere doktrinde Çörtoğlu'na göre kanun koyucu MK m. 730'un uygulanması sonucunu doğuran bazı doğrudan müdahale tiplerini kanunda açıkça düzenlemiştir (MK m. 738, m. 740). Eğer taşınmaz malikinin fiili bu şekilde kanunda düzenlenen bir doğrudan müdahale tipine uyuyorsa, müdahalenin artık taşınmazın kullanılmasıyla ilişkili olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Örneğin hafriyat nedeniyle komşu taşınmazın çökmesine neden olunmuşsa, bu durum MK m. 738 hükmü kapsamında değerlendirilebileceğinden artık burada hafriyatla ortaya çıkan doğrudan müdahalenin taşınmazın kullanılmasıyla ilişkisi olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın MK m. 730 hükmü uygulanır (**Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 117).

⁶⁶ Bu duruma farklı bir örnek olarak Akipek, bahçesinden attığı taşla komşunun yaranmasına sebebiyet veren bir taşınmaz malikinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulacağını, ancak bu taş taşınmazda yapılmakta olan bir hafriyat veya inşaatın düşerek komşuya zarar vermişse komşunun artık MK m. 730 hükmüne (eski MK m. 656) dayanabileceğini ifade etmektedir (**Akipek**, AÜHFD, s. 351). Benzer bir örnek için bkz. **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 119.

⁶⁷ **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113; **Petek**, s. 201, dn. 127. Buna karşılık eğer müdahale dolaylı bir müdahale ise, bunun hukuka aykırı olup olmadığını tespit için her za-

dolaylı müdahalelerde MK m. 730'un uygulanması için bu tür çevre etkilerinin MK m. 737 anlamında taşkınlık seviyesine gelmiş olması aranır. Buna karşılık doğrudan müdahalelerde MK m. 730'un uygulanacağı kabul edilirse, böyle bir müdahalenin sadece varlığı hukuka aykırılık teşkil edeceğinden bunun önlenmesi veya bu sebeple doğmuş olan zararın giderimi için ayrıca MK m. 737 anlamında müdahalenin taşkınlık boyutuna gelip gelmediğini araştırmaya gerek yoktur, MK m. 730 hükmü doğrudan uygulanır. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, inşaat faaliyetleri sırasında komşu taşınmaza yapılan doğrudan müdahaleleri de MK m. 730 hükmü kapsamında gören Yargıtay bunları da MK m. 737 hükmü kapsamında değerlendirmektedir. Dolayısıyla doğrudan müdahalelerde de müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığını tespit bakımından bunun taşkınlık boyutuna gelip gelmediğine bakmaktadır⁶⁸.

5. İnşaat Faaliyetlerinden Doğan Dolaylı Etkilerin Hukuka Aykırılığını Belirleyen Taşkınlık Kriteri ve Hukuka Aykırılığın Yaptırımı

TMK m. 737 uyarınca;

"Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkararak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.⁶⁹

Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır."

Görüldüğü üzere kanun koyucu bu tür dolaylı etkileri kural olarak hukuka aykırı görmemiş ve komşu taşınmaz maliklerine bunlara katlanma yü-

man MK m. 737 kapsamında taşkınlık teşkil edip etmediğine bakmak gerekir. Bu da doğrudan müdahalelerin dolaylı müdahalelerden farkını ortaya koymaktadır.

⁶⁸ Yarg. 14. HD., E. 2014/11175, K. 2015/1985, T. 26.2.2015 kararından; "... Davanın kabulüne karar verilebilmesi için, elatmanın mülkiyet hakkının aşırı ve taşkın kullanılması niteliği taşınması gerekir. Elatma objektif ölçütlere göre hoşgörü ve tahammül sınırları içerisinde kalmakta ise elatmanın önlenmesine karar verilemez. Başka bir anlatımla, taşkın kullanma yoksa hakimin olaya müdahalesi gerekmeceğinden davanın reddi gerekir." (Kazancı). Bizim de katıldığımız hâkim görüş çerçevesinde bu tür doğrudan müdahaleler her hâlükârda MK m. 737 kapsamında sayılmayacağından bunların MK m. 730 kapsamında önlenmesi veya bunların sebep olduğu zararların giderilmesi için ayrıca müdahalenin taşkın olup olmadığına bakılmaz. Buna karşılık, Yargıtay MK m. 737 hükmünü komşuluk hukuku çerçevesinde taşkınlık boyutuna ulaşmayan doğrudan müdahalelerde de uygulayarak hafif ve önemsiz nitelikte doğrudan müdahalelere de komşuluk hukuku sınırları içerisinde katlanma yükümlülüğü getirmiştir.

⁶⁹ İsviçre Medeni Kanununun konuyu düzenleyen 684. maddesinin ikinci fıkrasında sadece taşkınlık teşkil eden değil, zarar verici nitelikteki etkilerin de yasak olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine bunun yanı sıra her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da, doktrinde sadece zarar verici değil, usandırıcı, rahatsız edici etkilerin de yasak olduğu kabul edilmektedir (**Meier-Hayoz**, BK ZGB 684 N. 95 vd.). Türk Medeni Kanununun 737. maddesinin ikinci fıkrasında her ne kadar zarar verici etkilerin yasak olduğu açıkça belirtilmemişse de, Türk Hukuku bakımından da aynı kuralın geçerli olduğu kabul edilmelidir.

kümlülüğü getirmiştir (MK m. 737)⁷⁰. Dolayısıyla doğrudan müdahalelerden farklı olarak bu tür dolaylı etkilerin her zaman hukuka aykırı olduğundan söz edilemez. Nitekim aksi taktirde bir kimsenin kendi taşınmazında herhangi bir faaliyet yürütmesi imkansız hale gelirdi. Ancak bu faaliyet serbestisinin de bir sınırı vardır. Bu tür çevre etkileri komşular bakımından taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre hoş görülebilecek dereceyi aşıp da taşkınlık seviyesine geldiğinde yasak kapsamına girerler ve hukuka aykırı hale gelirler (MK m. 737/II). Böylece tarafların menfaatleri dengelenmiş olmaktadır. Bir çevre etkisinin taşkınlık boyutuna varıp varmadığı objektif kriterlere göre ve ortalama bir kişi ölçü alınarak belirlenir, yoksa komşu taşınmaz malikinin aşırı hassasiyeti değerlendirilmede dikkate alınmaz⁷¹.

Bu tür dolaylı etkiler kamu hukuku alanındaki çeşitli düzenlemelerle de sınırlanmış olabilir⁷². Burada önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar bir etkinin yasal sınırlar içerisinde kalması kural olarak onun katlanılabilir olduğunu gösterse de, somut olayda bunun aksi de söz konusu olabilir⁷³. Diğer bir ifadeyle bir etkinin yasal sınırlar içerisinde olması, onun zorunlu olarak MK m. 737/II anlamında taşkınlık boyutuna varmadığı anlamına gelmez. Yine bu sınırların üstünde olması da mutlaka taşkınlık bulunduğu anlamına gelmez. Bu durum sadece bir taşkınlığın bulunduğu veya (sınırların içinde kalan bir değer söz konusu ise) bulunmadığı yönünde bir karine oluşturur. Bu sebeple söz konusu etkinin bu boyutta olup olmadığı somut olayda mutlaka ayrıca hâkim tarafından değerlendirilmelidir⁷⁴.

Yine komşuluk hukuku düzenlemeleri içinde kazı ve yapılar bakımından getirilmiş olan MK m. 738 hükmü konumuz bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca;

“Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır.

⁷⁰ **Ender**, N. 109, 139; **Çortoğlu**, Komşuluk, s. 175. Türk ve İsviçre Hukuklarında kural müdahale yasağı değil, müdahale özgürlüğüdür.

⁷¹ **Ender**, N. 140. Taşkınlık teşkil eden ve taşkın olmayan yapılara uygulamadan örnekler için bkz. **Aydın Zevkililer**; Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982, s 121 vd.

⁷² Örneğin 4.6.2010 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 27601 sayılı Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, 23. maddesinde şantiye alanları için çevresel gürültü kriterlerini belirlemiştir.

⁷³ Kamu hukuku düzenlemelerinde öngörülen kriterler, örneğin gürültü sınır değerleri, taşkınlığı belirlemede dikkate alınabilir. Özellikle bu değerler aşılmışsa bu durum kural olarak taşkınlığın bulunduğuna işaret eder. Aksi yönden bakıldığında ise, sınır değerlere uyulmuş olması her ne kadar bir taşkınlık bulunmadığı yönünde bir karine oluştursa da, somut olayda mutlaka taşkınlık bulunmadığı anlamına da gelmez. Zira taşınmaz malikinin sorumluluğunun ortadan kalkması bakımından kamu hukuku kurallarına uygun davranma tek kriter değildir (**Eckenstein**, s. 35 vd.). Nitekim Alman Medeni Kanununda bu konuda açık bir düzenleme bulunmaktadır. BGB § 906/I'e göre kanunlarda ve diğer yasal düzenlemelerde belirlenen sınır ve referans değerleri aşılmadığı sürece kural olarak komşular arasında meydana gelen çevre etkilerinin esaslı olmadığı (Türk – İsviçre Hukukunda kullanılan terimle etkilerin taşkınlık boyutuna varmadığı) kabul edilir. Bu konuda açıklamalar için bkz. **Saller**, 1. Teil. Grundeigentum und Nachbarrecht Rn. 90-108, N. 92.

⁷⁴ **Eckenstein**, s. 36.

Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır."

Söz konusu düzenleme ile bir taşınmaz malikinin tamamen kendi arazi-sinin sınırları içinde dahi olsa kazı ve yapı serbestisi komşuları lehine kısıtlanmıştır⁷⁵. Malik komşularına zarar verecek, komşu arazideki tesisleri ve yapıları tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınmaya mecburdur⁷⁶. Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere burada genel olarak kazı ve yapı çalışmaları sonucu meydana gelen yer hareketleriyle ilgili komşu taşınmazda ortaya çıkan etkiler düzenlenmiştir⁷⁷. Bu anlamda hükümün MK m. 737 hükümünün tamamlayıcısı olduğu kabul edilebilir⁷⁸.

Doktrinde hâkim görüş MK m. 738'in MK m. 737'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmekte ve MK m. 730'un uygulanabilmesi için bu madde kapsamındaki müdahalelerin de MK m. 737 çerçevesinde taşkınlık boyutuna varmış olması aramaktadır⁷⁹. Buna karşılık ileri sürülen diğer bir görüşe göre MK m. 738 hükmünde düzenlenen bu tür müdahaleler komşu taşınmazın maddi varlığına yönelik doğrudan müdahale sayılmalıdır; bu sebeple MK m. 738 kapsamına giren bir müdahale söz konusu olduğunda artık bu-

⁷⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988.

⁷⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988.

⁷⁷ **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 70. Ancak Yargıtay maddede belirtilen "komşu taşınmazlara ... üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermek" ifadesini sadece komşu taşınmazdaki yapıda çökme, çatlama, sarsıntı gibi mülkiyet hakkının özüne yönelik maddi ihlaller olarak değerlendirmemekte, yukarıda belirttiğimiz üzere doğrudan müdahaleleri ve yine olumsuz çevre etkilerini de kapsayacak şekilde daha geniş açıdan ele almaktadır. Bu çerçevede Yargıtay uygulamasına göre; komşu taşınmaz üzerindeki binalara yönelik bunların havasının veya ısısı ve güneş ışığının kesilmesi gibi olumsuz çevre etkileri de bu hüküm kapsamında ele alınmıştır. Bu yönde bkz. Yarg. 1. HD. 9.10.1978, 10313/10443 (YKD. 1979/5, 615); Yarg. 8. HD, E. 2002/9338, K. 2003/3446, T. 13.5.2003 (Kazancı).

⁷⁸ Her iki hükümün ihlalinin hukuki sonuçları benzer olduğundan bunlar arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesinin çok önemli olmadığı ileri sürülmüştür. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 70. Bununla birlikte MK m. 738 hükmünün önleyici fonksiyonu MK m. 737'ye göre daha belirgindir. Bir taşınmazda inşaat faaliyeti yürütmek üzere her türlü idari izin ve ruhsat alınmış ve inşaatla ilgili alınan ruhsata ve diğer tüm kamu hukuku kurallarına uygun davranılmış olsa dahi, eğer bu faaliyet komşu taşınmazlara onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar verecek mahiyette ise ve bu zararı önlemek mümkün değilse söz konusu hüküm gereğince bu inşaatın yürütülmesi yasaklanabilir (**Göksu**, CHK ZGB 685 N. 6; **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686 N. 76 vd.; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 686 N. 11 vd.; **Tekinay**, s. 81). Görüldüğü üzere bu durumda tek başına bir özel hukuk hükmü esas itibarıyla bir inşaatın yapılıp yapılamayacağını belirlemektedir. Bu konuda bkz. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 71. Zira kural olarak daha önceki tarihte yapılmış bir binaya zarar verecek şekilde yeni bir inşaat yapmak mümkün değildir. MK m. 738 hükmü bakımından MK m. 737'den farklı olarak zamansal olarak öncelik prensibi geçerli olmaktadır (**Wagner Pfeifer**, s. 9).

⁷⁹ **Rey/Strebel**, BSK ZGB 686, N. 10 vd.; **Göksu**, CHK ZGB 685 N. 2, 6; benzer görüş için bkz. **Ender**, N. 161; **Petek**, s. 201 vd. Karş. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 68 vd.; yazar hükümün kapsamında hem doğrudan hem de dolaylı müdahalelerin girdiğini düşünmekle birlikte, her durumda MK m. 737'deki taşkınlık kistasının burada da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

nun hukuka aykırı sayılması için MK m. 737 anlamında taşkınlık teşkil etmesi aranmaz⁸⁰.

Kanaatimizce MK m. 738'in kazı ve yapı inşasından kaynaklanan toprak sarsılması ile ilgili olanlar başta olmak üzere komşu taşınmaza yönelik her türlü müdahaleyi (hem doğrudan hem de dolaylı müdahaleleri) kapsadığı kabul edilmelidir⁸¹. Söz konusu hüküm komşular arası ilişkileri düzenlediğinden, MK m. 738 kapsamına giren bir müdahale ile karşı karşıya kalındığında, her hâlükârda MK m. 730 hükmü uygulanacaktır. Ancak eğer komşu taşınmaza yönelik doğrudan bir müdahale söz konusuysa bu tür bir müdahale her zaman hukuka aykırı olacağından bunun hukuka aykırılığı için ayrıca taşkın olması aranmaz. Buna karşılık hükmün kapsamındaki dolaylı müdahaleler bakımından ise MK m. 730'un uygulanabilmesi için bunların MK m. 737 çerçevesinde taşkınlık seviyesine gelmiş olması aranır⁸².

Yine burada önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre ve Alman Hukuklarında inşaat sahibi taşınmaz malikinin komşu taşınmazın kusurlu durumu sebebiyle, bunun üzerindeki binalar ve tesisler için özel birtakım önlemler alması gerekmediği genel olarak kabul edilmektedir. Taşınmaz malikinin normal şartlar

⁸⁰ Bu yönde bkz. **Çörtoğlu**, Aşkın Kullanılma, s. 113 ve 117.

⁸¹ Karş. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 72; **Ender**, N. 162. **Ender** MK m. 738 hükmünün inşaat faaliyetinden doğan her türlü çevre etkisini kapsadığını kabul etmekle birlikte bu anlamdaki etkileri MK m. 683 kapsamına giren doğrudan müdahalelerden ayırmaktadır. Yazara göre doğrudan veya dolaylı olsun bu madde kapsamındaki etkilerin tamamı çevre etkileridir ve bunlar MK m. 683 hükmünün uygulanmasını gerektiren müdahalelerden farklıdır (**Ender**, N. 162). Buna karşılık Türk Hukukunda Yargıtay söz konusu MK m. 738 hükmünün uygulama alanını çok daha geniş bir şekilde değerlendirmekte toprak sarsılması ile ilgili olmayan doğrudan müdahaleleri dahi bu hüküm kapsamında ele almaktadır. Birçok kararında Yargıtay davahaların kazı sebebiyle çıkan hafriyatı komşu taşınmaza bırakmaları sonucu bu hafriyatın kaldırılmasının dayanacağını MK m. 738 hükmü olduğunu ifade etmiştir. Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD., E. 2007/15864, K. 2008/285, T. 24.1.2008 (Kazancı).

⁸² Bu görüş çerçevesinde inşaat faaliyetlerinden kaynaklı dolaylı etkiler sonucu komşu taşınmazda meydana gelen küçük çaptaki maddi hasarların taşkınlık teşkil etmeyeceği ve bu sebeple bunlar hukuka uygun kabul edileceğinden bunların tazmininin mümkün olmayacağı düşünülebilir. Karş. **Eckenstein**, s. 51 ve 98. Ancak Göksu haklı olarak BK m. 49 anlamında bir zararın doğduğu her halde müdahalenin taşkınlık niteliği taşıdığını kabul etmektedir (**Göksu**, CHK ZGB 685 N. 6). Buna karşılık Ender, komşu taşınmaz malikinin binasına verilen hafif zararların (örneğin binanın cephesinin kirletilmesi gibi) hukuka uygun bir inşaat faaliyetinden doğan kaçınılmaz nitelikteki taşkınlık sayılacağını ve komşu taşınmaz malikinin bunlara tazminat karşılığı katlanmakla yükümlü olacağını ifade etmektedir (**Ender**, N. 666). Ender'e göre taşınmazın özüne yönelik zararlar kural olarak katlanılması gereken zararlar değildir. Ancak somut olayın şartları çerçevesinde menfaatler dengesi bakımından bazı hallerde komşu taşınmaz malikinun bunlara da tazminat karşılığı katlanması gerekebilir. Örneğin bir fabrika binasının yapımı sırasında komşu taşınmazdaki küme zarar verilmesi durumunda, komşu taşınmaz maliki bu sebeple MK m. 730/I hükmünden kaynaklanan haklarını kullanarak inşaatın durdurulmasını talep edememelidir (**Ender**, N. 667 vd.). Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından da bu gibi hallerde ufak çaptaki malvarlığı hasarları için MK m. 730/II hükmünün uygulanacağı kabul edilebilir. Böylece hukuka uygun nitelikteki inşaat faaliyetleri sonucu ortaya çıkan küçük çaptaki malvarlığı hasarları bakımından komşu taşınmaz malikinun MK m. 730/I hükmünden doğan hakları kullanamayacağı, sadece zararının denkleştirme yoluyla giderilmesini talep edebileceği kabul edilecektir. Bu konuda bkz. aşağıda dn. 176.

altında göstermesi gereken özeni gösterip bu ölçüde tedbir alması yeterli olacaktır⁸³. Türk Hukuku bakımından da aynı esasın kabulü yerinde olur. Bununla birlikte bu halde dahi inşaat sahibi taşınmaz malikinden komşularını en azından inşaat planından zamanında haberdar etmesi beklenir ki, böylece komşular da kendileri bakımından zarar doğmaması için gerekli önlemleri alabilsinler⁸⁴.

⁸³ **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 74 vd.; **Ender**, N. 685.

⁸⁴ **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 75. Yargıtay'ın komşu taşınmazdaki yapıların hatalı konumuna rağmen inşaat sahibi taşınmaz malikini sorumlu bulup tazminatla yükümlü tuttuğu kararları bulunmaktadır. Yarg. 7. HD. E. 2006/284, K. 2006/721, T. 14.3.2006 (Kazancı) kararından; "... Davacı tarafın fabrika binası ve eklentilerini çekme mesafelerine ve imara aykırı olarak yapmış olması halinde dahi davalının yaptığı duvarın yıkılması nedeniyle, davacıya verdiği tüm zararlardan kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur. Davacının zararı, fabrika binası ve eklentilerinin çekme mesafelerine veya imar kurallarına aykırı olarak yapılmasından değil, davalının hatalı yaptığı duvarın yıkılmasından meydana gelmiştir. Davalıya ait duvar yıkılmazdı, davacı fabrika binası ve eklentilerini mevcut hali ile kullanmayı sürdürüleceği düşünüldüğünde davacının zarara uğrayacağı tartışılmazdır. Hal böyle olunca duvar yıkılması nedeniyle davacının fabrika binası ve eklentileri ile davacının duvarlarında meydana gelen zararların neler olduğu, bu zararların giderilmesi için duvar yıkılma tarihi itibarıyla ne kadar masraf yapılması gerektiği belirlenmeli, ve isteme dayanak yapılan delil tespiti dosyasındaki uzman bilirkişi raporundaki zarar kalemleri ve miktarlarla sınırlı biçimde davalının sorumluluğuna hükmedilmek gerekirken..." Diğer bir kararında ise Yargıtay davacıların binasının taşkın olmasının birlikte kusur sayılacağını ve böyle bir durum varsa tazminat miktarında indirimine gidileceğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Yarg. 14. HD. E. 2016/3894, K. 2016/9063, T. 1.11.2016 (Kazancı): "Dava; komşuluk hukuksundan kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacılar komşu parselde inşaat yapan davalı yüklenicinin temel kazısı sırasında davacıların evini yıktığını, zarar verdiğini, kullanamaz hale getirdiğini, kiracıların da evi terk ettiğini ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Zararın hesaplanmasına esas alınan bilirkişi raporunun incelenmesinde davacılar için evin yıpranma payı nazara alınmadığı gibi davacılar için evin davalı parseline taşkın olması sebebiyle zararın artmasına neden olup olmadığı veya davacının kusur oranı tespit edilerek 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca zarar miktarından indirim yapılması hususu araştırılıp değerlendirilmek suretiyle mahkemece, yeniden keşif yapılarak bu konuları içeren yeni bir rapor alınması ve buna göre hüküm kurulması gerekir." Yine benzer yönde bir karar için bkz. Yarg. 14. HD. E. 2015/7712, K. 2015/6014, T. 1.6.2015 (Kazancı): "... davacıların maliki olduğu binanın mühendislik kurallarına uygun olarak yapılarak yapılmadığı, dolayısıyla davacıların zararının artmasına neden olup olmadığı, veya davacının kusur oranı değerlendirilmek suretiyle 6098 sayılı BK'nın 52. maddesi uyarınca zarar miktarından indirim yapılması gerekip gerekmediği hususu da değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi ..." Gerçekten de bu gibi durumlarda hâkim BK m. 52 uyarınca tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına karar vermelidir. Bu yönde bkz. **Sirmen**, Çevre, s. 293. Davacı komşunun yapısındaki inşaat kusurları zararlar taşkınlık arasındaki illiyet bağımlı kesecek nitelikte de olabilir. Bu durumda artık inşaat sahibi taşınmaz maliki sorumlu olmaz. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Ender**, N. 679 vd. Bununla birlikte eğer komşu taşınmazdaki inşaat sebebiyle zarara uğrayan yapı, yapıldığı zamanki teknolojinin durumuna uygun şekilde inşa edilmiş ve daha sonra da uygun bir şekilde bakılmışsa, bu yapıdaki kusurlar zararın ortaya çıkmasında etkili olmuş olsa dahi MK m. 738'de kabul edilen zamansal olarak öncelik ilkesi gereği her zaman tazminata hak kazanacaktır (**Wagner Pfeifer**, s. 9). Bu durum sadece tazminat miktarında indirim sebebi olabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu şekilde hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak aşkın kullanmasının yaptırımını MK m. 730 hükmünde düzenlenmiştir⁸⁵.

B. İnşaat Sahibi Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Denkleştirme Sorumluluğu

1. Sorunun Ortaya Konulması

MK m. 737 f. 1 ve 2'de öngörülen ve yukarıda kısaca açıkladığımız menfaatler dengesi, hukuka uygun şekilde ve özellikle de idari bir izne dayalı olarak yürütülen faaliyetler (örneğin ruhsata dayalı olarak yürütülen inşaat faaliyetleri) bakımından yeterli çözümleri sunmamaktadır. Sebepini şu şekilde açıklamak mümkündür:

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; MK m. 737/I uyarınca; herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Yine MK m. 737/II uyarınca taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan taşkınlıklar

⁸⁵ MK m. 737 hükmünün ihlali halinde MK m. 730'un uygulanacağına herhangi bir şüphe yoktur. Bununla birlikte MK m. 738 hükmünün ihlali halinde MK m. 730'un uygulanıp uygulanmayacağı bakımından MK m. 738/II'deki düzenleme bir tereddüt yaratmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca; "Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır." Görüldüğü üzere söz konusu hüküm taşkın yapıya ilişkin MK m. 725 hükmüne atıfta bulunmaktadır. Bu düzenleme sebebiyle doktrinde bazı yazarlar MK m. 738 hükmünün ihlali halinde MK m. 725 hükmünün kıyasen uygulanacağını ve taşınmaz malikinin iyiniyetli olması ve komşunun taşmayı öğrenmeden itibaren süresi içinde itiraz etmemiş bulunması halinde durum ve koşullar da uygun ise yapının yıktırılmayarak olduğu gibi kalmasına karar verileceğini, ancak komşunun bundan dolayı uğramış olduğu zararın taşınmaz malikince tazmin edileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşteki yazarlara göre eğer bu şartlar mevcut değilse, ancak o zaman komşu taşınmaz maliki yapının yıktırılmasını talep edebilir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1989; Akipek/Akıntürk, s. 560; Sirmen, Eşya, s. 424 vd.). İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise MK m. 738/II hükmü anlaşılır ve yerinde olmadığı gibi komşuluk hukuku düzenlemelerine de aykırı düşecek niteliktedir. MK m. 738/I hükmüne aykırı hareket edenlere karşı da komşu taşınmaz maliklerinin MK m. 730 hükmünden doğan hakları kullanabilmeleri gerekir (Aynı yönde bkz. Göksu, CHK ZGB 685 N. 7 vd.; Esener/Güven, s. 266; karşı. Ayan, s. 358 ve 359). Doktrinde Göksu, bu gibi durumlarda tehlikenin önlenmesi ve tazminat taleplerinin büyük önem taşıdığını, kazı ve yapı sebebiyle komşu taşınmazın zarara uğrama tehlikesinin son bulmuş olmasından sonra dahi söz konusu hükmün uygulanamayacağını belirtmektedir. Böyle bir durumda bile zarar gören komşu taşınmaz maliki MK m. 730 gereğince kendi taşınmazındaki eski hale iade masraflarının tamamının tazmini için talepte bulunabilir. Yoksa komşu taşınmaz malikinin MK m. 725/II çerçevesinde uygun bir bedel talep etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Göksu, CHK ZGB 685 N. 8; karşı görüşte bkz. Meier-Hayoz, BK ZGB 685/686 N. 128; Rey/Strebel, BSK ZGB 686 N. 27. Kanaatimizce de MK m. 738 hükmünün ihlali halinde MK m. 730 hükmü uygulanmalıdır. İsviçre doktrininde Göksu kanaatimizce de haklı olarak MK m. 738/II hükmüne karşılık gelen düzenlemenin, esasen MK m. 739 hükmüne karşılık gelen maddenin son fıkrası olması gerektiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla söz konusu hüküm, esas itibarıyla kazı ve yapılarda uyulması gereken özel kanun hükümlerine uyulmadığı taktirde (örn. binalar arasındaki mesafe kurallarına veya kapı ve pencerelerin inşasına ilişkin düzenlemelere aykırı davranıldığı hallerde) uygulanabilecektir (Göksu, CHK ZGB 685 N. 9).

kural olarak hukuka aykırı sayılır ve komşu taşınmaz maliki bunlar sebebiyle MK m. 730'da belirtilen durumun eski hale getirilmesi, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir⁸⁶.

Kanun koyucu MK m. 737 hükmünü düzenlerken işletme faaliyetlerinin neler olduğunu kanunda açıkça tanımlamamıştır. Bununla birlikte inşaat faaliyetleri de bir taşınmazın işletilmesinden sayılacağından, inşaat faaliyetlerinin de kural olarak MK m. 737/I ve II'de belirlenen sınırlamalara tabi olması gerekirdi. Ancak günümüzde hemen her zaman inşaat faaliyetlerinden doğan çevre etkilerinin komşu taşınmaz malikleri bakımından bu maddede belirlenen hoş görülebilecek dereceyi aştığı ve taşkınlık seviyesine ulaştığı söylenebilir⁸⁷. Dolayısıyla bir taşınmazda yürütülen inşaat faaliyetlerinin yarattığı etkiler bakımından MK m. 737/I ve II'de belirlenen sınırların geçerli olduğu kabul edilecek olursa, bunları da MK m. 730/I hükmü çerçevesinde engellemek mümkün olabilirdi. Bununla birlikte kamu hukuku kurallarına uygun ve özellikle bir inşaat ruhsatına dayalı olarak yürütülen inşaat faaliyetlerinin komşular bakımından sebep olduğu her türlü taşkınlık sebebiyle durdurulması da uygun görülmemektedir⁸⁸.

İsviçre'de inşaat faaliyetlerine duyulan ihtiyaç büyük olduğundan İsviçre Federal Mahkemesi henüz 1965 yılında verdiği bir kararında taşınmaz malikinin iki yıl üç ay süren inşaat faaliyetleri esnasında meydana gelen taşkınlıkların bunlar kaçınılmaz ve geçici olmaları kaydıyla hukuka aykırı olmadığına, bununla birlikte komşu taşınmaz maliklerinin bu sebeple ancak ve sadece tazminat talep edebileceğine karar vermiştir⁸⁹. İsviçre Federal Mahkemesinin

⁸⁶ Yukarıda da açıkladığımız üzere bizim hukukumuzda taşınmaz maliki kural olarak taşınmazını taşkın kullanması dolayısıyla sorumlu tutulmuştur. Taşkın kullanmanın somut olayda mevcut olup olmadığı teorik ölçü ve esaslara göre değil, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Ancak kanunun ifadesi doğrultusunda genel bir tanım vermek gerekirse, taşkınlık taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan ve etkilerini komşu taşınmaz üzerinde gösteren kullanımlardır.

⁸⁷ **Bettina Hürlimann-Kaup/Fabia Nyffeler**, Übermässige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit (Teil 1), BR 2015, s. 5. Esasen burada şunu da belirtmek gerekir ki, inşaat faaliyetleri bakımından taşkınlık kriteri eşliğini diğer sürekli faaliyetlere nazaran daha yükseğe koymak uygun olur. Zira tarafların menfaatler dengesi bakımından bir taraftan inşaat faaliyetlerinin geçici süreli olması, diğer taraftan da bu tür faaliyetlerin engellenmesinin taşınmaz malikinin başlıca kullanma biçiminin engellenmesi anlamına gelecek olması bunu gerektirmektedir. Bu sebeple inşaat faaliyetlerinden doğan müdahaleler kural olarak herhangi bir karşılık olmaksızın katlanılması gereken müdahaleler kategorisinde değerlendirilecektir. Ancak yine de bu tür müdahalelerin taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre taşkınlık boyutuna varması durumunda istisnai bir durumun söz konusu olduğu kabul edilmelidir (Bkz. **Ender**, N. 512 vd.).

⁸⁸ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5; **Krauskopf/Girón**, s. 44.

⁸⁹ BGE 91 II 100. Federal Mahkemeye gelen bu olayda, davacı, davalının yetkili makamlardan aldığı ruhsata dayanarak yürüttüğü mağaza inşaatı sırasında gürültü, sarsıntı, toz gibi çevre etkileri yaydığını, ayrıca sözü edilen inşaatın, yolun daralmasına sebep olduğunu belirtmiş, bu durumun işlettiği pasta fırınına girişi büyük ölçüde engellediğini, böylelikle müşterilerinin de azalmasına yol açtığını, iki yıl üç ay süren faaliyet boyunca kazancında büyük eksilmeler olduğunu ileri sürmüştür. Derece Mahkemesi taşınmaz üzerinde girişilen inşaat faaliyetinin taşkınlıklara yol açtığını, inşaatın devam süresi boyunca, toz ve gürültünün, iskele ve yolun daralması sonucu görüş ala-

daha sonraki kararlarında da bu içtihat yerleşmiştir. Nitekim İsviçre Medeni Kanununda 2009 yılında Medeni Kanunun Eşya Hukuku kitabında taşınmaz eşya hukukuna ilişkin getirilen yeni düzenlemelerle birlikte Kanuna 679a madde numarası ile bir hüküm eklenerek, taşınmaz malikinin taşınmazın hukuka uygun şekilde işletilmesinden özellikle de inşaat faaliyetlerinden doğan sorumluluğu düzenlenmiştir⁹⁰. Bu düzenleme uyarınca, bir taşınmaz malikinin taşınmazını hukuka uygun şekilde işletmesi özellikle de inşaat faaliyetleri esnasında komşusu bakımından geçici olarak aşırı ve önlenemez taşkınlıklara yol açması ve bu şekilde zarara sebebiyet vermesi halinde komşu, inşaat faaliyetini yürüten taşınmaz malikinden sadece zararının tazminini talep edebilecektir. Söz konusu düzenleme 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İsviçre Hukukunda söz konusu düzenleme ile taşınmaz malikinin hukuka uygun faaliyetleri bakımından komşu taşınmazlara “ağırlaştırılmış bir katlanma yükümlülüğü” getirildiği kabul edilmektedir⁹¹. Böylece komşular arasında bir uzlaşma sağlanmaya çalışılmıştır⁹².

nına getirilen engellenmenin davacının ticari faaliyetini olumsuz etkilediğini kabul etmiştir. Somut olayda derece mahkemesi, inşaat süresini makul bulmuş; yetkili makamların izniyle cadde ve kaldırımında kurulan iskele ve benzeri tesisatın biçim, etkinlik ve süre yönünden davacıdan beklenebilecek katlanma düzeyini aşmalarına karşın kaçınılmaz olduklarını kabul etmiştir. Buna karşılık derece mahkemesi davalı taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri aştığı gerekçesiyle davalının ZGB 679 uyarınca tazminatla yükümlü olacağına karar vermiştir. Davalı, sözü geçen müdahalelerin teknik yönden zorunlu ve kaçınılmaz olduklarını kabul ettikten sonra tamamen hukuka uygun bir faaliyetin ZGB 679’da belirtilen “mülkiyet hakkından doğan yetkilerin aşılması” kavramı içinde ele alınmasının açık bir çelişki teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Federal Mahkeme ZGB 679’un (MK m. 730) mülkiyet hakkının malik tarafından aşılması halinde uygulanacağına işaret etmiş, mülkiyet hakkının kullanılmasını tamamen hukuka uygun ise bu maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre; inşaat faaliyetleri ZGB 684 (MK m. 737) maddesiyle getirilen ölçüyü aşıya ve taşkın bir görünüm taşısa dahi, bunları inşaat süresince hukuka aykırı olarak nitelene imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla inşaatı yapan ZGB 684 hükmünden doğan olağan kurullarla bağlı olmadığından ona tanınan bu imtiyazlı durum, bu kimseye başka türlü önlenme olanağı bulunmayan kaçınılmaz müdahalelerde bulunma yetkisi verir. İnşaatı yapana tanınan imtiyazlı duruma uygun olarak komşulara getirilen katlanma yükümü, komşu taşınmaz maliklerinin bunu önleme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Ancak komşu taşınmaz maliklerinin de hukuk alanına müdahale edilmesi karşılığında bir giderim yükümlülüğünün bulunması uygun gözükmektedir. Bu konuda ilgili maddede bir yasa boşluğu bulunmaktadır. Bunun hakkaniyete uygun bir sonuç yaratacak şekilde doldurulması gerekir. Adı geçen kararın geniş tercümesi ve kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Ulus**, s. 205 vd.

⁹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi 1965 yılından bu yana komşu taşınmaz malikinin inşaat faaliyetlerine, bunlar hukuka uygun, geçici ve önlenemez nitelikte olduğu sürece katlanmak zorunda olduğu ancak bunun karşılığında tazminat talep edebileceği yönünde kararlar vermektedir. Bkz. BGer Urteil vom 14.11.1986; BGE 114 II 230; BGer Urteil 5C.117/2005 vom 16.08.2005. Adı geçen Federal Mahkeme kararlarının açıklaması için bkz. **Eckenstein**, s. 43 vd. Ayrıca bu süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 2. Nitekim 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren ZGB 679a hükmünün gerekçesinde de İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 114 II 230 sayılı kararına atıfta bulunulmuştur.

⁹¹ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5.

⁹² **Krauskopf/Girón**, s. 44.

Esasen İsviçre Medeni Kanunundaki değişikliklerden daha önceki bir tarihte Türk Hukukunda da benzer bir düzenleme yapıldığı görülmektedir (MK m. 730/II ve 737/III)⁹³. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununda getirilen genel hüküm niteliğindeki MK m. 730/II hükmüne göre;

“Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”

Yine MK m. 730/II hükmüne atıfta bulunan ve söz konusu hükmün en önemli uygulama alanını oluşturan MK m. 737/III uyarınca;

“Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.”

Kanun metninde her ne kadar “yerel âdete uygun taşkınlıklar” ifadesi kullanılmış olsa da kanaatimizce burada kastedilen, bir taşınmazda yürütülen “hukuka uygun veya yerel adete uygun faaliyetlerden doğan taşkınlıklar”dır⁹⁴. Söz konusu hükümlerle hukuka uygun şekilde yürütülen faaliyetlerden doğan çevre etkileri (örneğin inşaat faaliyetleri sebebiyle meydana gelen etkiler) komşular bakımından taşkınlık boyutuna varmış olsa dahi bunlar kaçınılmaz olduğu sürece, komşu taşınmaz maliklerine bunlara katlanma yükümlülüğü getirilmiş ve komşuların bu tür faaliyetler karşısında MK m. 730/I hükmünden doğan hakları kullanma imkânı ortadan kaldırılmış, buna karşılık onlara bu tür taşkınlıklar sebebiyle sadece denkleştirme bedeli talep etme imkanı tanınmıştır⁹⁵.

Dolayısıyla Türk hukuku bakımından da İsviçre hukukundakine benzer bir sonuca varılarak söz konusu hükümlerle hukuka uygun faaliyetler sonucu ortaya çıkan kaçınılmaz taşkınlıklar bakımından komşu taşınmaz maliklerine ağırlaştırılmış bir katlanma yükümlülüğü getirildiğini söylemek mümkündür⁹⁶. Bu durumda hukuka uygun şekilde yürütülen faaliyetlerden doğan taşkınlıklar kaçınılmaz olduğu müddetçe, artık bu hükümler gereği hukuka uygun sayılacak⁹⁷ ve bunlar için sadece denkleştirme talep edilebilecektir. Böylece genel

⁹³ Nitekim Türk Hukukunda eski MK zamanında dahi doktrinde Akipek, bir taşınmazda idarenin izniyle yürütülmekte olan faaliyetlerin durdurulmasına sebebiyet verecek şekilde komşu taşınmaz malikinin, MK m. 730’dan kaynaklı eski hale iade talebini kullanamayacağını, fakat komşuluk hükümlerini ihlal suretiyle taşkınlıklarıyla komşulara (ve yazarın kabulüne göre üçüncü kişilere) zarar veren böyle bir işletme sahibinin yine de bu zararı önleyici bütün tedbirleri almak ve zarara maruz kalanlara tazminat ödemekle yükümlü olacağını ifade etmiştir (**Akipek**, AÜHFD, s. 345).

⁹⁴ Burada geçen yerel adete uygun taşkınlıklarla kastedilenin ne olduğu çok açık değildir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda dn. 106.

⁹⁵ Söz konusu düzenleme yapılmadan önce de doktrinde bu şekilde bir ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğünün ve bunun karşılığında komşu taşınmaz malikinin denkleştirme talebinin bulunduğunu kabul eden yazarlar mevcuttu. Ancak kanunda bir açıklık bulunmadığından bu husus tartışmalıydı. Bu konuda bkz. aşağıda dn. 99.

⁹⁶ Esasen söz konusu düzenlemede komşu taşınmaz maliklerinin yerel âdete veya hukuka uygun faaliyetlerden doğan taşkınlıklar karşısında ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğünden hiç bahsetmeksizin doğrudan denkleştirme talebinden bahsedilmiş olması komşu taşınmaz malikinin haklarının arttırıldığı yönünde bir izlenim yaratmaktadır. Oysaki kanaatimizce söz konusu hüküm tam aksi yönde bir düzenleme içermektedir.

⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre Medeni Kanunu değişikliğinden önceki kararlarında da benzer bir sonuca varmaktaydı. Bu yönde bkz. **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 191 N. 13; **Schmid-Tschirren, Christina**; “Überblick über die Immobiliarsachenrechtsrevision”, Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des

hüküm niteliğindeki MK m. 730/I hükmünde taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanmasının yaptırımı düzenlenmişken, MK m. 730/II'de mülkiyet hakkının hukuka uygun kullanılması sonucu komşu taşınmazlara yönelik taşkınlıklardan doğan zararın denkleştirme yoluyla giderilmesi düzenlenmiş olmaktadır.

Gerçekten de komşu taşınmaz malikleri, bir taşınmazda hukuka uygun şekilde yürütülen faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan taşkınlıklara, bunlar kaçınılmaz nitelik taşıdıkları ölçüde katlanmakla yükümlüdür (MK m. 737/III ve MK m. 730/II). Bununla birlikte komşu taşınmaz malikleri bakımından hukuka uygun faaliyetler bakımından MK m. 737 hükmünün genel düzeninden farklı olarak getirilmiş olan bu ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğü karşılıksız değildir. Komşu taşınmaz maliki bu tür hukuka uygun faaliyetlerden kaynaklanan taşkınlıklar sebebiyle doğan zararları için faaliyeti yürüten taşınmaz malikinden denkleştirme bedeli isteyebilir⁹⁸. Böylece bu tür faaliyetler bakımından komşular arasında bir menfaat dengesi sağlanmıştır. Nitekim bu tür hukuka uygun faaliyetler sebebiyle denkleştirme sorumluluğu, eşya hukukuna ve özellikle komşuluk hukukuna (bkz. MK m. 744/I, 747 ve 761) yabancı değildir⁹⁹.

Immobilienrechts, 2012, s. 11. Ancak İsviçre Hukukunda hukuka uygun faaliyetlerden doğan taşkınlıkların da hukuka uygun kabul edilmesine rağmen bunlar için denkleştirme değil de haksız fiil hükümlerine göre tam tazminat talep edilebileceğinin kabul edilmesi doktrinde eleştiriye uğramıştır. Bu yönde bkz. **Perhofer**, s. 74 vd.; **Eckenstein**, s. 53 vd. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 98.

⁹⁸ İsviçre Hukukunda hukuka uygun faaliyetlerden doğan kaçınılmaz taşkınlıklar komşu taşınmazda bir zarara sebebiyet vermişse, komşu taşınmaz malikinın talep edeceği bedelin Türk Hukukundan ve Alman Hukukundan farklı olarak denkleştirme bedeli değil, haksız fiil hükümlerine tabi bir tam tazminat bedeli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla İsviçre Hukukunda bizdeki MK m. 730/II hükmüne karşılık gelen ZGB m. 679a hükmünün uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığını tespit sadece komşu taşınmaz malikinın eski hale iade veya tehlikenin önlenmesi taleplerini iletme süresindeki durumlarda önem taşımaktadır. Buna karşılık komşu taşınmaz malikinın meydana gelen zararlar sebebiyle sadece tazminat talep ettiği durumlarda onun ZGB 679a veya bizdeki MK m. 730/I hükmüne karşılık gelen ZGB 679 hükümlerine dayanması herhangi bir fark yaratmayacaktır. Zira her iki durumda da komşu taşınmaz malikinın talebi tazminata yöneliktir (Bu yönde bkz. **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7; **Krauskopf/Girón**, s. 55-56).

⁹⁹ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 129. Eski Medeni Kanunda taşınmaz malikinın hukuka uygun faaliyetlerden kaynaklanan kaçınılmaz nitelikteki taşkınlıklardan doğduğu zararların, fedakârlığın denkleştirmesi ilkesi gereğince tazmin edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak önceki Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde de Türk doktrininde bazı yazarlar Alman Hukukunda geçerli olan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden (BGB § 906) hareketle böyle zararların BK m. 64 (eBK m. 52) ve MK m. 753 (eMK m. 677) maddelerinin kıyasen uygulanması suretiyle tazmin edilmesini gerektiğini savunmaktaydı (**Uluslan**, s. 210 vd.; **Çörtoğlu**, *Komşuluk*, s. 222). Diğer bir görüşe göre ise, sorumlunun fiili hukuka uygun ise, açık bir kanun hükmü bulunmadıkça fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden hareketle zararlar tazmin edilemezdi (**Şeref Ertaş**; *Eşya Hukuku*, 13. Baskı, İzmir 2017, N. 1922; **Petek**, s. 323). Aksinin kabulü hukuka uygunluğun bulunduğu tüm haksız fiillerde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre zararların tazmin edilmesi sonucunu doğurur ki, bu durum da Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin temel hükümlerinin uygulanması imkânını azaltır. Bu görüşe göre burada MK m. 753'ün kıyasen uygulanması da düşünülemezdi. Zira bu kural boşluğun doldurulması bakımından işin niteliğine uygun değildir. Bu se-

Her ne kadar bu düzenlemelerde İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi özel olarak inşaat faaliyetlerinden söz edilmiş olmasa da, kamu hukuku kuralına uygun ve özellikle bir ruhsata dayalı olarak yürütülen inşaat faaliyetleri de hukuka uygun faaliyet sayılacağından, söz konusu hükmün kapsamına girer. Dolayısıyla MK m. 737/III ve 730/II hükümleri çerçevesinde özellikle bir idari izne (inşaat ruhsatına) dayalı olarak yürütülen inşaat faaliyetleri komşu taşınmazlar bakımından taşkınlık teşkil etse dahi, bunlar kaçınılmaz olduğu müddetçe hukuka uygun sayılacak ve komşu taşınmaz maliki bunlara katlanmakla yükümlü olacaktır. Diğer bir ifadeyle komşu taşınmaz maliki bu tür faaliyetlerden doğan taşkınlıklar sebebiyle MK m. 730/I hükmüne başvuramayacak ve inşaatın durdurulmasını veya yıkılmasını talep edemeyecektir. Ancak maddelerde açıkça belirtildiği üzere komşu taşınmaz malikinin bu durumda doğan zararları için bazı şartlarla denkleştirme talebinde bulunması mümkündür. Böylece inşaat sahibi taşınmaz malikinin taşınmazında inşaat faaliyeti yürütebilme menfaati de korunmuş olmaktadır¹⁰⁰.

Ancak komşu taşınmaz malikleri bakımından getirilmiş olan bu ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğü aşağıda zarar bahsinde de açıklayacağımız üzere sadece salt ekonomik zararlara ve küçük çaptaki maddi hasarlara özgüdür¹⁰¹. Bunun dışında taşkın inşaat faaliyetleri sebebiyle komşuların vücut bütünlüğü veya hafif hasarlar dışında mülkiyet hakkı gibi mutlak hakları zarara uğradığı takdirde, onlar bu tür ağır ihaller sebebiyle MK m. 730/I hükmünden doğan her türlü savunma hakkını ileri sürebilir, zararları karşılığında da tam tazminat talebinde bulunabilir. Bu durumda komşuların denkleştirme talebiyle yetinmesi gibi bir durum söz konusu olmaz¹⁰².

Aşağıda inşaat faaliyeti sebebiyle komşu taşınmaz maliki bakımından denkleştirme talebinde bulunmanın şartları incelenmiştir.

2. İnşaat Sahibi Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Sorumluluğunun Şartları

beple yeni Medeni Kanunda getirilen düzenlemeden önce eski MK zamanındaki boşluğun doldurulması için gereken kuralın BK m. 64 (eBK m. 52/II) ve MK m. 753 (eMK m. 677) değil, haksız fiillere ilişkin hükümlerin adaletsizliğini azaltmak için konulmuş olan BK m. 65 (eBK m. 54 f.1) olması gerektiği ileri sürülmüştür (**Ertas**, N. 1924; **Petek**, s. 323).

¹⁰⁰ İsviçre Hukukunda hukuka uygun inşaat faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıklara komşu taşınmaz malikleri bakımından bu şekilde ağırlaştırılmış bir katlanma yükümlülüğü getirilmesinin sebebi, kanun koyucunun komşu taşınmaz maliklerinin inşaat faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıkları önleme menfaatine kıyasen, taşınmaz malikinin taşınmazında bir inşaat faaliyeti yürütebilmesine ilişkin menfaatinin ağır basması olarak kabul edilmektedir (**Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6).

¹⁰¹ Salt ekonomik zarar, haksız fiilin herhangi bir şekilde kişiye ve/veya eşyaya zarar vermeksizin, sadece zarar görenin ekonomik menfaatlerini olumsuz etkilemesini konu alır. Salt ekonomik zarar kavramı ve açıklaması için bkz. **Eckenstein**, s. 65; BGE 133 III 323; ayrıca bkz. **Kerem Cem Sanlı**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, s. 333 vd. İnşaat faaliyetlerinin komşu taşınmaz maliki bakımından salt ekonomik zarar doğurması halinde, bu tür zararlar sebebiyle inşaatın durdurulmasının talep edilemeyeceği, sadece bu zarar miktarının inşaat faaliyetlerinde olağan olarak katlanılması gereken sınırları aşmış olan kısmı için denkleştirme talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Ender**, N. 694 ve 695.

¹⁰² **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6; **Krauskopf/Girón**, s. 50; karş. **Ender**, N. 597 vd.

Komşu taşınmaz malikinin bir taşınmazda yürütülen hukuka uygun inşaat faaliyetleri sebebiyle MK m. 730/I'den kaynaklı diğer talepleri ileri süremeyeceği, ancak denkleştirme talebi ileri sürebileceği hallerde bu talebin şartları sırasıyla; 1) hukuka uygun inşaat faaliyetlerinin 2) komşu taşınmaz bakımından taşkınlık teşkil etmesi, 3) bu taşkınlığın kaçınılmaz nitelikte olması ve 4) bu inşaat faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmaz maliki bakımından bir zararın doğmuş olmasıdır. Ancak bu şartların hepsi bir arada gerçekleştiği takdirde komşu taşınmaz maliki inşaat faaliyetleri dolayısıyla denkleştirme talebinde bulunabilecektir.

Söz konusu şartlar genel olarak İsviçre Medeni Kanununda getirilen şartların hemen hemen aynısıdır (ZGB 679a). Ancak belirtmek gerekir ki iki düzenleme arasında birtakım farklar da mevcuttur. Bunlardan biri İsviçre Medeni Kanunundaki düzenlemeye göre, bir taşınmaz malikinin taşınmazını hukuka uygun şekilde işletmesi özellikle de inşaat faaliyetleri esnasında, komşusu bakımından *ancak geçici olarak taşkınlıklara sebep olması durumunda*, zararının giderilmesini talep etmekle yetinmek zorunda kalmamasıdır. Buna karşılık eğer ki taşkınlık geçici nitelikte bir faaliyetten kaynaklanmıyorsa, sürekli bir taşkınlık niteliği taşıyorsa komşu taşınmaz maliki tazminatla yetinmek zorunda değildir, o, MK m. 730'da (ZGB m. 679) belirtilen diğer talepleri de ileri sürebilir. Türk hukukunda ise MK m. 730/II ve MK m. 737/III hükümleri çerçevesinde geçicilik şartı aranmadığından İsviçre'den farklı olarak sadece geçici değil, sürekli taşkınlıklar bakımından da bunlar hukuka uygun bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıktığında aynı sonuca varmak ve komşu taşınmaz malikinin sadece denkleştirme talep edebileceğini kabul etmek gerekir¹⁰³. Bununla birlikte bu çalışmanın konusunu oluşturan inşaat faaliyetleri hemen her zaman geçici nitelikte olacağından İsviçre Hukukundaki farklı düzenlemenin en azından konumuz bakımından önemli bir etkisi bulunmamaktadır¹⁰⁴.

İki düzenleme arasındaki ikinci önemli fark ise, taşkınlıklar sonucu doğacak olan zararın giderilmesinin hukuki niteliğidir. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

3. Denkleştirme Talebinin Şartları

a) Hukuka Uygun Bir İnşaat Faaliyetinin Bulunması

Bu çalışmada bir taşınmazda yürütülen inşaat faaliyetleri ile kastedilen yerüstü ve yeraltı inşaatlarının inşası veya tadilatıdır. Bu durumda inşaat ifadesinden kasıt dar anlamda bir bina inşası değildir, tam aksine buradaki in-

¹⁰³ Aynı yönde bkz. **Eren**, s. 688. Esasen Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemenin bu açıdan İsviçre Medeni Kanunu'ndan çok Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye (BGB § 906) benzediği söylenebilir. Bu durum ise aşağıda ele alacağımız üzere inşaatın tamamlanmasından sonra ortaya çıkacak olan olumsuz çevre etkileri bakımından önemli bir fark yaratabilir. İsviçre'de bu konu özel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Ancak bizde bu konuda açık bir hüküm bulunmaması, ayrıca denkleştirme talebi için geçicilik şartının da aranmamasıyla birlikte, kamu hukuku kurallarına uygun olarak tamamlanmış inşaatların komşular bakımından taşkınlık seviyesinde olumsuz çevre etkilerine yol açması halinde bu tür taşkınlıklar için de denkleştirme talep edileceği kabul edilebilir.

¹⁰⁴ Buna karşılık her ne kadar Türk hukukunda böyle bir şart açıkça aranmamışsa da inşaat faaliyetlerinin normalde belirli bir süre içinde tamamlanması gerektiğinden hareketle, bu faaliyetlerin normale göre çok uzun bir zaman boyunca sürdüğü ve bu sebeple komşu taşınmaz malikinin uğradığı zararın da uzun süre devam ettiği hallerde, makul sürenin sonunda artık komşu taşınmaz malikinin bu sebeple MK m. 730/I hükmünde düzenlenmiş olan diğer hukuki yollara da başvurabileceği ileri sürülebilir.

saat ifadesini MK m. 738 anlamında geniş olarak anlamak, malikin yaptığı her türlü kazı ve yapı faaliyetini bu kapsamda değerlendirmek gerekir¹⁰⁵.

Bir taşınmaz malikinın yürüttüğü inşaat faaliyetlerinden dolayı komşu taşınmaz malikinın komşuluk hukukundan doğan taleplerinin kısıtlanması ve komşu taşınmaz malikinın sadece bir denkleştirme bedeliyle yetinmek zorunda kalması için öncelikle inşaat faaliyetlerinin hukuka uygun olması gerekir (MK m. 730/II ve 737/III). Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu denkleştirmeyi düzenleyen MK m. 730/II ve 737/III hükümlerinde her ne kadar “yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan” bahsetmişse de, kanaatimizce bu ifadenin hukuka uygun faaliyetlerden doğan kaçınılmaz nitelikteki taşkınlıklar olarak anlaşılması yerinde olur¹⁰⁶.

Burada hukuka uygun bir faaliyetten doğan çevre etkileri, esasen MK m. 737/II anlamında taşkınlık teşkil etmesine ve bu sebeple hukuka aykırı nitelik taşınmasına rağmen, hukuka uygun bir faaliyet sonucu meydana geldiğinden ve kaçınılmaz nitelik taşıdıklarından artık kanun gereği katlanma yükümünün kapsamına sokulmakta ve böylece hukuka uygun hale gelmektedir¹⁰⁷. Burada esas amaç bir taşınmazda yürütülen hukuken izin verilmiş bir faaliyetten do-

¹⁰⁵ Karş. **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5.

¹⁰⁶ Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, kanun metninde yer alan “yerel âdete uygun taşkınlıklar”la kastedilen, MK m. 737/II anlamında yerel âdete göre hoş görülebilecek derecedeki çevre etkileridir. Bu tür etkiler yerel âdete uygun olduğundan kural olarak hukuka da uygun olacaktır, buna karşılık eğer bunlar komşu taşınmazlar bakımından kaçınılmaz olarak bir zarara sebebiyet veriyorsa bu zararın uygun bir bedelle denkleştirilmesi gerekir. Ancak bu görüşteki yazarlar kanunda her ne kadar sadece yerel âdete uygun taşkınlıktan söz edilmişse de bunun hukuka uygun taşkınlıkları da kapsadığını ifade etmektedir (**Petek**, s. 293 vd.; **Ertaş**, N. 1928 dn. 151). Kanaatimizce öncelikle burada kastedilen yerel âdete uygun taşkınlık değil, bir taşınmazda yürütülen (Alman Medeni Kanununun ifadesiyle) “yerel âdete” veya (İsviçre Medeni Kanununun ifadesiyle) “hukuka uygun” faaliyetlerden doğan kaçınılmaz nitelikteki taşkınlıklardır. Zira esasen yerel âdete uygun bir etki söz konusu ise bunun zaten taşkınlık seviyesine varmadığının kabul edilmesi ve komşu taşınmaz malikinın buna karşılıksız katlanması gerekir. Dolayısıyla yerel âdete uygun taşkınlık olamayacağından iki ifade birbiriyle çelişmektedir. Kaldı ki her iki hükümde yer alan “yerel âdete uygun taşkınlık” ifadesinin MK m. 737/II anlamında yerel âdete uygunluk olduğu kabul edilseydi, bu durumda söz konusu düzenlemenin genel hüküm niteliğindeki MK m. 730 hükmünde de aynı şekilde yer alması anlamsız olurdu. Burada çevre etkileri taşkınlık seviyesine varmış olmasına ve esasen komşuluk hukuku anlamında hukuka aykırılık teşkil etmesine rağmen, hukuka uygun bir faaliyet sonucu doğduğundan ve kaçınılmaz nitelik taşıdığından bunlar artık hukuka uygun kabul edilmektedir. Nitekim hükmün kaynağı Alman Medeni Kanununda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır (BGB § 906 (2)). İsviçre Hukukunda getirilen yeni düzenleme de bu anlamdadır (ZGB 679a). Sonuç itibarıyla kanaatimizce MK m. 737/III veya MK m. 730/II anlamında denkleştirme yükümlülüğünün doğması için inşaat faaliyetlerinden doğan çevre etkilerinin yine MK m. 737/II anlamında taşkınlık teşkil etmesi, ancak buna karşılık bunların kamu hukuku kurallarına uygun yürütülen (hatta gerektiği hallerde ruhsata dayanan) bir inşaat faaliyetinden doğması ve özellikle kaçınılmaz olması gerekir. Yoksa bir inşaat faaliyetinden doğan her türlü taşkınlığın kendiliğinden yerel âdete uygun sayılması gibi bir durum söz konusu değildir (**Endér**, N. 441).

¹⁰⁷ **Krauskopf/Girón**, s. 47. İsviçre Hukukunda da İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarıyla da uyumlu bir şekilde hukuka uygun inşaat faaliyetlerinden doğan zararlı etkilerin kaçınılmaz olması dolayısıyla kendiliğinden hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Türk Hukukunda benzer şekilde anlaşılmaya müsait bkz. **Ayan**, s. 435.

ğan çevre etkilerine komşu taşınmaz malikleri bakımından getirilen ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğünün denkleştirilmesidir¹⁰⁸. Bu sebeple söz konusu şart denkleştirme talebinin esasını teşkil etmektedir.

Özellikle inşaat faaliyetleri bakımından burada hukuka uygunlukla (veya kanunun ifadesiyle yerel âdetle uygunlukla) kastedilen ise; inşaat faaliyetlerinden doğan etkilerin komşu taşınmaz maliki bakımından TMK m. 737/II anlamında taşkınlık teşkil etmesine rağmen, inşaat faaliyetinin kamu hukuku kurallarına uygun olmasıdır¹⁰⁹. İsviçre Hukukunda bazı yazarlar hukuka uygunluğu her türlü kamu hukuku kurallarına uygunluk şeklinde anlarken¹¹⁰, diğer bazı yazarlara göre bir inşaat faaliyeti ancak inşaat ruhsatına veya bir idari işleme dayanması halinde hukuka uygun olur¹¹¹. Kanaatimizce de yürütülen inşaat faaliyetleri dolayısıyla komşu taşınmaz malikinin taleplerinin denkleştirmeyle sınırlandırılması için yürütülen inşaat faaliyetinin kamu hukuku kurallarına uygun olması yeterlidir. Yoksa inşaat faaliyetlerinin mutlaka bir inşaat ruhsatına dayanması gerekmez. Ancak kamu hukuku kurallarının bunu gerektirdiği hallerde inşaatın hukuka uygun olabilmesi için inşaat ruhsatının da alınmış olması gerekir¹¹².

Nitekim bir taşınmaz malikinin inşaat faaliyetlerini sürdürürken kazı ve yapılarda uyulması gereken kurallara uymakla yükümlü olduğu MK m. 739 hükmünde açıkça belirtilmiştir. TMK m. 739 uyarınca;

*“Kazı ve yapılarda uyulması gerekli kurallar özel kanunlarla belirlenir.”*¹¹³.

Buna karşılık yürütülen inşaat faaliyeti kamu hukuku kurallarına aykırı ise ve aynı zamanda söz konusu faaliyetlerden kaynaklanan etkiler komşu taşınmaz malikleri bakımından MK m. 737/II anlamında taşkınlık teşkil ediyorsa bu faaliyeti gerçekleştiren taşınmaz malikine karşı, sadece denkleştirme talebi değil MK m. 730/I'den doğan diğer tüm talepler ileri sürülebilir¹¹⁴. Zira bu du-

¹⁰⁸ Benzer görüşte **Erdem Büyüksağış**; Eşya Hukukuna İlişkin Hükümlerin Kısmi Revizyonunu Öngören İsviçre Medeni Kanunu Ön-Tasarısı'nda Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, BATİDER, C: XXIII, S: 4, 2006, s. 209.

¹⁰⁹ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5; **Krauskopf/Girón**, s. 47.

¹¹⁰ Bu yönde bkz. **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5.

¹¹¹ **Krauskopf/Girón**, s. 4748; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679a, N. 5; **Eckenstein**, s. 94. Ancak Rey/Strebel, kanunun bir eylemi ruhsat alma yükümlülüğünden açıkça muaf tuttuğu hallerde, ilgili hükümlerin yerine getirilmiş olmasını yeterli saymaktadır (a.y.). Karş. Yarg. 8. HD. 13.5.2003, E. 2002/9338, K. 2003/3446 (Kazancı).

¹¹² **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 5 dn. 10. Dolayısıyla kamu hukuku kurallarına uygunluğun mevcut olup olmadığı esasen bu kuralların içeriğine göre belirlenir. Örneğin şehirlerde belediye sınırları içinde yürütülen bir taşınmaz inşaatının başlatılabilmesi için usulüne göre belediyece onanmış projesine dayanarak inşaat ruhsatı alınması gerekir (İmar Kanunu m. 21). Böyle bir inşaat ruhsatı alınması gerekmesine rağmen alınmaksızın inşaata başlanırsa, inşaat hukuka aykırı olacaktır. Ancak inşaat ruhsatı her türlü inşaat bakımından aranmaz. Dolayısıyla inşaatın hukuka uygun bir faaliyet olması için mutlaka yapı ruhsatı bulunması gerekli değildir. Bu durumda somut olaya uygulanacak tüm kamu hukuku kurallarına uymak yeterli olacaktır.

¹¹³ Maddede bahsi geçen kuralların İmar Kanunu gibi kanunlarda yer alan kamu hukuku kuralları olduğu genel olarak kabul edilmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1943).

¹¹⁴ Ancak inşaat faaliyetleri hukuka aykırı olsa dahi, faaliyeti yürütenin MK m. 730/I çerçevesinde sorumlu olabilmesi için, komşular açısından zarar verici veya MK m. 737/II çerçevesinde onları rahatsız edici nitelik taşıması gerekir. Buna karşılık komşular açısından zarar verici veya onları rahatsız edici nitelik taşımayan kullanımlar, sa-

rumda artık inşaat faaliyetinin MK m. 737/III veya MK m. 730/II anlamında hukuka veya yerel âdete uygun bir faaliyet olmadığı kabul edildiğinden komşu taşınmaz malikinin ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğünden de bahsedilemez¹¹⁵.

Bununla birlikte bu durum, taşınmaz malikinin kamu hukukundan doğan sınırlamaları aşması halinde (örn. ruhsat alınması gereken bir bina için ruhsatsız inşaata başlanması) ona karşı her halde MK m. 730/I hükmü uyarınca dava açılabilmesi anlamına gelmez. Yukarıda da belirttiğimiz üzere her ne kadar doktrinde genel olarak kamu hukukundan doğan sınırlamalara aykırı davranışlar nedeniyle, -özellikle de bu sınırlamalar aynı zamanda özel kişilerin menfaatlerini korumak amacını da taşıyorsa- malikin MK m. 730 hükmü uyarınca sorumlu tutulabileceği kabul edilse de¹¹⁶, Yargıtay bunun mümkün olabilmesi için aynı zamanda bu kurallara uygun davranılmaması sebebiyle komşu taşınmaz malikine bir zarar da verilmiş olmasını aramaktadır.

Yine son olarak belirtmek gerekir ki, MK m. 730 hükmüne başvuran komşu taşınmaz malikinin kendisi de kamu hukuku kurallarına aykırı davranmış ise (örneğin mesafe kurallarına aykırı bir şekilde üzerinde inşaat faaliyeti yürütülen taşınmazın sınırına çok yakın bina inşa etmiş olması) durum farklı değerlendirilmelidir. İnşaat faaliyetlerini yürüten taşınmaz malikinin komşu taşınmaza zarar vermemek için olağandan fazla bir çaba sarf etmesine gerek yoktur. Bu durumda taşınmaz maliki inşaat faaliyetlerini yürütürken gerekli çabayı gösterdiği taktirde, komşu taşınmaz bakımından bir zarar doğmuş olsa dahi, bundan sorumlu olmayacaktır¹¹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi kanun değişikliğinden önce konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda inşaat faaliyetlerinin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için bunların idari izne dayalı olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu faaliyetlerin gerekli ve amaca uygun olması gerektiğini ifade etmişse de¹¹⁸, söz konusu şartlar İsviçre Medeni Kanununun konuya ilişkin 679a maddesi düzenlenirken kanun metnine alınmamıştır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda yeni düzenleme çerçevesinde inşaat faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilirken artık bu faaliyetlerin gerekliliği veya amaca uygunluğu dikkate alınmamaktadır¹¹⁹. Türk hukukunda da kanunda açıkça

dece yapının projeye aykırı olduğu veya pencere açılmak suretiyle imar mevzuatının ihlal edildiği gibi gerekçelerle engellenemez. Bu yönde bkz. **Ayan**, s. 356. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere Yargıtay genel olarak sadece kamu hukuku kurallarıyla birlikte özel hukuk kurallarına aykırılık halinde MK m. 730 hükmünün uygulanacağını kabul etmektedir.

¹¹⁵ Karş. **Göksu**, CHK ZGB 679a N.5.

¹¹⁶ Bu konuda bkz. yukarıda dn. 7. Bu görüşe göre örneğin İmar Kanununa aykırı davranışlarla şehir planında tespit edilenden fazla katta inşaat yapılması durumunda doğrudan taşınmaz malikinin sorumluluğu gündeme gelir. Biz yukarıda da açıkladığımız üzere bu görüşe katılmıyoruz. Her kanuna aykırı inşaat faaliyeti MK m. 730 hükmünün uygulanmasına yol açmaz. Bunun komşuluk hukuku anlamında bir zarara yol açmış olması gerekir. Karar örnekleri için bkz. yukarıda dn. 11.

¹¹⁷ Bu konuda bkz. yukarıda dn. 84.

¹¹⁸ BGE 114 II 230.

¹¹⁹ **Walter Fellmann**; "Übermäßige Immissionen und neue Rechtsbehelfe", Revision des Sachenrechts - ein erster Überblick für Eilige, Bern 2012, s. 62; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679a, N. 7; **Krauskopf/Girón**, s. 48.

böyle bir şart aranmadığından hukuka uygunluk değerlendirmesinde bu gibi kıstaslar dikkate alınmayacaktır.

b) İnşaat Faaliyetlerinin Komşu Taşınmaz Bakımından Taşkınlık Teşkil Etmesi

(1) Genel Olarak

Hukuka uygun bir inşaat faaliyeti sebebiyle denkleştirme bedeli talep edebilenin ikinci şartı hukuka uygun inşaat faaliyetlerinin komşu taşınmaz bakımından taşkınlık teşkil etmesidir. Bu tür faaliyetlerin taşkınlık teşkil edip etmediği de yine MK m. 737 hükmüne göre belirlenecektir¹²⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu hüküm uyarınca komşular inşaat faaliyetlerinden doğan geçici ve olağan taşkınlıklara herhangi bir denkleştirme talebinde bulunmaksızın katlanmakla yükümlüdürler (MK m. 737/II)¹²¹. Buna karşılık eğer hukuka uygun nitelikteki inşaat faaliyetlerinden doğan etkiler, tarzı, yoğunluğu ve süresi bakımından olağanüstü nitelik taşıyorsa ve komşular bakımından bazı zararlara yol açıyorsa, artık bunların MK m. 737/II anlamında taşkınlık teşkil ettiği ve komşu taşınmaz malikinin bunlar için denkleştirme talep edebileceği kabul edilir¹²².

¹²⁰ **Perhofer**, s. 70; **Krauskopf/Girón**, s. 48. Yukarıda da belirttiğimiz üzere komşu taşınmaza yapılacak müdahaleler doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan müdahaleler taşınmazın maddi varlığına yönelik olan ve onun bütünlüğünü hedef alan ihlallerdir. Bu tür müdahaleler MK m. 737 kapsamında değildir. Doktrinde genel olarak MK m. 737 kapsamına giren maddi müdahalelerin doğrudan müdahaleler değil de, dolaylı etkiler olduğu kabul edilmektedir (Bu yönde bkz. **Ender**, N. 138; **Tekinay**, s. 69-70). Bununla birlikte bir müdahalenin ne zaman doğrudan bir müdahale ne zaman dolaylı bir etki olduğunu tespit etmek her zaman kolay değildir (**Ender**, N. 138). Bu sebeple bir komşu araziye inşaat molozları yığmak veya taşkın inşaat yapmak gibi fiiller zaten kanundaki diğer hükümlerle yasaklandığından bu madde kapsamına girmez. Yine yukarıda açıkladığımız üzere katıldığımız görüş çerçevesinde bazı doğrudan müdahalelerde de (özellikle taşınmazın kullanılması ve işletilmesi sonucu ortaya çıkan ya da komşuluk hukukunu düzenleyen hükümlerde doğrudan yasaklanmış olan doğrudan müdahalelerde) komşu taşınmaz malikinin MK m. 730 hükmü uyarınca sorumlu tutulması mümkündür. Fakat bu durumda dahi söz konusu müdahaleler kendiliğinden hukuka aykırı nitelik taşıdığından artık MK m. 737 uyarınca bunların taşkınlık teşkil edip etmediği ayrıca araştırılmayacaktır. Bununla birlikte aksi yöndeki Yargıtay kararlarında bazı doğrudan müdahalelerde MK m. 730 hükmünün uygulanacağı ve yine bunun için MK m. 737 uyarınca taşkınlığın gerçekleşmiş olması gerektiği aranmıştır. Örnek karar için bkz. yukarıda dn. 68.

¹²¹ Bu şekilde taşkın olmayan faaliyetlere katlanma yükümlülüğü sosyal hayatın gerektirdiği dayanışmanın bir sonucudur (**Petek**, s. 186). Hatta inşaat faaliyetlerinde komşuların katlanma sınırı için niteliği gereği normale göre daha yüksek belirlenir. Bkz. yukarıda dn. 87.

¹²² Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu hukuka uygun faaliyetlerden doğan taşkınlıklar bakımından komşu taşınmaz maliklerine ağırlaştırılmış bir katlanma yükümlülüğü getirdiğinden (MK m. 730/II veya MK m. 737/III) bu durumda komşu taşınmaz malikleri yine bu taşkınlıklara belirli ölçüde katlanmakla yükümlü olurlar. Dolayısıyla komşular her ne kadar inşaat faaliyetlerinden doğan taşkınlıklar için MK m. 730/I'den doğan önleme, durdurma ve tazminat taleplerini ileri süremeyeceklerse de bu defa inşaat sahibi taşınmaz malikinden MK m. 730/II veya MK m. 737/III uyarınca denkleştirme talebinde bulunabileceklerdir.

Esasen denkleştirme talebinin birinci şartı inşaat faaliyetinin hukuka yani kamu hukuku kurallarına uygun olmasıdır. Eğer bir inşaat faaliyeti örneğin ruhsata tabi olmasına rağmen ruhsatsız bir şekilde gerçekleştiriliyorsa, bu durumda yerel örf'e ya da hukuka uygun bir durum söz konusu değildir. Böyle bir inşaat faaliyeti sebebiyle taşkınlığa maruz kalan komşu taşınmaz maliki, imar kurallarına aykırı hareket eden taşınmaz malikine karşı diğer şartlar da mevcut ise, komşuluk hukukundan doğan tüm yaptırımların (MK m. 730/I) uygulanmasını isteyebilir. Dolayısıyla denkleştirme talebi bakımından ortada kamu hukuku kurallarına uygun şekilde yürütülen bir inşaat faaliyeti bulunması gerekmektedir.

Ancak bir inşaat faaliyetinin tüm kamu hukuku kurallarına uygun ve özellikle bir inşaat ruhsatına dayalı olarak yapıldığı hallerde, böyle bir faaliyetin yine de taşkınlık teşkil edip etmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de bazı durumlarda kamu hukuku kurallarına uygun hareket edilmesi, sadece inşaat faaliyetlerini hukuka uygun hale getirmeyecek, aynı zamanda bu faaliyetler kural olarak özel hukuk açısından da müsaade edilebilecek ve hoş görülebilecek faaliyetler olarak görülecektir. Dolayısıyla bu gibi hallerde bir inşaat faaliyetinin kamu hukuku kurallarına uygun yürütülmesi onu taşkın bir faaliyet olmaktan çıkartır ve artık komşu taşınmaz maliki MK m. 737/II hükmü çerçevesinde bunlara katlanmakla yükümlü olacağından tazminat veya denkleştirme bedeli talep edemez. Bu durum özellikle de bir kamu hukuku düzenlemesi aynı zamanda komşuluk hukukundan doğan hakları da koruyor ve gözetiyorsa ya da doğrudan bir taşkınlık bulunup bulunmadığını belirliyorsa söz konusu olur¹²³.

Bir konuda taşkınlığı belirleyen bir kamu hukuku düzenlemesi varsa, kural olarak kamu hukuku düzenlemelerindeki sınırları aşan müdahalelerin taşkın nitelik taşıdığı, bu sınırı aşmayanların ise, katlanılması gereken müdahaleler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁴. Ancak tüm kamu hukuku kurallarına uygun hareket edilmesine rağmen bazı durumlarda inşaat faaliyetleri yine de komşu taşınmazlar bakımından MK m. 737/II hükmü anlamında bir taşkınlık teşkil edebilir¹²⁵. Zira her kamu hukuku düzenlemesi komşuluk hukukundan doğan hakları ve ödevleri gözetmek durumunda değildir. Bu sebeple kamu hukuku kurallarına uygun davranmanın inşaat faaliyetlerini MK m. 737/II hükmü anlamında taşkınlık olmaktan çıkarabilmesi için, bu kuralların kısmen de olsa komşuları faaliyetlerin çevre etkilerinden korumayı amaçlamış olması gerekir. Örneğin mesafe kuralları bunu amaçlar; buna karşılık bir dairenin minimum genişliğini düzenleyen kuralların bir inşaat faaliyetinin taşkınlığının belirlenmesi bakımından herhangi bir önemi yoktur¹²⁶.

¹²³ Bu açıdan bakıldığında kamu hukuku alanındaki inşaat talimatnameleri ve nizamnameleri bu alanı ne kadar detaylı düzenlerse kamusal nitelikteki inşaat hukuku düzenlemeleri özel hukuku alanındaki komşuluk hukuku hükümlerinin önüne geçecektir (Göksu, CHK ZGB 686 N. 3). Karş. BGer (TF) 5A_814/2014 (12.12.2014). Karar hakkında bkz. **Bettina Hürlimann – Kaup, Pascal Pichonnaz, Jörg Schmid, Paul-Henri Steinauer**, *Droits réels/Sachenrecht*, BR 2015, s. 187.

¹²⁴ **Göksu**, CHK ZGB 686 N. 3; **Petek**, s. 196. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Eckenstein**, s. 23 vd.

¹²⁵ **Wagner Pfeifer**, s. 6. Ayrıca bkz. BGE 132 II 427, E. 4.

¹²⁶ **Akipek**, AÜHFD, s. 345.

Yine aynı şekilde bir inşaatın yapılması için verilen ruhsat, daha ziyade bu konudaki kamu hukuku ile aranılan formalitelerin ve tedbirlerin yerine getirilmiş olduğunu gösteren bir sonuç doğurmaktadır. Böyle bir izin veya ruhsatın aynı zamanda mülkiyet hakkının sınırlarının aşılmadığı veya komşular yararına konulan bütün ödevlere uyulduğunu gösterir bir niteliği bulunmaz¹²⁷. Bunun dışında imar mevzuatı bazı durumlar için ayrıntılı düzenlemeler öngörmüş olabilir. Bu gibi hallerde, örneğin ölçülmesi mümkün olmayan psikolojik (manevi) müdahalelerde bilirkişilerin görüşlerinden yararlanarak taşkınlığın bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁸.

Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere her ne kadar kanundaki sınırların aşılmamış olması kural olarak bir taşkınlığın bulunmadığına işaret etse de, sonuç itibariyle hâkim somut olayda buna rağmen MK m. 737/II çerçevesinde bir taşkınlık bulunup bulunmadığını taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre tarafların karşılıklı menfaatlerini değerlendirerek tespit eder (MK m. 4). Bu çerçevede kamu hukuku kurallarına uygun yürütülen inşaat faaliyetlerinin her zaman yerel âdete uygun olacağı bu sebeple hiçbir zaman taşkınlık teşkil etmeyeceği düşüncesi doğru değildir¹²⁹. Hâkimin taşkınlık bulunup bulunmadığını her zaman somut olaydaki inşaat faaliyetinin yarattığı çevre etkilerine göre belirlemesi gerekir¹³⁰.

Özellikle komşu taşınmaz bakımından zarar doğuran çevre etkilerinin kural olarak taşkınlık teşkil ettiği kabul edilir¹³¹. Yine İsviçre Federal mahkemesi özellikle büyük zararlara yol açan çevre etkilerinin taşkınlık seviyesine vardığını ve denkleştirmeye konu olacağını kabul etmektedir. Zararın büyüklüğü ise, söz konusu çevre etkilerinin niteliğine, yoğunluğuna ve süresine göre belirlenmektedir¹³².

Özellikle süre unsuru burada önemli bir rol oynamaktadır. İnşaat faaliyetleri her türlü kamu hukuku kuralına uygun şekilde gerçekleştirilse dahi eğer faaliyet süresi komşu taşınmazlar bakımından katlanma sınırını aşıyorsa bu durumda bu tür taşkınlıklar için denkleştirme talebi söz konusu olabilir.

İNşaat faaliyetleri sebebiyle denkleştirme talebi için her olay bakımından geçerli olacak şekilde kesin bir süre tayini kanunun denkleştirmeye ilişkin düzenlemeleriyle bağdaşmayacaktır. Nitekim hâkimin her somut olayda etkilerin taşkınlık seviyesine gelip gelmediğini belirlerken inşaatın süresini ve verilen rahatsızlığın boyutunu değerlendirip bir sonuca varması gerekir¹³³. Ancak süre kriteri bakımından örnek vermek gerekirse, İsviçre’de inşaat alanlarından kaynaklı olağan rahatsızlıklar sebebiyle kural olarak üç ile altı ay arası bir süre için denkleştirme talep edilemeyeceği, zira bu sürenin komşuluk hukuku çerçevesinde hoş görülebilecek bir seviyede olduğu kabul edilmektedir¹³⁴. Bu süreyi aşan inşaatlar sebebiyle verilen rahatsızlıklar ise olağan nitelikte olsa dahi, yine somut olayın şartlarına göre taşkınlık olarak kabul edilebilecek ve komşu

¹²⁷ **Akipek**, AÜHFD, s. 345.

¹²⁸ **Petek**, s. 196.

¹²⁹ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6.

¹³⁰ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6.

¹³¹ **Eckenstein**, s. 48.

¹³² **Eckenstein**, s. 49.

¹³³ **Wagner Pfeifer**, s. 7.

¹³⁴ **Wagner Pfeifer**, s. 7. Ayrıca bkz. BGE 106 Ib 241.

taşınmaz maliklerinin bunlar için denkleştirme talep etmesi mümkün olabilecektir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi özel hukuk kişilerinin yapmakta oldukları inşaat faaliyetlerine ilişkin bazı olaylarda zarar verici etkilerin iki yıldan fazla veya sekiz aydan fazla süreyle devam etmesi sebebiyle taşkınlığı kabul etmiştir¹³⁵. Ancak müdahalenin yoğunluğuna ve kullanım tarzına göre daha kısa süreli etkiler de taşkınlık niteliği taşıyabilir¹³⁶. Aşırılık teşkil eden etkilerin tüm süre boyunca aralıksız devam etmesi ya da periyodik olarak tekrarlanması aranmaz¹³⁷. Ancak çevre etkilerinin en azından belirli bir süre boyunca defalarca tekrarlanmış olması gerekir¹³⁸.

(2) Taşkınlık Yaratabilecek Çevre Etkileri

MK m. 737 hükmünün kapsamına giren ve taşkınlığa yol açabilecek dolaylı etkiler genel olarak olumlu ve olumsuz olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Olumlu çevre etkileri de maddi ve manevi olmak üzere iki gruptur¹³⁹.

Maddi çevre etkileri; bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak komşu taşınmazlar üzerinde fiziksel etkiler gösteren müdahalelerdir. MK m. 737/II hükmünde bunlar duman, buğu, kurum, toz, koku, gürültü veya sarsıntı şeklinde örnek kabilinden sayılmıştır. Bunun dışında diğer olumlu çevre etkilerinin de bu kapsama gireceği kabul edilmektedir. Nitekim inşaat faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıklar genellikle MK m. 737 anlamında gürültü, toz, sarsıntı, kötü kokular şeklinde bu türden maddi taşkınlıklardır¹⁴⁰.

Bunun dışında her ne kadar madde metninde açıkça belirtilmemiş ise de, sadece maddi çevre etkilerinin değil, manevi (psşik) etkilerin de MK m. 737 hükmü kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Bunlar komşuların duygusal durumunu bozan ve onlarda hoş olmayan ruhsal etkiler doğuran çevre etkileridir. Dolayısıyla malikin bir kumarhane veya randevuevi işletmek, baz istasyonu kurmak gibi manevi bakımdan taşkınlık teşkil eden fiilleri de kanunun koyduğu yükümlülüğün ihlalini teşkil edebilir¹⁴¹. İnşaat faaliyetleri esnasında bu türden etkiler özellikle maddi çevre etkileriyle birlikte (örneğin uzun süren inşaat gürültüsü) ortaya çıkabilir¹⁴². Komşu taşınmaz maliklerinin belirli bir öl-

¹³⁵ BGE 91 II 100; 83 II 375. Yine daha sonraki tarihli bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi bir taşınmaz malikinın şehrin ortasındaki bir mahallede sürdürdüğü inşaat faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmazları iki yıldan fazla süre ile gürültü ve toza maruz bırakması ve bu suretle onlara zarar vermesi ve bunun da ötesinde komşu taşınmazdaki dükkâna giriş yolunu kamuya ait kaldırımları meşgul etmek ve tukamak suretiyle engellemesi sebebiyle taşkınlığın bulunduğu kabul etmiştir (BGE 114 II 230 E 2; 91 II 100 E 2). Bu konuda bkz. **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 1.

¹³⁶ **Wagner Pfeifer**, s. 7.

¹³⁷ BGE 132 II 427.

¹³⁸ **Wagner Pfeifer**, s. 7.

¹³⁹ Bu konuda bkz. **Ender**, N. 110 vd.; **Göksu**, CHK ZGB 684 N. 3; **Schmid**, s. 87; **Ulusan**, s. 161 vd.

¹⁴⁰ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6.

¹⁴¹ Baz istasyonları bakımından taşınmaz malikinın sorumluluğu için bkz. **Cansu Kaya Kızılırmak**, Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan Elatmanın Önlenmesi Davası, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 239-271.

¹⁴² Bkz. 4 HD. T. 15.2.2001, E. 2000/1501, K. 2001/1500; "... Dosya içindeki kanıtlara göre davalının bir yılı aşkın süreden bu yana evinde işçiler vasıtasıyla onarım yaptıği,

çüye kadar bu türden çevre etkilerine de katlanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir¹⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay manevi etkilerin taşkınlık seviyesine gelip gelmediğini araştırırken, özellikle bunların yoğunluğunu ve yine taşınmazın durumunu, niteliğini ve yerel adeti dikkate almaktadır.

Son olarak olumsuz çevre etkileri; bir taşınmazın kullanılması dolayısıyla, komşu taşınmazın hava, ışık, rüzgâr gibi gerekli enerji kaynaklarından büyük ölçüde yararlanamaması veya manzarasının kapatılması ya da taşınmaza girişin zorlaştırılması veya engellenmesi gibi olumlu bir özelliğinin ortadan kalkmasına yol açan davranışlardır. Günümüzde İsviçre ve Türk Hukukunda bunların da MK m. 737 kapsamında değerlendirilmesi genel olarak kabul görmektedir¹⁴⁴. Nitekim Türk hukukundan farklı olarak İsviçre Medeni Kanununun (MK m. 737 hükmünü karşılayan) 684. maddesinde 2009 yılında ışık veya güneş ışığından yoksun bırakma gibi çevre etkilerinin de taşkınlık sayılacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁴⁵.

işçilerin çıkardığı aşırı gürültü ve toz nedeniyle özellikle bu dairenin altında oturan davacının aşırı ve uzun süre devam eden onarım nedeniyle rahatsızlık ve sıkıntı duyduğu anlaşılmaktadır. Onarımın normal sürenin çok üstünde devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullanıldığı görülmüştür. Böylece davacının oturduğu evdeki huzur ve sükunun bozulduğu, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığı kabul edilmeli ve karar gösterilen ve açıklanan nedenlerle onanmalıdır. ...” (YKD., C. 27, S. 8, 2001, s. 1170-1172). Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD. E. 2002/13785, K. 2003/7489, T. 10.6.2003 (Kazancı) sayılı kararından; “... Dosya içindeki kanıtlara göre, davalının tüm yaz sezonu boyunca gürültü kontrol yönetmeliğinde ön görülen sınırların üzerinde ses çıkaran ve davacılar binası ile içinde eşyalarda dahi hissedilen ölçüde sarsıntılar yaratan iş makineleri ile çalışmalar yapıldığı anlaşılmaktadır. Taraflara ait binaların İstanbul Boğazı kenarında oluşuda gözetildiğinde, sessizliği ve sakinliği nedeniyle tercih edilen böyle bir yerde tüm yaz boyunca aşırı gürültü ve sarsıntılardan davacıların rahatsızlık ve sıkıntı duydukları anlaşılmaktadır. İnşaat çalışmalarının çok uzun süre devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullanıldığı görülmüştür. Böylece davacıların oturdukları evdeki huzur ve sükunun bozulduğu, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için kişilik haklarına zarar verildiği kabul edilmeli davacılar için uygun bir miktarda manevi tazminata hükmedilmelidir.”

¹⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bernhard Waldmann**, “Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung”, BR/DC 2005, s. 156 vd., özellikle s. 157.

¹⁴⁴ **Sirmen**, Çevre, s. 287; **Schmid**, s. 89.

¹⁴⁵ Daha önceleri İsviçre öğretisi ve uygulamasında bu tür olumsuz çevre etkilerinin ZGB 684/II (MK m. 737/II) kapsamında kabul edilemeyeceği düşüncesi genellikle benimsenmekteydi. Ancak son zamanlarda İsviçre Federal Mahkemesi güneş ışığının kesilmesi, manzara kapatma, gölge yapma gibi olumsuz çevre etkileri de taşkınlık kapsamında görmeye başlamıştı. Bu yönde bkz. BGE 126 III 452. Nitekim 2009 yılında yapılan değişiklikle birlikte İsviçre Medeni Kanununun (MK m. 737 hükmünü karşılayan) 684. maddesi yeniden düzenlenmiş ve rahatsızlık veren fiiller arasında hava kirliliği, gürültü, kötü kokunun yanı sıra; ışık veya güneş ışığından yoksun bırakma da sayılmıştır. Dolayısıyla bugün artık İsviçre Hukukunda olumsuz çevre etkileri açıkça MK m. 737 hükmünü karşılayan ZGB 684 kapsamında yer almaktadır. Alman Hukukunda ise olumsuz (negatif) çevre etkilerine karşı koruma söz konusu değildir. Bkz. **Brückner**, BGB § 906 Zuführung unwägbarer Stoffe Rn. 50-56.

İnşaat faaliyetleri sırasında yukarıda sayılan olumsuz etkilerden özellikle inşaat iskeleleri ve barikatlar sebebiyle komşu taşınmazın giriş yollarının engellenmesi veya giriş çıkışın güçleştirilmesi sıklıkla söz konusu olmaktadır. İnşaat faaliyetinin teknik nitelikleri dışında kalan, inşaat faaliyetleri sırasında komşu taşınmazın giriş çıkış yollarının kapatılması sonucu alıcı çevresinin azalması gibi olumsuz çevre etkilerinin, taşkınlık seviyesine varması halinde İsviçre Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da MK m. 730/II hükmünün kapsamında kabul edileceğinde bir tereddüt yoktur¹⁴⁶. Dolayısıyla bu gibi taşkınlıklar sebebiyle doğan zararlar için denkleştirme talep etmek mümkün olacaktır.

Bunun dışında esas itibarıyla hem süren inşaatlar hem de tamamlanmış inşaatlar bakımından komşu taşınmazın manzarasının kapanması veya güneş ışığının, havasının kesilmesi gibi taşkınlıklar da çok sık gündeme gelecektir. Bununla birlikte bir inşaatın kaynaklanan bu tür olumsuz çevre etkilerini kayıtsız şartsız MK m. 730 hükmüne tabi kılmak tatmin edici olmayan sonuçlara yol açabileceğinden İsviçre kanun koyucusu bu imkâna bitmiş yapılar bakımından bir sınırlama getirmiştir. İsviçre Medeni Kanununda 2009 yılında yapılan değişiklikle MK m. 730 hükmünün karşılığı olan ZGB 679 hükmüne ikinci bir fıkra eklenerek, bir yapının veya tesisin komşu taşınmazı belirli özelliklerinden mahrum bırakması durumunda ZGB 679 f. 1'de (MK m. 730/I) belirtilen taleplerin ancak binanın ya da tesisin inşası zamanında yürürlükte olan düzenlemelere uyulmamış olması halinde söz konusu olabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁷. Zira inşaata ilişkin kamu hukuku kurallarına güvenerek yapı yapan bir taşınmaz malikini bu yapıyı yıkmaya mecbur etmek veya tazminat ödemeye mahkûm etmek hukuk güvenliğini sarsacaktır¹⁴⁸.

Dolayısıyla bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere İsviçre hukukunda bir binanın inşası sırasında geçerli olan kamu hukuku düzenlemelerine uygun davranıldığı takdirde inşaatın bitmesinden sonra artık eski hale getirme veya tehlikenin giderilmesi davası açma imkanı bulunmadığı gibi, hukuka uygun bu tür faaliyetler sonucunda komşu taşınmazın katlanmakla yükümlü olduğu bu tür olumsuz çevre etkilerini dolayısıyla bizdeki denkleştirme bedeline karşılık gelecek şekilde tazminat talep etme hakkı da bulunmamaktadır¹⁴⁹. Ancak bu durum sadece komşu taşınmazı belirli özelliklerinden mahrum bırakma halinde, diğer bir ifadeyle olumsuz çevre etkileri bakımından geçerlidir. Bunun dı-

¹⁴⁶ Karş. **Ulus**, s. 172.

¹⁴⁷ Bu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Perhofer**, s. 61 vd.; **Hürliemann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 129, 130. Bu düzenlemeyle kanun koyucunun bu açıdan kamu hukukuna özel hukuk karşısında öncelik tanıdığı kabul edilebilir. Bu yönde bkz. **Fellmann**, s. 58 vd.

¹⁴⁸ İsviçre hukukunda ZGB 679/II'deki sınırlayıcı hükmün bitmiş inşaatların yanı sıra devam eden inşaatlar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. **Hürliemann-Kaup/Nyffeler**, Teil 2, s. 130.

¹⁴⁹ Esasen Eşya Hukukuna İlişkin Hükümlerin Kısmi Revizyonunu Öngören İsviçre Medeni Kanunu Ön Tasarı metninde, manzara kapatma hariç bu gibi olumsuz çevre etkileri sebebiyle komşu taşınmaz malikinin sadece tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmişti. Ancak bu düzenleme kanunlaştırma sürecinde ağır eleştiriye uğramış ve sonuç olarak kanun metnine alınmamıştır. Bu süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fellmann**, s. 54 vd.; **Perhofer**, s. 61 vd. Ayrıca Ön Tasarı metninin Türkçe tercümesi için bkz. **Büyüksağış**, s. 212.

şındaki dolaylı çevre etkileri (olumlu maddi veya manevi etkiler) bakımından komşu taşınmaz maliki her zaman diğer yollara da başvurabilir¹⁵⁰.

Türk Hukukunda yapılar ve tesislerin komşu taşınmazda yarattığı olumsuz çevre etkileri bakımından İsviçre Medeni Kanunundaki benzer açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk hukukunda da özellikle eski Medeni Kanun zamanında, bir inşaatın yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa ne şekilde hangi mesafeler dâhilinde hangi yükseklikte, genişlikte ve ende olacağı hususlarının MK m. 739 uyarınca özel hükümlere ve en başta imar mevzuatına terk edildiği; bu durumda yapılan inşaatın boyutları veya uyulması gerekli mesafeler imar planında öngörülen esaslara, imar yönetmeliğinde yer alan ölçütlere uygun olduğu sürece, komşunun bir irtifak hakkından yararlanması da söz konusu değilse, ışık, rüzgâr, hava gibi doğal enerji kaynaklarından yoksun kaldığı yolundaki bir iddianın MK m. 737 kapsamında çözümlenebilme imkânı bulunmadığı genel olarak kabul edilmekteydi¹⁵¹. Bir başka deyişle bu görüşe göre imar mevzuatına uygun olarak inşa edilen bir yapının sırf varlığı nedeniyle oluşan olumsuz çevre etkilerini komşuluk hukuku kapsamı dışında tutmak gerekecektir. Buna karşılık imar esaslarına aykırı bir inşaatın yarattığı olumsuz çevre etkileri sebebiyle meydana gelen zarar ve rahatsızlık, hoşgörü sınırlarını aştığı taktirde MK m. 730 hükmüne dayanılabileceği de yine doktrinde genel olarak kabul edilmektedir¹⁵².

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar İsviçre’de olduğu gibi açıkça düzenlenmemiş olsa da Türk hukukunda da, manzara, ışık veya güneş ışığından yoksun bırakma gibi olumsuz çevre etkilerinin de MK m. 737 hükmü kapsamına dahil olduğu ve kural olarak bunların taşkınlık teşkil ettiği hallerde MK m. 730 hükmünün uygulanacağında bir tereddüt yoktur. Nitekim bu tür olumsuz çevre etkileri mutlaka bir inşaat faaliyeti sonucu ortaya çıkmayabilir. Örneğin Yargıtay’ın ağaç dikilmesi sonucu komşu taşınmazın güneşinin kesilmesine ilişkin olarak vermiş olduğu pek çok kararında adı geçen olumsuz çevre etkilerini komşuluk hukuku bakımından MK m. 737 kapsamında değerlendirmeye aldığı görülmektedir¹⁵³.

Buna karşılık eğer bu tür olumsuz çevre etkileri bir inşaat faaliyeti sonucu ortaya çıkmışsa, kanaatimizce Türk hukuku bakımından da inşa edilen yapının imar mevzuatına uygun olup olmadığına göre bir değerlendirme yapmak gerekir.

¹⁵⁰ Bu yönde bkz. **Fellmann**, s. 58. Karşı görüş için bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679 N. 36. Yine doktrinde genel olarak söz konusu hükmün sadece yapı ruhsatına bağlanmış binaları kapsadığı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679 N. 38; **Fellmann**, s. 56.

¹⁵¹ **Ulusan**, s. 169 vd.; **Tekinay**, s. 74 vd. Yarg. 1. HD. E. 2012/2508, K. 2012/7946, T. 25.6.2012 tarihli karardan: “Ancak, komşuluk hukuku açısından değerlendirme için öncelikle yapılaşmanın imar mevzuatına uygun olup olmadığının belirlenmesi zorunludur.” (Kazancı).

¹⁵² **Tekinay**, s. 75; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1988 dn. 1270; **Petek**, s. 234. Akipek/Akıntürk ise bu durumda esas itibarıyla kamu hukukuna ilişkin yaptırım kurallarının uygulanabileceğini, imar kurallarına aykırı yapılan kazı ve yapılardan zarar gören komşuların sadece tazminat talep edilebileceğini ifade etmektedir (**Akipek/Akıntürk**, s. 560).

¹⁵³ Bu yönde bkz. Yarg. 14. HD. E. 2012/14449, K. 2013/886, T. 22.1.2013 (Kazancı); Yarg. 14. HD. E. 2006/6138, K. 2006/7390, T. 26.6.2006 (Kazancı); Yarg. 1. HD. E. 2005/7185, K. 2005/7596, T. 20.6.2005 (Kazancı).

Eğer ki imar mevzuatına aykırı bir yapı yapılmış ve bunun sonucunda komşu taşınmazlar bakımından ortaya çıkan olumsuz çevre etkileri komşu taşınmazları zarara uğratmışsa, bu durumda komşu taşınmaz maliki İsviçre’de olduğu gibi Türk hukukunda da MK m. 730/I’den doğan tüm talepleri ileri sürebilir¹⁵⁴. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde birçok kararı mevcuttur¹⁵⁵. Hatta kanaatimizce imara aykırı inşaat faaliyetleri sırasında inşaatın tamamlandığında büyük olasılıkla komşu taşınmazlar bakımından katlanılması güç olumsuz çevre etkileri doğuracağı açıkça görülüyorsa, komşu taşınmaz maliki MK m. 730 hükmü çerçevesinde önleyici bir dava dahi açabilmelidir¹⁵⁶.

Buna karşılık eğer imar mevzuatına uygun şekilde bir yapı inşa edilmişse durum ne olacaktır? Öncelikle belirtmek gerekir ki, esas itibarıyla bir binanın inşası sırasında imar kurallarına uygun hareket edilmiş olması kural olarak inşaatın doğan olumsuz çevre etkilerinin MK m. 737/II hükmü anlamında yerel âdete uygun olduğu ve bu sebeple bir taşkınlık teşkil etmediği anlamına gelebilir. Özellikle de İsviçre Hukukunda kamu hukuku düzenlemelerinin in-

¹⁵⁴ Bununla birlikte MK m. 738/II hükmünün esasen MK m. 739 hükmüne aykırılığın yaptırımını olduğu kabul edildiği takdirde, imar kurallarına aykırı inşaat halinde MK m. 725 hükmünün kıyasen uygulanabileceği, dolayısıyla taşınmaz malikinin yapıyı yaparken iyiniyetli olması ve komşunun süresi içinde itiraz etmemiş bulunması halinde şartlar elverişliyse yapının yıkılmayarak olduğu gibi kalmasına karar verileceği, ancak komşunun bundan dolayı uğramış olduğu zararın taşınmaz malikince tazmin edileceği sonucunda da varılabilir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda dn. 85. Hatta bu durumda bir irtifak hakkının tesis edilmesinin de mümkün olduğu yönünde bkz. **Gök-su**, CHK ZGB 685 N. 10; BGE 95 II 7 E. 4.

¹⁵⁵ Bu yönde bkz. Yarg. 1. HD. 9.10.1978, 10313/10443 (YKD. 1979/5, s. 615); Yarg. HGK 23.10.1996, 1-545/723 (İKİD. 1999/464, s. 14333) sayılı kararından: “Salt imara aykırılık iddiasının çözüm yeri idari yargıdır. Ancak komşunun imara aykırı inşaatı ile, ışık, rüzgar, hava gibi doğal enerji kaynaklarından yoksun kaldığı ve imar esaslarına aykırı inşaatın doğan zarar veya rahatsızlığın, komşudan beklenebilecek hoşgörü sınırlarını aştığı savıyla, MK. 661 ve müteakip maddeleri çerçevesinde komşuluk hukuku esaslarına göre açılan davanın çözüm yeri ise adli yargıdır.” Yarg. 1. HD. E. 1999/12402, K. 1999/12586, T. 1.12.1999 sayılı kararından: “Davalının inşaatının imar mevzuatına aykırı olduğu, çıkılan fazla katlar nedeniyle davacının güneş ve görüntü almasının engellendiği iddia edilerek men’i müdahale ve kal istendiğine ve davalı tarafından sonradan yaptırılan ilavelerin imara aykırı olduğu saptandığına göre; salt imara aykırılık idareyi ve idari yargıyı ilgilendiren bir konu olmakla birlikte, davacının komşuluk hukukuna uygun düşmeyen zararın varlığına ilişkin iddiasının da araştırılıp hükme bağlanması gerekir.” Yarg. 1. HD. E. 2010/12064, K. 2011/2874, T. 11.3.2011 kararından (Kazancı): “İmar Yasasının öngördüğü çekme mesafesine uyulmaması idarenin ve 3194 Sayılı Kanun’un 32 ve 42. maddeleri gereğince idari yaptırımını gerektirir. Ancak, yapılan inşaatın kendisine komşu olan parsel yönünden manzaranın kapatılması, güneşin perdelenmesi, görüntünün bozulması ve hava sirkülasyonunun engellenmesi gibi zararlandırıcı olgular yaratması durumunda 4721 Sayılı TMK nun 737 ve takip eden maddelerinde öngörülen komşuluk hukuku ile ilgili düzenlemeleri gözetilmek suretiyle çekişmenin çözüme kavuşturulacağı açıktır.” Hatta bu durumda Yargıtay gerekirse tamamlanmış bir binanın yıkılmasına dahi karar vermektedir. Bkz. Yarg. 1. HD. 24.02.2003, E. 2003/1262, K. 2003/1668 (Kazancı); “Davalıya ait ruhsatsız ve kaçak yapı ve balkon çıkmasının davacının deniz manzarasını kapattığı gözönünde tutularak, balkon çıkıntısının ve bunların üzerinde yer aldığı anlaşılan çekme katın yıkılmasına karar verilmesi gerekirken, yıkımı fahiş zarar doğuracağından bahisle çekme katla ilgili talebin reddedilmesi isabetsizdir.”

¹⁵⁶ Bu yönde bkz. BGE 84 II 85; 42 II 446. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında bu görüşü benimsemiştir. Bu yöndeki kararlar için bkz. **Ulusan**, s. 180 dn. 68.

şaat kurallarına ilişkin olarak yeterince detaylı düzenlemeler içerdiği durumlarda bu kurallara uygun hareket etmek taşkınlığı önleyeceğinden komşu taşınmaz malikine bunlara katlanması gerekeceği ve MK m. 730'dan doğan talepleri ileri süremeyeceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Türk Hukukunda İsviçre Hukukunda olduğu gibi bitmiş yapılardan kaynaklı olumsuz çevre etkilerine ilişkin sınırlayıcı bir kural olmadığından¹⁵⁸, Türk Hukuku bakımından, genel olarak imar kurallarına uygun olarak inşa edilmiş bir yapı da olsa, eğer komşunun ışığına, güneşine, havasına, manzarasına mani oluyorsa bu yapının komşu taşınmazlar bakımından doğurduğu olumsuz çevre etkilerinin yine de MK m. 737 anlamında taşkınlık teşkil edeceği kabul edilebilir. Ancak bu etkiler taşkınlık sınırını geçmiş olsa dahi, komşu taşınmaz maliki MK m. 737/III hükmü çerçevesinde hukuka uygun taşkınlıklara kural olarak katlanmak zorunda olduğundan bunlara da katlanmak zorunda olacaktır. Bu durumda MK m. 730/I'den doğan talepler ileri sürülemeyecek ve bu sebeple yapının yıktırılması veya henüz inşa aşamasında ise inşaatın durdurulması ve hatta tazminat istenemeyecektir. Bununla birlikte biz bu durumda komşu taşınmaz maliklerinin bu sebeple uğradığı zararlar karşılığında, denkleştirmeye ilişkin getirilen MK m. 737/III ve MK m. 730/II hükümleri uyarınca (hukuka uygun bir faaliyet sonucu meydana gelen kaçınılmaz taşkınlıklar dolayısıyla uğranılan zarar kapsamında) hakkaniyet gerektirdiği ölçüde uygun bir denkleştirme bedeli istenebileceği kanaatindeyiz¹⁵⁹. Bu denkleştirme bedeli somut olayın şartlarına göre komşu taşınmazdaki değer kaybı olarak da belirlenebilir. Bu çerçevede örneğin imara uygun inşa edilen bir bina sebebiyle komşu taşınmazın olağanüstü manzarasının kapatılması sonucunda komşu taşınmazın uğradığı değer kaybı karşılığında denkleştirme bedeli istenmesi mümkün olacaktır.

Buna karşılık eğer imar kuralları komşulara yönelik taşkınlık teşkil eden çevre etkilerini hiç veya yeterince dikkate almıyorsa, imar kurallarına uygun bir inşaat yapılmış olsa dahi bu inşaat komşu taşınmaz maliklerine önemli bir zarar verdiği taktirde MK m. 737/II ve dolayısıyla MK m. 730/I hükümlerinin uygulanması dahi düşünülebilir. Zira komşuların katlanma sınırlarını belirleyen MK m. 737 kanaatimizce kamu hukuku düzenlemeleri bakımından da komşuların haklarını asgari ölçüde güvence altına alan bir düzenleme içermektedir¹⁶⁰. Dolayısıyla örneğin eğer komşu taşınmazların güneş ışığının veya ha-

¹⁵⁷ BGE 126 III 452. Bu konuda bkz. **Schmid**, s. 92; **Perhofer**, s. 62 vd.

¹⁵⁸ Yukarıda da belirttiğimiz üzere İsviçre Medeni Kanununda 2009 yılında yapılan değişiklikle MK m. 730 hükmünün karşılığı olan ZGB 679 hükmüne ikinci bir fıkra eklenecek, bir yapının veya tesisin komşu taşınmazı belirli özelliklerinden mahrum bırakması durumunda ZGB 679 f. 1'de (MK m. 730/I) belirtilen taleplerin ancak binanın ya da tesisin inşası zamanında yürürlükte olan düzenlemelere uyulmamış olması halinde söz konusu olabileceği düzenlenmiştir.

¹⁵⁹ Doktrinde Petek de, yeni MK m. 737 f. 3 çerçevesinde yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin hakların saklı olduğu düzenlendiğinden, yapılan inşaat hukuka (imar planlarında öngörülen esaslara ve imar yönetmeliğine) uygun olmasına rağmen, kaçınılmaz olarak bir taşkınlığa sebep oluyorsa hakkaniyet gerektirdiği ölçüde denkleştirme talep edilebileceğini kabul etmektedir (**Petek**, s. 234).

¹⁶⁰ Bunun anlamı eğer kamu hukuku düzenlemeleri komşuların menfaatlerini yeterince dikkate almıyorsa, Medeni Kanunun komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerinin bu konuda komşulara asgari bir koruma sağlamasıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında buna vurgu yapmıştır. Bu konuda bitkilerle ilgili olarak

vasının kesilmesi gibi olumsuz çevre etkileri komşular bakımından ağır nitelikte zararlılara yol açıyorsa, bu durumda inşaat imar kurallarına uygun yapılmış olsa dahi, komşu taşınmaz maliki MK m. 730/I'den doğan talepleri ileri sürebilmeli, gerekirse, inşaatın yapımını durdurabilmeli veya inşaatın yıkılmasını isteyebilmelidir. Nitekim genel olarak bir inşaatın kamu hukuku kurallarına uygun yapılmış olması onun komşuluk hukuku alanında hiçbir denetime tabi tutulmayacağı anlamına gelmez¹⁶¹.

c) Taşkınlığın Kaçınılmaz Nitelikte Olması

Komşu taşınmaz malikinin taşkınlıklara katlanma yükümlülüğünün MK m. 737 hükmünde öngörülen normal düzene göre ağırlaştırılması ve komşu taşınmaz malikinin sadece denkleştirme talebiyle yetinmek zorunda kalması bakımından diğer bir şart da, söz konusu inşaat faaliyetlerinden doğan taşkınlığın kaçınılmaz nitelikte olmasıdır¹⁶². Taşınmaz maliki kendisinden beklenecek tüm tedbirleri almış olmasına rağmen inşaat faaliyetleri sebebiyle mülkiyet hakkının sınırlarının aşılmasına ve bunun sonucunda komşu taşınmaz maliklerine zarar verilmesine engel olamıyorsa ortaya çıkan taşkınlık kaçınılmazdır¹⁶³.

Yine taşınmaz malikinin hangi tedbirleri alması gerektiği de hâkim tarafından objektif kriterlere göre somut olayın şartları çerçevesinde tarafların menfaatleri dikkate alınarak belirlenir (MK m. 4)¹⁶⁴. Bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu durumda o yine taşınmazın durumunu, niteliğini ve yerel âdeti, ayrıca taşkınlığın süresini, tekniğin bilinen durumunu, alınacak önlemler için yapılacak masrafların orantılılığını dikkate alarak bir kanaate varacaktır¹⁶⁵. Örneğin eğer taşkınlığın önlenmesi inşaat sahibi bakımından

bkz. BGE 124 III 452; inşaatlarla ilgili olarak bkz. BGE 138 III 49. Kararların açıklaması için bkz. **Perhofer**, s. 60 vd.; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679a, N. 41.

¹⁶¹ Bir inşaatın nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağı esas olarak kamu hukuku kuralları çerçevesinde belirlense dahi, bazı özel hukuk düzenlemeleriyle inşaat faaliyetlerine birtakım kısıtlamalar getirilmesi mümkündür. Bu düzenlemelerden komşuluk hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakkı sınırlamalarına ilişkin MK m. 738 hükmü inşaat faaliyetlerinin özel hukuk tarafından kısıtlanmasına ilişkin önemli bir örnektir. Söz konusu hüküm uyarınca; “*Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır.*” Dolayısıyla bir taşınmazda inşaat faaliyeti yürütmek üzere her türlü idari izin ve ruhsat alınmış ve inşaatla ilgili alınan ruhsata ve diğer tüm kamu hukuku kurallarına uygun davranılmış olsa dahi, eğer bu faaliyet komşu taşınmazlara onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar verecek mahiyette ise ve bu zararı önlemek mümkün değilse söz konusu hüküm gereğince bu inşaatın yürütülmesi yasaklanabilir (**Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 76 vd.; **Rey/Strebel**, BSK ZGB 686 N. 11 vd.; **Göksu**, CHK ZGB 685 N. 6; **Tekinay**, s. 81). Görüldüğü üzere bu durumda tek başına bir özel hukuk hükmü esas itibarıyla zamansal olarak bir inşaatın yapıp yapılamayacağını belirlemektedir. Bu konuda bkz. **Meier-Hayoz**, BK ZGB 685/686, N. 71.

¹⁶² **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6; **Krauskopf/Girón**, s. 52.

¹⁶³ BGE 114 II 237, E. 5a.

¹⁶⁴ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6; **Krauskopf/Girón**, s. 53.

¹⁶⁵ **Rey/Strebel**, BSK ZGB 679a N. 10; **Krauskopf/Girón**, s. 53.

orantısız masraflara yol açacaksa yine taşkınlığın kaçınılmaz olduğundan bahsetmek gerekir¹⁶⁶.

Bir inşaat projesi söz konusu olduğunda inşaat sahibinden beklenen, inşaat tekniğinin seçimi ve inşaat projesinin yürütülmesinde çevre etkilerinden önlenebilir olanları önlemek, önlenemez olanları ise asgariye indirmektir¹⁶⁷. Özellikle inşaat tekniğinin seçiminin inşaat sebebiyle ortaya çıkması beklenen çevre etkileri üzerinde önemli bir etkisi vardır. İnşaat sahibi mümkün olduğu ölçüde en az zarar verecek inşaat tekniğini seçmek zorundadır¹⁶⁸. Eğer belirli bir tekniğin kullanılması aşırı derecede çevre etkilerine ve taşkınlıklara sebebiyet verecekse, bunun projenin yürütülebilmesi için zorunlu olması gerekir¹⁶⁹.

Eğer bir inşaat faaliyetinin yarattığı çevre etkileri yukarıda açıklandığı şekilde kaçınılmaz nitelikte değilse, diğer bir ifadeyle inşaat faaliyetlerini gerçekleştiren taşınmaz maliki bu çevre etkilerini önlemek için gerekli tedbirleri almamışsa komşu taşınmaz maliki denkleştirme talebiyle yetinmek zorunda değildir¹⁷⁰. Bu durumda o, MK m. 730/I hükmünden doğan tüm talepleri ileri sürebilir. Böylece komşu taşınmaz maliki, inşaat faaliyetlerinden doğan kaçınılabılır nitelikteki çevre etkilerinin, kendisine tanınmış olan eski hale getirme ve tehlikenin önlenmesi talepleri yoluyla katlanmakla yükümlü olduğu şekilde kaçınılamaz nitelikte etkiler derecesine sınırlandırılmasını isteyebilir¹⁷¹. Ayrıca zararın önlenmesi kolaylıkla mümkünken, inşaat sahibi bunu yapmıyorsa bu durumda taşkınlık yine hukuka aykırı olacak ve inşaat için ruhsat alınmış olsa dahi, komşu taşınmaz maliki MK m. 730/I hükmünden doğan tüm talepleri ileri sürebilecektir¹⁷².

d) Zarar Şartı

Son olarak komşu taşınmaz malikinın MK m. 730/II ve MK m. 737/III hükümleri çerçevesinde denkleştirme talep edebilmesi için inşaat faaliyetleri sebebiyle bir zararın doğmuş olması şartı aranır. Burada meydana gelen zararın sorumluluk hukuku anlamında bir zarar olduğu (malvarlığının irade dışı azalması) genel olarak kabul edilmektedir¹⁷³. Zarar malvarlığının aktiflerinin azalması, pasiflerinin artması veya kar kaybı şeklinde görülebilir. Bu çerçevede komşu taşınmaz malikinın malvarlığının taşkınlıklar söz konusu olmasaydı

¹⁶⁶ **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 191 N. 13; **Petek**, s. 296. Taşkınlığı önlemek için alınması beklenen tedbirlerin neler olduğu kamusal çevre hukukuna göre belirlenecektir. Bu sebeple hukuku uygulayan makamların kamu hukuku kuralları ile özel hukukun çevre etkilerine ilişkin kurallarını uyumlu hale getirmesi gerekir (**Wagner Pfeifer**, s. 6).

¹⁶⁷ **Ender**, N. 569; **Krauskopf/Girón**, s. 53.

¹⁶⁸ **Ender**, N. 531; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6.

¹⁶⁹ Tekniğin zorunlu olması ile ilgili kriterler için bkz. **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 6; **Ender**, N. 535 vd.

¹⁷⁰ İnşaat faaliyetlerinden kaynaklı gürültülerden ve bu faaliyetler sebebiyle geçiş güçlüklerinden özellikle olumsuz etkilenen işletmeler (örn. bahçesinde hizmet veren bir restoran veya sabit bir müşteri kitlesinden değil de, daha çok rastgele gelip geçen müşterilerden para kazanan bir dükkân) maddi kayıplarını ve diğer olumsuzlukları azaltmak için elektrik yalıtımı yapmak ya da görünecek şekilde işaret tabelaları asmak gibi ek tedbirleri gerekli görebilirler (**Wagner Pfeifer**, s. 6).

¹⁷¹ **Krauskopf/Girón**, s. 53; **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 5.

¹⁷² Benzer görüşte **Büyüksağış**, s. 215.

¹⁷³ **Krauskopf/Girón**, s. 53; **Fellmann**, s. 63; **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 7.

içinde bulunacağı durum ile hâlihazırdaki mevcut durumu arasındaki fark zararı oluşturacaktır¹⁷⁴.

Yine inşaat faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıklarla komşu taşınmazda meydana gelen zararlar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir¹⁷⁵. Bu iki hususu, yani zararın miktarını ve bu zararın inşaat sahibi taşınmaz malikinin taşkınlıklarından kaynakladığını denkleştirme talep eden komşu taşınmaz maliki ispatla yükümlüdür.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, yukarıda açıkladığımız menfaatler dengesi ve buna dayalı denkleştirme talebi, sadece salt ekonomik zararlar ve küçük çaptaki malvarlığı zararları bakımından geçerlidir¹⁷⁶. Buna karşılık kişi varlığına ilişkin zararlar veya mülkiyet hakkına ilişkin önemli zararlar söz konusu ise MK m. 730/I hükmü uygulanacaktır¹⁷⁷. Zira bu tür mutlak hak ihlali sonucu meydana gelen zararlarda komşu taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü bulunduğu ve sadece denkleştirme ile yetinmesi düşünülemez¹⁷⁸. Dolayısıyla

¹⁷⁴ Hakim tarafından denkleştirmeye konu olacak zararın hesaplanmasında MK m. 730/I (Art. 679 ZGB) hükmünün kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Ender**, N. 881; **Petek**, s. 450 vd. Katıldığımız görüş çerçevesinde MK m. 730/II hükmünün kapsamına kural olarak sadece küçük çaptaki malvarlığı zararları ve salt ekonomik zararlar girer. Bu yönde bkz. **Ender**, N. 886 vd. Esasen Türk hukuku bakımından genel olarak salt ekonomik zararların tazmin edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **Sanlı**, s. 335 vd. Bununla birlikte şunu da ifade etmek gerekir ki, burada talep edilen zararın tam tazmini değil, komşu taşınmaz malikinin hukuka uygun inşaat faaliyetleri sebebiyle uğradığı zararların tamamının uygun bir miktarla denkleştirilmesi olduğundan, artık zarar türleri arasında yapılan ayrımlar bir ölçüde önemini kaybedecektir. Zira hâkim bu durumda genel olarak komşu taşınmaz malikinin olumsuz etkilere katlanması karşılığında fedakârlığın denkleştirilmesi kapsamında ödenecek miktarı somut olayın şartlarına göre serbestçe takdir eder. Bu yönde bkz. **Ender**, N. 880 vd. Kaldı ki katıldığımız görüş çerçevesinde MK 730/II ve 737/III hükümleri salt ekonomik zararın tazminine imkan veren hükümlerdir. Bu yönde bkz. **Eckenstein** s. 65 vd.

¹⁷⁵ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7.

¹⁷⁶ **Ender**, N. 654 vd.; **Eckenstein**, s. 51 vd.; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7. Bir görüşe göre buraya hafif nitelikteki manevi zararları da dahil etmek gerekir. Komşu taşınmaz malikinin, hukuka uygun bir faaliyetten doğan taşkınlıklar sebebiyle kendi taşınmazında ortaya çıkan küçük çaptaki maddi hasarlara ve salt ekonomik zararlarına belirli bir denkleştirme bedeli karşılığında katlanma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilebilir. Ancak manevi zararlar bakımından aynı sonuca varmak mümkün değildir. Kanaatimizce hafif nitelikteki manevi zararlar taşkınlık boyutuna gelmediği sürece, bunlar zaten komşu taşınmaz malikinin MK m. 737 hükmü çerçevesinde karşılıksız katlanma yükümlülüğünün içinde kalır. Ancak bu boyutu aşan, kişi sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelik manevi zararlar söz konusu ise, komşu taşınmaz malikinin artık bunlara denkleştirme bedeli karşılığında katlanması beklenemez. Bu durumda manevi zarara uğrayan komşu MK m. 730/I'den doğan her türlü hakkını kullanabilmelidir. Dolayısıyla manevi zarar bakımından sadece iki seçenek mevcuttur. Denkleştirme karşılığı bu türden zararlara katlanma söz konusu olmaz. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ender**, N. 600 vd.; **Eckenstein**, s. 51 vd., **Ulusan**, s. 321 vd.

¹⁷⁷ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7; **Krauskopf/Girón**, s. 54 vd.; **Ulusan**, s. 321 vd.

¹⁷⁸ İnşaat faaliyetlerinden doğan çevre etkileri komşu taşınmazın özüne zarar verdiği taktirde bunlar yine hukuka uygun bir faaliyetten kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın hukuka aykırı sayılacaktır. Dolayısıyla uğramış olduğu büyük malvarlığı zararları sebebiyle komşu taşınmaz maliki bunlar hukuka uygun bir faaliyetin sonucu

komşu taşınmaz maliki kişilik hakkının veya malvarlığı hakkının ağır ihlali niteliğindeki bir taşkınlıkla karşılaştığında MK m. 730/I'den kaynaklanan önleme ve durdurma haklarını kullanabileceği gibi¹⁷⁹, zararının haksız fiil hükümleri anlamında tam tazminini de talep edebilir¹⁸⁰. Yine bu durumda da inşaat sahibi taşınmaz maliki komşu taşınmaz malikinın uğradığı zararlardan MK m. 730/I çerçevesinde kusursuz sorumlu olacaktır¹⁸¹.

İnşaat faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmaz malikinın uğrayacağı salt ekonomik zararlara örnek olarak, inşaat sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıkların önlenmesi amacıyla alınan önlemler için yapılan masraflar¹⁸², kira bedellerinin indirilmesi sebebiyle meydana gelen gelir kayıpları¹⁸³ veya müşterilerin azalma-

olarak ortaya çıkmış dahi olsa MK m. 730/I hükmünden doğan tüm haklarını kullanabilir. Örneğin kendi taşınmazında bir yapı yapmak üzere temeli çok derin kazan ve bu sebeple komşu taşınmaz üzerindeki binanın yıkılmasına sebebiyet veren malikin fiili hukuka aykırıdır (MK m. 738). Komşu taşınmaz maliki bu durumda sadece tazminat talep etmekle yetinmek zorunda değildir, eğer ki tehlikenin tekrarlanması ihtimali varsa o aynı zamanda MK m. 730/I uyarınca tehlikenin önlenmesi davası açarak inşaatın durdurulmasını veya gerekli ise yıkılmasını da sağlayabilir. Ayrıca inşaat sahibi taşınmaz maliki doğal olarak binanın eski hale getirilmesi için tüm masrafları da tazmin edecektir. Bu tür mülkiyet hakkının ihlali niteliği taşıyan zararlar bakımından komşu taşınmaz malikinın ağırlaştırılmış katlanma yükümlülüğünden bahsedilemez.

¹⁷⁹ Özellikle kişilik hakkının ihlali sonucunda ortaya çıkan bir zarar söz konusu ise, çevre etkilerinden zarar gören komşuların menfaati kural olarak inşaat sahibinin menfaatinin üstünde kabul edilir. Diğer bir ifadeyle bu durumda komşunun inşaat faaliyetine katlanma yükümlülüğü çok düşük değerlendirilir. Dolayısıyla komşu taşınmaz maliki kişilik hakkının ihlali niteliğindeki bir taşkınlıkla karşılaştığında MK m. 24, 25 veya MK m. 730/I'den kaynaklanan önleme ve durdurma haklarını kullanabilir. Bu yönde bkz. **Eckenstein**, s. 51.

¹⁸⁰ Bu tam tazminin içine fiili zararlar girdiği gibi, bu hasarlar sebebiyle ortaya çıkan kar mahrumiyeti de girer. **Sirmen**, Çevre, s. 292. Yarg. 14. HD. E. 2014/474, K. 2014/4775, T. 10.4.2014 (Kazancı) tarihli kararından: "... davalı gerçek kişilerin, davalı Belediye'den aldıkları izin uyarınca taşınmazlarının temel hafriyat kazısı sırasında davalının taşınmazlarına zarar verdiği, zarar bedelinin yerinde yapılan keşif sonucu alınan uzman bilirkişi raporu ile belirlendiği anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece, davacı tarafından taşınmazlarının kiraya verilme suretiyle kullanıldığını ve mahrum kalınan kira bedelinin talep edilmesine karşın, ibraz edilen kira sözleşmesindeki kira süresinin dava konusu taşınmazlara zarar verdiği iddia edilen taşınmazın yıkım tarihinden önceki tarihe ait olduğu, bu nedenle yıkılan taşınmazlardan kira geliri alındığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bir kimsenin kendi taşınmazında yaptığı hafriyat veya inşaat nedeniyle komşusunun taşınmazına bir zarar vermesi veya onu zarara maruz bırakması halinde, bu zararın giderilmesi gerekmekte olup dava konusu taşınmazları kiraya vermek suretiyle kullandığını ileri süren davalının mahrum kalınan kira bedeli de zarar kapsamındadır."

¹⁸¹ Yine manevi tazminat bakımından bkz. **Sirmen**, Çevre, s. 293. Taşınmaz malikinın taşkın müdahalelerinden dolayı bir adam öldüğü veya bedensel zarar ortaya çıktığı takdirde BK m. 53 vd. hükümleri uygulanır. Manevi çevre etkileri de huzursuzluk, asap bozukluğu yaratarak etkilerini insanın ruh sağlığı üzerinde gösterdiğinden bedensel zarar olarak nitelenebilir. Adam ölmesi veya bedensel zarar meydana gelmesi halinde manevi tazminatı düzenleyen BK m. 56 hükmü MK m. 730 ile birlikte uygulanacaktır. Yine şartları gerçekleştiği takdirde BK m. 58 hükmünün de MK m. 730 ile birlikte uygulanması mümkündür. Bu konuda bkz. **Sirmen**, Çevre, s. 293.

¹⁸² Karş. BGE 119 II 420, E. 7a. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 170.

¹⁸³ Karş. BGER 5C.117/2005, E. 2.3. Türk Hukukunda da kiracılar tarafından komşu taşınmazdaki inşaat çalışmaları sebebiyle taşınmazın fiilen kullanımının önemli ölçüde

sı sonucu dükkân ve restoranların cirolarının düşmesi sebebiyle uğradıkları kayıplar¹⁸⁴ girer. Yine kanaatimizce kiracıların komşu taşınmazdaki inşaat faaliyetlerinden doğan taşkınlıklar sebebiyle kiralanana boşaltması sonucu uğranılan kira geliri kayıplarının da bu kapsamda sayılması gerekir¹⁸⁵. Nitekim Türk hukukunda kiracılar tarafından bu sebeple yargıya taşınan pek çok ihtilaf görülmektedir¹⁸⁶. Ancak bu gibi olaylarda denkleştirme talep edilebilmesi bakımından önemli olan, bu tür zararlar ile inşaat faaliyetlerinden doğan taşkınlıklar arasındaki illiyet bağıını ispat edebilmektir¹⁸⁷. Bunun dışında eğer komşu

azalmasına dayanılarak kiralananda sonradan ortaya çıkan ayıp sebebiyle kira bedelinin indirimi davası açılmaktadır. Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD., E. 2014/5834, K. 2015/700, T. 22.1.2015 (Kazancı) kararından: *“Davacı dava dilekçesinde ... Yat Limanında yürütülen inşaat çalışması nedeniyle taşınmazın fiilen kullanımının önemli ölçüde azaldığından bahisle kira bedelinde %70 oranında indirim isteminde bulunmuştur. ... Davacının dava tarihinden itibaren kiralananda sonradan meydana gelen ayıp oranında indirim istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. ...”*

¹⁸⁴ Krauskopf/Girón, s. 54; Göksu, CHK ZGB 679a N. 7; Schmid, s. 94; Wagner Pfeifer, s. 8.

¹⁸⁵ Bununla birlikte Wagner Pfeifer, taşınmazın boş kalması sebebiyle uğranılan zararların geçici süreli inşaat faaliyetlerinin doğrudan değil, sadece dolaylı bir sonucu olduğunu, kira sözleşmelerinin sadece bu sebeple feshinin pek sık görülebileceğini ve yerli derecede kira indirimi yapılırsa çoğu zaman yeni kiralamaların yapılabileceğini, bu sebeple de talep edilen bedelin genellikle kira indirimi şeklindeki gelir kaybı olduğunu ifade etmektedir (Wagner Pfeifer, s. 8).

¹⁸⁶ Ülkemizde kiracıların komşu taşınmazda gerçekleşen inşaat faaliyetleri sebebiyle kira sözleşmesini BK m. 306 hükmü çerçevesinde ayıp sebebiyle feshettikleri de sıklıkla görülmektedir. Buna ilişkin olarak bkz. Yarg. 6. HD. E. 2012/14773, K. 2012/17665, T. 28.12.2012 (Kazancı) tarihli kararından: *“Davalı kiracı kiralanana taşınmazın bir bölümünün kamulaştırılacak olması ve bitişik taşınmazdaki stadyum ve spor kompleksi inşasının sebep olduğu bir takım olumsuzlukları gerekçe göstererek akdi 30.04.2009 gününden itibaren geçerli olmak üzere feshettiğini davacı kiralayana bildirmiştir. Davalı kiracının feshede gerekçe olarak gösterdiği olumsuzluklar mahkemeye mahallinde gerçekleştirilen keşif sırasında bilirkişilerce belirlenerek 13.12.2010 havale tarihli raporun ilgili bölümünde; taşınmazın davalı tarafından stüdyo ve çalışma alanı olarak kiralandığı, parselin bitişiginde üst bölümünde devam etmekte olan stadyum inşaatının kazı ve dolgulardan kopan kaya ve taş parçalarının çevrede bol miktarda bulunduğu, stüdyo olarak düzenlenmiş bölümlerin zemininde daha önceki su baskını ile oluşan çamur tabakasının mevcut olduğu, gerek stadyum inşaatı sırasında oluşan gürültü, moloz ve taş düşmesi gerekse daha sonra meydana gelen ve izleri mevcut olan su baskınları nedeniyle söz konusu bina ve tesislerde televizyon yayıncılığı yapılması ve bu mahallerin stüdyo olarak kullanılmasının uygun olmadığı belirtilmiştir. Akdin düzenlendiği tarihte mevcut olmayan kiralanana taşınmazda sonradan meydana gelen bu olumsuzlukların BK 250.maddesi hükmü uyarınca kiralayanın tekeffülü altında olduğunda kuşku yoktur. Anılan hüküm uyarınca kiralayana akit süresince kiralanana sözleşme ile güdülen amaca uygun bir halde bulundurmamak zorundadır, kiracı kendisinin kusuru olmaksızın kiralananda sonradan meydana gelen bu gibi hallerde ücretten uygun bir miktar indirilmesini isteyebileceği gibi ayıp uygun bir süre zarfından giderilmez ise akdi dahi feshedebilir. ... Tüm bu nedenlerle davalı kiracının feshinin haklı nedene dayandığının kabul edilmesi gerekmekte olduğundan mahkemeye erken feshede dayalı alacak (tazminat) isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.”*

¹⁸⁷ Örneğin cironun düşmesi sebebiyle yaşanan maddi kayıp ile inşaat faaliyetleri arasındaki illiyet bağıının ispatlanması için inşaat faaliyetlerinin başlamasından önceki belirli dönemlere ait ciro ve diğer işletme rakamlarının karşılaştırma amacıyla getirilmesi gerekir. Düşüşte başka sebeplerin etkili olup olmadığı uzman bilirkişilerin raporuyla anlaşılabilmektir (Wagner Pfeifer, s. 8).

taşınmaz maliki taşınmazını ekonomik olarak değerlendirmemiş, taşınmazda bizzat kendisi oturuyor ise, genel olarak onun MK m. 730/II ve MK m. 737/III çerçevesinde denkleştirme talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Zira komşu taşınmaz malikinin taşınmazını kullanırken aldığı keyfin azalması sorumluluk hukuku anlamında zarar teşkil etmemektedir¹⁸⁸.

Eski tarihli kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi denkleştirme talebi için zararın yüksek miktarda olmasını aramaktaydı¹⁸⁹. Fakat bu yöndeki mahkeme içtihatlarından farklı olarak kanunda yeni madde düzenlenirken (ZGB 679a) böyle bir şart aranmamıştır. Dolayısıyla bugün için İsviçre’de uğranılan her türlü zarar miktarı bakımından denkleştirme talebinde bulunmak mümkündür. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da aynı esasın kabul edilmesi uygun olur. Ancak eğer zarar miktarı çok cüzi ise bu durum, ortaya çıkan olumsuz etkinin MK m. 737/II anlamında hoş görülebilecek dereceyi aşmadığı ve taşkınlık niteliği taşımadığı anlamında da gelebilir¹⁹⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hâkimin denkleştirme bedelini belirlerken geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁹¹.

e) Hukuki Sonuç

MK m. 730/II ve MK m. 737/III çerçevesinde komşu taşınmaz maliklerine, hukuka uygun faaliyetlerden doğan ve taşınmaz malikinden hal ve şartlara göre alması beklenen tedbirlerle önlenmesi mümkün olmayan kaçınılmaz taşkınlıklar bakımından MK m. 737 hükmünün genel düzenine göre ağırlaştırılmış bir katlanma yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla komşular hukuka uygun inşaat faaliyetlerden doğan kaçınılmaz taşkınlıkların önlenmesini veya durdurulmasını talep edemezler; uğradıkları zararları ise tam bir tazminat olarak değil, tarafların durumuna, yapılan fedakârlığın ağırlığına, inşaat sahibi taşınmaz malikinin elde ettiği yararlarla göre tespit edilecek, hakkaniyete uygun bir denkleştirme olarak talep edebileceklerdir. Taşınmaz malikinin denkleştirmeden sorumluluğu da kusurdan bağımsız bir sorumluluktur¹⁹².

¹⁸⁸ **Krauskopf/Girón**, s. 54; **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7. Bu konudaki eleştiri ve öneri için bkz. **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 7.

¹⁸⁹ BGE 114 II 230 E 5a.

¹⁹⁰ **Hürlimann-Kaup/Nyffeler**, Teil 1, s. 7; **Krauskopf/Girón**, s. 54; **Göksu**, CHK ZGB 679a N. 6; **Eckenstein**, s. 100.

¹⁹¹ Denkleştirme bedelinin hesaplanmasına ilişkin olarak bkz. **Ender**, N. 774 vd.; **Petek**, s. 450 vd. Örneğin denkleştirmeye hükmederken, taşkınlığa maruz kalanın elde ettiği menfaatlerin de dikkate alınması gerekir.

¹⁹² **Ertaş**, N. 1928; **Petek**, s. 325. İsviçre Hukukunda ise bizden farklı olarak taşınmaz maliki bu gibi durumlarda da tam tazminatla yükümlü tutulmuştur. Esasen Eşya Hukukuna İlişkin Hükümlerin Kısmî Revizyonunu Öngören İsviçre Medeni Kanunu Ön-Tasarısı’nda da Türk hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde bu gibi durumlarda komşu taşınmaz malikinin uygun bir ödeme talep edebileceği kabul edilmişti (Art. 679a Abs. 1 VE-ZGB) Ön Tasarı metninde yer alan maddenin Türkçe tercümesi için bkz. **Büyüktaşış**, s. 214. Ancak Ön Tasarıdan farklı olarak kabul edilen ve yürürlüğe giren ZGB 679a metninde “uygun bir ödeme” değil, “tazminat” ifadesini kullanılmıştır. İsviçre doktrininde de baskın görüş burada bir tam tazminatın söz konusu olduğu yönündedir. Bkz. **Fellmann**, s. 63; **Honsell/Isenring/Kessler**, s. 191 N. 13; **Krauskopf/Girón**, s. 53.

Denkleştirme sorumluluğunun kapsamına inşaat sebebiyle ortaya çıkan taşkınlıkların önlenmesi amacıyla alınan önlemler için yapılan masraflar, kira bedellerinin indirilmesi sebebiyle meydana gelen gelir kayıpları, kiralanan taşınmazın inşaat faaliyetlerinden kaynaklı taşkınlıklar sebebiyle kiracı tarafından boşaltılması durumunda, mal sahibinin kira geliri kayıpları veya dükkân ve restoranların cirolarının düşmesi sebebiyle uğradıkları kayıplar gibi salt ekonomik zararlar ve ufak çaptaki malvarlığı hasarları girer.

Bunun dışında Türk Hukukunda, İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, kanaatimizce henüz inşaat faaliyetleri sürerken veya inşaat tamamlandıktan sonra tamamlanmış binadan kaynaklı olumsuz taşkınlıklar sebebiyle (örn. manzarasının kapanması) komşu taşınmazların değerindeki düşüşler de denkleştirme kapsamında talep edilebilir.

Buna karşılık taşınmaz malikinin inşaat faaliyetleri hukuka aykırı nitelikteyse, onun yine kusursuz ancak bu defa tam bir tazminat yükümlülüğü söz konusu olur. Nitekim bu durumda komşu taşınmaz maliki MK m. 730/I uyarınca tazminat talep edebileceği gibi bu tür faaliyetlerden doğan taşkınlıkların durdurulmasını ya da önlenmesini de talep edebilir¹⁹³.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G.; Gayrimenkul Malikinin Mes'uliyetinin Kavram ve Mahiyeti, AÜHFD, C: XI, S: 1-2, 1954, s. 328-370.

Akipek, Jale G.; Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukuki Neticele-ri, İstanbul 1955.

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut; Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Ayan, Mehmet; Eşya Hukuku - II - Mülkiyet; 9. Baskı; Ankara 2016.

Başoğlu, Başak; Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2016.

Brückner, Bettina; Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017.

Büyüksağış, Erdem; Eşya Hukukuna İlişkin Hükümlerin Kısmi Revizyonunu Öngören İsviçre Medeni Kanunu Ön-Tasarısında Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, BATİDER, C: XXIII, S: 4, 2006, s: 205-218.

Çörtoğlu, İ. Sahir; Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661), ("Komşuluk") Ankara 1982.

Çörtoğlu, İ. Sahir; Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988.

Eckenstein, Pascal; Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB - Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 679 Abs. 2 und Art. 679a E-ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 225, Zürich 2010.

Ender, Thomas; Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermassige Bauimmissionen, Freiburg Schweiz, 1995.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.

Ertaş, Şeref; Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.

Esener, Turhan/Güven, Kudret; Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.

Fellmann, Walter; "Übermässige Immissionen und neue Rechtsbehelfe", Revision des Sachenrechts - ein erster Überblick für Eilige, Bern 2012, s. 53-63.

¹⁹³ **Petek**, s. 325.

Göksu, Tarkan; Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Helvacı, İlhan; Çevre Kirlenmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1989.

Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler Martin A.; Schweizerisches Haftpflichtrecht 5. Auflage, Zürich 2013.

Hürlimann-Kaup, Bettina/Nyffeler, Fabia; Übermäßige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit (Teil 1), BR 2015, s. 5-8.

Hürlimann-Kaup, Bettina/Nyffeler, Fabia; Übermäßige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit (Teil 2), BR 2015, s. 129-134.

Hürlimann – Kaup, Bettina/Pichonnaz, Pascal/Schmid, Jörg/Steinauer, Paul-Henri; Droits réels/Sachenrecht, BR 2015, s. 185-189.

Kaya Kızılırmak, Cansu; Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan Elatmanın Önlenmesi Davası, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 239-271.

Krauskopf, Frédéric/Girón, Soluna; Verantwortlichkeit des Grundeigentümers bei rechtmässiger Bewirtschaftung des Grundstücks nach Art. 679a ZGB, HAVE, Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, s. 43-60.

Meier-Hayoz, Arthur; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1965.

Meier-Hayoz, Arthur; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, 3. Auflage, Bern 1975.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.

Perhofer, Andrea; “Allgemeines Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht/Immissionen ≠ Immissionen-Differenzierungen hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers für Einwirkungen auf das Nachbargrundstück nach der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts”, Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, s. 55-79.

Petek, Hasan; Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK. m. 730/II), Ankara, 2005.

Rey, Heinz/Strebel, Lorenz; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB, (Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), 5. Bası, Basel 2015.

Saller, Roland Rudolf; Praxishandbuch Nachbarrecht, Praxishandbuch Nachbarrecht, (Herbert Grziwotz/Wolfgang Lüke/Roland Rudolf Saller); 2. Auflage, München 2013.

Sanlı, Kerem Cem; Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007.

Schmid-Tschirren, Christina; “Überblick über die Immobiliarsachenrechtsrevision”, Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, 2012, s. 1-24.

Schmid, Jörg; Die lieben Nachbarn – Komplikationen aus Immissionen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, Tagungsband, Freiburg 2010, s. 83-100.

Sirmen, Lâle; Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu, AÜHFD, C: XL, S: 1-4, 1988, s. 281- 306.

Sirmen, Lâle; Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.

Tandoğan, Haluk; Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul 1988.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra; ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet und ergänzt, Zürich/Basel/Genf 2010.

Ulusan, İlhan; Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2012.

Wagner Pfeifer, Beatrice; “Entschädigung für übermässige Einwirkungen durch Bauarbeiten”, BR (Baurecht) 2016, s. 5 vd.

Waldmann, Bernhard; “Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung”, BR/DC 2005, s. 156-162.

Zevkliler, Aydın; Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA KÂR PAYI HAKKINA İLİŞKİN BAZI MESELELER

(SOME ISSUES ON DIVIDEND RIGHT IN PUBLIC JOINT STOCK
COMPANIES)*

Dr. M. Halil Çonkar**

ÖZ

Halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin kâr payı hakkı, mevcut SPKn kapsamında hem eSPKn'a hem de TK'ya göre farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Üstelik bu farklılaşma ikincil mevzuatla daha da derinleştirilmiştir. Bu farklar beraberinde doğal olarak yeni soru ve sorunları da getirmektedir. Bu noktada değerlendirmeye değer bir mesele, halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin her halükârda elde edebilecekleri bir kâr payı haklarının bulunup bulunmadığı sorunudur. Bu soru cevaplanmaya çalışılırken, yeni sistem ile hukukumuzda giren “kâr dağıtım politikası” da kaçınılmaz bir biçimde gündeme gelecektir. Bu belgenin hukuki niteliğinin ne olduğu, özellikle kâr payı hakkına ilişkin hükümler içermesi muhtemel olan anonim şirket esas sözleşmesi karşısında hukuken nerede durduğu açık değildir. Öte yandan, bu konuyla da bağlantılı olarak “kâr dağıtım politikası”na aykırı bir kâr dağıtım veya dağıtmama kararının akıbetinin ne olduğu da cevaplanması gereken bir sorudur.

Anahtar Kelimeler: Kâr payı hakkı, halka açık anonim ortaklıklar, Sermaye Piyasası Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Kâr payı ödeme politikası.

ABSTRACT

Shareholders' dividend rights in public joint stock companies are regulated differently in new Capital Market Act compared to former Capital Market Act and Turkish Commercial Code. In addition, aforementioned difference is deepened by secondary regulations. The differences bring about new questions and problems. Such a problem worth considering is whether shareholder of a joint stock company have a legally guaranteed right to take dividend payment. While answering this question one will also come up against “dividend payout policy” which was introduced to Turkish law by new Capital Market Act. Legal nature of “dividend payout policy” and its relation with articles of association –which might also contain provisions on dividend rights- is uncertain. On the other hand, one must also decide on the fate of a general assembly resolution which is against the provisions in “dividend payout policy”.

* Bu makale, 18.10.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 27.10.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 03.11.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: hconkar@istanbul.edu.tr

Keywords: *Dividend right, public joint stock companies, Capital Market Act, Turkish Commercial Code, dividend payout policy.*

I. Giriş

Anonim şirketlerin tabii olduğu hukuki rejim ve bu arada özel olarak pay sahiplerinin kâr payı alma hakkı, bu konuda temel kanun olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (=TK) düzenlenmiştir. Ancak esas itibarıyla anonim şirketlerin bir tipi¹ olmakla birlikte, sermaye piyasalarının gelişimine koşut olarak giderek kendilerine özgü müstakil bir hukuk alanı oluşturup geliştiren halka açık anonim ortaklıklar bakımından 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda özel hükümler yer almıştır. Bu özel hükümlerden biri de SPKn 19'da pay sahiplerinin kâr payı hakkı ile ilgili olarak ilk üç fıkrada yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye ek olarak, -sermaye piyasası hukukunda iyiden iyiye yerleşen tarzı takiben- ikincil mevzuat kapsamında da bu konuda önemli ve bir ölçüde kanun hükümlerinin çizdiği sınırları aşan düzenlemelere yer verilmiştir.

Kâr payı hakkı konusunda eTK -ve eSPKn- döneminden bu yana yaşanan önemli tartışmalardan bir tanesi anonim şirketlerin asgari bir kâr payı dağıtmak zorunda olup olmadıkları meselesidir. Anonim şirketlerde kâr payı meselesinin ana hatlarının asıl olarak TK'da düzenlenmiş olması dolayısıyla SPKn bakımından yapılacak bir tartışmada TK bağlamında yapılan tartışmaların dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur. Öte yandan kâr payı hakkı konusunda SPKn'nin benimsediği kısmen kendine özgü sistemin bu tartışma bakımından ortaya çıkaracağı olası farklılıkların da göz ardı edilmemesi gerekir. Bu bağlamda özellikle SPKn'nin kâr dağıtım sisteminin temeline yerleştirdiği ve Türk hukukunda yeni bir müessese olan "kâr dağıtım politikası"nın hukuki niteliğinin ne olduğunun ve bu belgedeki açıklamaların kâr payı dağıtım zorunluluğu bakımından ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin de ayrıca ele alınması icap eder.

İşbu makale çerçevesinde yukarıda ortaya konan meselelerin incelenmesi amacıyla öncelikle -bilhassa SPKn sistemi ile karşılaştırma imkânı vermesi açısından- TK'nın anonim şirketlerde pay sahibinin kâr payı hakkı konusunda getirdiği sistem ve doktrinde bunun yorumlanması konusunda ortaya çıkan tartışmalar kısaca ortaya konacak, ardından aynı konuda SPKn ve ikincil mevzuat kapsamında benimsenen düzenleme tarzı ve TK sistemine nazaran ortaya çıkan farklılıkların ne olduğu, bu arada özellikle kâr payı dağıtım zorunluluğu bakımından TK ile SPKn sistemleri arasında bir fark bulunup bulunmadığı üzerinde durulacak, son kısımda ise -daha önceki tartışmalarla da bağlantılı olarak- SPKn bakımından kâr payı dağıtımının merkezinde yer alan kâr dağıtım politikasının hukuki niteliği ve buna aykırılığın yaptırım meseleleri ele alınacaktır.

¹ Burada Tekinalp'in yaptığı dar anlamda tip/geniş anlamda tip tasnifindeki geniş anlamda tip bahis konusudur. Bu ayırım hakkında bkz. **Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, N. 165.

II. TK Çerçevesinde Kâr Payı Hakkı ve Dağıtım Zorunluluğu Meselesi

TK'da kâr payı hakkı konusu asıl olarak TK'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının "Kâr, Kazanç ve Tasfiye Payı" başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenmiş, ancak buna ek olarak konunun şirket hesapları ile olan yakın ilişkisi bağlamında ayrıca "Şirketin Finansal Tabloları, Yedek Akçeler" başlıklı dokuzuncu bölümde ve şirket kârından yararlanması muhtemel bir başka menfaat grubu olan kurucu intifa senedi sahipleri dolayısıyla TK m. 348'de de kâr payı meselesini ilgilendiren hükümlere yer verilmiştir.

Kâr payı hakkı ile ilgili diğer düzenlemeler ve bunlara bağlı meseleler bir tarafa bırakılırsa, anonim şirket genel kurulunun, şirketin dağıtılabilir kârının mevcut olması durumunda, kâr dağıtım kararı almak zorunda olup olmadığı meselesi ile ilgili olarak hem 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (=eTK) hem de TK döneminde, gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Bu arada belirtelim ki söz konusu sorun esas itibarıyla TK 511 (eTK 472), 519/2-c (eTK 466/2, b. 3) ve 523 (eTK 469) çerçevesinde tartışma konusu edilmiştir.

Bu bağlamda bazı yazarlar özellikle TK 519/2-(c) (eTK 466/2, b. 3) düzenlemesine istinaden pay sahiplerinin %5 oranında "temel kâr payı" alma haklarının bulunduğunu ileri sürmüşler, emredici nitelikte olduğunu ifade ettikleri bu hüküm dolayısıyla genel kurulun hiç kâr dağıtmama veya kanunun belirlediği %5'lik orandan daha az bir oranda kâr dağıtma yönünde karar vermesinin mümkün olamayacağını belirtmişlerdir². Giderek anılan orandaki kâr payı hakkının bilançonun tasdiki neticesinde, ayrıca dağıtımaya yönelik bir genel kurul kararına ihtiyaç kalmaksızın, pay sahipleri açısından kesin ve müktesep bir alacak hakkına dönüşeceği dahi savunulmuştur³.

Buna karşılık aksi yöndeki görüş hukukumuzda kâr payı hakkının önemli ölçüde sınırlandırılmasının ve hatta belirli bir bilanço yılı için hiç kâr payı dağıtılmamasının da mümkün olduğu şeklindedir⁴. Bu bağlamda Türk/İsviçre sisteminde genel kurulun kâr payı üzerindeki tasarruf yetkisinin oldukça geniş tutulduğu, TK 519/2-(c) (eTK 466/2, b. 3) düzenlemesinin de anonim şirketlere kâr dağıtımını mecburiyeti yükler şekilde yorumlanmaya müsait olmadığı ifade edilmiştir⁵.

² **Yaşar Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 133; **Hayri Domaniç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması - TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 1526 vd.; **Nazmi Karyağdı**, Kâr Dağıtım, İstanbul 1999, s. 188 vd.; **Erdem Ateşagaoglu**, Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım, İstanbul 2012, s. 85.

³ **Domaniç**, s. 1526.

⁴ **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler IV-V, İstanbul 1961, s. 133; **Turgut Sengir**, "Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı", Batider, C. VII, S. 1, Haziran 1973, s. 80 vd.; **Oğuz İmregün**, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt, İstanbul 2002, s. 433; gerekçe belirtmeksizin %5 kâr payının ayrılmayabileceğinden bahseden **Mahmut T. Birsal**, Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. I, İzmir 1973, s. 54.

⁵ **Ünal Tekinalp**, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1979, s. 314 vd., yazar eserinin ilk basısında dağıtım zorunluluğu görüşünü savunduğunu ancak bu görüşün aksini destekleyen önemli gerekçelerin bulunduğunu zikrederken bu açıklamalara yer vermiş, yeni basıda açıkça görüş değiştirdiğinden bahsetmemişse de Türk/İsviçre sisteminin savunduğu görüşe fazla hak vermediğini belirtmenin bilimsel objektiflik gereği olduğunu ifade etmiştir.

Yeni dönemde de her iki yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede Tekinalp TK 507/1'de kullanılan "net dönem kârı" ifadesinin eTK'nın tercih ettiği "safı kazanç" gibi ortaklıklar ve bilanço hukukuna yabancı bir terim olmayıp doğrudan "dağıtılabılır kâr"a yollama yaptığını, zira dağıtılabılır kârın kaynağının net dönem karı olduğunu, söz konusu terimin anonim şirketin kâr dağıtmamasının önüne geçtiğini⁶; ayrıca TK 519/2-(c) ile %5 oranında kâr dağıtımının zorunlu hale geldiğini⁷ savunmuştur. Aksi görüşteki yazarlar ise esasen ne eTK ne TK'da bu yönde herhangi bir hükme yer verilmediğini, aksi görüşün istinat ettiği TK 519/2-(c) (eTK 466/2, c. 3) düzenlemesinin de kâr dağıtımı ile değil genel kanuni yedek akçe ayırma zorunluluğu ile ilgili olduğunu, bu konuda asıl belirleyici hüküm olan TK 523 (eTK 469)'te öngörülen şartlara riayet edilmek kaydıyla hiç kâr dağıtılmamasının da mümkün bulunduğunu dile getirmişlerdir⁸.

Yukarıda aktarıldığı üzere Türk hukukunda anonim şirketlerin her yıl belirli oranda kâr payı dağıtmakla yükümlü olduğu görüşünü savunan yazarların dayandığı asıl düzenleme TK 519/2-(c) hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca "pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra", kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu genel kanuni yedek akçeye eklenecektir. Hemen belirtmek gerekir ki anılan hükmün hem lafzi hem de sistematik yorumu, bu hükümden bir "kâr payı dağıtım zorunluluğu" çıkarılması-

Yazar daha önceki basıda savunduğu görüşün iki önemli engel ile karşılaştığını belirtmiştir: Bunlardan birincisi eTK 466/2, b.3'ün lafzının bir yasal asgari kâr payı ifade edecek şekilde kaleme alınmamış olması; ikincisi ise eTK 472'de eTK 466/2, b.3'ten farklı olarak "%4" oranının zikredilmiş bulunmasıdır. Yazara göre şayet eTK 466/2, b.3'te bahsi geçen %5 kâr payı yasal bir asgari olsa idi eTK 472'de ödenmesi gerekli %4'ten söz edilmezdi; zira bu düzenleme ile yüzde beşten daha az kâr payı dağıtılabileceği dolaylı yoldan ama açıkça ifade edilmiş olmaktadır.

Yazarın üzerinde durduğu bu ikinci gerekçenin eTK 472'nin muadili olan TK 511 ile ortadan kalkmış olduğu, kanun koyucunun anılan maddenin lafzını eTK 466/2, b.3'ün muadili olan TK 519/2-(c) ile uyumlu hale getirdiği ve bugün için her iki düzenlemede de %5 oranından bahsedildiği belirtilmelidir. Dolayısıyla Tekinalp'in kâr dağıtım zorunluluğu yönündeki daha eski tarihli görüşünün önünde bir engel olarak zikrettiği bir hususun bugün ortadan kalkmış durumda olduğu ifade edilmelidir.

⁶ **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, kn. 14-35c.

⁷ **Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014, kn. 898; daha tereddütlü bir ifadeyle aynı yönde **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017, s. 296.

⁸ **Veliye Yanlı**, "Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı", Batider, C. XXX, S. 1, Nisan 2014, s. 20 vd.; benzer gerekçelerle aynı yönde bkz. **Salih Canözü**, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Ankara 2015, s. 113 vd.; **Ali İhsan Karacan/Esra Erişir Karacan**, Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, İstanbul 2016, s. 225; **Aslı E. Gürbüz Usluel**, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016, s. 94-95, yazar ayrıca "Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik" 12'de de şirketin kâr dağıtım yapmaması ihtimaline yönelik olarak bir düzenleme yapılmış olduğuna işaret etmektedir; gerekçe belirtmesizin TK'nın kâr dağıtım zorunluluğu getirmediğini belirten **Sami Karahan/Hayri Bozgeyik**, Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya 2013, s. 641; **Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 521, bununla birlikte yazarlar kâr dağıtmama kararının iptale tabi bir karar olarak ortaya çıkabileceğini belirtmektedirler, bkz. s. 517, s. 521, dn. 1385.

na engeldir. Bir kere hükmün “C) Yedek akçeler, I- Kanuni yedek akçe, 1. Genel kanuni yedek akçe” şeklindeki kenar başlığının tereddütsüz biçimde ortaya koyduğu üzere, bu düzenleme esasen kâr payı dağıtımı ile değil, kanuni yedek akçe ayırımı ile ilgilidir. Nitekim tartışmaya esas oluşturan bendin lafzı da kenar başlığının çizdiği çerçevenin dışına çıkacak bir ifade içermemekte, yalnızca ikinci tertip kanuni yedek akçenin hangi durumda ayrılmak zorunda olduğunu hükme bağlarken asgari bir şart olarak “pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı” ödenmiş olmasını aramaktadır. Buna göre bir kere pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı dağıtılmış ise, bu oranın üzerine çıkan dağıtımın – ister pay sahiplerine isterse kârdan pay alacak diğer kimselere yapılsın-%10'luk kısmı da ikinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılmak zorundadır. Şu halde bahsi geçen %5'lik kâr dağıtımı, ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılması zorunluluğunun ne zaman ortaya çıkacağını tespiti yarayan bir anahtardan ibarettir. Bu hükümden doğrudan çıkarılabilecek yegâne hukuki sonuç, tespit edilen bu oranda kârın dağıtılmaması halinde ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırma zorunluluğunun da gündeme gelmeyeceğidir. Yoksa sistematik açıdan kâr dağıtımı ile herhangi bir ilgisi olmayan bu maddeden %5'lik kâr dağıtımı zorunluluğu çıkarılması isabetli olmayacaktır.

Benzer bir tespit TK 511 ([e]TK 472) bakımından da dile getirilebilir. Bu hükümde de “Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir” demek suretiyle tıpkı TK 519/2-(c)'de olduğu gibi yalnızca bir anahtar, bu defa yönetim kurulu üyelerinin ne zaman kazançtan pay alabileceklerini belirleyen bir ölçü ortaya konulmuştur. Bu hüküm de tıpkı TK 519/2-(c) bakımından söylediğimiz gibi, pay sahiplerinin kâr payı hakkı ile doğrudan alakalı bir hüküm olmadığından, burada kullanılan ifadede de pay sahiplerine her halükârda “ödenmiş sermayenin” %5'i oranında bir dağıtım yapılması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Şu halyle burada verilen oran yönetim kurulu üyelerine tahsis edilen kazanç payının ne zaman ödenebileceğini gösteren eşiği ortaya koymak dışında bir anlam ifade etmemektedir.

Tüm bu açıklamalarla birlikte bir anonim şirkete yatırım yapan pay sahiplerinin –hiç değilse bir kısmının- asıl saikinin şirketin her faaliyet dönemi sonunda elde ettiği fazlaya katılmak, başka bir deyişle kârdan pay almak olduğu, bir bakıma bu beklentinin anonim ortaklığı ekonomik bir araç olarak cazip kıldığı da şüphesizdir. Dolayısıyla normal olarak anonim ortaklığın faaliyet yılı içerisinde elde ettiği kârın hiç değilse bir kısmını ortaklarına dağıtmasına yönelik böyle bir beklenti işin doğası gereğidir. Bununla birlikte anonim şirketlerin ekonomik hayatın bütünü üzerindeki baskın rolleri, bu şirket türüne ilişkin kanuni düzenlemeler vaz edilirken yatırımcı pay sahiplerinin yanı sıra başkaca grupların, bu kapsamda örneğin şirketi kontrol eden pay sahiplerinin, işçilerin, alacaklıların ve genel olarak kamunun menfaatlerinin de gözetilmesini kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu sebeple anonim şirketin elde ettiği gelirin ne şekilde kullanılacağı noktasında kanun koyucu şirketi bütünüyle başıboş bırakmamış, bu büyük organizasyonun uzun ve sağlıklı bir ömür sürmesine matuf bazı önlemlerle şirket gelirinin her halükârda belirli bir kısmının bünyede tutulmasını zorunlu hale getirmiş (kanuni yedek akçe), ayrıca esas sözleşme ile de bu nitelikte ayırmalar öngörülmesini mümkün kılmış (esas sözleşmesel yedek akçe), hatta teşvik etmiştir (örnek olarak bkz. TK 522). Nihayet kanunda ve esas söz-

leşmede öngörülen ayrımalara ek olarak TK 523/2 ve 3 çerçevesinde, salt genel kurul kararı ile de yedek akçe ayrılması mümkün hale getirilmiştir (olağanüstü yedek akçe). Bu noktada olağanüstü yedek akçe ayrılması için bazı gerekçelerin mevcudiyeti aranmış, -yedek akçe müessesesinin temelinde yatan mantığa uygun bir biçimde- ancak şirketin sağlıklı bir bünye ile faaliyet göstermesini mümkün kılmak için ihtiyaç duyulduğu takdirde bu şekilde olağanüstü bir ayırma gidilebileceği kurala bağlanmıştır. Kısacası kanun koyucu, yatırımcı pay sahiplerinin beklentisini teşkil eden kâr dağıtımı ile diğer ilgililerin ve kamunun menfaatlerine dönük yedek akçe ayırımı arasında, sınırını dürüstlük kuralının çizdiği bir denge yakalamaya çalışmıştır. Dolayısıyla bu menfaatler dengesi uyarınca ihtiyaç duyulması durumunda hiç kâr dağıtılmaması ve bunun yerine ilgili dönem kârının şirket bünyesinde tutulması da, TK sistemi içerisinde mümkün kılınmıştır.

Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihadının da farklı yönde kararların varlığına rağmen⁹ temelde bu dengenin sağlanması yönünde geliştiği söylenebilir. Bu çerçevede Yargıtay, TK 523/2'nin olağanüstü yedek akçe ayrılması için aradığı şartların gerçekleştiğinin objektif bir şekilde ortaya konması durumunda pay sahiplerine hiç kâr dağıtılmamasının da mümkün olduğu yönünde muhtelif kararlar vermiştir. Bu konuda ilkesel nitelikteki bir kararında 11. Hukuk Dairesi aynen:

“Kâr payı dağıtımı konusunda TTK. nun 385, 466/f. 2b, 3 ve 469/2. maddeleri hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Gerçekten, TTK. nun 385. maddesi hükmüyle kâr payı alma kazanılmış hak kabul edilmiş ve paydaşın oluru bulunmaksızın bunda değişiklik yapılamayacağı öngörülmüş ve anılan yasanın 466. maddesi 2. fıkrası 3. bendinde paydaşlara %5 kâr payı ayrılacağı düzenlemesi getirilmiştir. Ne var ki, aynı yasanın 469/2. maddesi hükmüyle ise; ortaklığın sürekli gelişimi ve paydaşlara olabildiğince düzenli biçimde kâr dağıtımını sağlama amacıyla, uygun ve yararlı ise, genel kurulca yasa ve ana sözleşmede öngörülen sınırı da aşar biçimde olağan dışı yedek akçe ayrılabilirliği öngörülerek anılan koşullarla, kâr payı dağıtmama kararı alınabileceği olanaklı kılınmıştır. Ancak bu konudaki bağlantı ve duyarlı dengenin zorunlu koşulu, kâr dağıtmamaya yönelik genel kurul kararının, yalnızca, şirketin sürekli gelişimi ve paydaşlara düzenli biçimde kâr dağıtımını sağlama amacına yönelik bulunmasıdır... Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, kâr payı dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının, ortaklığın sürekli gelişimi ve paydaşlara düzenli kâr payı dağıtımını amacına yönelik olup olmadığının belirlenmesi ve gerekirse bu doğrultuda uzman bilirkişilere de inceleme yaptırılarak buna göre değerlendirilmesi gerekirken...”

şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle bu yaklaşımını ortaya koymuştur¹⁰.

⁹ Yargıtay'ın %5'lik ilk temettünün kanunen dağıtılması zorunlu bir miktar olarak düzenlediği yönündeki kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi, 12.05.1970, 69-2085/1970 (nakleden **Sengir**, s. 83-84), bu karara ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. **Tekinalp**, Bilanço, s. 315-317; Yargıtay 11. HD, 17.03.2016, 15-6354/3021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); %5'lik ilk kâr payını müktesep hak olarak nitelendiren Yargıtay 11. HD, 09.2.1982, 487/479 (**Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen**, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul 2014, s. 416).

¹⁰ Yargıtay 11. HD, 14.10.1982, 3556/3887 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1983, C. 9, S. 1, s. 73); benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi, 06.01.1966, 65-

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da eTK 466/2, b. 3'te kullanılan "%5 kâr payı ayrıldıktan sonra" şeklindeki ifadenin bu hükme karşılık gelen TK 519/2-(c)'de "%5 kâr payı öndendikten sonra" şeklinde değiştirilmiş olmasının, yukarıdaki tartışma bakımından farklı bir sonuca varmayı gerektirip gerektirmeyeceğidir. Nitekim bahsi geçen bu lafız değişikliğine dikkat çeken bazı yazarlar, bu değişiklikte birlikte kanun koyucunun asgari bir kâr dağıtımını zorunluluğu getirdiği sonucuna ulaşmışlardır¹¹. Tekrar pahasına belirtelim ki kanuni yedek akçe ayırımını düzenleyen bir madde olan TK 519'dan kâr dağıtımına ilişkin böyle bir zorunluluğun çıkarılması sistematik yorumun gereklerine aykırı olacaktır. Esasen bu lafız değişikliğinin en makul izahı, daha önceki dönemde kullanılan "ayrılma" ifadesinin uygulamada ve doktrinde ortaya çıkardığı ve kısaca kâr payı dağıtılmaksızın hesaben yapılacak bir ayırma ile ikinci tertip kanuni yedek akçe aşamasına atlamanın mümkün olup olmadığı şeklindeki tartışmanın önüne geçilmek istenmesi, bu gayeyle hükmün mehz İsviçre hukukundaki lafzına uygun şekle getirilmesi olabilir. Nitekim madde gerekçesinde de eTK'daki hükmün içeriğine "temel olan düşünce ve hükümler" in muhafaza edildiği belirtilmiş, madde lafzının eTK döneminde yorum güçlüklerine neden olması dolayısıyla önemli değişikliğin yalnız bu noktada yapıldığı dile getirilmiştir. Bu bakımdan anılan değişikliğe, hele gerekçedeki bu izahat ortadayken ve sistem değişikliğine yönelik en ufak bir ima dahi yokken, kâr payı dağıtımına ilişkin yerleşik sistemi bütünüyle ters yüz edici bir etki tanımak mümkün değildir¹².

Özetle, gerek eTK'nın gerek TK'nın kâr dağıtımını ve yedek akçe ayrılması konusunda vaz ettiği hükümlerin bütünü dikkate alındığında, Türk hukukunda kâr payı dağıtımını konusunda genel kurula oldukça güçlü bir inisiyatif tanındığı, bu çerçevede yıllık kârdan kanuni ve esas sözleşmesel yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan kısmın dahi TK 523/2'nin tanıdığı olağanüstü yedek akçe ayırma yetkisine istinaden pay sahiplerine dağıtılmaksızın bütünüyle bünyede tutulmasının mümkün olduğu belirtilmelidir. Ancak olağanüstü yedek akçe ayırma yetkisi kullanılırken mutlak olarak dikkat edilmesi gereken husus, TK 523/2'nin öngördüğü şartların/gerekçelerin var olmasıdır. Buna göre şirket ancak "aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gereklyse" veya "bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa" olağanüstü yedek akçe ayırma imkânını kullanabilecektir. Böylece şirketin menfaati ile pay sa-

2583/66-57 (Batider, C. IV, S. 2, Temmuz 1967, s. 355-356); Yargıtay 11. HD, 21.05.1981, 2804/2507 (Batider, C. IX, S. 1, Haziran 1981, s. 123-124); Yargıtay 11. HD, 19.06.1984, 2597/3560 (Moroğlu/Kendigelen, s. 416); Yargıtay 11. HD, 10.02.2005, 04-2649/05-990 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 11. HD, 21.04.2005, 04-7121/4042 (Moroğlu/Kendigelen, s. 417); Yargıtay 11. HD, 16.02.2015, 14-16681/2045 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, kn. 898; aynı kesinlikte olmamakla birlikte söz konusu değişiklik dolayısıyla bu sonuca ulaşılabileceği yönünde bkz. **Bah-tiyar**, s. 296.

¹² Bu konuda bkz. **Yanlı**, s. 18 vd.; ayrıca bkz. madde gerekçesinin ifadesi karşısında eski dönemdeki "ayrılma" ibaresinin "dağıtılma" şeklinde değiştirilmiş olmasının fazla bir önem taşımayacağını, nitekim eğer dağıtım zorunlu olsa idi TK 511'de yönetim kurulu üyelerine kazanç payı verilmesinin birinci temettünün dağıtılması şartına bağlanmayacağını belirten **Bumin Doğrusöz**, "Birinci Temettü Zorunlu Mu?", Dünya Gazetesi, 19.05.2015 (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/birinci-temettu-zorunlu-mu/24007>).

hiplerinin menfaati arasında söz konusu gerekçelere riayet edilmek suretiyle objektif bir dengenin sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bu şartların gerçekleştirilmesinin, bir başka deyişle olağanüstü yedek akçe ayırımının gerçek ve somut bir ihtiyaca karşılık geldiğinin açık bir biçimde ortaya konmasından sonra ise, şirketin ilgili faaliyet dönemindeki kârın icabında tamamını bünyede tutmasını engellemek için geçerli bir sebep kanunen mevcut değildir.

III. SPKn ve İkincil Mevzuat Çerçevesinde HAAO'da Kâr Payı Dağıtımını Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı Sorunu

1. Konunun Sermaye Piyasası Mevzuatında Düzenlenme Şekli

Daha önce ifade ettiğimiz üzere halka açık anonim ortaklıklarda kâr payı dağıtımını hususu SPKn 19'da düzenlenmiştir. Maddenin özellikle konumuzu ilgilendiren ilk iki fıkrası

“(1) Halka açık ortaklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar. Kurul halka açık ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak, benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirleyebilir.

(2) Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz.”

şeklinde dir.

Konu ile doğrudan ilgili diğer metin ise SPK tarafından çıkarılan II-19.1 sayılı “Kâr Payı Tebliği”dir¹³. Tebliğin 4/1. maddesinde konuyla ilgili olarak “Ortaklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak genel kurul kararıyla dağıtır. Ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak Kurul tarafından benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirlenebilir.” şeklinde, SPKn 19/1'e mümasil bir düzenlemeye yer verildikten sonra, aynı Tebliğin 5/3. maddesinde de “TTK'ya göre ayrılması gereken yedek akçeler ile esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça; başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, pay sahipleri için belirlenen kâr payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz. Bu maddenin ikinci fıkrası ile TTK'nın 348 inci maddesinin birinci fıkrası ve üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır.” denilerek, yine SPKn 19/2'ye özü itibarıyla koşut bir hüküm vazedilmiştir.

SPKn ile Tebliğ arasında zikredilen maddeler kapsamında sağlanan bu – nisbi-uyuma karşılık Tebliğ, 7. maddesi hükmü ile payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklara özgü olarak SPKn'den önemli ölçüde ayrılmıştır. Bahsi geçen madde aynen şöyledir:

¹³ 23/1/2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklara ilişkin özel hükümler

Madde 7 – (1) Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için kâr payı dağıtım oranı, bu Tebliğ hükümleri uyarınca belirlenen bağışlar eklenmiş net dağıtılabilir dönem kârının yüzde yirmisinden az olamaz.

(2) Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr payını tam ve nakden dağıtmaları zorunludur. Kâr payı ödemeleri kâr payı kuponunun ortaklığa ibrazı karşılığında yapılır. Bu ortaklıklar, Tebliğin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen taksitle kâr dağıtım uygulamasından yararlanamazlar.

(3) Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar, bu maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan kâr payı tutarının genel kurula sunulacak son yıllık finansal tablolara göre sermayenin yüzde beşinden daha düşük olması veya söz konusu finansal tablolara göre net dağıtılabilir dönem kârının 100.000 TL'nin altında olması durumunda, ilgili hesap dönemi için kâr payı dağıtmayabilir. Bu durum, dağıtmama nedeni ile birlikte Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur.

(4) Bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü çerçevesinde dağıtılmayan kâr payı, daha sonraki dönemlerde yapılacak hesaplamalarda kâr payı kalemi olarak dikkate alınır.

Konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla SPKn ve Tebliğ düzenlemeleri böylece aktarıldıktan sonra aşağıdaki başlıkta, söz konusu düzenlemeler çerçevesinde SPKn'a tabi halka açık anonim ortaklıklar bakımından getirilmiş bir kâr payı dağıtım zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorunu tartışılacaktır.

2. HAAO'da Kâr Payı Dağıtım Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Yukarıdaki başlıkta mevzuatın konuya yaklaşımı aktarılırken görüldüğü üzere Tebliğ ile SPKn'de yer almayan bir ayırıma gidilmiş ve payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar ile payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar kâr payı dağıtım bakımından kısmen farklı rejimlere tabi tutulmuştur. Biz de, bu düzenleme biçiminin normlar hiyerarşisi açısından oluşturduğu soruna ilişkin esasen son derece önemli tartışmayı - makalenin asıl konusundan uzaklaşmamak ve hacmini zorlamamak bakımından- bir tarafa bırakarak, aşağıda kâr payı dağıtım zorunluluğu meselesini iki farklı şirket tipi açısından ayrı ayrı ele alacağız.

a. Payları Borsada İşlem Gören Ortaklıklar Bakımından

SPKn 19/2, özellikle Tebliğ ile birlikte değerlendirildiğinde acaba halka açık anonim ortaklık pay sahipleri lehine kâr payı dağıtılması zorunluluğu getirmekte midir?

Bu sorunun cevaplanması noktasında öncelikle konunun Türk hukukunda düzenleniş biçiminin tarihsel serencamına bakmak şüphesiz faydalı olacaktır. Bu bakımdan 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu'nun (eSPKn) konuyla ilgili 15/1. maddesinde yer alan birinci temettü oranının esas sözleşmede yer alması zorunluluğuna ve bunun asgari oranının SPK tarafından belirlenecek olmasına, ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde dağıtımın sırasına ilişkin özel düzenleme, en azından ilk bakışta pay sahiplerinin ilk temettü üzerindeki haklarının daha sıkı bir koruma altında olduğu ve

hatta bir dağıtım zorunluluğunun bulunduğu izlenimini uyandırmaktaydı¹⁴. Ancak zaman içerisinde gerek kanun metninde gerekse tebliğler eyleyle yapılan değişiklikler neticesinde eSPKn metninin ilk anda uyardığı bu izlenimi ortadan kaldıracak bir noktaya gelinmiştir. Gerçekten de önce 1995 yılında çıkarılan Seri: IV No: 15 sayılı tebliğ ile payları borsada işlem gören şirketlere birinci temettü dağıtıp dağıtmamak konusunda bir serbesti tanınmış, daha sonra 4487 sayılı kanun ile 1999 yılında SPKn 15/1'e eklenen cümle ile SPK'ya ihraççıların türleri ve dağıtılabilir kâr tutarları itibarıyla temettü dağıtım zorunluluğunu kaldırma ve erteleme yetkisi verilmiş, nihayet 2011 yılında çıkarılan Seri: IV No: 27 sayılı tebliğ ile de payları borsada işlem gören şirketlerin kârı dağıtmayarak bünyede tutma imkânı vurgulanmıştır (5/2-d).

Yeni dönemde ise SPKn'nın konuya yaklaşım tarzında esaslı bir değişikliğe gidilmiş ve bir yandan ilk temettü oranının esas sözleşmede yer alması zorunluluğu ortadan kaldırdığı gibi, bu oranın asgari sınırının yeknesak biçimde SPK tarafından belirlenmesi tercihinden de vazgeçilmiştir. Bu arada, bir ölçüde esas sözleşme hükmünden arta kalan boşluğu dolduracak biçimde, TK'dan da farklı olarak, kâr payı dağıtımı konusunda tamamen yeni bir belge olarak "kâr dağıtım politikası"nın önceliğine vurgu yapılmıştır. Bu politika değişikliği madde gerekçesinde "*Madde ile Kurul'un temettü oranı belirlemesi ve bu oran çerçevesinde halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranının gösterilmesi zorunluluğu uygulaması yerine halka açık ortaklıkların genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde kârlarını dağıtabilecekleri düzenlenmiştir. Böylelikle dağıtılacak kâr payına ilişkin oransal veya asgari tutar şeklinde herhangi bir kısıtlama getirilmeyerek şirketlere finansal yapıları ve yatırım planlarına uygun hareket edebilme esnekliği sağlanmıştır. Bununla birlikte söz konusu serbestinin kötüye kullanımını engellemek ve piyasanın ihtiyaçları doğrultusunda karar alınabilmesini sağlamak amacıyla Kurul'a sektör ve şirket bazında farklı esaslar belirleme yetkisi verilmiştir.*" şeklinde izah edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen bu esaslı politika değişikliğinin, kâr payı dağıtım mecburiyetinin varlığı meselesine doğrudan değinen, bu bakımdan bilhassa soruna "evet" veya "hayır" şeklinde net bir cevap verilmesini sağlayacak bir tarafı yoktur. Nitekim bu sebeple –tıpkı TK bakımından olduğu gibi– konunun kısa süre içerisinde üzerinde muhtelif yazarlarca kalem oynatılan bir mesele haline gelmesi şaşırtıcı değildir.

Konuyu ilk defa detaylı bir şekilde inceleyen Karacan/Erişir Karacan, bir ayırım yaparak yeni sistemde şayet esas sözleşmede ve/veya kâr dağıtım politikasında bir kâr payı oranı tespit edilmişse bunun dağıtılmasının zorunlu olduğu, şayet esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında böyle bir oran öngörülmemişse şirketin TK uyarınca herhangi bir asgari ödeme yükümlülüğü al-

¹⁴ Nitekim bu düzenlemeye rağmen hisse senetleri borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerin birinci temettü dağıtıp dağıtmama serbestilerinin bulunduğu yönünde bkz. **İsmail Kayar**, "Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'larda Kar Dağıtım", Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 471, 486; aksi görüşte bkz. **Zühtü Aytac**, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtım", Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 58, 60-61; **Hayri Bozgeyik**, "Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım", Batider, C. XX, S. 3, Haziran 2000, s. 133, 136; **Aytac** ve **Bozgeyik** Seri: IV No: 15 sayılı Tebliğ ile yapılan değişikliklerle pratik olarak eSPKn'nın pay sahipleri lehine getirdiği düzenlemelerin esnetildiğini ayrıca ifade etmişlerdir.

ında bulunmadığı yönünde görüş belirtmişlerdir. Yazarlara göre esas sözleşme (SPKn 19/2) veya kâr dağıtım politikasında (Tebliğ 5/3) kâr payı oranı veya miktarı belirlenmişse, bu meblağ pay sahiplerine fiilen dağıtılmadıkça kâr üzerinde başka bir tasarruf yapmak ve bu arada ertesi yıla kâr aktarmak veya serbest yedek akçe tahsisi yapmak mümkün olmadığından, kâr payı dağıtımı da zorunlu hale gelmektedir¹⁵. Gürbüz Usluel de özellikle SPKn 19/2'de geçen "...esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça...", "...kâr payı ödenmedikçe..." şeklindeki ifadeleri vurgulayarak, hükmün lafzının ilgili şirketler bakımından birinci kâr payının dağıtılmasının zorunlu olduğunu düşündürdüğünü, nitekim benzer bir ifade tarzının Tebliğ 5/3'te de yer aldığını belirttikten sonra Karacan/Erişir Karacan'ın yaptığı ayırımı benimseyerek, payları borsada işlem gören şirketlerin gerek esas sözleşmelerinde gerekse kâr dağıtım politikalarında kâr dağıtılması ve oranına ilişkin hüküm bulunuyor ise bu durumda söz konusu şirketlerin birinci kâr payını dağıtmakla yükümlü oldukları, buna karşılık esas sözleşmede bu yönde bir hüküm yer almıyor ve genel kurul tarafından belirlenen kâr dağıtım politikasında da o faaliyet döneminde kâr dağıtılacağına¹⁶ ilişkin bir ifade bulunmuyorsa kâr dağıtma zorunluluğunun da gündeme gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹⁷. Manavgat ise bu konuda "SPKn 19.2 hükmünde ortaklara kâr payı dağıtılması zorunlu kılınmakta..." demekle yetinmiş, bir anlamda zikredilen yazarlardan farklı bir görüşte olduğunu ortaya koymakla birlikte, onlar tarafından (en azından eserlerini daha önce kaleme alan Karacan/Erişir Karacan tarafından) ileri sürülen görüşü ve benimsenen ayırımı tartışmamıştır¹⁸.

Kanımızca bu konuda yapılacak bir değerlendirmede, öncelikle kanun ve tebliğ metinlerinde kullanılan ifadelerin ve tercih edilen kavramların, dağıtım zorunluluğu sonucuna ulaşmak bakımından yeterli olmadığı tespit edilmelidir. Zira gerek SPKn gerek Tebliğ, pay sahipleri için belirlenen kâr payı "ayrılmadıkça" başka herhangi bir ayırım yapılamayacağını söylemektedir. Seçilen bu ifade dikkate alınırsa, diğer ayırımların yapılabilmesi için pay sahipleri lehine "hesaben ayırım" yapılmasının yeterli olacağı sonucuna varılabilir. Zira fiilen kâr payının "ödenmesi" yine aynı düzenlemeler uyarınca yalnızca pay sahibi dışındaki gruplara kârdan pay dağıtılmasının ön şartıdır. Bir başka deyişle -lafzen bakıldığında- bir şirket hesabı olarak pay sahipleri lehine kâr payını ayırdıktan sonra pekâlâ diğer yedek akçe ayırımlarını yapabilecek, yalnızca kârdan pay

¹⁵ Karacan/Erişir Karacan, s. 223-224.

¹⁶ Eserin ilgili kısmında (s. 227) "...kâr dağıtım politikasında o faaliyet döneminde kâr dağıtılmayacağına ilişkin hüküm yer almıyorsa..." ifadesi kullanılmışsa da, burada bir tashih yahut baskı hatası bulunduğu, cümlelerin gelişinden söz konusu kelimenin "dağıtılacağına" şeklinde olması gerektiği anlaşılmaktadır.

¹⁷ Gürbüz Usluel, s. 225, 227. Bu arada Memiş/Turan da SPKn 19 ile esasen teminat altına alınan iki hususun bulunduğunu, bunlardan ilkinin "ortağın kâr payını mutlaka alması" olduğunu belirterek, ilk kâr payının "mutlaka" dağıtılması gerektiği şeklinde anlaşılacak bir ifade kullanmışlarsa da, bu hususu ayrıca ve açıkça tartışmadıklarından, bahsi geçen ifadenin bu kasıtlı mı kullanıldığını kesin olarak anlamak mümkün görünmemektedir (Tekin Memiş/Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2016, s. 125).

¹⁸ Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s. 510.

alması öngörülmüş diğer kimselere ödeme yapamayacaktır¹⁹. Bu durumda TK 523/2'nin de devreye girmesi suretiyle kârın bütünüyle bünyede tutulması mümkündür.

Yine de böyle bir yorumun kanun koyucunun amacı ile uyuşmadığı, fazlaca lafzi bir yorum olacağı söylenebilir. Bununla birlikte hangi yorum tarzı benimsenirse benimsensin her halükârda SPKn 19/2'nin kuvvetini gözde fazla büyütmemek gerekir. Zira dağıtım zorunluluğundan kurtulmak isteyen şirketler –TK'dan kaynaklanan bir zorunluluk da bulunmadığı düşünülüğünde pekâlâ esas sözleşmelerinde pay sahipleri için bir kâr payı oranı belirlemek suretiyle bunu sağlayabileceklerdir. Bu noktada Tebliğin SPKn'a ek olarak kâr dağıtım politikasında yazılmış kâr payı oranını hesaba katması da²⁰ durumu pek değiştirmez: Zira Tebliğ 4/2-a'da kâr dağıtım politikasında asgari olarak yer alması gereken hususlar sayılırken, burada “*kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağı*” gibi bir ifade kullanılmak suretiyle söz konusu şirketlerin en azından dönemsel olarak kâr payı dağıtmama beyanında bulunabilmelerine açıkça izin verilmiştir²¹. Ayrıca her ne kadar devamla “...dağıtılacak ise...kâr payı dağıtım oranı”nın da kâr dağıtım politikasında yer alması zorunluluğu öngörülmüş ise de şirketlerin fiilen açıkladıkları kâr dağıtım politikaları incelendiğinde bu konuda çok zorlayıcı ifadelerin kullanılmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan pek çok şirketin kâr dağıtım politikalarında hedeflenen oranın “*yatırım ihtiyaçları ve finansal imkânlar elverdiği sürece, piyasa beklentileri, uzun vadeli şirket stratejisi, yatırım ve finansman politikaları, kârlılık ve nakit durumu*”, “*ulusal ve küresel ekonomik şartlar*”, “*ilgili düzenlemeler ve finansal imkânlar elverdiği sürece, piyasa beklentileri, uzun vadeli topluluk stratejimiz, Şirketimiz, iştirak ve bağlı ortaklıklarının sermaye gereksinimleri, yatırım ve finansman politikaları, kârlılık ve nakit durumu dikkate alınarak*” gibi kayıtlar çerçevesinde dağıtılacağı ifade edilmekte ve böylece hemen daima bir açık kapı bırakılmaktadır. Ayrıca kimi şirketlerin kâr payı politikalarında da herhangi bir oran zikredilmediği görülmektedir. Yine bazı şirketlerin kâr dağıtım politikalarında veya esas sözleşmelerinde genel kurula safi kârın icabında tamamının bünyede bırakılması imkânını tanıdıkları vakidir. Dolayısıyla SPKn 19/2'nin ilk temettü payı için sağladığı bir koruma var ise bunun muhtelif şekillerde aşılmaya müsait olarak tasarlandığı söylenebilir.

¹⁹ “ayırma” ve “ödeme” ibarelerinin eTK döneminde ortaya çıkardığı farklılığa ilişkin değerlendirilmeler için bkz. **Tekinalp**, Bilanço, s. 313; **Domanic**, s. 1526.

²⁰ SPKn 19/2 ve Tebliğ 5/3 arasındaki bu lafız farklılığı ve bunun sonuçları konusunda bkz. aşağıda V numaralı başlık altındaki açıklamalar.

²¹ Bu arada **Karacan/Erişir Karacan**, Tebliğ'in SPKn'a ek olarak esas sözleşmenin yanı sıra kâr dağıtım politikasında yer alacak bir kâr payı oranını da dağıtım zorunluluğu doğuracak şekilde zikretmiş olmasından bahsederken, bu düzenleme ile kâr dağıtım politikasına “esas sözleşmede yer alacak bir kâr payı hükmü gibi emredici bir nitelik” verilmiş olduğunu ifade etmişlerdir (s. 224). Aşağıda kâr dağıtım politikasının niteliğine ilişkin kısımda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olmakla birlikte şimdiden belirtelim ki, kanuna aykırı bir ikincil mevzuat düzenlemesinin hiç tartışılmaksızın kanun düzenlemesi ile eşdeğer tutulması uygun olmayacağı gibi, esas sözleşme hükmü bir tarafa, kâr dağıtım politikası düzenlemesinin kanun hükümlerini vasıflandırmakta kullanılan “emredici” sıfatı ile anılması kanımızca kesinlikle yerinde değildir.

bb. Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklar Bakımından

Yukarıda daha önce aktardığımız ve payları borsada işlem gören ve görmeyen ortaklıklar arasında SPKn 19'da hiçbir şekilde öngörülmemen bir ayrımı gündeme getiren Tebliğ 7'nin, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar bakımından kâr payı dağıtım zorunluluğu noktasında farklı bir sonuca ulaştırıp ulaştırmayacağı ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

Kanımızca söz konusu düzenlemenin de böyle bir zorunluluğu mutlak olarak bünyesinde taşıdığını söylemek mümkün değildir. Zira anılan maddenin birinci fıkrası yalnızca kâr payı dağıtım oranının asgari ne olabileceğini ifade etmekte, buna karşılık böyle bir oranın esas sözleşmede yer alması veya asgari bu orandan dağıtım yapılması yönünde bir zorunluluk içermemektedir. Esasen dağıtım zorunluluğunun söz konusu olup olmadığı meselesi SPKn 19/2'de ve payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar açısından da uygulanacak bir hüküm olan Tebliğ 5'te (nitekim 5 ve 7'nin kenar başlıklarının bir arada değerlendirilmesi bu durumu teyit eder) düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin böyle bir zorunluluğu –yukarıda payları borsada işlem gören ortaklıklar için yaptığımız açıklamalar çerçevesinde- olsa olsa esas sözleşmelerinde veya kâr dağıtım politikalarında oran belirtmişlerse şirketlere yüklediği sonucuna varılabilir; Tebliğ 5 ise esas sözleşmeye veya kâr dağıtım politikasına oran yazım zorunluluğu getirmemektedir. Bu bakımdan madde ile getirilen farklılık şayet dağıtım yapılacaksa bunun asgari oranının net dağıtılabilir dönem kârının %20'si olarak tespit edilmiş olması, ayrıca yine dağıtım yapılacaksa bunun 7/2 uyarınca tam (yani taksitle değil) ve nakden (yani bedelsiz pay yoluyla değil) ifa edilmesi zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Kaldı ki yine yukarıda belirtildiği üzere SPKn 19/2'nin lafzı dikkate alındığında, esas sözleşme veya kâr dağıtım politikasında bir oran öngörülse bile fiili bir “dağıtım” yerine hesabi bir “ayırma” ile yetinilebileceği sonucuna da ulaşılabilir. Dolayısıyla Tebliğ 7 bakımından da söylenmesi gereken, şayet bu madde ile bir dağıtım zorunluluğu öngörülmek isteniyor idiyse hükmün kaleme alınışı esnasında gereken açıklığın sağlanamadığıdır.

Bu noktada olsa olsa Tebliğ 7/1 ve 7/3 hükümleri birlikte dikkate alındığında birinci fıkrada aslında bir kâr dağıtım zorunluluğunun getirilmeye çalışıldığı sonucuna dolaylı olarak ulaşılabilir. Ancak bu yorum açısından bile üçüncü fıkradaki ihtimalin şirketin esas sözleşmesi veya kâr dağıtım politikasında bir oran belirtilmesi hali için bir istisna hükmü getirdiği veya %20'lik kısmın hesaben ayrılmasının da Tebliğ 5 uyarınca mümkün olduğu, yoksa dağıtım zorunluluğunu ifade etmediği söylenebilecektir²².

²² Karş. **Gürbüz Usluel**, s. 226, yazar örnek olarak payları borsada işlem görmeyen bir şirketin net dağıtılabilir dönem kârının 100.000 TL'nin altında olması, buna karşılık esas sözleşmesinde ve kâr dağıtım politikasında kâr dağıtılmasına ve oranına ilişkin hüküm bulunması durumunda birinci kâr payını dağıtımının yine de zorunlu olacağını, zira bu durumda esas sözleşme hükmü dolayısıyla kâr payının müktesep hak haline geldiğini, hatta aynı hususun kâr dağıtım politikası açısından da söz konusu olduğunu belirtmektedir. Biz kâr dağıtım politikası ile esas sözleşmenin etkileri bakımından eşdeğer tutulmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz; bu konuda bkz. aşağıda IV ve V numaralı başlıklar altında yapılan açıklamalar.

IV. Kâr Dağıtım Politikası

1. Genel Olarak

Daha önce ifade ettiğimiz üzere yeni SPKn'daki kâr dağıtım sisteminin merkezinde, eski dönemde mevcut olmayan "kâr dağıtım politikası" adlı belge yer almaktadır. Bu belge hem SPKn 19/1'de zikredilmiş hem de Tebliğ 4'te müstakil bir madde altında ayrıca ele alınmıştır. Nihayet kâr dağıtım politikası SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de kendine yer bulmuştur (1.6.2, 1.6.4).

Her iki maddeden anlaşıldığı kadarıyla kâr dağıtım politikası halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarında karara bağlanan bir belgedir. Olağan olarak yönetim kurulu tarafından hazırlanacak kâr dağıtım politikası taslağı genel kurulun onayına sunulacaktır²³. Ayrıca Tebliğ 4/3 uyarınca kâr dağıtım politikasında değişiklik yapılmak istenmesi durumunda, bu değişikliğe ilişkin yönetim kurulu kararı ve değişikliğin gerekçesi, Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulacaktır.

2. Kâr Dağıtım Politikasının Hukuki Niteliği ve Aykırılığın Sonuçları

Kâr dağıtım politikası şirket genel kurulunun aldığı bir karar neticesinde oluşması bakımından şirketin tek taraflı beyanını yansıtan bir belge niteliğindedir. Buradaki beyanın hukuki niteliğinin ne olduğu sorusunun cevaplanması ise, bu beyana bağlanacak hukuki sonucun ve beyana aykırılığın yaptırımının tespiti gibi konularda ulaşılabilecek sonucu etkilemesi bakımından özellikle önemlidir.

Buna rağmen doktrinde kâr dağıtım politikasına ilişkin açıklamalar kapsamında genellikle bu tartışmaya girilmediği görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca Karacan/Erişir Karacan buradaki beyanın bir "ilan yoluyla ödül vaadi" veya "kâr dağıtım politikasının kamuya açıklanmasından sonra borsadan pay almış pay sahipleri açısından bir talep hakkı" doğuran bir irade beyanı olarak yorumlanması gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir²⁴.

Kanımızca kâr dağıtım politikasının hukuken anılan yazarların belirttiği şekilde nitelendirilmesi doğru olmaz. Her şeyden önce burada söz konusu olan (kâr dağıtım politikasında şirketin ortaya koyduğu) beyanın teknik manasıyla bir "irade beyanı", dolayısıyla bir "hukuki işlem" niteliğinde olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Gerçekten de kâr dağıtım politikasının, hukuki işlemin karakteristiğini teşkil eden "hukuki sonuç doğurmak amacını güden ve hukuk düzeninin de kendisine bu sonucu tanıdığı irade beyanı" niteliğini²⁵ taşıdığı sonucuna ulaştıracak herhangi bir dayanaktan söz edilemez. Aksine gerek müessesenin isimlendirilişi biçimi, gerek beyanın içeriğine ilişkin pozitif düzenlemeler, burada doğrudan veya dolaylı biçimde "hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanı"ndan ziyade, şirketin kâr dağıtım konusundaki öngörüsünü, pro-

²³ Genel kurulun kâr dağıtım politikasını belirleme yetkisini yönetim kuruluna bırakmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **Karacan/Erişir Karacan**, s. 218.

²⁴ **Karacan/Erişir Karacan**, s. 221

²⁵ "Hukuki işlem" kavramı hakkında bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 84.

jeksiyonunu yahut “tasavvur”unu²⁶ içeren bir metinle karşı karşıya olduğunu göstermektedir.

Bir kere kâr dağıtım “politikası” şeklindeki isim tercihi hissedilir biçimde, anonim şirketin bağlayıcı bir beyanda bulunmaktan ziyade ana hatlarıyla kâr dağıtım konusunda benimseyeceği hareket tarzını ortaya koyan bir belgenin varlığına işaret etmektedir²⁷. İçerik bakımından da Tebliğ 4/2’nin kaleme alınış biçimi bu yorumu desteklemektedir. Bu bakımdan özellikle yukarıda aktarıldığı üzere kâr dağıtım politikasında her şeyden önce “kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağı”nın beyan edilmesi, şirketin son tahlilde bir öngörü ortaya koyması anlamına gelir. Şu halde kâr dağıtım politikasında “kâr payı dağıtılmayacağı”nın beyan edilmiş olması, tek başına kâr payının dağıtılmaması şeklindeki “hukuki sonuç”a yönelmiş ve tek başına bu beyan bahsi geçen hukuki sonucu doğurmaya elverişli bir irade beyanı olarak yorumlanamayacağı gibi, aksi durumda kâr dağıtım şeklindeki “hukuki sonuç”a yönelmiş bir irade beyanının bulunduğundan veya bu beyana bağlı olarak böyle bir hukuki sonucun doğacağından da söz edilemez.

Hâlbuki örneğin Karacan/Erişir Karacan’ın kabul ettiği şekliyle bir “ilan yoluyla ödül vaadi”nin varlığı durumunda ortada teknik manasıyla tek taraflı bir “hukuki işlem” mevcuttur ve yukarıda ortaya konulan hukuki işlem tanımına uygun olarak böyle bir “irade beyanı” tek başına yönelmiş olduğu “hukuki sonuç”un doğması için yeterlidir²⁸. Oysa kâr dağıtım politikasındaki beyanın tek başına doğuracağı bir hukuki sonuçtan, örneğin dönem sonunda kâr dağıtım politikasında öngörülen oranda kâr payı hakkının salt bu metinde ortaya konan beyana istinaden ortaya çıkacağından bahsetmek kesinlikle mümkün değildir.

Benzer şekilde kâr dağıtım politikasının “kamuya açıklanmasından sonra borsadan pay almış pay sahipleri açısından talep hakkı” doğuran bir metin olduğu da kabul edilemez. Zira hukuki bir terim olarak “talep hakkı” –bu kavramı açıkça bir pozitif hukuk düzenlemesi çerçevesinde tanımlayan Alman BGB § 194/1’den mülhem- “bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını istemek hakkı” olarak tanımlanmıştır²⁹. Talep hakkının asli kaynağı ise alacak hakkıdır³⁰; dolayısıyla bir talep hakkından bahsedebilmek için her şeyden önce kural olarak bir alacak hakkının mevcut olması gerekir. Hâlbuki kâr dağıtım politikası bir tarafa, bundan çok daha esaslı ve “kurucu” bir metin olan esas sözleşmede yer alan kâr payı hakkına ilişkin bir düzenleme dahi tek başına alacak hakkı doğurmaya elverişli bir beyan teşkil etmez; kâr payının bir alacak

²⁶ İrade beyanları ile tasavvur beyanları ayırımı ve farkları için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 84, 86.

²⁷ Kâr dağıtım politikasının “niteliği itibarıyla, ortaklığın kâr dağıtımını konusunda sonraki yıllarda izlemeyi tasarladığı yolun ana çizgilerini gösteren bir ilkeler bütünü olduğu” yönünde bkz. **Manavgat**, s. 500.

²⁸ İlan yoluyla ödül vaaadinin bu niteliği için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 94.

²⁹ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 39; **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 323.

³⁰ Talep hakkının en yaygın kaynağı alacak hakkı, daha genel olarak borç ilişkileri olmakla birlikte, bunun dışında örneğin eşya hukukundan, miras hukukundan, aile hukukundan yahut kişiler hukukundan kaynaklanan talep haklarının da gündeme gelebileceği göz ardı edilmemelidir; bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 41; **Oğuzman/Barlas**, s. 323.

hakkına dönüşebilmesi için genel kurulun ilgili döneme ilişkin olarak bir kâr dağıtım kararı almış olması icap eder. Şu halde kâr dağıtım politikasının bir talep hakkı doğurduğundan bahsetmek, bunu takiben pay sahiplerinin salt buradaki beyana istinaden şirkete karşı bir alacak hakkına ve buna bağlı bir “talep hakkı”na sahip olduklarını söylemek anlamına geleceğinden kesinlikle kabul edilemez.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere burada teknik manasıyla bir “irade açıklaması”nın değil bir “tasavvur beyanı” bulunduğu kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Böyle bir vasıflandırmanın kâr dağıtım politikasının mahiyetine ve burada yer alan beyanın doğurabileceği sonuçlara uygunluk açısından daha doğru olacağı kanaatindeyiz: Gerçekten de böylece bir kere aksi görüşün hukuk teorisi açısından doğuracağı –yukarıda arzettiğimiz- açmazlarla karşılaşıl-mayacağı gibi, kâr dağıtım politikası içerdiği beyanın kuvveti itibarıyla de doğru bir yerde konumlandırılacak, daha açık ifade etmek gerekirse bu metnin esas sözleşmenin önüne geçmesine de izin verilmemiş olacaktır. Aksi yönde bir yorum, -aşağıda ayrıca üzerinde durulacağı üzere- esas sözleşme ile kâr dağıtım politikası arasındaki mahiyet farkının yok sayılması anlamına gelecek sonuçlar doğurabilecektir.

V. Kâr Dağıtım Politikasına Aykırı Kâr Dağıtım Kararının Akıbeti

Kâr dağıtım politikasının hukuki niteliği tartışması ile ilgili ve pratik sonuçları bakımından önemli bir mesele de, genel kurulun kâr dağıtmaya (veya dağıtmamaya) ilişkin kararının kâr dağıtım politikasına aykırı olması durumunda bu kararın akıbetinin ne olacağı hususudur.

Doktrinde bu konuda hâkim olan görüş böyle bir kararın TK 445 vd. uyarınca iptal yaptırımına tabi olduğu yönündedir. Bu görüşe göre SPKn 19/1’de halka açık anonim ortaklıkların kârlarını “kâr dağıtım politikaları çerçevesinde” dağıtmalarının öngörüldüğü dikkate alındığında, kâr dağıtım politikasına aykırı bir kâr dağıtım kararının, kanuna aykırılık anlamına geleceği açıktır³¹.

Kanımızca bu konuda bir yorum yapılırken SPKn 19/1’de kâr dağıtımının yalnızca “kâr dağıtım politikaları çerçevesinde” değil “kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak” yapılmasının öngörüldüğü gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla bizce kâr dağıtımının tek başına kâr dağıtım politikasına aykırı olmakla birlikte daha genel olarak “ilgili mevzuat hükümlerine uygun” olması ihtimalinde iptal sonucuna ulaşmak da mümkün olmamalıdır. Şu halde değerlendirilmesi gereken husus, SPKn ve TK hükümleri kapsamında böyle bir ihtimalin gündeme gelmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Bu noktada SPKn 19/2 ve Tebliğ 5/3’ün lafızları arasındaki farklılığın nasıl telif edileceği meselesi de önem kazanmaktadır. Gerçekten SPKn 19/2’de “esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça” diğer ayırımların yapılamayacağı hükmüne bağlanmışken, Tebliğ 5/3’te kanundan farklı olarak aynı yasağın “esas sözleşmede **veya kâr dağıtım politikasında pay**

³¹ Karacan/Erişir Karacan, s. 218, Manavgat, s. 502, Gürbüz Usluel, s. 224; buna karşılık Manavgat kâr dağıtım politikasının bilanço karara bağlanırken göz önüne alınması gereken bir ilkeler bütünü olmakla birlikte mutlak bir bağlayıcılığa sahip olmadığı, bu bakımdan haklı sebeplerin varlığı halinde kâr dağıtım politikasında yer alan ilkelere sapan kararlar alınabileceği görüşündedir; s. 502.

sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça” yürürlükte olacağı belirtilmiştir. Şayet kanun ve tebliğ arasındaki bu uyumsuzluk –normlar hiyerarşisi uyarınca olması gerektiği şekilde- kanun lehine halledilecek olursa, şirket esas sözleşmesinde pay sahipleri için bir kâr payı oranı belirtilmediği takdirde –kâr dağıtım politikasında oran belirtilmiş olsa bile- diğer ayırımların yapılabileceği, bu çerçevede esas sözleşmesel yedek akçelerin yanı sıra, şartların varlığı durumunda TK 523/2’deki olağanüstü yedek akçelerin de ayrılabilmesi, böylece duruma göre netice itibarıyla yıllık kârın tamamının bünyede tutulmasının mümkün olabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda, kâr dağıtım politikasında dağıtım ile ilgili bir oran telaffuz edilse bile, kâr dağıtmama kararının SPKn 19/1’e aykırılık taşımadığı, zira kâr dağıtım politikasına aykırı olsa da bizzat SPKn 19/1’de belirtildiği şekliyle “ilgili mevzuat hükümlerine uygun” bir dağıtmama kararı alındığı, netice itibarıyla kâr dağıtım politikasına aykırılığın iptal sonucu doğurmasının söz konusu olmayacağı söylenebilecektir.

Buna karşılık -normlar hiyerarşisini görmezden gelmek suretiyle- Tebliğ 5/3’te yer alan “veya kâr dağıtım politikasında” şeklindeki ekleme dikkate alınacak olursa, kâr dağıtım politikasında bir kâr payı oranı öngörülmesi halinde, burada belirtilen ayırım yapılmadığı sürece herhangi bir şekilde yedek akçe ayrılmasının veya ertesi yıla kâr aktarılmasının mümkün olmayacağı, bu durumda ise kâr dağıtım politikasına aykırı bir dağıtımın diğer mevzuat hükümlerine uygunluğu ihtimalinin de gündeme gelmeyeceği, dolayısıyla her halükârda kâr dağıtım politikasına aykırı dağıtımın (veya dağıtmama kararının) SPKn 19/1’e aykırılık dolayısıyla iptal yaptırımına tabi olacağı sonucuna ulaşılabilir. Ancak hemen belirtelim ki, bu ikinci yorumun benimsenmesi ihtimalinde dahi meselenin bütünüyle bir sonuca bağlandığını söylemek mümkün görünmemektedir. Zira bu defa da daha önce ilgili kısımda işaret ettiğimiz, SPKn 19/2’deki “ayrılma” ibaresinin nasıl anlaşılması gerektiği tartışmasının aşılması gerekir. Gerçekten de bu tartışma bağlamında şayet “ayrılma” tabirinin bilinçli bir tercih olduğu kabul edilirse, bunu takiben şirketin pay sahipleri için kâr dağıtım politikasında belirlenen oranda hesabı bir “ayırım” yaptıktan sonra diğer ayırımları da yapabileceği, böyle bir uygulamanın kanuna da uygun olacağı, sonuç olarak bu durumda fiilen bir dağıtım kararı verilmemesine rağmen yine “ilgili mevzuat hükümlerine uygun” bir karar mevcut olduğundan iptal yaptırımının da gündeme gelmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

Kısacası bize göre SPKn 19/1 düzenlemesi, yukarıdaki muhtelif yorumlar ve bakış açıları dikkate alındığında, tek başına kâr dağıtım politikasına aykırı dağıtım kararlarının iptali için bir dayanak teşkil etmemektedir. Hatta bu maddede kullanılan “*kârlarını genel kurulları tarafından belirlenen kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar*” şeklindeki geniş çerçeveli ifade karşısında, maddenin TK 445 anlamında iptal yaptırımına yol açacak emredici bir kanun düzenlemesinden ziyade, ilkesel bir hüküm şeklinde düşünüldüğünü, esasen malumun ilamı mahiyetinde olmak üzere kâr dağıtım konusunda halka açık anonim ortaklıkları ilgilendiren “tüm mevzuat düzenlemelerinin” göz önüne alınması gerekliliğine vurgu yapan bir hüküm olarak tasarlandığını söylemek hadisenin bütününe daha uygun bir yorum olarak görünmektedir. Kâr dağıtım politikasının kendisinin de esasen mutlak bağlayıcı nitelikte olmaktan ziyade –yukarıda savunduğumuz üzere- ilkesel bir metin olması bu yorumu destekler.

Nitekim daha önce ifade edildiği üzere, esas sözleşme ile kâr dağıtım politikası arasındaki mahiyet farkı da, aykırılığın sonuçları bakımından her iki

metin arasında ayırım gözetilmesini gerektiren bir başka faktördür. Bilindiği üzere esas sözleşme bir anonim şirket açısından kurucu nitelik taşıyan ve bu özelliği dolayısıyla esasen ancak belirli prosedürlere ve ağırlaştırılmış yeter sayılara tabi olarak değiştirilebilecek bir metindir. Gerçi SPKn 29/3 ile halka açık anonim ortaklıklar bakımından esas sözleşme değişikliği kararı da genel kurulda kâr dağıtım politikasının onaylanması için aranan basit nisaba tabi kılınmıştır; ancak tek başına bu istisnai düzenleme iki metin arasındaki mahiyet farkını ortadan kaldırmaz. Nitekim halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için –diğer prosedürlerin yanı sıra-, kâr dağıtım politikası değişikliğinden farklı olarak hem TK 333 ve bu madde uyarınca çıkarılan “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” 5 gereği Gümrük ve Ticaret Bakanlığının iznine, hem de SPKn 33/2 uyarınca SPK’nın uygun görüşüne ihtiyaç vardır. İki metin arasında böylesi bir mahiyet farkı varken esas sözleşme ile kâr dağıtım politikasını, aykırılığın yaptırımı bakımından aynı kefeye koymak, en başta mantiken ikna edici olmayacaktır.

Nihayet kâr dağıtım politikasına aykırılığın yaptırımı konusundaki sert bir tutumun, kâr dağıtım politikalarında oran veya dağıtıma ilişkin açık bir “taahhüt” yerine çok daha esnek ifadeler kullanmak suretiyle aşılabileceği, hatta hükümün emrediciliğini ve dolayısıyla iptal yaptırımını vurgulamanın pratikte pek çok kâr dağıtım politikasının aslında hiçbir somut bilgi içermeyen “dostlar alışverişte görsün” kabilinden metinler olarak kaleme alınması sonucunu doğurabileceği de dikkate alınmalıdır.

Bu açıklamalar kapsamında kanımızca kâr dağıtım politikasına aykırı bir kâr dağıtım kararının, kanuna aykırılık gerekçesi ile iptal davasına konu edilmesi doğru olmaz. Esasen TK 445’in dürüstlük kuralına aykırılığı bir iptal sebebi olarak kabul eden düzenlemesi, kâr dağıtım politikasına aykırı kâr dağıtım kararlarının denetlenmesi için yeterli bir güvence teşkil eder. Bu çerçevede genel kurulun kâr dağıtım kararının kâr dağıtım politikasına aykırı olması tek başına ve otomatik olarak –kanuna aykırılık gerekçesi ile- bir iptal sebebi kabul edilmemelidir, kâr dağıtım politikasının esasen hazırlandığı dönemdeki öngörülerini yansıtan bir tasavvur açıklaması olduğu unutulmamalı, sonradan şirketin bu açıklamadaki öngörülerine uygun olarak kâr dağıtımını engelleyecek yahut bu metinde öngördüğü hareket tarzından sapmasını gerektirecek olguların ortaya çıkması halinde kâr dağıtım politikasına aykırı hareket tarzının benimsenmesinin mümkün olduğu kabul edilmeli, ancak bu metinden ayrılmanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda –kâr dağıtım politikasına ve dolayısıyla SPKn’a aykırılık gerekçesiyle değil, dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle- iptal sonucuna varılmalıdır³².

VI. Sonuç ve Genel Değerlendirme

1. Yukarıda muhtelif başlıklar altında yapılan izahat kapsamında açıkça görüleceği üzere, bir yandan kanun ve ikincil mevzuat arasındaki –payları borsa işlemleri görmeyen halka açık ortaklıklar örneğinde olduğu gibi- zaman za-

³² Karş. haklı bir sebebe dayanmadan, kâr dağıtım politikasındaki ilkelere aykırı olarak alınan kâr dağıtımına ilişkin kararın, “kanuna ve dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptalinin istenebileceği” görüşünde, **Manavgat**, s. 502.

man fahiş ölçülerdeki uyumsuzluk, diğer yandan ilgili hükümlerin kaleme alınışındaki özensizlik gibi sebeplerle, halka açık anonim ortaklıklarda kâr payı dağıtımına ilişkin düzenlemeler, bünyesinde birçok yorum problemini de barındırmaktadır.

Bu noktada özellikle öne çıkan ve bizim de inceleme konusu yaptığımız meseleler, halka açık anonim ortaklıklarda esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında bir oran zikredilmesi durumunda fiili bir kâr dağıtım zorunluluğunun gündeme gelip gelmeyeceği ve kâr dağıtım politikasına aykırı bir dağıtım/dağıtmama kararının akibetinin ne olacağı sorunlarıdır.

2. İlk sorun bakımından SPKn 19/2'nin kullandığı “ayırılma” tabiri eTK döneminde de gündeme gelen “hesabi ayırım” yorumunu destekleyebilecek bir tercihtir. Üstelik bu sorun, -Tebliğ 7 ile kanuna aykırı olarak getirilen farklılığa rağmen- payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıkların yanı sıra payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar bakımından da aynen vakidir. Bu yorumun kabulü halinde şirket esas sözleşmesinde veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için bir kâr dağıtım oranı zikredilmiş olsa bile fiili dağıtım yerine hesabi bir ayırım ile yetinmek mümkün olacaktır.

Bu tartışmanın bir şekilde aşılması ihtimalinde ise SPKn 19/2 uyarınca esas sözleşmede pay sahiplerine dağıtılması öngörülen kâr payı oranı belirtilmiş ise, -TK 523'ten farklı olarak- bu oranda kâr payı dağıtılmadan başkaca bir ayırım yapılması mümkün olmadığından, dağıtılabılır kârın varlığı durumunda pay sahiplerinin kesin bir biçimde kâr payından yararlanacakları söylenebilir. Ancak TK'da veya SPKn'da anonim şirket esas sözleşmesinde kâr payı oranının öngörülmesi gibi bir zorunluluğun bulunmaması karşısında, esas sözleşmelerinde böyle bir hüküm bulunmayan anonim şirketlerin kâr dağıtım konusunda tamamen serbest oldukları sonucuna varılacaktır.

Bu noktada dikkat çeken bir husus da, SPKn 19/2'den farklı olarak Tebliğ 5/3'te esas sözleşmenin yanı sıra “kâr dağıtım politikası”nda belirlenen kâr payının da diğer dağıtımlar karşısında öncelikli olduğunun ifade edilmiş olmasıdır. Söz konusu Tebliğ düzenlemesinin kanuna aykırılığı başlı başına bir meseledir. Ancak bu sorun bir an için görmezden gelindiği takdirde, tıpkı esas sözleşme bakımından olduğu gibi kâr dağıtım politikası bakımından da oran belirtme zorunluluğu bulunmadığı, dolayısıyla Tebliğ ile yapılan bu eklemenin esasen pratikte büyük bir farklılığa yol açmayacağı söylenebilir. Gerçekten de kâr dağıtım politikasının içeriğini düzenleyen Tebliğ 4/2-a'da “*kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağı, dağıtılacak ise ortaklar ve kâra katılan diğer kişiler için belirlenen kâr payı dağıtım oranı*”nın belirtilmesinden bahsedilmiş, mutlak bir oran yazım zorunluluğu getirilmemiştir. Dahası uygulamada halka açık anonim ortaklıkların yayınladıkları kâr dağıtım politikaları incelendiğinde, çoğu defa kâr payının dağıtılıp dağıtılmayacağı konusunda son derece esnek ifadelerin kullanıldığı ve hatta bazen dağıtımın öngörüldüğü durumlarda dahi bir orana yer verilmediği görülmektedir. Şu halde bu düzenlemenin de bir kâr payı dağıtım zorunluluğunu mutlak olarak bünyesinde barındırmadığı tespit edilebilir.

3. Hukuk politikası açısından bakıldığında kâr dağıtım konusunda payları borsada işlem gören ve görmeyen ortaklıkların farklı şekilde ele alınması gerektiği söylenebilir. Zira bu iki tür ortaklık arasında özellikle payların nakde tahvil edilebilirliği noktasında esaslı bir fark vardır. Payları borsada işlem gören ortaklıklarda kârın dağıtılmayarak şirket bünyesinde tutulması veya yetersiz kâr dağıtılması gibi durumlarda pay sahibinin payını borsada satmak suretiyle nakit ihtiyacını başka bir yoldan gidermesi veya kâr dağıtım kararlarını beğen-

mediği şirketle arasındaki pay sahipliği ilişkisini sonlandırması kolayca mümkün iken, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için aynı kolaylık söznusu değildir³³. Bahis mevzuu farklılığın kâr dağıtım sistemlerinde de bir farklılığı beraberinde getirmesi gerektiği söylenebilir. Bu bakımdan mevcut sermaye piyasası hukuku sisteminde –normlar hiyerarşisine aykırı biçimde olmakla birlikte- payları borsada işlem gören ve görmeyen ortaklıklar arasında kâr payı dağıtım bakımından bir farklılık gözetilmiş olmasının iki ortaklık arasındaki yapısal farklılığa uygun düştüğü, bu ayırımı getirenlerin amacının da bu yapısal farklılık ile mevzuat arasında bir uyum sağlamak olduğu söylenebilir. Ancak mevcut düzenleme tarzı ve özellikle tercih edilen ifadeler, düzenlemeyi kaleme alanların böyle bir amaca sahip olduklarını kesin olarak göstermekten uzaktır. Zira yukarıda ilgili kısımda ortaya koymaya çalıştığımız üzere mevcut düzende payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda pay sahiplerini korumak üzere her halükârda asgari bir dağıtım zorunluluğunun öngörüldüğünü söylemek mümkün değildir.

Şu halde mevcut durumda sorunun ilk aşamada hukuk politikasının tainini, ikinci aşamada ise bir hukuk tekniği meselesi olarak ortaya çıktığı tespit edilebilir. İlk aşama bakımından; hukuk politikasını belirleme işinin nihai olarak kanun koyucunun uhdesinde olduğu, bu itibarla kanun koyucunun kanun ile getirmediği bir sistem ayırımının daha alt düzeyde idari kurumlarca getirilmesinin bu temel kurala aykırılık teşkil edeceği, dolayısıyla böyle bir ayırım uygun görülüyorsa bunun kanun düzeyinde gerçekleştirilmesi gerektiği söylenmelidir. İkinci aşama bakımından ise, eğer gerçekten bu ayırım ile zannettiğimiz amaç güdülmüş ise, mevcut düzenlemenin kaleme alınış biçiminin bu amacın teminine uygun olmadığı, payları borsada işlem gören ve görmeyen ortaklıklar arasında kâr dağıtım konusunda gerçekten bir farklılık öngörülmek isteniyorsa bunu sağlamak amacıyla getirilen düzenlemelerin hukuk tekniği bakımından başarılı olmadığı ifade edilmelidir.

4. Nihayet kâr payı dağıtım konusunda tamamen halka açık anonim ortaklıklara özgü olarak hukukumuza dâhil olan “kâr dağıtım politikası”nın da, özel hukuk sistemimizde nereye oturduğu, nasıl nitelendirilmesi gerektiği meselesinin özellikle SPKn eliyle daha net bir şekilde tespiti, hukuk güvenliği bakımından isabetli bir tercih olurdu. Zira bu temel mesele halledilmediği takdirde, sonraki aşamalarda ortaya çıkacak başka problemlerin kesin bir çözümine ulaşmak da mümkün olmayacaktır. Bu sorun kendisini özellikle kâr dağıtım politikasına aykırı bir kâr dağıtım kararının akıbeti meselesinde göstermektedir. Hali hazırda doktrinde kâr dağıtım politikasının niteliği ile ilgili olarak ortaya konulan fikirler ve bunu takiben benimsenen, bu belgeye aykırı bir kâr dağıtım kararının iptal yaptırımına tabi olduğu yönündeki genel yaklaşım, esas sözleşme ile kâr dağıtım politikasını sonuçları ve etkileri itibariyle eşdeğer duruma getirmektedir. Hâlbuki gerek kâr dağıtım politikasının içeriğine ilişkin son derece esnek düzenlemeler, gerekse SPK 19/1’de kullanılan ve halka açık anonim ortaklıkların kârlarını “*kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili*

³³ Nitekim bkz. borsa şirketlerinin kâr durumu açıklanır açıklanmaz bunun hisse senedi fiyatlarına yansıdığı, şirketin kâr ya da zararı hisse senedi fiyatını doğrudan etkilediği için kârın dağıtılıp dağıtılmamasının yatırımcı bakımından diğer anonim ortaklıklardaki kadar önemli olmadığı, hâlbuki hisse senetleri borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar ile kapalı anonim ortaklıklar bakımından kâr dağıtımının borsa şirketlerine göre daha önemli olduğu yönünde **Kayar**, s. 456.

mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtacaklarını belirten geniş ifade dikkate alındığında, kanun koyucunun kâr dağıtım politikasına böyle bir güç tanımayı hedeflemediğini söylemek bizce daha isabetli bir yorum olacaktır. Aksi bir yorum, değiştirilebilmesi için hem Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznine hem de SPK'nın uygun görüşünün alınmasına ihtiyaç duyulan esas sözleşme ile nispeten basit bir biçimde değiştirilebilecek olan kâr dağıtım politikasına aykırılığın aynı yaptırıma tabi kılınması anlamına geleceği için en başta mantıken ikna edici değildir. Kaldı ki aksi görüşü savunan yazarların sağlamak istediği koruma TK 445'in dürüstlük kuralını bir iptal gerekçesi olarak kabul etmiş olan düzenlemesi çerçevesinde zaten sağlanabilecektir. Her halükarda kâr dağıtım politikasının hukuki niteliği ve konumu hakkında kanun koyucunun temin etmesi icap eden berraklığın sağlanamamış olması, başka benzer problemleri de doğurması muhtemel bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Kısaltmalar Cetveli

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: cilt
eSPKn	: 2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu
eTK	: 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu
HAAO	: halka açık anonim ortaklıklar
HD	: hukuk dairesi
K.	: kenar numarası
karş.	: karşılaştırınız
s.	: sayfa
S.	: sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
Tebliğ	: II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği
TK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Arsılanlı, Halil**, Anonim Şirketler IV-V, İstanbul 1961.
- Ateşgöğü, Erdem**, Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım, İstanbul 2012.
- Aytaç, Zühtü**, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtım", Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998.
- Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013.
- Birsel, Mahmut T.**, Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. I, İzmir 1973.

Bozgeyik, Hayri, “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, Batider, C. XX, S. 3, Haziran 2000, s. 117-156.

Canöz, Salih, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Ankara 2015.

Doğrusöz, Bumin, “Birinci Temettü Zorunlu Mu?”, Dünya Gazetesi, 19.05.2015 (<https://www.dunya.com/kose-yazisi/birinci-temettu-zorunlu-mu/24007>)

Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması - TTK Şerhi II, İstanbul 1988.

Gürbüz Usluel, Aslı E., Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara 2016.

İmregün, Oğuz, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt, İstanbul 2002.

Karacan, Ali İhsan/Erişir Karacan, Esra, Halka Açık Şirketlerde Kar Dağıtımı, İstanbul 2016.

Karahan, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya 2013.

Karayalçın, Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.

Karyağdı, Nazmi, Kâr Dağıtımı, İstanbul 1999.

Kayar, İsmail, “Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HA-AO’larda Kar Dağıtımı”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 455-494.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010.

Manavgat, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016.

Memiş, Tekin/Turan, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2016.

Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014 (Ortaklıklar Hukuku I).

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

Sengir, Turgut, “Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı”, Batider, C. VII, S. 1, Haziran 1973, s. 77-86.

Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1979 (Bilanço).

Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015.

Yanlı, Veliye, “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, Batider, C. XXX, S. 1, Nisan 2014, s. 5-32.

TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN TESELSÜL KARİNESİNİN MÜTESELSİL KEFALETİN ŞEKİL KOŞULUNA ETKİSİ

*(THE STATUTORY PRESUMPTION REGARDING JOINT AND SEVERAL LIABILITY
REGULATED IN THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND ITS EFFECTS ON THE
FORMAL REQUIREMENTS OF SOLIDARY SURETYSHIP)**

Yrd. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. Nuri Aziz Midyat**

ÖZ

6098 sayılı Borçlar Kanunu ile kefaletin şekil koşulları ağırlaştırılmış ve müteselsil kefaletin geçerliliği için bu hususun kefilin el yazısıyla yazılmış olması şartı aranmıştır (BK md. 583). Buna karşılık Borçlar Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda ise eski kanunda da yer alan teselsül karinesine ilişkin düzenleme korunmuş ve ticari işlere kefalet halinde kefaletin müteselsil nitelikte olduğu kabul edilmiştir (TTK md. 7). Bu iki kanunun birbirine zıt düzenlemeleri doktrinde ve uygulamada bu hükümlerden hangisine üstünlük tanınacağı konusunda tartışmalara neden olmuştur. Çalışmamızda Borçlar Kanunu'na nazaran özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle Ticaret Kanunu düzenlemesine üstünlük tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak mevcut hukuk bakımından varılan bu sonuca rağmen de lege ferenda hükmün Alman Hukukunda olduğu gibi sadece tacirler bakımından uygulanması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu bakımdan bu yönde bir kanun değişikliği yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Teselsül Karinesi, Müteselsil Kefalet, Kefaletin Şekli, Ticari iş, Özel Hüküm (Lex specialis)

ABSTRACT

The formal requirements for suretyship were aggravated in the Code of Obligations Act No. 6098 and the validity of a solidary suretyship was tied to the condition of being drawn up in handwriting by the guarantor (Code of Obligations Art. 583). However, Commercial Code Act No. 6102 enacted at the same time as the Act of Obligations, has maintained the statutory presumption on joint and several liability as regulated in its previous version and assumes that in cases of suretyships for business transactions the suretyship has the quality of a joint guarantee (Commercial Code Art. 7). These contradictory regulations of the two acts has led to controversy between doctrine and practice on which of the provision should prevail.

* Bu makale, 26.09.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 09.10.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 16.10.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı nmidiyat@istanbul.edu.tr

In this study it is conclude that, considering the Commercial Code having the quality of a special law compared to the Act of Obligations, its provisions have to prevail. However, despite this conclusion reached in terms of the current law, de lege ferenda as in German Law, the application of the provision only for merchants would be a more appropriate solution. In this regard, we deem it necessary to amend the law in this sense.

Keywords: *Presumption of solidarity, Joint bail, Form of bail, Commercial transaction, Special provision (Lex Specialis)*

GİRİŞ

1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ile kefalet akdinin şekil şartlarına ilişkin olarak önemli değişikliklere gidilmiş ve 583. madde ile kefalet akdinin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin kefilin el yazısı ile yazılmış olması şartı getirilmiştir. Eşin rızasına ilişkin BK m. 584'den farklı olarak maddede hükmün uygulama alanına ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla öngörülen şekil şartları hem gerçek hem de tüzel kişilerin kefaleti bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Buna karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Teselsül Karinesi" başlığını taşıyan 7. maddesinde ise ticari işlere kefalet halinde hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde müteselsil kefalet karinesinin geçerli olacağı ifade edilmiştir (TTK md. 7 f.2).

Görüldüğü üzere bir tarafta Borçlar Kanunu'nda müteselsil kefaletin gerçekleşmesi sıkı ve ağırlaştırılmış nitelikli şekil şartlarına bağlanmışken diğer tarafta Ticaret Kanunu'nda ticari işler bakımından buna bir istisna getirilmiş ve teselsül karinesi uyarınca kefaletin müteselsil kefalet olacağı kabul edilmiştir. Bu durum karşısında, kefaletin şekil şartlarını belirleyen Borçlar Kanunu düzenlemesi ile Ticaret Kanunu'nda yer alan teselsül karinesi arasındaki ilişkinin ortaya konulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Acaba kefaletin şekil şartlarını düzenleyen 583. maddenin hiçbir istisnaya yer vermeyen ifadesi karşısında Borçlar Kanunu hükümlerine mi üstünlük tanımak gerekecektir yoksa ticari işlerin niteliği gereği teselsül karinesinin varlığını kabul eden Ticaret Kanunu hükmüne mi üstünlük tanınacaktır? Çalışmamızda bu sorun üzerinde durulacaktır.

Bu çerçevede ilk olarak müteselsil borçluluk kavramı ve özellikleri ortaya konulacak ardından da ticari işlerde teselsül karinesinin kapsamı ve uygulama alanı belirlenecektir. Bu hususları takiben Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca müteselsil kefaletin tabi olduğu şekil şartları ele alınacak; her iki hükmün uygulama alanı ve bu durumun ortaya çıkardığı sorunlar belirtildikten sonra ise konu hakkındaki görüşümüz ifade edilerek çalışma tamamlanacaktır.

I- GENEL OLARAK MÜTESELSİL BORÇLULUK

Kaynağında ne olursa olsun borç ilişkilerinin tamamında bir alacaklı ve bir de borçlu taraf bulunur. Ancak alacaklı ve borçlu tarafın mutlaka birer kişiden oluşması gerekmez. Bazı durumlarda alacaklı veya borçlu tarafta veya her ikisinde birden fazla kişinin bulunması mümkündür. Borç ilişkisinin borç-

lu tarafında birden fazla kişinin bulunduğu bu gibi hallerde eğer alacaklı borcun tamamının ifasını dilediği borçludan talep edebiliyorsa müteselsil bir borçluluğun varlığı söz konusu olmaktadır¹.

Birden fazla kişinin birlikte borç altında girdiği durumlarda bunlardan her birinin borcun belli kısımlarından mı yoksa tamamından mı sorumlu olacağı hususu çeşitli hukuk düzenlerinde farklı şekilde ele alınmıştır². Bu konuda Türk Hukukundaki genel düzenleme ise Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinde yer almaktadır.

Buna göre; *“Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar.*

Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar.”

¹ Genel olarak müteselsil borç kavramı ve benzer durumlardan farkı için bkz. M.Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, N.1334; S.**Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 285 vd.; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.1224 vd.; **Turgut Akıntürk**, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s.35 vd.; **Nurcihan Dalcı Özdoğan**, Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s.52 vd. **Ayşenur Şahin Caner**, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.9 vd, s.51 vd.

² Roma Hukuku'nda alacaklı karşısında birden fazla borçlunun bulunması durumunda kural olarak kısmi borçluluk kabul edilmekteydi. Müteselsil borçluluğun kabul edilebilmesi için bunun taraflarca özel şekil şartlarına tabi olan stipulatio yolu ile kabul edilmesi veya haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi müteselsil sorumluluğun kanun tarafından öngörülmüş olması aranmaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıntürk**, s.44 vd; **Özdoğan**, s. 27 vd.; **Şahin Caner**, s.23 vd.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda kısmi borçluluğun kural olduğu düzenlenmiştir (İBK md. 143). Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak ticari işlerde teselsül karinesi bulunmamaktadır. **Akıntürk**, .s. 104

Fransız Hukuku'nda da aynı şekilde kural kısmi borçluluk yönündedir. Müteselsil borçluluğun varlığının karine olarak kabul edilemeyeceği bunun ancak kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabileceği Fransız Medeni Kanunu md. 1310'de açıkça belirtilmiştir (FMK md. 1310 *“La solidarité est legale ou conventionnelle; elle ne se présume pas”*). Ancak belirtmek gerekir ki kanunun bu kesin ifadesine rağmen bir örf ve adet hukuku kuralı olarak ticari işlerde teselsül karinesinin varlığı istikrar kazanmış içtihatlar yoluyla kabul edilmiştir. **Alain Bénabent**, Droit des Obligations, 14. Edition, LGDJ, Paris, 2014, N.791.

Alman Hukuku'nda da BGB § 420'de kural olarak birden fazla kişinin bölünebilir bir edimin borçlusu olması halinde bunların payları oranında sorumlu olacağı belirtilmiş olmasına rağmen, BGB § 427'de buna önemli bir istisna getirilmiş ve birden çok kişinin sözleşmeyle bölünebilir bir edimi taahhüt etmesi halinde bunların müteselsil borçlu olacağı kabul edilmiştir. Bu yönüyle Alman Hukuku'nda da müteselsil borçluluk geniş bir uygulama alanı bulmaktadır (BGB § 427'de düzenlenen bu istisnai hükmün geniş yorumlanmasının BGB § 420'nin uygulama alanını daraltılmış olduğu yönünde bkz. **Peter Bydlinski**, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München, 2016, § 420, N.6). BGB § 427'nin sözleşmeyle taahhüt edilen edimler bakımından teselsül karine olarak kabul ediyor olması ticari işlerde özel bir teselsül karinesi düzenlemesine de ihtiyaç bırakmamıştır. Nitekim bu sebeple ticari işlerde teselsül düzenleyen eski Alman Ticaret Kanunu ADHGB'nin 280. maddesi halen yürürlükte bulunan HGB'ye alınmamıştır. Bu hususta bkz. **Tekinay**, s.513

Ayrıca çeşitli ülke hukuklarındaki düzenlemeler için Bkz. **Şahin Caner**, s. 28 vd.

Görüldüğü üzere Türk Hukuku'nda birden fazla borçlunun bulunduğu durumlarda kural olarak müteselsil borçluluğun varlığı kabul edilmemiş, bunun için tarafların bu konuda anlaşmış olması veya kanunun açıkça müteselsil borçluluğun varlığını kabul etmiş olması şartı aranmıştır.

Sözleşmeden doğan müteselsil borçluluğun kabul edilebilmesi için bunun taraflar arasında yapılan anlaşmada kararlaştırılmış olması gerekir. Bu anlaşma taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kuruluşu esnasında yapılabileceği gibi sonradan borca katılma yoluyla da yapılabilir³ (BK md. 201). Bu tür bir anlaşmanın varlığı ortaya konulmadıkça borçlular arasında teselsülün varlığı kabul edilemez. Buna karşılık anlaşmada mutlaka müteselsil borçlu ifadesinin kullanılması gerekli değildir. Müteselsil borçluluk konusundaki anlaşmanın bu anlama gelebilecek çeşitli şekillerde ifade edilmesi mümkündür⁴.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki teselsülün sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması da şart değildir. Teselsülün varlığı sözleşmenin yorumundan anlaşılabilirse bu durumda da müteselsil borçluluğun varlığı kabul edilebilir⁵. Ancak bu hususta bir neticeye varırken son derece ihtiyatlı ve titiz davranılması gerektiği gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Aksi halde kanunun öngörmemiş olduğu bir teselsül karinesine yer verilmiş olur ki bu durumun hükmün konuluş amacıyla bağdaşmayacağı açıktır⁶. Her durumda teselsülün varlığını ispat yükü bunu iddia eden tarafa aittir⁷.

Müteselsil borçluluğun sözleşme ile kararlaştırılmadığı durumlarda ise teselsül ilişkisi ancak kanunda açıkça düzenlenmiş olan hukuki ilişkilerde söz konusu olur (BK md. 162 f.2). Bu çerçevede Borçlar Kanunu'nda⁸, Medeni Kanun'da⁹ ve diğer bazı özel kanunlarda¹⁰ müteselsil borçluluğun öngörüldüğü çeşitli hükümler yer almaktadır.

Teselsül ilişkisine yer verilen bir diğer önemli düzenleme ise Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. TTK md. 7'de Borçlar Kanunu'nda benimsenen genel prensibin aksine ticari işlerde teselsül karinesine yer verilmiştir. Genel prensibin önemli bir istisnasını teşkil etmesi sebebiyle bu hükme ve maddede

³ BK md 201 kanuna yeni eklenmiş bir hüküm olmakla beraber eski Borçlar Kanunu döneminde de borca katılma yoluyla müteselsil borçluluğun kurulabileceği doktrinde kabul edilmekteydi. Bu hususta Bkz. **Oğuzman/Öz**, N.1355; Akıntürk, s.114 vd.

⁴ **Akıntürk**, s. 109, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 293; **Eren**, s. 1227.

⁵ **Oğuzman/Öz**, N. 1351; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 293; **Eren**, s. 1227.

⁶ **Akıntürk**, s.112.

⁷ **Oğuzman/Öz**, N.1351; **Eren**, s.1227.

⁸ Birden fazla kişinin birlikte sebep olduğu haksız fiil sorumluluğunda (BK md. 61), bir malvarlığı veya işletmenin devrinde devredenle devralan arasında belirli bir süreyle (BK md. 202), birlikte ariyet alan kişilerin ödünç verene karşı sorumluluklarında (BK md. 382), birlikte vekalet verenlerin ve birlikte vekillerin sorumluluğunda (BK md. 511), birlikte bir şeyi saklamak üzere alan kişilerin saklatana karşı sorumluluğunda (BK md. 567), adi ortaklıkta ortakların ortaklık borçlarından alacaklılara karşı sorumluluğunda (BK md. 683 f.3) müteselsil sorumluluğun varlığı kabul edilmiştir.

⁹ Aile malları ortaklığında ortakların ortaklık borçlarından sorumluluğu (MK md. 379), miras şirketinde mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğu (MK md. 681), Medeni Kanun'da müteselsil sorumluluğun kabul edildiği durumlardır.

¹⁰ Özel kanunlarda yer alan müteselsil sorumluluk düzenlemelerine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 4/a,7, 10 ve 13. maddelerinde yer alan müteselsil sorumluluk hükümleri örnek olarak gösterilebilir.

öngörülmüş olan teselsül karinesine ilişkin açıklamalara aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilecektir.

II- TİCARİ İŞLERDE TESELSÜL KARİNESİ

Ticaret hayatının gerektirdiği güven ve teminat ihtiyacı gibi sebeplerle Ticaret Kanunu'nda, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu düzenlemesinden ayrılmış ve ticari işlere özgü olarak teselsül karinesine yer verilmiştir. Böylece bir taraftan ticari işlerde alacaklı karşısında birlikte borç altına girenler arasındaki güçlü menfaat ilişkisi göz önünde tutulmuş, diğer taraftan da alacaklıya dilediği borçluya başvurma imkanı tanınarak ticari hayatın rizikoları karşısında bir güvence sağlanmak istenmiştir¹¹. Bu arada belirtmek gerekir ki, ticari işlerde teselsül karinesine ilişkin hüküm 6102 sayılı kanunla getirilmiş yeni bir hüküm değildir. Düzenleme benzer içeriklerle hem 865 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nda hem de 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktaydı¹².

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili düzenlemesi şu şekildedir: “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.

¹¹ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, N.97; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2015, s.79; Sabih Arkan; Ticari İşletme Hukuku,23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 72; Oruç, Hami Şener; Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.68; S. Sulhi Tekinay, Ticari İşlerde Teselsül Karinesi, Hirsch'e Armağan, Ankara,1964, s.514; Akıntürk, s. 142.

¹² 865 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nun 642. maddesi “ İki veya müteaddit kimse, içlerinden yalnız biri veya cümlesi hakkında ticari mahiyeti haiz bir muamele zmnında diğer bir şahsa karşı müştereken taahhüt altına girdikleri surette mukavelemede hılaflı tasrih edilmiş olmadıkça müteselsilen mesul olur.

Ticari borçlara maan kefalet eden kimseler hakkında dahi aynı hüküm tatbik olunur.” şeklinde idi. Ancak hükmün ikinci fıkrasının kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiye işaret etmeksizin sadece birden fazla kefil arasında müteselsil sorumluluk bulunduğunu ifade etmesi tereddütlere yol açmış ve bu konuda İçtihadı birleştirme kararı yoluna gidilmesine neden olmuştur (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1931/26 E., 1931/36 K. ve 25.3.1931 tarih sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi). YİBGK kararında asıl borçlu ile kefil arasındaki ilişkinin de müteselsil olduğu sonucuna varmış; ancak bunu madde 642 f.2 hükmüne değil bu konudaki ticari teamülün varlığına dayandırmıştır.

Bu içtihadı birleştirme kararının meydana getirdiği tartışmaların da etkisiyle 6762 sayılı kanunda madde şu şekilde düzenlemiştir: Madde 7 “ İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar.

Ticari borçlara kefalet halinde, gerek asıl borçlu ile kefil ve gerek kefiller arasındaki münasebetlerde dahi hüküm böyledir.”

Görüldüğü üzere yeni hükümde ticari işlere kefalet halinde hem asıl borçlu ile kefil arasındaki hem de kefiller arasındaki ilişkilerin müteselsil nitelikte olduğu belirtilmiş ve böylece önceki kanundaki tartışmalara son verilmek istenmiştir.

Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.” (TTK md. 7)¹³.

İki fıkradan oluşan maddenin ilk fıkrasında teselsül karinesinin koşulları açıklanmış, ikinci fıkrasında ise aynı esasların ticari borçlara kefalet halinde de geçerli olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca maddede “kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse” ifadesine yer verilmek suretiyle hükmün emredici olmadığı da belirtilmiştir.

Buna göre ticari işlerde teselsül karinesinin varlığı için gerekli ilk koşul sözleşmenin borçlu tarafında birden fazla kişinin bulunmasıdır. Buna karşılık teselsül karinesinin ortaya çıkabilmesi için işin borç altına girenlerin tamamı açısından ticari iş niteliğinde olmasına gerek yoktur. İşin borçlulardan sadece biri için ticari iş niteliğinde olması halinde dahi müteselsil sorumluluk doğacaktır¹⁴.

Bir işin ticari iş niteliğinde olup olmadığı ise TTK md. 3 ve TTK md. 19 f. 2 hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Buna göre bir işin ticari iş sayılabilmesi için bu hususun Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olması veya ticari işletmeyi ilgilendiriyor olması şartı aranmaktadır (TTK md. 3). Ancak bu belirleme yapılırken işlemin, sözleşmenin her iki tarafı için de ticari iş niteliğinde olması şartı aranmamış, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olması yeterli görülmüştür (TTK md. 19 f.2). Bu durum karşısında işin sadece alacaklı bakımından veya borçlulardan sadece biri tarafından ticari iş niteliğinde olması halinde dahi teselsül karinesi uygulama alanı bulabilecektir.

Doktrinde bazı yazarlarca, teselsül karinesine ilişkin yapılan açıklamalarda ticari iş niteliğinde bir borcun birden fazla kişi tarafından üstlenilmesinde teselsülün söz konusu olabilmesi için borçluların alacaklıya karşı birlikte ve aynı işlemle borç altına girmeleri gerektiği de bir koşul olarak ifade edilmektedir¹⁵. Bu yönüyle ticari işlerde teselsülün koşulları adi işlere nazaran ağırlaştırılmaktadır. Zira adi işler bakımından müteselsil borçluluğun doğumu için böyle bir koşul aranmamaktadır. Müteselsil borçluluk sözleşmenin kuruluşu sırasında açıklanacak irade beyanıyla kurulabileceği gibi sonradan borca katılma yoluyla da kurulabilmektedir¹⁶. Bu gerekliliğin gerekçesi olarak kanuni

¹³ Yeni kanunda birinci fıkranın sonuna yapılan ekleme dışında maddenin eski düzenlemesi temel olarak korunmuştur. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere eski maddenin birinci fıkrasında yer alan “müştereke” ifadesi özellikle kefaleti çağrıştırmaya sebebiyle “birlikte” sözcüğü ile değiştirilmiş ayrıca doktrinde yapılan eleştiriler dikkate alınarak sözleşmenin yanı sıra aksine kanuni düzenleme bulunması halinde de teselsül karinesinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Hükümdeki en önemli değişikliği oluşturan “Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.” cümlesi ise maddede TBMM’deki Genel Kurul görüşmeleri sırasında eklenmiştir. Kefaletin genel hükümleri içerisinde yer alması gereken bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Abuzer Kendigelen**, Türk Ticaret Kanunu -Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.41; **Serkan Ayan**, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.478 vd.; **Özlem Acar**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.209 vd.

¹⁴ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N.99; **Arkan**, s.73; **Poroy/Yasaman**, s.77; Şener, s.69.

¹⁵ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N.99; **Tekinay**, s.516.

¹⁶ **Oğuzman/Öz**, N.1355; **Akıntürk**, s.114; **Şahin Caner**; s.77.

karine ile borçlulara yükletilen sorumluluğun ağırlığı gösterilmektedir¹⁷. Bu görüşe göre¹⁸, borçluların aynı işlemle birlikte borç altına girmeleri halinde borcun ticari niteliği ve içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları daha fazladır. Bu tür bir durumda borçlular, borç altına girerken borcun sadece bir kısmı için değil tamamı için sorumlu olduklarını bilebilecek durumdadır¹⁹. Buna karşılık asıl borçlu ile borçlu olmayı sonradan taahhüt eden kişinin borcun ticari niteliğinden haberdar olmaması her zaman imkan dahilindedir²⁰.

Kanaatimizce kanuni bir dayanağı bulunmayan bu görüşün özellikle de yeni Borçlar Kanunu'nda düzenlenen 201. madde karşısında savunulması hayli güçtür. Borca sonradan katılmayı düzenleyen ilgili maddenin 2. fıkrasında "borca katılan ile borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar." denilmek suretiyle borca sonradan katılan kişilerin müteselsil sorumluluğu açıkça düzenlenmiş durumdadır. Adi işler bakımından kanun tarafından açıkça düzenlenen bir hususun ticari işler bakımından yorum yoluyla daraltılması kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Bu bakımdan ticari işlere sonradan taraf olan kişilerin adi işlemlere taraf olanlardan daha çok korunmaya muhtaç olduğu ileri sürülemez. Dolayısıyla TTK md. 7'nin lafzından açıkça çıkartılması mümkün olmayan bu sınırlamaya tabi olmaksızın ticari işlerde ister baştan ister sonradan birlikte borç altına girme halinde müteselsil borçluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz²¹.

Maddenin ikinci fıkrasında ise ilk fıkrada ifade edilen teselsül karinesinin kapsamı genişletilerek ticari borçlara ilişkin kefaletlerin de müteselsil olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm uyarınca hem asıl borçlu ile kefil arasında hem de kefillerin kendi aralarındaki ilişkilerde müteselsil kefalet hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (TTK md. 7 f.2)²². Böylece kanun koyucu hem birlikte ticari bir borç altına girenler hem de bu borç için teminat verenler bakımından teselsül karinesini kabul ederek ticaret hayatına olan güveni arttırmayı amaçlamıştır.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu düzenleme kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK md. 583 ile çelişki oluşturmaktadır. Bu durum karşısında mevcut düzenlemelerin hangisinin üstün tutulması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla aşağıda öncelikle Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefaletle ilişkin şekil hükümlerine yer verilecek ardından da bu düzenlemenin Ticaret Kanunu'ndaki hüküm ile ilişkisi değerlendirilerek sorun hakkındaki hukuki görüşümüz ifade edilecektir.

¹⁷ **Tekinay**, s.515-516.

¹⁸ **Tekinay**, s.515-516.

¹⁹ **Tekinay**, s.516.

²⁰ **Tekinay**, s. 516.

²¹ Belirtmek gerekir ki Tekinay, aynı sonucu ticari borçlara kefalet durumu için de kabul etmektedir. Bu görüş çerçevesinde ticari bir borç için verilen kefaletin asıl borç ile birlikte ve aynı işlemle doğmaması halinde kefil ile asıl alacaklı arasında müteselsil kefalet ilişkisi doğmayacaktır (**Tekinay**, s.517-518).Kanaatimizce her ne kadar kefilin korunması amacına hizmet eder nitelikte olsa da kanundan açıkça anlaşılmayan böyle sınırlamanın kefalet bakımından da aranması mümkün değildir.

²² Hükümün 2. fıkrası dilin sadeleştirilmesi ve cümle yapısının değiştirilmesi dışında bir hüküm değişikliği içermemektedir.

III- BK MADDE 583 UYARINCA MÜTESELSİL KEFALETİN TABİ OLDUĞU ŞEKİL ŞARTI:

Kefalet sözleşmesinin tabi olacağı şekil Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde düzenlenmiştir. BK md. 583 f.1 şu şekildedir: “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*”

Maddeyle kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yazılı şekilde yapılması öngörülmüş ancak bununla da yetinilmeyerek sözleşmeye ilişkin bazı unsurları bizzat kefilin el yazısıyla yazılmış olması şartı aranmıştır²³. Böylece kefalet sözleşmesinin geçerliliği için adi yazılı şekil yeterli sayılmamış sözleşme nitelikli yazılı şekle tabi tutulmuştur. Bu şekilde kanun koyucu kefalet borcu altına giren kişinin üstlendiği yükümlülüğün önem ve ağırlığını fark etmesini sağlamak ve onu korumak amacını gütmüştür²⁴.

²³ Bu noktada belirtmek isteriz ki BK md. 583 gerekçesinde hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'nun 492. maddesi göz önünde tutularak düzenlendiği belirtilmişse de Borçlar Kanunu düzenlemesi kaynak İsviçre Kanunu'na nazaran birçok noktada farklılıklar arz etmektedir. Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku arasındaki temel farkları şu şekilde ifade etmek mümkündür:

Her şeyden önce Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak gerçek kişi kefillerle tüzel kişi kefiller arasında tabi olunan şekil kuralları bakımından bir fark gözetilmemiştir. Kefil ister gerçek kişi olsun ister tüzel kişi olsun aynı şekil kurallarına tabi tutulmuştur. İkinci önemli farklılık ise Türk Hukuku'nda kefalet sözleşmesi için her durumda geçerli olacak şekilde nitelikli adi yazılı şeklin benimsenmiş olmasıdır. Oysaki, İsviçre Hukuku'nda sözleşmenin geçerlilik şekli, sözleşmenin tarafına veya sorumlu olunacak miktara göre yapılacak çeşitli ayrımlara göre değişmektedir. Kefilin tüzel kişi olması halinde adi yazılı şekil yeterli iken kefalet miktarının 2000 İsviçre Frangını geçtiği gerçek kişi kefaletinde resmi yazılı şekil gerekmekte, kefalet miktarının 2000 İsviçre Frangını aşmadığı gerçek kişi kefaletinde ise nitelikli yazılı şekil aranmaktadır Düzenlemenin içeriğinden gerçek kişilerde miktar bakımından bu şekilde ikili bir ayırma gidilmesinin temel sebebinin düşük miktarda kefaletler bakımından işlem kolaylığı sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere İsviçre Hukuku'nda resmi şekle tabi olma sınırı son derece düşük tutulmuş ve böylece gerçek kişilerin yapmış olduğu kefalet sözleşmelerinin çok büyük çoğunluğu resmi şeklin koruması altına alınmıştır. Buna karşılık kefalet miktarının 2000 İsviçre Frangını geçmediği hallerde ise işlem kolaylığı bakımından resmi şekil şartından vazgeçilmiş olmakla birlikte yine de kefil tamamen korumasız bırakılmamış ve onlar için de adi yazılı şekilden daha koruyucu, nitelikli bir şekil şartı getirilmiştir. Bu durumda kefilin olası risklere karşı korunabilmesi için kefaletin azami miktarının ve varsa müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin kefilin el yazısı ile yazılmış olması şartı aranmıştır.

Son olarak nitelikli yazılı şekilde elle yazılması gereken unsurlar bakımından da iki hukuk düzeni arasında farklılık bulunmaktadır. İsviçre Hukuku'nda nitelikli yazılı şeklin gerekli olduğu durumlarda sorumlu olunacak azami miktarın ve varsa müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin elle yazılması yeterli iken Türk Hukuku'nda bunların yanı sıra kefalet tarihinin de elle yazılması aranmaktadır (Kefaletin şekil hükümleri ile ilgili olarak Türk ve İsviçre Hukukları arasındaki farklar için bkz. **Burak Özen**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. s.225 vd; **Ş. Deren Gündüz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015,s.21 vd.).

²⁴ **Seza Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara,2013, s.72-73; **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler,(Yay. Haz. **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**),

BK md. 583 gereğince kefilin el yazısı ile yazılması gereken üç husus bulunmaktadır. Bunlar kefilin sorumlu olacağı miktar, kefaletin tarihi ve müteselsil kefalet beyanıdır. Ancak konumuz müteselsil kefalete ilişkin şekil şartları olduğundan kefilin el yazısıyla yazılması gereken diğer unsurlara ilişkin ayrıntılara yer verilmeyecek, sadece müteselsil kefalete ilişkin özellikler arz eden hususlara temas edilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu tarafından müteselsil kefil olma iradesinin sözleşmeye el yazısı ile yazılmış bir beyanla açıklanmış olması aranmakla birlikte bu konuda belirli kelimelerin kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Esasen bu husus maddenin lafzından da açıkça anlaşılmaktadır: "... bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle ..." denilmek suretiyle bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla müteselsil kefaletin varlığının kabul edilebilmesi için bu anlama gelebilecek herhangi bir ifadenin kullanılması mümkündür²⁵.

Müteselsil kefalet iradesinin varlığı kullanılan ifadelerden yorum yoluyla da çıkarılabilir²⁶. Örneğin kefilin asıl borçludan önce kendisine başvurulabileceğini belirtmesi veya tartışma def'inden vazgeçtiğini ifade etmesi halinde müteselsil kefalet iradesinin varlığı kabul edilebilecektir²⁷. Fakat bu ifadelerin de bizzat kefil tarafından el yazısıyla yazılmış olması gerekmektedir. Müteselsil kefalet iradesinin varlığı sözleşmede adi yazılı şekilde yer alan ifadelere dayanılarak ispat edilemez²⁸. Buna karşılık kefalet belgesinde el yazısı ile müteselsil kefil ifadesi yer aldığı halde irade beyanın güven prensibi çerçevesindeki yorumu aksi sonuca varmayı gerektirebilir. Bu tür bir durumda kefalet müteselsil kefalet olarak değerlendirilemeyecektir²⁹.

Diğer yandan aranan şekil şartları bakımından kefil olacak kişinin gerçek veya tüzel kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple kefilin bir tüzel kişi olması halinde dahi müteselsil kefalete ilişkin ifadenin elle yazılması koşulu aranacaktır³⁰. Öte yandan belirtmek gerekir ki müteselsil

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul,2014, s.1380; **M. Christoph Pestalozzi**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München, 2002; Art. 493,N.1; **Emil Beck**, Das Neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich,1942, Art. 493, N.1, **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, 352; **Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi,2015, s.703; **Özlem Acar**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.155; **Özen**, s. 219; **Ayan**, s.149; **Gündüz**, s.11.

²⁵ **Pestalozzi**, Art. 496, N. 6; **Beck**, Art. 496, N. 10; **Özen**, s. 331; **Yavuz**, s.1383, **Gümüş**, s.386; **Zevkliler/Gökyayla**, s.715; **Ayan**, s.273; **Acar**, s.170; **Gündüz**, s.86.

²⁶ **Pestalozzi**, Art. 496, N. 6; **Beck**, Art. 496, N.10; **Özen**, s.331; **Gümüş**, s. 386.

²⁷ **Özen**, s. 331; **Ayan**, s.274; **Acar**, s.170, Buna karşılık kefilin her türlü rehlin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulabileceğini belirtmiş olması müteselsil kefil olma iradesinin varlığını ispat bakımından yeterli değildir. **Beck**, Art. 496, N. 10; **Özen**, s.331; **Gümüş**, s.384.

²⁸ **Özen**, s.327; **Acar**, s. 170; **Gündüz**, s.86.

²⁹ **Beck**, Art. 496, N.11; **Reisoğlu**, s.174; **Özen**, s. 331; **Gümüş**, s.385; **Zevkliler/Gökyayla**, s.715; **Acar**, s.170.

³⁰ Tüzel kişiyi temsil eden organın birden fazla kişiden oluşması halinde bunlardan sadece birinin el yazısının yeterli olacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (**Özen**, s.222; **Yavuz**, s.1381; **Gümüş**, s.353; **Baş**, s.129; **Acar**, s. 161.). Öte yandan tüzel kişi

kefaletle ilişkin ifadenin el yazısıyla yazılmamış olması kefaletin geçersiz olmasına yol açmaz. Bu durumda kefalet adi kefalet olarak geçerliliğini sürdürecektir³¹.

Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin şekil şartları yeni Borçlar Kanunu ile pek çok bakımdan ağırlaştırılmıştır. Genel hükümler bakımından durum bu şekilde olmakla birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK md. 7'de müteselsil kefalet bakımından farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme karşısında BK md. 583'de aranan şekil şartlarının ticari işlere kefalet durumunda da geçerli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Aşağıda bu iki hüküm arasındaki ilişkiyi ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilecektir.

IV- BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN ŞEKİL KOŞULLARI KARŞISINDA TTK MADDE 7'DE YER ALAN TESELSÜL KARİNESİNİN UYGULANMA İMKANININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU:

A- Genel Olarak

Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlere geçmeden önce öncelikle TTK md. 7'de yer verilen ticari işlerde teselsül karinesinin çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Zira 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la TTK md. 7'de yer alan teselsül karinesinin uygulama alanı daraltılmış durumdadır. TKHK md. 4 f. 6 uyarınca tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketici işlemi ise yine kanunda "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi,*" olarak tanımlanmıştır (TKHK md. 3 f.1 (I) bendi).

Görüldüğü üzere kanunda yer alan bu tanım uyarınca bir işlemin aynı zamanda hem bir tüketici işlemi hem ticari iş olması durumu ortaya çıkmıştır. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan bu istisna sebebiyle (TKHK md. 4 f. 6) taraflar arasındaki hukuki ilişki aynı zamanda TTK anlamında ticari iş niteliğinde olsa bile teselsül karinesi uygulama alanı bulamayacaktır. Hükmün tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş emredici bir düzenleme olması sebebiyle TTK md. 7'de yer alan karinenin uygulanması mümkün değildir. Esasen bu karinenin aksine bir sözleşme veya kanun bulunmadığı hallerde geçerli olacağı bizzat hükümde de yer almaktadır. Bu yönüyle TKHK md. 4 f. 6, TTK md 7'nin bir istisnası niteliğindedir.

Aynı şekilde banka kartları ve kredi kartları için verilen kefaletler de adi kefalet hükümlerine tabidir (5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu md. 24 f.5). Dolayısıyla bu kefaletler bakımından da TTK md. 7 uygulama alanı bulamayacaktır. Bu kefaletler de emredici biçimde adi kefalet hükümlerine tabidir³².

kefiller bakımından getirilen müteselsil kefil olma iradesinin el yazısıyla belirtilmesi ve azami sorumluluk sınırının gösterilmesi zorunluluğunun isabetli olmadığı yönünde bkz. **Özen**, s. 331 dn 89.

³¹ **Pestalozzi**, Art. 496, N. 5; **Beck**, Art.493, N.16; **Özen**, s. 294; **Reisoğlu**, s.35,169-170; **Gümüş**, s. 353 ve 359-360; **Zevkiler/Gökyayla**, s.705; **Ayan**, s. 169,273; **Acar**, s.171; **Gündüz**, s.86.

³² Esasen bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi sebebiyle (TKHK md. 3 (I) bendi) banka kartı ve kredi kartlarından doğan borçlar için verilecek kefaletlerin de adi kefalet

Yukarıda belirtilen özel kanunlarda yer alan sınırlamalarla birlikte değerlendirildiğinde TTK md. 7'de belirtilen teselsül karinesinin -kabul edildiği takdirde - ancak taraflarından birinin tüketici olmadığı ticari iş niteliğindeki sözleşmelerden doğan borçlara kefalet halinde uygulama alanı bulacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple aşağıda yer verilecek açıklamalar ve değerlendirmeler münhasıran bu nitelikteki kefalet sözleşmelerine ilişkindir. Taraflarından birinin tüketici olduğu sözleşmelere kefalet halinde ise TKHK'nun açık hükmü uyarınca adi kefalet hükümleri uygulanacaktır.

B- BK md. 583'de yer alan şekil kurallarının ticari işlere kefalet sözleşmeleri için de geçerli olduğu görüşü:

Doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucu tarafından Borçlar Kanunu'nda kefilin korunması amacıyla getirilmiş olan şekil şartlarının ticari işlere kefalet durumunda da aranması gerekmektedir³³. Bu görüş uyarınca, müteselsil kefil olma iradesine ilişkin ibare bizzat kefil tarafından elle yazılmış olmadıkça müteselsil kefalet söz konusu olmayacak, kefalet ancak adi kefalet olarak geçerli sayılacaktır.

Bu görüş temel dayanağını, Borçlar Kanunu'nda yer alan hükmün emredici niteliğinde ve genel hüküm olarak düzenlenmiş olmasında bulmaktadır. Zira hükümde, şekil şartlarının uygulama alanı bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bir başka deyişle, hükümde ticari işlere ilişkin kefaletin istisna tutulduğuna dair bir açıklık yoktur. Bu durum karşısında müteselsil kefaletle ilişkin şekil gerekliliklerinin ticari işlere kefalet için de aranması gerekmektedir.

Görüş sahiplerinden bir kısmına göre TTK md. 7'de yer alan “*kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse*” ifadesi de bu fikri destekler niteliktedir³⁴. Kanun koyucu bu ifadeye yer vermek suretiyle hükmün uygulama alanını sınırlamış ve kanunda veya sözleşmede aksinin öngörüldüğü durumları hükmün kapsamının dışında bırakmıştır. İşte BK md. 583 f.1 hükmünde yer alan müteselsil kefil olma iradesinin kefilin el yazısıyla belirtilmesi hususu da kanunda saklı tutulan hallerden birini oluşturmaktadır. Bu yönüyle BK hükmü, teselsül karinesine istisna oluşturan bir düzenleme olarak görülmeli ve TTK md. 7'de yer alan teselsül karinesinin devreye girmesini engellemelidir.

Diğer bir kısım görüş sahipleri ise, görüşlerinin gerekçesini TTK md. 7'nin karine niteliğinde bir düzenleme getiriyor olmasında bulmaktadırlar³⁵. Bu

niteliğinde olacağı tartışmasızdır. Bu düzenleme ile kanun koyucunun ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır.

³³ Bu görüşte, **Reisoğlu**, s.35; **Acar**, s.172; **Efe Can Yıldırım**, Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 52; Uygulamanın aksi yönde gelişeceği kanaatinde olmakla birlikte teorik olarak, TTK md. 7'nin, BK md. 583'ün istisnasını oluşturduğunu kabul etmenin yerinde olmadığı kanaatinde, **Özen**, s. 332-333. Bu arada belirtmek isteriz ki, eserinin ilk basısında Reisoğlu'na atıfta bulunarak bu görüşe katıldığını belirten Bilgen, eserin ikinci basısında doktrindeki farklı görüşlere yer vermekle yetinmiş bu konuda bir görüş belirtmekten kaçınmıştır. **Mahmut Bilgen**, Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Adalet Yayınevi, 2. Bası,2017, s.410.

³⁴ **Reisoğlu**, s. 35.

³⁵ **Özen**, s.333; **Acar**, s.172; **Özen**, uygulamanın aksi yönde gelişeceği kanaatinde olmasına rağmen teorik olarak yapmış olduğu açıklamalarda bu görüşe yer vermiş olması sebebiyle bu görüşte olan yazarlar arasında zikredilmiştir.

görüş sahiplerine göre, emredici olarak düzenlenen bir şekil hükmünün karine niteliğindeki bir hüküm yoluyla bertaraf edilmesi mümkün olmamalıdır³⁶. Zira TTK md. 7'nin işlevi sadece bir karine oluşturmaktan ibarettir. Hükmün şekil kuralının istisnasını oluşturma gibi bir kuvveti bulunmamaktadır³⁷. Bu sebeple böyle bir durumda şekil hükümlerinin emredici niteliği gereği BK hükmüne üstünlük tanımak gerekmektedir³⁸.

Öte yandan BK md. 583'de kefaletle uygulanacak şekil kuralları belirtilirken ticari işlerle adi işler arasında bir ayırım da gözetilmemiştir³⁹. Hüküm tüm kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde genel olarak kaleme alınmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde BK md. 583 hükmünde yer alan müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin elle yazılması unsurunun ticari işlere kefalet halinde de aranması gerektiği sonucuna varılmaktadır⁴⁰.

C- TTK md. 7'de düzenlenen teselsül karinesinin BK md 583'ün istisnası olduğu görüşü:

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, ticari işlere ilişkin kefalette, kefil müteselsil borç altına girdiğini el yazısıyla belirtmiş olmasa dahi TTK md. 7'de düzenlenmiş olan karine gereği vermiş olduğu kefalet müteselsil olarak nitelendirilecektir⁴¹.

³⁶ **Özen**, s.332; **Acar**, s.172.

³⁷ **Özen**, 332; **Acar**, s.172.

³⁸ Bu gerekçelendirmenin bir sonucu olarak yazarlar, İİK md. 38'de düzenlenen icra kefaleti bakımından farklı bir sonuca varmaktadırlar (İcra İflas Kanunu md. 38: "*Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir.*"). Zira yazarlara göre TTK md. 7'den farklı olarak İİK md. 38'de bir karine söz konusu değildir. Maddede yer alan "Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir." şeklindeki ifade bir kesinlik ifade etmekte olup sözleşmeyle veya kanunla aksinin düzenlenebileceği öngörülmemiştir. Bu sebeple icra kefaletleri bakımından müteselsil kefaletle ilişkin ibarenin elle yazılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanuni istisna sadece müteselsil kefalet ibaresine ilişkindir. Dolayısıyla kefaletin azami tutarının ve kefalet tarihinin elle yazılması zorunluluğu bu kefalet türünde de geçerlidir (**Özen**, s.335-336; **Ayan**, s.173; **Acar**, s.172-173; İİK md. 38 hükmünün niteliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaksızın aynı görüşte, **Reisoğlu**, s.142; **Zevkliler/Gökyayla**, s.716; **Gümüş**, s.387-388). Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay'ın görüşü ve görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. aşağıda, D başlığı.

³⁹ **Özen**, s.333. Yazar, mevcut kanunda böyle bir ayırıma yer verilmemiş olmasına rağmen konunun bir hukuk politikası tercihi meselesi olduğunu belirtmekte ve kanun koyucunun bu konuda özel bir hüküm sevk etmek veya İİK md. 38'de olduğu gibi bir karineden söz etmeksizin ticari işlere kefaletin müteselsil kefalet niteliği taşıdığını belirtmek suretiyle bu hususu düzenleyebileceğini belirtmektedir.

⁴⁰ **Acar**, s.172.

⁴¹ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N. 101; **Şener**, s. 72; **Ece Baş**; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFİM, C. LXX, S.2, s.134; **Ayan**, s.52; **Gündüz**, s.89. Buna karşılık bazı eserlerde ise görüş belirtilmeksizin soruna işaret etmekle veya TTK md. 7 hükmünün istisna teşkil ettiği ifade edilmekle yetinildiği görülmektedir (**Poroy/Yasaman**, s.80; **Arkan**, s.75; **Yavuz**, s.1383; **Gümüş**, s.388; **Zevkliler/Gökyayla**, s.716; **Bilgen**, s.409-410).

Bu görüşün en önemli dayanağını, TTK md. 7'nin BK md. 583 karşısında özel hüküm niteliğinde olması oluşturmaktadır⁴². Bu görüşe göre, ticaret hayatının gerektirdiği hız ve kredi ihtiyacı bu alanda özel düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁴³. Nitekim kanun koyucu da söz konusu hükmü ihdas ederken bu ihtiyacı göz önünde bulundurarak hareket etmiş ve teminatın geniş kapsamlı olmasını temin amacıyla ticari işlerde müteselsil kefalet karinesini kabul etmiştir. Bu bakımdan Borçlar Kanunu'nda müteselsil kefalet için aranmakta olan özel şekil şartlarının ticari işler bakımından aranması mümkün değildir. Özel hüküm olması sebebiyle TTK md. 7'nin uygulanması gerekmektedir.

BK md. 583'ün tüm kefalet sözleşmeleri için geçerli emredici bir genel hüküm olarak uygulanmasının doğuracağı bir başka olumsuzluk ise, bu kabulün TTK md. 7 f.2'ye hiçbir uygulama alanı bırakmayacak olmasıdır⁴⁴. Böyle bir durumda maddede yer alan kefaletle ilişkin teselsül karinesinin hiçbir anlamı kalmayacak, kanun koyucunun bu yöndeki iradesi tamamen göz ardı edilmiş olacaktır. Bu durum karşısında, hükmün tamamen göz ardı edilmesi yerine özel bir alanı düzenlediği kabul edilerek, genel hükme istisna getiren bir hüküm olduğu sonucuna varılması daha yerinde olacaktır⁴⁵.

D- Görüşlerin değerlendirilmesi:

Konuya ilişkin olarak yukarıda yer verilen farklı görüşler incelendiğinde bir görüşün yorum yaparken Borçlar Kanunu'ndaki hükmün emredici niteliğine ağırlık verdiği, diğer görüşün ise TTK'nun, Borçlar Kanunu'na nazaran özel kanun olma niteliğini ön plana çıkardığı görülmektedir. Bu durum karşısında ileri sürülen görüşleri değerlendirmeden önce kanunların çatışması halinde uygulanacak temel prensipler hakkında genel bilgi vermenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Gerçekten bazı hallerde bir hukuki duruma ilişkin olarak iki ayrı kanunda birbirinden farklı düzenlemeler yer alabilir. Bu durumda kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından söz edilir⁴⁶. Ancak hemen belirtmek gerekir ki kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından bahsedebilmek için bir hukuki duruma ilişkin birden fazla hükmün varlığı yeterli değildir. Bu hükümlerin aynı zamanda birbirlerine zıt içeriklere sahip olması da gerekir. Ayrı kanunlarda yer

⁴² **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N.101; **Baş**, s.134; **Gündüz**, s.89. Doktrinde bazı yazarlarca TTK md 7 düzenlemesini destekler nitelikte olmak üzere, ticari işler için verilen kefaletlerde tartışma (peşin dava) definin kullanılmayacağını düzenleyen HGB § 349 (Bkz. bu yönde **Şener**, s. 72 dn 90) ve yine bu tür kefaletler için BGB § 766'da belirtilen şekil koşullarının aranmayacağını belirten HGB § 350 düzenlemeleri (**Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N.101; **Arkan**, s. 75) örnek gösterilmektedir. Ancak burada hemen belirtmek isteriz ki, HGB § 349 ve 350 düzenlemeleri ile genel hükümlere istisna getirilmiş olmakla birlikte bu istisnanın kapsamı Türk Hukuku'ndan farklıdır. Zira her iki düzenlemede de istisnanın uygulanabilmesi için kefilin tacir olması şartı aranmaktadır. Bu yönüyle Alman Hukuku'nda yer alan düzenlemelerin Türk Hukuku ile örtüştüğünden bahsetmek mümkün değildir. HGB § 349 ve 350 düzenlemelerine ilişkin olarak bkz. aşağıda D, başlığı.

⁴³ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan**, N.101.

⁴⁴ **Baş**, s.134; **Ayan**, s. 52.

⁴⁵ **Baş**, s.134.

⁴⁶ **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, 2016, N.273.

alan hükümlerin birbirlerini tamamlar nitelikte olması halinde kanunların çatışmasından söz edilmesi mümkün değildir⁴⁷.

Kanunların çatışması halinde sorun temel olarak şu iki genel ilkedен yararlanılmak suretiyle çözüme kavuşturulmaktadır⁴⁸. Bunlardan ilki kanunlar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini esas alır. Lex posterior ilkesi uyarınca sonraki kanun önceki kanunu kovar (Lex posterior derogat legi priori). İkinci ilke ise kanunlar arasındaki genellik-özellik ilişkisini temel almaktadır. Lex specialis adı verilen bu ilke uyarınca da özel kanunun genel kanunu⁴⁹ kovduğu kabul edilmektedir (Lex specialis derogat legi generali)⁵⁰.

Özel veya genel nitelikli bir kanun yürürlükte iken aynı nitelikte yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi halinde yeni tarihli kanun eski tarihli kanunu yürürlükten kaldırmış sayılır⁵¹. Bunun için yeni kanunun eski kanunu açıkça yürürlükten kaldırmış olması şartı aranmaz. Yeni kanunda bu yönde bir hükme yer verilmemiş olsa dahi yeni kanun eski kanunun hükümlerini ortadan kaldıracaktır⁵². Bu durumda lex posterior ilkesinin uygulanması söz konusudur.

⁴⁷ **Oğuzman/Barlas**, N.274. Bu tür bir durumla genellikle özel kanunda uygulanabilir açık bir hüküm bulunmaması halinde karşılaşılır. Özel kanunda belirli bir konuda ayrıca düzenleme yapılmamışsa bu konuda genel kanun hükümleri özel hükümleri tamamlayıcı rol oynayacaktır. **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, 1997, s. 182.

⁴⁸ **Oğuzman/Barlas**, N. 273, **Şener Akyol**, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, 2006, s.191-192; **Rona Serozan**, Hukukta Yöntem ve Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N.335-336, Yazar, genel ilkelere yer vermekle beraber soruna kavramcı ve kuralcı bir yaklaşımın yerinde olmadığını belirtmekte ve teleolojik yorum yoluyla her somut olay için ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını önermektedir (**Serozan**, N. 342). Bu ilkelerin bağlayıcı nitelikte müspet hukuk normları olmadığı ancak kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu tespit edilmesi halinde uygulanabilecekleri yönünde bkz. **Tahir Çağa**, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi? Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991, S.3, s.373-374; Tabii hukuka dayandırılan bu ilkelerin esasen mantıksal ilkeler olarak kabul edilmesinin daha yerinde olacağı yönünde bkz. **Nejat Aday**, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu, İÜHFİM, C.LXXIV, S.1, 2016, s.177.

⁴⁹ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, özel kanun genel kanun nitelendirilmesi bir kanun için genel olarak kullanılabilir bir tanımlama değildir. Bu nitelendirme karşılaştırma yapılacak kanuna göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin Dernekler Kanunu, Medeni Kanun karşısında özel kanun niteliğindeki Sendikalar Kanunu'na nazaran genel kanun niteliğindedir. **Oğuzman/Barlas**, N.275; **Çağa**, s. 370. Genel kanunda da özel bir düzenleme bulunabileceği göz önünde tutularak bir kuralın özel hüküm veya genel hüküm niteliğinde olmasının bazı durumlarda içinde yer aldığı kanundan çok kuralın özel veya genel olmasına göre belirlenmesi gerekebileceği yönünde bkz. **Yasemin Işıқтаç/Sevtap Metin**, Hukuk Metodolojisi, 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 261; **Aday**, s.179.

⁵⁰ Genel olarak özel hükmün genel hükmü bertaraf etmesinin şartları için bkz. **Çağa**, s. 371 vd.

⁵¹ **Oğuzman/Barlas**, N.276; **Edis**, s.181; **Hüseyin Hatemi**, Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 54.

⁵² Anayasa Mahkemesinin 1965/40 E.; 1966/15 K.; 15.3.1966 T. sayılı kararında da belirtildiği üzere bu durumda üstü kapalı bir kaldırma söz konusudur. "Gerek iptali istenen hükmün taallük ettiği 3949 ve 1861 sayılı Kanun, gerek sonradan yürürlüğe girmiş bulunan 635 sayılı Kanun Özel birer kanundur. Özel kanunlardan yürürlük tarihine göre önceki ve sonraki kanunları hükümleri arasında çelişme bulunursa veya ön-

Buna karşılık aynı konuyu düzenleyen hükümlerden genel kanun önce özel kanun ise daha sonra yürürlüğe girmişse bu durumda özel kanun hükmüne üstünlük tanımak gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Zira kanun koyucu konuyu düzenleyen genel bir hüküm bulunmasına rağmen özel bir kanunla konuyu yeniden düzenlemek suretiyle iradesinin özel kanunun uygulanması yönünde olduğunu ortaya koymaktadır⁵⁴. Bu sebeple bu tür bir durumda özel kanun hükmü (lex specialis) uygulama alanı bulacaktır⁵⁵.

Özel kanunun eski tarihli, genel kanunun ise yeni tarihli olduğu durumda ise her durum için geçerli olacak genel bir ilke bulunmamaktadır. Bu tür bir durumda kanun koyucunun iradesini tespit etmek amacıyla kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarından yararlanmak suretiyle bir sonuca varmak gerektiği savunulmaktadır⁵⁶.

cekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır. Uzatmaları da içine alan 635 sayılı sonraki Kanun, getirdiği yeni düzende evlenmeyi izine bağlı kılan koşula yer vermemiştir. Şu halde izine ilişkin hükmü üstü kapalı olarak (zımnen) yürürlükten kaldırılmıştır.” (www. anayasa.gov.tr)

⁵³ **Oğuzman/Barlas**, N.278; **Hatemi**, s. 54; **Edis**, s. 181, **Akyol**, özel hükmün genel hükme nazaran öncelikli olarak uygulanması gerektiğini kabul etmekle birlikte bu konuda değerlendirmeye yaparken somut olayda kanun koyucunun özel hükmüle genel düzenlemeyi değiştirme amacı güdüp gütmeyeceğinin de dikkatle incelenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Akyol’u bu değerlendirmeyi yapmaya sevk eden husus Noterlik Kanunu 89. maddesiyle miras taksim sözleşmesinin noterler tarafından düzenleme şeklinde yapılmasının öngörülmüş olması olmuştur. Düzenlemenin Medeni Kanun’a nazaran özel kanun niteliğinde olan Noterlik Kanunu ile getirilmiş olması tartışılabilir neden olmuş ancak nihai olarak 1980/5 E., 1980/3 K. ve 26.11.1980 T. sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile (Karar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi) Noterlik Kanunu md 89’un mirasçılar arasında miras taksim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiğini düzenleyen MK md. 677 (eski MK md. 612) hükmünü değiştirmedeği sonucuna varılmıştır. **Akyol**, s.193.

⁵⁴ Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da önüne gelen bir uyuşmazlıkta önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında bir çatışma olduğu takdirde özel ve sonraki kanun hükmünün uygulanacağını kabul etmiştir. “... Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunundaki anılan 24. madde hükmü, özel ve sonraki bir kanun, Emlak Vergisi Kanunundaki anılan 22. madde hükmü ise, genel ve önceki bir kanundur. “Özel ve sonraki kanun hükmünün genel ve önceki kanun hükmü yerine uygulanması gerektiği” yolundaki hukuk ilkesi karşısında, Emlak Vergisi muafiyetinin nasıl düzenleneceği konusundaki her iki kanundan, özel ve sonraki kanun olan Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunundaki anılan 24. madde hükmünün uygulanması gerekecektir.” DİBGK’nun 1987/3 E.; 1988/1 K.; 11.2.1988 T. sayılı kararı; Aynı yönde Danıştay 1. Dairesinin, 2008/1444 E.,2009/334 K. ve 18.2.2009 T. sayılı kararı (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi).

⁵⁵ Ancak bu durumda dahi eski tarihli genel kanun yeni tarihli ve özel kanunla birlikte uygulama alanı bulabilir. Belirli bir hususun özel kanunda düzenlenmediği durumlarda o hususa ilişkin olarak eski tarihli ve genel nitelikli kanun hükümleri uygulanacaktır. **Oğuzman/Barlas**, N.278, **Edis**, s.182. Buna karşılık belirtmek gerekir ki özel kanunun genel hükümlerin uygulanmasına imkan tanıyıp tanımadığının değerlendirilmesi de bir yorum sorunudur. Örneğin, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu’na nazaran özel kanun niteliğinde olmasına rağmen şirket alacaklılarının korunmasına ilişkin Ticaret Kanunu hükümlerinin yürürlüğünün devam ettiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Aday**, s.183.

⁵⁶ **Oğuzman/Barlas**, N.279; **Serozan**, N. 336; **Hatemi**, s.55; **Edis**, s.183; **Akyol**, s.195, **Aday**, s.180.

Kanunların çatışması durumuna ilişkin yukarıda yer alan açıklamalar çerçevesinde BK md. 583 ile TTK md. 7 arasındaki ilişkiyi bakıldığında her iki hükmün de müteselsil kefalete ilişkin bir düzenleme içerdiği ve genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 11.1.2011'de⁵⁷; Borçlar Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun ise 13.1.2011'de⁵⁸ TBMM'de kabul edildiği ancak her iki kanunun da yürürlük tarihinin 1.7.2012 olarak belirlendiği görülmektedir. Kanunların yürürlük tarihinin aynı tarih olarak belirlenmesi karşısında yukarıda zikredilen ilkelerden sonraki kanun (lex posterior) ilkesine başvurulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Zira her iki kanun da aralarında öncelik sonralık ilişkisi bulunmaksızın aynı gün yürürlüğe girmiştir. Bu durumda diğer temel ilke olan "özel kanun genel kanunu kovar" (Lex specialis derogat legi generali) ilkesinden yararlanmak gerekecektir⁵⁹. Gerçekten bu ilke uyarınca kanun koyucunun hakkında genel hüküm bulunan bir konuda özel bir alanın ihtiyaçlarını gözeterek farklı bir düzenleme getirmiş olması o konuda özel hükmün uygulanmasını istediği anlamını taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında Ticaret Kanunu'nun Borçlar Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğinde olduğu ve hükümlerinin ticaret hayatının ihtiyaçları göz önüne alınarak düzenlendiği açıktır. Bu sebeple Ticaret Kanununda yer alan düzenlemenin uygulanması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır.

Kanunlar çatışmasına ilişkin genel prensiplerin uygulanması varılan bu sonucu doğrulamasına rağmen, ilk görüş sahiplerinin bu sorunun nasıl aşılacağına ilişkin herhangi bir fikir ileri sürmedikleri, bu hususu göz ardı ettikleri görülmektedir. Bunun yerine görüş sahipleri, çözümü TTK md. 7 hükmünün içerisinde aramayı tercih etmişlerdir.

Yukarıda da yer verdiğimiz üzere ilk görüş sahiplerinin bu yöndeki ilk dayanakları madde metninde geçen "kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse" ifadesidir. Bu görüşe göre⁶⁰ kanun koyucu bu ifade ile aksine kanuni düzenleme yapma imkanını saklı tutmuş ve BK md. 583 hükmü ile bu hakkını kullanmıştır. Bu itibarla BK md. 583 düzenlemesi, TTK md. 7'nin kanunla getirilmiş bir istisnası sayılmalıdır.

Kanaatimizce ileri sürülen bu gerekçeye katılma imkanı bulunmamaktadır. Zira BK md. 583, genel bir hüküm olması sebebiyle TTK md. 7'nin uygulama alanını sınırlandıran değil onu tamamen ortadan kaldıran bir niteliktedir. Gerçekten BK md. 583'ün TTK md. 7'nin istisnası olarak kabul edilmesi halinde maddenin hiçbir uygulanma alanı kalmamaktadır. Oysaki bir istisna oluşturmanın amacı o hükmü tamamen ortadan kaldırmak değil onu bazı hukuki durumlar bakımından sınırlamaktan ibarettir. Bu bakımdan yapılan yorum hükümle getirilen istisnanın amacına aykırıdır. Kanun koyucunun açıkça yürürlükten kaldırmadığı bir hükmü yorum yoluyla ortadan kaldırmak mümkün değildir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, kanunun gerekçesinde de bu görüşü destekleyen bir ifadeye yer verilmemiştir. Zira gerekçede yeni düzenlemede "kanunda" sözcüğünün eklenmesinin sebebi olarak doktrinde daha önce bu konuda yapılan eleştiriler gösterilmiştir. Bu da göstermektedir ki kanun koyucunun

⁵⁷ RG 4.2.2011, Sayı: 27836

⁵⁸ RG 14.2.2011, Sayı: 27846

⁵⁹ Genel olarak kanunlar çatışması durumunda hangi kuralın uygulanacağını tespit bakımından sonraki kanun (Lex posterior) ilkesinden çok özel kanun ilkesine başvurulması gerektiği yönünde bkz. **Aday**, s.179

⁶⁰ **Reisoğlu**, s.35.

bu ifadeyi eklemekteki amacı onun Borçlar Kanunu ile olan ilişkisini düzenlemek değil tam tersine TTK'ya nazaran özel kanun niteliğindeki düzenlemeleri saklı tutmaktır⁶¹. Dolayısıyla hükümde geçen "kanunda" ifadesine dayanılarak kanun koyucunun özel olarak Borçlar Kanunu'na atıfta bulunmuş olduğu ileri sürülemez.

Görüş sahiplerinin bir diğer gerekçesini ise⁶², TTK md. 7'nin karine niteliğinde bir hüküm olması oluşturmaktadır. Bu görüşe göre TTK md. 7 hükmünün BK md. 583 karşısında etkisiz kalması onun emredici bir düzenleme değil karine niteliğinde bir hüküm olmasından kaynaklanmaktadır. Hükmün karine niteliğinde bir yedek hukuk kuralı olması BK md. 583 karşısında özel hüküm olarak uygulamasına engel oluşturmaktadır⁶³.

Kanaatimizce hükmün niteliğinden yola çıkılarak yapılacak böyle bir ayırma katılmak mümkün değildir. Zira bir hükmün karine niteliğinde olması onun kanunlar çatışması durumunda uygulanma kabiliyeti bakımından bir önem taşımamaktadır. Hüküm yedek hukuk kuralı niteliğinde olsa bile yürürlük kabiliyetine sahiptir ve özel hüküm niteliğinde olduğundan genel hüküm karşısında öncelikle uygulanır.

Diğer yandan kanun koyucunun genel hükme istisna niteliğinde getirmiş olduğu özel hükmün mutlaka emredici nitelikte olması gibi bir şart da aranmamaktadır. Kanun koyucu tercih ettiği hukuk politikası sonucu bir alanda özel düzenleme yapmasına rağmen tarafları aksine düzenleme yapılabilmesi yönünde serbest bırakabilir. Hükmün karine niteliğinde olmasının hukuki bakımdan yegane sonucu kabul edilen düzenlemenin aksinin ispatının mümkün olup olmadığı noktasındadır. Bunun dışında herhangi bir işlevi yoktur. Bu sebeple hükmün karine niteliğinde olmasından hareketle bir sonuca varmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere her şeyden önce kanunlar çatışmasına ilişkin genel prensipler, BK md. 583' e nazaran özel hüküm olması sebebiyle TTK md. 7 hükmünün uygulanmasını gerekli kılmaktadır. TTK'nun özel kanun olmasının yanı sıra, aşağıda zikredeceğimiz gerekçelerle de bu sonucun desteklenebileceği düşüncesindeyiz.

Bu husustaki en önemli gerekçeyi hiç şüphesiz TTK md. 7 hükmünün getiriliş amacı yani "ratio legis"i oluşturmaktadır. Kanun koyucu bu istisnayı öngörürken ticaret hayatında gerekli olan teminat ihtiyacını göz önünde tutmuş ve teminatın en geniş kapsamlı şekilde sağlanabilmesi amacıyla ticari işlerde verilen kefaletin müteselsil nitelikte olduğu karinesini kabul etmiştir.

Gerçekten ticaret hayatı içerisinde taahhüt edilen edimlerin zamanında ve eksiksiz şekilde yerine getirilmesi tacirler için büyük önem arz etmektedir. Bu amaçla tacirler çoğu zaman sözleşmenin karşı tarafından teminat talep

⁶¹ Bunlara örnek olarak TKHK md. 4 b.6 ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu md. 24 f.5 ile TTK md. 7'de yer alan teselsül karinesine getirilen istisnalar zikredilebilir. Bu hükümlerle tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı düzenlenmiştir. Böylece TTK md. 7'nin uygulanmasına kanun yoluyla istisnalar getirilmiştir.

⁶² **Özen**, s.333; **Acar**, s.172.

⁶³ Nitekim bu gerekçeyle görüş sahipleri bir karineye yer vermeksizin icra kefaletlerinin müteselsil olduğunu düzenleyen İİK md. 38 hükmünün BK md. 583'e nazaran özel hüküm olarak uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler. **Reisoğlu**, s.142; **Özen**, s.333. **Acar**, s.172.

etmekte ve bu da yine çoğu zaman herhangi bir özel prosedüre ihtiyaç duyulmaması, hızlı ve masrafsız bir teminat türü olması dolayısıyla kefalet şeklinde olmaktadır. Ancak bunun adı kefalet şeklinde olması özellikle alacağın hızlı bir şekilde kefinden tahsil edilmesi bakımından alacaklı için cazip bir teminat oluşturmamaktadır. Zira adı kefalet durumunda kanun gereği alacaklı önce kefile müracaat durumunda kalmakta, ancak asıl borçludan alacağını tahsil edememesi halinde kefile başvurma hakkına sahip olmaktadır. İşte bu sebeple ticari işler bakımından teselsül karinesi kabul edilmiş ve kefalet durumunda alacaklıya kefil veya borçludan dilediğine başvurma imkanı sağlanmıştır. Görüldüğü üzere bu düzenleme ile kanun koyucunun amacı, herhangi bir ek ispat külfetine girmeden tacirin karşısındaki muhatap sayısını arttırmak ve genel olarak ticaret hayatına olan güveni korumaktır. Oysaki müteselsil kefaletin doğabilmesi için BK md. 583'de belirtilen özel şekil şartlarının aranması tam tersine tacire bunun temin edilebilmesi için ek külfetler yüklemektedir. Bunun ise kanun koyucunun getirdiği özel düzenlemenin amacına aykırı olduğu açıkça ortadadır. Ticaret hayatının gereklilikleri ona özel kuralların getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Nitekim kanun koyucu kefaletin hızlı ve güvenilir bir şekilde teminat sağlama işlevini önemli ölçüde güçleştiren eşin rızasına ilişkin BK md. 584 düzenlemesini⁶⁴ ticaret hayatının yukarıda sayılan ihtiyaçlarını göz önünde tutmak suretiyle kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra değiştirmiş⁶⁵ ve maddeye yeni bir fıkra eklemek suretiyle tacirler bakımından eşin rızasının aranmasına istisna getirmiştir⁶⁶. Eşin rızasının aranmasına ilişkin getirilen bu istisna kanun koyucunun ticaret hayatının işleyişini korumak yönündeki iradesinin bir başka somut göstergesini oluşturmaktadır. Kanun koyucu burada da ticaret hayatının gerekliliklerini ön planda tutmuş ve emredici olarak düzenlemiş olduğu bir hususta tacirler bakımından bir istisna öngörmüştür. Kanaatimizce yapılan bir değişiklik konumuz bakımından getirilecek çözümlere de ışık tutacak niteliktedir. Zira kanun koyucu yapmış olduğu bu değişiklikle iradesinin ticaret hayatını kolaylaştırmak, işlemleri basitleştirmek yönünde olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁶⁷. Bu sebeple TTK md. 7'de yer alan teselsül

⁶⁴ BK md. 584 *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir aylık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.*

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adı kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararna olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”

⁶⁵ RG 11.4.2013, Sayı: 28615

⁶⁶ BK md. 584'e eklenen üçüncü fıkra şu şekildedir: *“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredisi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredisi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”*

⁶⁷ Kanun Tasarısına ilişkin madde gerekçesinde de değişikliğin amacının kefalet verilmesi için eşin yazılı rızasının aranmaması suretiyle ticari hayatın doğal akışının kolaylaştı-

karinesi bakımından da kanun koyucunun iradesinin aynı yönde olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, TTK md. 7'nin uygulama alanının tüketici işlemleri bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesiyle sınırlanmış olması da bu konuda ileri sürülen olumsuz yöndeki kaygıları giderecek niteliktedir. Gerçekten TKHK md. 4 f. 6 hükmüyle tüketici işlemleri için verilen kefaletlerin adi kefalet niteliğinde olduğunun kabul edilmesi ile birlikte bu konuda önemli bir grubu oluşturan tüketici sözleşmeleri bakımından karine yoluyla müteselsil kefil olma riski ortadan kalkmış durumdadır. Böylece teselsül karinesi sadece taraflarından birini tüketicinin oluşturmadığı ticari iş niteliğindeki sözleşmelerden doğan borçlara kefalet bakımından uygulama alanı bulacaktır. Ticari bir ilişkiye kefil olmayı üstlenmiş bir kişinin ise bu alan için özel olarak öngörülmüş düzenlemelere tabi olmasında adalet hissine aykırı bir durum bulunmamaktadır. Ticari bir ilişkiye kefil olan birinden bunun kanuni sonuçlarını öngörüyor olması beklenir.

Diğer yandan ifade etmek gerekir ki, ticari işler bakımından kanunla getirilmiş olan müteselsil kefalet karinesi, BK md. 583 ile getirilen el yazılı şekil şartının "ratio legis"i ile de bir çatışma içerisinde değildir. Zira her ne kadar kanunun gerekçesinde açıkça ifade edilmemişse de kanunen öngörülen özel şekil şartlarının genel olarak amacı kefilin öngörmediği sürpriz bir durumla karşılaşmasını önlemektir⁶⁸. Oysaki burada hükmün istisnasını oluşturan durum bizzat kanun tarafından düzenlenmektedir. Bu bakımdan kefil açısından öngörülemeden beklenmedik bir durumla karşılaşıldığından söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla öngörülebilirlik açısından da kefil olumsuz bir durumda bulunmamaktadır.

Nitekim Yargıtay⁶⁹ da vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında teorik tartışmalara yer vermeksizin ticari bir borç için verilmiş olan kefalette kefillerin

rılması olduğu ifade edilmiştir. (Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi Madde 58), (www.tbmm.gov.tr).

⁶⁸ Bu yönde; **Atilla Altop**; Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı Cilt 15 Sayı: 1 Ocak 2016, Turhan Esener'e Armağan, C.2, s.300-301. Yazar, bu gerekçeyle gerçek kişilerce gerçekleştirilecek aval işlemlerinde müteselsil sorumluluğa ilişkin ifadenin el yazısıyla yazılmasına gerek bulunmadığı görüşündedir. Zira avalin müteselsil nitelikte olduğu yasa gereği (TTK md. 702 f.1) düzenlenmiş olduğundan aval vereni bu hususta daha fazla korumaya gerek bulunmamaktadır. **Altop**, s.300-301.

⁶⁹ Yarg. 19. HD. 2016/2405 E.,2016/10936 K. ve 18.6.1026 tarih sayılı kararından "... Somut olayda davalılar, dava dışı ... ile davacı ... arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara 2.500.000 TL. limitle müteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi, kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtildiği gibi, 6102 Sayılı TTK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda "müteselsil kefalet" sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle dair diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalılar ... ve ...'ın kefaletlerinin de müteselsil kefalet niteliğinde olduğu kabul edilerek deliller bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, adı geçenlerin kefaletlerinin niteliği-

müteselsil kefil sayılabilmesi için buna ilişkin ibarenin el yazısıyla yazılmış olmasının gerekli olmadığını belirtmiş ve TTK md. 7 gereğince kefaletin müteselsil kefalet olacağını kabul etmiştir⁷⁰.

E- De lege ferenda önerimiz:

Konu kanunlar çatışması bakımından ele alındığında, özel hüküm olması sebebiyle, de lege lata, TTK md. 7 hükmünün uygulanması gerektiği görü-

nin yorumlanmasında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi).

Ancak hemen belirtmek isteriz ki söz konusu karar oybirliğiyle alınmış değildir. Karara ilişkin muhalefet şerhinde karara, TTK md. 7’de hükmün uygulanması bakımından kanunla getirilen istisnaların saklı tutulduğu, bu sebeple Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemenin de bu istisna kapsamında görülmesi gerektiği gerekçesiyle, karşı çıkmıştır. Görüldüğü üzere muhalefet şerhinin doktrinde Reisoğlu tarafından savunulan görüşten ilham aldığı anlaşılmaktadır. Bu görüş hakkındaki eleştirilerimize yukarıda yer verildiğinden bu kısma atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bkz. yukarıda B. başlığı.

⁷⁰ Yargıtay’ın vermiş olduğu çeşitli kararlarından İİK md. 38’de düzenlenen icra kefaleti bakımından da aynı sonucu benimsediği yani müteselsil kefaletin kabul edilebilmesi için buna ilişkin ifadenin kefilin el yazısı ile yazılması şartını aramadığı anlaşılmaktadır (Bu yönde bkz. **Özen**, s.335 dn 92).

Yarg. 12. HD. 2016/498 E., 2016/12863 K. ve 2.5.2016 T. sayılı kararından “İcra kefaletleri, müteselsil kefalet hükmünde olup, icra kefaletinin şekli hakkında İcra ve İflas Kanunu’nda özel bir düzenleme bulunmadığından, kefalet tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 583 ve 584. maddeleri hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. İİK’nun 38. maddesi uyarınca ilam hükmünde olan icra kefaletinin ilamı icra takibine konu edilebilmesi ve icra kefaletine icra emri tebliğ edilebilmesi için, icra kefaletinin Türk Borçlar Kanunu’nda öngörülen şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olması gerekir.

... Somut olayda takip asıl borçlu yönünden kesinleştikten sonra icra kefaletine icra emri gönderilmiş ise de icra kefaletinin el yazısı ile icra kefaleti verilmediği anlaşıldığından bu eksiklik sebebiyle geçersiz olduğunun kabulü gerekir.” (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi).

Aynı yönde Yarg. 12. HD 2015/29146 E., 2016/6027 K.,2.3.2016 T.; Yarg. 12 HD 2014/25766 E., 2014/31114 K.,22.12.2014 T; Yarg. 8. HD 2013/14327 E., 2013/12865 K., 23.9.2013 T. sayılı kararları (Kazancı Hukuk Otomasyon Sistemi).

Görüldüğü üzere bu kararlarda kefaletin geçerliliği için kefaletinin şeklini düzenleyen BK md. 583 ve eşin rızasına ilişkin BK md. 584’de belirtilen şartlara uyulması gerektiği belirtilmesine rağmen müteselsil kefil bulunduğu hususunun el yazısıyla belirtilmemiş olması bir geçersizlik sebebi olarak ortaya konulmamıştır. Bu da icra kefaletinin Yargıtay tarafından kanun gereği bir müteselsil kefalet hali olarak kabul edildiğinin bir göstergesi kabul edilmelidir.

Yargıtay’ın bu görüşüne sonucu bakımından katılmakla birlikte bunun gerekçesinin doktrinde ifade edildiği üzere hükmün karineye yer vermeyen ifade biçiminden çıkartılmaya çalışılması kanaatindeyiz. Kanaatimizce burada da çözüm için kanunlar çatışmasına ilişkin genel ilkelere müracaat etmek gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu’nun Borçlar Kanunu’ndan önceki tarihli bir kanun olması sebebiyle sorun tüm yorum araçlarından birlikte yararlanmak suretiyle çözüme kavuşturulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında ise İİK’nda yer alan düzenlemenin BK ile kanun koyucunun kefil için kanunlar çatışmasına koruma ile çelişmediği görülmektedir. Gerçekten daha önce de ifade ettiğimiz üzere kanun koyucunun amacı kefilin öngörülmeden yükümlülüklerden korumaya çalışmaktır. Burada ise kanun gereği bir müteselsil sorumluluk düzenlendiğinden kefil için öngörülmemeyen bir durumdan söz edilemeyecektir.

şünde olmakla beraber, de lege ferenda hükmün kapsamının kefaletin kefil bakımından ticari iş niteliğinde olduğu hallerle sınırlandırılmasının daha yerinde bir çözüm olacağı kanaatindeyiz⁷¹. Böylece hem ticari hayatın kredi ve güven ihtiyacı karşılanmış olacak hem de tacir olmayan kişilerin teselsül karinesi sebebiyle kefaletin şekil hükümlerinin korunmasından mahrum kalmalarının ortaya çıkartmış olduğu olumsuz durum ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu sebeple bu tür bir çözüm hukuki ilişkinin tarafları arasındaki menfaat dengesini en iyi şekilde sağlayan bir çözüm olarak gözükmektedir.

Kefalet hukukunun koruyucu hükümleri ile ticari hayatın ihtiyaçlarını bu şekilde bağdaştıran düzenlemelere yabancı hukuklarda da rastlanılmaktadır. Örneğin Alman Medeni Kanunu BGB § 771'de kural olarak⁷² asıl borçluya müracaat edilmeksizin kefile başvurulamayacağı düzenlenmiş olmasına rağmen Alman Ticaret Kanunu HGB § 349'da kefaletin kefil için bir ticari iş olması durumunda, buna bir istisna tanınmış ve bu durumda önce asıl borçluya müracaat edilmesi yönündeki tartışma (peşin dava) definin alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir⁷³. Bu düzenleme ile ticari işlerde kefil, adi kefaletin sunmuş olduğu en önemli savunma imkanı olan tartışma (peşin dava) definden mahrum bırakılmıştır⁷⁴. Ancak ticari iş nitelendirmesi için genel kuralın aksine, işin sadece taraflardan biri için ticari nitelikte olması yeterli sayılmamış, kefaletin bizzat kefil için ticari iş niteliğinde olması şartı aranmıştır⁷⁵.

Kefaletin kefil bakımından ticari iş niteliğinde olması gerekliliği onun tacir olmasını da zorunlu kılmaktadır⁷⁶. Zira HGB § 343'de ticari iş, bir tacirin ticari işletmesi ile ilgili yapmış olduğu her türlü işlem olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla bir işlemin ticari iş olarak nitelendirilmesi onun bir tacir tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır⁷⁷. HGB § 349 hükmü gereğince kefalet işleminin ticari niteliği de genel kuralın aksine, tek taraflı olarak kefil nazara alın-

⁷¹ Bu tür bir çözüme amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yöntemiyle de ulaşılabileceği düşünülebilirse de yukarıda yer vermiş olduğumuz Yargıtay içtihadı karşısında böyle bir yorumun kabul edilmesi güç görünmektedir. Amaca uygun sınırlama yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pakize Ezgi Akbulut**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

⁷² Bu kuralın kefalet hukukundan kaynaklanan diğer istisnaları BGB § 773'de düzenlenmiştir.

⁷³ Ancak hemen belirtmek gerekir ki Alman hukukunda kefalet yazılı şekil şartına tabi olmakla beraber (BGB § 766) Türk Hukuku'nda olduğu gibi kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalete ilişkin ifadenin el yazısıyla yazılması, yazılı şeklin kapsama içerisinde yer almamaktadır. Bu bakımdan Alman Hukuku Türk Hukukundan ayrılmaktadır.

⁷⁴ Kefilin asıl alacaklıya karşı sahip olduğu bu hak BGB § 771'de düzenlenmiştir. Buna karşılık istisna sadece peşin dava definin ileri sürülememesi ile sınırlıdır. Kefilin diğer tüm savunma hakları saklıdır. **Karsten Schmidt**, Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage, München, 2013, § 349, N. 1.

⁷⁵ HGB § 345'de taraflardan biri için ticari olan bir işin diğer taraf için de ticari sayılacağı düzenlenmektedir. Bu yönüyle HGB § 349 bu kuralın istisnası niteliğindedir (Schmidt, MünKomm. HGB, § 343, N.2).

⁷⁶ Kefilin tacir olması zorunluluğuna ilişkin olarak bkz. **Schmidt**, MünKomm. HGB, § 349, N.4.

⁷⁷ Bu arada belirtmek gerekir ki HGB § 6 uyarınca tacirlere ilişkin hükümler ticaret şirketleri bakımından da uygulanırlar.

rak belirleneceğinden kefilin aynı zamanda tacir olması gerekliliği kanuni bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere Alman Ticaret Kanunu'nda yer alan özel düzenlemenin kapsamı sadece tacirlerin yapmış oldukları ticari iş niteliğindeki kefaletlerle sınırlanmıştır, hükümün tacir olmayan kişilere karşı uygulanma olasılığı ortadan kaldırılmıştır⁷⁸. Böylece bir yandan ticaret hayatının bir gereği olarak tacirlerin kefalet yükümlülüğünün hükümleri ağırlaştırılırken diğer yandan da hükümün kapsamı sınırlı tutularak Türk Hukuku'na nazaran daha geniş bir kitlenin kefalet hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlanması sağlanmıştır⁷⁹. Alman Hukuku'nda yer alan bu düzenlemenin bizim hukukumuz bakımından da yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
ADHGB	: Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
DİBGK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
Dn	: dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra

⁷⁸ Buna karşılık belirtmek gerekir ki, Eski Alman Ticaret Kanunu ADHGB'nin 281. maddesinde durum farklı şekilde düzenlenmekteydi. Bu düzenlemede, asıl borçlu için ticari nitelikte bir borca kefil olunması veya kefaletin kendisinin ticari iş niteliğinde olması halinde teselsülün varlığı kabul ediliyordu. Ancak yeni HGB'de bu esas kabul edilmiş bunun için kefaletin kefil için ticari iş niteliğinde olması şartı aranmıştır. Yapılan bu değişikliğin isabetli olduğu yönünde bkz. **Schmidt**, MünKomm. HGB § 349, N.2.

⁷⁹ Hemen ifade edelim ki yukarıda yer verilen açıklamalar kanuni şeklin kapsamı dışında kalan bir unsur olan kefaletin türünün belirlenmesine ilişkin olmakla beraber aynı esaslar kefaletin şekil hükümlerine tabi olacak kişilerin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Kefaletin yazılı şekil şartına tabi olduğu BGB § 766'da düzenlenmiştir. Buna karşılık HGB § 350'de buna bir istisna tanınarak, aynı HGB § 349'da öngörüldüğü gibi "kefaletin kefil için ticari bir iş olması" durumunda yazılı şekil şartına uyulması zorunluluğunun bulunmadığı düzenlenmiştir. Düzenlemenin gerekçesi olarak tacirlerin sahip oldukları tecrübe dolayısıyla özel bir korumaya ihtiyaç duymamaları gösterilmektedir (**Schmidt**, MünKomm. HGB, § 350, N.1). Öte yandan belirtmek gerekir ki şekil hükümlerinin bu şekilde bertaraf edilmesi hukuk politikası bakımından eleştirilmekte ve hükümün de lege ferenda kaldırılması önerilmektedir (**Schmidt**, MünKomm. HGB, § 350, N.3). Görüldüğü üzere kefaletin şekil şartlarına tabi olmak bakımından da aynı kriter benimsenmiş ve işlemin tek taraf için ticari nitelikte olması yeterli görülmemekle bu hususta kefilin niteliği göz önünde tutulmuştur. Buna göre kefaletin şekil hükümlerinden muaf olabilmek için kefaletin kefil bakımından ticari iş niteliğinde olması gerekmektedir (Bu hususta bkz. **Schmidt**, MünKomm. HGB, § 350, N.4 vd.). Bu yönüyle HGB § 350 de -aynı HGB § 349 gibi- HGB § 345'de yer alan, bir taraf için ticari olan işin diğer taraf için de ticari iş olacağını kabul eden kuralın bir istisnası niteliğindedir (**Schmidt**, MünKomm. HGB, § 343, N.2).

FMK	: Fransız Medeni Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
LGDJ	: Librairie Générale de Droit ve Jurisprudence
md	: madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
MünKomm	: Münchener Kommentar
N.	: Kenar numarası (Nummer)
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

KAYNAKÇA

Acar, Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Aday, Nejat; 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu, İÜHFM, C.LXXIV, S.1, 2016, s.175-184.

Akbulut, Pakize Ezgi; Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akıntürk, Turgut; Müteselsil Borçluluk, Ankara,1971.

Akyol, Şener; Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Altop, Atilla; Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m.603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı Cilt 15 Sayı: 1 Ocak 2016, Turhan Esener'e Armağan, C.2, s.291-303.

Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku,23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.

Ayan, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Baş, Ece; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, C. LXX, S.2, 2012, s.115-144.

Beck, Emil; Das Neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich,1942.

Bénabent, Alain; Droit des Obligations,14. Edition, LGDJ, Paris, 2014.

Bilgen, Mahmut; Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Bydlinski Peter, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München, 2016.

Çağa, Tahir; Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi? Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991,Sayı:3, s. 366-375.

Dalcı Özdoğan, Nurcihan; Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Edis, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, 1997.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2017.

Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Gündüz, Şefika Deren; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap; Hukuk Metodolojisi, 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Kendigelen, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu -Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; Medeni Hukuk, Giriş- Kaynaklar-Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Özen, Burak; 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Pestalozzi, Christoph M., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München, 2002.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku,15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Reisoğlu, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.

Schmidt, Karsten; Münchener Kommentar Zum HGB, 3. Auflage, München, 2013.

Serozan, Rona; Hukukta Yöntem ve Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Şahin Caner, Ayşenur; Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Şener, Oruç, Hami; Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Tekinay, S. Sulhi, Ticari İşlerde Teselsül Karinesi, Hirsch'e Armağan, Ankara, 1964, s. 509-518.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün; Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, (Yay. Haz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, Beta, 2014.

Yıldırım, Efe Can; Birlikte Kefalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

EVLAT EDİNMEDE RIZA

(CONSENT TO ADOPTION)*

Dr. Didem Özcan**

Öz

Medeni Kanun'a göre evlat edinmede diğer koşulların yanında somut olayın özelliklerine göre ilgili kişilerin rızaları aranır. Evlat edinilen kişinin küçük olması halinde ana ve babanın rızası alınmalıdır. Ana ve babanın rızasının niteliği, velayet hakkından mı kaynaklandığı, yoksa kişisel bir hak mı olduğu açısından tartışılmıştır. Yasa ana ve babaya ilişkin bazı koşulların varlığı halinde ana ve babanın rızasının alınmayacağını belirtir. Ayrıca evlat edinilmesi amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş küçüğün evlat edinilmesinde de ana veya babanın rızası eksikse mahkeme rıza aranmamasına karar verebilir. Ayırt etme gücü varsa küçüğün rızası alınmalıdır. Ayırt etme gücünün varlığı somut olaya göre belirlenmelidir. Küçüğün vesayet altına alınmış olması halinde vesayet makamının izni aranır. Vasi, izin vermesi için vesayet makamına başvurmakla yükümlüdür. Evlat edinilen kişinin ergin olması halinde ise, kendisinin, varsa eşinin, varsa evlat edinenin altsoyunun rızaları aranmıştır. Rıza alınması gerektiği halde alınmamışsa, ya da rıza beyanında irade sakatlığı nedeniyle eksiklik varsa, yasanın aradığı diğer koşulların da oluşması halinde, MK m. 317 uyarınca evlat edinme işleminin kaldırılması istenebilir.

Anahtar Kelimeler: Evlat edinme, rıza, ana, baba, vesayet, vasi, ergin, küçük, ayırt etme gücü, velayet hakkı

ABSTRACT

According to Turkish Civil Code, apart from the other conditions, the consent of the related parties is required for adoption in accordance with the characteristics of each concrete case. If the adopted person is a minor the consent of the child's mother and father is required. It has been discussed whether this consent of the parents is a matter of parental rights or of personal rights. The Code describes under what conditions the consent of a parent shall not be required. Other than that, if the child is placed in foster care with a view of subsequent adoption and the consent of one parent is not forthcoming, the court may decide to dispense with the consent of a parent. If the child to be adopted has capacity of discernment, its consent is required. The existence of the capacity of discernment is to be decided by the court in accordance with the concrete case. The consent of the guardianship supervisory is required in case the child has a legal guardian. The legal guardian is obliged to apply to the guardianship supervisory for such

* Bu makale, 11.12.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 25.12.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 26.12.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, dozcan@istanbul.edu.tr

consent. If the person to be adopted is an adult his/her own, if married his/her spouse's, and if existing the adoptive parents' issues' consents are required. Where for consent has not been obtained based on a just cause or a defect in consent is occurred, an action to challenge the adoption may be brought within the terms of Article 317 of Turkish Civil Code.

Keywords: Adoption, consent, father, mother, parent, minor, child, adult, guard, supervisory, discernment, parental rights

I. GİRİŞ

Hukuk sistemimizde evlat edinme ile ilgili düzenlemeler, evlat edinilen evlatlık arasında kurulan soy bağının sadece hukuki görünümünden ibaret kalmaması, aralarında gerçek bir bağlılık kurulması amacındadır. Bu amaca uygun olarak, ilgililerin rızası aranmış, mahkemece evlat edinmenin tarafların yararına olup olmadığının incelenmesi ve değerlendirilmesi istenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 305. madde ile başlayan evlat edinme ile ilgili düzenlemeleri küçüklerin evlat edinilmesi ile ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesini ayrı ayrı ele almıştır. Rıza bakımından mevcut düzenlemelerde evlat edinilen ile evlat edinenin rızaları yanında, ayrıca bu kimselerin veli, vasi ve alt soylarının rızalarının aranmasını da bu ayrıma göre belirlemiştir. Bunu takiben rıza beyanının işlem içindeki yerini ve eksikliğinin doğuracağı sonuçları da ayrıca düzenlemiştir.

II. KÜÇÜĞÜN EVLAT EDİNİLMESİNDE ARANAN RIZA

Medeni Kanun 308.-312. maddelerinde küçüğün evlat edinilmesinde aranacak rıza düzenlenmiştir. Bunlar ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası, vesayet altındaki küçüğün evlat edinilmesinde vesayet dairesinin izninin aranması ve ana ve babanın rızası ile ilgili düzenlemelerdir.

A. Küçüğün Rızası

Küçüğün evlat edinilmeye rıza göstermesi gereği, "Ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez." ifadesi ile MK m. 308/2'de yer almaktadır.¹ Evlat edinilecek olan kişinin ergin olmayıp, ayırt etme gücüne sahip bir küçük olması halinde mutlaka evlat edinmeye rızası aranır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün rızası aranmaz. Bu durumda küçüğün rızasının evlat edinme işlemi bakımından bir önemi kalmaz.² Ancak ayırt etme gücü olmayan bir çocuğun rızası alınmayacak olsa dahi, fikrini bildiğince dikkate almakta yarar görülmektedir.³ Zira evlat edinme ile sağlan-

¹ Uluslararası alanda Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (9.12.1994 tarihli 4058 sayılı Kanun, Resmi Gazete 11.12.1994, Sayı 22138) ile Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'de (14.1.2004 tarihli 5049 sayılı Kanun, Resmi Gazete 19.04.2004, Sayı 25438) küçüğün iradesinin evlat edinme işleminde dikkate alınacağına dair düzenlemeler mevcuttur.

² Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bern 1984, Art. 265, N. 16; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 574

³ Rolf Eichenberger, Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht, Wettingen 1974, s. 173

ması beklenen yarar, küçüğün evlat edinmeye karşı kesin bir tepkisi varsa gerçekleşmeyecektir.

İlk olarak tespit etmek gerekir ki, evlat edinme işleminde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası, yasal temsilcisinin rızasından bağımsızdır.⁴ Küçük rıza verme ya da vermeme iradesini gösterme hakkını bizzat kullanır. Kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olan bu beyan verilmesinde yasal temsilcinin iznine tabi değildir.⁵

Küçüğün ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı MK m. 13'e uygun olarak değerlendirilir. Bu çerçevede, küçüğün evlat edinmenin kendisi açısından doğuracağı sonuçları idrak edebilmesi ve bunu değerlendirebilecek olgunlukta olması anlaşılır.⁶ Evlat edinilecek küçüğün ana-baba, aile, doğru-yanlış kavramları açısından bir farkındalık içinde olması gerekir.⁷ Dolayısıyla, evlat edinme işlemine rıza gösterecek ayırt etme gücünün varlığı, yaş bakımından kişiden kişiye değişiklik gösterebilir. Keza, başka bir irade beyanı bakımından ayırt etme gücü bulunmadığı kabul edilen bir küçük, evlat edinme işlemi bakımından rızası aranacak düzeyde kabul edilebilir.⁸

Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tayininde hakimın alınacak sağlık raporuna dayanarak karar vermesi gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır.⁹ Ancak kabul etmek gerekir ki, evlat edinme başvurusu sırasında her halükarda sağlık raporu alınması koşulunu kabul etmek, olağan koşullarda hakimın kanaatini yeterli saymamak, öncelikle taraflara yük getirmesi bakımından tercih edilmemelidir. Ne var ki, hakimın küçüğün rızasını alma kararına karşı ayırt etme gücü bulunmadığı iddiası varsa, ya da tersi, hakimın rıza

⁴ Murat Aydoğdu, *Evlat Edinme*, Ankara 2010, s. 118

⁵ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Kahraman, *Türk Medeni Hukuku*, II. Cilt: Aile Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2015

⁶ Hegnauer, Art. 265, N. 9

⁷ Bilal Köseoğlu/Köksal Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Bursa 2011, s. 548; Aydoğdu, s. 120; Eichenberger, s. 171-172

⁸ Hegnauer, evlat edinme işlemine rıza göstermeye uygun ayırt etme gücünün varlığına dalalet edebilecek farkındalık açısından özellikle 10 yaşından küçük çocuğun ayırt etme gücü bulunmadığı, 10-14 yaş arasındaki çocuğun durumunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği, en erken 14 yaşını doldurmuş küçüklerin ayırt etme gücünü etkileyen başka bir etken olmadıkça ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Art. 265, N. 10). 16 yaşından büyük çocukların rızasının alınması gerektiği hakkında bkz. <https://www.ch.ch/de/voraussetzungen-adoption/>. Büchler, ayırt etme gücünün varlığını her somut olaya göre değerlendirmek gerektiğini, ancak kural olarak 14 yaşından itibaren var olduğunun kabul edildiğini ifade eder. (Büchler, Andrea, <http://www.rwi.uzh.ch/elt-1st-buechler/famr/adoptionsrecht/de/html/index.html>)

Ancak kanımca böyle net sayılarla rıza alınacak yaşın belirlendiği bir uygulama rıza aranmasının amacının gerçekleşmesini engelleyebilir. Bu nedenle her zaman evlat edinilecek küçüğün durumunun günün koşulları ve somut olay ekseninde değerlendirilmesi daha uygun kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay 2. HD 2009/16483 E. 2010/19941 K. Sayılı kararında bu yaklaşımı şöyle ifade etmiştir: "...küçüklerin mahkemece dinlenmeleri, ilköğretim çağında olmaları nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları gözlenerek evlat edinilmeye rıza gösterip göstermediklerinin sorulması gerekirken, 7/5/2008 tarihli duruşmaya da katıldıkları halde beyanları alınmadan davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur."

⁹ İsmail Özmen, *Evlat Edinme Davaları*, Ankara 2004, s. 31; Aydoğdu, s. 120

almama kararına karşı küçüğün ayırt etme gücü bulunduğu iddiası varsa, bu halde hakimın sağlık raporu ile durumu tespit etmesinde yarar görülebilir. Diğer bir anlatımla, özel bir gereklilik doğmadıkça, hakimın küçüğün ayırt etme gücü bulunduğuna yönelik kanaatini sağlık raporuna dayandırması beklenmemelidir.¹⁰

Evlad edinilecek küçüğün rıza beyanının ne şekilde verileceğine dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu rızanın da ana ve babanın rızasına ilişkin esaslara kıyasen evlat edinme talebinin görüldüğü mahkemece alınması gerekir.¹¹ İçerik olarak ise, evlat edinilecek küçüğün iradî ve bilinçli olarak bu rızayı verdiğinin anlaşılması yeterli kabul edilmelidir.¹² Velayet hakkı sahibi ana ve babanın küçüğün yerine rıza vermesi ya da iradesini açıklayan yazılı beyanı mahkemeye sunması, küçüğün rıza beyanı koşulunu gerçekleştirmez.¹³

Evlad edinilecek küçüğün rızası, somut bir evlat edinme işlemine ilişkin olmalıdır. Diğer bir anlatımla, (ana ve babanın rıza vermesinde kabul edildiği şekilde) genel bir rızanın verilmesi burada söz konusu olmaz.¹⁴

Evlad edinilecek küçüğün rızasını geri alması konusunda yasada herhangi bir engel ya da sınır bulunmadığından, küçüğün evlat edinme kararı verilinceye kadar rızasını dilediği zaman geri alabileceği kabul edilmektedir.¹⁵

B. Vesayet Makamının İzni

Medeni Kanun'un 308. maddesinin son fıkrası, vesayet altındaki küçüğün ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebileceğini belirtmiştir. Bu düzenleme, evlat edinilecek ayırt etme gücü bulunan küçüğün rızasının alınması zorunluluğundan ayrılan bir durumu tanımlar. Burada, evlat edinilecek küçüğün rıza göstermesinin yerine geçen bir izin söz konusudur.

TMK m. 463 uyarınca, vesayet altındaki kişinin evlat edinme işlemi için, vesayet makamının izninin alınmasından sonra denetim makamının da izni gereklidir. Dolayısıyla vasinin, öncelikle vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden izin alması, sonra da bunu denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine onaylatması gerekir.¹⁶ Yasanın bu hükmü, vesayet altına alınmış küçüğün, ayırt etme gücü olsa dahi, rızasının sorulmayacağı anlamı taşımaktadır. Yasanın bu hükmü karşısında vesayet altındaki küçüğün rızasının sorulmasının ya da rıza göstermemesinin evlat edinme işlemine bir etkisi olmayacaktır. Oysa ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının aranması daha uygun olurdu¹⁷.

¹⁰ Medeni Kanun'un 316. maddesinde yer alan "... gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir." ifadesi, aynı maddenin ikinci fıkrasında açık olarak belirtildiği üzere, evlat edinme ile doğacak ilişkinin sağlıklı olması amacına yöneliktir.

¹¹ Aydoğdu, s. 121.

¹² Hegnauer, Art. 265, N. 11.

¹³ Hegnauer, Art. 265, N. 11; Eichenberger s. 172.

¹⁴ Aydoğdu, s. 121.

¹⁵ Hegnauer, Art. 265, Nr 13; Aydoğdu, s. 122

¹⁶ Dikkat edilmelidir ki, denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesi, evlat edinme başvurusunu inceleyen asliye hukuk mahkemesi değildir.

¹⁷ Özmen, s. 32

Yasaya göre vesayet altındaki küçüğün evlat edinilmesinde vasinin rızası aranmamaktadır. Vasi, ancak, evlat edinme için vesayet makamının iznini almak üzere başvuru yapmaktadır. Vasi için bir yükümlülük olan bu başvuruyu zımni bir rıza beyanı olarak kabul etmek olanaksızdır.¹⁸

Vasinin izninin aranmaması gereği, ayrıca evlat edinilme işleminin şahsa sıkı surette bağlı bir işlem olduğu hususuna dayanarak da kabul edilmektedir. Ancak yasada açık şekilde belirtilmemesine karşın yine de vasinin izninin aranması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna dayanak olarak nişanlanma ve evlenme için rıza aranması gösterilmektedir. Ancak evlenme ve nişanlanmada yasa açık olarak yasal temsilcinin rızasını aramıştır. Kanun koyucu evlat edinme için ise sadece vesayet dairelerinden izin almayı düzenlemiştir. Bunun için ayrıca vasiden söz etmediği gibi vasiyi de kapsayacak şekilde vesayet organlarından da söz etmemektedir.¹⁹ Ancak, hakimın vasinin rızasını aramamakla birlikte görüşünü alması mümkündür.²⁰

Vesayet altındaki küçüğün evlat edinilmesinde, vesayet makamından izin almak için başvurusu gereken vasi, bu yükümlülüğünü yerine getirmeye ya da vasi ile evlat edinilecek küçüğün çıkarları evlat edinme işlemi nedeniyle çakışır ya da vasi küçüğü evlat edinmek isterse, küçüğe TMK m. 426/2'nin de ifade ettiği gibi, küçüğe bir kayyım atanmalıdır. Bu sayılan nedenlerle küçüğe kayyım atanmasına gerek duyulması halinde, evlat edinme işlemi için kayyımın rızası ve vesayet makamlarının izni aranır.

C. Ana ve Babanın Rızası

a. Genel Olarak

Evlat edinilecek küçüğün, ana ve babasının rızası Medeni Kanun m. 309 uyarınca bir gerekliliktir. İleride ele alınacağı üzere, MK m. 317, ana ve babanın rızasının eksikliğini de evlat edinme ilişkisinin kaldırılması sebebi olarak ön-görmüştür.

Evlat edinme ilişkisinin kurulması ile ana ve babaya ait olan velayet hakkı ile bağlantılı hak ve yükümlülükler küçüğü evlat edinenlere geçmektedir. Bu bakımdan evlat edinme işlemi küçüğün olduğu kadar, ana ve babasının da kişilik hakları ile ilgilidir.²¹ Ana ve babanın rızasının alınması onların velayet haklarının değil, kişilik haklarının bir sonucudur.²² Bu nedenle yasada sayılan özel haller dışında ana ve babanın rızasının alınması şarttır.²³

¹⁸ Mehmet Işık, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme, Ankara 2005, s. 52

¹⁹ Işık, s. 51-52

²⁰ Işık, s. 52

²¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016, s. 307, prg. 1547; Urs Gloor/ Barbara Umbricht Lukas, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Experimentwissen für die Praxis, 2016; Eichenberger, s. 195

²² Hegnauer, Art. 265a, N. 3; Weimar, s. 126

²³ Ana ve babanın rızasının sadece velayet hakkı ile ilgili olduğu görüşü de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, çocuğa bir vasi tayin edildiğinde ana ve babanın rızasının aranmamasının nedeni budur, rıza verilmesi kişilik haklarının bir sonucu olsaydı, vesayet altına alınmış olan küçüğün evlat edinilmesinde de ana ve babanın rızası aranır. Yine bu görüş uyarınca, ergin kişinin evlat edinilmesinde de ana ve babasının rızası aranmamasının anlamı, velayet hakkı sona erince rıza gereği kalmamasıdır, bu nedenle de ana ve baba rızası velayet hakkı ile ilgilidir. (Süleyman Yalman, <http://webftp.ga>

Ana ve babanın rızasının velayet hakkının mı kişilik haklarının mı bir sonucu olduğu sorusunun kökeninde velayetin içinde bulunan hak ve yükümlülüklerden çocuğu yasal olarak temsil etme hak ve yükümlülüğünü soyut olarak değerlendiren yaklaşım yatmaktadır. Ana ve babanın rızasının, adeta yasal temsilci sıfatıyla yapılmış bir işlem gibi görülmesi halinde, rıza verilmesinin sadece velayet hakkı ile ilgili olduğu düşüncesinin oluşması doğaldır.²⁴ Nitekim Eichenberger ana ve babanın rızasını her iki açıdan da ele almış, rızanın ebeveynin kişilik hakkının bir uygulaması görünümünü ve ana ve babanın velayet hakkı nedeniyle yasal temsilci olarak rıza göstermesi görünümünü ayrı ayrı incelemiştir²⁵. Yazar, rıza beyanı velayet hakkının bir görünümüdür diyen görüşün, teorik bir sorudan kaynaklandığını belirtir: Bir ebeveyn hakkı olan ana ve babanın rızasının aranmayacağı hallerde, velayet altındaki küçüğün evlat edinilmesine yasal temsilci olarak kimin rıza göstermesi gerekir? Yazara göre, "... Sonuç olarak, temsili fikir birliği anlamında güç sahibi ana ve babanın rızasını daha çok teorik bir sorun olarak bırakabiliriz."

Evlat edinilecek küçük üzerinde evliliğin sona ermesi nedeniyle ana ya da baba tek başına velayet hakkına sahip olabilir. Bu durumda dahi, sadece velayet hakkına sahip tarafın rızasının alınması yeterli kabul edilmemeli, hem ana hem de baba rıza göstermelidir.²⁶ Küçüğün evlat edinilmesine velayet hakkına sahip olmayan ana ve babanın rıza göstermesi, yine rıza vermenin kişilik haklarının bir sonucu olmasından kaynaklanmaktadır.²⁷

Rıza alınması için, ana ve baba ile çocuk arasında soy bağının kurulmuş olması gerekir. Bu bakımdan MK 282 ve devam eden maddelerdeki soy bağının kurulmasına ilişkin düzenlemelere göre hareket edilmelidir.²⁸ Evlilik içinde doğmuş bir çocuğun evlat edinilmesi için karı-kocanın her ikisi de rıza vermeli-dir. Koca nesebi ret davası açmış olsa dahi, davanın kabulüne kadar geçecek sürede rızası aranacak baba olarak kalmaya devam edecektir.²⁹ Nesebi ret davasının kabulü halinde, biyolojik babanın rıza beyanı verebilmesi için çocuk ile arasında nesep bağının kurulması gerekir.

zi.edu.tr/hukuk/dergi/8.5.pdf). Bu görüşe karşı belirtmek gerekir ki, küçüğün evlat edinilmesinde ana ve babanın rızasının alınmayacağı haller yasada yalnızca 311. ve 312. maddede sayılan hallerdir.

²⁴ İsviçre Medeni Kanunu'nda 1973'te yapılan değişiklik öncesinde ana ve babanın rızası aranmamakta, sadece evlat edinilecek olanın rızası aranmaktaydı. Evlat edinilenin ayırtım gücü olmaması ya da kısıtlanmış olması halinde ana ve baba küçüğün yasal temsilcisi sıfatıyla rıza verebilirlerdi.

²⁵ Eichenberger, s. 195-197

²⁶ Şükran Şıpka, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi" İÜHFMC, C:LVII, S:1-2, 1999, s. 301-322, 313; Peter Breitschmid, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel 1998, Art. 265a, N. 2; Eichenberger, s. 200.

²⁷ Baygın, ana veya babadan birinin velayet hakkı sahibi olduğu hallerde sadece velayet hakkı sahibi olan ebeveynin rıza göstermesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. (a.g.m., s. 615)

²⁸ Evlat edinilmiş bir küçüğün yeniden evlat edinilmesi söz konusu olursa, daha önceki evlatlık ilişkisi ortadan kaldırılmışsa, biyolojik ana ve babadan rıza alınması gerekir. Eğer evlatlık ilişkisi ortadan kaldırılmadan yeniden evlat edinme söz konusu olursa bu halde halihazırda küçüğü evlat edinmiş olanlar rıza vermesi aranacak olanlardır. (Eichenberger, s. 197 vd.; Hegnauer, Art 265a, N. 6 vd)

²⁹ Eichenberger, s. 199

Evlat edinme işlemi tamamlandıktan sonra açılan soy bağıni etkileyecek bir davanın, artık kurulmuş olan evlatlık ilişkisini etkilememesi gerekir.

b. Rızanın Verilmesi

Eğer rıza beyanının aranmayacağı hallerden biri mevcut değilse ana ve babanın her ikisi de rıza vermelidir. Ebeveynden biri rıza vermezse, yasanın aradığı ana ve babanın rızasının bulunması koşulu hiç gerçekleşmemiş olur.³⁰

Rıza bizzat verilmelidir çünkü rıza verilmesi şahsa sıkı surette bağlı bir işlemdir³¹. Bu rıza yasal temsilci ya da vekil aracılığı ile verilemez.

Ana ve baba Medeni Kanun'un 309/3 hükmü uyarınca, evlat edinenlerin adı belirtilmeksizin rıza verebilir. Keza evlat edinenler henüz belirlenmemişse de ana ve baba rıza verebilir.³²

Yasanın zamansal olarak da bazı sınırlar koyduğu görülmektedir. Medeni Kanun'un 310. maddesinde rızanın en erken ne zaman verilebileceği belirlenmiştir. Buna göre, ana ve baba küçüğün doğumunu izleyen 6 hafta geçmeden evlat edinilmesine rıza veremez. Bu hükmün amacının, ana ve babanın konuyu etraflica düşünebilmesi ve çocuğun yararına olacak kararı verebilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Eğer rıza altı hafta geçmeden verilmişse, bu halde rıza geçersizdir.³³ Böyle bir durumda, belirlenen sürenin dolması ile rızanın geçerli olması mümkün değildir. Rızanın altı hafta geçtikten sonra yeniden verilmesi gerekir.

Yasa ayrıca rızanın, rıza beyanının tutanağa geçirilmesinden başlayarak altı haftalık süre içinde aynı usulle geri alınabileceğini de ifade eder (MK m. 310/2). Ana ve baba, rızalarını geri almak isterlerse, bunun için herhangi bir gerekçe göstermeleri gerekmez. Rızanın geri alınması bu açıdan hiçbir sınırlamaya tabi değildir. Ancak yasa, geri almaya bir kerelik olanak vermiştir. Eğer rıza geri alınır, sonradan yeniden verilirse, artık bu rıza kesindir (MK m. 310/3), geri alınamaz. Rızanın geri alınması olanağı tanınması, ebeveynleri acele karar almaktan korumak nedeniyle ve geri almanın süre ile sınırlandırılmasının nedeni de ebeveynleri vicdani nedenlerle vazgeçme gerekliliği hissetmekten korumaktır.³⁴

Ana ve babanın rızası yasanın 309/2 maddesi uyarınca "küçüğün veya ana ve babasının oturdukları yer mahkemesinde sözlü veya yazılı olarak açıklanarak tutanağa geçirilir." Yetkili mahkeme bakımından belirtmek gerekir ki, ana ve baba farklı yerlerde oturuyorlarsa farklı yer mahkemelerinde rızalarını verebilirler.³⁵

³⁰ Eichenberger, s. 197; Hegnauer, a.g.m., s. 118. Hegnauer, bu makalede ele aldığı somut olayda, babanın rıza vermemesi ve babanın rızasının alınmasına gerek olmadığı yönünde bir karar da bulunmaması nedeniyle, evlat edinmenin gerçekleşmeyeceğini ve bu durumda önceden rıza vermiş bulunan annenin gerçekleşmeyen rıza koşuluna dayanarak rızasını geri alabileceğini ve ebeveynlikten kaynaklanan haklarının geri verileceğini ifade etmektedir.

³¹ Eichenberger, s. 195

³² İsviçre Medeni Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca önceden ve evlat edinecekler belirlenmeksizin rızanın verilmesi halinde vesayet makamı ana ve babanın velayet haklarını kaldırır. Bununla birlikte ana ve babanın çocukla kişisel ilişkisi kesilir (İsviçre MK m. 274) ve bakım yükümlülüğü de ortadan kalkar (İsviçre MK m. 294). (Gloor/Lukas, s. 472.

³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 309; Breitschmid, Art. 265b N. 3; Hegnauer, Art. 265a N. 5

³⁴ Hegnauer, Art. 265b, N.9

³⁵ Özmen, s. 33

Ana ve baba, rızalarını mahkemede tutanağa geçirtmek yoluyla vermeli-
dirler. Beyanı sözlü ya da yazılı olarak verebilirler, ancak rıza tutanağa geçiril-
melidir. Bu usul, rızanın geri alınmasında da uygulanacak olan usuldür.

Rızanın içeriği bakımından belirtmek gerekir ki, rıza ancak açık ve kesin
nitelikte bir beyanla olur. Örtülü rıza kabul edilemez.³⁶ Rıza beyanının belli bir
süreyle sınırlandırılması ya da evlat edinme ilişkisinin niteliğine uymayacak
şekilde, bozucu ya da geciktirici şarta bağlanması mümkün değildir. Böyle bir
şarta bağlı olarak verilen rıza beyanı, geçersiz olacağından, evlatlık ilişkisinin
kaldırılması sonucu doğurur.³⁷ Ancak çocuğun durumuna dair birtakım koşul-
lara bağlı rıza verilmesi kabul edilebilir. Örnek vermek gerekirse, çocuğun evlat
edinenlere ne zaman verileceği hususu rıza verilmesi sırasında bir koşul olarak
konulabilir.³⁸

Daha önce de belirtildiği gibi, rızanın içeriğinde evlat edinenlerin isimle-
rinin belirtilmesi aranmaz (MK m. 309). Ancak ana ve baba dilerse küçüğü sa-
dece belirli kişilerin evlat edinmesine izin verecek şekilde adlarını belirterek rıza
verebilir.³⁹

c. Ana ve Babanın Rızasının Aranmayacağı Haller

1. Ana ve babaya ilişkin koşullar nedeniyle

Evlat edinme sürecinde ana ve babanın rızasından istisnai bazı hallerde
imta edilebilmektedir.⁴⁰ Medeni Kanun'un 311 ve 312. maddeleri rızanın
aranmayacağı halleri açıklamıştır. Anlaşıldığı üzere yasa, ana-baba ile çocuk
arasında çocuk yararına bir ilişki mevcut değilse rızanın aranmasının da çocu-
ğun yararına olmayacağından hareketle bu düzenlemeyi getirmiştir. ⁴¹ Rıza
aranmamasına yol açan koşullar ana ve babanın her ikisi için de oluşmuş ol-
mayabilir. Koşullar ana veya babadan hangisi için oluşmuşsa, mahkeme onun
rızasının aranmayacağına karar verir.⁴²

Ana ve babadan birinin rızasının aranmayacağı hallerin bir kısmı 311.
maddenin 1. bendinde sayılmıştır. Bunlar, ana babanın kim olduğunun veya
uzun süreden beri nerede oturduğunun⁴³ bilinmemesi halidir. Bu haller, aynı
zamanda rıza verilmesinin objektif olarak mümkün olmadığı hallerdir.⁴⁴

³⁶ Kılıçoğlu, s. 579.

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 309.

³⁸ Hegnauer, Art. 265a, N. 43

³⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 310; Breitschmid, Art. 265a N. 15.

⁴⁰ Martina Rusch, "Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die
Schweiz", FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht, Band/Nr. 13, 2009

⁴¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 311; Breitschmid, Art. 265c N. 1

⁴² Cengiz Kaya, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009

⁴³ Belen, yasadaki "nerede oturduğunun" bilinmemesi ifadesinin yerine "nerede bulundu-
ğunun" bilinmemesi ifadesinin daha doğru olacağını belirtir. (Herdem Belen, Yeni Me-
deni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman karşılaştırmalı hu-
kuk değerlendirmesiyle), İstanbul 2005, s. 43.)

Ancak kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda da "Aufenthalt" sözcüğü ile ifade edilen, otu-
rulan yer veya ikametgahtır.

⁴⁴ Hegnauer, Art. 265c, N. 4 vd.

Ana veya babanın kim olduğunun bilinmemesi, çocuğun ne ana ile ne de baba ile arasındaki soy bağının ortaya konamaması halidir. Daha doğru bir ifade ile, biyolojik ana ile doğumla kurulmuş soy bağı ve baba ile çocuk arasında yasaya göre belirlenecek soy bağı, ana ve babanın bilinmemesi nedeniyle kayda geçirilememektedir. Evlat edinilecek olan çocuğun bulunmuş, terk edilmiş bir çocuk olması halinde biyolojik ebeveyn ile çocuk arasındaki bağın kayda geçirilememesi bu duruma bir örnektir.⁴⁵ Bu bilinmeme halinin varlığını kabul etmek için vesayet makamının biyolojik ebeveyni bulmayı başaramaması gerekir.⁴⁶ Soy bağı kurularsa, rıza aranır.⁴⁷ Rıza alınmayacağına dair m. 312 uyarınca karar verildikten sonra soy bağının kurulması, sonucu değiştirmez, geriye etkili olarak rıza aranması söz konusu olmaz.⁴⁸ Ancak, bu halde, mahkeme rızanın aranmayacağına dair kararını çocuk ile soy bağı kurulan ebeveyn bildirmelidir.⁴⁹

Uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmeyen ana veya babanın da rızasının aranmayacağı aynı bentte belirtilmiştir. Oturduğu yerin bilinmemesi, oturduğu yerin tespitine uğraşıldığı halde bulunamamasıdır. “Uzun süreden beri” bilinmemesi hususunun tespitinde herhangi bir süre şartı bulunmamaktadır.⁵⁰ Ancak anlık ya da kısa süreli bir bilinmezlik bu koşulu yerine getirmez.

Keza ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunan ana veya babanın da rızası aranmayacaktır. Zira rıza verilmesi, ayırt etme gücünün bulunması koşuluyla mümkündür.

Ana ve babanın rızasının aranmayacağı bir başka hal, 311. maddenin 2. bendinde yer verilmiş olan, küçüğe karşı özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesi nedenine dayanan haldir. Bu hal, sübjektif bir haldir. Ana veya babanın çocuğuyla, diğer bir deyişle ana-baba olarak kendi haklarına ilgisi olmaması halidir.⁵¹ Bu ilgisiz halin nedenleri bu değerlendirmede dikkate alınmaz.⁵² Ancak özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesi nedeniyle ana babanın rızasının aranmamasına karar verilebilmesi için her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. Zira ana babanın rızasının aranmaması istisnai bir durumdur ve bu nedenle bu kararın verilmesinde çekişme davranılmalıdır.⁵³ Mahkeme özen yükümlülüğünün yeterince yerine getirilmemesine dayanarak rızanın aranmaması yönünde karar verirse, karar rızası aranmayacak olan ana veya babaya yazılı olarak bildirilir.

Çocuk ile arasında hukuki bağ engellenen bir ebeveynin rıza vermesi aranmayacaksa dahi, evlat edinme davası sırasında mahkemece dinlenmesinde yarar vardır.⁵⁴

⁴⁵ Aydoğdu, s. 247

⁴⁶ Rusch, s. 135

⁴⁷ Hegnauer, Art 265c, N. 10

⁴⁸ Aydoğdu, s. 247.

⁴⁹ Aydoğdu, s. 247.

⁵⁰ Örneğin MK m. 307’de olduğu gibi “iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi...” gibi bir süre koşulu aranmamıştır.

⁵¹ Peter Weimar, “Die Zustimmung der Eltern zur Adoption”, Zeitschrift für Vormundschafswesen, 2001, s. 124-132, s. 129

⁵² Weimar, s. 129.

⁵³ Weimar, s. 131.

⁵⁴ Hegnauer, Art. 265a, N. 12

Mahkemeye evlat edinme başvurusunun yapılmasından sonra evlat edilecek küçüğün ergin olması halinde, artık ana ve babanın rızası aranmaz.⁵⁵

2. Gelecekte evlat edinilmesi amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş küçüğün evlat edinilmesi hakkında mahkeme kararıyla rıza aranmaması

Küçüğün, gelecekte evlat edinilmesi amacıyla bir kuruma yerleştirilmiş olması halinde, ana ve babadan birinin rızası eksiğe, bu rızanın aranıp aranmamasına mahkeme karar verir. Bu karar için evlat edinenin ya da evlat edinmede aracılık yapan kurumun istemi gerekir (MK m. 312). Mahkemenin bu kararının kural olarak küçüğün kuruma yerleştirilmesinden önce verilmesi gerekir. Kararı verecek olan mahkeme, küçüğün oturduğu yer mahkemesidir.

II. ERGİN VE KISITLI KİŞİLERİN EVLAT EDİNİLMESİNDE ARANAN RIZA

Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi Medeni Kanun'un 313. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm önce ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi için aranan koşulları üç bent ile saydıktan sonra evli kimselerin evlat edinilmesinde eşin rızası koşulundan söz etmiştir.

Hükmün son fıkrasında ise, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır, denmektedir.

A. Altsoy varsa altsoyun muvafakati

Medeni Kanun'un 313. maddesi, 03.07.2005 tarihli ve 5399 sayılı Kanun'un⁵⁶ 1. maddesi ile değiştirilmiş, evlat edinenin altsoyunun açık muvafakatiyle evlat edinilebileceğini ifade eden düzenleme getirilmiştir. Maddenin önceki halinde ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi, İsviçre Medeni Kanunu'na uygun olarak, evlat edinenin altsoyunun bulunmaması koşuluna bağlıydı.

313. maddeye göre, ergin ve kısıtlı, evlat edinenin altsoyu bulunması halinde, bunun muvafakati⁵⁷ ile evlat edinilebilir. Üstsoy-altsoy hısımlığı, kan hısımlığını tarif eden MK m. 17'ye göre, biri diğerinden gelen kişiler arasında oluşur. Buna göre, düz çizgi kan hısımlığı olarak devam eden altsoy hısımlık çizgisinden bir hısımlığın olması halinde 313. maddedeki muvafakat koşulu aranır. Bunun gibi, daha önceden mevcut bir evlat edinme yoluyla kurulmuş hısımlık varsa, bu durumda da daha önce evlat edinilmiş olan altsoyun rızası aranmalıdır.

Evlat edinme başvurusu sırasında evlat edinen kişinin altsoyunun bulunup bulunmadığına göre muvafakat aranır. Evlat edinme işleminin tamamlanmasından sonra evlat edinenin çocuk sahibi olması, artık gerçekleşmiş bulunan evlat edinme işlemine etki etmez. Evlat edinme başvurusu ile karar arasındaki süreçte evlat edinenin tanıma, babalık kararı ya da doğum nedenleriyle altsoya sahip olması halinde, altsoyun muvafakati alınmalıdır.⁵⁸

⁵⁵ Christophe Herzig/Sandra Imbach/Tabea Jenny, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht /IV Kindesrecht, s. 241

⁵⁶ RG 15.07.2005, 25876

⁵⁷ Yasanın evlat edinme işleminde ilgililerin iradelerine dair hükümlerinde kullanılan "rıza" kavramı yerine burada altsoyun "muvafakati" kavramı kullanılması isabetli değildir. Ancak yine de yasadaki sözcük seçimi ile uyumlu olmak adına bu hükümle ilgili açıklamalarda muvafakat terimi kullanılmıştır.

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 314.

Evlat edinme anında doğumu beklenen bir cenin varsa, bu durumda MK 643'ün kıyasen uygulanması ve ceninin tam ve sağ olarak doğmasının beklenmesi gerekir.⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş'ün yine isabetle belirttiği üzere⁶⁰, altsoyun muvafakat için ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğinden, ayırt etme gücünden yoksunluğun olağan koşullarda yaş küçüklüğünden ileri geldiği bu halde, evlat edinme kararının ceninin sağ ve tam doğmasından sonra, ayırt etme gücünün kazanılacağı yaşa dek bekletilmesi gerekecektir.

Bu kadar uzun süre beklenmesinin evlatlık ilişkisinden beklenen faydanın gerçekleşmesine engel olması ihtimali her zaman mevcuttur. Nitekim yasa zaten, evlat edinilecek olan kişinin en az beş yıldan beri bakılmasını ve birlikte yaşamasını 313. maddenin 1, 2 ve 3. bentlerinde koşul olarak aramıştır. Bu kadar süreyi birlikte geçirdikten sonra bir de altsoyun ayırt etme gücüne sahip olacağı yaşın beklenmesi, evlat edinmeden beklenen yarardan yoksun kalınmasına neden olabilir. Ne var ki, ergin kimselerin evlat edinilmesinde altsoyun korunmasının önemi, evlat edinilerek ergin ya da kısıtlıya sağlanacak hukuki durumun önünde görülmektedir. Küçüklerin evlat edinilmesinde evlat edinecek kişinin altsoyunun bulunması ile ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde altsoyun bulunması arasında yasada yaratılan farkın nedeni de budur. Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde 316. maddenin son fıkrasından ayrılarak "altsoyun tavır ve düşüncelerinin değerlendirilmesi" yerine muvafakat koşulu aranmıştır. Dolayısıyla muvafakate verilen önem ışığında hareket edilmelidir.

Ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluk söz konusu ise, MK m. 307/2'ye kıyasen⁶¹ bu muvafakat aranmadan evlat edinme işlemi yapılabilir diyen görüş⁶² yanında, kişiye sıkı şekilde bağlı bu hakkın kullanılmasında ayırt etme gücünden yoksun altsoy kısıtlı ise vasi ve vesayet dairelerinin, ana-baba velayeti altında ise, atanacak kayyımın rızasının aranması uygun olacaktır, görüşü⁶³ mevcuttur. Ancak şahsa sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması niteliği görülen muvafakat verme işleminin, kayyım veya vasi yoluyla yapılması işlemin bünyesine aykırıdır. Bu durum evlat edinmede rıza aranan hallere paralellik gösterdiğinden 311. maddenin kıyasen uygulanması, işlemin yapısına daha uygun olabilir.

Aşağıda eşin rızasının alınmasında, evliliğin evlat edinme başvurusu ile evlat edinme kararı arasındaki süreçte oluşması halinde, artık eşin rızasının aranmayacağı, ancak eşin hakim tarafından dinlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aynı zaman aralığında oluşan hısımlıkta ise doğan altsoyun dinlenmesiyle yetinilemeyeceği, muvafakatinin alınması gerekliliği korunan yarar bakımından kabul edilmelidir.

⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 313, dn. 250'de evlat edinme kararının sağ ve tam doğuma dek ertelenmesi gerektiği belirtilmişse de, yine aynı eserin 316. sayfasında savunulan görüş uyarınca, esasen kararın altsoyun ayırt etme gücüne sahip olması anına kadar bekletilmesi gerekecektir.

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 314

⁶¹ Burada 307. maddenin evlat edinen eşlerle, yani evlat edinme işleminin taraflarıyla ilgili olması, 311. maddenin ise işlemin tarafı olmayan ilgililerin rıza beyanına ilişkin bir hüküm olması nedeniyle 311. maddenin kıyasen uygulanması daha uygun kabul edilebilir.

⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 314

⁶³ Aydoğdu, s. 364

Birlikte evlat edinmede, her iki eşin de altsoyunun muvafakati aranacaktır. Eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi halinde sadece evlat edinilen eşin altsoyunun muvafakati aranacaktır.

Yasa, evlat edinmenin altsoyunun bu muvafakati açık olarak vermesini aramıştır. Muvafakatin nasıl verileceğine dair başka bir açıklama yasada bulunmamaktadır. Ancak muvafakatin bulunmamasının 317. madde kapsamında evlatlık ilişkisinin kaldırılması nedeni olarak kabul edilmesi karşısında, bu muvafakatin de ana-baba rızası gibi, mahkeme önünde şahsen ifade edilerek tutanağa geçirilmesi usulüne uymak daha uygundur.

B. Evlat Edinilen Ergin veya Kısıtlının Rızası

Yasanın 313. maddesinin son fıkrasının atfı ile, evlat edinilecek olan ergin ya da kısıtlının, ayırt etme gücüne sahip olması halinde bizzat rıza vermesi gerektiği görülmektedir.⁶⁴ Ayırt etme gücüne sahip ergin kişi kısıtlanarak velayet altına konmuşsa ana babasının, kendisine vasi atanmışsa vasi ve vesayet dairelerinin rızasına ihtiyaç yoktur. Ayırt etme gücü bulunan kısıtlının, şahsa sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olan bu rıza beyanının verilmesi işlemi bizzat yapması gerekir.⁶⁵ Ancak kısıtlanmış kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde artık onun rızası aranmamalı, yasal temsilcisinin izni alınmalıdır (MK m. 313/son fıkra).

Dolayısıyla kısıtlı ergin kişinin evlat edinilmesinde, kısıtlının ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılmalı, ayırt etme gücü bulunan evlat edinilenin bizzat rızası alınmalıdır. Evlat edinilecek kısıtlının ayırt etme gücü bulunmuyorsa rızasının alınmasına gerek bulunmaz.

C. Evlat Edinilenin Evli Olması Halinde Eşinin Rızası

Evlat edinilecek kişinin evli olması halinde, evlat edinme ancak MK m. 313 uyarınca eşinin rızası ile mümkündür. Evlat edinme işlemleri sırasında evlilik devam ettiği sürece, evlat edinilecek kişinin eşinin rızası aranır. Bu rızanın, evlat edinilecek kişinin tam ehliyetli olup olmamasıyla ilgisi yoktur. Sadece evli olup olmama halinden doğan bir koşuldur. Eşler ayrı yaşıyor olsalar dahi eşin rızası alınmalıdır.

Rızanın alınması, evlat edinme başvurusu sırasında evlat edinilecek olan kişinin evli olması halinde gereklidir. Evlat edinme süreci devam ederken evlat edinilecek kimsenin evlenmesi halinde 316. madde kapsamında eşin dinlenmesi gerekir.⁶⁶

Rızası alınacak eş kısıtlanmış olsa dahi, ayırt etme gücü varsa rıza konusunda iradesini bizzat ifade etmelidir. Ancak sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun ise, ya da nerede olduğu uzun süredir bilinmiyorsa, vesayet makamının onayı ile bir kayyım tarafından rızanın verildiği ya da verilmediği beyan edilmelidir.⁶⁷ Bu halde ayrıca 311. maddenin kıyasen uygulanması ile

⁶⁴ Aydoğdu, s. 346; Akıntürk/Karaman, s. 375; Öztan, s. 580

⁶⁵ Aydoğdu, s. 346; Akıntürk/Karaman, s. 376

⁶⁶ Hegnauer, Art. 266 N. 25, Art. 268 N. 27; Aydoğdu, S. 350

⁶⁷ Hegnauer, Art. 266 N. 27

rızanın alınmayacağı hallerden birinin varlığı nedenine dayalı olarak eşin rızası aranmayabilir.⁶⁸

III. RIZA BEYANLARINDA EKSİKLİKLER VE ETKİLERİ

A. Beyanda bulunan iradesindeki sakatlıklar

Evlat edinme işleminde rıza vermesi gereken kişiler arasında iradesi sakatlanan bir kimsenin bulunması halinde ortaya çıkacak rıza beyanının geçersizliği, bu geçersizliği ileri sürme ve bunun evlat edinmeye etkisi konularının ele alınması gerekmektedir.

İrade sakatlığının oluşup oluşmadığı Borçlar Kanunu'nun 30. maddesinde aranan koşullara kıyasen tespit edilebilir. Bu tespit uyarınca bir irade sakatlığının bulunduğu hallerde buna dayanarak rıza beyanının geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. İrade sakatlığı nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesinde evlat edinme işleminde rıza verilmesi ve evlat edinme işleminin iptali talebi ile ilgili usul ve süreye dair kurallar da dikkate alınarak hareket edilmelidir.

Evlat edinme işleminin tamamlanmasından önceki evrede, rıza veren kimse iradesinin sakatlanması nedeniyle rıza beyanının geçersizliğini ileri sürdüğünde, rıza verilmemiş, dolayısıyla evlat edinme için aranan rıza eksik olacaktır. Bu eksikliğe rağmen evlatlık ilişkisinin kurulması halinde MK m. 317 uyarınca rızanın bulunmaması nedenine dayalı iptal talep edilebilecektir.

Ana ve baba rızasının geri alınması mümkün olduğundan, irade sakatlığı halinde m. 310 uyarınca rızayı geri alma usulüne başvurulması düşünülebilir. Ancak, yasanın bu olanağı tanımasının altında yatan neden, bu olanağın bir kere ile sınırlı oluşu ve altı haftalık süre sınırı göz önüne alındığında, rızanın geri alınması olanağının burada kullanılmasının isabetsiz olacağı belirtilmelidir.

Evlat edinme tamamlandıktan sonra rıza veren kişinin irade sakatlığı nedeniyle beyanının geçersizliğini ileri sürmesi halinde yine MK m. 317 uyarınca evlatlık ilişkisinin kaldırılması nedenlerinden biri mevcut olacaktır. Rızanın irade sakatlığı nedeniyle geçersizliği geriye etkili olacağından, evlat edinme işleminde başından itibaren rıza bulunmaması sonucu doğar.

Yasal bir neden yoksa, ana ve babanın her ikisinden de rıza alınması gerektiği, eğer birinin rızası yoksa, ana ve baba rızası koşulunun gerçekleşmemiş sayılacağı daha önce ifade edilmişti. Bu nedenle, ana ve babadan birinin iradesinin sakatlandığı ihtimalde, sakatlanan bir irade beyanının geçersizliğinin, evlat edinme işlemi bakımından ana ve baba rızasının bulunmaması olarak ele alınması gerekir.

B. Rıza beyanının mevcut olmamasının etkisi

Evlatlık ilişkisi, mahkeme kararının yokluğu ya da evlat edinme ilişkisinin taraflarının bu yönde bir iradelerinin bulunmaması gibi nedenlerle yok hükmündedir. Bunun dışında, bir mahkeme kararı ile kurulan evlatlık ilişkisi, yine ancak mahkeme kararı ile kaldırılabilir. Bunun için evlatlık ilişkisinin kaldırılması için dava açılmalıdır.

Medeni Kanun'un 317. ve 318. maddeleri evlatlık ilişkisinin kaldırılması nedenlerini düzenlemiştir. Yasanın 317. maddesi, evlatlık ilişkisinin rızanın bulunmaması nedenine dayalı kaldırılmasını ele alır. Hüküm, yasal sebep bu-

⁶⁸ Hegnauer, Art. 266 N. 27

lunmaksızın rıza alınmamışsa, evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebi ile dava açılabileceğini ifade eder. Madde 318 ise diğer noksanlıkları ele alır.

317. maddeye göre, yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamış ise, rızası alınması gereken kişiler küçüğün⁶⁹ menfaati bunun sonucunda aşırı zedelenmeyecekse, hakimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler. Rızası alınması gereken kişilerden yasal bir neden olmaksızın rıza alınmaması, yasanın 308, 309 ve 313. maddeleri uyarınca aranan rıza beyanlarının yasal bir neden olmaksızın alınmamış olmasını ifade eder. Bunun dışında, ana ve babanın rızasının 310. maddede belirlenen sürelerle uyulmadan alınmış olması da yine 317. madde çerçevesinde evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebine neden oluşturur. Ana ve babadan birinin rızasının m. 312'de sayılan nedenlerle alınmamış olması halinde, bu bildirim rızası alınmayan ana veya babaya yapılmamış olması da yine m. 317 uyarınca evlatlık ilişkisinin kaldırılması talebinin nedeni sayılır. Rıza beyanının verilmesi sırasında rıza beyanına ilişkin iradenin sakatlanması nedeniyle irade beyanının geçersiz olduğu hallerde de rıza beyanı alınmamış sayılır ve bu nedenle evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasına neden oluşturur.⁷⁰

Evlat edinme ilişkisinin rızadaki eksiklik nedeniyle kaldırılmasına karar verilebilmesi için, küçüğün (evlatlığın) menfaatinin bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmemesi koşulu da aranır. Rıza alınması ile sağlanacak olan yarar evlatlığın menfaatinin en yüksek düzeyde korunması iken, bunun eksikliğine dayalı olarak evlatlık ilişkisinin kaldırılması, daha büyük bir zarara neden olabilir. Bu nedenle hakimden beklenen, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının evlatlığın menfaatine olan etkisini değerlendirmesidir.

Dava evlat edinilen tarafından açılıyorsa, evlat edinene karşı; rızası aranan diğer kişiler tarafından açılıyorsa, evlat edinen ve edinilene karşı açılmalıdır. Dava, bozucu yenilik doğuran bir davadır. Evlat edinme kararını veren mahkemede açılmalıdır.

IV. SONUÇ

Evlat edinmenin amacının gerçekleşmesinde önemli bir husus olan rıza alınması hem evlat edinen hem de evlat edinilen bakımından en doğru sonucun elde edilmesini sağlamak üzere düzenlenmiştir. Yasal düzenleme evlat edinme işlemini sistematik açıdan küçüğün ve ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesi olarak ayırıp ele almışsa da, birçok açıdan küçüğün evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Rıza verilmesinin gerek küçük gerek ergin veya kısıtlı evlat edinilen açısından olduğu kadar evlat edinenler açısından da işlevi önemlidir. Yasanın rızası aranacak kişilerin iradelerini, hakim gerekli araştırmayı yapması gereğini düzenleyen hükmün kapsamında bırakmak yerine, ayrı ayrı beyan etmeleri gereğini ifade etmesi de bu işlevin önemini göstermektedir.

Bu nedenle rıza verecek kişilerin ve rızanın alınması zamanı ve usulü ile somut olaya göre ortaya çıkabilecek özel durumların rıza alınmasının amacı ile bağdaşacak şekilde değerlendirilmesi gereği bulunmaktadır. Evlat edinme davasının görülmesi sırasında rızası alınacak kişilerin rızalarının alınması, bu

⁶⁹ Hüküm küçüğün menfaatinden söz etmiş olsa da, ergin veya kısıtlının evlat edinilmesinde rızanın bulunmaması hallerinde de uygulanacaktır.

⁷⁰ Breitschmid, Art. 269, N. 8

rızanın verilmesi ya da verilmemesinin kişiye sıkı şekilde bağılı haklardan olması nedeniyle iradenin şahsen ifade edilmesi ve ortaya sağılıklı bir beyan çıkabilmesi için gereken yapılmalıdır.

Kısaltmalar

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
E.	: Esas
Art.	: Artikel
bkz.	: Bakınız
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
N.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
t.	: tarihli
ZGB	: Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KAHRAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt: Aile Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2015
- AYDOĞDU Murat, Evlat Edinme, Ankara 2010
- BAYGIN Cem, "Evlât Edinmenin Koşulları", AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, s. 591-626, Aralık 2003 (Çevrimiçi)
http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2003_VII_2_20.pdf
- BELEN Herdem, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme (Türk-İsviçre-Alman karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesiyle), İstanbul 2005
- BREITSCHMID Peter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel 1998
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2016
- EICHENBERGER Rolf, Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht, Wettingen 1974
- GLOOR Urs/UMBRICHT LUKAS Barbara, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2016
- HEGNAUER Cyril, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bern 1984
- HEGNAUER Cyril, Verweigerung und Absehen von der Zustimmung zur Adoption, Art. 265a, Art. 265c Ziff. 2 ZGB, Zeitschrift für Vormundschafswesen, 1999, s. 116-119 (a.g.m.)

HERZIG Christophe A./IMBACH Sandra/ JENNY Tabea Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe-und Kindesrecht /IV. Kindesrecht Der neue Familienprozess, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, 2012, S.232-254

IŞIK Mehmet, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme, Ankara 2005

KAYA Cengiz, Türk Hukukunda Evlat Edinme, İstanbul 2009

KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015

KÖSEOĞLU Bilal/KOCAAĞA Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011

ÖZMEN İsmail, Evlat Edinme Davaları, Ankara 2004

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015

RUSCH Martina, Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 13, 2009

ŞİPKA Şükran, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi” İÜHFİM, C:LVII, S:1-2, 1999, s. 301-322

WEIMAR Peter, Die Zustimmung der Eltern zur Adoption, Zeitschrift für Vormundtschaftswesen, 2001, s. 124-132

YALMAN Süleyman, “Evlat Edinmede Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı:1- 2, Haziran-Aralık 2014, (Çevrimiçi) http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_5.pdf (Çevrimiçi) www.lexpera.com

SPKN M.24'E İSTİNADEN AYRILMA HAKKINI KULLANAN ORTAK, AYRICA TTK M.202/2'YE DAYANARAK DAVA AÇABİLİR Mİ?

*(CAN THE SHAREHOLDER WHO USED APPRAISAL RIGHT ON THE
BASIS OF ART. 24 OF THE CML, ALSO FILE A SUIT IN TERMS OF ART.
202/2 OF THE TCL?)*

Dr. Gökçen Turan*

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (kısaca TTK) hükümlerinin, anonim ortaklıklara ilişkin diğer özel düzenlemelerle önemli bir kesişim noktası şirketler topluluğu alanında meydana gelmektedir. Gerçekten, halka açık ortaklıkların, faaliyet gösterdikleri alanlarda, çoğu zaman bağlı şirketleri vasıtasıyla organize oldukları dikkate alındığında, hem 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (kısaca SPKn) hükümleri hem şirketler topluluğu düzenlemelerinin uygulama alanı kazanması tabii bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bağlı şirketin de halka açık olduğu durumlarda, halka açık ortaklık pay sahiplerini korumak için SPKn'da sevkedilen düzenlemeler ile bağlı şirket ortağının zararının giderilmesine yönelik TTK'nın 202 inci maddesinde yer alan düzenlemeler arasında çakışma meydana gelmektedir. Her ikisi de pay sahibine ortaklıktan çıkma hakkı veren SPKn m.24 ile TTK m.202/2 hükümleri buna bir örnektir. Pay sahibinin, her iki kanundaki koruyucu düzenlemelerin hangisinden yararlanacağı konusunda, bir hakların yarışması durumundan söz edilebilirse de, pay sahibinin her iki düzenlemeden de yararlanmak istemesi ilginç bir hukuki sorun olarak görülmektedir. İşbu çalışmada ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin, ayrıca TTK 202/2 hükmüne dayanarak münzam zarar talebinde bulunmasının hukukken mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Ayrılma hakkı, şirketler topluluğu, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması, sorumluluk, Türk Ticaret Kanunu m.202/2

ABSTRACT

An important interception point between the provisions of Turkish Commercial Law (TCL), Number 6102, and the other special regulations regarding joint stock companies occurs at the field of group of companies. Indeed, considering that publicly held companies mostly become organized through their affiliated companies in their areas of activity, it ensues as a natural consequence that both the provisions of the Capital Market Law (CML), Number 6362, and the TCL provisions related to group of companies become applicable. In case that the affiliated company is also publicly held, an overlap takes places between the CML provisions laid down to protect shareholders of public companies and the provision

* Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi Başuzman Hukukçu (gturan@spk.gov.tr)

laid down in Article 202 of the TCL to compensate losses of affiliated company or it's shareholders. Article 24 of the CML and Article 202/2 of the TCL, both granting exit right to minority shareholders, is a case in point. Though there generally is a contest of rights with regard to which protecting regulation in the both Laws the shareholder would benefit, it seems to be an interesting legal problem that the shareholder requests to make use of the regulations both. In this study, it will be examined whether a shareholder used appraisal right, can also request additional damage in terms of the article 202/2 of the TCL.

Keywords: *appraisal right, group of companies, unlawful use of control, liability, Turkish Commercial Code Art.202/2*

I. AYRILMA HAKKININ TEMEL ÖZELLİKLERİ VE KULLANIM SONUÇLARI

A. Genel olarak

Ayrılma hakkı SPK'n ile hukukumuzda giren yeni bir müessesedir¹. Anılan Kanun'un 24. maddesi ile, halka açık ortaklık genel kurulunda 23. maddede sayılan önemli nitelikte işlemlere dair karar alınması halinde, karara muhalif olan ve muhalefetini tutanağa yazdıran pay sahibine, paylarını ortaklığa satmak suretiyle ortaklıktan ayrılma hakkı tanınmıştır.

Ayrılma hakkı düzenlemesinin temelinde, anonim ortaklıklarda karar alma mekanizmasının dayandığı çoğunluk ilkesine karşı, azınlık pay sahiplerini korumak üzere sevkedilen mekanizmaların yetersiz kaldığının tecrübe edilmesi üzerine, pay sahipleri için daha etkin ve dengeleyici bir koruma aracı sağlama düşüncesi yatmaktadır. Gerçekten de iptal davası, ortaklığı zarara uğraticı işlemler hakkında sorumluluk davası, ibra etmeme, bilanço görüşmelerinin ertelenmesi vs. hakların kullanımının özel bir çaba ve bilgi birikimi gerektirmesi, ayrıca dava haklarının kullanımının getirdiği mali külfet, bu hakları azınlık pay sahiplerini korumada etkisiz kılmıştır. Ayrılma hakkı ise, çoğunluğun aldığı şirkette önemli değişiklikler yaratan kararlara karşı olan ve değiştirme gücü de bulunmayan pay sahiplerine, paylarını şirkete satmak suretiyle ortaklıktan çıkma imkanı tanıyan, bu bağlamda hem etkili hem de -gerekirse- caydırıcı bir önlem olmaktadır. Öte yandan ayrılma hakkının, alınan kararların icrasını engelleyecek yasal haklara bir alternatif yerine geçmesi bakımından, çoğunluğun yararına hizmet eden bir yönü de bulunmaktadır.

¹ Ayrılma hakkı literatürde birçok çalışmaya konu edildiğinden (bkz. **Yusuf Sönmez**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2009 – **Aysegül Özdoğan**, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı”, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, C.II, Ankara, 2014, s. 691 vd. – **Gökçen Turan**, “6362 Sayılı Kanun’da Halka Açık Ortaklık Pay Sahiplerine Tanınan Ayrılma Hakkı”, Legal Hukuk Dergisi, C.12, S.139, Temmuz 2014, s. 75 vd. – **Derin Altan**, “Sermaye Piyasasında Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı ve Önemli Nitelikteki İşlemler”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C.3, S.11, 2014, s. 117 vd. – **Burak Adıgüzel**, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, S.2, 2014, s. 1 vd. vs.). çalışmanın hacmini gereksiz büyütmemek ve spesifik tartışma konusuna odaklanmak amacıyla, işbu çalışmada ayrılma hakkının özelliklerine dair sadece genel bilgi verilip, detaya girilmeyecektir.

B. Ayrılma Hakkının Kullanım Koşulları

SPKn'nun 24. maddesi uyarınca, 23. maddede belirtilen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri, paylarını halka açık ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir. Halka açık ortaklık bu payları pay sahibinin talebi üzerine, maddede gösterilen satış fiyatı üzerinden satın almakla yükümlüdür.

Şu halde, bir somut olayda pay sahiplerinin ayrılma hakları bulunduğundan söz edebilmek için öncelikle, *i*) şirket halka açık olmalı, *ii*) bu halka açık şirketin genel kurulunda önemli nitelikte işlemler sınıfına giren bir karar alınmalı, *iii*) pay sahibi bu karara muhalefet ederek muhalefetini tutanağa işletmiş olmalıdır.

Anlaşılabileceği gibi, ayrılma hakkı önemli nitelikte işlemlere dair kararlarda kullanılabilen bir haktır. Buna göre, önemli nitelikte işlemlerin, ayrılma hakkının kullanılabilceği hallerin maddi çerçevesini çizdiği söylenebilir. Hangi işlemlerin "önemli nitelikte işlem" sınıfına girdiği ise Kanun'un 23. maddesinde gösterilmiştir. Anılan madde uyarınca;

- birleşme, bölünme işlemlerine taraf olunması, tür değiştirme veya sona erme kararı alınması,
- mal varlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devredilmesi veya üzerinde bir aynı hak tesis edilmesi veya kiralanması,
- faaliyet konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi,
- imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi,
- borsa kotundan çıkma

gibi hususlar bu Kanun'un uygulanmasında önemli nitelikte işlem olarak sayılır. Hükümde "gibi" ifadesinin kullanılması nedeniyle, söz konusu saymanın tahdidî olmadığı ileri sürülebilir. Bunun yanında, aynı maddede önemlilik kriteri ve önemli nitelikteki işlemleri belirleme konusunda Sermaye Piyasası Kurulu (kısaca SPKr)'na verilen yetki de², önemli nitelikte işlemlerin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını gösteren diğer bir kanıttır³.

² SPKr'nun II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği (kısaca II-23.1 sayılı Tebliğ)'nin 5/2 maddesinde, ortaklıkların halka açılma öncesindeki vaat, taahhüt veya esaslı durumlarından önemli oranda farklılaşan veya somut bir konuda daha önceden bir vaat veya taahhütte bulunulmamış olsa dahi bütüncül olarak ele alındığında ortaklığın faaliyetleri ve/veya ticari hayatında önemli ölçüde değişiklik meydana getirebilecek iş ve işlemlerin Kurul tarafından önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirilebileceği hükmü yer almaktadır.

³ SPKn 23. maddede zikredilmemekle birlikte, Kurul düzenlemesi ile önemli nitelikte işlem olarak kabul edilen haller için bkz. II-23.1 sayılı Tebliğ'in 5/1 maddesinin (e) ve (g) bentleri. Tebliğ'in anılan hükümleri hakkında değerlendirmeler için bkz. **Turan**, s. 84-85. Ayrıca belirtmek gerekir ki, SPKn 23. maddede sayılanlar dışında başka işlemleri de önemli işlem olarak belirleme konusunda Kurula tanınan yetki öğretide eleştiri konusu olmuştur (**Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (bundan sonraki anı-ış: Sermaye Ortaklıkları), 3.Bası, İstanbul, 2013, s. 332-333, N. 14-101).

C. Ayrılma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

1. Pay sahipliği sıfatının sona ermesi

Ayrılma hakkının kullanılmasının pay sahibi açısından en temel sonucu pay sahipliği sıfatının sona ermesidir. Bunu, ayrılma hakkının bir çıkma hakkı mahiyetinde olmasının tabii sonucu olarak karşılamak gerekir. Ayrılma hakkı kısmen (yani elden bulundurulmuş payların sadece bir kısmı için) kullanılamaz⁴.

Ayrılma hakkının kullanılmasını ortaklığın kabulüne bağlı değildir. Hakkın kullanımına dair talebin ortaklığın belirlediği aracı kuruma (ya da ortaklığın kendisine) iletilmesi ile devir sözleşmesi kendiliğinden kurulmuş olur⁵. Pay sahibinin ayrılma hakkını kullanması ile, halka açık ortaklığın, pay sahibinin ortaklıktaki tüm paylarını satın alması mecburiyeti doğar⁶.

Ayrılma hakkının kullanımı sonucunda, payların ortaklık tarafından devralınması ile ortaklık sıfatı da sona erer. Buna göre, payların ortaklığın mülkiyetine geçiş anı, pay sahibinin ortaklık sıfatının da sona erdiği an olarak tespit edilebilir. Ayrılma hakkı halka açık ortaklıklarda kullanılabilen bir hak olduğu ve kaydileştirme düzenlemeleri uyarınca halka açık ortaklıkların tüm payları⁷ Merkezi Kayıt Kuruluşu (kısaca MKK) nezdinde kayden izlendiğinden, devir için payların fiziken ortaklığa getirilip teslim edilmesi söz konusu olmayıp, devir işlemi MKK'da kayden gerçekleşir.

II-23.1 sayılı Tebliğ'in 9. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında, ayrılma hakkının kullanılmasına genel kurul kararını izleyen en fazla 6 iş günü içinde başlanması gerektiği ifade edilmiş, öte yandan ayrılma hakkının aracı kurum vasıtasıyla kullanılması zorunluluğu getirilerek⁸, bu hakkı kullanmak isteyen pay sahibinin paylarını ortaklık tarafından belirlenen aracı kuruma teslim etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, kaydi sistemde payların fiziken teslimi söz konusu olmadığından, ancak payların MKK nezdindeki yatırımcı hesabından çıkarılıp ihraççı hesabına aktarılmasından söz edile-

⁴ Bkz. II-23.1 sayılı Tebliğ, m.9/9.

⁵ Öğretide bu husus "sözleşme kurma zorunluluğu" kuramı ile açıklanmaktadır (**İbrahim Bektaş**, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60.Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s. 762 vd).

⁶ Düzenlemede satın alma bedelinin ne şekilde hesaplanacağı da belirtilmiş olup, buna göre önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması esas alınacaktır. Yani kanun koyucu, çıkma hakkı ihtiva eden TTK'daki diğer düzenlemelerin aksine (bkz. m.202/2, 493/1, 531 gibi), birim pay değerinin hesaplanmasında esas alınacak kriteri doğrudan doğruya belirlemiş, böylece payların rayiç ya da gerçek değerinin belirlenmesi için mahkemeye müracaat edilmesi prosedürüne ayrılma hakkında yer vermemiştir.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda ise, pay bedelinin tespiti amacıyla değerlendirme raporu hazırlanır ve söz konusu rapor önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısı gündemi ile birlikte açıklanır (bkz. II-23.1 sayılı Tebliğ, m.10/2).

⁷ 06.10.2004 tarih ve 41/1279 sayılı Kurul İlke Kararı (bkz. 2014/42 sayılı Kurul Haftalık Bülteni) ile halka açık ortaklıkların dolaşımında olsun olmasın tüm paylarının kaydileştirilmesine karar verildiğinden, halka açık ortaklıkların payları arasında kaydileştirilmiş olma bakımından borsada işlem gören - görmeyen ayrımı söz konusu değildir.

⁸ Ancak, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar bakımından bu zorunluluğa talep üzerine Kurul tarafından muafiyet getirilebilir.

bilir⁹. Tebliğ'in anılan hükmünün bu husus göz önüne alınarak düzenlenmesi daha doğru olurdu.

Şu halde MKK'da kaydi devrin gerçekleştirildiği (payların ihraççı hesabına geçirildiği ve işlendiği) an, payların ortaklık mülkiyetine geçtiği, bu çerçevede pay sahibinin ortaklık sıfatının sona erdiği andır¹⁰.

2. Ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin genel kurul kararına karşı dava haklarını kullanıp kullanamayacağı sorunu

Ortaklığa karşı henüz ayrılma hakkı talebinde bulunmamış pay sahibinin süresi içinde genel kurul kararının iptali davası açabileceğinde kuşku olmadığı gibi, iptal davası açmış bir pay sahibinin de ayrılma hakkını kullanmasına bir engel yoktur¹¹. Bununla birlikte, iptal davası açmanın ilke olarak sadece pay sahiplerine tanınmış bir hak olduğu, bu nedenle pay sahipliği sıfatının iptal davası bakımından bir dinlenebilme koşulu olduğu ve bu sıfatın dava sonuna kadar korunması gerektiği, pay sahipliği sıfatını yitiren bir kişinin artık iptal davası açamayacağı veya açtığı iptal davasına devam edemeyeceği doktrinde ittifakla kabul edilmektedir¹². 6762 sayılı eTTK m.381 hükmüne dayanan bu görüşün yeni TTK m.446 bakımından da geçerli olduğunu savunmak gerekir; çünkü anılan maddede de iptal davası açma hakkı benzer şekilde paya değil, pay sahibine tanınmaktadır. Sonuç olarak, ayrılma hakkının kullanılması ile birlikte pay sahipliği sıfatı sona erdiği için, artık iptal davası açılmaz veya açılmış iptal davasına devam olunamaz.

Bununla birlikte, SPK'nun II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin 9/8 maddesinde dikkat çekici bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, genel kurullarda önemli nitelikteki işlemler bakımından olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleten pay sahipleri, söz konusu genel kurul toplantısı gündeminde bulunan diğer gündem maddeleri açısından ortaklık haklarını kullanmaya devam ederler. Hükümle amaçlananın, önemli işlem dışındaki gündem maddeleri için pay sahibinin oy haklarını kullanabileceğini teyit etmek olduğu düşünülmektedir. Ancak, anılan fıkra "ortaklık hakları" ifadesi kullanıldığı ve bunun kapsamına dava hakları da (iptal davası gibi) girdiği için, fıkra hükmü bu haliy-

⁹ **Çağlar Manavgat**, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016, s. 341.

¹⁰ Ayrılma hakkını kullanmak için aracı kuruma başvuran pay sahiplerine pay bedelleri en geç satışı takip eden işgünü ödenir (bkz. II-23.1 sayılı Tebliğ, m.9/7).

¹¹ Pay sahibi bakımından iptal davası açabilmek için, ayrılma hakkında olduğu gibi, genel kurul kararına muhalif kalıp, muhalefetin tutanağına işletilmiş olması gerekmektedir (TTK m.446/1).

¹² **Erdoğan Moroğlu**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2012, s. 229 – **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, 2. Bası, İstanbul, 1970, s. 135 – **Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I (bundan sonraki anılış: O.H.-I), İstanbul, 2014, s. 540, N. 741c – **Hasan Pulaşlı**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara, 2011, s. 845-846 – **Abuzer Kendigelen**, "İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sıfatının Cüz'i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi", Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul, 2001, s. 319 – **İsmail Kırcı (Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat)**, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 2016 s. 177 – **Güzin Üçışık/Aydın Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2013, s. 364.

le pay sahibinin diğer gündem maddeleri için iptal davası açma hakkının bulunduğunu ifade etmektedir. Bu ise, ayrılma hakkını kullanmamış bir pay sahibi için geçerli olsa bile, ayrılma hakkını kullanmış bir pay sahibi açısından yanlış bir ifadedir; çünkü pay sahipliği sıfatı sona eren birisi artık iptal davası açamaz, açtığı iptal davasına da devam edemez. Bu bakımdan, Tebliğ'in anılan hükmü istifham doğurucudur. Kaldı ki, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç da bulunmamaktadır. Genel kuruldaki gündem maddelerinin görüşülmesi esnasında henüz ayrılma hakkının kullanımı söz konusu olmadığı için, pay sahipliği haklarının devam ettiğinde bir kuşku yoktur. Öyleyse, tereddüt bulunmayan bir hususta düzenleme sevkeden Tebliğ hükmü, aynı zamanda gereksizdir.

Sonuç olarak, pay sahibi iptal davası açtıktan sonra ayrılma hakkını kullanmışsa, payın şirkete devri ile birlikte pay sahipliği sıfatı sona erdiği için dava şartının ortadan kalkması gerekçesiyle davanın düşürülmesi gerekir. Aynı şekilde davacı davayı açmadan önce ayrılma hakkını kullanmışsa, yine pay sahipliği sıfatı kalmadığı için, hukuki yarar ve bu bağlamda taraf (husumet) ehliyeti yokluğundan iptal davası açamaz. Aynı gerekçe, hiç kuşkusuz işbu çalışmanın konusunu teşkil eden tartışma bakımından da yol gösterici mahiyettedir.

II. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HAKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN DOĞAN DAVA HAKLARI

Şirketler topluluğu Türk hukukunda ilk kez 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. TTK m.195/1 hükmünde, iki ticaret şirketi arasında hangi hallerde hakimiyet ilişkisinin bulunacağı, yani birinin hakim şirket, diğerinin bağlı şirket olarak kabul edileceği gösterilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketinin *i)* oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, *ii)* esas sözleşmesine uygun olarak yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olması, *iii)* kendi oy haklarının yanında, oy sözleşmeleri vasıtasıyla oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, ya da *iv)* akdettikleri bir sözleşme (hakimiyet sözleşmesi) gereğince veya başka bir yolla yönetim kontrolünü elinde tutabilmesi, hakimiyet ilişkisini doğurmakta, yani biri hakim şirket, diğeri bağlı şirket olmaktadır. Şu halde, hakimiyet ilişkisi oy haklarının çoğunluğuna ya da yönetim organına üye seçmede imtiyaza sahip olmak yoluyla fiili şekilde kurulabileceği gibi; hakimiyet sözleşmesi yoluyla akdi şekilde de kurulabilir¹³. Dikkat edileceği gibi, fiili hakimiyette payların değil, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak esastır. Bununla birlikte, payların belli bir çoğunluğuna sahip olma hakimiyetin varlığına karine sayılmıştır (m.195/2).

Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, hakim şirketle birlikte şirketler topluluğunu meydana getirirler ve TTK'nın 195 ilâ 210 maddeleri hükümlerine tabi olurlar. Anılan maddelerde hakimiyet ilişkisi, kapsamına göre tam ve kısmi olmak üzere ikili bir ayrımla düzenlenmiş; temelde kısmi hakimiyet esas alınmakla birlikte, tam hakimiyet için ayrıksı bazı düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴.

¹³ **Zühtü Aytaç**, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu", *Batider*, C.29, S.4 (Aralık 2013), s. 14.

¹⁴ Bu anlamda Türk hukuku, şirketler topluluğu düzenlemelerinde hakimiyet ilişkisini, nedenine göre ayrımlayan ve düzenlemeyi bu kriteri esas alarak fiili hakimiyet ve akdi hakimiyet temelinde düzenleyen Alman hukukundan ayrılır (**Aytaç**, s. 18).

Şirketler topluluğu hükümlerine tabi olmanın en önemli sonuçlarından biri, hakimiyetin bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanılamaması ilkesi ve bu ilkenin ihlali halinde bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesi, aksi halde tazmin yükümlülüğünün doğmasıdır.

Şirketler topluluğunda hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk TTK 202 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, hakimiyetin kullanılması tek başına hukuka aykırı olmayıp; hukuka aykırılık hakimiyetin kullanılma biçiminden doğmaktadır. Başka bir anlatımla hukuka aykırılık, işlemin, alınan kararın veya uygulanan ya da uygulanmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketin kaybına sebep olarak şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermesinden ve bağlı şirket yönünden haklı bir sebebi bulunmamasından kaynaklanmaktadır¹⁵.

TTK 202. maddede, hakimiyetin kullanılması yoluyla bağlı şirkette uygulanıp bağlı şirketin kayba uğramasına yol açan işlem ve uygulamalar iki kategoriye ayrılmıştır. Birinci kategoriye dahil olanlar, *"bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmek"* gibi tahdidi olmayacak şekilde birinci fıkrada sayılan işlemler ve uygulamalardır. İkinci kategoridekiler ise, maddenin ikinci fıkrasında belirtilen, *"hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi"* kararlardır. İki ayrı kategoride ele alınan söz konusu uygulama ve işlemleri, mahiyetlerini de dikkate alarak, şu şekilde tasnif etmek mümkündür: Birinci kategoridekiler, bağlı şirketin faaliyetlerini yürüttüğü sırada gerçekleştirdiği ve hakim şirketin yönlendirmesine dayanan işlem ve uygulamalar iken; ikinci kategoridekiler ise, çoğunlukla bir genel kurulda karara bağlanıp¹⁶, şirketin yapısına etki eden önemli kararlardır. Bu anlamda birinci kategorinin şirketin ticari faaliyetlerinin yürütülmesi ile ilgili yönetim kurulunun faaliyet alanına giren iş ve işlemlerle ilgili; ikinci kategorinin ise -genel olarak- genel kurulun karar alma yetkisine giren konularla ilgili olduğu söylenebilir¹⁷. Diğer esaslı bir

¹⁵ Bkz. TTK m.202 gerekçesi. Ayrıca bkz. **Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II (bundan sonraki anılış: O.H.-II), İstanbul, 2017, s.755, N. 2130 – **Aytaç**, s. 23 – **İrfan Akın**, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014, s. 178.

¹⁶ Maddede yönetim kurulu kararlarından da söz edildiğinden, TTK 202/2 uyarınca açılacak davada kesin olarak bir genel kurul kararının varlığı şartı söz konusu değildir. Ancak şu bir gerçektir ki, maddede söz edilen kararlar çoğunlukla genel kurulda karara bağlanması gereken konulardır; meğer ki genel kurulun bu yetkisi mevzuatın tanıdığı özel imkanla yönetim kuruluna bırakılmış olsun (örneğin TTK 505 uyarınca menkul kıymet çıkarma yetkisinin yönetim kuruluna bırakılmış olması ya da kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından alınan sermaye artırım, rüçhan haklarının sınırlandırılması veya imtiyazlı ve primli hisse çıkarma kararları gibi..).

¹⁷ **Gül Okutan Nilsson**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 297. Tekinalp ise, iki kategori arasında, birincinin hakimiyetin yönetim kurulu kararı ile kullanıldığı halleri, ikincinin ise hakimiyetin genel kurul ka-

farklılık ise, ikinci kategoride söz edilen işlemlerin (daha doğru bir deyişle kararların) hakim şirketin sorumluluğuna yol açması için bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebinin bulunmamasının aranmasıdır.

Bu şekilde kategorize edilen uygulamalar nedeniyle, hakim şirketin tazmin sorumluluğunun hüküm ve koşulları da birbirinden belli noktalarda farklıdır. Kısaca inceleyecek olursak;

A. TTK 202/1 Uyarınca Hakim Şirketin Sorumluluğunun Esasları

TTK m.202/1 c.1 hükmü, temel diyebileceğimiz bir ilke ortaya koymaktadır¹⁸. Bu ilkeye göre, hakimiyet bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanılamaz. Yani hakimiyetin hukuka uygun kullanımından söz etmek için bağlı şirket kayba uğratılmamış olmalıdır. Başka bir anlatımla, bağlı şirket kayba uğratılmışsa, hakimiyet per se hukuka aykırı kullanılmış demektir¹⁹. Şu kadar ki, askıda olan hukuka aykırılık, eğer kayıp -ilgili faaliyet yılı içinde- giderilmezse, reel hale gelerek tazmin sorumluluğu ve dava haklarını doğurmaktadır.

Hükmü şu şekilde de anlamak mümkündür: Hakim şirket, sebep olduğu kaybı gidermek koşuluyla, bağlı şirkete onu kayba uğratan talimatlar verebilir. Başka bir deyişle, hakim şirkete, gerekli gördüğü topluluk politikalarını uygulama ve bu yolda bağlı şirkete talimat verebilme hakkı tanınmış; bununla birlikte, söz konusu politikaların (talimatların) bağlı şirkette neden olduğu kayıpları²⁰ giderme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu çerçevede, bir yandan topluluk olmanın yönetim organizasyonu bakımından gerektirdiği esneklik sağlanırken, diğer yandan bunu dengeleyici bir faktör olarak bağlı şirketin (dolaylı olarak bağlı şirketin ortakları ve alacaklarının) uğradığı zararların giderilmesi için özel bir koruma mekanizması öngörülmüştür. Öğretide, denkleştirmenin bir bakıma kayba sebebiyet veren işlemin askıda olan hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir²¹.

Düzenlemede, bağlı şirketi kayba uğratabilecek uygulama ve işlem örneklerine yer verilmiş, işlem ve uygulamaların tahdidî olmadığı madde gerekçesinde vurgulanmıştır.

Buna göre TTK 202/1 hükmü uyarınca hakim şirketin sorumluluğunun şu esaslara dayandığını söyleyebiliriz: Öncelikle, hakim şirketin bağlı şirket üzerindeki hakimiyetini kullanmasına bir engel yoktur, ancak söz konusu hakimiyet kullanımı bağlı şirkette bir kayba yol açmışsa, hakim şirketin bu kaybı gidermesi gerekmektedir. Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hakim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir (m.202/1-b). Hükümden anlaşıla-

rarı ile kullandığı halleri kapsadığı şeklinde daha kesin ve rijit bir ayırım yapmaktadır [Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), O.H.-II, s. 752 vd].

¹⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), O.H.-II, s. 755, N. 2130 – Nilsson, s. 226.

¹⁹ Akın, s. 178.

²⁰ Kayıp kavramının zarar kavramından daha geniş bir kapsamı olduğuna dair bkz. gerekçedeki açıklamalar. Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, “Bağlı Yönetim Kurulunun “Kayıp”la İlgili Sorumluluğu”, Prof.Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 617-618; Nilsson, s. 232 vd.

²¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), O.H.-II, s. 756 – Nilsson, s. 281 – Akın, s. 180 – Kürşat Göktürk, Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara, 2015, s. 162.

çağı gibi, davanın konusu davacının değil, şirket zararının giderilmesi olup, bu çerçevede hükmolunacak tazminat şirkete verilecektir. Öte yandan, hakim şirketin tüzel kişiliği ile birlikte, -kayba sebep olan- yönetim kurulu üyeleri de sorumluluk sűjeleri arasında sayılmıştır²². Bağlantılı olarak, sorumluluktan kurtulmak için özen kriterine dayalı kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmıştır. Şöyle ki, kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özenıyla hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceği ispat edilebilirse, tazminata hükmedilemeyecektir (TTK m.202/1-d)²³.

TTK 202/1 düzenlemesinde Türk hukuku bakımından yenilik taşıyan bir diğer önemli nokta, bu hükmeye istinaden açılan bir davada hakime tanınan, -tazminat yerine- davacı pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilme yetkisidir (TTK 202/1-b). TTK'daki diğer birkaç hükümlerle²⁴ beraber bu hüküm, geleneksel anonim ortaklıklar hukukumuzda yabancı olan çıkma ve çıkarma hakkının²⁵, artık anonim ortaklıklar bakımından da tanındığını ortaya koymaktadır. Aynı zamanda bu düzenleme, usul hukukumuzdaki "taleple bağıllık" ilkesine de bir istisna getirmiş olmaktadır²⁶. Öte yandan düzenleme, tazminat yerine uygulanacak çözüm konusunda ikinci fıkra hükümlerine atıfta bulun-

²² Hakim şirketin yönetim kurulu üyelerinin bu sorumluluğu, hakim şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı TTK 553 hükmünden kaynaklanan sorumluluklarından bağımsız olup, bağlı şirket ortak ve alacaklılarına karşıdır. Bununla birlikte, açılacak davaya TTK 553 vd.'ndaki maddeler kıyasen uygulanır (bkz. TTK m.202/1-e).

²³ Öğretide bu hükmün, m.202/1 kapsamındaki iş ve işlemlerde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılıp kullanılmadığını tespit bakımından bir ölçü ortaya koyduğu, söz konusu ölçünün aynı konumdaki bağımsız bir şirketin davranış biçimi olduğu savunulmaktadır (**Nilsson**, s. 224). Hükmünden anlaşılacağı gibi, kurtuluş kanıtıyla ilgili ispat yükümlülüğü davalı üzerindedir. Ayrıca öğretide, yönetim kurulu üyelerinin TTK 202/1-d kapsamında özen yükümünü yerine getirdiklerini kanıtlamalarının hakim şirkete de sorumluluktan kurtaracağı savunulmaktadır [**Ersin Çamoğlu**, "Şirketler Topluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2013/2 (Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu), s. 26].

²⁴ Bkz. TTK 208; 493/1, 531 gibi...

²⁵ **Erol Ulusoy**, "Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.117-118 (Özel Sayı), s. 77 - **Aytemkin Çelik**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3.Baskı, Ankara, 2013, s. 89 - **Murat Oruç**, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma", Batider, C.XXVII, S.1, Mart 2011, s. 209 - **Özge Ayan**, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)", Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, s. 2248 - **Ayşe Şahin**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2013, s. 410 vd.

²⁶ TTK 531'deki benzer düzenleme (söz konusu düzenlemede de, haklı nedenle fesih talebi ile açılan davada, mahkemenin, fesih yerine, davacı pay sahiplerinin paylarının gerçek değeri kendilerine ödenerek şirketten çıkarılmalarına karar verebilme yetkisi bulunmaktadır) hakkında bu görüşü dile getiren yazarlar için bkz. **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3.Baskı, İstanbul, 2016, s. 434-435 - **Tolga Ayoğlu**, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2013/2 (Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu), s. 237.

maktadır. Öyleyse, çıkma hakkının uygulama esasları konusunda TTK 202/2 hükmünden yararlanılacaktır.

Aynı fıkranın (c) bendinde, şirket zararının tazmin edilmesini isteme hakkı şirket alacaklılarına da tanınmıştır. Alacaklıların dava açabilmesi şirketin iflas etmesi şartına bağlı olmayıp, bu anlamda TTK 556 hükmünden ayrılır.

Özetle, şirketler topluluğunda hakim şirketin, bağlı şirket üzerindeki hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamayacağı temel bir ilke olarak belirlendikten sonra; hakim şirketin talimatları nedeniyle bağlı şirketin kayba uğraması halinde, söz konusu kaybın hakim şirket tarafından ilgili faaliyet yılı içinde denkleştirilmesi yükümlülüğü getirilmiş, hakim şirketin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklılarına, hakim şirkete ve onun -kayba sebep olan- yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı tanınmış, bu isteme dayalı açılan davada hakime tazminat yerine, davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına ya da duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilme yetkisi tanınmıştır.

B. TTK 202/2 Uyarınca Hakim Şirketin Sorumluluğunun Esasları

1. Genel olarak

TTK m.202/2 hükmünde, hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçiren veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahiplerinin; hakim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilecekleri öngörülmüştür.

Gerekçede ve öğretide işaret edildiği gibi, TTK 202/1'den ayrı olarak düzenlenen bu sorumluluk Türk hukukuna özgü olup, şirketler topluluğu düzenlemelerimizin kısmen esin kaynağı olan Alman hukukunda bulunmamaktadır²⁷.

Hakim şirket için öngörülen bu sorumluluk türünde, şirketin yapısına ve işleyişine etki eden önemli konularda alınan genel kurul kararlarında²⁸, söz konusu kararın alınmasının bağlı şirket açısından açıkça anlaşılabilir bir haklı sebebi bulunmuyorsa²⁹, yani bağlı şirket için bir menfaat ya da yarar içermiyor, sırf hakim şirketin genel kuruldaki oy gücü ile alınıyorsa, karardan zarar gören bağlı şirket pay sahiplerinin zararlarının tazmini öngörülmektedir. Anılan düzenleme ile, bir anlamda, hakim şirketin bağlı şirket genel kurulundaki oy hakkını istediği gibi kullanmasına sınırlama getirildiği ve genel kurulda alınan

²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 754, N. 2129 – **Nilsson**, s. 297 – **Göktürk**, s. 395.

²⁸ Veya genel kurulun ilgili konuda karar alma yetkisi yönetim kuruluna bırakılmışsa, yönetim kurulunun bu hususta aldığı kararlarda. Örneğin, menkul kıymet çıkarma yetkisinin TTK 505 uyarınca yönetim kuruluna bırakılması gibi.. [bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 776-777, N. 2191].

²⁹ Haklı sebebin “açıkça” anlaşılabilir olmasının aranmasının sebebi, haklı sebebin bir takım teknik ve tetkiki zor analizlerle, uzun vadede topluluk yönünden menfaat olduğu yönünde değerlendirmelerle (zorlama şekilde) haklı sebep yaratılmasına engel olmaktadır [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 775, N. 2187].

kararlarla, topluluk dışı pay sahiplerine zarar verildiği ölçüde, iptal davasının ötesine geçen bir yaptırım getirildiği söylenebilir³⁰.

Maddede sayılan genel kurul kararlarının tahdidi olmadığı gerekçede belirtilmiştir. Buna göre, örneğin, genel kurul toplantı ve karar nisaplarına, imtiyaz tanınmasına ve pay devirlerine sınırlama getirilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri bu kapsama giren önemli kararlardan sayılabilir^{31 32}.

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK 202/2 hükmünde düzenlenen dava, pay sahiplerinin genel kurul kararlarına karşı diğer dava haklarını (iptal ya da butlanın tespiti gibi) ortadan kaldırmaz³³. Ayrıca birleşme, bölünme ve tür değiştirilmede, pay sahiplerine ve ortaklara tanınmış bulunan diğer haklar da saklı tutulmuştur (TTK m.202/4).

2. TTK 202/1'den farkları ve ayırt edici özellikleri

Buradaki sorumlulukta, madde kapsamına giren (önemli) kararların bağlı şirket genel kurulunda karara bağlanmış olması, maddi ve şekli koşul varsa, hakim şirketin sorumluluğuna gidebilmek için yeterlidir. Maddi koşul kararın bağlı şirket bakımından haklı bir sebebinin olmaması, şekli koşul ise karara (yazdırılmak suretiyle) muhalefet edilmiş olmasıdır. Görüldüğü üzere, TTK 202/1 hükmünden farklı olarak, burada bir denkleştirme yükümlülüğü ve bunun yerine getirilmemesi dolayısıyla sorumluluğun doğması söz konusu değildir.

TTK 202/2'de öngörülen sorumluluğun fonksiyonel amacı, bağlı şirket genel kurulunda alınan ve bağlı şirkette önemli değişiklik yaratan kararlar nedeniyle, bağlı şirketin topluluk dışı pay sahiplerinin zararlarının giderilmesidir. Diğer bir anlatımla burada amaç, bağlı şirketin değil, bağlı şirketin -topluluk dışı- pay sahiplerinin bireysel zararlarının tazminidir³⁴. Bu çerçevede, (sadece) bağlı şirketin pay sahiplerine dava açma hakkı tanınmış, TTK 202/1'den farklı

³⁰ Nilsson, s. 390. Öğretide yapısal değişiklikler hukukunda yer alan korumalar (TTK 191-193) karşısında TTK 202/2'nin gereksizliği savunulmuş (bkz. **Murat Gürel**, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hakim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK 202/2'nin Gerekliliği Üzerine", Batider, C.XXXII, S.2, Haziran 2016, s. 211 vd.); bu görüşe karşı çıkan Tekinalp ise, görüşün Alman POK § 243 f.2'yi gözden kaçırdığını, Türk hukukunda anılan maddeye denk gelen bir düzenleme olmadığı için TTK 202/2'nin haksızlık ve kanunsuzlukları önlemek için gerekli olduğunu savunmuştur [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 754-755, N. 2129].

³¹ **Çamoğlu**, s. 27.

³² Kararların tahdidiligi meselesi ile ilgili öğretide Tekinalp tarafından savunulan özgün bir görüşe de burada değinmek istiyoruz. Yazara göre, "gibi" kelimesinin kullanılmış olması dolayısıyla hükümde sayılan kararlar tahdidi olmamakla birlikte, maddede sayılan "karar konuları" bir sınır çizmektedir. Yani, kararların konusu, yapı veya esas sözleşme değişikliği, ortaklığın varlığı ve menkul kıymet çıkarılması olmalıdır. Konusu sayılanların dışında bulunan kararlar, TTK m. 202(2) 'deki "karar" kapsamında değildir. Sonuç olarak, kararlar tahdidi değildir, ancak koridor oldukça dardır. Koridorun bir duvarı kararın konusu, diğeri ise açıkça anlaşılabilir haklı bir sebep kavramıdır (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, s. 590, N. 23-128).

³³ Öte yandan, TTK 202/2 son cümlede zamanaşımı süresi 2 yıl olarak belirlenmiştir. Bu sürenin, iptal davasındaki 3 aylık süreye kıyasla oldukça uzun olduğu söylenebilir.

³⁴ Çünkü bu tür kararlar çoğu kez bağlı ortaklığın kendisine değil, fakat ortaklarına zarar verir [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 776, N. 2180 – **Nilsson**, s. 389].

olarak şirket alacaklılarına bir dava açma hakkı tanınmamıştır³⁵. Bu bağlamda, pay sahibi olmanın anılan maddedeki davayı açabilmek için bir dava şartı olduğunu hatırlatmakta yarar vardır³⁶.

Öte yandan, buradaki davada, yine TTK 202/1’le aralarındaki fonksiyonel farklılıkla bağlantılı olarak, hakim şirketin yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yöneltmesi söz konusu edilmemiştir. TK 202/2 hükmünde, genel kurulda sahip olunan oy gücüyle, bu gücün dışında kalan diğer ortaklara verilen zarar konu alındığı için, doğal olarak burada verilen zararın tazmininden hakim şirketin tüzel kişiliği sorumlu kılınmıştır. Bunun tabii bir sonucu olarak da, söz konusu davada, (özen kriterine dayalı³⁷) sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme imkanı da bulunmamaktadır. Yine iki dava arasındaki mahiyet farklılığının bir eseri olarak, TTK 202/1 uyarınca açılacak davada yönetim kurulu üyelerinin kusura dayalı ve farklılaştırılmış müteselsil sorumluluğunu düzenleyen TTK 553 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanmasını öngörülürken, TTK 202/2 hükmü için böyle bir atuf yapılmamıştır³⁸.

TTK 202/2 hükmünde pay sahibine, zararlarının tazmini talebine alternatif olarak, paylarının satın alınmasını talep edebilme hakkı da tanınmıştır. Görüldüğü gibi, burada payların satın alınması davacıya seçimlik bir hak olarak sunulmuştur³⁹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, davacının zararlarının tazmini ya da paylarının satın alınmasını mahkemeden terditli olarak talep edemeyeceği, ikisi arasında bir tercih yapıp birini talep edebileceğidir. Yani iki talep birbirinden bağımsızdır. Aynı şekilde mahkemenin de davacının tazminat istediği bir davada, TTK 202/1 hükmünde olduğu gibi tazminat yerine alternatif bir çözüm olarak payların satın alınmasına karar verme yetkisi bu-

³⁵ Zaten, şirket alacaklılarının, genel kurula katılmaları ve karara muhalif kalmalarından söz edilemeyeceğine göre, şeklen de dava açabilme koşullarını sağlamaları mümkün değildir.

³⁶ Bu bakımdan payını devretmiş bir (eski) ortak bu davayı açamayacağı gibi, davayı açtıktan sonra payın devredilmesi halinde de, dava şartının ortadan kalkması nedeniyle, davanın düşürülmesi gerekecektir. Yeni pay sahibinin de, maddede öngörülen şekli koşula (karara yazılı muhalefet) sahip olmadığı için, davaya devam edemeyeceğini kabul etmek gerekir (aynı görüşte **Nilsson**, s. 394). Öğretide **Göktürk**, birleşme ve bölünme gibi işlemlerde işlemin niteliği gereği sonradan pay sahipliği sıfatının sona erdiği hallerde, pay sahipliği sıfatının karara muhalefet anında bulunmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (**Göktürk**, s. 411).

³⁷ Aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı.

³⁸ Öğretide savunulan bir görüşe göre, gerek birinci gerek ikinci fıkradaki davaların sorumluluk temeli aynı hukuki sebebe dayandığından, 202/1-e bendindeki atuf ve orada benimsenen çözümler kıyasen 202/2 için de uygulanmalıdır (**Nilsson**, s. 391). Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi TTK 202/2’nin öngörülüş amacı 202/1’den farklı olup, bu nedenle iki dava arasında fonksiyonel farklılıklar vardır. Bu anlamda kusur esasına dayanan 202/1’deki davada yönetim kurulu üyelerinin kusurlu sorumluluğunu düzenleyen 553 vd. hükümlerine yapılan atfın, TTK 202/2’deki dava ile bir bağlantısı yoktur. Bu sebeple, kanun koyucunun birinci fıkrada yaptığı göndermeyi, ikinci fıkrada yapmaması bilinçlidir. Bu nedenlerle yazarın anılan görüşüne katılamıyoruz.

³⁹ **Çamoğlu**, s. 30. TTK 202/1’deki düzenleme ise, hatırlanacağı üzere, hakimin -talep olmasa bile- bu yönde karar tesis edebilme yetkisinin bulunması şeklindeki.

lanmamaktadır⁴⁰. Şunu ifade etmek gerekir ki, genel kurul kararı nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararı somut miktarıyla ispat etmek birçok bakımdan kendisi için güç olan, buna karşın paylarının satın alınması talebinde herhangi bir ispat külfeti ile karşılaşmayan davacının, çoğunluğun kararlarından sonra şirkette kalmasını gerektiren başka önemli subjektif nedenler bulunmadığı sürece, hemen daima ikinci seçeneği tercih edeceğini söylemek yanlış olmaz.

Öte yandan, payların hangi değerden satın alınmasının istenebileceği de açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre davacı, -eğer tercihini payların satın alınması yönünde kullanacaksa-, payların varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemen isteyebilir. Değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler esas alınır.

Hakimiyetin genel kurulda alınan kararlarla kötüye kullanılmasına ilişkin dava hakkında diğer önemli bir hususiyet, hakim şirket için öngörülen teminat getirme şartıdır. Gerçekten 202. maddenin 3.fıkrasında, ikinci fıkraya istinaden bir dava açılırsa, davacıların muhtemel zararlarını veya payların satın alma değerini karşılayan tutardaki paranın teminat olarak, mahkemece belirlenecek bir bankaya mahkeme adına yatırılmasına karar verileceği hükmü bağlanmıştır. Bu teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamayacaktır. Kendisine karşı dava açılan davalının teminat getirmekle yükümlü kılınması eleştiri konusu olabilir de, bu eleştiriye karşı kanun koyucunun bağlı pay sahibinin hakim şirket karşısındaki zayıf konumunu dikkate alarak bu noktada pozitif bir ayrımcılık yaptığı söylenebilir⁴¹. Ayrıca söz konusu pozitif ayrımcılığın sebep olduğu eşitsizliği dengelemek üzere, davalıya da, davanın kötü niyetle açılması halinde, davacıları uğradığı zararın (müteselsilen) tazmini ile teminat yatırılmasını isteme hakkı tanınmıştır.

3. Hakkın Doğduğu Haller Çerçevesinin Ayrılma Hakkı ile Kısmen Örtülmesi

Önce de ifade ettiğimiz gibi, SPKn m.24 anlamında ayrılma hakkı önemli nitelikte işlemlere dair genel kurul kararlarında kullanılabilen bir hak olup, bu bakımdan önemli nitelikte işlemler ayrılma hakkının kullanılacağı hallerin kapsamını belirlemektedir. Her ne kadar TTK 202/2 maddesinde söz edilen genel kurul kararlarının -ayrılma hakkında olduğu gibi- ayrı bir isimlendirme altında kategorize edilmesi söz konusu değilse de, gerek kararların mahiyetine, gerek öğretide ve gerekçedeki açıklamalara bakıldığında, buradaki kararların da aynen ayrılma hakkında olduğu gibi şirkette önemli değişiklik meydana getiren kararlar olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde iki müessesede hakkın doğumuna yol açan maddi olguların en azından belli yönlerden örtüştüğü söylenebilir⁴².

⁴⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, O.H.-II, s. 776, N. 2188.

⁴¹ Söz konusu teminatın, tazminatın ödenmesini güvence altına almaya yönelik ihtiyati tedbire benzer bir işlevi bulunmaktadır (**Nilsson**, s. 400).

⁴² Ancak belirtmek gerekir ki, SPKn'nun 23. maddesinin kapsamı (maddede sayılan işlemler), TTK 202/2'de sayılanlardan geniştir. TTK 202/2'de sadece yapısal değişiklikler, fesih ve menkul kıymet çıkarılması kararları "gibi" ifadesiyle birlikte sayılırken,

Bu çerçevede, inceleme konumuz olan sorun, hakimiyetin hukuka aykırı kullanımının genel kurul kararları sonucunda oluştuğu hallerle ilgili olup, nitelikte başlıkta ifade edilen soru da, 202. maddenin (hususen) 2.fıkrasına atfı yapılarak sorulmuştur. Sorun, pay sahibinin her iki düzenlemede kendisine tanınan hakları beraber kullanmak istemesinden kaynaklanmaktadır.

III. SORUYA VERİLEN YANIT VE GEREKÇELERİ

Ayrılma hakkı ile hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan dava haklarının özelliklerine ana hatlarıyla değindikten sonra, artık başlıkta sorulan soruyu yanıtlamaya geçebiliriz. Soru şuydu: SPKn m.24 hükmüne istinaden ayrılma hakkını kullanan bir ortak, ayrıca TTK m.202/2'ye dayanarak zararının tazminini isteyebilir mi?

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, böyle bir sorunun anlamlı olabilmesi için, bağlı şirketin halka açık olduğu bir şirketler topluluğu söz konusu olmalıdır. Gerçekten de ayrılma hakkı kullanımından söz edildiğine göre, ilgili şirket halka açık olmalı; TTK 202/2'ye başvurulmasından söz edildiğine göre bir şirketler topluluğu, yani bir bağlı şirket ve bunun hakimiyeti altında bulunduğu hakim şirket söz konusu olmalıdır⁴³. Ancak böyle bir varyasyonda soru geçerli ve anlamlı olabilir.

Bu hususu tespit ettikten sonra, ayrılma hakkını kullanarak sahibi olduğu payların bedelini (bağlı) şirketten alan pay sahibinin neden bir de TTK 202/2'ye müracaat edeceği sorgulanabilir. TTK 202/2'de pay sahibinin zararının tazmininden söz edildiğine göre, paylarının bedelini alan pay sahibinin ileri süreceği zarar olsa olsa bir munzam zarar⁴⁴ talebi olabilir. Peki, pay sahibinin munzam zararı ne olabilir? İki düzenleme arasındaki pay bedellerinin belirlenmesi konusunda oluşan fark munzam zarar olarak ileri sürülebilir mi? Başka bir anlatımla, pay sahibi, "TTK 202/2'ye dayanarak dava açsaydım paylarım için şu kadar bedel hesaplanacaktı, oysa ayrılma hakkını kullandığım için paylarımın değeri SPKn 24'e göre daha az olarak hesaplandı, öyleyse aradaki farkı TTK 202/2 uyarınca açacağım davada munzam zararım olarak talep ediyorum" diyebilir mi?⁴⁵

SPKn m.23'te yapısal değişiklikler ve fesih dışında, önemli miktarda malvarlığı unsurunun devri, kiralanması veya üzerinde aynı hak tesisi, faaliyet konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi, borsa kotundan çıkma gibi kararlar da sayılmıştır. Üstelik, TTK 202/2 sayılan kararların, tahdidi olmasa bile, maddede belirtilen konularla sınırlı olduğu da öğretilde savunulmaktadır (bkz. yukarıda dn.32).

Ayrıca hemen ifade etmek gerekir ki, ayrılma hakkı ile buradaki dava arasındaki önemli bir fark, ayrılma hakkında pay sahibi pay bedellerini bağlı şirketten, TTK 202/2'de ise (mahkeme kararıyla) hakim şirketten alır.

⁴³ Hakimın şirket halka açık da olabilir halka kapalı da. Bu anlamda hakim şirketin halka açıklık durumu soru bakımından bir önemi haiz değildir.

⁴⁴ Buradaki "munzam zarar" deyimi ilave zarar anlamında kullanılmakta olup, Türk Borçlar Kanunu m.122 (eski Borçlar Kanunu'ndaki muadil düzenleme 105. maddeydi ve madde kenar başlığı munzam zarardır) hükmündeki para borçlarının ödenmesinde temerrüt halinde alacaklının temerrüt faizini aşan zararını ifade eden teknik anlam kastedilmemektedir.

⁴⁵ İddianın içerik bakımından yerindeliliğini kontrol etmek için, iki düzenleme arasında pay bedelinin belirlenmesi konusunda nasıl bir farklılık bulunduğu bakalım. Ayrılma hakkında SPKn m.24/1 son cümle uyarınca, "payların ortaklık tarafından satın alınma-

Cevap birkaç sebeple olumsuzdur. Bir kere, davacının teknik olarak TTK 202/2'ye göre, paylarının bedelini zarar olarak talep etmesi mümkün değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TTK 202/2 davacıya iki seçimlik hak sunmaktadır. Davacı bu madde uyarınca açacağı davada ya zararının tazminini ya da paylarının satın alınmasını talep edebilir. İkisini birden terditli olarak talep edemez. Mahkeme de re'sen tazminat yerine payların satın alınmasına karar veremez. Buradan hareketle, davacının -adeta iki talebi birbirine mezcedip- pay bedelini zarar olarak talep etmesi mümkün değildir. Kaldı ki, bir kanun hükmüne göre belirlenen pay bedelinin, diğer kanun hükmüne göre yapılan hesaplamadan düşük kalması, munzam zarar olarak nitelendirilemez.

Bunun dışında, ayrılma hakkının sonuçları itibarıyla de cevap olumsuz yanıtlanmak zorundadır. Ayrılma hakkının kullanım sonuçlarına ilişkin açıklamalarımızda ifade ettiğimiz gibi, ayrılma hakkını kullanan bir ortağın pay sahipliği sıfatı sona erer. Bu aynı zamanda ayrılma hakkının yenilik doğuran hak vasfını da ortaya koyar.

Yenilik doğuran haklar öğretilde, tek taraflı bir hukuki işlemle kullanılması sonucunda, mevcut bir hukuki ilişkiden farklı olarak yeni bir hukuki ilişki kuran veya mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştiren ya da ortadan kaldıran haklar olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Yenilik doğurucu hakların ortak ve ayırt edici özellikleri şu şekildedir⁴⁷: Bu haklar mevcut bir hukuki ilişkiden doğarlar ve kullanılmaları sonucunda söz konusu mevcut ilişkiden farklı yeni bir hukuki durum meydana getirirler. Meydana gelen sonuca göre, ya taraflar arasında yeni bir hukuki ilişki meydana gelir, ya eski hukuki ilişki değişime uğrar ya da sonlanır. Yenilik doğurucu haklar sahibine talep yetkisi vermez, aksine bu haklar tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve muhatabına ulaşması ile sonuçlarını meydana getirirler. Bu nedenle yenilik doğurucu hakların kullanımı karşı tarafın rızasına ya da katılımına ihtiyaç göstermez. Yenilik doğurucu haklar ya tek

sında, önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması” esas alınacağı hükme bağlanmış; TTK 202/2’de ise *“payların varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek bir değerle satın alınmasının mahkemeden istenebileceği, değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki verilerin esas alınacağı”* hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, SPKn’nun 24. maddesi ayrılma hakkında, payların satın alma değerinin nasıl hesaplanacağını bizatihi göstererek bu hususta mahkemece tespit yapılması prosedürüne yer vermemiş, hesaplamada ise borsada son otuz gün içinde oluşan ağırlıklı fiyat ortalamasını esas almıştır. TTK 202/2 ise, bir dava hakkı şeklinde düzenlendiği için, payların satın alınmasının mahkemeden istenmesini, bu kapsamda satın alma değerinin de mahkemece belirlenmesini öngörmüş; değer belirlenmesi konusunda ise, önce borsa değerine atıf yapmakla beraber, bu değer hakkaniyete uygun düşmüyorsa gerçek değer ya da genel kabul gören bir yöntemle göre belirlenecek değer esasına yer vermiştir. Bu noktada TTK 202/2’nin pay değerinin belirlenmesi bakımından daha adil ve gerçekçi bir çözümü benimsediği söylenebilir. Sonuç olarak iki düzenlemede payların satın alma değeri konusunda farklı değer belirleme yöntemleri esas alındığından, payların değerinin iki düzenleme uyarınca farklı hesaplanabilmesi mümkündür. Bu bakımdan, iddia -en azından- içerik olarak mesnetsizdir denemez.

⁴⁶ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara, 2015, s. 61 – **Vedat Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 57 – **Harun Demirbaş**, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007, s. 1.

⁴⁷ **Eren**, s. 67 vd. – **Buz**, s. 57 vd. – **Demirbaş**, s. 75 vd.

tarafı bir hukuki işlemle ya da dava yoluyla kullanılırlar. Ayrıca bu haklar bir kere kullanılmakla tükenirler ve hak düşürücü süreye tabidirler. Nihayet bu hakların kullanımı şarta bağlanamaz ve kullanıldıktan sonra işlemde dönüşmez.

Ayrılma hakkı yukarıda kısaca açıklanan yenilik doğurucu hakların tüm özelliklerini taşır. Gerçekten ayrılma hakkı anonim ortaklıkla pay sahipliği ilişkiden kaynaklanan bireysel bir hak olup, hakkın mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklanması özelliğini gösterir. Ayrılma hakkının kullanımı için pay sahibinin talebini ortaklığa (ortaklığın belirlediği aracı kuruma) bildirmesi yeterlidir. Başka deyişle, ayrılma hakkından yararlanmak için şirketin onayına ihtiyaç olmayıp, şirket talebin kendisine ulaşmasıyla ayrılma hakkına konu payları satın almakla yükümlüdür. Buna göre, tek taraflı hukuki işlemle hakkın kullanılması koşulunu da sağlar. Nihayet ayrılma hakkının kullanılması ile, - kullanım prosedürünün tamamlanması ile- pay sahibi ile ortaklık arasındaki ortaklık ilişkisi sona erer. Bu çerçevede, yenilik doğurucu hakkın yeni bir hukuki durum meydana getirmesi özelliğini de gösterir. Bu itibarla ayrılma hakkının yenilik doğurucu hak niteliğinden şüphe etmemek gerekir⁴⁸.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, yenilik doğuran hakların ayırt edici özelliklerinden biri, herhangi bir kayda ya da şarta bağlı tutularak kullanılmalarının mümkün olmamasıdır. Yine bununla bağlantılı olarak yenilik doğuran haklar bir kere kullanıldıktan sonra artık işlemde geri dönüşmez. Esasen bu özellikler, yenilik doğuran hakların bir kere kullanılmakla sonuçlarını kendiliğinden meydana getirmeleri ile alakalı olup, bu sonuçların oluşma anının muhatap tarafından da bilinmesi gerekliliği ile açıklanmaktadır.

Bu çerçevede, ayrılma hakkı da bir şarta dayalı olarak ya da ihtirazi kayıt konarak kullanılamaz. Örneğin ayrılma hakkını kullanacak pay sahibi şirkete karşı şu ihtirazi kaydı ileri süremez: “*Ben ayrılma hakkımı kullanıyorum ama TTK 202/2 uyarınca hesaplanacak pay bedeli fazla olursa, aradaki farka dair talep hakkımı saklı tutuyorum (ya da bu şartla ayrılma hakkımı kullanıyorum)*”. İleri sürse bile bir geçerliliği olmaz, dinlenmez (mesmû olmaz). Şu halde, ayrılma hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılan, bu bağlamda hiçbir pay sahipliği hakkı kalmayan (eski) ortağın, TTK 202/2 hükmüne dayanarak dava açması mümkün değildir. Açarsa, dava şartı eksikliğinden davanın reddi gerekir. Başka bir deyişle, yukarıda yol gösterici olduğunu belirttiğimiz ayrılma hakkını

⁴⁸ Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, ortağa kendi iradesi ile çıkma hakkı tanıyan veya ortağın mahkeme kararı ile ortaklıktan çıkarılmasını öngören TTK'daki tüm düzenlemelerde (bkz. m.141, m.208, m.493/1, m.531 gibi.), çıkma iradesini içeren irade beyanı da, paylarının satın alınmasına dönük mahkeme kararı da, ayrılma hakkında olduğu gibi, yeni bir hukuki durum meydana getirir, bu bağlamda yenilik doğurucu mahiyettedirler [**Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, O.H.-II, s. 425, N. 1675f – **Ayoğlu**, s. 225]. Hatta 202. maddeyi de bu kapsamda saymak gerekir. Gerçekten, anılan maddenin gerek 1. gerek 2. fıkrası uyarınca, mahkemece davacının paylarının -hakim şirket tarafından satın alınmasına karar verilmesi, yenilik doğuran hüküm mahiyetindedir [**Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, O.H.-I, İstanbul, 2014, s. 437, N. 622n – **Çamoğlu**, s. 27]. Benzer şekilde, sözleşmeye dayanan pay alım opsiyonlarının da yenilik doğuran sözleşmesel hak olduğu ifade edilir (**Gül Okutan Nilsson/Oğuz Atalay**, “Anonim Ortaklık Payscale Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 413 – **İsmail Esin**, “Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri”, Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 279.

kullanan bir pay sahibinin iptal davası açamamasındaki gerekçe aynen burada da geçerlidir.

Öte yandan, davacı -dava koşulunu sağlamak üzere, pay sahipliği sıfatını yeniden kazanmak için- ayrılma hakkından geri de dönemez. Ayrılma hakkının kullanımı ile yenilik doğuran hakkın sonuçları kendiliğinden meydana gelir ve bu sonuçları geri almak mümkün değildir.

Son olarak, pay sahibinin ayrılma hakkını kullandıktan sonra, TTK 202/2 hükmüne dayanarak munzam zarar talebinde bulunmasının, çelişkili davranış yasağına aykırılığından da söz edilebilir. Ancak pay sahipliği sıfatının sona ermiş olması, davacının bu sıfatın varlığına bağlı taleplerinin reddi için kesin ve yeterli bir neden teşkil ettiğinden, yoruma açık başka gerekçe aramaya lüzum yoktur.

KAYNAKÇA

Adıgüzel Burak, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, S.2, 2014, s. 1 vd.

Akın İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014.

Altan Derin, "Sermaye Piyasasında Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı ve Önemli Nitelikteki İşlemler", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C.3, S.11, 2014, s. 117 vd.

Ayan Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi (531.Madde)", Legal Hukuk Dergisi, S.102, Haziran 2011, s. 2237 vd.

Ayoğlu Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2013/2 (Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu), s. 219 vd.

Aytaç Zühtü, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu", Batider, C.29, S.4, Aralık 2013, s. 5 vd.

Bektaş İbrahim, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60.Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s. 749 vd.

Buz Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.

Çamoğlu Ersin, "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2013/2 (Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu), s. 19 vd.

Çelik Aytekin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3.Baskı, Ankara, 2013.

Demirbaş Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara, 2015.

Esin İsmail, "Pay Alım ve Satım Opsiyonları ve Hükümleri", Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 279 vd.

Göktürk Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara, 2015.

Gürel Murat, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hakim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK 202/2'nin Gerçekliği Üzerine", Batider, C.XXXII, S.2, Haziran 2016, s. 211 vd.

İmregün Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 2. Bası, İstanbul, 1970.

Kendigelen Abuzer, “İptal Davası Açma Hakkı ve Pay Sahipliği Sifatının Cüz’i Halefiyet (Payların Devri) Sonucu Değişmesi”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul, 2001, s. 309 vd.

Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3.Baskı, İstanbul, 2016.

Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 2016.

Manavgat Çağlar, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016.

Moroğlu Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2012.

Nilsson Gül Okutan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009.

Nilsson Gül Okutan/Atalay Oğuz, “Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 409 vd.

Oruç Murat, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, Batider, C.XXVII, S.1, Mart 2011, s. 209 vd.

Özdoğan Ayşegül, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı”, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, C.II, Ankara, 2014, s. 691 vd.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014 (O.H.-I).

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, İstanbul, 2017 (O.H.-II).

Pulaşlı Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara, 2011.

Sönmez Yusuf, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2009.

Şahin Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2013.

Tekinalp Ünal, “Bağlı Yönetim Kurulunun "Kayıp"la İlgili Sorumluluğu”, Prof.Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 613 vd.

Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 2013 (Sermaye Ortaklıkları).

Turan Gökçen, “6362 Sayılı Kanun’da Halka Açık Ortaklık Pay Sahiplerine Tanınan Ayrılma Hakkı”, Legal Hukuk Dergisi, C.12, S.139, Temmuz 2014, s. 75 vd.

Ulusoy Erol, “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.117-118 (Özel Sayı), s. 77 vd.

Üçşık Güzin/Çelik Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2013.

ALMANYA'DA YÜRÜRLÜĞE GİREN ÜCRETE ŞEFFAFLIK KANUNU

(THE NEW ACT TO PROMOTE TRANSPARENCY OF PAY STRUCTURES IN
GERMANY)*

Arş. Gör./Res. Asst. İrem Yayvak Namli**

ÖZ

Almanya'da 06.07.2017 tarihinde "Ücrette Şeffaflık Kanunu (*Entgelttransparenzgesetz*)" yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun amacı, aynı veya aynı değerdeki işte çalışan kadın ve erkekler arasında ücret eşitliğinin sağlanmasıdır. Yeni Kanuna göre, eğer işyerinde 200'den fazla çalışan varsa, çalışanlar ücret yapıları ve karşılaştırma yapılan gruptaki çalışanların ücretleri hakkında bilgi edinme hakkını kullanabileceklerdir. 500'den fazla çalışanı olan işyerlerinin işverenleri ise kadın ve erkek çalışanlar arasında eşitliğin sağlanması çabalarına ilişkin düzenli rapor vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Öte yandan işyeri kurulu (*Betriebsrat*) da çalışanları cinsiyete dayanan nedenlerle yapılan ücret ayrımcılığından korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Fakat Kanunun, kadın ve erkek çalışanlar arasında ücrete dayalı cinsiyet eşitliğini gerçekten geliştirip geliştiremeyeceği henüz belirsizdir. Tüm olumsuz eleştirilere rağmen, söz konusu kanunun ilerleyen zamanda, ücrette kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması amacına ulaşmada katkı sağlayabileceği de ifade edilmektedir.

Bu çalışmada, kanunun kapsamı, çalışanın ücret şartları ve usulü hakkında bireysel bilgi edinme hakkı ve işveren ile işyeri kurulunun hak ve yükümlülüklerinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda Alman doktrininde ileri sürülen değerlendirmeler ve öneriler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ücret eşitliği ilkesi, ücret hakkında bireysel bilgi edinme hakkı, aynı veya aynı değerde iş, işyeri kurulu, işverenlerin ve işyeri temsilciler kurulunun yükümlülükleri.

ABSTRACT

In Germany, "Act to Promote Transparency of Pay Structures (*Entgelttransparenzgesetz*)" entered into force on 06.07.2017. The purpose of this Act is an achievement of the pay equity between men and women, who perform the same work or work of equal value. According to this new Act individual employees are able to claim for information about pay structures and the remuneration of other employees within one comparison group, if the company regularly emp-

* Bu makale, 20.11.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 05.12.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 12.12.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, irem.yayvak@istanbul.edu.tr.

loys more than 200 employees. Companies with more than 500 employees is obligated to generate regular reports on their efforts to promote equality between men and women. On the other hand, works council (Betriebsrat) are obliged to take the necessary measures to protect workers from discrimination of pay on grounds of sex. But it is uncertain whether the Act will improve gender equality between men and women. Despite all the negative discourses, it is also stated that the Act may contribute to reaching the goal of ensuring equality between men and women after a while.

In this study aimed to be examined of the scope of the Act, individual information right on the criteria and procedures for the remuneration of the employees, obligations and rights of the employers and works council. For this purpose, assessments and suggestions in the German doctrine were examined.

Keywords: the principle of equal pay, individual information right about pay structures, same work and work of equal value, works council, obligations of employers and works council.

Giriş

Almanya'da, Federal İstatistik Dairesi'nin paylaştığı bilgilere göre, 2016 yılında kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret farklılığı kadın çalışanlar aleyhine yaklaşık %21 oranındadır. Normal şartlarda ortaya çıkması gereken oranın %7 civarında olması gerektiği ileri sürülmektedir¹. %7'lik oranın nedeni ise kadınlar tarafından biyolojik nedenlerle daha az ücret ödenen mesleklerin tercih edilmesi, ailesel şartlar nedeniyle kısmi çalışma ve kariyer olanaklarından vazgeçme şeklinde sıralanabilir. Bununla beraber iki oran arasındaki farkın arkasında, istemli veya istemsiz olarak yapılan cinsiyet ayrımcılığı yattığı ifade edilmektedir².

Ücret Yapılanmasında Şeffaflığın Teşvik Edilmesi Hakkında Kanun (*Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen- kısaca Entgelttransparenzgesetz/EntgTranspG*) olarak Türkçe'ye çevrilebilecek olan inceleme konusu Kanun³, Almanya'da 06.07.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴. Söz

¹ Björn Gaul, "Das geplante Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen: Auf welchen Aufwand sich die Praxis schon jetzt einstellen sollte", *ArbRB*, 2/2017, s.47; Nathalie Oberthür, "Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen: Ein Beitrag zu mehr Entgeltgerechtigkeit oder bürokratische Riesenkrake?", *NJW*, 31/2017, s.2228. Ayrıca kanunun hazırlık aşamasında yararlanılan söz konusu istatistikler için bkz. Pressemit. Des Statistisches Bundesamts v.16.03.2016-097/16.

² Bkz. Gaul, s.47; Robert von Steinau-Steinrück, "Mehr Transparenz bei den Gehältern ab Juli 2017?", *NJW-Spezial*, Heft 10, 2017, s.306; Oberthür, s.2228; Jobst Hubertus Bauer/Sibylle Romero, "Der individuelle Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz", *NZA*, 7/2017, s.409-410; Moritz Langemann/Felix Wilking, "Mehr Entgeltgerechtigkeit zwischen Frauen und Männern?-Bundeskabinett beschließt Entwurf des Entgelttransparenzgesetzes", *BetriebsBerater (BB)*, 9/2017, s.505; Anke Kuhn/Jan Schwindling, "Eine Chance auf Lohngerechtigkeit?!-Was durch das neue Entgelttransparenzgesetz auf die unternehmerische Praxis zukommt", *Der Betrieb*, 14/2017, s.785.

³ Bu kanun, bundan sonraki bölümlerde kısaca "Ücrette Şeffaflık Kanunu" veya Almanya'da kullanılan kısaltması olan "EntgTranspG" olarak anılacaktır.

konusu kanun, hali hazırda Almanya’da yürürlükte olan ücret eşitliğine ilişkin düzenlemeleri (örneğin AEUV⁵ m.157 ve *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG)⁶ m.77) içermesinin yanı sıra, dört konuda yenilik getirmiştir. Buna göre, aynı işverene ait 200’den fazla çalışanı olan işyerlerinde çalışanlara bireysel olarak ücret hakkında bilgi edinme hakkı tanınmış, aynı ve aynı değerde iş kavramları tanımlanmış, işyeri ücret denetim süreci işletilmesi düzenlenmiş ve 500’den fazla çalışanın mevcut olduğu işyerlerinin işverenlerine ücret eşitliğine ilişkin rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir⁸.

Bu makalede, Avrupa Birliği Hukuku normları ile AGG’de ücret eşitliğine yönelik hükümler mevcut olmasına rağmen, ücret bakımından cinsiyet ayrımcılığını önlemeyi öngören mevcut düzenlemeleri tek çatı altında toplayan EntgTranspG’nin hazırlanma amacı, kapsamı ve getirdiği yenilikler ele alınacaktır. Bu kapsamda, yeni kanunun içerdiği bazı açık olmayan hükümler nedeniyle Almanya’daki işverenlerin, kendilerine yüklenen yükümlülükleri yerine getirirken karşılaşılabilecekleri olası zorluklara ilişkin görüşlere de yer verilecektir.

I. Ücrette Şeffaflık Kanunu’nun Amacı

EntgTranspG m.1’de kanunun amacı kenar başlığı altında, aynı veya aynı değerdeki işte çalışan kadınlar ve erkekler arasında, ücret eşitliği kuralının uygulanmasının amaçlandığı yer almaktadır. Bu konuda en büyük yükümlülük, işverenler ve işyeri kuruluna getirilmiştir. Zira kanunun odak noktasında, çalışanın bireysel olarak ücret hakkında bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca bunun yerine getirilmesinde özellikle işyeri kuruluna yüklenen yükümlülükler önemi haizdir⁹. Nitekim kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, çalışanın ücretine dair bilgi edinme hakkını kullanması sonucunda işyerindeki ücretlendirme hakkında daha fazla şeffaflık sağlanabilecektir. Dolayısıyla kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret farklılığı da azaltılabilecektir¹⁰. Fakat kanunda yer alan bazı açık olmayan yükümlülüklerin uygulanması noktasında karşılaşılabilecek sorunlar, bu amaca ulaşılmasında güçlük yaratabilecektir¹¹.

⁴ Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen- (Entgelttransparenzgesetz/EntgTranspG), BGBl. I 2017, S. 2152, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de (25.09.2017).

⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), 2012/C 326/01, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de (25.09.2017).

⁶ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), BGBl. I 2006, S.1897, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de (25.09.2017).

⁷ Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017, (Schlachter), §7 AGG, Rn.1-10; Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz-Jürgen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, (Rupp), 7. Aufl., §7 AGG, Rn.1-3; Winfried Boecken/Franz Josef Düwell/Martin DILLER/Hans Hanau, *Nomos Kommentar: Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, (v. Steinau-Steinrück/Schneider), §7 AGG, Rn.1-5.

⁸ Langemann/Wilking, s.501; Kuhn/Schwindling, s.785.

⁹ von Steinau-Steinrück, s.306; Thomas Kania, “Betriebsratsbeteiligung bei der Durchsetzung von Entgelttransparenz”, NZA, 13/2017, s.819. Benzer yönde bkz. Bauer/Romero, s.409.

¹⁰ Bauer/Romero, s.410.

¹¹ von Steinau-Steinrück, s.306. Ernst&Young tarafından makine, otomobil, finans ve kimya/ilaç sektörleri kapsamında yapılan anket sonucuna göre işverenler, Ücrette Şef-

Zira doktrinde, ücret hakkında bilgi edinme hakkı işverenler için önemli bürokratik yük getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹². Bu yüke rağmen kanunun, çalışanlar için doğrudan eşit ücret talep etme hakkı tanımayıp, mahkeme yolunu açık tuttuğu için beklendiği kadar yararlı olmayacağı da ileri sürülmektedir¹³. İlerleyen süreçte mahkemeler tarafından, EntgTranspG m.7'deki cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılmamasına yönelik düzenleme, ayrımcılığa uğrayan çalışana yüksek ücret ödenmesini talep hakkı sağladığı şeklinde yorumlanabilir mi sorusuna verilecek cevap, kanun henüz çok yeni yürürlüğe girdiğinden belirsizdir¹⁴.

II. Ücrette Şeffaflık Kanunu'nun Kapsamı

A. Kişi Bakımından Kapsamı

EntgTranspG m.2'de kanunun kişi bakımından kapsamına açıkça yer verilmiştir. Bu maddeye göre, kanunun kapsamına sadece işçiler değil, çalışanlar (*Beschäftigte*) dâhil edilmiştir. 2. maddede, bu kanun tarafından başka türlü belirlenmedikçe, m.5/3'de tanımlanan işverene bağlı olarak, "m.5/2'de sayılı çalışanların" kanun kapsamında olduğu ifade edilmiştir. EntgTranspG m.5/2'de ise çalışanlar sayma usulü ile belirlenmiştir. Buna göre, işçiler, memurlar, hâkimler, askerler, mesleki eğitim alanlar, evde çalışma yapanlar ve benzeri diğer çalışanlar kanun kapsamındadır¹⁵. EntgTranspG'nin kişi bakımından kapsamının, Avrupa Birliği Hukuku'nda işçi sayılan limited şirket yöneticilerini de içine aldığı ifade edilmektedir. Zira limited şirket yöneticileri,

fırlık Kanunu yükümlülüklerini yerine getirmek bakımından hazır değildir. Ankete katılan işverenlerin %35'i bu tarihe kadar kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret eşitliği hakkında bir kez araştırma yapmışlardır. Katılımcıların sadece yarısı kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit ücretin teşviki için önlem aldığını bildirmiştir. Bu önlemler ise %34 oranında toplu iş sözleşmesinde yer verilen, %19 oranında ücretlerde aynı gruplandırmanın yapılmasını, buna karşılık sadece %14 oranında yönetici pozisyonunda çalışan kadınlar için teşvik planı ve programına sahip olduklarını bildirmişlerdir. Bu anket için bkz. www.handelsblatt.com/unternehmen/beruf-und-buero/the_shift/verguetungstransparenz-neues-gesetz-zur-lohngleichheit-wird-massiv-unterschaetzt/19879466.html.

¹² Bauer/Romero, s.412-413; Langemann/Wilking, s.501.

¹³ Bauer/Romero, s.412-413; Langemann/Wilking, s.501. Benzer yönde bir eleştiri için bkz. von Steinau-Steinrück, s.307.

¹⁴ Langemann/Wilking, s.501. Ayrıca Almanya'da bugüne kadar yürürlüğe giren kanunlarda görülmeyen şekilde EntgTranspG'deki ifade tercihlerinde oldukça baştan savma hareket edildiği, birçok hususa farklı maddelerde tekrar tekrar yer verildiği yönünde eleştiriler de mevcuttur. Bkz. Gregor Thüsing, "Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz", BetriebsBerater (BB), 10/2017, s.565-566. Kanuna yönelik olarak AGG'den farklı büyük bir yenilik öngörmediği, küçük ve orta ölçekli işyerlerini kapsamadığı, büyük işyerlerine yönelik imtiyazlar düzenlendiği şeklindeki eleştiriler için bkz. Daniel Benkert, "Entgelttransparenzgesetz: gezähmtes 'Bürokratiemonster'?" NJW-Spezial, Heft 14, 2017, s.435. Buna karşılık kanunun ilk hukuki sonuçlarını ancak 2018 yılından itibaren ortaya çıkaracağı; zira bu tarihte, işverenlerin işyerindeki kadın ve erkek çalışanların ücretlerine yönelik rapor verme yükümlülüğünün doğduğuna ve çalışanların ilk kez ücret hakkında bilgi talep etme haklarını kullanacağına dikkat çekilmektedir. Bu görüş için bkz. Kuhn/Schwindling, s.789.

¹⁵ von Steinau-Steinrück, s.306; Jobst-Hubertus Bauer/Jens Günther/Sibylle Romero, "Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes-was Arbeitgeber beachten sollten", NZA, 13/2017, s.810; Oberthür, s.2229.

şirketin başka bir organının talimatı ve gözetimi altında olmak üzere bağımlılık ilişkisi içerisinde görevlerini ifa etmektedirler¹⁶.

EntgTranspG m.5/3'de işveren kavramı, bu kanun tarafından başka bir düzenleme öngörülmedikçe, m.5/2'de sayılan kişileri çalıştıran her gerçek ve tüzel kişi olarak ifade edilmiştir. Bununla beraber kanun, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işverenler, toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler ve diğer tüm işverenler bakımından yükümlülüklerin uygulanmasında bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma yönelik hükümler ileride ayrıntılı şekilde ele alınacaktır¹⁷.

EntgTranspG m.5/3'e göre, bu kanun anlamında toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işverenler, ücrete ilişkin bir toplu iş sözleşmesini ya da ücrete ilişkin bir çerçeve sözleşmeyi Tarifvertragsgesetz (TVG)¹⁸ m.3/1 bağlamında uygulayan işverenlerdir. Teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler de bu madde kapsamına alınmıştır.

EntgTranspG m.5/4'de, toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler tanımlanmıştır. Bu fıkra göre, bu kanun anlamında toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler, ücrete ilişkin bir toplu iş sözleşmesinin ya da çerçeve sözleşmenin ücrete ilişkin hükümlerine, işveren ile çalışan arasında yapılan yazılı bir anlaşma yoluyla bağlı olan ve bu hükümlerin uygulanmasını, içeriği aynı tüm faaliyetler ve çalışanlar için üstlenen işverenlerdir¹⁹.

Diğer tüm işverenler ise bahsi geçen iki kategori altına da girmeyen işverenlerdir.

B. Konu Bakımından Kapsamı

Kanunun amacı başlığı altında ifade edildiği üzere bu kanunun, aynı iş veya aynı değerdeki işte çalışan kadın ve erkekler için uygulanması öngörülmüştür. Yine üçüncü maddenin ilk fıkrasında, aynı veya aynı değerdeki işlerde tüm ücret yapıları ve ücret şartları dikkate alındığında, cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı bir haksızlık yapılması yasaklanmıştır. Salt ücrette ayrımcılık yasağına dair hükümler içinde değil, işçinin bu kanunla getirilen önemli bir hakkı olan bilgi edinme hakkı kapsamında da söz konusu kavramlara yer verilmiştir. Dolayısıyla kanunda sıklıkla ifade bulan “aynı iş” ve “aynı değerdeki iş” ile kastedilenin ne olduğunun anlaşılması, özellikle ücrette ayrımcılık yasağına uyulduğunun ya da ihlal edildiğinin ispat edilmesinde hem işçi hem işveren için önemi haizdir²⁰.

1. Aynı İş Kavramı

Kanun “aynı iş” kavramını dördüncü maddesinin ilk fıkrasında açıklamıştır. Bu fıkra göre, kadın veya erkek çalışanlar, farklı işyerlerinde veya aynı işyerinde farklı vardiyalarda, özdeş veya aynı nitelikte faaliyette bulunmaları halinde “aynı iş”i icra etmiş olurlar. Bu tanıma göre ise otomatikleşmiş bir

¹⁶ Bu yönde bkz. Bauer/Günther/Romero, s.810; Oberthür, s.2229.

¹⁷ Bkz. IV. Bölüm, A, C ve E.

¹⁸ Tarifvertragsgesetz (TVG), BGBl. I 1969 S.1323, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de, (30.09.2017).

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaul, s.47-48; Langemann/Wilking, s.504.

²⁰ Bauer/Günther/Romero, s.811.

usul içinde standartlaşmış, tekrarlanan, belirli bir işleyişe dayanan sınırlı faaliyetler aynı işi oluşturacaktır. Zira kanun koyucu, “yaklaşık olarak aynı” veya “ağırlıklı olarak aynı” gibi kavramları tercih etmediğinden, yüzde yüze yakın bir oranda uyuşma aranmaktadır²¹. Hal böyleyken uygulamada, aynı iş kavramına dahil faaliyetlere nadiren rastlanacağı savunulmaktadır²². Zira bahsi geçen türde işler, daha çok basit görülebilecek faaliyetlerde ortaya çıkabilecekken, faaliyet karmaşıklaştıkça veya katmanlaştıkça özdeş veya aynı nitelikte kavramlarından uzaklaşılacaktır²³. Bunun yanı sıra ilk bakışta aynı iş olarak görülen faaliyetlerin, çalışanın deneyimi veya becerisi gibi nedenlerle farklılaşabileceği de göz ardı edilmemelidir. Buna en büyük örnek olarak aynı büroda ve masa başında çalışıyor olsalar da farklı faaliyetler sürdüren büro çalışanları gösterilmektedir²⁴.

2. Aynı Değerde İş Kavramı

EntgTranspG'nin dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında “aynı değerdeki iş” tanımına şu şekilde yer verilmiştir: kadın ve erkek çalışanlar, unsurların bütünü temel alındığında aynı durumda çalışıyor gibi varsayılabilirse, bu kanun anlamında aynı değerde işi yapıyor kabul edilirler. Dikkate alınan unsurlar ise kanunun aynı maddesinde belirtilmiştir. İşin türü, eğitim ve çalışma koşulları bu unsurlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla aynı değerde iş tespitinde tüm unsurlara toplu bir bakış gerekmektedir. Ne kadar çok unsur kesişiyorsa, işin de o kadar aynı değerde olduğu ifade edilebilecektir. Bununla beraber kanunda, değerlendirme sürecinde söz konusu unsurların ne kadar ağırlığa sahip olmaları gerektiğinin belirtilmemiş olması sorun teşkil edebilecektir²⁵. Bu konuda sadece dördüncü maddenin üçüncü fıkrasında, söz konusu unsurların, faaliyeti gören çalışandan ve edimden bağımsız olarak, gerçek ve faaliyet için önemli görülen unsurlar olması gerektiği şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Doktrinde ise önemli olanın, kriter olarak alınacak unsurların sadece bir veya birkaçının değil, bütününe adil şekilde değerlendirilmesi olacağı ifade edilmektedir. Bunun için ise objektif bir değerlendirme yapılması gerektiği, cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılması halinde işverenin yapacağı subjektif kriterlere dayalı değerlendirmenin herhangi bir anlamı olmayacağı savunulmaktadır²⁶.

Objektif bir değerlendirme için somut faaliyet ve unsurlar önemlidir. Dolayısıyla aynı değerde iş tespitinde subjektif kriterler dikkate alınmayacaktır. Örneğin bir çalışanın, sadece diğer çalışana göre daha verimli çalıştığı şeklinde bir değerlendirme ile aynı değerde iş tespiti mümkün değildir²⁷. Nitekim bu son hususa m.4/2'de ayrıca dikkat çekilmiştir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir konu ise ücretin belirlenmesinde her zaman objektif kriterlerin belirleyici rol oynamadığıdır. Salt cinsiyete dayalı bir farklılık yaratılmadığı sürece maddi olarak ortaya konulan nedenlerle, işveren işletmesel özgürlüğüne dayanarak

²¹ Langemann/Wilking, s.502.

²² Bauer/Romero, s.410; Bauer/Günther/Romero, s.811;

²³ Bauer/Romero, s.410; Bauer/Günther/Romero, s.811; Langemann/Wilking, s.502.

²⁴ Langemann/Wilking, s.502.

²⁵ Bauer/Günther/Romero, s.811.

²⁶ Bauer/Günther/Romero, s.811; Langemann/Wilking, s.502; Kuhn/Schwindling, s.786.

²⁷ Bauer/Günther/Romero, s.811; Langemann/Wilking, s.502.

farklı ücretlendirme öngörebilecektir²⁸. Bu nedenlere örnek olarak, çalışanın yeteneği ve verimi, çalışma pazarındaki konumu ve önemi verilebilecektir. Eğer bu farklı ücretlendirme bir sisteme dayalıysa, bu sistemin cinsiyet ayrımcılığı içermediğinin kabulü için m.4/4'de dört kategori altında düzenleme getirilmiştir. Buna göre sistemin, faaliyetin türünü objektif olarak yansıtmaması, kadın ve erkek çalışanlar için ortak kriterler getirmesi, bireysel olarak ücret ayrımcılığı yaratan kriterlerin cinsiyet ayrımcılığından uzak ve aynı zamanda anlaşılır olması gerekmektedir²⁹.

Aynı değerde iş kavramı değerlendirilirken ortaya çıkan en önemli sorun ise aynı değerdeki işi ayırt edebilecek alt kriterlerin tespitidir. Bu çerçevede kanunda, işin türü, eğitim ve çalışma koşulları kriterleri sayılmıştır. Bu kriterlerin yanı sıra doktrinde bir görüş tarafından, işin değerlendirilmesinde yararlanılan bir sistem olan Genfer Şeması'nın dikkate alınması önerilmektedir. Bu şemaya göre, dört kategori altında toplanan kriterler dikkate alınarak bir sonuç ulaşılabilecektir. Bu şemada, fikri kriterler (*örneğin uzmanlık, iş üzerinde düşünebilme yeteneği*), bedensel kriterler (*örneğin beceri, kas, sinir ve duyu özellikleri*), sorumluluk kriteri (*örneğin işyeri araçları için, başkalarının güvenliği ve sağlığı için*), çalışma koşulları (*örneğin sıcaklık, rutubet, temizlik*) dört kategoriyi oluşturmaktadır. Bu kategoriler altında belirlenen kriterler dışında da işin değerinin belirlenmesini etkileyen durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin işverenin, bir iş için çalışanlarda farklı mesleki nitelikler gözetmesi mümkündür³⁰.

Kanunda yer alan aynı değerdeki iş tanımı ve bunun tespiti için sayılı unsurlar, EuGH'nin AEUV m.157'ye ilişkin içtihadından iktibas edilmiştir. EuGH, bu içtihadında, aynı değerdeki işi tespit etmeleri konusunda ulusal mahkemeleri tahsis etmiştir. Bu açıdan uygun hareket noktalarını, EntgTranspG'de de aynen yer aldığı üzere "*işin türü, eğitim ve çalışma koşulları*" olarak belirlemiştir³¹.

III. Ücrette Şeffaflık Kanunu'nda Öngörülen Yükümlülükler

A. Genel Olarak Ücrette Ayrımcılık Yasağı

EntgTranspG'nin cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ücret farklılığı yasağı kenar başlığına sahip üçüncü maddesi altındaki düzenleme esasen, AGG m.2/1, 2'de yer alan ücret ayrımcılığı yasağının ilgili kanuna aktarılmasından ibarettir³². Bu maddelere göre cinsiyet nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak aynı veya aynı değerdeki işler bakımından ücrette farklılık yapılması, tüm ücret yapıları ve ücret ödeme koşulları dikkate alınarak yasaklanmıştır.

Kanun "*doğrudan yapılan ücret ayrımcılığı*"nı üçüncü maddenin ikinci fıkrasında açıklamıştır. Salt cinsiyet nedeniyle, karşı cinsiyete sahip olanlara göre daha az ücret ödemesi, ödenmiş olması veya ödenecek olması yasaklan-

²⁸ Bauer/Romero, s.410; Langemann/Wilking, s.502.

²⁹ Bauer/Günther/Romero, s.811. Ayrıca benzer yönde bkz. Langemann/Wilking, s.502.

³⁰ Genfer Şeması'na dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oberthür, s.2229. Karş. Langemann/Wilking, s.502.

³¹ Bu konuda bkz. EuGH, Urteil, 28.02.2013-C-427/11 (M.Kenny&svd.), NZA 6/2013, s.315-319. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Oberthür, s.2229; Bauer/Romero, s.410.

³² AGG m.2/1, 2 hakkında bkz. ErfK/Schlachter, §2 AGG, Rn.9; HWK./Rupp, 7. Aufl., §2 AGG, Rn.6; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §2 AGG, Rn.4-5.

mıştır. Bunun kapsamına kanuni düzenlemeler dışında kadın çalışana, hamilelik veya annelik nedeniyle daha az ücret ödenmesi de dâhildir.

EntgTranspG'nin üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasında, “*dolaylı olarak yapılan ücret ayrımcılığı*”na yer verilmiştir. Bu fıkraya göre, tarafsız kurallara, kriterlere ve usule bakıldığında, cinsiyeti nedeniyle çalışana, karşı cinsiyete sahip çalışanlara göre bazı özel durumlarda ücret bakımından farklılık yaratılabilecektir; meğerki söz konusu kurallar, kriterler ve usul, hukuki bir amaca göre adaletli olsun ve bu amaca ulaşmak için izlenen yol uygun ve gerekli olsun. Kısacası mevcut koşullara bakıldığında, ücrette cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılabileceği şeklinde bir durum olduğu söylenebilecekken, aslında izlenen amaç adaletsiz ve bu amaca hizmet eden yol uygun ve gerekli değilse dolaylı bir ücrette ayrımcılık ortaya çıkmaktadır³³.

Cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımcılık kural olarak meşrulaştırılmazsa da EntgTranspG m.3/4'ün, AGG m.5 ve m.8'e yaptığı gönderme sonucunda, belirli bir cinsiyetten oluşan grubun dezavantajlarını dengelemek adına farklı ücretlendirme yapılması mümkün görülmektedir³⁴. AGG m.8 uyarınca ise görülen faaliyetin türü veya koşulları nedeniyle önemli bir mesleki gereklilik oluşturuyorsa, farklı ücretlendirme yine kabul edilmektedir. Yeter ki mesleki gereklilik önemli ve izlenen amaç hukuki olsun³⁵. Fakat devam eden fıkraya göre, cinsiyete dair özel bir koruyucu düzenleme mevcutsa, aynı veya aynı değerdeki iş için cinsiyete dayalı düşük ücret anlaşması yapılması haklaştırılmayacaktır³⁶. Dolaylı yapılan ücret ayrımcılığında ise cinsiyetler arası farklılık öngörülmesi, ancak cinsiyetten bağımsız kriterlerle haklaştırılabilecektir. Çalışma pazarı, edim ve iş sonucuna bağlı kriterler ücret farklılığının haklaştırılmasını sağlayabilmektedir. Bununla beraber orantılılık ilkesine de dikkat edilmelidir. Bu hususa ilişkin verilen bir örnekte, bir avukatlık bürosunda ticaret hukuku ile iş hukuku alanında avukatlar çalışmaktadır. İlk grupta çalışanların çoğunluğu erkek, ikinci grupta çalışanların ise çoğunluğu kadın avukatıdır. Avukatların çalışma verimi, yükümlülükleri ve nitelikleri özdeştir. Buna rağmen ticaret hukuku ile ilgili alanda çalışanların ücreti daha yüksektir. Zira bunun nedeni ticaret hukuku alanında çalışmanın, iş hukuku alanında çalışmaya göre büroya daha yüksek kazanç getirmesidir. Yani cinsiyet dolayısıyla öngörülmuş bir ücret farklılığı mevcut değildir. Dolayısıyla ücrette yapılan bu ayrımcılık, cinsiyet dışında kalan bir nedenle haklaştırılmıştır³⁷.

Konuya ilişkin bir başka hüküm ise EntgTranspG m.7'de düzenleme bulmuştur. Kanununun bu maddesi, ücrette ayrımcılık yasağını “*ücret eşitliği*” kuralı olarak tekrar etmektedir. Bu maddeye göre, bir istihdam ilişkisinde aynı veya aynı değerdeki işte çalışmak üzere istihdam edilenler için, cinsiyetlerine dayanılarak daha az ücret kararlaştırılmaz veya ödenemez. Bu hükmü yorumlayan Oberthür'e göre kanun koyucu, EntgTranspG'de açık düzenleme getirilerek bu konuya dikkat çekmeyi amaçlamıştır. Nitekim şimdiye kadar ücret eşit-

³³ Oberthür, s.2230.

³⁴ Bu konuda bkz. ErfK/Schlachter, §5 AGG, Rn.1; HWK/Rupp, 7. Aufl., §5 AGG, Rn.1-3; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §5 AGG, Rn.2-3.

³⁵ ErfK/Schlachter, §8 AGG, Rn.1-5; HWK/Rupp, 7. Aufl., §8 AGG, Rn.1-2; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §8 AGG, Rn.2.

³⁶ Bkz. ErfK/Schlachter, §8 AGG, Rn.9-10; HWK/Rupp, 7. Aufl., §8 AGG, Rn.3-4; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §8 AGG, Rn.14.

³⁷ Bu örnek ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oberthür, s.2230.

liği kuralına sadece dolaylı olarak AGG m.7 ve m.8/2 hükümlerinin toplu değerlendirilmesiyle ulaşılmaktaydı³⁸.

Tarafların akdettiği sözleşmede yer alan ayrımcılık yasağına aykırı hükümlerin yaptırımına EntgTranspG m.8/1'de yer verilmiştir. Buna göre EntgTranspG m.3'e aykırılığın yanı sıra m.7'ye aykırılık halinde de sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ifade edilmiştir³⁹. Yine EntgTranspG m.3/1, Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde yorumlandığında, ayrımcılığa uğrayan çalışan için yüksek ücreti talep etme hakkı kuşkusuz bu konuda dava açılması yoluyla mevcuttur. Kanun koyucu, tasarıdan farklı olarak ücretin uyumlu hale getirilmesi için tanınan bu hakkı herhangi bir hak düşürücü süreye de tabi kılmamıştır. Dolayısıyla bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde bir süre belirlenmesi mümkündür⁴⁰. Yine AGG m.15'de düzenlenen zararın tazmin edilmesi hükümleri de bir görüşe göre uygulama bulabilecektir⁴¹.

B. İşverenin Genel Yükümlülükleri

EntgTranspG m.6'da işverenlerin genel yükümlülükleri belirlenmiştir. Bununla beraber bu maddede sadece işverene değil işyerindeki tüm aktörlere yükümlülük getirilmiştir. Yani işveren dışındaki toplu iş sözleşmesi tarafları ve diğer tüm menfaat temsilcileri görevleri ve hareket olanakları çerçevesinde, kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret eşitliğini gerçekleştirmek için işbirliği yapmakla yükümlendirilmiştir. Ayrıca tüm işverenler, kanunun altıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret açısından oluşabilecek ayrımcılığa karşı koruyucu önlemlerin alınması konusunda yetkilendirilmiştir. Hatta bu önlemlere, ihtiyati tedbirler de dâhil edilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, işyerindeki çalışan sayısı önemli olmaksızın tüm işverenler için yükümlülük getirmektedir⁴².

EntgTranspG m.9'a göre işveren, bu kanundan doğan haklarından faydalandığı için çalışana ayrımcılık yapamayacaktır. Maddenin devamında aynı kural, bu çalışanları destekleyen veya tanıklık eden çalışanlar için de geçerli kabul edilmiştir. Benzer bir düzenleme AGG m.16'da da mevcuttur⁴³.

EntgTranspG m.4/4'de ise işverenlere farklı bir yükümlülük öngörülmüştür. Bu maddeye göre, bir ücret sistemi kullanan her işverenin, bu sisteme dâhil ücret türlerini hem bütün olarak hem de tek tek cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa yol açmayacak şekilde yapılandırması gerekmektedir. Maddenin devamında ise bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için özellikle dikkate alınması gereken unsurlar dört başlık altında sayılmıştır. Buna göre işveren, özellikle yerine getirilen faaliyetin türünü objektif bir bakış altında dikkate almalı, kadın ve erkek çalışanlar için ortak kriterlere dayanmalı, farklılık öngören kriterleri

³⁸ Oberthür, s.2230.

³⁹ Thüsing, s.565-566; Gaul, s.48.

⁴⁰ Bauer/Günther/Romero, s.812.

⁴¹ Oberthür, s.2230. Ayrıca AGG m.15 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/Schlachter, §15 AGG, Rn.1-4; HWK/Rupp, 7. Aufl., §15 AGG, Rn.1.

⁴² Kuhn/Schwindling, s.785.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/Schlachter, §16 AGG, Rn.1-2; HWK/Rupp, 7. Aufl., §16 AGG, Rn.1-2; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §5 AGG, Rn.5; Oberthür, s.2230.

ayrımcılık ortaya çıkarmaktan uzak yapılandırmalı ve bu kriterlerin tamamını anlaşılır şekilde belirlemelidir⁴⁴.

Kanunun dördüncü maddesinin dördüncü fıkrasında sayılı unsurlar bakımından özellikle ele alınması gereken unsur, “*farklılık öngören kriterlerin ayrımcılıktan uzak şekilde yapılandırılması*” unsurudur. Doktrinde bu unsuru yorumlayan bir yazara göre, eğer bir ücret sistemi, cinsiyetlerden birinin yerine getirmesi gereken değerlendirme kriterlerini içeriyorsa baştan itibaren geçersiz sayılmayacaktır. Bununla beraber bu ücret sistemi, işyerinde çalışanlardan diğer cinsiyete sahip olanların yerine getirmesi gereken farklı kriterler dikkate alınmışsa, bu farklılık dolaylı bir ayrımcılığa neden olabilecektir⁴⁵. Eğer işverenin uyguladığı ücret sistemi dolaylı da olsa bir cinsiyet ayrımcılığına neden oluyorsa, bu sistem EntgTranspG m.3 ve m.7’ye aykırılık oluşturduğundan, m.8 uyarınca geçersiz olacaktır. Bunun yanı sıra ayrımcılığa uğrayan çalışan, yüksek ücret alan gruba verilen ücreti talep etme hakkına da sahip olacaktır. İşveren ise m.6 gereği ihtiyati tedbirler almak da dâhil ücrette adaletin sağlanması adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁴⁶.

EntgTranspG salt işverenlere değil, EntgTranspG m.13/1 uyarınca Almanya’da işyerlerinde sıklıkla organizasyona sahip olan işyeri kuruluna (*Betriebsrat*) da yükümlülük getirmiştir. Bu fıkraya göre işyeri kuruluna, kendi görevleri çerçevesinde kalmak üzere işyerinde kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğinin sağlanmasını açıkça desteklemeleri görevi yüklenmiştir. İşyeri temsilciler kurulunun bu görevine, işyerinde uygulanan ücret sisteminin ayrımcılıktan uzak olmasının gözetimi de dâhildir⁴⁷.

Özel kesim işverenleri için ise ücretlerin denetlenmesi bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. Bu husus kanun tarafından “*talep*” olarak nitelendirilmiştir. İlgili kanununun 17. maddesinde, bu kanun anlamında ücrette eşitliğin sağlanması adına, 500’den fazla çalışanı olan özel kesim işverenine münhasır olarak bazı hususların yerine getirilmesi talep edilmiştir. Söz konusu işverenlerden, işyeri denetim mekanizmaları yoluyla, işyerindeki ücret düzenlemeleri ve farklı ücret yapıları ile bunların uygulanışını düzenli olarak denetlemesi ve bu konuda rapor hazırlaması talep edilmektedir. Anlaşılacağı üzere küçük ve orta ölçekteki işyerlerinin işverenleri, bürokratik yük getirilmemesi amacıyla 17. maddenin kapsamı dışında tutulmuştur⁴⁸.

EntgTranspG’nin 18. maddesinin ikinci fıkrasında, 500’den fazla çalışanı olan özel kesim işverenin gerçekleştireceği denetim sürecinin durum tespiti, analiz ve sonuç raporu aşamalarından oluştuğu belirtilmiştir. Yine aynı fıkra söz konusu işverenlerin, denetim ve analiz usulünü seçmekte, işyeri yönetime

⁴⁴ Bu konuda bkz. Gaul, s.48.

⁴⁵ Bkz. Oberthür, s.2230-2231. Aynı yazar bu konuya ilişkin verdiği örnekte, ağır bedensel çalışmaya dayanan ücret sisteminde, çalışanın sadece aktif kas ağırlığı kavramının dikkate alınmaması gerektiğini, buna karşılık çalışana bu konuda etki eden tüm faktörlerin ve bedensel reaksiyonların sınıflamaya dahil edilmesini, ki bu sınıflandırmada dikkate alınacak faktörlerin içine özellikle vücut bakımının, sezgisel ve tekrar eden çalışma biçiminin, sinirsel ve duyuşsal ağırlığın, gürültü ve çalışma çevresinde yer alan diğer tüm etkenlerin ve sosyal faktörlerin girdiğini belirtmektedir. Bkz. Oberthür, s.2231.

⁴⁶ Bkz. Oberthür, s.2231.

⁴⁷ Bkz. Oberthür, s.2231.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Langemann/Wilking, s.505; Kuhn/Schwindling, s.789.

katılma hakkı (*betriebliches Mitwirkungsrecht*) dikkate alınarak, serbest olduklarına yer verilmiştir⁴⁹. Ayrıca 12. maddeye yapılan atıf dolayısıyla 18. maddenin üçüncü fıkrasında, söz konusu işverenlerin işyeri denetim usulünü tüm işyerleri için değil, aynı bölgede bulunan işyerleri ile sınırlı olarak hayata geçirmeleri beklenmektedir. Bununla birlikte söz konusu işverenler için bu denetimleri ne kadar sıklıkla yapmaları gerektiğine dair açık bir süre de düzenlenmemiştir. Tasarı gerekçesinde denetleme aralıklarının beş yılı geçmemesi tavsiye niteliğinde yer almaktaydı; fakat bu süreye kanunda yer verilmemiştir. Zira kanunda sadece 17. maddede, denetimlerin düzenli olmasından söz edilmiştir. Dolayısıyla özel kesim işverenlerinin tüm bu denetim sürecinde serbest tutulmasında olduğu gibi, denetleme aralıkları bakımından da daha uzun süre belirlenebileceği yorumu yapılmaktadır⁵⁰. Ayrıca 20. maddede, işverenin işyeri kurulunu, planlanan işyeri ücret denetim sürecinden gerekli belgelerin ibrazı ile zamanında haberdar etmesi aranmaktadır⁵¹.

Doktrinde bir görüş tarafından, m.17 ve m.18'de düzenlenen serbest iradeye dayalı işyeri denetim sürecinin doğurabileceği sakıncalar gözetilerek, işverenler tarafından uygulamaya geçirilmemesi önerilmektedir⁵². Zira denetim sürecinin devreye sokulması halinde, ücrette cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumda işveren, m.19 uyarınca bu ayrımcılığı önleyici tedbirleri yükümlü tutulmuştur⁵³. Şayet bu süreçten geçilmemiş olsaydı, mahkemede cinsiyet nedeniyle ücrette ayrımcılık yapıldığının ispatı güçleşecekti. Ayrıca m.20 dolayısıyla çalışan da zorunlu olarak denetim sürecinin sonuçları hakkında bilgilendirildiği için, çalışanlara Bauer/Günther/Romero'nun deyiimiyle gümüş tepside dava açma nedeni servis edilmektedir⁵⁴. Bu nedenle aynı yazarlar, işverenin uyguladığı ücret sistemini denetlemek istediği, fakat m.20'deki çalışanlara zorunlu bilgi verme yükümlülüğünden kaçınmayı amaçladığı hallere yönelik bir tavsiyede bulunmaktadır. Söz konusu yazarlara göre işverenler, kanunun m.17-18'deki şartlarından bağımsız bir denetleme yöntemi seçerek, ilgili kanundaki yükümlülüklerinden kurtulabileceklerdir. Kuşkusuz bu yöneme başvurulmasını açık tutan kanun düzenlemesi eleştiriyeye açıktır⁵⁵.

⁴⁹ Langemann/Wilking, s.505. İşyeri kurulunun, EntgTranspG m.18/2 uyarınca sahip olduğu işyeri yönetime katılma hakkının kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kania, s.821-822.

⁵⁰ Özel kesim işverenlerinin denetim usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Günther/Romero, s.812.

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gaul, s.50; Kania, s.820-821; Kuhn/Schwindling, s.789.

⁵² Bauer/Günther/Romero, s.812. Nitekim işyeri denetim süreci işverene yükümlülük olarak düzenlenmediğinden bu süreci işletmemesinin hukuki yaptırımı da yoktur. Bkz. Benkert, s.434; Kuhn/Schwindling, s.789.

⁵³ Bkz.Gaul, s.50.

⁵⁴ İşverenlere yönelik serbest iradeye dayalı düzenlenmiş denetim sürecinin işletilmemesi tavsiyesi ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Günther/Romero, s.812-813. Bu sistemin eleştirisi için ayrıca bkz. Thüsing, s.568. Bu eleştirilere karşılık doktrinde başka bir yazar tarafından, işyeri denetim sürecinin en azından bir kere işletilerek işyerinde bu süreç işletilene kadar var olan zamanda ücrette cinsiyet ayrımcılığı olup olmadığının tespiti ve böylece çalışanların bilgi talep etme hakkının önüne geçilmesi tavsiye edilmektedir. Bkz. Kuhn/Schwindling, s.789.

⁵⁵ Bauer/Günther/Romero, s.813.

EntgTranspG m.21'de ise bu sefer kural olarak 500'den fazla çalışanı olan ve HGB m.264 ve 289 uyarınca durum raporu yazmakla yükümlü işverenler için özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu işverenlerin, kadın ve erkek çalışanlarının eşit durumda olup olmadığına ve eşit ücrete tabi olup olmadıklarına dair rapor sunmaları gerekmektedir⁵⁶. Kanun koyucu bu raporda yer alması gereken hususları ayrıca belirtmiştir. Raporda işverenin, kadın ve erkek çalışanların eşitliğini sağlamak adına aldığı önlemler ile etkileri yer almalıdır. Ayrıca kadın ve erkek çalışanların ücret eşitliğinin sağlanması için alınan önlemlere de raporda yer verilmesi aranmaktadır⁵⁷. Eğer işveren, bu konularda bir önlem almamışsa raporda bunun gerekçelerine yer vermekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasında raporun, cinsiyete göre bölümlendirme yapılarak, çalışanların ortalama toplam sayısı ile tam zamanlı ve kısmi zamanlı çalışanların ortalama sayısını içermesi gerektiği düzenlenmektedir⁵⁸. Hal böyleyken kanun koyucu, raporda yer alan önlemlerin icra edilmediği haline yönelik herhangi bir hukuki sonuç veya yaptırım öngörmemiştir.

IV. Ücrette Şeffaflık Sağlanması Adına Çalışanın Bilgi Edinme Hakkı

A. Kapsamı ve Şartları

İşyeri sınırları içinde ücrette şeffaflığın sağlanması için kanunun odak noktasında, çalışanın bireysel olarak bilgi edinme hakkı durmaktadır⁵⁹. “Çalışanın bilgi edinme hakkı” EntgTranspG m.10-16 hükümleri arasında düzenlenmektedir⁶⁰. Bu düzenleme ile cinsiyetler arasındaki ücret ayrımcılığının en aza indirgenmesi amaçlanmaktadır. Kanun, çalışanlara bu hakkı tanıyarak, işyerindeki ücret hesabında dikkate alınan kriterler ile ücret usulü hakkında bilgi edinmelerini sağlamaktadır.

Çalışanın bilgi edinme hakkının kapsamı, EntgTranspG m.12'de yer almaktadır. Buna göre aynı işverene bağlı olarak çalışan ve kural olarak 200'den fazla çalışanı olan işyerlerinde, bu kanun kapsamındaki tüm çalışanların bilgi edinme hakkı mevcuttur. Her işverenin işyeri bu hak kapsamına alınmamıştır. Zira belirli büyüklüğe sahip işyerleri için düzenleme getirilmiştir. Bilgi edinme hakkı, m.12/2 uyarınca sadece aynı işyerinde ve aynı işverene bağlı olarak çalışanların ücretlerine ilişkin kuralları kapsamaktadır. Bu nedenle farklı işve-

⁵⁶ Bu konuda bkz. Bauer/Günther/Romero, s.813; Benkert, s.434; von Steinau-Steinrück, s.307; Langemann/Wilking, s.505; Kuhn/Schwindling, s.789. EntgTranspG m.25 uyarınca, m.21'de düzenlenen işverenlerin rapor sunma yükümlülüğünü, 2018 yılında yerine getirmeleri ve ilk raporun sadece 2017 yılını kapsayacağı kararlaştırılmıştır.

⁵⁷ EntgTranspG m.22'de rapor aralıkları, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler için beş yıl, diğer işverenler için ise üç yıl olarak belirlenmiştir. Yine ilk gruptaki işverenler geçmiş beş yılı, diğer gruptakiler geçmiş üç yılı raporlayacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaul, s.50; Benkert, s.434; von Steinau-Steinrück, s.307; Langemann/Wilking, s.505.

⁵⁸ Bu konuda bkz. Bauer/Günther/Romero, s.813; Langemann/Wilking, s.505; Kuhn/Schwindling, s.789.

⁵⁹ Bkz. von Steinau-Steinrück, s.306; Martin Franzen, “Anwendungsfragen des Auskunftsanspruchs nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranpG)”, NZA, 13/2017, s.814; Benkert, s.434; Langemann/Wilking, s.502.

⁶⁰ EntgTranspG m.25/1 uyarınca m.10'da düzenlenen çalışanın bilgi edinme hakkı, 06.07.2017 tarihinden itibaren altı takvim ayı sonra yürürlüğe girecektir.

renlere ait birden fazla işyerinden oluşan şirket türlerinde her bir işveren farklı ücretlendirme kuralı tercih edebilecektir. Dolayısıyla bu tip işyerlerinde 200 sayısının tespitinde her bir işyeri ayrı ele alınmalıdır⁶¹. Kuşkusuz bu kural uyarınca, ücret karşılaştırmasında önemli olsa bile, başka işyerinin veya başka işverenin çalışanları karşılaştırma yapılan çalışan grubuna dahil edilemeyecektir. Aynı şekilde aynı işverenin bölgesel olarak farklı işyerlerindeki ücret kullarlarına veya farklı çalışan grubuna dâhil olanların ücretlerine ilişkin bilgi talebi, çalışanın bilgi edinme hakkının kapsamına girmemektedir⁶².

EntgTranspG m.10 uyarınca çalışan, bilgi edinme talebini “*metin*” halinde sunmalıdır. Dolayısıyla e-mail olarak gönderilmesinin bile yeterli olacağı kabul edilmektedir⁶³. Devam eden fıkraya göre, talep sunulurken karşılaştırma yapılabilmesi adına aynı veya benzer nitelikte faaliyetlere de yer verilmelidir. Nitelik aynı veya benzer nitelikteki faaliyetler, bilgi edinme hakkının bağlanma noktasıdır. İşverenin, çalışanın talep ettiği karşılaştırma yapılacak grup dışında başka çalışanlara dair bilgi verme yükümlülüğü ise yoktur⁶⁴. Çalışan tarafından ortalama aylık brüt ücrete ilişkin bilgi dışında, m.10/1 uyarınca sadece iki farklı ücret yapısına ilişkin bilgi talep etmesi mümkün görülmüştür. Bilgi talebine yönelik bu sınırlamanın amacı, işverene çalışanın bilgi edinme hakkı kapsamında sınırsız cevap verme yükümlülüğü getirilerek bürokratik yük altına sokulmasının önlenmesidir⁶⁵.

Bu noktada söz konusu kanunda bahsi geçen ücretin kapsamının ele alınması yararlı görülmektedir. AEUV m.15/2 ile uyumlu olarak EntgTranspG m.5/1'de bu kanun anlamında ücret kapsamında, tüm temel ve ek ücretler; yani bir çalışma ilişkisi içerisinde ödenen doğrudan veya dolaylı tüm diğer nakit veya edimsel ödemeler sayılmıştır. Dolayısıyla temel ücretin yanı sıra çalışma ilişkisi kapsamında ödenen diğer tüm ücret türleri de ayrımcılık yasağı bağlamında ele alınmalıdır⁶⁶.

Çalışanın ücreti hakkında bilgi edinme talebinin sürekli olarak yenilenmesinin önlenmesi adına EntgTranspG m.10/2'de bir de süre sınırı getirilmiştir. İşyeri değişikliği, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi gibi önemli bir çalışma koşulu değişikliği olmadıkça, son talebin sunulmasından iki yıl geçtikten sonra talep yenilenebilecektir. Yani çalışanın tekrar bilgi edinme hakkını kullanabil-

⁶¹ Bauer/Romero, s.411; Kania, s.819-820; Kuhn/Schwindling, s.785. İşyerinde çalışan 200 kişinin tespitinde geçici işçi olarak çalışanlar dikkate alınmayacaktır; zira kanunun 12. maddesinde aynı işyerinde ve aynı işverene bağlı olarak çalışanlardan söz edilmektedir. Oysaki geçici işçi, başka bir işveren ile iş sözleşmesi akdetmiştir. Bkz. Gaul, s.48; Bauer/Romero; Kuhn/Schwindling, s.786.

⁶² Bu konuda bkz. Franzen, s.814. Doktrinde, işverenin işyerinde, cinsiyetler arasında ücrette eşitlik değerlendirilirken hariç tutulan “*bölgeseellik*” kavramının açık olmamasından dolayı düzenleme eleştirilmektedirler. Kastedilenin örneğin, işverenin kuzey-güney Almanya'da bulunan işyerleri bakımından mı yoksa farklı eyaletlerde işyerleri olması bakımından mı düzenlenmek istendiği yoruma açıktır. Dolayısıyla düzenleme uyuşmazlık çıkmasına elverişlidir. Bkz. Bauer/Romero, s.411; Langemann/Wilking, s.502; Kuhn/Schwindling, s.787. Ayrıca bkz. Gaul, s.48-49.

⁶³ Bkz. Langemann/Wilking, s.503; Kuhn/Schwindling, s.786.

⁶⁴ von Steinau-Steinrück, s.306; Kuhn/Schwindling, s.786.

⁶⁵ Kuhn/Schwindling, s.788.

⁶⁶ Bkz. Gaul, s.48; Bauer/Romero, s.411; Oberthür, s.2231; Langemann/Wilking, s.503; Kuhn/Schwindling, s.787.

mesi için bu hakkı kullanmasının üzerinden en az iki yıl geçmiş olması aranmaktadır. Aksi halde bu süreç içinde önemli bir çalışma koşulu değişikliği olması şartı aranmaktadır⁶⁷.

EntgTranspG m.11 uyarınca işverenin bilgi verme yükümlülüğü, bilgi edinme hakkını kullanan çalışanın ücreti ile aynı ücret grubuna dâhil olan karşı cinse dâhil çalışanın karşılaştırma yapılacak ücretine ilişkin bilgileri kapsamaktadır. Dolayısıyla işverenler bilgi edinme talebine ilişkin verdikleri cevapta, çalışanın karşılaştırma yapılmasını talep ettiği karşı cinse ait ücret hakkında da bilgi vermelidir⁶⁸. Eğer işveren, bahsi geçen karşılaştırma yapılması talep edilen çalışanları, karşılaştırma yapılabilir konumda bulmuyorsa, m.15/4 uyarınca makul gerekçeler sunmalıdır. Bunun yanı sıra kendi düşüncesine göre karşılaştırma yapılabilecek çalışanlar hakkında bilgi vermelidir⁶⁹. Kanun koyucu, işyerinde her zaman bilgi edinme hakkını kullanan çalışan ile karşılaştırma yapılabilecek çalışan bulunduğundan yola çıkmıştır. Fakat işverenin, işyerinde karşılaştırma yapılmasını uygun bulduğu çalışan olmadığını açıklaması haline ilişkin olarak hukuki sonuç düzenlenmemiştir⁷⁰. Yine m.12/3'de yer alan kurala göre, işyerinde karşı cinsiyete sahip karşılaştırma yapılacak en az altı çalışan mevcut değilse, kişisel verilerin korunması amacıyla çalışan bilgi edinme hakkını kullanamayacaktır. Bu durumda doktrinde, işverenin kendi görüşüne göre ücret karşılaştırması yapılacak karşı cinsiyete sahip altı çalışan bulunmadığını ileri sürerek ücret hakkındaki bilgi talebini reddedebileceğine dikkat çekilmektedir. Bu sonuç ise hukuk güvenliğine aykırılık oluşturmaktadır⁷¹.

Toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler ile diğer işverenler arasında kanunda yapılan ayırımın önemli bir sonucu, işverenin bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenlerin, ücret ve ücret usulü hakkında kanunda veya toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeleri uygulamalarına yönelik özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre söz konusu işverenler, m.11/2 uyarınca talep edilen bilgilere, sadece ilgili kanun veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine dayanarak cevap verme imkanına sahiptirler. Nitekim kanun koyucu, bu imtiyazlı düzenlemeyi öngörürken, kanundaki veya toplu iş sözleşmesindeki ücrete dair düzenlemelerin uygulanması halinde, cinsiyete dair daha az ayrımcılık yapılması potansiyeline sahip olduğundan hareket etmiştir⁷². Buna karşılık diğer işverenler, ücret şartları ve usulü hakkında bireysel olarak bilgi vermelidirler⁷³.

Toplu iş sözleşmesi ile bağlı işveren olup olmama bakımından bir diğer farklılık ise m.11/3'de düzenlenmiştir. Buna göre toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler, bilgi

⁶⁷ Gaul, s.48; Daniel H. Holler, "§14/1 EntgTranspG-Ein durchsetzbarer Arbeitnehmersanspruch gegen den Betriebsrat?", NZA, 13/2017, s.823; Kuhn/Schwindling, s.788. Ayrıca karş. Langemann/Wilking, s.503.

⁶⁸ Bauer/Romero, s.411; Benkert, s.434.

⁶⁹ Bauer/Romero, s.411; Langemann/Wilking, s.503; Kuhn/Schwindling, s.786-787.

⁷⁰ Bauer/Romero, s.411.

⁷¹ Bu görüş için bkz. Bauer/Romero, s.411. Karş. Kuhn/Schwindling, s.787-788.

⁷² Langemann/Wilking, s.503; Kuhn/Schwindling, s.786.

⁷³ Franzen, s.814; Langemann/Wilking, s.503.

edinme talebinde bulunan çalışan ile aynı ücret grubuna dahil olan karşı cinsiyete sahip çalışanların ücreti hakkında bilgi vermekle yetinebilecektir. Diğer işverenler ise karşılaştırma yapılan faaliyeti gören tüm karşı cinsiyete sahip çalışanların ücretine dair bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur⁷⁴. Doktrinde, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmaya ilişkin bahsi geçen düzenlemeler dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi ile bağlılığı güçlendirmek amacıyla bilinçli olarak bir imtiyaz tanındığı ileri sürülmektedir. Bu amaçla, ücret hakkında bilgi verme yükümlülüklerinde de kolaylık getirildiği belirtilmektedir⁷⁵.

Toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler bakımından kanunda tanınan söz konusu imtiyazlara dair doktrinde ayrıca bir konu üzerinde durulmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler, genellikle toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret sistemine çok katı bağlı kalmamaktadır. Söz konusu işverenler ya tüm çalışanlara ya da belirli bir amaca yönelik olarak belirli bir çalışan grubuna daha fazla ücret verebilmektedir. İşte bu gibi durumlarda, kanunun tanıdığı imtiyazlı hükümler ne derece uygulanabilir sorusuna cevap aranmaktadır. Konunun bu boyutunda, özellikle ücret karşılaştırması yapılacak karşı cinsiyete sahip çalışanların tespitinde m.11/3, 2, 1'de yer alan düzenlemenin mi uygulanacağı yoksa toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işverenler için öngörülen m.11/3, 2, 2 düzenlemesinin mi uygulanacağı sorusu tereddüt yaratmaktadır.

Franzen'e göre, her ne kadar toplu iş sözleşmesinin üzerinde ücret ödeniyor olsa da işveren halen toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işveren kapsamındadır. Dolayısıyla bu işveren, EntgTranspG m.14 kapsamında bir işveren olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda karşılaştırma yapılacak karşı cinsiyete sahip çalışanların tespitinde yine m.11/3, 2, 1'de yer alan aynı ücret veya barem grubunda bulunma kriteri uygulanmaya devam edilecektir. Aksi halin kabulünde, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler için kanunda öngörülen imtiyazlı hükümlerin uygulama alanı oldukça daralacaktır⁷⁶. Buna karşılık söz konusu işveren, toplu iş sözleşmesi üzerinde ücret belirlediği için bilgi verme yükümlülüğü bakımından m.11/2, 2'de yer alan salt toplu iş sözleşmesi hükümlerine dayanma yoluna gidemeyecektir. Keza ücretlerin her birinin tespiti hakkında bilgi vermesi gerekecektir⁷⁷. Kısacası doktrindeki bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesi üzerinde ücret belirlenmesi halinde toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler, ücret hakkında bilgi verme yükümlülüğünü toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işverenlere dair hüküm çerçevesinde yerine getirecektir. Buna karşılık karşılaştırma yapılacak ücret bakımından yine toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işverenlere ilişkin düzenleme olan m.11/3, 2, 1 kapsamında tutulmaktadır.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Franzen, s.815; Langemann/Wilking, s.502.

⁷⁵ Bu görüş için bkz. Bauer/Günther/Romero, s.810; Franzen, s.815; Langemann/Wilking, s.501.

⁷⁶ Franzen, s.817.

⁷⁷ Franzen, s.817.

B. Konusu

Çalışanın bu kanun anlamında bilgi edinme hakkının konusu, hem ücretinin ödenme kriterleri hem de ücretinin belirlenme usulüdür. Bu husus m.11'de açıkça ifade edilmiştir. EntgTranspG m.11/2 uyarınca, ücretin hesaplanması usulü, bilgi edinme talebinde bulunan çalışanın ücretinin tespiti hakkında bilgi verilmesini kapsamaktadır. Fakat bu hükme göre ücretin hesaplanma usulünde, karşılaştırma yapılacak olan karşı cinsiyete sahip çalışanların ücreti de dikkate alınmalıdır⁷⁸. EntgTranspG m.11/2'ye göre, ücret hesaplanması usulü, kanun veya toplu iş sözleşmesinde yer alan kurallara dayanıyorsa, bilgi edinme talebine sadece bu kuralın zikredilmesi yoluyla cevap vermek ye-

⁷⁸ Benkert, s.434; von Steinau-Steinrück, s.306; Langemann/Wilking, s.503. Bilgi verme yükümlülüğü içerisinde sayılan karşılaştırma yapılan ücretin, bir takvim yılı içinde ortalama aylık brüt ücretlerin (*tam süreli çalışma şeklinde*) sıralanmasında ücret skalasının ortasında yer alan ücret olduğu m. 11/3'de düzenlenmiştir. Yani karşılaştırma yapılan gruptaki ücret miktarlarının yüksekte az doğru sıralanması halinde, ortada yer alan ücret karşılaştırma yapılmasında "medyan" olarak değerlendirilecek ücrettir. Örneğin karşılaştırma yapılan grupta yer alan yedi işçinin ücretleri sıralandığında dördüncü işçinin ücreti medyan ücrettir. Altı işçi söz konusuysa bu durumda medyan ücret, ortada yer alan iki işçinin brüt ücretlerinin toplamının yarısı olarak hesaplanmaktadır. Bununla beraber ücret karşılaştırması yapılırken medyan ücret dikkate alındığında, en alt ücret basamağında yer alan kadın çalışanın bilgi talep etmesi halinde, medyan ücret alan erkek çalışanın ücretinin kendisinden yüksek olduğu bilgisini alacaktır. Halbuki bu işyerinde aynı işi gören diğer kadın işçilerin ücretinin medyan ücret üstünde olması muhtemeldir. Dolayısıyla kadın çalışanın, erkek medyan çalışanın ücretinden az ücret aldığını ortaya koyarak dava açmasını, cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımcılığın ispatı bakımından tek başına yeterli görmemektedir. Buna karşılık işçinin elde ettiği bilgi, ilk anda cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapıldığı şeklinde yoruma neden olabileceğinden bu sistemin tek başına her daim doğru sonuç vermediği anlaşılabilecektir. Ücret farklılığı cinsiyet haricinde mesleki deneyime, çalışma saatleri ve yerine veya başka somut nedenlere dayalı olarak ortaya çıkmış olabilir. Ayrıca karşılaştırma yapılan erkek çalışan grubu içinde, medyan ücretin altında kalarak kadın çalışandan daha az ücret alan erkek çalışanlar da olabilir. Sonuç olarak medyan ücret tek başına cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapıldığının delili olamayabileceğinden, çalışanlar dava açarken bu hususa dikkat etmelidir. Bu eleştiri ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Romero, s.411-413. Ayrıca bkz. von Steinau-Steinrück, s.307. Medyan ücretin, ortalama ücret olmadığı, çalışanın salt karşı cinsiyete sahip çalışanların medyan ücretini bilmesinin ücret ayrımcılığı yapıldığına dair net sonuç doğuramayacağı, zira normalde kadınların ücret bakımından erkeklerle göre ayrımcılığa uğradığı bir işyerinde, kadın çalışanlardan birinin, erkek çalışan medyan ücretinden fazla ücret aldığı veya tam tersi olarak ücret ayrımcılığı yapılmayan işyerinde kadın çalışanlardan birinin erkek medyan ücreti altında ücret aldığı gibi durumlarda salt medyan ücret kriterinin doğru sonuca ulaştıramayacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla çalışanın, kadın-erkek çalışanların ortalama ücretlerini, ücret skalasının altında kalan ve üstünde olan çalışanların ücretlerini, kadın ve erkek çalışana ödenen ek ücret ortalamalarını ve benzeri kriterleri de öğrenmesi halinde sağlıklı sonuç elde edebileceği ve bu nedenle kanuni düzenlemenin isabetli olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. Thüsing, s.567. Ayrıca medyan ücretin dikkate alınması halinde bu ücretin altında kalan çalışanın, ücret nedeniyle ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle dava açıp, ücretini işyerindeki yüksek ücrette uyumlandırmaya yönelik karar alırsa, medyan ücret bu sefer karşılaştırma yapılan grupta yer alan diğer çalışanlar için değişecektir. Dolayısıyla işveren için dava süreci bir sarmal olarak süreklilik kazanma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Bu eleştiri için bkz. Kuhn/Schwindling, s.785.

terli kabul edilmiştir. Yeter ki bu kurallar, çalışan tarafından anlaşılabilir ve incelenebilir olsun.

Yukarıda bahsi geçen kuralların yanı sıra önemi haiz olan bir konu, çalışanlara ait kişisel verilerin ücret hakkında bilgi edinme hakkı çerçevesinde nasıl korunacağıdır. Bu hususa ise 12. maddenin üçüncü fıkrasında dikkat çekilmiştir. Kişisel verilerin korunması adına, karşılaştırma yapılacak karşı cinsiyete sahip çalışan grubu en az altı kişiden oluşmuyorsa bilgi edinme hakkının da olmayacağı belirtilmiştir⁷⁹. Bunun nedeni ise kanunda aranandan daha az sayıda karşılaştırma yapılacak faaliyeti sürdüren karşı cinsiyete sahip çalışan bulunması durumunda, söz konusu çalışanın ve ücretinin varsayım yoluyla ortaya çıkabileceği ihtimalidir. Bu sonucun kişisel verilerin korunmasına aykırılık yaratacağı öngörülmüştür⁸⁰. Aynı maddenin devamında ise kişisel verilerin korunması amacıyla ek olarak, sadece cevap yöneltilen kişinin talebi için önemi olan bilgilerden haberdar olmasının sağlanması düzenlenmektedir.

C. Bilgi Edinme Talebinde Bulunma Usulü

Bilgi edinme talebinde bulunma usulü, EntgTranspG m.14 ve 15'de iki gruba ayrılarak düzenlenmiştir. Birinci grupta, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan ya da toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler yer almaktadır (m.14). İkinci grup ise diğer tüm işverenler için bilgi edinme talebinde bulunma usulünü düzenlemektedir (m.15).

EntgTranspG m.14 uyarınca, temel olarak ifade edilebilecek husus ise çalışana bilgi verme usulünün işyeri kurulu⁸¹ aracılığı ile yürütülecek olmasıdır. Bu kurul, işverene isimsiz bir form yoluyla, detaylı olarak bilgi edinme talebi hakkında bilgilendirmede bulunacaktır. İşveren, çalışana bilgi verebilmesi adına sahip olduğu önemli tüm bilgileri kurulla paylaşmalıdır⁸².

EntgTranspG m.14/1'in son cümlesi uyarınca işyeri kurulu, işverenin bilgi verme yükümlülüğünü üzerine almasını talep etme hakkına sahiptir. İşveren, m.14/2 uyarınca bilgi edinme yükümlülüğünü işyeri kuruluna açıklayarak kendi inisiyatifine de alabilecektir. Böyle bir durumda kurul, kapsamlı olarak ve zamanında talep ve verilen cevap hakkında haberdar edilmelidir. Çalışan da

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Franzen, s.814; Gaul, s.49; von Steinau-Steinrück, s.306; Oberthür, s.2231-2232; Langemann/Wilking, s.503; Kuhn/Schwindling, s.787-788.

⁸⁰ Bu konuda bkz. Franzen, s.814; Kuhn/Schwindling, s.787-788.

⁸¹ Bu kurul, işverenin yardımcısı veya işyerindeki bir organı değildir; aksine bağımsız bir organ olup, kanunen işyerindeki işçilerin temsilcisi konumdadır. Bununla beraber işyerinde söz konusu kurul mevcutsa, bilgi verme yükümlülüğünün muhatabı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu yükümlülük, işveren tarafından yerine getirilmemektedir. Bu yükümlülük, bizzat kurulun kendi yükümlülüğü niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Holler, s.825-826.

⁸² Bkz. Oberthür, s.2232; Bauer/Romero, s.410; Langemann/Wilking, s.504; Holler, s.822; Kuhn/Schwindling, s.788. Doktrinde, her ne kadar EntgTranspG ile işverenlere önemli bürokratik ve ekonomik yük getirilmiş olsa da basının, çalışanların ve potansiyel işverenlerin gelecekte kadın ve erkek çalışanların ücret eşitliği için daha fazla dikkat edeceği; zira kanunun aslında bir eğitim-yetiştirme karakterine sahip olduğu, özellikle işverenin bu kanun anlamında ücret hakkında bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediğinde dava sırasında ortaya çıkacak olan ispat durumunun zorluğu karşısında ücret eşitliği ve adaletini sağlamaya yöneleceği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Bauer/Günther/Romero, s.813-814.

kimin bilgi paylaşımında bulunacağı hakkında bilgilendirilmelidir⁸³. Açıktır ki toplu iş sözleşmesi olmasına rağmen işyeri kurulu bulunmayan işyerlerinde bilgi paylaşımı işveren tarafından yerine getirilecektir. Bu halde EntgTranspG m.14/3 uyarınca, işveren tarafından toplu iş sözleşmesi taraflarının yetkili temsilcilerine, talep ve verilen cevap hakkında bilgilendirme yapılması aranmaktadır. Yine m.14/3'de düzenlendiği üzere, bu halde yetkili temsilciler, işveren ile anlaşarak bilgi verme yükümlülüğünü üzerine alabileceklerdir. Kuşkusuz çalışan, kimden bilgi sağlayacağı hakkında haberdar edilmelidir⁸⁴.

Toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerinde çalışanlar, m.15 gereği ücret hakkında bilgi edinme taleplerini işverene sunmaktadırlar. Fakat işyerinde işyeri kurulu mevcutsa, yine m.14 hükümleri uygulanacaktır⁸⁵.

Toplu iş sözleşmesi ile herhangi bir bağı olmayan işverenler veya varsa işyeri kurulu, talebin alınmasından itibaren üç ay içinde yazılı olarak bilgi paylaşımında bulunmalıdır⁸⁶. EntgTranspG m.15/3'e göre belirtilen sürede bir gecikme olması halinde, işveren veya işyeri kurulu talepte bulunan çalışana gecikme hakkında bilgi vermelidir. Ayrıca bu bilginin verilmesinden sonra, daha fazla gecikme olmadan bilgi paylaşımında bulunmalıdır. Bununla beraber toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan ya da toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler için, bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmek adına açık bir süre sınırı kanunda yer almamaktadır. Doktrinde söz konusu işverenlerin kendi menfaatlerini dikkate alarak, herhangi bir sorunla karşılaşmamaları için en azından m.15'deki üç aylık süreyi dikkate almaları tavsiye edilmektedir⁸⁷.

D. Çalışan Tarafından Elde Edinilen Bilgilerin Sağladığı Hukuki İmkanlar

Almanya'da EntgTranspG'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte doktrinde, bu kanunun odak noktasında çalışanın bilgi edinme hakkının bulunduğu dikkat çekilmiştir. Bununla beraber önemli bir soru işareti ise çalışanın bilgi edinme hakkı çerçevesinde karşı cinsiyete sahip çalışanın ücreti hakkında edindiği bilgilerle, ne gibi bir hukuki yol izleyebileceğidir. Doktrinde bir görüşe göre, aylık ortalama ücreti ve/veya diğer ücret yapıları hakkında bilgi edinme hakkını kullanan çalışanın ücretinin, karşılaştırma yapılan karşı cinsiyete sahip çalışan grubunun medyan ücretinin altında çıkması halinde, AGG m.15/2 uyarınca mahrum bırakıldığı ücret farkını dava yoluyla talep edebilecektir⁸⁸. Bu durumda AGG'nin ispat kuralına dair 22. madde hükümlerinin devreye girebileceği savunulmaktadır. Nitekim gerekçe olarak ise EntgTranspG m.2/2'de, AGG hükümlerinin saklı tutulması gösterilmektedir⁸⁹.

⁸³ von Steinau-Steinrück, s.306; Oberthür, s.2232; Kania, s.820; Langemann/Wilking, s.504; Holler, s.823; Kuhn/Schwindling, s.788.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaul, s.49; Oberthür, s.2232; Langemann/Wilking, s.504.

⁸⁵ Gaul, s.49; Benkert, s.434; von Steinau-Steinrück, s.306; Bauer/Romero, s.410; Langemann/Wilking, s.504; Holler, s.823.

⁸⁶ Bu konuda bkz. Holler, s.824-825.

⁸⁷ Bu tavsiye için bkz. Gaul, s.49; Langemann/Wilking, s.504. Karş. Holler, s.823.

⁸⁸ Bauer/Romero, s.412. Ayrıca bkz. ErfK/Schlachter, §15 AGG, Rn.7-13; HWK/Rupp, 7. Aufl., §15 AGG, Rn.1-3.

⁸⁹ Franzen, s.815.

AGG m.22 uyarınca, uyuşmazlık halinde taraflardan biri, AGG m.1'de sayılı etnik, cinsiyet, din, yaş ve benzeri nedenler dolayısıyla ayrımcılık yapıldığına dair karine oluşturabilecek bir delil ortaya koyarsa, karşı taraf ayrımcılıktan koruyucu düzenlemelerin ihlal edilmediğine yönelik ispat yükünü taşımaktadır⁹⁰. AGG m.22, sadece AGG m.1'de sayılı nedenler ve yapılan ayrımcılık arasındaki illiyete dair ispat kolaylığı sağlamaktadır. Konumuz dahilinde bu neden, “*cinsiyet nedeniyle ayrımcılık*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hüküm, ispat yükümlülüğünü ağırlıklı bir varsayıma indirgemektedir⁹¹. Dolayısıyla cinsiyete dair ücret ayrımcılığı yapıldığı iddiası ile açılan davada, ücret farklılığı ile cinsiyet arasındaki illiyet bağı yüksek olasılıkla ortaya konulmuşsa, AGG m.22'deki ispat yüküne ilişkin yaptırım uygulanabilmektedir⁹². Benzer bir hüküm EntgTranspG m.15/5'de yer almaktadır. Fakat ispat yükü hakkında düzenleme içeren söz konusu hüküm, kanunun lafzına göre salt toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan veya bir toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulamayan işverenlere yöneliktir. Ayrıca ek bir şart olarak, bu işverenlerin kendilerinden talep edilen ücrete ilişkin bilgileri paylaşmamış olmaları aran-

⁹⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer/Romero, s.412; ErfK/Schlachter, §22 AGG, Rn.1; HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.1; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §22 AGG, Rn.3.

⁹¹ Bkz. ErfK/Schlachter, §22 AGG, Rn.2-3; HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.2; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §22 AGG, Rn.4; Bauer/Romero, s.412; Franzen, s.815. BAG tarafından ücrette cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması haline ilişkin olarak ispat yükünün dağılımı hakkında henüz bir karar verilmemiştir. Bununla beraber BAG, cinsiyete dayalı olarak terfi talebinin reddedilmesine dair bir uyuşmazlıkta verdiği kararda, davacının, cinsiyeti ile yapılan ayrımcılık arasındaki illiyet bağını, sadece aynı işkolundaki karşılaştırılabilir hiyerarşik düzeyde kadın ve erkek çalışanların oranına dair istatistikî bilgilere dayandırmasını da bu istatistikleri etkileyebilecek birçok unsur bulunabileceği gerekçesiyle ispat açısından yeterli görmemiştir. BAG, istatistikî bilgilere böyle hallerde ancak somut olarak ilgili işveren ve bu işverenin davranışları ile ilgili olması halinde dayanılabileceğine de kararında yer vermiştir. Bkz. BAG, T.22.07.2010, 8-AZR 1012/08, AGG m.22 Nr.2, NZA 2/2011, s.93-104. Avrupa Adalet Divanı'nın (*EuGH*) yakın tarihli olarak görülebilecek cinsiyete dayalı ücrette ayrımcılık yapıldığına ilişkin kararı da önemi haizdir. Divan, çalışan lehine ispat kolaylığının sağlanması adına kadın çalışanın, erkek çalışanla aynı veya benzer nitelikte iş gördüğünü, ancak erkek çalışanın daha fazla ücret aldığını ispatlamasını yeterli görmektedir. Buna karşılık işverenin ise karşılaştırma yapılan çalışanların aynı veya benzer nitelikte iş görmediklerini veya farklı ücretlendirmeye gidilmesinin cinsiyet dışında örneğin mesleki deneyim, önemli bilgilerle sahip çalışma olması, kıdeminin fazla olması gibi başka nedenlere dayandığını ispatlamasını beklemektedir. Bkz. *EuGH*, Urteil, 28.02.2013-C-427/11 (*M.Kenny&v.d.*), NZA 6/2013, s.315-319. Franzen, *EuGH* kararındaki ispat kolaylığı hükmünün devreye girmesi için ayrımcılığa uğradığını ifade eden çalışanın, işyerinde aynı veya benzer işi gören ve kendisinden fazla ücret alan karşı cinsiyete sahip çalışanlar olduğunu gösteren bilgiler sunmasını veya ortalama aylık ücret bakımından medyanın kendisinden fazla çıkmasını güçlü bir ispat olarak görmemektedir. Bununla beraber bu verilerin başka unsurlarla desteklenmesi halinde ispat yükü dağılımını değiştirebileceğini ileri sürmektedir. Yazar, yine bahsi geçen *EuGH* kararından yola çıkarak, yeterli açıklıkta olmayan ücretlendirme sistemi uygulandığını, ücret yapılandırılmasında belirsiz hesap yöntemleri kullanıldığını veya somut olaya göre %20-40 arasında bir oranda aynı veya benzer işi gören kadın ve erkek çalışanların ortalama ücretlerinin farklı olduğunun ortaya konulmasını destekleyici unsurlar olarak kabul etmektedir. Bkz. Franzen, s.816-817.

⁹² ErfK/Schlachter, §22 AGG, Rn.3; HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.2-3; NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider, §22 AGG, Rn.4; Bauer/Romero, s.412.

maktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun, EntgTranspG m.15/5'de, toplu iş sözleşmesi ile bağlantısı olmayan işverenler yönünden ve sadece ücret hakkın-da bilgi paylaşmalarını hali için AGG m.22'deki hukuki sonucu düzenlediği anlaşılmaktadır⁹³.

İşveren, diğer bir olasılık olarak kendisinden talep edilen ücret bilgisini usulüne uygun ve zamanında paylaşmış olabilir. Bu bilgilendirme sonucunda, karşılaştırılan medyan ücretin çalışanın ücretinden fazla çıkması halinde salt bu gerekçe ile cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı anlamı çıkartılamayacaktır. Dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirmesi yaptırımı da doğrudan ortaya çıkamayacaktır. Şayet çalışana en azından ispat kolaylığı sağlanması isteniyorsa, çalışanın cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığına dair önemli gerçekliğe sahip bir delile ihtiyacı olacaktır. Bireysel ücretin, karşılaştırma yapılan grubun medyan ücreti ile karşılaştırılması, ayrımcılık hususunun araştırılması bakımından yeterli güçte bir delil olarak görülmemektedir. Zira her iki karşılaştırma yapılan grubun ücreti arasındaki farkın cinsiyet dışında mantıklı bir nedene dayanması mümkündür. Hatta diğer grup üyelerinin, talepte bulunan çalışan ile aynı ücreti alıyor olması da ihtimal dahilindedir⁹⁴. Daha isabetli olan ise kendi cinsiyet grubundakilerin ortalaması ile aynı veya aynı değerdeki işi gören çalışanların ücret ortalamasının karşılaştırılmasıdır⁹⁵. Buna karşılık kanuna göre çalışan, kendi cinsiyeti veya kendi grubuna ilişkin ücret ortalaması hakkında bilgi edinme hakkına sahip değildir. Bu bilgiye karşılaştırma yapılan gruptaki diğer bir çalışanın, uygun bilgi talebi ile de ulaşamaz. Nitekim bilgi talebi ile elde edilen bilgilerin, EntgTranspG m.8/2 gereği diğer çalışanlarla paylaşılması da yasaktır. Ayrıca Alman doktrininde henüz cevaplanamamış olan diğer bir soru işareti ise ilgili çalışanın, karşılaştırma yapılan grup ortalamasından yüksek ücret talep hakkının çerçevesidir. Bu talep hakkının, grup içindeki en yüksek ücrete mi yoksa medyan üzerindeki en düşük ücrete mi yönelik olması gerektiği konusunda kanunda herhangi bir hüküm yoktur⁹⁶.

E. İşverenin Bilgi Verme Yükümlülüğüne Aykırı Davranması ve Bu Aykırılığın Hukuki Sonuçları

EntgTranspG m.14'de toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulayan işverenler bakımından bilgi verme yükümlülüğünün ihlali haline ilişkin olarak herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Kanunun açık lafzı gereği, m.15'de yer alan yaptırım, söz konusu işverenler için uygulama alanı bulamayacaktır. Zira yaptırım öngörmek kanun koyucunun

⁹³ EntgTranspG m.15/5 hakkında değerlendirme için bkz. Bölüm IV, E. Thüsing, AGG m.22'deki düzenlemenin aslında yapılan ayrımcılığın gerekçelendirilmesine yönelik uygulama aşaması ile ilgili bir düzenleme getirilmesi amacına dayandığını, oysaki EntgTranspG'de esasen ayrımcılık yapıldığının tespit edilmesi ve buna yönelik saf bir yaptırım getirilmesi için hareket edildiğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazar, iki kanundaki düzenlemenin uygulama amacının farklı olmasından yola çıkarak EntgTranspG m.15/5'in, AGG m.22'den formüle edildiğinin hükümet gerekçesinde yer almasını eleştirmektedir. Bkz. Thüsing, s.567. Buna karşılık Gaul, EntgTranspG m.15/5'deki düzenlemeyi, AGG m.22'deki düzenlemenin çalışan lehine iyileştirilmiş hali olarak ifade etmektedir. Bkz. Gaul, s.49.

⁹⁴ Oberthür, s.2233.

⁹⁵ Oberthür, s.2233.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oberthür, s.2233.

bilinçli bir tercihi olarak kabul edildiğinden ortada kanun boşluğu da yoktur⁹⁷. Bu durumda işverenler bilgi paylaşma yoluna gitmezlerse, bilgi talep eden çalışan tarafından işverenin yükümlülüğünü yerine getirmesine yönelik dava açılabilecektir⁹⁸. Bunun yanı sıra başka bir hukuki sonuç olup olmadığı ise açık değildir. Doktrinde, işverenin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanılarak, iş sözleşmesinden doğan borçlarından birinin ihlali gerekçesiyle, Alman Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)⁹⁹ kapsamında zararın tazmininin talep edilmesi de değerlendirilmektedir. Fakat ortada zarar olup olmadığı veya miktarı tespit edilemeyeceğinden bu hukuki imkân mümkün görülmemektedir¹⁰⁰.

Diğer işverenler bakımından bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinde, çalışan tarafından dava açılması halinde (*Entgeltgleichheitsklage*) EntgTranspG m.15/5'de ispat yükünün yer değiştirmesine yönelik bir yaptırım düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre işveren, bilgi verme yükümlülüğünü ihlal ederse, bu kanun anlamında ücret eşitliği ilkesine yönelik herhangi bir ihlalin olmadığını uyuzmazlık halinde ispat etmekle yükümlüdür. Aynı yükümlülük işyeri kurulunun, işverenden kaynaklanan bir nedenle bilgi veremediği haller için de geçerli sayılmıştır¹⁰¹.

EntgTranspG m.15/3'de toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenler dışında kalan diğer işverenler bakımından, ücret hakkında bilgi verme yükümlülüğünün hangi usulle yerine getirileceği yer almaktadır. Bu fıkraya göre, işveren veya işyeri kurulu, çalışan tarafından talep edilen ücrette dair bilgileri, talebin ulaşmasından itibaren üç ay içinde yazılı olarak paylaşmalıdır. Bu süre içinde yükümlülüklerini yerine getiremeyeceklerini öngörürlerse, işveren veya işyeri kurulu, bilgi edinme hakkını kullanan çalışana bu konuda bilgi vermelidir. Ayrıca daha fazla gecikme olmadan cevap verme yükümlülüğünü yerine getirmelidir. İşte bu yükümlülükler uymayan işveren veya işyeri kuruluna yönelik çalışan tarafından dava açılması halinde, m.15/5'de yer alan ispat yükünün yer değiştirmesi yaptırımı düzenlenmiştir. Bu durumda işveren tarafından ücrette ayrımcılık yapıldığı varsayılacaktır. Dolayısıyla işverenin, bu kanun anlamında ücret eşitliğine aykırı davranmadığını ispat etmesi gerekecektir¹⁰². Zira kanun koyucu söz konusu işverenlerin bilgi paylaşımında bulunmamasını, cinsiyetler arası ücrette eşitlik kuralının ihlali anlamında şüpheli bir durum olarak kabul etmiştir¹⁰³.

EntgTranspG m.15/5'in lafzına bakıldığında söz konusu düzenlemenin salt işveren veya işyeri kurulu tarafından bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işverenin yanlış bilgi vermesi bu madde kapsamına girmektedir¹⁰⁴. Kuşku-

⁹⁷ Franzen, s.819.

⁹⁸ Fakat çalışan, bu davada cinsiyet nedeniyle düşük ücret aldığı gerekçesiyle yüksek ücret alma talebinde bulunamayacaktır, zira bu davada henüz bu husus ispat edilmemiştir. Bkz. Franzen, s.819.

⁹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), BGBl. I, 2002, S.2909, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de (25.09.2017).

¹⁰⁰ Franzen, s.819.

¹⁰¹ Bu konuda bkz. Bauer/Romero, s.412; Franzen, s.818; Langemann/Wilking, s.504.

¹⁰² Bkz. Franzen, s.816; Benkert, s.434; Langemann/Wilking, s.504.

¹⁰³ Bkz. Franzen, s.818; Benkert, s.434; Langemann/Wilking, s.504.

¹⁰⁴ Franzen, s.818. Aksi yönde bkz. Gaul, s.49.

suz bu durumda, m.15/5'e dayanılarak ispat yükü işverene de geçemeyecektir. Bu durumun kanunda açık bir yaptırımdan yoksun bırakılması bir eksiklik olarak görülmektedir¹⁰⁵. Doktrinde aynı sonucun, AGG m.22'deki genel hükümün uygulanabilmesi bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Yani AGG m.22 de bu halde uygulama alanına sahip görülmemektedir¹⁰⁶. Zira AGG m.22, aslında kanun koyucu tarafından toplu iş sözleşmesi ile herhangi bir bağı olmayan ve ücrete ilişkin bilgi paylaşmayan işverenlere ilişkin özel bir yaptırım olarak EntgTranspG m.15/5'de sadece somutlaştırılmıştır¹⁰⁷. Tüm bu ifade edilenlerin dışında, işverenin yanlış bilgi vermesi halinde, uygulamada çalışanın bu yanlışlığı tespit etme imkânı da yok denecek kadar az görülmektedir¹⁰⁸.

Elbette ki bilgi edinmek isteyen çalışan, kendisi ile bilgi paylaşılmaması dolayısıyla karşılaştırma yapılacak grubun ücreti ve dolayısıyla ücret ayrımcılığı yapıp yapılmadığı konusundan haberdar olamayacaktır. Bununla beraber hem AGG uyarınca zararın tazminini isteyen hem de yüksek ücretin ödenmesi için dava açan çalışanın, kuşkusuz ortada bir ücret ayrımcılığı olduğunu ve karşılaştırma yapılan gruba göre daha az ücret aldığını ortaya koyması ve ispatlaması gerekmektedir¹⁰⁹. Böyle bir halde çalışan, karşılaştırılan grupla ücret bakımından ayrımcılığa uğrayıp uğramadığını tespit etmek istiyorsa, sadece dava aşamasında işvereni bilgi paylaşımına zorlayabilecektir. Edinilen bilgi, gerçekte ücretler arasında bir ayrımcılık olmadığını ortaya koyuyorsa dava masraflarına katlanmayı göze alması gerekecektir¹¹⁰.

V. İşyeri Kurulu'nun Görevleri

Bu konuda öncelikle ifade edilebilecek husus, EntgTranspG yoluyla işyeri kurulunun sahip olduğu hakların güçlendirilmiş olduğudur. Zira kurulun yetkileri, sadece işyeri ücret sistemi ile bireysel bilgi taleplerinin yerine getirilmesi ile sınırlı tutulmamıştır. EntgTranspG m.13/2 uyarınca, Betriebsverfassungsgesetz (*BetrVG*)¹¹¹ çerçevesinde kurulan kurul, görevini ifa edebilmesi için brüt ücret listesini tetkik edebilme ve değerlendirme hakkına da sahiptir¹¹². Dolayısıyla işverenin m.13/3'ü dikkate alarak, ücret listesini cinsiyete göre bölümlendirmesi, ücret kalemlerini bireysel yapılan ödemeleri de içerecek şekilde listeye kaydetmesi ve listenin kurulca incelenmesini sağlaması gerekecektir. Ücret listeleri, kurulun listeleri tetkik edebilme hakkını kullanabilmesini ve bilgi verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesini sağlayacak şekilde düzenlenmelidir¹¹³.

¹⁰⁵ Franzen, s.816 ve 818; HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.1.

¹⁰⁶ HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.1.

¹⁰⁷ Franzen, s.816 ve 818; HWK/Rupp, 7. Aufl., §22 AGG, Rn.1.

¹⁰⁸ Franzen, s.819.

¹⁰⁹ Oberthür, s.2233.

¹¹⁰ Oberthür, s.2233.

¹¹¹ Betriebsverfassungsgesetz (*BetrVG*), BGBl. I 2001, S.2518, (Çevrimiçi) www.gesetze-im-internet.de, 05.10.2017.

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Holler, s.825-826.

¹¹³ Langemann/Wilking, s.504. Kania'ya göre, söz konusu düzenleme aslında BetrVG m.80/2 ile zaten daha önce benzer şekilde düzenlenmiştir ve EntgTranspG, kurula tanınan listeleri tetkik edebilme ve değerlendirme hakkı kapsamında aslında hukuki nitelik bakımından değişiklik öngörmemiştir. Nitekim bu hak halen sadece göz atabilmek

Toplu iş sözleşmesi ile herhangi bir bağı olmayan işverenlerin işyerlerinde, EntgTranspG m.15 uyarınca çalışanın bilgi edinme hakkını doğrudan işverene yöneltmesi gerekmektedir. Bu kuralın istisnası ise m.15/2 uyarınca bu işyerlerinde işyeri kurulu seçilmiş olması halidir. Buna karşılık daha önce de belirtildiği üzere toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan veya bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerini uygulayan işverenlerin işyerlerinde çalışanlar, kural olarak ücret hakkındaki bilgi taleplerini işyeri kuruluna yönelteceklerdir. EntgTranspG m.14/1-2 uyarınca, işyeri kurulu, açıkça işverenin bilgi verme yükümlülüğünü devralmasını talep edebilir¹¹⁴. Bunun dışında işveren de önceden işyeri kuruluna bildirerek, bu yükümlülüğün tamamını veya bir kısmını üzerine alabilir¹¹⁵.

Sonuç

Almanya'da henüz çok yakın olarak ifade edilebilecek bir tarihte yürürlüğe giren EntgTranspG'nin getirdiği en önemli düzenleme çalışanın bilgi edinme hakkıdır. Bunun yanı sıra kanunda sayılı şartlar kapsamında bulunan işverenlere ve mevcutsa işyeri kuruluna, işyerinde aynı veya aynı değerde işi gören kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret bakımından ayrımcılık yapılmamasını sağlamaya yönelik birtakım yükümlülükler getirilmiştir.

Tüm bu düzenlemelere rağmen, kanuna getirilen en büyük eleştiri, kanundaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi haline ilişkin olarak toplu iş sözleşmesi ile herhangi bir bağlantısı olmayan işverenler hariç bir yaptırım öngörülmemiş olmasıdır. Dolayısıyla kanun, kimi yükümlülükler bakımından neredeyse tavsiye niteliğindedir. Ancak henüz kanundaki yükümlülüklerle ilişkin BAG kararı verilmemiş olması ve kanunun birçok hükmünün henüz uygulamaya konulmamış olması dikkate alındığında, ilerleyen zamanda tüm bu sorunlara bir sonuç bağlanabileceği hususu da göz ardı edilmemelidir.

Özellikle büyük ölçekteki işyerlerinde 2018 yılında uygulamaya konulacak olan kadın ve erkek çalışanların ücretleri ile alınan önlemler hakkında rapor hazırlama yükümlülüğü önemlidir. Nitekim bu yükümlülük işverenler üzerinde, kamuoyunda prestij kaybı yaşanmaması adına, ücrette şeffaflığın ve dolayısıyla eşitliğin sağlanmasına yardımcı olabilecek bir hüküm olarak görülebilecektir.

ve değerlendirmekle sınırlıdır. Kurul ne fotokopi çekebilecek ne de kopya edebilecektir. Sadece not alabilecektir. Bu da aslında değerlendirme sırasında yanlışlıklar yapılmasına yol açabilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kania, s.820.

¹¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kania, s.819; Langemann/Wilking, s.504; Holler, s.825-826; Kuhn/Schwindling, s.788. Ayrıca bkz. Bölüm II, C.

¹¹⁵ İşyeri temsilciler kurulunun yükümlülüğün bir kısmını devralması halinde ortaya karışıklıklar çıkmasının engellenmesi adına, işveren ve kurulun hareket alanlarını düzenleyecekleri bir sözleşme yapmaları tavsiye edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kania, s.820.

KAYNAKÇA

BAUER, Jobst Hubertus/ROMERO, Sibylle: “Der individuelle Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz”, NZA, 7/2017, s.409-413.

BAUER, Jobst-Hubertus/GÜNTHER, Jens/ROMERO, Sibylle: “Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes-was Arbeitgeber beachten sollten”, NZA, 13/2017, s.809-814.

BENKERT, Daniel: “Entgelttransparenzgesetz: gezähmtes ‘Bürokratiemonster?’” NJW-Spezial, Heft 14, 2017, s.434-435.

BOECKEN, Winfried/DÜWELL, Franz Josef/DILLER, Martin/HANAU, Hans: Nomos Kommentar: Gesamtes Arbeitsrecht, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016 (NK-GA/v. Steinau-Steinrück/Schneider).

FRANZEN, Martin: “Anwendungsfragen des Auskunftsanspruchs nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranpG)”, NZA, 13/2017, s.814-819.

GAUL, Björn: “Das geplante Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen: Auf welchen Aufwand sich die Praxis schon jetzt einstellen sollte”, ArbRB, 2/2017, s.47-50.

HENSSLER, Martin/WILLEMSSEN, Heinz Josef/KALB, Heinz-Jürgen: Arbeitsrecht Kommentar, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016 (HWK/Rupp, 7. Aufl.).

HOLLER, Daniel H.: “§14/1 EntgTranspG - Ein durchsetzbarer Arbeitnehmeranspruch gegen den Betriebsrat?”, NZA, 13/2017, s.822-828.

KANIA, Thomas: “Betriebsratsbeteiligung bei der Durchsetzung von Entgelttransparenz”, NZA, 13/2017, s.819-822.

KUHN, Anke/SCHWINDLING, Jan: “Eine Chance auf Lohngerechtigkeit?!-Was durch das neue Entgelttransparenzgesetz auf die unternehmerische Praxis zukommt-”, Der Betrieb, 14/2017, s.785-789.

LANGEMANN, Moritz/WILKING, Felix: “Mehr Entgeltgerechtigkeit zwischen Frauen und Männern?-Bundeskabinett beschließt Entwurf des Entgelttransparenzgesetzes”, BetriebsBerater (BB), 9/2017, s.501-506.

MÜLLER-GLÖGE, Rudi/PREIS, Ulrich/SCHMIDT, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017 (ErfK/Schlachter).

OBERTHÜR, Nathalie: “Das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen: Ein Beitrag zu mehr Entgeltgerechtigkeit oder bürokratische Riesenkrake?”, NJW, 31/2017, s.2228-2234.

THÜSING, Gregor: “Fünf Schritte zu einem besseren Entgelttransparenzgesetz”, BetriebsBerater (BB), 10/2017, s.565-568.

VON STEINAU-STEINRÜCK, Robert: “Mehr Transparenz bei den Gehältern ab Juli 2017?”, NJW-Spezial, Heft 10, 2017, s.306-307.

MEDENİ HUKUK AÇISINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU'NUN UYGULAMA ALANI VE GENEL HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

(THE APPLICATION SPHERE OF PERSONAL DATA PROTECTION CODE
AND GENERAL JUSTIFICATION GROUNDS OF PROCESSING FROM THE
PERSPECTIVE OF CIVIL LAW)*

Dr. Nafiye Yücedağ**

Öz

24 Mart 2016 tarihinde kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 gün ve 29677 sayılı Resmî Gazete yayımlanmış olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, temelde, 95/46/AT sayılı Yönerge'yi esas almıştır. Öte yandan, uygulama alanı ve genel hukuka uygunluk sebepleri açısından, Kanun'da, Yönerge'den farklı düzenlenmiş hususlar da bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin bazıları ilgili kişiye Yönerge'ye nazaran daha fazla koruma sağlarken, bazıları ise, ilgili kişinin korunmaya değer menfaatini veter düzeyde dikkate almamaktadır. Bu çalışmada, söz konusu düzenlemeler, Kanun'un amacına uygun olarak, diğer bir deyişle, ilgili kişinin, temel hak ve özgürlüklerinin özellikle özel hayatın gizliliğinin korunması amacına uygun olarak ve ayrıca 95/46/AT sayılı Yönerge'ye ilişkin benzerlikler ve farklılıklar da gözetilerek değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veriler, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Uygulama Alanı

ABSTRACT

The Turkish Data Protection Code numbered 6698 which was accepted on 24 March 2016 and has been published on the Official Gazette dated on 7 April 2016 and numbered 2967 is mainly inspired by the 95/46/EC Directive. However, some provisions related to the application sphere and general justification grounds in the Turkish Data Protection Code differ with respect to those under the 95/46/EC Directive. While some of these provisions of the Code maintain further protection provided by the Directive to the data subject, others do not sufficiently safeguard the interest of the data subject. In this study, these provisions of the Data Protection Code have been evaluated in line with the aim of the Code, that is to say the protection of fundamental rights and freedoms, particularly the right to private life of the data subject. The similarities and differences compared to the 95/46/EC Directive have also been considered.

Keywords: Personal Data, Justification Grounds, Application Sphere

* Bu makale, 23.11.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 04.12.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 11.12.2017 tarihinde geçmiştir.

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi tarafından 22062 numaralı proje ile desteklenmiştir.

** İstanbul Üni. Hukuk Fak. Medeni Hukuk Anabilim Dalı, nafiye.yucedag@hotmail.com

Giriş

24 Mart 2016 tarihinde kabul edilmiş ve 7 Nisan 2016 gün ve 29677 sayılı Resmi Gazete yayımlanmış olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹, temelde Kişisel Verilerin İşlenmesinde ve Serbest Dolaşımında Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46/AT sayılı Yönergesi'nden² esinlenmiştir. Türk kanun koyucusunun esas aldığı, 95/46/AT sayılı Yönerge, veri koruma alanında çerçeve düzenlemeler getirmektedir. Bu nedenle de üye ülkelerin iç hukuklarında kendilerine tanınan serbesti çerçevesinde, Yönerge'ye nazaran daha detaylı düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Türk Hukuku'nda da, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması için pek çok Yönetmelik kısa zamanda kabul edilecektir. Keza bu husus Kanun'un çeşitli maddelerinde de ifade edilmiştir (örneğin; bkz. KVKK m. 7, m. 23, m. 25, m. 31). Bu doğrultuda, çalışmada, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulama alanının belirlenmesine ve genel hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin yol gösterici olmak üzere, Alman, İsviçre ve 95/46/AT sayılı Yönerge düzenlemelerinden yararlanılmış ve Medeni Hukuk açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kişi, konu ve zaman bakımından uygulama alanı tespit edilerek, kişisel verilerin işlenmesinde genel hukuka uygunluk sebepleri üzerinde durulmuştur.

I. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulama alanı bu çalışmada kişi, konu ve zaman bakımından olmak üzere üç başlık altında açıklanacaktır. Çalışmanın kapsamı, Medeni Hukuk alanı ile sınırlı olduğundan, Kanun'un yer bakımından uygulama alanı incelenmemiştir.

A. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3(d) bendinde kişisel veri "*kimliği belirli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye ilişkin bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde 95/46/AT sayılı Yönerge m. 2(a) bendinde de aynı tanım yapılmıştır. Kişisel verilerin belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin olması gerekir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 95/46/AT Yönergede olduğu gibi sadece gerçek kişileri kapsamına almakta ancak tüzel kişileri dışlamaktadır. İsviçre Veri Koruma Kanunu m. 3 (b) hükmüne göre ise, ilgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek ya da tüzel kişi olabilir.

Kişilik sağ ve tam doğmak şartıyla ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar (TMK m. 28) ve ölümle sona erer. Ölümle kişilik sona ereceğinden, ölen kişinin kişisel verileri Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında korunmayacaktır³. Bu çerçevede meselenin, Medeni Hukukta ölüm sonrası

¹ 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete ("KVKK").

² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data ("95/46/AT sayılı Yönerge" ya da "Yönerge").

³ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. **Beat Rudin**, Datenschutzgesetz, ed. Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Stämpflis Handkommentar, 2015, Art. 2, Nr. 13.

kişilik hakkı değerlerinin korunmasına ilişkin tartışmalar çerçevesinde çözümlenmesi gerekecektir.

95/46/AT sayılı Yönerge'de küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Avrupa Birliği Veri Korumasına İlişkin Tüzük'de, küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin detaylı düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin, Tüzük m. 8(1) hükmünde, 16 yaşından küçükün kişisel verilerinin işlenmesi için velisinin ya da vasisinin rızası gereklidir. Küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi ihtiyacı, onların özellikle korunmaya muhtaç olmasından kaynaklanır. Yönerge'de olduğu gibi, KVKK'da küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin herhangi bir özel düzenleme getirilmemiştir. Küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin sorunların da kişilik haklarına ilişkin tartışmalar çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.

B. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Konu Bakımından Uygulama Alanı

KVKK m. 3(d) bendine göre kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir olan gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder. Kişinin yaşı, mesleği, bilgisayarcının IP numarası, kan grubu gibi bir ya da birden çok unsurun dikkate alınarak kişinin belirlenebilir olması yeterlidir. Yine genetik bilgiler, parmak izleri görüntü ve ses kayıtları da kişiyi belirlenebilir kıldıkları ölçüde kişisel veri niteliğindedir.

İlgili kişiyi belirlenebilir kılan bilgilerin bazıları, veri sorumlusunun elinde olmayabilir. Başka bir kişi ya da kurumdan ek bilgi elde edilerek ilgili kişi belirlenebiliyorsa, ek bilgiye sahip olmayan veri sorumlusu açısından, verinin, kişisel veri sayılıp sayılmayacağına tespit edilmesi gereklidir. İlgili kişiyi belirlenebilir kılan bütün bilgilerin, veri sorumlusunun elinde olup olmaması meselesi özellikle Alman Hukuku'nda tartışmalıdır. Alman Hukuku'nda hâkim fikre göre, sadece veri sorumlusunun elindeki bilgi, kaynak ve imkânlar ile ilgili kişi belirlenebilir ise, verinin, kişisel veri sayılması mümkündür⁴. Yoksa herhangi bir üçüncü kişinin elindeki bilgi, belge ve imkânlar dikkate alınmalıdır. Burada esas alınan ölçütün "görece ölçüt" olduğu ifade edilmektedir⁵. Öte yandan, Almanya Federal Mahkemesi tarafından, Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne, ön karar için getirilen bir meselede, ABAD, Alman Hukukundaki çoğunluk görüşünü benimsememiştir. Karara konu olayda, ilgili kişinin bilgisayarının IP adresi, ziyaret ettiği Alman Federal Kurumlarına ait internet sitelerine karşı siber saldırıların önlenmesi ve korsanla mücadele amacıyla elde edilmiştir⁶. ABAD'a önkara yoluyla yöneltilen ilk soru, yer sağlayıcının kendi sitesine erişim halinde elde ettiği IP adresinin, üçüncü bir kişiden (erişim sağlayıcı) ek

⁴ **Peter Gola/Klug Christop/Barbara Körrer**, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, ed. Peter, Gola/Rudolf Schomerus/Klug Christop/Körrer Barbara, 12. überarbeitet und ergänzte Auflage, C.H. Beck, 2015, § 3 Nr. 10; **Ulrich Dammann**, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, ed. Spiros Simitis, 8. Auflage, 2014, § 3 Nr. 32; ayrıca bkz. BGH, MMR, 2015, Nr. 132.

⁵ **Gola/Klug/Körrer**, § 3 Nr. 10; **Dammann**, § 3 Nr. 32; ayrıca bkz. BGH, MMR, 2015, Nr. 132; Türk Hukuku'nda bu görüşte bkz. **Hüseyin Can Aksoy**, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 27.

⁶ Breyer v. Federal Republic of Germany, 19 Ekim 2016 tarihli ve C-582/14 sayılı ABAD kararı.

bilgi elde edilmesiyle ilgili kişiyi belirlenebilir kılmasına rağmen, kişisel veri sayılıp sayılmayacağıdır⁷. Zira IP adresinin kime ait olduğunun belirlenmesi ancak bir erişim sağlayıcıdan elde edilecek ek bilgi ile mümkün olacaktır. ABAD'a göre kişinin belirlenebilir sayılması için, ilgili kişiyi belirlenebilir kılan bütün verilerin, veri sorumlusunun elinde bulunması gerekli değildir⁸. Gerçekten de 95/46/AT sayılı Yönergenin Giriş kısmının 26. paragrafında "*veri sorumlusu ya da herhangi bir üçüncü kişi tarafından ilgili kişiyi belirlemek için kullanılması mümkün olan her türlü imkânın*" dikkat alınması gerektiği belirtildiğine göre, ilgili kişiyi belirlenebilir kılan bütün verilerin veri sorumlusunun elinde olması zorunlu değildir. Ancak ek bilgiye ulaşılması, hukuken yasaklanmış olmamalı ve zaman, emek ve masraf bakımından aşırı güçlüğü beraberinde getirmemelidir⁹. ABAD, söz konusu kararlar Alman Hukuku'nda azınlık görüşü tarafından kabul edilen "objektif ölçütü" benimsemiştir¹⁰.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu sistematığında verilerin özel nitelikli veriler (hassas veriler) ve özel nitelikli veriler dışında kalan veriler şeklinde tasnif edildiği görülmektedir. Hassas veriler, "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları" başlığı altında KVKK m. 6 hükmü altında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*". Hassas veriler, sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuştur¹¹. Yorum yöntemiyle hassas verilerin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Hassas veriler ancak KVKK m. 6 hükmünde yer alan istisnai hallerde işlenebilir. Hassas veriler kanunda belirtilen haller dışında işlenemeyeceğinden, bu veriler bakımından "kesin işlem yasağı" mevcuttur¹².

95/46/AT sayılı Yönerge'de her ne kadar "*biyometrik ve genetik veriler*" hassas veriler olarak belirtilmemiş olsa da, KVKK'da bu verilerin kapsama alınması, Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tüzük'e uygun-

⁷ IP adreslerinin kişisel veri sayılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Nafiye Yücedağ**, "The Protection Of IP Addresses In Peer-To-Peer (P2P) Networks", 13th International Conference on Internet, Law & Politics "Managing Risk in the Digital Society", Barselona, İspanya, 29 Haziran - 30 Eylül 2017, s. 342-357, (çevrim içi erişim, 11.10.2017, http://www.huysgens.es/ebooks/IDP_2017.pdf).

⁸ Breyer v. Federal Republic of Germany, 19 Ekim 2016 tarihli ve C-582/14 sayılı ABAD kararı, Nr. 43.

⁹ Breyer v. Federal Republic of Germany, 19 Ekim 2016 tarihli ve C-582/14 sayılı ABAD kararı, Nr. 46.

¹⁰ Breyer v. Federal Republic of Germany, 19 Ekim 2016 tarihli ve C-582/14 sayılı ABAD kararı, Nr. 25.

¹¹ Bkz. **Cemil Kaya**, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011, s. 319. Ancak bkz. İsviçre kanun koyucusunun iradesinin soyut kategoriler ile hassas verileri tasniflemek şeklinde olmasının yerinde olmadığı, esasen tehlikenin bu tür verilerin kullanım amacı bakımından doğduğu ve bu amaç dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği yönünde **Rudin**, Art. 3, Nr. 20. Öte yandan mali veriler hassas veri kapsamına alınmamıştır. Ancak örneğin 5411 sayılı: 19/10/2005 tarihli Bankacılık Kanunu m. 73 hükmüne göre bankalar bakımından sır saklama yükümlülüğü getirilmiştir.

¹² **Hayrunissa Özdemir**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 127.

dur. Ancak bu uygunluk tam değildir. Zira Tüzük'de biyometrik ve genetik verilerin işlenmesinin sadece gerçek kişinin kimliğini belirlemek amacıyla yapılması halinde bu verilerin hassas veri olarak kabul edileceği ve işlenmelerinin kaideden yasak olduğu düzenlenmiştir¹³. Bu çerçevede bir kişinin parmak izi, fotoğrafı, görüntüsü ya da sesi her durumda hassas veri olarak kabul edilmeyecek, sadece bu verinin özel bir teknoloji ile işlenmesindeki yegane amaç kişinin kimliğini tespit ise veri, hassas veri olarak kabul edilecektir¹⁴. İşlemenin kişinin kimliğini tespit amacı dışında gerçekleştirildiği durumlarda ise, ilgili kişi belirli ya da belirlenebilir ise, veriyi, normal veri¹⁵ olarak kabul etmek gerekecektir; ancak artık hassas veriden söz edilemeyecektir. Örneğin, bir bankanın müşterilerinin kimliklerini ses tanımlama sistemi ile saptaması halinde, ses kaydı hassas veri niteliğinde sayılır. Ancak bir çağrı merkezi müşteri memnuniyetini sağlamak, yapılan işleme ilişkin ispat külfetini yerine getirmek gibi amaçlarla ses kaydı alıyorsa, ses kaydı, hassas veri niteliğini haiz kabul edilmemelidir. Esasen özel bir teknoloji ile işleme sonucunda bir kişinin psikolojik, fiziksel ya da karakteristik özelliklerine ilişkin olan ve ilgili kişinin yegane kimliğinin tanımlanmasını sağlayan ya da doğrulayan veri, biyometrik veridir¹⁶. Biyometrik veri kavramının bu özelliği gereği, KVKK m. 6(3) hükmünde açıkça “özel bir teknoloji ile işleme neticesinde bir kimsenin kimliğini doğrulama amacıyla işlenen veriler genetik ve biyometrik veri” sayılır ibaresine yer verilmemiş olması, bir farklılık yaratmayacaktır. Kanaatimizce Türk Hukukunda genetik ve biyometrik verilerin özel bir teknoloji ile işlenmesindeki amaç kimlik tanımlaması veya doğrulaması ise, bu verilerin, biyometrik ve genetik veri sayılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, kişinin alışveriş merkezi ya da işyerinde görüntüsü alınmışsa, işlemenin hukuka uygun kabul edilmesi için KVKK m. 6 hükmünde belirtilen hassas verilere ilişkin sebeplerin bulunması gerekir ki, bu da hukuka uygunluk için aranması gereken ölçütün oldukça yukarı çekilmesi sonucunu doğurur.

Öte yandan fotoğraf ya da görüntünün, bir kimsenin dini ya da felsefi inancını yansıtmaması halinde, hassas veri sayılması gerektiği belirtilmektedir¹⁷. Bu görüşe göre, makul bir kimsenin, bir fotoğraf ya da görüntüden bir kimsenin etnik kökenini, dini inancını anlaması bekleniyorsa, söz konusu veriyi hassas veri saymak gerekecektir. Bu durumda bir kimsenin öğrenci kimliği ya da nüfus cüzdanında yer alan siyahi olduğunu gösterir ya da müslüman olduğunu gösterir başı örtülü fotoğrafı, hassas veri niteliğindedir. Ancak bu tür bir kabullün yerinde olup olmadığı hususu üzerine düşünülmesi gereklidir. Zira neredeyse her fotoğraf, ilgili kişinin etnik kökenini bir ölçüde dış dünyaya yansıtmaktadır. Bu nedenle de bir fotoğrafın hassas veri sayılması için başkaca un-

¹³ Tüzük, m. 9(1).

¹⁴ Bkz. Tüzük, Giriş, Nr. 51.

¹⁵ Bu çalışmada, hassas veriler dışında kalan verileri ifade etmek üzere normal veri ya da normal nitelikli veri ifadesi kullanılmıştır.

¹⁶ Biyometrik verinin tanımı için bkz. Tüzük m. 4 (14), benzer şekilde **Article 29 Data Protection Working Party**, Opinion 4/2007 on the concept of personal data (“**Çalışma Grubu**, 4/2007 nolu Görüş”), s. 8; **Els J. Kind**, Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis, Springer, 2013, s. 147 vd. Madde 29 Çalışma Grubu (Article 29 Working Party) Avrupa Birliği'nin 95/46/AT sayılı Yönergesi'nin 29'uncu maddesi ile kurulmuştur (“**Çalışma Grubu**”).

¹⁷ Bkz. **Article 29 Data Protection Working Party**, Advice paper on special categories of data (“sensitive data”), s. 8.

surların da aranması gereklidir. Ayrıca, birden fazla kişinin yer aldığı bir fotoğrafta, fotoğraf, bazı kişilerin dini inancını yansıttığı için onlar açısından, hassas veri sayılacak, diğerleri için ise, normal veri sayılacaktır. Bu durumda tek bir işleme farklı kimseler için farklı sonuç doğuracak¹⁸ ve işleme için farklı hukuka uygunluk sebeplerinin var olması gerekecektir. Bu doğrultuda bir resmin ya da görüntünün hassas veri olup olmadığı tespit edilirken, ilgili kategorinin kanun hükmü ile hassas veri sayılmasındaki amaca göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirme ise, verinin işlenmesindeki amaçtan bağımsız olarak yapılamaz. Fotoğraf ya da görüntünün işlenmesinde amaç dikkate alınarak, verinin, hassas veri sayılıp sayılmayacağına karar verilmelidir¹⁹. İşleme amacı dikkate alınmadan bir değerlendirme yapıldığı takdirde, bir kimsenin soyadı dahi, onun etnik kökenini ortaya koyabileceği için hassas veri sayılacaktır²⁰. Bu durumda kanaatimizce örneğin bir kimsenin ceza mahkumiyetine ilişkin görüntüleri, hassas veri niteliğinde²¹, bir kimsenin özlük dosyasının tutulması için alınan nüfus cüzdanı fotokopisi üzerinde bulunan fotoğrafı, din bilgisi, normal veri niteliğinde kabul edilmelidir.

C. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7 Nisan 2016 tarihi itibarıyla Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 7 Nisan 2016 tarihinden itibaren işlenecek olan kişisel verilerin Kanun'a uygun şekilde işlenmeleri gereklidir. Ancak Kanun'un yayımı tarihinden önce işlenmiş olan kişisel veriler, yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde Kanun hükümlerine uygun hale getirilmelidir. Bu doğrultuda 7 Nisan 2018 tarihine kadar, yayım tarihinden önce hukuka aykırı şekilde işlenmiş kişisel verilerin hukuka uygunluğunun sağlanması gereklidir. 7 Nisan 2016 tarihinden önce işlenmiş verilere ilişkin özellikle veri güvenliği, aydınlatmaya ilişkin yükümlülükler, 7 Nisan 2018 tarihine kadar yerine getirilmelidir. Öte yandan Kanun'un yayımı tarihinden önce rıza alınmışsa, bu rıza, Kanun'a uygun şekilde alınmamış olsa da, bir yıl içinde ilgili kişi tarafından aksine bir irade beyanında bulunulmaması hâlinde, geçerli sayılacaktır. Özellikle, Kanun, açık rızayı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiğinden, rızanın aktif bir davranışla alınmamış olduğu durumlarda, söz konusu geçiş hükmü, verinin işlenmesinin hukuka uygun sayılmasında önemi haiz olacaktır.

¹⁸ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. **David Rosenthal/Yvonne Jöhri**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, Art. 3, Nr. 51.

¹⁹ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. Rosenthal/Jöhri, Art. 3, Nr. 51.

²⁰ **Yves Poulet/Jean Marc Dinant**, Report On The Application Of Data Protection Principles To The Worldwide Telecommunication Networks: Information Self-Determination In The Internet Era, Thoughts On Convention No. 108 For The Purposes Of The Future Work Of The Consultative Committee (T-PD), 2004, s. 43 (çevrimiçi erişim, 01.10.2017, <https://rm.coe.int/168068416a>). Bu yaklaşım, amaçsal yaklaşım olarak adlandırılmaktadır. Bu konu hakkında bkz. **Karen McCullagh**, "Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum", Journal of International Commercial Law and Technology, Volume 2, Issue 4, 2007, s. 190-201; Aksoy, s. 33 ve 34.

²¹ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. Rosenthal/Jöhri, Art. 3, Nr. 51.

II. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Sistematığında Hukuka Uygunluk Sebepleri

KVKK'da hukuka uygunluk sebepleri özel olarak düzenlendiğinden, daha genel nitelikte olan TMK m. 24(2) ve TBK m. 63 ve 64 hükümlerinde yer alan hukuka uygunluk sebepleri işlemenin hukuka uygunluğunun tayininde dikkate alınmaz. Kişisel verinin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken hükümler KVKK m. 5 ve 6 hükümleridir²².

Kişisel verilerin işlenmesinde genel hukuka uygunluk sebepleri KVKK m. 5 hükmünde, özel nitelikleri verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebepleri ise KVKK m. 6 hükmünde düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 95/46/AT sayılı Yönerge'de hassas verilere ilişkin düzenlenmiş olan bazı hukuka uygunluk sebepleri, KVKK'da genel hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiş, 95/46/AT sayılı Yönerge'de düzenlenmiş bazı hukuka uygunluk sebepleri ise, KVKK kapsamına alınmamıştır²³.

²² İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. **Amédéo Wermelinger**, Datenschutzgesetz, ed. Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Stämpflis Handkommentar, 2015, Art. 15, Nr. 198; İşçilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin olan TBK m. 419 hükmünün Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndaki hukuka uygunluk sebeplerine göre özel nitelikte bir düzenleme olduğu hususunda bkz. **Ahmet Sevimli**, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S.24, Aralık 2011, s. 133.

²³ İlk olarak "fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması hukuka uygunluk sebebi" KVKK m. 5 hükmünde sadece normal verilerin işlenmesine ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmişken, 95/46/AT sayılı Yönerge'de bu hukuka uygunluk sebebi hem hassas verilerin hem de normal verilerin işlenmesine imkân veren bir sebep olarak düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, 95/46/AT m. 7 (c) bendinde kişinin kendisinin hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması şeklinde düzenlenmiş olan bu hukuka uygunluk sebebi, 96/46/AT Art. 8(2)(c) bendinde fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, hassas veriler sadece ilgili kişinin değil üçüncü bir kişinin hayat ya da bedensel bütünlüğü için zorunlu olduğu takdirde işlenebilecektir. Öte yandan hükmün geniş yorumlanması, normal kişisel verilerin işlenmesinde sadece fiili imkansızlığın değil hukuki imkansızlığın da dikkate alınmasını gerektirir. [**Article 29 Data Protection Working Party**, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC ("**Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş"), s. 20].

Türk Hukuku'nda hassas veriler bakımından bu tür bir hukuka uygunluk sebebinin kabul edilmemiş olması, bazı sorunları beraberinde getirebilecektir. Zira çoğu halde bir kimsenin ya da başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için işlenmesi zorunlu olan kişisel veriler kişinin sağlığına ilişkin veriler olacak olup, bu veriler de hassas veri niteliğindedir. Öte yandan KVKK m. 6(3) hükmü kapsamında işlemenin hukuka uygun sayılması mümkün olabilir. Örneğin ilgili kişinin bulaşıcı hastalığının bulunması halinde ilgili kişi ile temas halinde bulunan kimselerin bedensel bütünlüklerinin korunması, diğer bir deyişle "kamu sağlığının korunması", için sağlık görevlilerinin bu veriyi işleyebileceklerini kabul etmek gerekir. Özellikle Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde getirilmiş olan bulaşıcı hastalıkların bildirilmesine ilişkin bir yükümlülük söz konusuysa, bu durumun KVKK m. 6(3) hükmü kapsamında değerlendirilmesi ve kamu sağlığının korunması amacıyla ilgili kişinin hassas verisinin işlenmesi mümkündür. Diğer yandan bir başkasının hayatı ve bedensel bütünlüğünü korumak için verinin işlenmesi her durumda kamu sağlığını ilgilendirmeyebilir. Kanaatimizce bu türden bir durumda, verinin işlenmesi KVKK m.6(3) kapsamında, tıbbi teş-

İlk bakışta hassas veriler bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin kapsamının 95/46/AT sayılı Yönerge'ye nazaran daha dar kapsamda tutulması yerinde bir tercih olarak görülebilir. Ancak bu sebeplerin sınırlılığının uygulamada bir takım sorunları da beraberinde getirmesi ihtimal dâhilindedir. Diğer yandan, KVKK m. 6(3) sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler haricindeki hassas verilerin "kanunlarda" öngörülen hallerde işlenebileceğine ilişkin düzenleme hassas verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebeplerini genişletecektir. Bu doğrultuda yapılacak yasal düzenlemelerde, Avrupa Birliği düzenlemelerinin ve veri işlemeye ilişkin temel prensiplerin dikkate alınması yerinde olacaktır.

Hassas verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebepleri ile normal verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ilişkinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bir an için KVKK m. 6 hükmü altında düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebeplerinin özel düzenleme niteliğinde olduğu, hassas verilerin bu sebeplerle işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebileceği düşünülse de, esasen KVKK m. 6 hükmünde yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmiş olmasının sadece kesin işlem yasağını kaldırdığı da kabul edilebilir²⁴. Çalışma Grubunun görüşüne göre, ilgili hukuka uygunluk sebebinin amacı ve getirdiği koruma dikkate alınarak, genel hukuka uygunluk sebeplerinin ayrıca uygulanması gerekir gerekmediği tespit edilmelidir. KVKK m. 6(3) hükmünün, KVKK m. 5 hükmündeki hukuka uygunluk sebepleri ile birlikte uygulanması gerekir²⁵. Zira KVKK m. 6(3) hükmüne göre, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü

his ve tedavi kapsamında veri işleme olarak kabul edilmeli ve işleme KVKK m. 5(2)(b) bendindeki şartın da gerçekleşmesi halinde hukuka uygun sayılmalıdır. Bu kapsamda KVKK m. 6(3) hükmündeki tıbbi teşhis ve tedavinin üçüncü kişinin teşhis ve tedavisini de içerecek şekilde geniş yorumlanması gerekir. Önemle belirtmek gerekir ki, KVKK m. 6(3) hükmü, tek başına hassas verinin işlenmesi için hukuka uygunluğu sağlamaz. KVKK m. 6(3) hükmünün koşulları yanında KVKK m. 5(2) hükmünün koşullarının da gerçekleşmesi gerekir. Tıbbi kayıtların kişisel veriler arasındaki yeri için bkz. **Caner Taşatan**, Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 70.

Diğer yandan, yeterli güvenceler veren ulusal hukuklarda yetki verilmiş olması kaydıyla veri işleyen iş hukuku alanında yükümlülüklerini ve belli haklarını yerine getirme amacı için zorunlu ise hassas verilerin işlenebileceğini ilişkin düzenleme de [95/46/AT Yönergesinde m. 8(2)(b)], KVKK kapsamına alınmamıştır. Yine 95/46/AT Yönergesinde m. 8(2)(d) bendinde düzenlenmiş olan, siyasi, felsefi, dini veya sendikâle amaç taşıyan bir vakfın, derneğin ve benzeri diğer kar amacı gütmeyen kuruluşun meşru faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere ve yeterli güvencenin sağlanması koşuluyla, bu kuruluşların üyeleri veya bu kuruluşlarla düzenli olarak temas halinde bulunan kişilerin hassas verilerinin, kuruluşun amacı doğrultusunda veri sahiplerinin rızası olmadan ve üçüncü kişilere açıklanmamak üzere işlenebileceğine ilişkin hukuka uygunluk sebebi, KVKK kapsamına alınmamıştır. Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmenin zorunlu olması ve kişinin kendisi tarafından alenileştirilme ise, 95/46/AT sayılı Yönerge'de sadece hassas verilerin işlenmesine imkân veren hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmişken [95/46/AT Yönergesi m. 8(2)(e)], KVKK'da normal verilere ilişkin hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiştir [KVKK m. m.5(2) (d) ve(e)].

²⁴ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 14, dn. 30.

²⁵ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 14 ve 15.

altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından **ilgilinin açık rızası aranmaksızın** işlenebilecektir. Bu istisna hükmü, KVKK m. 5(1) hükmündeki ilgilinin açık rızası şartının aranmasını gerektirmez. Ancak KVKK m. 5 hükmünde düzenlenmiş bulunan diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin, bu hükümde yer alan şartlara ilaveten gerçekleşmesi gereklidir. Yani, sağlık ve cinsel hayata ilişkin bir verinin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi, KVKK m. 5(2) hükmündeki hukuka uygunluk sebeplerinden en az birinin de var olması şartıyla hukuka uygun kabul edilebilecektir²⁶.

Son olarak, genel hukuka uygunluk sebeplerinin Kanun'un sistematikliğinde düzenleniş tarzı, rızanın diğer hukuka uygunluk sebeplerine karşısında hiyerarşik bir önceliği varmış izlenimi yaratmaktadır. Zira KVKK m. 5(1) hükmünde, kişisel verilerin ilgilinin açık rızası ile işlenebileceği düzenlendikten sonra ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenebileceği haller KVKK m. 5(2) hükmünde belirtilmiştir. Kanun'da bu yönde bir sistematik benimsenmiş olması, hukuka uygunluk bakımından öncelikle rıza alınması gerektiği şeklinde bir izlenim yaratmaktadır. Ancak kanaatimizce söz konusu düzenleme ile amaçlanan hukuka uygunluk sebepleri arasında bir hiyerarşi yaratmak değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 63 hükmünde "Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller" başlığı altında zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması gibi durumların hukuka aykırılığı kaldıracağı düzenlenmiş, bu durumlardan biri diğerine nazaran öncelikli görülmemiştir. Kanaatimizce bu esastan kişisel veriler bakımından ayrılmaya gerek de yoktur. Kurul tarafından da açık rıza "Kanundaki kişisel veri işleme şartlarından" biri olarak görülmüş ve açık rızanın "diğer kişisel veri işleme şartlarına göre karşılaştırmalı bir üstünlüğü" bulunmadığı belirtilmiştir²⁷.

Esasen aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi için de rızanın diğerlerine nazaran öncelikli bir hukuka uygunluk sebebi sayılmaması gerekir. Zira KVKK m. 10(1)(ç) bendine göre veri işlemenin hukuki sebebinin ilgili kişiye bildirilmesi gerekeceğinden, var olan bir hukuka uygunluk sebebine dayanılmadan ilgili kişinin açık rızasının alınmış olması, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna varılmasına yol açabilir. Diğer yandan rıza her zaman geri alınabileceğinden, veri sorumlusunun ilgili hukuki sebebi en baştan doğru şekilde tespit etmesi önem taşır.

III. Normal Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri

A. İlgilinin Açık Rızası

KVKK m. 5 (1) hükmünde düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebebi ilgilinin açık rızasıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, hem hassas hem normal nitelikli veriler bakımından rızanın değil açık rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılacağını düzenlenmiştir. Kurul tarafından da ifade edildiği üzere, 95/46/AT sayılı Yönerge'den farklı olarak sadece hassas veriler için değil her

²⁶ **Article 29 Data Protection Working Party**, Opinion 15/2011 on the definition of consent ("Çalışma Grubu, 06/2014 Nolu Görüş"), s. 15.

²⁷ **Kişisel Verileri Koruma Kurulu**, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasına Yönelik Soru Cevaplar, ("Kurul, Soru Cevaplar"), s. 21.

türlü veri için açık rızanın aranması, gerçekten de ilgili kişiye daha fazla koruma sağlamaktadır²⁸. Bununla birlikte, KVKK'da açık rıza tanımlanmamıştır. Açık rızanın hukuka uygunluğu sağlanması için gerekli eşğin, rızanın nazaran daha yüksek olacağı şüphesizdir. Açık rıza, ilgili kişiye veri işlemeyi reddetme veya kabul etme seçeneğinin sunulduğu ve ilgili kişinin de aktif bir davranışla seçimini yaptığı durumlarda söz konusu olur²⁹. Açık rıza aktif bir davranışı gerektireceğinden, özellikle normal nitelikli veriler bakımından Avrupa Birliği uygulamasına nazaran, işlemenin hukuka uygunluğu daha katı şartlara tabi tutulmuş olacaktır.

İlgilinin rızası, KVKK m. 3(1)(a) hükmünde tanımlanmış olup, "*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı*" ifade eder. Bilgilendirilmiş olma varsayımı, makul bir kişinin göstermesi gereken makul özen üzerine temellendirilmiştir. Halbuki çoğu zaman bilgilendirmeler anlaşılması güç hukuki bir dille yazılır. İkinci olarak kişilerin yaptığı her işlemde kendilerinin bilgilendirilmesi, bir zaman sonra bir "bilgilendirme yorulduğuna" yol açar. Bilgilendirilmiş rıza, özellikle internet ortamında gerçekleştiğinde çoğu zaman bir seçim olmaktan çıkar. Zira bilgilendirmenin akabinde kişiden istenen rıza genellikle bir uygulamanın kullanılmasından ya da hizmetin sağlanmasından önceki kayıt aşamasında alınmaktadır. Çoğu halde bu rıza verilmekçe uygulama kullanılmayacağı gibi hizmet de alınmamaktadır³⁰. Bu türden durumlarda tüketici açısından bildirim ve seçim aynı şeyleri ifade etmektedir. Bu nedenle uygulamada gerçekten açık bir rıza alınıp alınmadığı hususunda dikkatli davranılması gerekir. Örneğin spor salonu üyelğinde, üye olmak isteyen kişinin parmak izini vermesinin zorunlu tutulması durumunda üye olmak isteyen kişiye başka bir tercih imkanı vermediğinden, parmak izine ilişkin verilen rıza hukuka uygunluğu sağlamayacaktır³¹. Söz konusu işin ya da sözleşmenin ifası için zorunlu olmayan bir rızanın, o sözleşmenin ya da işin ifasına bağlanmış olması, rızanın geçersiz sayılmasına yol açacaktır. Rızanın özgür iradeyle dayanması için, ilgili kişi hangi hususlara rıza gösterdiğini bilmelidir. Bu nedenle de rızanın bilgilendirilmiş olması gereklidir.

Rızanın bilgilendirmeye dayanması için rızanın alındığı tarihte işlemeye ilişkin olan önemli her türlü bilginin verilmesi gereklidir. Rızanın ne ölçüde bilgilendirmeye dayanması gerektiği temelde KVKK m. 10 ve m. 11 hükümlerine göre tespit edilecektir. Bilgilendirmenin asgari olarak bu hükümlerde düzenlenmiş olan aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili bilgileri içermesi gerekir³². Örneğin, veri sorumlusunun kimliği, verinin hangi amaçla ne kadar süre işleneceği, kimlere hangi amaçla aktarılacağı, kişisel verileri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi gibi hususların aydınlatma metninde yer alması gerekir. Somut olayın özelliğine göre, bilgilendirmede yer alması gereken hususlar sadece KVKK m. 10 ve 11'de belirtilen durumlardan ibaret olmayabilir.

²⁸ **Kişisel Verileri Koruma Kurulu**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması ("**Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması"), s. 29.

²⁹ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 25.

³⁰ **Mesut Çekin**, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) Ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, s. 637.

³¹ **Kurul**, Soru Cevaplar, s. 25.

³² **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 19.

Rıza sözleşmesel bir ilişki nedeniyle alınmışsa, ilgili şartın koşulları gerçekleştiyse genel işlem şartı sayılması mümkün olabilir. Bu durumda, rızaya ilişkin şart kaleme alınırken, şartın, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, ilgili kişinin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmamasına dikkat edilmelidir³³. Zira bu tür bir durumda ilgili hükmün kesin hükümsüz sayılması sonucu doğabilir ve verilen rıza geçerli olmaz (TBK m. 20 vd.).

Her ne kadar, ne 95/46/AT sayılı Yönerge'de ne de KVKK'da açıkça belirtilmemiş olsa da, rızanın, işlemeyen önceden verilmiş olması gerekir³⁴. İşlemeden sonra verilen rıza, işlemeyi hukuka uygun hale getirmeyi. Rızanın bilgilendirmeye dayanması, özgür irade ile verilmiş olması gibi hususlar rızanın işlemeyen önce alınmış olması gerektiğini göstermektedir.

Susmanın açık bir rıza olarak değerlendirilmiyorsa, susmanın kendisi aktif bir davranış sayılamayacağından mümkün olmaz³⁵. Örneğin, bir şirketin müşterilerine e-posta ile iki hafta içerisinde itiraz etmedikleri takdirde kişisel verilerinin aktarılacağını bildirilmesi halinde, müşterilerinin susması rıza göstermeleri anlamına gelmeyecektir³⁶.

Rızanın ayrıca özgür iradeye dayanarak verilmiş olması gerekir. İşçilerin iş ilişkisi kapsamında kişisel verilerinin işlenmesine özgür iradeye dayanan rıza gösterdiklerinden söz edebilmek, işçinin işverene tabiiyet ilişkisi ile bağlı olması nedeniyle çoğu halde oldukça zordur³⁷. Ancak iş ilişkisinde rızanın kural olarak geçersiz sayılacağını söylemek de mümkün değildir. İşçinin rıza göstermemesi veya verdiği rızayı geri alması onun aleyhine hiçbir sonuç doğurmayacaksa, rızanın özgür iradeye dayandığı söylenebilir³⁸. Ayrıca bazı iş sözleşmeleri bakımından, işçinin verilerinin işlenmesi o iş ilişkisinin kurulmasının olmazsa olmaz şartı niteliğindedir. Örneğin, çağrı merkezinde çalışanların müşterilerle görüşmelerinin dinlenmesi ya da kayıt alınması gerektiğinden, bu verilerin işlenmesine rıza gösterme iş sözleşmesinin kurulmasının olmazsa olmaz şartı sayılacaktır³⁹. Bu durumda hem verilen rıza geçerlidir hem de ses kaydının işlenmesi, sözleşmenin ifası için zorunludur.

İşveren tarafından, öncelikle KVKK m. 5(2) hükmündeki diğer hukuki sebeplerle işlemenin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmek daha yerinde olacaktır⁴⁰. İşçinin verisinin işlenmesi bir sözleşmenin ifası, yasal yükümlülüğün yerine getirilmesi gibi bir sebeple hukuka uygun sayılabilir. Örneğin, işverenin sosyal sigorta mevzuatından doğan yükümlülüklerin yerine getirmesi için işçinin kişisel verisini işlemesi halinde işçinin rızasının alınmasına gerek yoktur. Öte yandan rızanın özgür iradeye dayanmaması sadece tabiiyet ilişkisinden

³³ Alman Hukuku'nda bkz. **Axel von dem Bussche/Paul Voigt**, Data Privacy and Protection in Germany including EU General Data Protection Regulation 2018, C. H. Beck, 2. Bası, 2017, s. 12.

³⁴ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 9; bkz. **Oğuz Şimşek**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 107.

³⁵ Benzer şekilde bkz. **Hale Akdağ**, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 113-114.

³⁶ Bkz. **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 12.

³⁷ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 14.

³⁸ **Çalışma Grubu**, 2/2017 Nolu Görüş, s. 23.

³⁹ **Gola/Klug/Körffer**, § 4a, Nr. 22b.

⁴⁰ **Selen Uncular**, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2014, s. 60.

kaynaklanmaz. Rıza, kişinin ekonomik güçlük içinde olduğu durumlarda alınmışsa, rızanın, özgür irade ile verilmediği sonucuna varılabilir⁴¹.

Rızanın belirli bir konuya ilişkin olması ve kapsamının açık ve belirli olması gerekir. Her türlü işlemeye rıza gösterilmesi, belirli bir konuya ilişkin ve rızanın kabul edilemez. Hangi işleme amaçları için rıza verildiği açıkça belirtilmelidir.

Ticari elektronik iletiler bakımından alınacak rızalara ilişkin olarak ise, özel bir düzenleme 23.10.2014 tarih ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilmiştir. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 2(c) bendine göre, ticari elektronik ileti, "Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler" ifade eder. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca "(1) Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kulanan ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz. (2) Esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebilir". Bu hüküm, benzer bir düzenleme getiren 2002/58/AT sayılı Özel Yaşamın ve Elektronik İletişimin Korunması Yönergesi⁴² m.13 (2) hükmünden farklı şekilde kaleme alınmıştır. Söz konusu Yönerge hükmüne göre, mal ve hizmet sağlamaya yönelik olan satış sözleşmesinin kurulması nedeniyle bir kez elde edilmiş olan ilgili kişiye ait iletişim bilgileri, satıcının benzer mal ve hizmetlere ilişkin doğrudan pazarlama faaliyetlerini yürütmesi için işlenebilir. Görüldüğü üzere, 2002/58/AT sayılı Yönerge'ye göre, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik olarak tüketiciye elektronik ticari ileti gönderilmesinin yanı sıra benzer mal ve hizmetlere yönelik ticari elektronik ileti gönderilmesi de hukuka uygundur. Ne var ki aynı sonuca Türk Hukuku açısından ulaşılması hükmün lafzı nedeniyle mümkün görünmemektedir. Türk Hukuku'nda, mal ve hizmet sağlamaya yönelik kurulmuş bir hukuki ilişki nedeniyle elde edilmiş olan iletişim bilgisi kullanılarak, esnaf ve tacir olmayan kişilere, benzer mal ve hizmetlere ilişkin ticari elektronik ileti gönderilmesi ancak ilgili kişiden önceden açık rıza alınmışsa hukuka uygun sayılacaktır.

B. Fiili İmkânsızlık Nedeniyle Rızasını Açıklayamayacak Durumda Bulunan Veya Rızasına Hukuki Geçerlilik Tanınmayan Kişinin Kendisinin Ya Da Bir Başkasının Hayatı Veya Beden Bütünlüğünün Korunması İçin Zorunlu Olması

KVKK m. 5(2)(b) bendinde, 95/46/AT sayılı Yönerge m. 7(d) bendinden farklı olarak, hayati menfaatler yerine kişinin hayatı veya bedensel bütünlüğünü ifadesi kullanılmıştır. Kuşkusuz ki hayati menfaat kişinin hayatta kalması için gerekli olan şekilde anlaşılmalıdır. İlgili kişinin ya da üçüncü kişinin hayati menfaati, kişinin sağlığı veya beden bütünlüğü ile doğrudan doğruya

⁴¹ Gola/Klug/Körffer, § 4a, Nr. 19.

⁴² Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

ilişkili olan bütün menfaatlerini ifade eder⁴³. Bu açıdan KVKK m. 5(2)(b) hükmünün ifadesi, Yönerge'deki düzenlemeye göre daha açıktır.

KVKK m. 5(2)(b) hükmünün uygulanması için ilgili kişinin fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunması ya da rızasına hukuki geçerlilik tanınmaması gereklidir. Hükümde, ilgili kişinin rızasını açıklayabilecek fiili ya da hukuki durumda olması halinde, söz konusu işleme için rıza göstereceği varsayılmaktadır. Somut olayın koşulları çerçevesinde hem herhangi bir kimsenin hem de ilgili kişinin varsayımsal olarak işlemeye rıza gösterip göstermeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir⁴⁴.

Hukuki olarak rıza veremeyecek durumda olan kendisine yasal temsilci atanmış ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel verileri işlenebilecektir. Kişinin fiili imkânsızlık nedeniyle rızasının alınmaması ise, ilgili kişi kaçırılmış olduğu için ona ulaşılmamasından ya da alkol veya uyuşturucu madde kullanımı gibi sebeplerle ayırt etme gücünün geçici kaybı gibi durumlardan kaynaklanabilir⁴⁵.

C. Bir Sözleşmenin Kurulması Veya İfasıyla Doğrudan Doğruya İlişkili Olması Kaydıyla, Sözleşmenin Taraflarına Ait Kişisel Verilerin İşlenmesinin Gerekli Olması

KVKK m. 5(2)(c) bendinde düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebebi 95/45/AT sayılı Yönerge m. 7(b) bendinde düzenlenmiş olan hukuka uygunluk sebebine karşılık gelmektedir. Ancak KVKK m. 5 hükmündeki hukuka uygunluk sebebi, Yönerge'deki hükme nazaran daha dar kaleme alınmıştır. Yönerge'deki hükme göre sadece bir sözleşmenin ifası ile ilişki olma yeterlidir. Bu ilişkinin *doğrudan doğruya* olması gerekli değildir. Sözleşmenin ifası ya da kurulması ile doğrudan doğruya ilişki olma, o sözleşmenin kurulması ya da ifası için zorunlu olan bilgileri ifade eder⁴⁶.

Çalışma grubuna göre, sözleşmenin ifası kapsamına sözleşmenin ifasını takip eden durumlar ve sözleşmeye aykırılık halleri dâhil değildir⁴⁷. Hükümün bu şekilde yorumlanması, Yönerge açısından da aslında doğrudan doğruya olma ilişkisinin kurulmasını gerektirir. Bu doğrultuda örneğin borcun ifası için ihtar gönderilmesi, satın alınan malın teslimi için adres bilgilerinin alınması sözleşmenin ifası kapsamındadır⁴⁸. Öte yandan, borcun ifa edilmemesi halinde dava açılması için verinin işlenmesi, sözleşmenin ifası kapsamında değerlendirilmeyecek olmakla birlikte veri sahibinin meşru menfaati ya da bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için veri işlemenin zorunlu olması nedeniyle hukuka uygun görülebilir⁴⁹.

⁴³ Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. **Heinrich Amadeus Wolff**, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, ed. Wolff Heinrich Amadeus/Brink Stefan, Verlag C.H. Beck, 19. Edition, Münih, 2017, § 28, Nr. 249; benzer şekilde Yönerge için de bkz. **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 20.

⁴⁴ **Wolff**, § 28, Nr. 248.

⁴⁵ **Wolff**, § 28, Nr. 250.

⁴⁶ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. **Rosenthal/Jöhri**, Art. 13, Nr. 39.

⁴⁷ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 18.

⁴⁸ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 18.

⁴⁹ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 18; Ayrıca bkz. **Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, s. 37. Ancak KVKK m. 5(2) (c) bendi ile aynı şekilde

Ayrıca Yönerge'ye göre, sözleşmenin kurulmasından önce ilgili kişinin talebi üzerine gerekli işlemleri yapmak için verinin işlenmesi hukuka uygundur. Bu kapsamda, sözleşme müzakeresi için ilk talep ilgili kişiden gelmişse, veri sorumlusunun sözleşmenin kurulması amacıyla ilgili kişinin verisini işlemesi mümkün olacaktır. KVKK m. 5(2)(c) hükmünde ise, bu husus sözleşmenin kurulması ile doğrudan ilişki olan veriler şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar KVKK'da sözleşmenin kurulması için talebin ilgili kişiden gelmesi gerektiği açıkça düzenlenmemişse de, talebin veri sorumlusundan geldiği durumların sözleşmenin kurulması ile doğrudan doğruya ilişkili görülmemesi ile aynı sonuca ulaşılabilir. Öte yandan şartları gerçekleştiyse, KVKK m. 5(2)(f) kapsamında, işleme, veri sorumlusunun meşru menfaati sebebiyle hukuka uygun sayılabilir. Elektronik ortamda kurulan bir satış sözleşmesinde ödemenin gerçekleştirilebilmesi için kredi kartı bilgilerinin işlenmesi, vekalet sözleşmesinde müvekkilin kişisel verilerinin işlenmesi⁵⁰ sözleşmenin kurulması kapsamında gereklidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda tüzel kişiler kapsama alınmamıştır. Öte yandan iki tüzel kişi arasında kurulan bir sözleşmede gerçek kişi temsilcilerin verilerinin işlenmesi mümkündür. Bu halde, tüzel kişinin gerçek kişi temsilcinin verisinin işlenmesi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na uygun şekilde gerçekleşmelidir. Tüzel kişinin gerçek kişi temsilcisi sözleşmenin tarafı sayılmayacağından, KVKK m. 5(2)(c) bendi kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu tür bir durumda veri sorumlusunun veri işlemede, KVKK m. 5(2)(f) bendine göre, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermeyen meşru bir menfaatinin bulunduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, veri sorumlusunun, KVKK m. 10 hükmüne göre aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi gereklidir.

Alacağın temlikli ya da borcun nakli halinde, borcu devralan ya da alacağı temlik alan, o sözleşmenin tarafı halinde gelmese de, kendisine devredilen hakkın verdiği yetkiyi kullanmak ya da borcu ifa etmekle yükümlüdür. Hükmün geniş yorumlanmasıyla alacağı temlik alan ya da borcu devralan kimselerin de KVKK m. 5(2)(c) kapsamında sözleşmenin tarafı sayılması mümkündür⁵¹. Bu doğrultuda alacağı temlik alan tarafından borcun ifası için ihtar çekilmesi gibi işlemler için ilgili kişinin kişisel verisinin işlenmesi hukuka uygun sayılacaktır.

D. Veri Sorumlusunun Hukuki Yükümlülüğünü Yerine Getirebilmesi İçin Zorunlu Olması

Hukuki yükümlülüğün hukuken veri sorumlusuna yüklenmiş olması gerekir. Veri sorumlusunun sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesi için zorunlu olan haller bu hukuka uygunluk sebebi kapsamında dikkate alınmaz⁵². Hukuki yükümlülüğün mutlaka bir kanun hükmü ile getirilmesi zorunlu değildir. İkincil mevzuat ile getirilen düzenlemeler hukuki yükümlülük kapsamındadır. Ancak bir hukuki yükümlülüğün söz edebilmek için, veri sorumlusunun bir tercih imkânı bulunmamalı, ilgili düzenlemeye uyulması zorunlu

kaleme alınmış olan, İVK m. 13(2)(a) bendi bakımından ifa etmeme halinde veri işleme- nin de hükmün kapsamında olduğu yönünde bkz. **Rosenthal/Jöhri**, Art. 13, Nr. 37.

⁵⁰ **Furkan Güven Taştan**, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 165.

⁵¹ İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. **Rosenthal/Jöhri**, Art. 13, Nr. 43.

⁵² **Taştan**, 165- 166.

olmalıdır⁵³. Örneğin; işverenin işçilerin maaş ödemesini gerçekleştirmesi için banka hesap numarasını, işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin verileri işlemesi⁵⁴, İş Kanunu m. 75 hükmüne göre özlük dosyasını tutması için veri işlemesi bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁵.

E. Verinin İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmiş Olması

95/46/AT sayılı Yönerge'de alenileştirme hassas verilere ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmişken, KVKK m. 5(2)(d) bendinde genel hukuka uygunluk sebepleri arasında düzenlenmiştir.

95/46/AT sayılı Yönerge kapsamında bir hassas veri ilgili kişi tarafından alenileştirilmişse kesin işlem yasağı ortadan kalkar. Ancak işlemin halen genel işleme şartlarına yani, Yönerge m. 7'deki düzenlemelere uygun olması gerekir. Bu nedenle de kişinin kendisi tarafından açıkça kamuya sunulmuş verilerin hukuka uygun işlendiğinin kabul edilmesi için veri sorumlusunun verinin işlenmesinde ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerini zedelemeyen meşru bir menfaatinin olması gerekir⁵⁶.

Alenileştirme, İsviçre Veri Koruma Kanunu'nda m. 12(3) hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm sadece hassas verilere özgü bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Bu hükme göre, kural olarak, ilgili kişi verisini alenileştirmişse ve işlemeyi yasaklamamışsa, bir kişilik hakkı ihlali söz konusu olmayacaktır. İsviçre Hukuku'nda verinin ilgili kişi tarafından alenileştirilmesi halinde kural işleminin hukuka aykırı sayılmamasıdır. Ancak kanun koyucu burada "kural olarak" ifadesini kullanmakla esasen aksi ispat edilebilen bir karine getirmiş olmaktadır⁵⁷.

İsviçre Hukuku'nda verinin kamuya sunulmuş diğer bir deyişle alenileştirilmiş sayılması için, sınırsız sayıda kişinin veriye ulaşabilir olması gereklidir⁵⁸. İlgili kişinin veriyi bilerek ve isteyerek alenileştirmiş olması gereklidir. Ayrıca ilgili kişi tarafından verinin işlenmesi yasaklanmamış olmalıdır. Bu yasaklama sadece muhatabı bakımından hüküm ifade edecektir. Söz konusu şartlar gerçekleştiği takdirde, kural olarak verinin işlenmesi kişilik hakkı ihlali-ne yol açmayacaktır. Ancak bu karinenin çürütülmesi de mümkündür. Bu karineyi çürütmek için, öncelikle ilgili kişinin yerinde olan makul bir kimsenin o veriyi hangi şekil ve türde alenileştirdiğine ilişkin anlayışının tespit edilmesi gereklidir. Yani, ilgili kişinin yerinde olan makul bir kişinin, somut olayın koşulları dâhilinde, alenileştirilmiş verinin, veri sorumlusu tarafından söz konusu amaç ve şekilde işlenebileceğini öngörmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵⁹. Örneğin, ilgili kişinin iş hayatı ile ilişkili olmayan kendisi tara-

⁵³ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 19-20.

⁵⁴ KVKK, Genel Gerekeçe, s. 20.

⁵⁵ **Nilgün Başalp**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 41; **Uncular**, s. 57.

⁵⁶ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 15

⁵⁷ **Rosenthal/Jöhri**, Art. 12, Nr. 50; ancak bkz. **Marc, Wullschleger**, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, SMI - Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 101, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015, s. 28-58, Nr. 82. *Wullschleger'e* göre, hüküm aksi ispat edilebilen bir karine getirmemektedir. Ancak yazara göre, İVK m. 13 hükmündeki dengeleme testinin uygulanması gereklidir.

⁵⁸ **Rosenthal/Jöhri**, Art. 12, Nr.54; **Wullschleger**, Nr. 84.

⁵⁹ Bkz. **Rosenthal/Jöhri**, Art. 12, Nr. 75.

findan internet sitelerinde ya da sosyal medyada paylaşılan bilgiler, ilgili kişinin iş başvurusu yaptığı şirketin insan kaynakları birimi tarafından işlenmişse, bu işleme alenileştirme nedeniyle hukuka uygun görülemez⁶⁰. Öte yandan karinenin aksinin ispat edilmiş olması, veri sorumlusunun veri işleminin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmayabilir. Veri sorumlusu İVK m. 13 hükmüne dayanarak işleminin hukuka uygun olduğunu ileri sürebilir. Bu hükme göre, üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar bulunmadıkça, kişilik hakkı ihlali hukuka aykırı sayılacaktır. Veri sorumlusunun üstün nitelikte özel ya da kamusal bir yararının bulunması halinde işleme hukuka uygun sayılabilir.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda ve 95/46/AT sayılı Yönerge'de ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirme nedeniyle işleme ancak bazı koşulların gerçekleşmesi ile hukuka uygun sayılmaktadır. İlgili kişinin verisini alenileştirmesine rağmen korunması gereken hukuki bir menfaati olabilir. Buna karşılık Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun genel gerekçesinde ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş verilerin işlenmesinde korunmaya değer hukuki menfaat bulunmadığı ifade edilmiştir⁶¹. Ancak gerekçede ifade edilen bu varsayım, yukarıda verdiğimiz iş başvurusuna ilişkin örnekte olduğu gibi her durumda geçerli olmayacaktır. Verinin ilgili kişi tarafından alenileştirilmiş olması, veri sorumluları tarafından gözetilen her türlü amaç ve şekilde işlemeyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu doğrultuda, KVKK m. 5(2)(d) bendindeki alenileştirilen verinin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebebinin amaca göre dar yorumlanması gereklidir⁶². İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olsa da, somut olayın koşulları çerçevesinde veri, ilgili kişinin yerinde olan bir kimsenin makul beklentisi çerçevesinde işlenmemişse, işleminin hukuka uygun sayılması mümkün olmamalıdır. İşleme ancak KVKK m. 5(2)(f) bendine göre, veri sorumlusunun ağır basan bir meşru menfaati varsa hukuka uygun kabul edilmelidir. Örneğin, iş başvurusu yapan kişinin başvurusunun değerlendirilmesinde, kendisi tarafından sosyal medya sitelerinde paylaşılmış iş hayatı ile ilişkili olmayan bilgilerinin işlenmesi, o iş için risk teşkil edebilecek

⁶⁰ **Rosenthal/Jöhri**, Art. 12, Nr. 77; Article 29 Data Protection Working Party Opinion 2/2017 on data processing at work ("**Çalışma Grubu**, 2/2017 Nolu Görüş"), s. 11; ancak bkz. **Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, s.26.

⁶¹ KVKK, Genel Gerekeç, s. 20; Benzer şekilde **Taştan**, s. 167. *Aydın*'a göre, alenileştirilen veri bakımından zımnî rıza verilmesi söz konusu olacağından, kişisel verinin kaydedilmesi suç oluşmayacaktır (**Sedat Erdem Aydın**, AİHM İctihatlari Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 147. Kanaatimizce ilgili kişinin sosyal medya hesabında herkese açık şekilde alenileştirdiği kişisel verilerinin işlenmesi her durumda hukuka uygun sayılmamalıdır. Burada zımnî kabul ile ifade edilmek istenen, veri işleminin ilgili kişinin iradesine uygun olmasıdır. İşlemin ilgili kişinin iradesine uygun olup olmadığı ise her somut olay bakımından ele alınması gereken bir husustur. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas 2014/4081, Karar 2014/19490 sayılı kararında da " (...)sarığın, resmi, katılanın internette facebook hesabındaki herkese açık profil resminden elde etmesi ve katılana ait başkaca bir kişisel bilgiye yer vermeden kendi facebook hesabına koyması nedeniyle hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yaymadan da söz edilemeyeceğinden, bu suçun da unsurlarının oluşmamaacağı anlaşılmalıdır; beraati yerinde yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi" kanuna aykırı bulunmuştur (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, çevrimiçi erişim 15.10.2017).

⁶² Amaca göre dar yorum hususunda bkz. **Pakize Ezgi Akbulut**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 85.

özel bir niteliğin işçide bulunmamasını gerektiriyorsa, KVKK m. 5(2)(f) bendine göre hukuka uygun sayılabilir. Bu durumda da iş için verilen ilanda, kişinin kamuya açık bilgilerinin başvuru yapması halinde işleneceğinin belirtilmesi ayrıca gereklidir⁶³.

Öte yandan KVKK m. 28 (2)(b) bendinde ilgili kişinin kişisel verisinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olmasının, onun zararının giderilmesini talep hakkını engellemeyeceği, ancak KVKK m. 11'de düzenlenen diğer haklarını kullanamayacağı düzenlenmiştir. İlgili kişi tarafından alenileştirilmiş kişisel veriler işlenmişse, ilgili kişi tazminat talep edebilecek ancak verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerinin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, 7'nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme haklarına sahip olmayacaktır.

Bu düzenleme iki açıdan eleştirilebilir. Öncelikle, haksız fiil nedeniyle doğan zararın tazmin edilmesi için fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. Kural olarak hukuka aykırı bir fiil söz konusu olmadıkça haksız fiil sorumluluğu da doğmayacaktır (TBK m. 49). Ancak bir fiilin hukuka uygun sayılmasına rağmen tazminat sorumluluğunun doğması da mümkündür. Örneğin ıztırar halinde, zarar veren, bir başkasının malına kendisini ya da bir başkasını yakın bir tehlikeden korumak için zarar vermektedir [TBK m. 64(2)]. Mağdurun bu zarara katlanması bunun karşılığında ise ıztırar halinde bulunan kimsenin hakkaniyet gerektirdiği ölçüde zararı tazmin ederek fedakârlıkta bulunması (fedakârlığın denkleştirilmesi esası) gerekmektedir⁶⁴. İlgili kişi tarafından alenileştirilmiş kişisel verinin işlenmesi ya hukuka uygun ya da hukuka aykırı sayılmalıdır. Kanaatimizce kanun koyucu, KVKK m. 28(2) hükmü ile fiilin hukuka uygun olmasına rağmen fedakârlığın denkleştirilmesine ilişkin bir esas getirmek amacıyla değildir. Zira alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun ise, veri sahibinin üstün çıkarı nedeniyle, ilgili kişinin katlanması gereken fedakârlığın sonucunda ortaya çıkan zararının giderilmesini gerektiren bir durumdan söz etmek mümkün değildir. İkinci olarak, ilgili kişinin zararın giderilmesi hakkı dışındaki diğer haklarını kullanması, önemi haiz olabilir. Özellikle ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş verisinin işlenmesi, onun varsayılı iradesine aykırı düşüyorsa ve veri sorumlusunun da KVKK m. 5(2) (f) bendine göre veriyi işlemekte meşru menfaati yoksa ilgili kişinin verisinin hangi amaçla işlendiği öğrenme, verisinin silinmesini ya da yok edilmesini isteme haklarını kullanmakta göz ardı edilemeyecek bir menfaati olacaktır. Bu hakların, KVKK m. 28(2)(b) bendindeki düzenleme ile ilgili kişinin elinden alınması kanaatimizce yerinde değildir.

⁶³ **Çalışma Grubu**, 2/2017 Nolu Görüş, s. 11.

⁶⁴ **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -2 (Cilt -2"), Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 192; bu husus hakkında bkz. **İlhan Ulsan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 99 vd.

F. Bir Hakkın Tesisi, Kullanılması Veya Korunması İçin Veri İşleminin Zorunlu Olması

95/46/AT sayılı Yönerge m. 8(1)(d) bendinde düzenlenmiş olan bu hukuka uygululuk sebebi *bir hakkın* tesisi, kullanılması ya da korunmasını esas almamakta, *bir hukuki talebin* tesisi, kullanılması ya da korunmasını esas almaktadır⁶⁵. Ayrıca, 95/46/AT sayılı Yönerge'de bu hukuka uygunluk sebebi hassas verilere için getirilmiştir.

Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaattir⁶⁶. Talep ise, bir kimsenin diğer bir kimseden bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını isteme hakkıdır⁶⁷. Talep ile hak kavramları eş anlamlı değildir⁶⁸. Örneğin vadeye bağlı borçlarda, talep, vadeden önce mümkün olmamakla birlikte, alacak hakkı vadeden önce de mevcuttur⁶⁹. Kavramsal yerindelik açısından, Kanunumuz bakımından da, söz konusu hükmü, hak yerine hukuki talebin tesisi, kullanılması, korunması şeklinde yorumlamak daha yerinde olacaktır.

Talep sözleşmesel bir yükümlülüğten ya da kanuni bir yükümlülüğten de kaynaklanabilir⁷⁰. Talebin özel hukuka ya da kamu hukukuna ilişkin olması da önem taşımaz⁷¹. Ayrıca, talep hakkına sahip olanın, alacaklı ya da borçlu olması, söz konusu hukuka uygunluk sebebinin uygulanması açısından bir fark yaratmayacaktır⁷². Hukuki talebin mutlaka mahkeme önünde ileri sürülmesi gerekli değildir⁷³. Bir hukuki talebin tesisi, kullanılması ya da korunması için gerekli bütün işlemler bakımından hükmün uygulanması mümkündür. Örneğin, işten çıkarılan ya da ayrılan bir çalışana ait gerekli bilgilerin dava zamanlaşımı boyunca saklanması, bir hukuki talebin korunması için gerekli olduğundan işleme hukuka uygun sayılacaktır⁷⁴.

G. İlgili Kişinin Temel Hak Ve Özgürlüklerine Zarar Vermemek Kaydıyla Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması

95/46/AT sayılı Yönerge m. 7(f) bendine göre, ilgili kişinin Yönerge m. 1(1) hükmü ile koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerine ilişkin menfaatine zarar vermemek kaydıyla, işleminin veri sorumlusunun ya da verinin açıklandığı üçüncü kişi/kişilerin meşru menfaatleri için zorunlu olması

⁶⁵ Benzer şekilde Alman Veri Koruma Kanunu 28(6)(3)'de de hukuki bir talebin tesisi, kullanılması ve korunması ifadesi tercih edilmiştir. Öte yandan Alman Veri Koruma Kanunu 28(6)(3)'e göre, ayrıca bir dengeleme testinin de uygulanması, işleminin hukuka uygun sayılması için gereklidir.

⁶⁶ **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 140.

⁶⁷ **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1 ("Cilt -1"), Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 14; BGB § 194'de talep bu şekilde tanımlanmıştır.

⁶⁸ Alacak hakkı açısından bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt -1, s. 14 ve 15.

⁶⁹ **Oğuzman/Öz**, Cilt -1, s. 14.

⁷⁰ **Gola/Klug/Körffer**, § 28, Nr. 78.

⁷¹ **Wolff**, § 28, Nr. 257.

⁷² **Gola/Klug/Körffer**, § 28, Nr. 78.

⁷³ **Wolff**, §28, Nr. 257.

⁷⁴ **Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, s. 37.

halinde veri işleme hukuka uygun sayılacaktır⁷⁵. Ancak hüküm Yönerge'nin İngilizce metninde bu şekliyle düzenlenmiştir. Her ne kadar Yönerge'nin İngilizce metninde temel hak ve özgürlüklerine ilişkin menfaatine zarar vermeme kaydıyla ("interests for fundamental rights and freedoms of the data subject") ifadesi yer almaktaysa da, hükmün bazı diğer dillerdeki metinlerinde temel hak ve özgürlüklerine *ya da* menfaatine ifadesinin kullanılmış olması karşısında⁷⁶, İngilizce metindeki ifadenin bir yazım hatasından ileri geldiği belirtilmektedir⁷⁷. Bu doğrultuda ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri yanı sıra Yönerge ile koruma altına alınmış olan bütün menfaatlerinin değerlendirilmesi gereklidir⁷⁸.

KVKK m. 5(2)(f) bendine göre ise, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması gereklidir. Bu bendin kapsamı 95/46/AT sayılı Yönerge m. 7(f)'nin kapsamından daha dardır. KVKK m. 5(2)(f) bendinde, sadece veri sorumlusunun meşru menfaatinde bahsedilmiş olmakla, veri sorumlusu dışında verinin açıklandığı üçüncü kişi/kişilerin meşru menfaati de kapsam dışında bırakılmıştır⁷⁹. Ayrıca, hüküm, Kanun ile koruma altına alınmış bütün menfaatleri kapsamına almamaktadır.

Veri sorumlusunun meşru menfaati hukuka aykırı olmayan her türlü menfaati ifade etmektedir⁸⁰. Örneğin, telif hakkı ile korunan eser hukuka aykırı şekilde bazı ağlarda paylaşılmışsa, telif hakkı sahiplerinin, telif haklarını korumakta meşru bir menfaatleri vardır. Ancak veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunması, verinin işlenmesi tek başına hukuka uygun hale getirmez⁸¹. İşlemenin hukuka uygunluğunun tespiti için, Yönerge m. 7(f) hükmünün koşullarına uygun olarak ilgili kişi ile veri sorumlusunun menfaatlerinin tartılması gerekecektir. Yani, menfaatlere ilişkin bir dengeleme testi (balancing test) uygulanacaktır.

Dengeleme testinin uygulanması, öncelikle veri sorumlusunun meşru menfaatinin ve ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinin belirlenmesini gerektirir. Bu belirlemeden sonra bu menfaatlerin karşılaştırılması gerekir⁸². Ancak bu karşılaştırma "ölçülebilir ve kolaylıkla kıyaslanabilir" bir menfaat tartması şeklinde gerçekleşmez⁸³. Bu nedenle menfaatlerin tartılmasında pek çok etken dikkate alınmalıdır. Dengeleme testini uygularken özellikle şu etkenler dikkate alınabilir: "veri sorumlusunun meşru menfaati", "işlemenin ilgili kişi üzerindeki

⁷⁵ 95/46/AT sayılı Yönerge m. 1(1) hükmü, üye ülkelerin bu Yönergeye uygun şekilde gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini özellikle kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak özel hayatın gizliliği haklarını koruyacaklarını düzenlemektedir.

⁷⁶ Örneğin Yönerge'nin Fransızca metninde "l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée" ifadesi ve Almanca metninde "das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person" ifadesi kullanılmıştır. İngilizce metin açısından bu ifadenin karşılığı "interests or fundamental rights and freedoms of the data subject" şeklinde olacaktır.

⁷⁷ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 29

⁷⁸ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 29

⁷⁹ **Kurul**, Soru Cevaplar, s. 41.

⁸⁰ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 24. Benzer bir düzenleme getiren Alman Veri Koruma Kanunu § 28(1)(1)(2)'ye göre de aynı şekilde bkz. **Wolff**, § 28, Nr. 65.

⁸¹ Yerine Bkz. **Yücedağ**, s. 354 vd.

⁸² **Wolff**, § 28, Nr. 66.

⁸³ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 23.

etkisi", "genel yükümlülüklerle uygun davranma" ve "veri sorumlusu tarafından veri işlenmesi ilgili kişi üzerinde yarattığı herhangi bir aşırı etkiyi önlemek için alınan ilave önlemler"⁸⁴.

İşlemenin ilgili kişi üzerindeki etkisini değerlendirmek için özellikle, işlenen verilerin niteliği, veri işleme yöntemi, veri sorumlusu ile ilişkisi çerçevesinde ilgili kişinin makul beklentisi göz önünde bulundurulabilir⁸⁵. Verinin niteliği bakımından, veri açısından özel bir korumanın öngörülüp öngörülmediği önem taşır⁸⁶. Veri, hassas veri olmamakla birlikte mevzuatta özel bir korumaya tabi tutulmuş olabilir. Örneğin Elektronik Haberleşme Kanunu m. 51 hükmüne göre, trafik verisi ya da konum verisi işletmeciler ya da onlar tarafından yetkilendirilen kişiler tarafından faturalandırma amacıyla ilgili kişinin açık rızası olmadan amaçla ölçülü olarak işlenebilecektir. Ancak katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ya da elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlanmasıyla ihtiyaç duyulan trafik verileri ile konum verileri anonim hâle getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların açık rızalarının alınması koşuluyla işlenebilecektir. Konum ve trafik verisi hassas veri niteliğinde değildir. Söz konusu düzenlemeye işletmeciler uygun davranmakla yükümlüdür. Ancak işletmeciler dışında kişilerce verinin işlendiği hallerde de, bu verilerin niteliği, özel bir korumayı gerekli kılar. Örneğin, işverenin, işçilerinin trafik ve konum verilerini işleme bakımından Elektronik Haberleşme Kanunu m. 51 hükmü uygulanmayacaktır. Her ne kadar işverenin, trafik ve konum verileri bakımından getirilmiş olan bu özel düzenlemeye uygun davranma yükümlülüğü bulunmamaktaysa da, işçinin konum ve trafik verisinin işlenmesi halinde, verinin bu niteliğinin dengeleme testinde dikkate alınması gereklidir.

Verinin işleme yöntemi kapsamında, özellikle verinin kamuya açık hale getirilip getirilmediği, işlenen kişisel verinin ölçeği⁸⁷, verinin işlenmesinden etkilenecek ilgili kişi sayısı gibi hususlar değerlendirilebilir. Ayrıca ilgili kişinin veri sorumlusu ile olan ilişkisi dâhilinde işlemenin söz konusu zamanda ve şekilde gerçekleşeceğini makul olarak öngörmesi mümkün olup olmadığı da dikkate alınmalıdır⁸⁸.

İlgili kişi tarafından veri alenileştirilmişse, ilgili kişi işlemeden verinin hiç alenileştirilmediği duruma nazaran daha az etkilenecektir. Bu nedenle genellikle ilgili kişiye, verinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması halinde sağlanacak koruma, verinin hiç alenileştirilmediği halde sağlanacak korumadan daha az olacaktır.

Veri sorumlusunun, veri işlemeye ilişkin genel yükümlülüklerine özellikle, verinin amaçla orantılı ve ölçülü işlenmesi yükümlülüğüne uygun davranması gerekir⁸⁹. Esasen veri sorumlusunun bu yükümlülüklerine uyması her hukuka uygunluk sebebi bakımından dikkate alınmak zorundadır. KVKK m. 4'de belirtilen genel ilkelere aykırı bir işlemenin hukuka uygun sayılması mümkün değildir. Örneğin, birleşme ve devralmada işverenin işçi verilerini

⁸⁴ Bkz. **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 33.

⁸⁵ Bkz. **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 36; Tüzük, Giriş, Nr. 47.

⁸⁶ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 38.

⁸⁷ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 39.

⁸⁸ Tüzük, Giriş, Nr. 47; **Kurul**, Soru Cevaplar, s. 42.

⁸⁹ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 41.

devralan şirkete aktarmasında, meşru bir menfaati bulunmaktadır⁹⁰. Ancak devralanın, hukuki ve mali açıdan gerekli incelemeyi yapması (due diligence) için bütün işçi verilerini bilmeye kaideden ihtiyacı yoktur. İşçi verileri, işçinin adı ve soyadı kapatılarak devralana aktarıldığında da, devralan, ilgili şirketin işgücü ile gerekli bilgiye sahip olacaktır⁹¹. Bu açıdan işçilerin ad ve soyadlarının olduğu bir listenin devralana aktarılması, ölçülü bir işleme olarak kabul edilmeyebilir. Zira çoğu durumda işverenin işçilerin ad ve soyadına ilişkin bilgileri vermesine gerek olmayacaktır. Ancak yönetici kademesinde bulunan işçilerin verilerinin devralana verilmesi, devralanın yeterli incelemeyi yapması için gerekli görülebilir⁹².

Son olarak veri sorumlusunun veri işlemenin ilgili kişi üzerinde yarattığı herhangi bir aşırı etkiyi önlemek için ilave önlemler alıp almadığı da önem taşır. Bu ek önlemlere örnek olarak, verinin işlenmesinde özel bir gizliliğin sağlanması, verinin işlenmesine ilişkin şeffaflığın sağlanması, ilgili kişiye verisinin işlenmesini kolaylıkla reddetme imkânının tanınmış olması verilebilir⁹³. Örneğin, bir aplikasyon üzerinden yemek siparişi verildiğinde, ilgili kişi “beni indirimlerden haberdar etme” seçeneğini bir kutucukta gösterilmesine rağmen bu seçeneği işaretlememişse, kişinin posta kutusuna restoranın menülerinin bırakılması o kişinin adresinin hukuka aykırı olarak işlendiği anlamına gelmez. Bu halde restoranın daha fazla satış yapmaya ilişkin ekonomik meşru bir menfaati bulunmaktadır. Öte yandan ilgili kişinin posta kutusuna restoranın menülerinin bırakılması onun özel hayatı üzerinde önemli bir müdahale yaratmamaktadır. Söz konusu menülerin ilgili kişinin posta kutusuna bırakılması, ilgili kişinin makul beklentisi dâhilinde görülebilir. Ayrıca ilgili kişiye kendisinin indirimlerden haberdar edilmemesine ilişkin bir seçeneğin sunulması yani veri sorumlusu tarafından ek bir önlem alınmış olması, işlemenin hukuka uygun olduğu sonucuna varılmasını gerektirir⁹⁴.

Grup şirketlerde, şirketlerin idaresine ilişkin sebeplerle, işçi ya da müşteri verilerinin, şirketler arasında aktarılmasında⁹⁵ veya çalışanın verimliliğini artıracak ödül ve primler verilmesi amacıyla veri işlenmesi durumlarında⁹⁶, veri sorumlusunun ağır basan meşru bir menfaati olduğu söylenebilir.

Görüldüğü üzere, veri sorumlusunun, veri işlemede ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermeyen, ağır basan bir meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığını tespit, her somut olayın koşulları çerçevesinde, pek çok etken dikkate alınarak yapılmalıdır.

Sonuç

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulanması, özellikle, Kanun'un, 95/46/AT sayılı Yönerge'den farklılık gösterdiği noktalarda bazı güçlükleri beraberinde getirebilir. Öncelikle hassas veriler olarak nitelendirilmiş olan genetik ve biyometrik verilerin özel bir teknoloji ile işlenmesindeki yegâne

⁹⁰ **Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, s. 53.

⁹¹ **vom dem Bussche/Voigt**, s. 57.

⁹² **vom dem Bussche/Voigt**, s. 57.

⁹³ **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 42.

⁹⁴ Bu örnek için bkz. **Çalışma Grubu**, 06/2014 Nolu Görüş, s. 31.

⁹⁵ Tüzük, Giriş, Nr. 48.

⁹⁶ **Kurul**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, s. 37.

amaç kimlik tanımlaması veya doğrulaması ise, bu verilerin, Tüzük'e uygun olarak biyometrik ve genetik veri sayılması yerinde olacaktır.

İkinci olarak, veri sorumlusu tarafından işlemenin dayandığı hukuka uygunluk sebebinin doğru tespit etmek özel bir önemi haizdir. Zira KVKK m. 10(1)(ç) bendindeki aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi için veri işlemenin hukuki sebebinin ilgili kişiye bildirilmesi gerekeceğinden, veri sorumlusu tarafından, işleme için doğru hukuka uygunluk sebebinin tespit edilmiş ve aydınlatma metninde gösterilmiş olması gerekir. Veri sorumlusu, başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen, ilgili kişiden açık rıza almışsa, aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş sayılabilir. Bu tür bir durumda, veri sorumlusunun m. 18(1)(a) bendine göre idari para cezası ödemesi gerekebilir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, ilgili kişiden sadece rıza değil, açık rıza alınması gerektiğini belirterek, Yönerge'ye nazaran daha fazla korumayı ilgili kişiye sağlamıştır. Bu nedenle, Yönerge'ye ilişkin görüşlerin ve kararların dikkate alınmasında bu hususun göz önünde bulundurulması gereklidir. Açık rıza dışında, ilgili kişinin normal nitelikli verilerinin işlenmesi, KVKK m. 5(2) hükmünde belirtilen hallerde mümkündür.

KVKK m. 5(2) hükmünde düzenlenmiş genel hukuka uygunluk sebepleri arasında özellikle kişinin kendisi tarafından verinin alenileştirilmesine ilişkin düzenleme eleştiriye açıktır. Kişisel veri, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olsa da, onun halen hukuken korunmaya değer bir menfaati olabilir. İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş verisinin işlenmesi, onun varsayılı iradesine aykırı düşüyorsa, veri sorumlusunun KVKK m. 5(2) (f) bendine göre veriyi işlemekte meşru menfaati olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca, ilgilisi tarafından alenileştirilmiş verinin işlenmesi halinde, KVKK m. 28(2)(b) bendindeki düzenleme ile ilgili kişinin tazminat talep etme hakkı dışındaki diğer haklarının elinden alınması kanaatimizce yerinde değildir. Veri sorumlusunun işlemede meşru, yani hukuken yasaklanmamış bir menfaati bulunması, işlemeyi tek başına KVKK m. 5(2)(f) bendi kapsamında hukuka uygun hale getirmeyecektir. Veri sorumlusunun, veri işlemede ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermeyen, ağır basan bir meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığını tespit edilirken somut olayın koşullarına göre, pek çok etkenin dikkate alınması gereklidir.

Kısaltmalar Cetveli

Art.	: Article
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AT	: Avrupa Topluluğu
BDSG	: Alman Veri Koruma Kanunu
BGH	: Bundesgerichtshof/Alman Federal Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör
İVK	: İsviçre Veri Koruma Kanunu
Kanun	: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

KVKK	: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: madde
MMR	: Multimedia und Recht
Nr.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Çalışma Grubu	: Article 29 Working Party
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Tüzük	: Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council Of 27 April 2016 On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, And Repealing Directive 95/46/EC
Y.	: Yıl
95/46/AT sayılı	
Yönerge	: Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

KAYNAKÇA

Akbulut Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akdağ Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Aksoy Hüseyin, Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent.

Article 29 Data Protection Working Party, Advice paper on special categories of data ("sensitive data").

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC .

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work.

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data.

Aydın Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Başalp Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Çekin Mesut, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) Ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, s. 629-644.

Dammann Ulrich, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, ed. Spiros, Simitis, 8. Auflage, 2014.

Gola, Peter/Christop, Klug/Körffer, Barbara, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, ed. Gola, Peter/Schomerus, Rudolf/Christop, Klug/Körffer, Barbara, 12. überarbeitete und ergänzte Auflage, C.H. Beck, 2015.

Kaya Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, Y. 2011, s. 317-334.

Kind Els, J., Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis, Springer, 2013.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasına Yönelik Soru Cevaplar (<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf> çevrimiçi erişim 15.10.2017)

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması, (<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/6698%20SAYILI%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNUNUN%20UYGULANMASINA%20Y%C3%96NEL%C4%B0K%20SORU%20VE%20CEVAPLAR.pdf> çevrimiçi erişim 15.10.2017)

McCullagh Karen, “Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum”, Journal of International Commercial Law and Technology, Volume 2, Issue 4, 2007, s. 190-201.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -2 (“Cilt -2”), Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1 (“Cilt -1”), Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Özdemir Hayrunissa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Poulet Yves/Dinant Jean Marc, Report On The Application Of Data Protection Principles To The Worldwide Telecommunication Networks: Information Self-Determination In The Internet Era, Thoughts On Convention No. 108 For The Purposes Of The Future Work Of The Consultative Committee (T-PD), 2004(çevrimiçi erişim, 01.10.2017, <https://rm.coe.int/168068416a>).

Rudin Beat, Datenschutzgesetz, ed. Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Stämpflis Handkommentar, 2015.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.

Sevimli Ahmet, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S.24, Aralık 2011, 120-139.

Şimşek Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Taşatan Caner, Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Taştan Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ulusan İlhan, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Uncular Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

von dem Bussche Axel/Voigt Paul, Data Privacy and Protection in Germany including EU General Data Protection Regulation 2018, C. H. Beck, 2. Bası, 2017.

Wermelinger Amédéo, Datenschutzgesetz, ed. Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Stämpflis Handkommentar, 2015.

Wolff Heinrich Amadeus, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, ed. Wolff Heinrich Amadeus/Brink Stefan, Verlag C.H.Beck, 19. Edition, Münih, 2017.

Wullschleger Marc, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, SMI - Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 101, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015.

Yücedağ Nafiye, The Protection Of IP Addresses In Peer-To-Peer (P2P) Networks, 13th International Conference on Internet, Law & Politics "Managing Risk in the Digital Society", Barselona, İspanya, 29 Haziran - 30 Eylül 2017, s. 342-357 (http://www.huygens.es/ebooks/IDP_2017.pdf, çevrim içi erişim, 11.10.2017).

**PAZARLAMACININ -VE İŞÇİNİN- TARAF OLDUĞU
REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE GÖREVLİ MAHKEME –
7036 SAYILI (YENİ) İŞ MAHKEMELERİ KANUNU
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME**

*(COMPETENT COURT FOR DISPUTES ARISING FROM NON-COMPETE
AGREEMENT, PARTIES OF WHICH ARE TRAVELLING SALESMAN -
AND/OR EMPLOYEE- EVALUATION FROM THE (NEW) LAW ON LABOUR
COURTS NO. 7036 PERSPECTIVE)**

Arş. Gör./Res. Asst. İbrahim Çağrı Zengin**

ÖZ

5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler ekseninde çoğunluk tarafından, *olan hukuk* açısından rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespitinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c hükmüne üstünlük tanınmakta, bu uyuşmazlıkların çözülmesinde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, doktrinde *olması gereken hukuk* açısından, iş mahkemelerinin görevli kılınmasının daha yerinde bir tercih olacağı çoğunluk kanaati olarak ön plana çıkmakta idi. 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve böylelikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre *yeni kanun* niteliği kazanan 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Görev" başlıklı 5. maddesinde öngörülen düzenleme ile birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan davaların iş mahkemelerinin görev alanına dahil edilip edilmediğinin çözülmesi gerekli önemli bir sorun olarak yeniden gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Bu çalışmada da 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun iş mahkemelerinin görevi ile ilgili 5. maddesinde ifade edildiği şekliyle "*iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden*" doğan hukuk uyuşmazlıklarının kapsamına rekabet yasağı anlaşmasının girip girmediği meselesi, bu konudaki mevcut iki düzenlemenin lafzı, söz konusu hükümler arasındaki özellik-genellik ilişkisi, düzenlemelerin amacı, öngörülme gerekçesi, kapsamı ve uygulama alanı ile doktrinde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları ışığında Kanun koyucunun iradesi yorumlanmak suretiyle incelenmekte, bunun sonucunda üstünlüğün hangi yasal düzenlemeye tanınması gerektiği ve böylelikle rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olacağı ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmektedir.

* Bu makale, 23.11.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup birinci hakem onayından 28.11.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 30.11.2017 tarihinde geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar kelimeler: Rekabet yasağı sözleşmesi, görevli mahkeme, özel kanun-genel kanun ilişkisi, asliye ticaret mahkemesi, iş mahkemesi

ABSTRACT

While the Law on Labour Courts No. 5521 was in force, the competent court for disputes arising from non-compete agreements was acknowledged, de lege lata, as commercial court as per Article 4/ 1-c of the new Turkish Commercial Code No. 6102. This approach was also in line with judicial decisions. However, it was also argued that the competent court should be, de lege feranda, labour courts. With the inclusion of Article 5 titled "Competency" into the new Law on Labour Courts dated 25.10.2017 and No. 7036, the issue of whether disputes arising from non-compete agreements regulated under Article 444 et seq. of Turkish Law of Obligations numbered 6098, fall within the jurisdiction of labour courts needs to be addressed. In this study, the main focus will be whether disputes arising from non-compete agreements fall within the competence of labour courts, in accordance with wording of Article 5 of Law on Labour Courts which is as follows: "the agreements due to the employment relationship". While focusing on the main problem by interpreting the will of the lawmaker, applicable provision for the disputes arising from the non-compete agreements are going to be elaborated, in light of the (i) wording of the both provisions, (ii) lex specialis-lex generalis relationship between both provisions, (iii) purpose of the provisions, (iv) ratio legis, (v) scope of applicability of both provisions, (vi) opinions put forward in the literature and (vii) judicial decisions.

Keywords: Non-compete Agreements, Competent Court, lex-specialis and lex-generalis, Commercial Court, Labour Court

I. Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ ("TBK") "Özel Borç İlişkileri" başlıklı İkinci Kısımın "Hizmet Sözleşmeleri"ne ilişkin Altıncı Bölümü'nün İkinci Ayırımında pazarlamacılık sözleşmesi düzenlenmektedir. TBK 448'de "pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanan pazarlamacılık sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla tipik, tam iki taraflı, iş görme borcu doğuran, sürekli bir özel hukuk sözleşmesidir². Hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesine -bu sözleşme tipine has TBK 448 vd. hükümlerinin yanı sıra- hem bu niteliği dolayısıyla hem de TBK 469 hükmü-

¹ RG 04.02.2011/27836

² Bkz. **İbrahim Çağrı Zengin**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 25-26; **Umut Akdeniz**, "Pazarlamacılık Sözleşmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 4, 2013, s. 9-11; **Derviş Koç**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 39-40; **Gökhan Yalman**, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 19.

nün açık yollaması nedeniyle hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesi ile bir taraf (pazarlamacı) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer taraf da (işveren) ücret ödemeyi üstlendiğinden bu sözleşme aynı zamanda 4857 İş Kanunu³ (“İŞK”) 8 hükmü anlamında bir “iş sözleşmesi” ve pazarlamacı da “işçi”dir; dolayısıyla İŞK 1/2 gereği İŞK hükümleri de -TBK ile birlikte- pazarlamacılık sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulur⁴. Nitekim Yargıtay 9. HD de “(p)azarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu’nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu’nda bu sözleşmeye ilişkin özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu’nu sonra ise Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine başvurulacaktır” ifadeleriyle bunu açıkça teyit etmiştir⁵.

Pazarlamacılık sözleşmesinin devamı boyunca, sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümü olarak pazarlamacı işvereni ile rekabet etmeme borcu altındadır (TBK 450/1, 396/3). Bununla beraber, aradaki sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ortadan kalkan bu borcun, akdedilecek bir rekabet yasağı anlaşması yoluyla sözleşme sonrası dönemde de devam ettirilmesi olanaklıdır. Her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kısımda -ve ayrıca İŞK’da- bu konuda bir hukuki düzenleme mevcut değilse de, pazarlamacılık sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacak TBK 444/1 uyarınca, “*fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir*”. Farklı bir söyleyişle, TBK 444 vd. hükümlerindeki şartların yerine getirilmesi koşuluyla pazarlamacı, pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde işvereni ile rekabet etmeme borcu altına girebilir⁶.

³ RG 16.06.2003/25134

⁴ Bkz. **Zengin**, s. 26 vd. ve dpn. 75’te anılan yazarlar; ayrıca bkz. **Sarper Süzek**, İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2017, s. 288; **Koç**, s. 40 vd.; pazarlamacının İŞK’ya tâbi olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmaksızın işçi olduğunu ifade etmekle yetinen **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2017, s. 576; karşı. **Murat Topuz**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m. 448-460)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, İstanbul 2013, s. 344, 351; **Hamdi Mollamamotoğlu/Muhittin Asırlı/Ulaş Baysal**, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 480 vd.

⁵ Bkz. Yargıtay 9. HD’nin 18.11.2016 tarih ve 24670/19553 sayılı, 19.10.2015 tarih ve 22587/28954 sayılı kararları [https://emsal.yargitay.gov.tr (14.11.2017)].

⁶ Rekabet yasağı anlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. **Polat Soyer**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara 1994; **Sabah Altay**, “Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, s. 171-207; **Hakan Keser**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, Sicil, Y. 6, S. 24, 2011, s. 88-105; **Emre Ertan**, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012; **M. Fatih Uşan**, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003; **Ş. Esra Başkan**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, s. 116-125; **Sarper Sü-**

Genel hizmet sözleşmesine ilişkin bu düzenleme vasıtasıyla aynı olanak TBK kapsamındaki -genel ve özel- hizmet sözleşmeleri ile İşK anlamında iş sözleşmesi tahtında çalışan işçiler için de caridir. Bu nedenle, pazarlamacılık sözleşmesi bağlamında ilerleyen satırlarda yer vereceğimiz tespit ve değerlendirmeler TBK ve İşK'ya tâbi çalışanlar/işçiler bakımından da geçerli olacaktır⁷.

Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK ile birlikte İşK hükümlerine de tâbi olmasının, bu sözleşmeden doğan ihtilafların çözümleneceği görevli mahkemenin tespitine de etkisi vardır. 5521 sayılı (eski) İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁸ ("eİşMahK") yürürlükte olduğu dönemde, anılan Kanun'un "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen kişilerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur." şeklindeki 1/1. maddesi nedeniyle, TBK'nın yanı sıra "İşK'ya göre işçi sayılan" kimse niteliği de taşıyan pazarlamacı ile işvereni yahut işveren vekili arasında, pazarlamacılık sözleşmesinden veya İşK'dan kaynaklanan davaların görüleceği mahkeme iş mahkemesi olarak tespit edilmekteydi⁹.

zek. "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 457-468; **M. Tarık Güleriyüz**, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 118, 2015, s. 313-344; **A. Can Tuncay**, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 473 vd.; **Sevil Doğan**, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, Ankara 2017; ayrıca bkz. **Süzek**, İş Hukuku, s. 361 vd.

⁷ Pazarlamacı dışında, TBK'nın Onikinci Bölümü'nde düzenlenen bağlı tacir yardımcılar bakımından sözleşme süresinde cari olan rekabet yasağı TBK 553'te düzenlenmiş, ancak sözleşme sona erdikten sonraki döneme ilişkin akdedilebilecek rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Şayet bu yardımcılarla tacir arasında bir iş/hizmet sözleşmesi varsa akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesinin TBK 444 vd. hükümlerine tâbi olacağı tartışmasıdır. Ancak aradaki hukuki ilişki vekâlet veya ortaklık sözleşmesine ya da iş/hizmet sözleşmesi dışındaki başka bir sözleşmeye dayanıyorsa TBK 444. vd. yalnızca iş/hizmet sözleşmesi ile çalışanlara uygulanabileceğinden, taraflar bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetseler dahi bu sözleşme TBK 444 vd. hükümlerine değil genel hükümlere tâbi olacak, ancak anılan hükümler ya da acentelik ilişkisindeki rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin TK 123 düzenlemesi, işin mahiyetine uygun düşüğü ölçüde kıyasen uygulanma imkânı bulabilecektir [bu yönde bkz. **Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/N. Füsun Nomer Ertan)**, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015, N. 221, N. 1422; **Sema Aydın/Hasan Ali Kaplan**, "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 190, 191, 201; bkz. ve karşı. **Ahmet Emre Kaplan**, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017, s. 135 vd.]. Böyle bir durumda mutlak ya da nispi bir ticari dava söz konusu olmadığı, İşMahK 5'nin şartları da sağlanmadığı için uyuşmazlık, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülmek gerekecektir (HMK 2).

⁸ RG 04.02.1950/7424

⁹ Bkz. **Zengin** s. 179; **Koç**, s. 98. Pazarlamacılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların TK 4 anlamında -mutlak ya da nispi- ticari dava olamayacağı, bu nedenle TK 5 gereği asliye ticaret mahkemelerinde görülemeyeceği yönünde bkz. **Zengin**, 179. Pazarlamacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava olmadığından bunların asliye hukuk mahkemesinde görüleceği yönünde bkz. **Topuz**, s. 350. Yazarın pazarlamacı-

12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun¹⁰ ("İşMahK") 5. maddesinin 1. fıkrasının a) bendinde; iş mahkemele-
rinin, "5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları,
İşK'ya veya TBK'nın İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet
sözleşmelerine tabi işçiler¹¹ ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi
nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına"
bakmakla görevli olduğu hüküm altına alınmıştır. Pazarlamacı da, İşK'nın
yanı sıra, maddede zikredilen TBK'nın İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde dü-
zenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi işçi sıfatını taşıdığından, onunla işvereni
veya işveren vekili arasında iş ilişkisi nedeniyle kanundan ya da pazarlamacılık
sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkeme (eİşMahK
zamanında olduğu gibi) yine iş mahkemesi olacaktır.

Pazarlamacı ile işveren arasında TBK 444 anlamında bir rekabet yasağı
anlaşmasının geçerli şekilde akdedildiği varsayımında, bu anlaşmadan kaynak-
lanan bir davanın hangi mahkemede görüleceği sorusuna verilecek cevap ba-
kımından ise ayrı bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. Zira 6102 sayılı Türk Tica-
ret Kanunu¹² ("TK") 4/1-c'de, TBK'nın rekabet yasağına ilişkin 444-447. mad-
delerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava sayıla-
cağı, TK 5/1'de de aksine hüküm olmadıkça ticari davalara bakmakla görevli
mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu öngörülmüştür. Sırf bu durum
dahi, Türk doktrin ve yargısını rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmaz-
lığın çözümünde görevli mahkemenin tespiti noktasında bir dönem meşgul
etmişken, 7036 sayılı İşMahK ile iş mahkemelerinin görevi konusunda TK'ya
nazaran yeni tarihli ve özel bir düzenlemenin getirilmiş olması karşısında reka-
bet yasağından kaynaklanan uyuşmazlığın iş mahkemelerinde mi yoksa asliye
ticaret mahkemelerinde mi görüleceğinin -tekrar- bir sorun olarak Türk yargı
ve öğretisinin karşısına çıkması kaçınılmazdır.

İşbu çalışmada da rekabet yasağı anlaşması özelinde TK 4/1-c ve 5'in
İşMahK 5 karşısındaki durumunun değerlendirilmesi, sonuca göre pazarlamacı
ve iş/hizmet sözleşmesi kapsamında çalışanlar ile işveren arasında bu anlaş-
madan doğan ihtilâfın çözümlenmesinde görevli mahkemenin hangisi olduğu-
nun tespit edilmesi hedeflenmektedir.

II. 7036 (yeni) İşMahK'nın yürürlüğünden önceki durum

1. Yargıtay'ın değişen tutumu

eİşMahK'nın yürürlükte olduğu zaman diliminde verilen yargı kararlar-
ında, özellikle 2008-2012 arasındaki dönemde rekabet yasağı anlaşmasından
doğan uyuşmazlıkların eİşMahK 1/1 gereği iş mahkemesinde mi yoksa TK 4/1-

lık sözleşmesine İşK hükümlerinin uygulanmayacağı görüşünde olduğunu, bu nedenle
iş mahkemesini görevli görmemiş olabileceğini ekleyelim.

Nitekim Yargıtay 9. HD'nin 25.03.2015 tarih ve 7412/11911 sayılı kararında, pazarlamacı
ile işveren arasındaki davada asliye ticaret mahkemesinin değil, iş mahkemesinin gö-
revli olduğuna karar verilmiştir [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

¹⁰ RG 25.10.2017/30221

¹¹ Hükmün bu ifade tarzı, pazarlamacının -ve TBK'nın Hizmet Sözleşmesi başlığı altında
düzenlediği diğer bağımlı çalışanların- İşK anlamında işçi sıfatı taşıdıklarının kanun
koyucu tarafından da kabul edildiğini açıkça göstermesi bakımından önemlidir.

¹² RG 14.02.2011/27846

c ve 5/1 uyarınca asliye ticaret mahkemesinde mi görüleceği konusunda bir birliğin sağlanmadığı görülmektedir. Şöyle ki:

Yargıtay HGK'nın rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın tahsili istemini konu alan bir davaya ilişkin verdiği 22.09.2008 tarih ve 9-517/566 sayılı kararında, davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olup olmadığı hususu ön sorun olarak tartışılmış, bu kapsamda TK 4-5 ile eİşMahK 1 arasında ilişki;

“...Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalinden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık ‘öz ticaret hayatına’ ilişkin olmadığı gibi çözümü de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez (S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, S:94-95).

Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer’i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir.

Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vazetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye’de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder (Prof. Dr. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Yayınları, 2004, S:103). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 29.06.1960 gün, 1960/13 ve 1960/15 sayılı kararına göre; “...İş mahkemeleri iş akdinden doğan münasebetlerden çıkan davalardan bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla...” kurulmuştur, işçi sayılan kişilerle (Kanunla değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği karara bağlanmıştır. Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/82-65 sayılı karar).

Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.

...Yukarıdaki açıklamalar uyarınca; Borçlar kanununun 348 ve devamı maddelerine dayalı olarak iş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilerek ön sorun oyçokluğu ile aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir...¹³” demek suretiyle

¹³ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

açıklanmış ve rekabet yasağı sözleşmesinin iş/hizmet sözleşmesinden kaynaklanan, ona bağlı bir sözleşme olduğu vurgulanarak bundan doğacak uyuşmazlığın iş mahkemesinde hallinin gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay HGK, aynı konuya ilişkin 21.09.2011 tarih ve 9-508/545 sayılı kararında¹⁴ meseleyi yine ön sorun olarak ele almış, 22.09.2008 tarih ve 9-517/566 sayılı kararına atıfta bulunmak suretiyle ve oyçokluğuyla aynı sonuca varmıştır.

29.02.2012 tarih ve 2011-11-781/109 sayılı kararında¹⁵ mesele tekrar gündemine gelen HGK, bu sefer;

“...Kanun koyucu bu kuralı rekabet yasağı sözleşmesinin ticari işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle getirmiş olup; öğretide rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet akdi arasındaki yakın ilişki nedeniyle iş mahkemelerinin görevli olması gerektiği her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmenin mümkün olmadığı, dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılmasının anlamsız olduğu, bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık “öz ticaret hayatına” ilişkin olmadığı gibi çözümünün de ayrı bir uzmanlığı gerektirmeyeceği görüşü de savunulmaktadır (Soyer Polat a.g.e.,s:25; Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Onuncu Bası, s. 96).

Yukarıdaki ayrıntılı açıklamalar göstermektedir ki, iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibarıyla 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK'nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir.

...Davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli değildir. Zira, bu taahhüt iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır.

...Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3.maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığına duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir. O halde, mutlak ticari dava niteliğindeki eldeki davaya bakma görevi de ticaret mahkemesine ait olup; yerel mahkemenin, iş mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğundan bahisle, verdiği görevsizlik kararı usul ve yasaya aykırıdır...”

ifadeleriyle rekabet yasağı anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde görüleceğine oyçokluğuyla karar vermiştir¹⁶.

¹⁴ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

¹⁵ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

¹⁶ HGK'nın bu konuya ilişkin olarak 28.03.2012 tarih ve 9-77/248 sayılı bir kararı daha mevcut ise de, uyuşmazlığa konu iş sözleşmesi ve rekabet yasağı anlaşması dosya içerisinde bulunmadığından, temyiz incelemesi dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi ka-

Yargıtay HGK'nın konuya ilişkin tutumunun 2012'den sonra asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde devam ettiği görülmektedir. Gerçekten de 27.02.2013 tarih ve 2012-9-854/292 sayılı kararında¹⁷ HGK, "29.02.2012 gün ve 2011/11-781 E., 2012/109 K. sayılı kararlarında da aynı ilkelere[ri] benimsenmiş..." olduğunu belirterek anılan kararında vardığı rekabet yasağı anlaşması kapsamındaki davaların mutlak ticari davalardan olup asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği sonucunu -oyçokluğuyla- teyit etmiştir.

Yargıtay HGK'nın 25.12.2013 tarih ve 13-412/1708 sayılı kararında¹⁸ 29.02.2012 tarihli karara atıf yapılarak ve tabir caiz ise aynı şablon üzerinden, söz konusu uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girdiği sonucuna varılmış, fakat buna ek olarak:

"...Bu konuda, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 5/1. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/1.) maddesinde "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" hükmü nedeniyle, özel düzenleme bulunan, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesine göre, rekabet yasağının ihlaline ilişkin uyuşmazlığın iş mahkemesince ve iş hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 gün ve 2011/9-508 E., 2011/545 K. sayılı kararının da aynı yönde olduğu savunulmuşsa da, bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir." ifadesine de yer verilerek bu noktadaki görüş ayrılığı da karara yansıtılmıştır. Kararda ayrıca karşı oy da mevcut olup burada aynen "İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1.maddesi[nin], TTK.m.4'de belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5. maddedeki 'aksine hükmü' öngören bir düzenleme" olduğu dile getirilmiştir.

Nihayet HGK'nın 09.03.2016 tarih ve 2014-11-866/289 sayılı¹⁹, ayrıca ulaşabildiğimiz kadarıyla en güncel nitelikteki kararında yüksek mahkeme aynı gerekçelerle rekabet yasağı anlaşmasından doğan davada görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu içtihadını -yine oyçokluğuyla- devam ettirmiştir.

Yargıtay özel dairelerinin de 2012 yılından sonraki kararlarında HGK'nın güncel içtihadını takip ettiği gözlenmektedir. Şöyle ki:

Yargıtay 7. HD, 30.04.2015 tarih ve 2971/7786 sayılı kararında, HGK'nın yukarıda yer verdiğimiz 2012 ve 2013 tarihli kararlarına da atıfta bulunduktan sonra, TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı anlaşmasının ihlalden doğan davanın mutlak ticari nitelikte olduğuna ve asliye ticaret mahkemesinde görüleceğine karar vermiştir²⁰.

rarının verilmesiyle sonuçlanmıştır [karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

¹⁷ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

¹⁸ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

¹⁹ KazancıİBB (14.11.2017)

²⁰ Aynı yönde bkz. 7. HD'nin 30.06.2014 tarih ve 8426/14779 sayılı, 02.04.2014 tarih ve 4145/7247 sayılı, 17.02.2014 tarih ve 2013-20220/3922 sayılı, 30.01.2014 tarih ve 2013-18424/1336 sayılı, 16.01.2014 tarih ve 2013-15685/453 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

Aynı şekilde Yargıtay 9. HD'nin de artık istikrar kazandığı söylenebilecek yoğunluktaki kararlarında eİşMahK 1/1 ile ilgili olarak “rekabet yasağı anlaşmasının işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olmasının, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli olmadığı, iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olan bu taahhüdün iş hukukunun düzenleme alanı dışında kal[dığı]...²¹” vurgulanmakta, “...rekabet yasağının iş sözleşmesinin bitiminden sonraki bir tarihte ihlal edilmesinin iş mahkemelerini görevli olmaktan çıkar[dığı]”²²...” ifade edilerek TK 4’te mutlak ticari dava olarak düzenlenen bu davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği, rekabet yasağı sözleşmesine dayananların yanı sıra kaynağını iş sözleşmesinde bulan taleplerin de -örneğin ihbar tazminatı- davada ileri sürülmüş bulunması durumunda iş mahkemesinde çözülmesi gereken bu sonuncular bakımından davanın tefrik edilmesi gerektiği²³ belirtilmektedir.

Bununla beraber 9. HD, 11.10.2016 tarih ve 15516/17659 sayılı kararında, HGK’nın zaman içinde değişen görüşüne yer verdikten sonra, aynen;

“...5521 sayılı kanunda “İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu’ndan doğan uyuşmazlıklar[ın] iş mahkemelerinde görüleceği, 6102 sayılı kanunun 4/1.c maddesinde ise “Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddeleri ile ilgili doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu, ticari davalarda da delillerin ve bunların sunulmasının HMK hükümlerine tabi olduğuna vurgu yapıldıktan sonra, 5. maddesin-

²¹ Bkz. 9. HD'nin 03.06.2016 tarih ve 2015-4203/15796 sayılı (karşı oy), 25.05.2016 tarih ve 2015-1484/12412 sayılı (karşı oy), 25.02.2016 tarih ve 2014-32565/4063 sayılı, 01.12.2015 tarih ve 2014-24508/34003 sayılı (karşı oy), 07.05.2015 tarih ve 2014-4547/16861 sayılı (karşı oy), 29.04.2015 tarih ve 2014-2655/15807 sayılı, 01.04.2015 tarih ve 2014-850/12895 sayılı, 18.03.2015 tarih ve 5759/11036 sayılı, 22.01.2015 tarih ve 2014-37904/1890 sayılı, 06.11.2014 tarih ve 30199/33078 sayılı, 19.09.2014 tarih ve 2012-35116/27327 sayılı, 23.10.2014 tarih ve 2012-38752/30745 sayılı, 27.10.2014 tarih ve 2012-29554/31176 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

²² 9. HD'nin 23.11.2015 tarih ve 2014-35995/33148 sayılı, 23.11.2015 tarih ve 2014-35997/33150 sayılı, 29.06.2015 tarih ve 11218/23440 sayılı, 27.05.2015 tarih ve 2014-5443/19439 sayılı, 01.04.2015 tarih ve 2014-1263/12795 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7592/39463 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7593/39464 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7594/39465 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7595/39466 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7596/39467 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7597/39468 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7598/39469 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7599/39470 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7600/39471 sayılı, 22.12.2014 tarih ve 7601/39472 sayılı, 20.11.2014 tarih ve 2013-1787/34982 sayılı, 19.11.2014 tarih ve 2013-3338/34544 sayılı, 23.10.2014 tarih ve 2012-29671/30861 sayılı, 22.10.2014 tarih ve 2012-37894/30626 sayılı, 30.03.2014 tarih ve 2012-32096/28711 sayılı, 11.09.2014 tarih ve 20066/26233 sayılı, 02.07.2014 tarih ve 2012-24183/23220 sayılı, 03.06.2014 tarih ve 2012-25286/17992 sayılı, 02.06.2014 tarih ve 2012-14231/17680 sayılı, 15.15.2014 tarih ve 2012/13198/2014/15842 sayılı, 15.05.2014 tarih ve 2012-13199/15843 sayılı, 13.05.2014 tarih ve 2012-17520/15511 sayılı, 17.04.2014 tarih ve 9783/13041 sayılı, 17.02.2014 tarih ve 2012-314/4831 sayılı, 04.02.2014 tarih ve 2011-52388/3111 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

²³ Bkz. 9. HD'nin 17.04.2014 tarih ve 7545/13152 sayılı, 17.04.2014 tarih ve 7543/13160 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

de ise “aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalara bakacağı” açıkça belirtilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’ndaki kural aksine bir düzenleme değildir.”

şeklinde, HGK’nın 2008 ve 2011 tarihli, iş mahkemesini görevli kabul eden kararlarına paralel bir açıklamada bulunmuştur. Ancak davaya konu uyuşmazlık rekabet yasağı anlaşmasına değil, iş sözleşmesinin devamı sırasındaki sır saklama yükümlülüğüne dayandığından iş mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiş, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin olarak ise kararda başkaca açıklamaya yer verilmemiştir. 9. HD’nin konuyla ilgili daha güncel bir kararına rastlanmadığından bu karara dayanarak Daire’nin istikrar kazanmış denebilecek görüşünden döndüğü kanaatine varmak mümkün görülmemektedir.

Diğer taraftan, 9. HD’nin 2008 yılından önce verdiği kararlar arasında rekabet yasağı anlaşmasından doğan davada görevli mahkemeye ilişkin doğrudan değerlendirme yaptığı bir karara rastlanamamıştır²⁴.

Yargıtay 11. HD, konuya ilişkin ulaşabildiğimiz en son 24.10.2016 tarih ve 11487/8359 sayılı kararında²⁵ 2000 yılından bu yana verdiği kararların (“2000/8808 E.-2000/10150 sayılı karar”) aynı yönde olduğuna da işaret ederek, TBK 444’ten kaynaklanan davaların tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari dava olduğu, bu hususta herhangi bir unsurun, bağlanma noktasının veya sebebin, davanın ticari niteliğini değiştirmediği, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı, rekabet yasağı sözleşmesinin işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olmasının uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli olmadığı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir husu-

²⁴ Her ne kadar Yargıtay 22. HD’nin 16.01.2014 tarih ve 2013-1856/215 sayılı kararına ilişkin karşı oyda Yargıtay 9. HD’nin içtihatlarında İşK kapsamında işçi ve işveren sayılan kişiler arasında akdedilen rekabet yasağı anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi olarak kabul edildiği belirtilmiş ve anılan dainerinin 23.05.2006 tarih ve 6891/15193 sayılı kararı da bu yaklaşıma örnek olarak gösterilmişse de, mezkur karar rekabet yasağından doğan bir uyuşmazlığa ilişkin olmakla beraber kararda böyle bir davada görevli mahkemenin hangisi olduğuna dair herhangi bir değerlendirme ya da en azından ifade yer almamaktadır [karar için bkz. KazancıBB (14.11.2017)].

Bununla beraber, 9. HD’nin Uşan tarafından incelenen 02.12.2010 tarih ve 2008-41875/35558 sayılı kararında, rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi olarak karar veren Bakırköy 7. İş Mahkemesi olmasına karşın bu hususa ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmadığı ve neticede iş mahkemesinin kararını onadığı görülmektedir (karar için bkz. **M. Fatih Uşan**, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi”, Sicil, Y. 6, S. 21, 2011, s. 116 vd.). Böylelikle, görev meselesi yargılamanın her aşamasında re’sen incelenen bir husus olmakla, 9. HD’nin rekabet yasağı anlaşmasından doğan davaya bakmak noktasında iş mahkemesini -zımnen- görevli kabul ettiği söylenebilir.

9. HD, 13.10.2011 tarih ve 40012/37168 sayılı kararında ise rekabet yasağı sözleşmesine dayalı davada görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğuna açıkça hükmetmiş, ancak kararda yer verilen “rekabet yasağının dayanağı işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcudur. Hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme İş Mahkemesi olmasına rağmen...” ifadelerinden yüksek mahkemece sözleşmenin devamındaki rekabet etmeme borcunu rekabet yasağı sözleşmesinden farksız kabul edilmesi kararın sıhhatini tartışmaya açık hale getirmiştir (karar için bkz. **Levent Börü/İlker Koçyiğit**, Ticari Dava, Ankara 2013, s. 118-122).

²⁵ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

sa ilişkin olan bu anlaşmanın iş hukukunun düzenleme alanı dışında kaldığı ve asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girdiği görüşündedir²⁶. Bu gerekçelere ek olarak yüksek mahkeme, konuya ilişkin verdiği bazı kararlarında²⁷, “*ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi, "Rekabet Yasağı" kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur*” demek suretiyle uyuşmazlığın ticaret mahkemesinde çözümlenmesinin ihtisaslaşmanın bir gereği ve uzantısı olduğunu da vurgulamaktadır.

23.03.2017 tarih ve 2016-6184/3717 sayılı kararında Yargıtay 13. HD, sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı davranılmasında ticaret mahkemesinin görevli olduğu; mutlak ticari dava niteliğindeki bu dava-da iş mahkemesinin görevli bulunmadığı yönünde karar vermiştir²⁸.

Konuyla ilgili pek çok kararı bulunan Yargıtay 22. HD'nin yaklaşımının da artık istikrarlı denebilecek şekilde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu istikametinde bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu Daire'ye göre de, “...rekabet yasağının iş sözleşmesinin bitiminden sonraki bir tarihte ihlal edilmesi iş mahkemelerini görevli olmaktan çıkarmaktadır. Kaldı ki, davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlükte bulunan mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesiyle kanun koyucu çok açık bir şekilde mülga 818 sayılı Kanun'un 348. maddesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari davalardan olduğunu öngörmüştür (Yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki karşılığı 4/1.c maddesidir). Mutlak ticari davalar, herhangi bir unsurun, bağlama noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmediği davalardandır. Yargıtay Hukuk Genel [Kurulu'nun] 29.02.2012 tarihli 2011/11-781 esas, 2012/109 karar sayılı ilamında da, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, mülga 818 sayılı Kanun'un 348. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken uyuşmazlıklara ilişkin davaların 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3. maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığı ve mutlak ticari davaların görülme yerinin ise açık biçimde ticaret mahkemeleri olduğu belirtilmiştir²⁹”. 22. HD, rekabet yasağı anlaşmasından

²⁶ Bu yönde bkz. 11. HD'nin 17.10.2016 tarih ve 10595/8147 sayılı, 30.05.2016 tarih ve 5614/5901 sayılı, 08.02.2016 tarih ve 2015-6692/1101 sayılı, 03.11.2015 tarih ve 12296/11445 sayılı, 03.10.2016 tarih ve 10194/7663 sayılı, 20.01.2016 tarih ve 2015-14862/553 sayılı, 18.01.2016 tarih ve 2015-15714/429 sayılı, 12.01.2016 tarih ve 2015-15715/150 sayılı, 12.01.2016 tarih ve 2015-15096/157 sayılı, 28.09.2015 tarih ve 9585/9570 sayılı, 10.11.2014 tarih ve 10834/17252 sayılı, 15.09.2014 tarih ve 11540/13703 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

²⁷ 11. HD'nin 06.02.2015 tarih ve 2014-16022/1405 sayılı, 01.10.2014 tarih ve 2014/15007 sayılı, 18.09.2014 tarih ve 9659/13792 sayılı, 10.09.2014 tarih ve 10407/13534 sayılı, 17.06.2014 tarih ve 7526/11678 sayılı kararları [<https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)].

²⁸ <https://emsal.yargitay.gov.tr> (14.11.2017)

²⁹ 22. HD'nin 18.02.2016 tarih ve 2014-32278/4332 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. 22. HD'nin 19.01.2016 tarih ve 2014-27948/1165 sayılı, 18.01.2016 tarih ve 2014-28081/808 sayılı, 16.02.2015 tarih ve 2014-24252/34661 sayılı, 02.07.2015 tarih ve 2014-13280/22945 sayılı, 26.05.2015 tarih ve 2014-13720/18432 sayılı, 24.03.2015 tarih ve 2013-36837/11320 sayılı, 10.02.2015 tarih ve 2013-29244/4344 sayılı, 09.12.2014 tarih ve 2013-25336/34836 sayılı, 02.12.2014 tarih ve 2013-29037/34155 sayılı, 01.12.2014 tarih ve 2013-24215/33835 sayılı, 24.11.2014 tarih ve 21992/33038 sayılı, 18.11.2014 tarih ve 26248/32425 sayılı, 13.11.2014 tarih ve

doğan uyuşmazlıkların çözümünde asliye ticaret mahkemesinin görevli olmasını, yine diğer Daire kararlarında benzerine yer verilen “*ticari sırrın ne olduğu-nun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınmaz bir gerçeklik olduğu gibi, Rekabet Yasağı kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur*” şeklinde gerekçelendirmektedir³⁰.

Şimdiye kadar yer verilen tüm bu kararlardan açıkça anlaşıldığı üzere, TBK 444 vd.nda düzenlenen rekabet yasağı anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin hangisi olduğuna ilişkin karışıklık, Yargıtay HGK’nın 29.02.2012 tarihli kararında asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmesi, konu ile ilgili Hukuk Dairelerinin de 2012’den günümüze kadar -tespit edebildiğimiz kadarıyla- HGK ile hep aynı doğrultuda kararlar vermeleri karşısında Türk yargısı nezdinde hallolmuş görünmektedir.

2. Öğretideki görüşler

eİşMahK’nın yürürlükten kalktığı 25.10.2017 tarihine kadar Türk hukuk öğretisinde TBK 444 vd. anlamında rekabet yasağı anlaşmasından doğan davaların hangi mahkemenin görev alanına girdiği yahut girmesi gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretime bir görüş, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinden doğan davaların (e)/TK 4’te mutlak ticari dava olarak düzenlendiğini, dolayısıyla pozitif hukuk bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli bulunduğunu ifade ettikten sonra, görev yönünden rekabet yasağına ilişkin olarak hizmet sözleşmesine nazaran yapılan bu ayırımın makul bir sebepten yoksun, anlamsız ve isabetsiz olduğunu, zira rekabet yasağı anlaşmasının ticari işletmeyle ilgili olmayan bir hizmet sözleşmesiyle bağlantılı olarak da akdedebileceğini, bu nedenle olması gereken hukuk bakımından bu davaların ticari işletmeyle ilgisinin bulunması kaydıyla ticari dava sayılmasının yahut iş mahkemesinde görülmesini mümkün kılan bir yasal düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağını ileri sürmektedir³¹. Hatta *Domanıç* bu sonuncusu bakı-

29128/31557 sayılı, 03.11.2014 tarih ve 2013-19651/29967 sayılı, 30.10.2014 tarih ve 28969/29627 sayılı, 08.09.2014 tarih ve 23367/23122 sayılı, 16.06.2014 tarih ve 2013-15196/17323 sayılı, 27.05.2017 tarih ve 2013-13374/14711 sayılı, 20.05.2014 tarih ve 12653/13469 sayılı, 11.03.2014 tarih ve 2013-20240/5614 sayılı, 21.02.2014 tarih ve 2013-3717/3381 sayılı kararları [https://emsal.yargitay.gov.tr (14.11.2017)].

³⁰ 22. HD’nin 21.05.2015 tarih ve 2013-28285/18074 sayılı, 02.12.2014 tarih ve 2013-18724/34164 sayılı, 06.11.2014 tarih ve 27436/30578 sayılı, 23.09.2014 tarih ve 17976/25214 sayılı, 17.09.2014 tarih ve 2013-16764/24195 sayılı, 18.06.2014 tarih ve 2013-14974/17950 sayılı, 10.06.2014 tarih ve 8499/16773 sayılı, 03.06.2014 tarih ve 2013-35574/15622 sayılı, 08.05.2014 tarih ve 2013-10016/12223 sayılı, 06.05.2014 tarih ve 2013-26898/11688 sayılı, 17.04.2014 tarih ve 2013-8597/8519 sayılı (karşı oy), 16.01.2014 tarih ve 2013-1856/215 sayılı (karşı oy) kararları [https://emsal.yargitay.gov.tr (14.11.2017)].

³¹ Bkz. **Yaşar Karayalçın**, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 252; **Soyer**, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 25 (yazar, Yargıtay HGK’nın konuya ilişkin kararlarını değerlendirdiği makalesinde uyuşmazlığın çözülmesinde asliye ticaret mahkemesini görevli kabul eden 29.02.2012 tarihli HGK kararında varılan sonucun olan hukuk bakımından isabetli olduğunu belirttikten sonra, olması gereken hukuk bakımından iş mahkemesinin görevli kılınmasının daha yerinde olacağı görüşünü yinelemiştir (bkz. **Polat Soyer**, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat Şimdilik) Çözüldü - Yargıtay Hukuk Genel

mından bir adım daha ileri giderek, olan hukuk bakımından da “rekabet yasağı davalarının ticari sayılması için iş verenin tacir olması gerek...”tiği kanaatinde olduğunu ifade etmektedir³². Yine, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinin ayrılmaz bir ögesi ve yazgısının iş sözleşmesine bağlı olması, diğer rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından irade serbestisine öncelik veren kanun koyucunun bu sözleşmeyi nispi emredici hükümlerle düzenlemesinin iş sözleşmesinin özgün yapısından ve işçiyi koruma amacından kaynaklandığını ve bu yönüyle diğer iş hukuku davalarından farklı olmadığını göstermesi, rekabet yasağının yürürlüğüyle iş sözleşmesinin feshi arasında mutlak bir bağlantının bulunması, bunu da en iyi iş mahkemesinin değerlendirebilecek olması, rekabet yasağından doğan davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesinin işçiyi avans faizi yürütülmesine yol açması fakat iş mahkemesinde yasal faizin işletilecek olması³³, aynı taraflar arasında iş sözleşmesinden ve rekabet yasağı sözleşmesinden doğan taleplerin farklı davalarda görülmek gerekmesi, davalar arasında bağlantı olsa bile aynı düzey ve sıfatta mahkemeler olmadıklarından asliye ticaret ve iş mahkemelerinin birleştirme kararı verememesi karşısında aynı konuda çelişen kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmesi gerekçeleriyle de pozitif hukuk bakımından asliye ticaret mahkemesi görevli ise de olması gereken hukuka göre rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların iş mahkemesinde hâllinin daha doğru olacağı, bunun ise TK 4/1-c'nin değiştirilerek “rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447” ibaresinin metinden çıkarılmasıyla mümkün hâle geleceği ifade edilmektedir³⁴.

Kurulu'nun İki Farklı Kararı Hakkında Not-”, Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 473-475; **Veli Karagöz**, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezaî Şart (Karar İncelemesi)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 202-205; **Nesibe Kurt Konca**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 15, 2013, s. 93; **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara 2017, s.105; **Doğan**, s.166.

Erdoğan, TK 4'te ticari işletmeden değil, işletmeden bahsedildiği için sadece ticari işletme değil, esnaf işletmesinde çalışan bir kişinin rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle açılacak davanın da mutlak ticari dava olacağını söylemektedir (**Abdullah Erdoğan**, “Ticari Davalar”, REGESTA, C. 3, S. 1, 2013, s. 63). Gerçekten, TK 4/1-c'de “işletme” deyiimiyle yetinilmiş, ayrıca ticari işletme ifadesi kullanılmamış ise de hükmün lafzından, daha açık bir ifadeyle “işletmenin devralınması ... birleşmesi ... şekil değiştirmesi” tamlamasından bunun sadece TBK 202-203 ile ilişkili olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Esnaf işletmesinde istihdam edilen bir kişinin taraf olduğu rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davanın ticari dava olması TK 4/1-c'de işletme teriminin kullanılmasından değil, TBK 444-447 hükümlerinin açık ve hassaten zikredilmesi dolayısıylaıdır.

³² **Hayri Domanıç**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988, s. 195.

³³ Yürütülecek temerrüt faizinin türü, bu bağlamda avans faizi işletilmesi davanın görüldüğü mahkemeye göre değil aradaki işin ticari nitelikte olup olmamasına göre belirlendiğinden (bkz. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 2/2) bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Ayrıca, rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin karşı tarafında bir tacir varsa TK 19/2 gereği bu sözleşme ticari iş niteliğinde olacağından işçinin temerrüdü halinde sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile FaizK 2/2 uyarınca işçi avans faizi oranına göre temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilecektir.

³⁴ **Ertan**, s. 459-463.

Buna karşılık TK 4/1-(a) ilâ (f) hükümlerinde sayılan davaların ekonomik düzenin ve kredi düzeninin korunması, ticaretin vazgeçilmezi olan girişim, rekabet hukuku ve düzeni ile yakından ilgili olmaları, yoğunluğu değişse de her durumda öz ticaret hayatı ile ilgileri sebebiyle ticari dava olarak nitelendirildikleri, bu kapsamda sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin uyuşmazlıkların da öz ticaret hayatına mahsus, kişinin ekonomik özgürlüğü ve ticaret düzenine katılması ile ilgili bir konu olarak görüldüğü, sonuçta bunun mutlak ticari dava olarak düzenlenmesinin ticari davaya ilişkin ana düşünceye uygun ve isabetli bulunduğu da dile getirilmektedir³⁵. Ayrıca, kanun koyucunun eTK'nın yürürlüğe girmesi ile gösterdiği, eBK 348/TBK 444 vd.nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin mutlak ticari dava olması yönündeki iradesinin TK'da da aynen muhafaza edilmesi, bu sözleşmelerin bir tarafında çoğunlukla tacirin yer alması ve dolayısıyla ticari işletme ile sıkı ilişkisinin bulunması, rekabet yasağı anlaşmasını düzenleyen hükümlerin öz ticaret hayatına ilişkin (rekabet, işletme, rakip işletme, müşteri çevresi, üretim sırrı gibi) pek çok kavramı teknik terim olarak barındırması, asliye ticaret mahkemesinin hizmet sözleşmesi dışındaki diğer rekabet yasağı düzenlemeleri (TK 123, 230, 311, 396, 572, 613, 626) bakımından görevli mahkeme olması dolayısıyla bu konuda asliye ticaret mahkemesinin görevli olmasının hem olan hem de olması gereken hukuk yönünden yerinde olduğu, rekabet yasağı sözleşmesinin iş/hizmet sözleşmesi ile organik bağ içinde bulunmasına rağmen hukuki niteliği itibarıyla iş/hizmet sözleşmesi ya da onun fer'i bir sözleşme olmadığı, bundan doğan talepler İŞK'ya dayandırılmayacağı için eİŞMahK 1/1 gereği iş mahkemelerinin görevli olmasını gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı da belirtilmektedir³⁶.

Bir diğer görüşe göre, eBK 348 vd. (TBK 444 vd.)'nda düzenlenen, iş ilişkisinden doğan rekabet yasağının varlık sebebi iş sözleşmesi olduğundan bundan kaynaklanan uyuşmazlık da iş sözleşmesine dayanır. İŞK kapsamındaki işçinin rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesi olacaktır. İŞK'ya tabi olmayan işçiler bakımından ise asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Rekabet yasağı anlaşması ile ilgili uyuşmazlığın meydana geldiği anda sözleşmenin taraflarının -artık- işçi ve işveren sıfatını taşımayıp olmalarının, eİŞMahK 1'de bu sıfatların uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte aranmaması, uyuşmazlığın taraflarında kendini göstermesi karşısında bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca İŞK'ya göre işçi sayılan kimselerle işveren arasında rekabet yasağına aykırılıktan doğan davaların Yargıtay 9. HD'nin görev alanına girdiği belirlenmiştir. Bu görüşe göre İŞK kapsamında olmama, kişinin işçi sıfatını ortadan kaldırmaz; sadece İŞK hükümlerinin uygulanmasını engeller³⁷.

Bu görüşün geldiği noktadan bir adım daha ileri gidilmiş, TK 4 ve 5 hükmüne rağmen olan hukuk bakımından iş mahkemelerin ihtisas mahkeme-

³⁵ **Kaya (Ülgen vd.)**, N. 221.

³⁶ **Sinan Sarıkaya**, İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017, s. 1135-1142.

³⁷ **Faruk Baştürk**, Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1549-1555. Bu görüşe yöneltilen haklı eleştiriler için bkz. **Soyer**, Uler'e Armağan, s. 474, dpn. 13; **Ertan**, s. 458 dpn. 1830; **Doğan**, s. 166. **Baştürk**, olması gereken hukuk bakımından da bu uyuşmazlığın çözümünde iş mahkemesinin görevli olması gerektiğini ileri sürmektedir (s. 1553).

leri olması gerekçesiyle görevli kabul edilmeleri gerektiği dahi öğretide ileri sürülmüştür³⁸.

III. 7036 sayılı yeni İşMahK bakımından değerlendirme

Şimdiye kadar yer verilen yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler kapsamında, gelinen son nokta itibariyle *de lege lata* TK 4/1-c hükmüne rekabet yasağı anlaşmasında görevli mahkemenin tespiti bağlamında eİşMahK 1/1'e nazaran üstünlük tanındığı dolayısıyla bu davanın asliye ticaret mahkemesinde hâllolunacağı, ancak olması gereken hukuk açısından iş mahkemesinin görevli kılınmasının daha isabetli olabileceği çoğunluk kanaati olarak öne çıkmaktadır.

25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı yeni İşMahK'nın "Görev" başlıklı 5. maddesinde, konumuzu ilgilendiren kısmı itibariyle;

"(1) İş mahkemeleri;

a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,

... ilişkin dava ve işlere bakar."

düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm karşısında, öğretide *olması gereken hukuk* bağlamında dile getirilen görüşlerin olan hukuk niteliği kazanıp kazanmadığı, daha açık bir ifadeyle İşMahK 5 hükmünün TBK 444 vd. anlamında rekabet yasağı anlaşmasında görevli mahkemenin iş mahkemesi hâline gelmesi sonucunu doğurup doğurmadığı değerlendirilmek gerekir.

Burada öncelikle belirtmelidir ki, yukarıdaki bölümde yer verildiği üzere gerek asliye ticaret mahkemesini görevli eden kararlarında Yargıtay ve gerekse öğretide bu kararda varılan sonuç yönünde görüş bildiren yazarlar, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte taraflar arasındaki iş/hizmet sözleşmesi sona ermiş bulunduğundan davanın açıldığı sırada artık işçi-işveren sıfatlarının bulunmadığını, (e/)İşMahK'da iş mahkemesinin görevli olması için aranan bu şart yerine gelmediğinden bu davanın iş mahkemesinde görülemeyeceğini ifade etmekteydi. Aynı gerekçeler hükmün lafzı dolayısıyla kuşkusuz İşMahK 5 bakımından da geçerliliğini muhafaza etmektedir. Bu doğrultuda İşMahK 5'e göre de söz konusu davanın iş mahkemesinde görülmeyeceğini söylemek mümkündür.

Bir an için ve farz-ı muhal, bizce de isabetli olan bu gerekçenin yeni kanun döneminde kabule şayan görülmemesi durumunda ise İşMahK 5'in kişi yanındaki diğer unsurlarını da kapsayıcı bir yorum faaliyetinde bulunmak ge-

³⁸ **Börü/Koçyiğit**, s. 13-15. Hem eBK hem TBK'da rekabet yasağı anlaşmasının hizmet sözleşmesine ilişkin bölümde düzenlenmesi, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle doğan borcun kaynağının iş sözleşmesi olduğu, uyuşmazlığın doğduğu sırada tarafların işçi-işveren sıfatını devam ettirmiyor olmalarının görevli mahkemeyi değiştirmeyeceği, bu nedenle "iş mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin görüşün daha isabetli olduğu kanısında..." olduğunu açıklayan **Fevzi Şahlanan**, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkeme", *Tekstil İşveren Hukuk*, S. 418, Ocak-Şubat 2016, s. 3-4.

rekecektir. Ancak bu değerlendirme yapılmadan önce İşMahK ile TK'nın karşılıklı durumları ortaya konmalıdır.

eİşMahK 1/1 ile TK 4/1-c arasındaki ilişki öğretide şu şekilde ifade edilmektedir: TK 4/1-c, maddi hukuku düzenleyen temel bir koda yer alan usul hukukuna ilişkin bir hükümdür. (e/İşMahK ise usul hukuku alanında düzenlemeler getirmekte, m. 1/1'de de görev konusu düzenlenmektedir. Bu bakımdan HMK ile (e/İşMahK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi varsa da (eİşMahK 15/İşMahK 9), TK ile (e/İşMahK arasında bu türden bir ilişki ya da maddi hukuk anlamında bir bağlantı, neticede bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalarda görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin bu hükümler arasında hangisinin önceliğe sahip olduğunun tespitinde kanunların yürürlük tarihlerine bakıldığında eİşMahK'nın 1950, eTK'nın 1957 ve TK'nın 2012'de yürürlüğe girdiği görülmektedir. *Lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanunu bertaraf eder) ilkesinden hareket edildiğinde TK'ya üstünlük tanınması gerektiği anlaşılmaktadır³⁹.

Şu hâle göre, TK ile İşMahK arasında hiyerarşik bir üstünlük bulunmadığından bu iki kanunun aynı konuda birbiriyle çatışan düzenlemeler içermesi durumunda yine *lex posterior derogat legi priori* ilkesi devreye girecek⁴⁰, fakat bu sefer sonraki tarihli kanun TK değil İşMahK olduğundan öncelik İşMahK'da yer alan hükme verilecektir. Konumuz olan rekabet yasağı anlaşması bakımından da, şayet İşMahK 5 hükmünün bu anlaşmadan doğan uyuşmazlıkları da kapsar bir düzenleme içerdiği tespit edilirse görevli mahkemenin de artık asliye ticaret değil iş mahkemesi olduğu sonucuna varılmak gerekebilecektir⁴¹.

Bu bağlamda ilk olarak İşMahK 5'in lafzı incelendiğinde, eİşMahK 1/1'de görev konusu kişi bakımından -istisnalar hariç- iş kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya vekili arasındaki davalar açısından ele alınmış olmasına karşılık İşMahK 5'te kişi bakımından kapsamın genişletildiği, 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçilerin de düzenlemenin kapsamına alındığı gözlenmektedir. Bu durumda TBK'nın ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmesi türlerinden biri olan pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışan işçinin Kanun'un kişi bakımından kapsamına girdiği şüphesizdir.

eİşMahK 1/1'de iş mahkemesinin görevli olması uyuşmazlığın "iş akdin-den veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından" doğmasına bağlanmıştı. İşMahK 5/1-a'da ise bu husus "iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre şayet rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık "iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan" bir uyuşmazlık olarak nitelenirse bu

³⁹ Ertan, s. 456-458.

⁴⁰ Kanunlar çatışması durumunda başvurulacak ilkeler bakımından pek çokları yerine bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 83 vd.; **Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin**, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2016, s. 261-262.

⁴¹ Bununla birlikte, anılan hukuk ilkesinin bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk kuralı zannedilmemesi gerektiği yönünde bkz. **Tahir Çağa**, "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/3, s. 371 dpn. 14.

açından da İşMahK 5'in kapsamına girdiği ve çözüm yerinin iş mahkemesi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Bu hususa ilişkin olarak, rekabet yasağı anlaşmasından doğan bir uyuşmazlığın "sözleşmeden" doğmuş bulunduğu, bunun kanuna dayanan bir borç olmadığı konusunda tereddüt bulunmamalıdır. eİşMahK döneminde ileri sürülen ve rekabet yasağı sözleşmesinin hukuki niteliği icabı iş ilişkisinin ayrılması gibi sebeplerle bundan doğan davayı geniş anlamda iş akdinden kaynaklanan dava olarak kabul eden görüşün -ki Yargıtay HGK'nın 22.09.2008 tarih ve 9-517/566 sayılı kararında da rekabet yasağı sözleşmesinin dayanağının iş ilişkisi olduğu belirtilmiştir-, rekabet yasağı anlaşmasının her zaman bir "iş ilişkisi nedeniyle" akdediliyor olması göz önünde bulundurulduğunda, yeni Kanun döneminde daha güçlü bir şekilde savunulabileceği pekâlâ söylenebilir. Buna karşılık Yargıtay HGK'nın 22.09.2008 tarihli kararında varılan sonuca öğretide, rekabet yasağı sözleşmesinin dayanağının kararda belirtildiği üzere işçinin sadakat borcu değil, bu hususu düzenleyen ayrı bir sözleşme olduğu, sadakat borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra devam ettiği düşünüldüğünde dahi bu durumda tarafların eİşMahK 1'de aranan işçi ve işveren olma sıfatlarını artık taşıyor olmaları nedeniyle anılan kanunun kapsamı dışında kaldıkları gerekçeleriyle getirilen eleştiri yeni Kanun zamanında da geçerliliğini sürdürebilir görünmektedir⁴². Başka bir deyişle, rekabet yasağı sözleşmesinin taraflar arasında herhangi bir surette iş ilişkisi kurmaması dolayısıyla bundan doğan uyuşmazlığın iş ilişkisi nedeniyle doğmuş kabul edilemeyeceğini ileri sürmek de aynı derecede savunulabilir⁴³. Bu kabulde ise rekabet yasağı sözleşmesi lafzen dahi İşMahK 5'in kapsamına girmediğinden bu sözleşmeden doğan davanın görüleceği mahkemeye ilgili olarak bu hükümlerle TK 4-5 arasında bir çatışmanın bulunmadığı, dolayısıyla rekabet yasağı anlaşması bakımından uygulama alanı bulunmayan İşMahK 5'in bundan doğan davanın iş mahkemesinde görülmesini gerektirmeyeceği söylenmelidir.

Şu durumda, yapılacak yorum faaliyetinde söz konusu düzenlemelerin gerekçeleri kanun koyucunun bu konudaki iradesinin tespiti bakımından gözden uzak tutulmamalıdır.

Rekabet yasağı anlaşması bakımından eTK 4'teki düzenlemenin güncel bir tekrarı niteliğindeki TK 4'ün gerekçesinde bu sözleşmeyle ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. eTK 4'ün gerekçesinde ise, maddi hukukun tatbiki bakımından 'ticari işler' kavramına giren bütün meselelerin değil, yalnız mahiyet ve bünyesi itibarıyla yargıcın özel bir ihtisasına ihtiyaç gösteren meselelerin ticari dava olarak vasıflandırıldığı, her iki tarafın tacir sıfatı ve uyuşmazlık konusu için bu sebepten dolayı ticari sayılması olgusunun yanı sıra, tarafların sıfatına bakılmaksızın öz ticaret hayatına mahsus olmaları dolayısıyla ayrı bir ihtisas cephesini arz eden muamelelerin de -ki rekabet yasağı anlaşması da bu bağlamda değerlendirilmiştir- ticari dava sayıldığı belirtilmiştir. Şüphesiz aynı gerekçe TK 4 için de geçerlidir.

İşMahK 5'in madde gerekçesinde, aynen; "(m)adde ile, iş mahkemelerinin görev alanı düzenlenmektedir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1 inci maddesinde, iş kanunlarına göre işçi sayılan kimseler ile işveren veya işveren

⁴² **Soyer**, Uler'e Armağan, s. 473-475.

⁴³ Nitekim bu hususlarda bkz. yuk. dpn. 35-37 arasında anılan görüşler.

vekilleri arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların iş mahkemelerinin görev alanına girdiği hükme bağlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan düzenleme ile, iş mahkemelerinin görev alanı genişletilerek 5521 sayılı Kanununda düzenlenen uyuşmazlıkların yanı sıra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısım Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerinden (genel hizmet sözleşmesi, pazarlama sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kaynaklanan işçi ve işveren uyuşmazlıkları da kapsama alınmaktadır. Ayrıca sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler değil 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamındaki gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemiadamları da kapsama alınmakta ve bunlar ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağı kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler 5953 sayılı Kanunun ek 4 üncü maddesi ve 854 sayılı Kanunun 46 ncı maddesiyle de uyumludur.

Böylece iş mahkemeleri, işçi ve işveren arasındaki tüm ihtilafları çözmekle görevlendirilerek tam bir ihtisas mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımla, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda istikrarlı kararların verilmesi sağlanacak, uzmanlık sebebiyle kısa sürede daha güvenilir sonuçlar elde edilecek ve yargı yoluna başvuranların hakları daha iyi korunacaktır” ifadelerine yer verilmektedir.

İşMahK'ya ilişkin genel gerekçede ise 1950 yılından beri uygulanmakta olan eİşMahK'nın bu süreçteki değişiklikler, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararları ve 6100 sayılı HMK ile uyumsuzlukları, ayrıca iş hayatında meydana gelen hızlı değişim ve gelişim nedeniyle artan iş yükü karşısında Kanun'un yeniden ele alınması ihtiyacının doğduğu ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, eİşMahK'nın değiştirilme saiklerinden birinin diğer kanunlarla eİşMahK arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi olduğu gerekçede açıkça vurgulanmasına rağmen, ne genel gerekçede ne de 5. maddenin gerekçesinde TK 4/1-c ile eİşMahK 1/1 arasındaki çatışmadan bahsedilmiştir. Öğretide hâlen tartışılmakta olan, 2008-2016 tarihleri arasında toplamda yedi adet ve farklı yönlerde HGK kararına konu olmuş, bundan hareketle bu konuda bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç bulunduğu önemle belirtilen ve tam da eİşMahK'nın göreve ilişkin maddesine eklenecek açık bir hükümle kolayca çözümlenebilecek bir meselede, üstelik kanunlar arasındaki uyumsuzluğu gidermek amacıyla hareket ettiğini dile getiren kanun koyucunun bu hususta sessiz kalması, ya meseleyi görmediği yahut görmezden geldiği ve böylelikle sorunun çözülmesi fırsatını kaçırdığı ya da Yargıtay HGK ve konuyla ilgili diğer tüm dairelerin asliye ticaret mahkemesini görevli kabul eden son dönemdeki kararları doğrultusunda sorunun çözüldüğünü düşündüğü, bu nedenle bu konuda artık bir düzenleme yapmaya ihtiyaç hissetmediği söylenmelidir.

Kaldı ki, bir an için sonraki kanun niteliğindeki İşMahK'nın 5. maddesinin TK hükümleri ile eşit olmadığı, bir usul kanunundaki göreve ilişkin düzenlemenin TK karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı kabul edilse dahi bu durum her hâlde İşMahK'ya üstünlük tanınmasının zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Zira öğretide iki hükmün birbirine kıyasla özel ve genel hüküm teşkil etmelerinin genel hükmün bertaraf edildiğinin kabulü için yeterli olmadığı, bunun için kanun koyucunun özel hükmü sevk ederken bunun genel hükmü bertaraf etmesini amaçlamış olmasının da gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, “özel hüküm genel hükmü bertaraf eder” ilkesinin de tıpkı “lex posterior

derogat legi priori (sonraki kanun kendisine aykırı olan önceki kanunu yürürlükten kaldırır)” esası gibi bağlayıcı bir pozitif hukuk normu olmadığı, bunun ancak kanun koyucunun bunu arzu ve irade etmiş olması halinde geçerli olabileceği, kanun koyucunun niyetinin bu yönde olduğunun şayet direkt veya dolaylı olarak tespit edilemiyorsa özel hükümlerle güttüğü amaca göre ortaya çıkarılması gerektiği dile getirilmektedir⁴⁴. Bu tespit ise öncelikle hükmün gerekçesine bakılarak yapılabileceği şüphesizdir. İşMahK’nın genel gerekçesi ve 5. maddesinin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, hemen yukarıda belirtildiği üzere, bu hükümlerle kanun koyucunun TK 4/1-c ve dolayısıyla TK 5 düzenlenmesinin uygulanmasını bertaraf etmek istediği, arzu ve iradesinin bu yönde olduğu şeklinde bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.

Bu durum, eTK düzenindeki hükmün TK’ya aynen aktarılmasının kanun koyucunun asliye ticaret mahkemesinin bu konuda görevli olması yönündeki iradesini çok güçlü bir şekilde ortaya koyması ve bundan taviz vermek istemediğini göstermesi, ayrıca TK 4’ün “ tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın” şeklindeki lafzı ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun İşMahK 5’in kapsamına TBK 444 vd.nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaları almayı istemediğini, bu yönde bir iradesinin olmadığını, aksine TK 4’ün serüveni nazara alındığında kanun koyucunun bu davaların asliye ticaret mahkemesinde görülmesini arzu ettiği sonucuna varılmak gerekir.

IV. Sonuç

Kanun koyucunun eBK 348/TBK 444 vd.nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların eTK döneminden beri mutlak ticari dava olarak düzenlenmesi yönündeki ve TK ile de aynen devam ettirdiği tercihinin, İşMahK 5’in “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden” doğan hukuk uyuşmazlıklarının iş mahkemesinin görev alanına girdiği yönündeki lafzı karşısında değişmiş kabul edilip edilemeyeceği tartışılmaya değer bir husustur. İşMahK 5’in anılan lafzının rekabet yasağı sözleşmesini de kapsadığı sonucuna varılırsa, buna bağlı olarak *lex posterior* niteliğindeki bu hüküm TK 4 ve 5’e nazaran öncelik kazanacak ve iş mahkemeleri görevli kabul edilmek gerekebilecektir. Fakat rekabet yasağı sözleşmesinin taraflar arasında herhangi bir surette iş ilişkisi kurmaması dolayısıyla bundan doğan uyuşmazlığın iş ilişkisi nedeniyle doğmuş kabul edilemeyeceği, taraflar artık işçi ve işveren sıfatını taşımadığından da İşMahK 1/1’in uygulanma olanağı bulunmadığı kabulünün yeni İşMahK 5 karşısında da geçerliliğini sürdüreceği ifade edilmelidir. Aksi kabul halinde dahi, İşMahK’nın genel gerekçesi ve 5. maddesinin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenleme ile kanun koyucunun TK 4/1-c ve dolayısıyla TK 5 düzenlenmesinin uygulanmasını bertaraf etmek gibi bir arzu ve iradesinin bulunmadığı, aksine TK’nın anılan hükümlerinin 1956 tarihli eTK’den bu yana hiç değişmeden gelmesinin kanun koyucunun bu uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi yönündeki iradesinin ne derece güçlü olduğunu gösterdiği, sonuçta İşMahK ile TK arasında bu hususta bir çatışma olduğu düşünülse de burada üstünlüğün TK’ya tanınması gerektiği ve İşMahK 5’e rağmen TBK 444 vd.nda düzenlenen rekabet yasağı anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁴ Çağa, s. 373-375.

KAYNAKÇA

Akdeniz Umut, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 4, 2013, s. 1-34.

Altay Sabah, “Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, s. 171-207.

Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara 2017.

Aydın Sema/Kaplan Hasan Ali, “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 165-203.

Baskan Ş. Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, s. 116-125.

Baştürk Faruk, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1539-1556.

Börü Levent/Koçyiğit İlker, Ticari Dava, Ankara 2013.

Çağa Tahir, “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 366-375.

Doğan Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, Ankara 2017.

Domanıç Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988.

Erdoğan Abdullah, “Ticari Davalar”, REGESTA, C. 3, S. 1, 2013, s. 57-77.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2017.

Ertan Emre, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.

Güleryüz M. Tarık, “İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 118, 2015, s. 313-344.

İşıқтаç Yasemin/Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2016.

Kaplan Ahmet Emre, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017.

Karagöz Veli, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 193-216.

Karayalçın Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.

Kaya Arslan (Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Nomer Ertan N. Fusun), Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015.

Keser Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, Sicil, Y. 6, S. 24, 2011, s. 88-105.

Koç Derviş, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

Konca Nesibe Kurt, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 15, 2013, s. 79-125.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016.

Sarıkaya Sinan, İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017, s. 1121-1145.

Soyer Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara 1994.

Soyer Polat, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat Şimdilik) Çözümlendi - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun İki Farklı Kararı Hakkında Not-”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 473-501.

Süzek Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 457-467.

Süzek Sarper, İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2017.

Şahlanan Fevzi, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkeme”, Tekstil İşveren Hukuk, S. 418, Ocak-Şubat 2016, s. 2-5.

Topuz Murat, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m. 448-460)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 293-356.

Tuncay A. Can, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016.

Uşan M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.

Uşan M. Fatih, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi”, Sicil, Y. 6, S. 21, 2011, s. 116-128.

Yalman Gökhan, Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017.

Zengin İbrahim Çağrı, Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE KARŞILAŞTIRMALI REKLÂMLARDA GEREKSİZ YERE KÖTÜLEME YASAĞI

(UNNECESSARILY ABUSIVE COMPARATIVE ADVERTISING ACCORDING
TO TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Asuman Yılmaz*

ÖZ

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 hükmü, haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklâmları düzenlemektedir. Kural olarak karşılaştırmalı reklâm hukuka aykırı değildir ve haksız rekabet oluşturmaz. TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 uyarınca, karşılaştırma gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde yapılmış ise, haksız rekabet teşkil eder. Bu çalışmada, karşılaştırmalı reklâmlarda gereksiz yere kötüleme yasağı ele alınıp incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı Reklâmlarda Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı, "Gereksiz Yere Kötüleme" Unsurunun Tespiti, Kötülemenin Savunma Amaçlı Yapılması, Mizah ve İroni İçeren Karşılaştırmalı Reklâmlar.

ABSTRACT

Comparative advertising is regulated under Article 55/1, b. (a)-5 of Turkish Commercial Code ("TCC"). In principal, comparative advertising is not illegal and does not constitute an unfair competition. However, the cases where the comparison is untrue, misleading, unnecessarily abusive against competitors or comparison is made to benefit from the prestige of the competitor, constitute unfair competition as per Article 55/1, b. (a)-5 of TCC. In this study, the unnecessarily abusive comparative advertising will be evaluated.

Keywords: *Unnecessarily Abusive Comparative Advertising, Determining the "Unnecessarily Abuse" Factor, Defensive Abuse Action, Comparative Advertising Includes Humuor and Irony.*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) haksız rekabet hukuku alanında getirdiği önemli yeniliklerden birisi de, karşılaştırmalı reklâmlara ilişkin

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ayilmaz@ticaret.edu.tr).

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 hükmüdür¹. Söz konusu norm uyarınca, *kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, onların malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek, dürüstlük kuralına aykırı ve yasaktır.*

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 hükmü, İsviçre’de yürürlükte olan 19 Aralık 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Federal Kanun’un (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) 3. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinden tercüme edilerek alınmıştır². Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere³, karşılaştırmalı reklâm kuralı olarak hukuka aykırı değildir ve haksız rekabet olarak nitelendirilemez.

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesi uyarınca, karşılaştırma eğer

- gerçeğe aykırı,
- yanıltıcı,
- rakibini gereksiz yere kötüleyici veya
- gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde

yapılmış ise, haksız rekabet oluşturur. Bu çalışmada, anılan dört unsurdan birisi olan, karşılaştırmalı reklâmlarda gereksiz yere kötüleme yasağı üzerinde durulacaktır.

I. KARŞILAŞTIRMALI REKLÂMLARDA GEREKSİZ YERE KÖTÜLEME YASAĞI

1. Genel Olarak

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesi *kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde; başkaları, onların malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmamanın ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmenin*, hukuka aykırı ve yasak olduğunu hükme bağlamaktadır. Buna göre, karşılaştırmalı reklâmlarda reklâm verenin, rakibini veya onun sunduğu ürün veya hizmetleri gereksiz yere kötülemesi dürüstlük kuralına aykırıdır ve haksız rekabet teşkil eder. Söz konusu norm, Türk Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin 1. alt ben-

¹ 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu bu hususta özel bir düzenleme içermemekteydi. Fakat, uygulamadaki ihtiyaçlar nedeniyle anılan Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde de karşılaştırmalı reklâm öğretide tartışılmış ve yargı kararlarına konu olmuştur.

² Türk Ticaret Kanunu’nun karşılaştırmalı reklâmlara dair hükmü hazırlanırken, bu konuda ayrıntılı bir düzenleme öngören Avrupa Birliği’nin 12 Aralık 2006 tarihli Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklâmlara İlişkin 2006/114 sayılı Yönergesi yerine, İsviçre Hukuku’nun esas alınması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. *Bozbel*, S.: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006, s. 95 vd.; *Bozbel*, S.: Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Karşılaştırmalı Reklam, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), İstanbul 2012, s. 112; *Özsunay*, E.: Karşılaştırmalı Reklamlar, AB Yönergesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Gözlemler, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), İstanbul 2009, s. 161.

³ Madde gerekçesi için bkz. *Kendigelen*, A.: Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 178.

dine⁴ göre özel hüküm niteliğindedir ve uygulama alanı gereksiz yere kötüleyici karşılaştırmalarla sınırlıdır.

Avrupa Birliği'nin 12 Aralık 2006 tarihli Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklâmlara İlişkin 2006/114 sayılı Yönergesi'nin 4. maddesinin (d) bendi, karşılaştırmalı reklâmlarda "kötüleme ve tahkir yasağını" düzenlemektedir. Anılan norm uyarınca⁵, karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullarından birisi de, *reklâm aracılığıyla rakibin markasının, ticaret unvanının veya diğer ayırt edici işaretlerinin ya da mallarının, hizmetlerinin, faaliyetlerinin veya ilişkilerinin kötülenmemesi veya tahkir⁶ edilmemesidir⁷.*

Karşılaştırmalı reklâmlarda kötüleme yasağı Alman Hukuku'nda, Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun'un (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) 6. paragrafının 2. fıkrasının (5) numaralı bendinde düzenlenmiştir⁸. Söz konusu hükme göre, *rakibin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya kişisel ya da ticarî ilişkilerini kötüleyen veya tahkir eden karşılaştırmalar* hukuka aykırıdır ve haksız rekabet oluşturur.

"Kötülemek" genel olarak, bir kişi veya bir şey hakkında olumsuz, hoş olmayan, aşağılayıcı sözler sarf etmektir. TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 anlamında kötüleme ile, karşılaştırmalı reklâm aracılığıyla rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında reklâmın muhatabı olan kesim nezdinde olumsuz izlenim uyandırılması, rakibin ya da onun sunduğu ürün veya hizmetlerin değerinin düşürülmesi, azaltılması kastedilmektedir⁹.

⁴ TTK m. 55, f. 1, b. (a)-1 uyarınca, *başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını veya ticarî işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici beyanlarla kötülemek*, haksız rekabet teşkil eder.

⁵ Bu çalışma kapsamında tercüme yapılırken orijinal metne bağlı kalınmakla birlikte, daha anlaşılır bir şekilde ifade edebilmek amacıyla gerektiğinde bazı kelimelerin tam Türkçe karşılığı kullanılmamıştır.

⁶ Tahkir, kötülemenin daha şiddetli hâlidir ve hakaret etme, aşağılama, alay etme, hor görme anlamına gelir. Bkz. *Köhler, H./Bornkamm, J.: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 35. Aufl., München 2017, § 6 UWG Rn. 166; *Gloy, W./Loschelder, M./Erdmann, W.: Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 4. Aufl., München 2010, § 60 Rn. 73; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 4. Aufl., München 2016, § 6 UWG Rn. 206; *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt: Herausgegeben von Gordian N. Hasselblatt*, 4. Aufl., München 2012, § 23 Rn. 118; *Keppedies, A.: Vergleichende Werbung, Die europäischen Harmonisierungsbemühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht*, 1. Aufl., Göttingen 2005, s. 217 vd.

⁷ "*Vergleichende Werbung gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:*

(...) d) durch sie werden weder die Marken, die Handelsnamen oder andere Unterscheidungszeichen noch die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglümptf.

⁸ Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun'un 6. paragrafı, karşılaştırmalı reklâmları düzenlemektedir ve Avrupa Birliği'nin Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklâmlara İlişkin 2006/114 sayılı Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır.

⁹ Aynı doğrultuda bkz. *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 166; *Ohly, A./Sosnitza, O.: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 7. Aufl., München 2016, § 6 UWG Rn. 66; *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 60 Rn. 73; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack*, § 6 UWG Rn. 207; *Keppedies*, s. 213; *Bozbel*,

Kötüleme gerçek olgulara dayanan ya da gerçek dışı iddialar veya değer yargıları yoluyla yapılabilir¹⁰. Madde metninde de belirtildiği üzere, karşılaştırmalı reklâmlarda kötülemenin konusunu, *başkaları, onların malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatları* oluşturabilir.

Hükmün uygulanabilmesi için, reklâm verenin, rakibini ya da onun sunduğu ürün veya hizmetleri kötüleme amacıyla hareket etmesi zorunlu değildir. Bu konuda belirleyici olan, reklâmın hitap ettiği kesimde uyandırılan algıdır¹¹. Reklâmın muhatabının tüketiciler olması durumunda, normal bilgi ve dikkat seviyesine sahip, makul, ortalama bir tüketicinin esas alınması gerekir¹².

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5’de öngörülen gereksiz yere kötüleme yasağının amacı, rakipleri korumak, rakibin ya da onun sunduğu ürün veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklâm aracılığıyla istismar edilmesini önlemektir. Çünkü, hiç kimse rakibi tarafından yapılan reklâmda kötülenmeye tahammül etmek zorunda değildir¹³.

Madde metninde, “*üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek*” ifadesi kullanılmak suretiyle, kötülemenin bir üçüncü kişi lehine, bu kişiyi rekabette öne geçirme amacıyla da yapılabileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde, belirli bir şahıs veya işletmeyi rekabette avantajlı duruma getirme gayesi gütmeksizin, tamamen ideal amaçlarla yapılan karşılaştırma da, koşulları varsa gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl edebilir. Dolayısıyla, bir üçüncü kişi (örneğin, köşe yazarları, tüketici dernekleri veya diğer sivil toplum kuruluşları) tarafından yapılan ve tüketicileri bilgilendirme amacı güden ürün veya hizmet karşılaştırmaları da, TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5’de düzenlenen gereksiz yere kötüleme yasağının uygulama alanına dâhildir¹⁴.

Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 124; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum, s. 116; *Ütgen, H./Helvacı, M./Kendigelen, A./Kaya, A./Nomer Ertan, N. F.*: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015, s. 539, kn. 1152; *Nomer Ertan, N. F.*: Haksız Rekabet Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre, İstanbul 2016, s. 131; *Özdemir, S. S.*: Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklâmlar, İstanbul 2013, s. 24 vd.

¹⁰ *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 166; *Ohly/Sosnitza*, § 6 UWG Rn. 65; *Dreher, H.*: Rufausbeutungs- und Herabsetzungsverbot im Recht der vergleichenden Werbung, 1. Aufl., Berlin 2016, s. 207 vd.; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 124; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum, s. 116.

¹¹ *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 165; *Ohly/Sosnitza*, § 6 UWG Rn. 66.

¹² EuGH, GRUR 2003, s. 536 (*Pippig Augenoptik/Hartlauer Kararı*); BGH, GRUR 2002, s. 984 (*Die Steinzeit ist vorbei! Kararı*); BGH, GRUR 2010, s. 164 (*Gib mal Zeitung Kararı*); *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 165, 176; *Ohly/Sosnitza*, § 6 UWG Rn. 66; *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 60 Rn. 74; MünchKomm UWG/*Menke*: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG), Band 2: §§ 5-20 UWG, 2. Aufl., München 2014, § 6 UWG Rn. 284; *Kebbedies*, s. 216.

¹³ Aynı yönde bkz. MünchKomm UWG/*Menke*, § 6 UWG Rn. 279; *Plaß, G.*: Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, s. 3167; *Kebbedies*, s. 212 vd.; *Dreher*, s. 85, 97, 214; *David, L./Jacobs, R.*: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012, s. 55, N. 152; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 126.

¹⁴ Aynı doğrultuda bkz. *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 110 vd.; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum, s. 114; *Güven, Ş.*: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012, s. 70; *Şener, O. H.*: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 629.

2. “Gereksiz Yere Kötüleme” Unsurunun Tespiti

a. Genel Olarak

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesinde “rakibini gereksiz yere kötüleyici (...) şekilde” ifadesi kullanılmak suretiyle, karşılaştırmalı reklâmda kötülemenin değil, “gereksiz yere kötülemenin” hukuka aykırı olduğu ve haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, gereksiz yere kötüleme yasağının ihlâl edildiğinden bahsedebilmek için, somut olayda her karşılaştırmalı reklâmda rakip aleyhine ortaya çıkabilecek olan negatif etkinin ötesinde, karşılaştırmanın orantısız bir şekilde menfi, küçük düşürücü veya subjektif bir görünüm arz etmesini sağlayacak bazı özel koşulların gerçekleşmesi gerekir¹⁵.

Karşılaştırmalı reklâma eşlik eden özel koşulların reklâmı hukuka aykırı hâle getirip getirmedini tespit etmek için yapılacak değerlendirmede, *reklâm verenin, rakibin ve tüketicilerin çıkarlarının birlikte dikkate alınması ve karşılaştırmalı reklâmın tüketicileri objektif olarak bilgilendirme işlevi ile ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulması* gerekir¹⁶. Çünkü, karşılaştırmalı reklâma izin verilmesinin sebebi, bu tür reklâmların rekabeti teşvik edici etkisi, özellikle de tüketicileri objektif olarak bilgilendirme işlevidir.

Karşılaştırmalı reklâm kapsamında reklâm verenin, kendisinin veya sunduğu ürün ya da hizmetlerin üstün niteliklerini ön plâna çıkarması, kural olarak rakibin veya onun sunduğu ürün veya hizmetlerin gereksiz yere kötülenmesi olarak değerlendirilemez¹⁷. Örneğin, ilaç sektöründe faaliyet gösteren bir işletmenin reklâmında, *-gerçeğe uygun olarak-* bilimsel araştırmaları desteklediğini belirtmesi, aynı alanda faaliyet gösteren diğer işletmelerin bilimsel araştırma yapımadıkları anlamına gelmez¹⁸. Karşılaştırmanın haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için, reklâmda reklâm verenin veya onun sunduğu ürün ya da hizmetlerin üstün niteliklerinin vurgulanmasının ötesinde, rakibi

¹⁵ BGH, GRUR 2002, s. 73 (*Preisgegenüberstellung im Schaufenster Kararı*); BGH, GRUR 2002, s. 635 (*Hormonersatztherapie Kararı*); BGH, GRUR 2002, s. 830 (*Lottoschein Kararı*); BGH, GRUR 2002, s. 984 (*Die Steinzeit ist vorbei! Kararı*); BGH, GRUR 2010, s. 164 (*Gib mal Zeitung Kararı*); Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 167, 170, 180; Ohly/Sosnitzka, § 6 UWG Rn. 68; Gloy/Loschelder/Erdmann, § 60 Rn. 74; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack, § 6 UWG Rn. 207, 216; Münchener Anwalts- handbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt, § 23 Rn. 119; MünchKomm UWG/Menke, § 6 UWG Rn. 282; Lange, P.: Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., München 2012, Rn. 4145; Plaß, NJW 2000, s. 3167; Kebedies, s. 214 vd.; Lingenberg, M.: Die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Bedeutung und Umsetzung in deutsches Recht, 1. Aufl., Berlin 2005, s. 143; Dreher, s. 192 vd.; Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 124 vd.; İnal, E./Başsal, B.: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008, s. 61.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack, § 6 UWG Rn. 209; Münchener Anwalts- handbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt, § 23 Rn. 120; Lange, Rn. 4147; Lingenberg, s. 145.

¹⁷ Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 168; Ohly/Sosnitzka, § 6 UWG Rn. 68; Gloy/Loschelder/Erdmann, § 60 Rn. 75; Münchener Anwalts- handbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt, § 23 Rn. 121; Dreher, s. 210 vd.; Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 124.

¹⁸ Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 181.

veya onun sunduğu ürün veya hizmetleri genel olarak aşağılayan, küçük düşüren, saldırgan ifadelerin kullanılması gerekir¹⁹.

Karşılaştırmalı reklâmda, rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında gerçek olgulara dayanılarak yapılan objektif ve ihtiyatlı eleştiriler, kural olarak TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 anlamında gereksiz yere kötüleme teşkil etmez. Bu tür eleştirilere rakip katlanmak durumundadır. Örneğin, rakip işletme tarafından sunulan ürün veya hizmetlerin eksik yönlerini ortaya koyan bilimsel araştırma sonuçlarının, objektif ve ölçülü bir üslupla karşılaştırmalı reklâmda kullanılması, haksız rekabet olarak nitelendirilemez²⁰.

Buna karşılık, gerçeğe aykırı ve rakibin ya da onun sunduğu ürün veya hizmetlerin imajını olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikteki iddialar içeren reklâmlar²¹, gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl ederler. Aynı durum, gerçeği yansıtmamasına karşın kaba, küçük düşürücü, alay edici veya aşağılayıcı nitelikteki ifadeler içeren karşılaştırmalar için de geçerlidir²².

¹⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12 Kasım 2009 tarihli kararı bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Karara konu olan olayda, davacı şirket 2002 yılı başında yazılı ve görsel basında vermiş olduğu ilânlarla duyurmak suretiyle "KDV YOK" kampanyasını başlatmış ve söz konusu kampanya sonucunda müşteri sayısı yaklaşık % 27 oranında artmıştır. Bunun üzerine, rakip konumundaki davalı firma Hürriyet, Milliyet ve Posta gazeteleri ile değişik radyo kanallarında "BAZILARI KANDIRIR, M. KAZANDIRIR. (...) BİZDE KANDIRMACA YOK, SÖZDE İNDİRİM YOK, 50 MİLYONLUK LİMİT YOK" ifadelerini içeren ilânlar yayımlatmıştır. Davalı bu ilânları hazırlamadan önce, seçtiği belirli ürünleri davacıya ait Bahçelievler/İstanbul satış mağazasından satın alarak uygulanan fiyatları öğrenmiş ve aynı ürünlerde fiyat indirimi yapıp, davacının Bahçelievler satış mağazasından aldığı yazar kasa fişi ile kendisinin uyguladığı indirimli fiyatları gösteren yazar kasa fişini ilânlarında kullanmak suretiyle, tüketiciler nezdinde satışa sunduğu tüm ürünlerin davacının satışa sunduğu ürünlerden daha ucuz olduğu algısını yaratmaya çalışmıştır.

Yüksek Mahkeme, davalının ilânlarında yer alan "BİZDE KANDIRMACA YOK, SÖZDE İNDİRİM YOK, 50 MİLYONLUK LİMİT YOK" ifadelerinin rakip firmayı aşağılayarak kötülediğini, anılan ifadelerin iş hayatında genel kabul gören dürüst rekabet ilkelerine de aykırılık içerdiğini belirtmiş ve davalının eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., 12.11.2009, E. 2008/5249, K. 2009/11738, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2010, C. XXVI, S. 1, s. 234 vd.

²⁰ BGH, GRUR 2002, s. 635 (*Hormonersatztherapie Kararı*); *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 171; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack*, § 6 UWG Rn. 210 vd.; *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt*, § 23 Rn. 120 vd.; *MünchKomm UWG/Menke*, § 6 UWG Rn. 296; *Dreher*, s. 208; *Bozbel*, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, s. 125; *Bozbel*, *Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum*, s. 116.

²¹ Örneğin, gerçeğe aykırı olarak rakibin ürününün taklit veya sahte olduğunun iddia edilmesi.

²² BGE 43 II 47; BGE 56 II 24; BGE 79 II 409; *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 171; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack*, § 6 UWG Rn. 217; *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt*, § 23 Rn. 123; *Ludwig*, B.: *Irreführende und vergleichende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft*, 1. Aufl., Baden Baden 1995, s. 101; *Plaß*, NJW 2000, s. 3167; *Lingenberg*, s. 145; *Dreher*, s. 207 vd., 212; *Bozbel*, *Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, s. 125; *Bozbel*, *Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum*, s. 117.

b. Ölçülülük İlkesi

aa. Genel Olarak

Her eleştiri gereksiz yere kötüleme olarak nitelendirilemez. Karşılaştırmalı reklâmda yapılan eleştirinin gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl edip etmediğinin belirlenebilmesi için *ölçülülük ilkesi*nin uygulanması gerekir²³. Buna göre, tüketicilerin karşılaştırmalı reklâm aracılığıyla elde ettikleri avantajlarla, rakibin bu tür reklâmlar nedeniyle katlamak zorunda kaldığı dezavantajlar arasında *münasip* bir ilişkinin, bir dengenin bulunması zorunludur. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklâm kapsamında yapılan eleştiri, tüketicilerin reklâmın konusunu teşkil eden ürün veya hizmetler hakkında bilgilendirilmeleri için gerekli olduğu ve rakibin çıkarlarını zorunlu olanın üzerinde zedelediği sürece hukuka uygundur ve haksız rekabet teşkil etmez²⁴. Bu nedenle, rakibin veya onun sunduğu ürün veya hizmetlerin eleştirildiği karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için, eleştirinin *gerekli, objektif ve orantılı* olması zorunludur²⁵.

bb. Gereklilik

Somut olayda TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesinde öngörülen gereksiz yere kötüleme yasağının ihlâl edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için öncelikle, eleştirinin gerekli olup olmadığı tespit edilmelidir. Eleştiri tüketicilerin bilgilendirilmesi ve böylece piyasada etkin rekabetin sağlanması amacıyla yapılmışsa, ürün veya hizmetin özelliklerinin reklâmın hitap ettiği kesime tanıtılabilmesi için *gerekli* ise, haksız rekabet olarak değerlendirilemez. Bu tür bir eleştiriye rakip katlanmak zorundadır²⁶. Örneğin, diş protezi temizlenme konusunda geliştirilen yeni yöntemin avantajlarının, bu hususta hâlihazırda kullanılan medotla karşılaştırma yapmak suretiyle anlatılması hukuka aykırı değildir²⁷.

Buna karşılık eleştiri, reklâm verenin sunduğu ürün veya hizmetin nitelikleri ve kullanma amacı hakkında reklâmın muhatabı olan kesimin yeterli ölçüde bilgilendirilmesi için *gerekli değilse*; yapılan karşılaştırma salt rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında reklâmın hitap ettiği kesim nezdinde olumsuz izlenim uyandırmak gayesi güdüyorsa, dürüstlük kuralına aykırıdır ve TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 uyarınca haksız rekabet oluşturur²⁸. Çün-

²³ Aynı doğrultuda bkz. *Ohly/Sosnitzka*, § 6 UWG Rn. 68; *Ohly*, A.: Anmerkung zum BGH Urteil vom 1.10.2009, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, s. 166.

²⁴ *Köhler/Bornkamm*, § 6 UWG Rn. 170; *Ohly/Sosnitzka*, § 6 UWG Rn. 68; *Lange*, Rn. 4153; *Kebbedies*, s. 215 vd.; *Lingenberg*, s. 145; *David/Jacobs*, s. 91, N. 251.

²⁵ *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 126; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum, s. 117; *İnal/Baysal*, s. 61.

²⁶ Aynı yönde bkz. *Kebbedies*, s. 215 vd.; *David/Jacobs*, s. 91, N. 251; *Bozbel*, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 126; *İnal/Baysal*, s. 62.

²⁷ *David/Jacobs*, s. 92, N. 253.

²⁸ Aynı doğrultuda bkz. *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack*, § 6 UWG Rn. 213; *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt*, § 23 Rn. 120; *David/Jacobs*, s. 91, N. 251.

kü, reklâmın hedefi esasen reklâm verenin sunduğu ürün veya hizmetin övülmesi olmalıdır, yoksa rakibin kötülenmesi değil.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15 Ekim 2009 tarihli kararı bu hususta örnek olarak verilebilir. Karar, şizofreni hastalığının tedavisinde kullanılan ve piyasada bioşedeğerliliğe sahip yegâne ürünler olan "REXAPIN" ve "ZYPREXA" adlı ilaçlara ilişkindir. Davacı tarafından piyasaya sürülen "REXAPIN" adlı ürün daha ucuz olması nedeniyle piyasada büyük rağbet görmüş; bunun üzerine "ZYPREXA" adlı ilacı pazarlayan davalı, davacının ürününün "yamalı iç lastik", kendi ürününün ise "cansimid" şeklinde tasvir edildiği reklâm broşürlerini doktorlara ve ecza depolarına göndermiştir. Yüksek Mahkeme kararında, dava konusu ilaçların bioşedeğer olduğunu, davacının piyasaya sürdüğü ürün için Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsat almış olması nedeniyle davalının söz konusu ürünü sorgulamasının mümkün olmadığını belirtmiş ve davalının reklâm broşürlerinde kendi ürününün "cansimid", rakip firmanın ürününün ise "yamalı iç lastik" şeklinde tasvir edilmesini, davacının ilacını gereksiz yere incitici beyanlarla kötümek amacı taşıdığı gerekçesiyle haksız rekabet olarak nitelendirmiş²⁹.

Aynı şekilde, reklâmda rakip hakkında gerçeğe uygun olmasına rağmen tüketicilerin objektif olarak bilgilendirmesi açısından gerekli olmayan (rakibin medenî hâli, ailevî sorunları, dini, siyasi düşüncesi, etnik kökeni gibi) kişisel durumuna dair bilgilere yer verilmesi de haksız rekabet teşkil eder³⁰. Mobilya üreticisi olarak faaliyet gösteren rakibin homoseksüel olduğuna ilişkin beyanın karşılaştırmalı reklâmda yer alması, bu bağlamda örnek olarak verilebilir.

cc. Objektiflik

Rakibin veya onun sunduğu ürün veya hizmetlerin eleştirildiği karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için, eleştirinin aynı zamanda *objektif* olması gerekir. Bu ilke, eleştirinin gerçek olgulara dayanmasını ve reklâmda yer alan verilerin doğrulanabilir olmasını ifade eder³¹.

dd. Orantılılık

Somut olayda ölçülülük ilkesinin koşullarının gerçekleştiğinden bahsedilmek için, reklâmda yer alan eleştirinin *orantılı* olması da gerekir. Buna göre, reklâm verenin sunduğu ürün veya hizmetlerin rakip ürün veya hizmetlere kıyasla sahip olduğu avantajlar belirtilirken, karşı tarafı asgarî düzeyde incitecek bir ifade tarzı tercih edilmelidir³². Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere,

²⁹ Yargıtay 11. HD, 15.10.2009, E. 2008/441, K. 2009/10594. Karar metni için bkz. Güneş, İ.: Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 290.

³⁰ BGE 56 II 24; Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 171, 181; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack, § 6 UWG Rn. 222; MünchKomm UWG/Menke, § 6 UWG Rn. 299; Scherer, I.: Kehrtwende bei der vergleichenden Werbung, Welche Konsequenzen hat die Änderung der BGH-Rechtsprechung?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2012, s. 550; Ludwig, s. 101; Dreher, s. 208.

³¹ Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 126; İnal/Baysal, s. 61.

³² Aynı yönde bkz. Lingenberg, s. 145; David/Jacobs, s. 91, N. 251; Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 127; İnal/Baysal, s. 61 vd.

rakibin menfaatlerinin, tüketicilerin reklâmın konusunu oluşturan ürün veya hizmetler hakkında bilgilendirilmeleri için zorunlu olandan daha fazla zedelenmemesi gerekir.

Rakibin veya onun sunduğu ürün veya hizmetlerin eleştirildiği karşılaştırmalı reklâma eşlik eden özel koşulların reklâmı hukuka aykırı hâle getirip getirmediğini belirlemek için yapılacak değerlendirmede, *somut olayın özelliklerinin* dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda bilhassa, reklâmın hitap ettiği kesim, karşılaştırmının gerekçesi, reklâmın içeriği ve sunuluş şekli göz önünde bulundurulmalıdır³³.

c. Kötülemenin Savunma Amaçlı Yapılması

Kötülemenin savunma amaçlı yapılması kötülemeyi haklı kılmaz ve uygulanacak yaptırımında indirimle gidilmesine de gerekçe oluşturmaz³⁴. Çünkü, TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesi emredici hüküm niteliğindedir ve madde metninde kötülemenin savunma amaçlı yapılması hâlinde haksız rekabet teşkil etmeyeceğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Ancak, somut olayda bu durum gereksiz yere kötüleme unsurunun mevcut olup olmadığının tespiti sırasında dikkate alınabilir³⁵.

d. Mizah ve İroni İçeren Karşılaştırmalı Reklâmlar

Reklâmın çoğunlukla bir mizah ve ironi yönü olduğundan, mizah, şaka veya ironi içeren karşılaştırmalı reklâmlara uygulamada oldukça sık rastlanmaktadır. Günümüzde tüketiciler de mizah ve ironi içeren reklâmlara alıştıklarından, bu tür reklâmlarda yer alan ifadeleri genellikle ciddiye almamaktadırlar. Anılan sebeple, mizah ve ironi içeren reklâmların gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl edip etmedikleri belirlerken daha toleranslı hareket edilmelidir. Ancak, bu durum söz konusu reklâmlara hukuken her halükârda müsamaha gösterileceği anlamına gelmez.

Mizah veya ironi içeren karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için, reklâmın muhatabı olan kesim tarafından ciddiye alınmaması ve tüketiciler nezdinde rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında olumsuz izlenim uyandırmaması gerekir. Dolayısıyla, mizah ve ironi reklâmın hitap ettiği kesiminin dikkatini çekmeğe, tebensüm etmesini sağlamaya hizmet ettiği, aynı zamanda rakibi veya onun sunduğu ürün veya hizmetleri toptancı bir anlayışla aşağılamadığı, gülünç duruma düşürmediği ya da bunlarla alay etmediği takdirde haksız rekabet teşkil etmez³⁶.

³³ Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 176; MünchKomm UWG/Menke, § 6 UWG Rn. 284; Dreher, s. 200 vd., 212.

³⁴ Aynı doğrultuda bkz. Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 176; Plaß, G.: Die EG-Richtlinie Vergleichende Werbung, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1999, s. 770; Plaß, NJW 2000, s. 3167; Scherer, I.: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung?, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2001, s. 96; Lingenberg, s. 145; aksi görüşte bkz. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack, § 6 UWG Rn. 213; Ludwig, s. 101 vd.; Dreher, s. 203.

³⁵ Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 176; MünchKomm UWG/Menke, § 6 UWG Rn. 294.

³⁶ BGH, GRUR 2002, s. 73 (Preisgegenüberstellung im Schaufenster Kararı); BGH, GRUR 2002, s. 830 (Lottoschein Kararı); BGH, GRUR 2002, s. 984 (Die Steinzeit ist vorbei! Ka-

Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Temmuz 2001 tarihli "*Preisgegenüberstellung im Schaufenster Kararı*" bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Karara konu olayda, büro makineleri ve bilgisayar perakende satış sektöründe faaliyet gösteren davacı, yerel basında yayımlattığı ilânlarla, ilânda nitelikleri belirtilen belirli bir bilgisayarlı stoklarla sınırlı olmak üzere özel indirimli fiyattan (1.999 DM) satışa sunduğunu duyurmuştur. İlânın yayımlanmasından iki gün sonra rakip konumundaki davalı firma, söz konusu ilânın biraz büyütülmüş şeklini, yanına el yazısıyla "*Dieser PC wird bei uns normal für 1.850 DM verkauft*"³⁷ ifadesini ekleyerek ve "*normal*" kelimesinin altını iki kez çizmek suretiyle özellikle vurgulayarak vitrinine asmıştır. Davalı firma böylece, -ironik bir üslupla- reklâmda yer alan ürün için öngörülen ve sınırlı bir süre için geçerli olan özel indirimli fiyatın, kendisinin aynı ürün için geçerli olan normal fiyatından daha pahalı olduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme isabetli olarak, somut olayda davalının kullandığı ironik üslubun yalnızca, tüketicilerin dikkatini çekmeğe ve tebessüm etmelerini sağlamaya hizmet ettiğini; ilânın içeriği ve sunuluş şekli bir bütün olarak değerlendirildiğinde, rakibin toptancı bir anlayışla aşağılanmadığını³⁸, değerinin düşürülmediğini ya da onunla alay edilmediğini belirtmiş ve davalının eyleminin haksız rekabet oluşturmadığına karar vermiştir³⁹.

II. SONUÇ

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 anlamında kötüleme, karşılaştırmalı reklâm aracılığıyla rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında reklâmın hitap ettiği kesim nezdinde olumsuz izlenim uyandırılmasını, rakibin ya da onun sunduğu ürün veya hizmetlerin değerinin düşürülmesini, azaltılmasını ifade eder.

Hükmün uygulanabilmesi için, reklâm verenin, rakibini ya da onun sunduğu ürün veya hizmetleri kötüleme amacıyla hareket etmesi zorunlu değildir. Bu konuda belirleyici olan, reklâmın muhatabı olan kesimde uyandırılan algıdır.

TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesinde karşılaştırmalı reklâmda kötülemenin değil, "*gereksiz yere kötülenin*" dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, gereksiz yere

rarı); BGH, GRUR 2010, s. 164 (*Gib mal Zeitung Kararı*); Köhler/Bornkamm, § 6 UWG Rn. 172 vd.; Ohly/Sosnitzka, § 6 UWG Rn. 66; Ohly, GRUR 2010, s. 166 vd.; Gloy/Loschelder/Erdmann, § 60 Rn. 75; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack, § 6 UWG Rn. 220 vd.; Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Hasselblatt, § 23 Rn. 123; MünchKomm UWG/Menke, § 6 UWG Rn. 289 vd.; Kebedies, s. 216 vd.; Dreher, s. 204 vd.; Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, s. 125; Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum, s. 117.

³⁷ "Bu bilgisayar bizde normal 1.850 DM'ye satılmaktadır! (Bu bilgisayarın bizdeki normal fiyatı 1.850 DM'dir!)"

³⁸ Davalı, vitrinine astığı ilânda *gerçeğe uygun olarak*, davacının satışa sunduğu tüm ürünlerin fiyatının daha pahalı olduğunu iddia etmemekte; sadece dava konusu reklâmda yer alan ürünün özel indirimli fiyatının, kendisinin aynı ürün için öngördüğü normal fiyattan daha pahalı olduğunu ifade etmektedir.

³⁹ Karar metni için bkz. BGH, GRUR 2002, s. 72 vd.

kötüleme yasağının ihlâl edildiğinden bahsedebilmek için, somut olayda her karşılaştırmalı reklâmda rakip aleyhine ortaya çıkabilecek olan negatif etkinin ötesinde, karşılaştırmanın orantısız bir şekilde menfi, küçük düşürücü veya subjektif bir görünüm arz etmesini sağlayacak *bazı özel koşulların gerçekleşmesi gerekir*.

Karşılaştırmalı reklâma eşlik eden özel koşulların reklâmı hukuka aykırı hâle getirip getirmediğini tespit etmek için yapılacak değerlendirmede, *reklâm verenin, rakibin ve tüketicilerin çıkarları birlikte dikkate alınmalı ve karşılaştırmalı reklâmın tüketicileri objektif olarak bilgilendirme işlevi ile ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır*.

Karşılaştırmalı reklâmda yapılan eleştirinin gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl edip etmediğinin belirlenebilmesi için *ölçülülük ilkesinin uygulanması gerekir*. Buna göre, karşılaştırmalı reklâm kapsamında yapılan eleştiri, tüketicilerin reklâmın konusunu teşkil eden ürün veya hizmetler hakkında bilgilendirilmeleri için gerekli olduğu ve rakibin çıkarlarını zorunlu olanın üzerinde zedelediği sürece hukuka uygundur ve haksız rekabet olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, rakibin veya onun sunduğu ürün veya hizmetlerin eleştirildiği karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için, eleştirinin *gerekli, objektif ve orantılı* olması zorunludur.

Kötülemenin savunma amaçlı yapılması kötülemeyi haklı kılmaz ve uygulanacak yaptırımında indirimine gidilmesine de gerekçe oluşturmaz. Çünkü, TTK m. 55, f. 1, b. (a)-5 düzenlemesi emredici hüküm niteliğindedir ve madde metninde kötülemenin savunma amaçlı yapılması hâlinde haksız rekabet teşkil etmeyeceğine dair bir ifade yer almamaktadır.

Günümüzde tüketiciler mizah ve ironi içeren reklâmlarda yer alan ifadeleri genellikle ciddiye almadıklarından, bu tür reklâmların gereksiz yere kötüleme yasağını ihlâl edip etmedikleri belirlerken daha toleranslı hareket edilme-lidir. Mizah veya ironi içeren karşılaştırmalı reklâmın hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için, reklâmın hitap ettiği kesim tarafından ciddiye alınması ve tüketiciler nezdinde rakip veya onun sunduğu ürün veya hizmetler hakkında olumsuz intiba uyandırmaması gerekir. Dolayısıyla, mizah ve ironi reklâmın muhatabı olan kesiminin dikkatini çekmeğe, tebessüm etmesini sağlamaya hizmet ettiği, aynı zamanda rakibi veya onun sunduğu ürün veya hizmetleri toptancı bir anlayışla aşağılamadığı, gülünç duruma düşürmediği ya da bunlarla alay etmediği takdirde haksız rekabet oluşturmaz.

KAYNAKÇA

Bozbel, Savaş: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006 (Anılış: Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam Hukuku).

Bozbel, Savaş: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Karşılaştırmalı Reklam, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25 - 26 Kasım 2011), İstanbul 2012, s. 111-118 (Anılış: Bozbel, Karşılaştırmalı Reklam-Sempozyum).

David, Lucas/Jacobs, Reto: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Dreher, Hannes: Rufausbeutungs- und Herabsetzungsverbot im Recht der vergleichenden Werbung, 1. Aufl., Berlin 2016.

Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Erdmann, Willi: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010.

Güneş, İlhami: Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, Ankara 2013.

Güven, Şirin: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012.

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Aufl., München 2016 (Anılış: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig UWG/Yazar).

İnal, Emrehan/Baysal, Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008.

Kebbedies, Astrid: Vergleichende Werbung, Die europäischen Harmonisierungsbemühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht, 1. Aufl., Göttingen 2005.

Kendigelen, Abuzer: Gerekeçeli - Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 35. Aufl., München 2017.

Lange, Paul: Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., München 2012.

Lingenberg, Michael: Die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Bedeutung und Umsetzung in deutsches Recht, 1. Aufl., Berlin 2005.

Ludwig, Babett: Irreführende und vergleichende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Aufl., Baden Baden 1995.

Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz: Herausgegeben von Gordian N. Hasselblatt, 4. Aufl., München 2012 (Anılış: Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz/Yazar).

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG): Band 2: §§ 5-20 UWG, 2. Aufl., München 2014 (Anılış: MünchKomm UWG/Yazar).

Nomer Ertan, N. Fusun: Haksız Rekabet Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, İstanbul 2016.

Ohly, Ansgar: Anmerkung zum BGH Urteil vom 1.10.2009, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, s. 166-167.

Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 7. Aufl., München 2016.

Özdemir, Semih Sırrı: Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, İstanbul 2013.

Özsunay, Ergun: Karşılaştırmalı Reklâmlar, AB Yönergesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Gözlemler, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), İstanbul 2009, s. 135-166.

Plaß, Gunda: Die EG-Richtlinie Vergleichende Werbung, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1999, s. 766-771.

Plaß, Gunda: Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, s. 3161-3169.

Scherer, Inge: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung?, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2001, s. 89-97.

Scherer, Inge: Kehrtwende bei der vergleichenden Werbung, Welche Konsequenzen hat die Änderung der BGH-Rechtsprechung?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2012, s. 545-551.

Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.

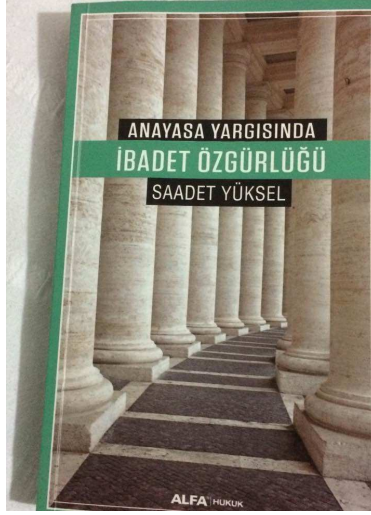
Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015.

KİTAP İNCELEMESİ
BOOK REVIEW

“ANAYASA YARGISINDA İBADET ÖZGÜRLÜĞÜ”

(THE FREEDOM OF WORSHIP IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION)

Prof. Dr. Davut Dursun*



Saadet YÜKSEL'in *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü* (İstanbul, ALFA Yayınları, 2015. 374 sayfa, zengin kaynakça listesi) adlı kitabı karşılaştırmalı olarak incelediği ibadet özgürlüğü alanında nadir çalışmalardan biri olarak temel hak ve özgürlüklerle ilgilenen herkesin dikkatini çekmiş eserlerden biridir. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan din ve vicdan özgürlüğü anayasalarda güvenceye alınmış temel haklardan biri olmakla birlikte vatandaşların bu konudaki talepleri karşısında farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Din özgürlüğünün inanç boyutu içsel ve mutlak olmakla birlikte inancın dışavurumu şeklindeki ibadet özgürlüğü ise çeşitli sınırlandırmalara konu olmaktadır. Din özgürlüğü konusundaki tartışma ve akademik çalışmalarda bu özgürlüğün çerçevesi, buna dahil olan temel konular ve bunun sınırlandırılması hususunda geniş bir literatür mevcuttur. Ancak temelde inanç ve ibadetleri içeren din özgürlüğünün daha çok inanç boyutu üzerinde durulmuş olup inanılanların pratiğe dökülmesi anlamındaki ibadet özgürlüğü konusunda çalışmalar daha sınırlıdır. Oysaki kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından inançtan çok ibadetler önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. İbadet özgürlüğünün inanç kadar mutlak olmaması ve bazı sınırlandırmalara konu olması tartışmalara yol açmaktadır. Kişilerin inandıklarını pratiğe aktarma noktasındaki talepleri ka-

* Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

mu hayatını yakından ilgilendirmesi nedeniyle devletin tutumu ile bireylerin talepleri arasında bir netliğin oluşmasını zorunlu kılmaktadır.

Tam bu noktada ibadet özgürlüğü konusu bir yandan teorik açıklamaları diğer yandan da ampirik ortamdaki dini taleplere makul cevaplar verilmesini zorunlu kılan bir alan olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle temel hakların engellenmesi nedeniyle vatandaşlara Anayasa yargısına başvurma hakkının tanınmasıyla birlikte bu konunun Anayasa hukuku çerçevesinde ele alınmasının bir zorunluluk haline geldiğine dikkat çeken Saadet Yüksel, Giriş'te (s.13-19) din özgürlüğünü oluşturan inanç ve ibadet özgürlüğünün Kıta Avrupası ve ABD hukuku çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmesinin önemine değinmekte ve hukuk sistemleri arasında önemli uygulama farklarının bulunduğunu hatırlatmaktadır. Din özgürlüğünün dışa dönük yönünün oluşuran, bir din veya inancın açığa vurumu şeklinde kendisini gösteren ibadet özgürlüğünün sınırlanması hususu, din-devlet ilişkilerinin incelenmesini gerektirdiğinden çalışmada bu husus öne çıkmaktadır. Bu konuda din-devlet ilişkilerinde kesin ayrımı kabul eden ABD'nin ayrılıkçı modeli, din-devlet ilişkilerinde belli düzeyde uzlaşma ve karşılıklı anlaşmaya imkan veren Almanya'nın anlaşma modeli ile devletin dini kontrol altında tutmasına dayalı Fransa ve Türkiye'nin laiklik modeli ayrıntılarla incelenmiştir. Bu modellerin incelenmesinde Anayasa mahkemelerinin önüne gelen sorunlarla ilgili verilen kararlar ışığında konu değerlendirilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla kitapta ibadet özgürlüğü konusu sadece teorik olarak değil daha ağırlıklı olarak ampirik boyutuyla incelenmektedir.

Çalışma dört temel bölüme ayrılmıştır. "Din Özgürlüğü: İnanç ve İbadet Özgürlüğü"nü'nün incelendiği BİRİNCİ BÖLÜM (21-85), "İbadet Özgürlüğünün Sınırlanması Bağlamında Din-Devlet İlişkileri: ABD Ayrılıkçı, Alman Karşılıklı Anlaşma ve Fransız Laiklik Modelleri"nin incelendiği İKİNCİ BÖLÜM (87-165), "Türkiye'de İbadet Özgürlüğünün Sınırlanması Bağlamında Din-Devlet İlişkileri"nin incelendiği ÜÇÜNCÜ BÖLÜM (167-220) ile "İbadet Özgürlüğünün Sınırlanması

Bağlamında Ölçülülük" ilkesinin ele alındığı DÖRDÜNCÜ BÖLÜM (223-326)'den oluşan ANAYASA YARGISINDA İBADET ÖZGÜRLÜĞÜ adlı kitap SONUÇ (327331) ve çok kapsamlı olarak tanzim edilmiş KAYNAKÇA (333-374) bölümlerini içermektedir.

Dikkat edilirse Birinci Bölüm'de din özgürlüğünün teorik analizi yapılırken İkinci Bölüm'de ibadete özgürlüğünün sınırlandırılması konusu incelenmekte ve karşılaştırmalı şekilde ABD, Almanya ve Fransa'daki din-devlet ilişkileri temelinde ortaya çıkan farklı modeller ortaya konmaktadır. Üçüncü Bölüm'de Türkiye'de ibadete özgürlüğünün sınırlandırılması çerçevesinde din-devlet ilişkileri incelenirken son bölümde de ibadete özgürlüğünün sınırlandırılmasında "ölçülülük" ilkesi üzerinde yoğunlaşılmaktadır.

Çalışmanın odağında din özgürlüğünün inanç boyutundan çok inancın dışa yansımaları, ete kemige bürünmesi anlamına gelen ibadete boyutunun yer alması konunun teorik tarafından çok ampirik kısmıyla ilgilendiğini göstermektedir. İnanma daha çok insanın iç dünyasını ilgilendirirken ibadete boyutu inanmanın dışa yansımalarını, eyleme dönüşmesini, yaşanmasını ifade etmesi bakımından hem birey, hem de sosyal hayatı yakından ilgilendiren ve bu nedenle de belli ölçüler dahilinde sınırlandırılmasını gerektiren bir alanı oluşturmaktadır. Bu sebeple de ülkelerin hukuk sistemlerini ve yargıyı ilgilendirmektedir. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınmış olan "Din

Özgürlüğü Güvencesindeki Din Kavramı”nı inceleme ile çalışmasına başlayan Yüksel, inanç ve din konusunda farklı tanımların tartışmasını yapmakta ve tanımın hukuksal olarak ifade ettiği öneme işaret ederek “modern devletlerin dini genelde –en basit şekliyle- belli bir kanaat doğrultusundaki inanç ve o yönde hareket etmek şeklindeki iki temel unsuru barındırır şeklinde” (s.28) anlaşıldığını belirtmektedir. Yani din bir yandan inancı, diğer yandan da bu yöndeki eylem ve hareketleri içeren bir kurum olarak anlaşılmaktadır. Eylem ve hareketler kamusal düzeni ilgilendirmesi bakımından yer yer sınırlandırılması gündeme gelebilmektedir. Yazarın C. Smith’in Dinin Anlamı ve Sonu (The Meaning and End of Religion) adlı çalışmasına gönderme yaparak “inanç oldukça kişisel, kamuya açıklanması son derece güç olacak kadar ilahi ve içsel bir kavramı ifade etmektedir. İnanç bu derece kişiye ait ve onun iç dünyasıyla tanımlanınca” (s. 21) nerede ise toplumda yaşayan kişi sayısı kadar inancın varlığı gündeme gelmekte olup inancın bu bireysel tanımının yanında din,”inancın somuşlaşmış veya nesnelleşmiş hali” olarak tanımlanmaktadır. Dinin tanımlanması konusunda Kıta Avrupası’nda yaşanan tartışmalara benzer tartışmalar ABD’de de yaşanmıştır.

İbadet özgürlüğünden yararlanmak için neyin din olduğu, daha doğrusu ne tür inancın din olarak kabul göreceği önemli olmaktadır. Anayasalar ve yasalar dine ilişkin somut bir tanım vermediklerine göre dinin tanımı bu konudaki sorunların çözümü istenen mahkemelere kalmaktadır. Zira mahkemelerin önüne gelen inanç ve ibadet özgürlüğünün ihlaliyle ilgili bir olaya bakarken koruma görmesi gereken inanç ve özellikle de ibadetin belirlenmesi için bir tartışmanın gündeme gelmesi bir zorunluluk olarak görülmektedir. Gerçekten de hem ABD’nde, hem de Avrupa ülkelerinde yargı kurumları dine ilişkin belli tanımlardan hareket ettikleri dikkat çekmektedir. Yazar S. Yüksel Kıta Avrupası ve ABD hukukunda din özgürlüğünün kapsamını detaylı şekilde vermekte konuya ilişkin son derece yararlı bir tartışma yürütmektedir. Yazarın bu çalışmasını gerçekleştirirken Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Georgetown Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde çalışmış olması ABD hukukunu detaylı olarak incelemesine fırsat vermiştir (s.66-82). İki hukuk sistemi arasında karşılaştırma yaparken “her iki hukuk düzeninde de din özgürlüğü anlamında farklı din ve inançlara veya belli bir dine inanmaya ya da inanmamaya sosyal yaşamda yer verilebilmesi, bununla birlikte özgürlük ve toleransın birbirini tamamlaması beklenmektedir” (s.85) değerlendirmesine yer vermesi açıklayıcıdır.

Çalışmanın **İKİNCİ BÖLÜM**’ünde konunun temel tartışma alanını oluşturan ibadet özgürlüğünün sınırlandırılması farklı modeller temelinde incelenmektedir. İnanç özgürlüğü doğası gereği sınırlandırmaya konu olmamakta ancak inancın dışı vurumu olan ibadet, ister bireysel isterse sosyal olsun eylem ve davranışlara dönüşmesi söz konusu olduğundan kamu otoritesince sınırlandırılması gündeme gelmektedir. Temel sorun da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Din özgürlüğünün hukuki güvenceye mazhar olması için din-devlet ayrımı ilkesi benimsenmiş olup bu yönde düşünürlerin tarih boyunca katkıları önemli olmuştur. Kesin din-devlet ayrılığına dayalı Amerikan modeli, “belli bir dinin sisteme egemen olduğu din devletine bir tepki olarak ortaya çıkan “ bir sistem olduğundan burada amaç “ her din veya inanç mensubuna olabildiğince eşit yaklaşmayı sağlamak” (s.91) olarak öne çıkmaktadır. Bu modelde dine ilişkin herhangi bir kamusal destek yasaklanmakta, kamusal yerlerde dini sembollere izin verilmemekte, din adamlarının kamusal görev yapmaları söz konusu olmamaktadır. Tabii ki bu hususların hayata geçirilmesi sanıldığı kadar

kolay olmamaktadır. Dr. Yüksel, Amerikan anayasal yargısının ibadet özgürlüğüne ilişkin sorunlara verdiği muhtelif kararlara eğilmekte ve bunların analizleriyle kesin din-devlet ayrımı modelinin işleyişini gözler önüne sermektedir. Din-devlet ilişkilerinde kesin ayırım olsa bile kamusal hayatta hiçbir biçimde dine yer verilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Mesela dini bayram ve özel günlerde tatil uygulaması olacak mı? Olacaksa hangi dininki olacak? Her din ve inanç grubu için bunun uygulanması mümkün mü? gibi bir dizi sorunun cevabını bulmak kolay değildir. Bu bakımdan kesin ayırım bile olsa kamusal hayatta belli din ve inanç gruplarının öne çıktıkları söylenebilir. Amerikan sisteminin en önemli özelliği kurumsal düzeydeki din-devletin kesin ayrılığının sosyal düzeyde olmamasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi kurumsal düzeyde din-devlet ayrımı temelinde devletin tutumunu katı bir tarafsızlık şeklinde belirlerken sosyal düzeyde dinin kendisini göstermesine katkıda bulunduğu işaret edilmektedir (s.114).

Karşılıklı anlaşmaya/işbirliğine dayalı Almanya modeli (116-145) din-devlet ilişkilerinin ikinci biçimine örnek oluşturmaktadır. Bu modelde devlet, çoğunluk dini kurumlarla işbirliği ve karşılıklı yardım söz konusudur. Ulusal kimliğin önemli bir ögesi olarak dinin korunması, anayasal sistemde yer alması, desteklenmesi, dini eğitim verilmesi, ibadethanelerin bakımı, din adamlarına maaş ödenmesi gibi uygulamalarla devlet ile kilise arasında karşılıklı bir işbirliği modelin ortak özelliğidir. Özellikle Katolik ülkelerde daha çok gözlemlenen bu modelin en iyi örneği olarak Almanya öne çıkmakta ve Dr. Yüksel bu modeli incelemektedir. İşbirliği modelinin en iyi örneğini oluşturan Alman din-devlet ilişkileri modeli özgürlük, devletin tarafsızlığı ve eşit muamele olmak üzere üç temel üzerinde yükselir. Bu özellikler tarihsel birikim ve sosyal şartlarla birlikte değerlendirilmelidir. Alman hukukunda temel bir hak ve özgürlük olarak kabul edilen inanç ve ibadet özgürlüğünün kurumsal işleyişi ve sınırlandırmaya yönelik olarak mahkemeye intikal eden sorunların çözümüne ilişkin kararları belli bir yaklaşımla inceleyen Yüksel, Alman sisteminin neden farklı bir model olarak ortaya çıktığına ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. Kamu hukukunun bir parçası olarak kabul edilen dini kurumlar devlet yapısının bir parçası değildirler. Sadece çoğunluk dinini temsil eden topluluklar değil Katolik, Protestan, Anglikan, bazı Ortodoks kiliseleri, Musevi toplulukları, Hümanist topluluk gibi topluluklar kamu hukuku temelinde belli statüden faydalanmaktadırlar. Devletin bu topluluklara en büyük katkısı “kilise vergisi”nin toplanmasına aracılık etmesi, bir bakıma finansal bir destek sağlamasıdır. Bunun yanında bu modelde devlet okullarında zorunlu olmamakla beraber din eğitimine imkan verilmesi önemlidir. Bu özelliği ile Alman modeli Amerikan kesin ayrılık modelinden farklılaşmaktadır. Zira ABD’de din eğitimi söz konusu değildir. Alman modelinde devlet, temel dini bilgiyi vermekle yükümlüdür.

İnanç ve ibadet özgürlüğü bağlamında mahkemelere intikal eden sorunların çözümünde verilen kararları ve Anayasa Mahkemesinde yapılan değerlendirmelere genişçe yer veren Dr. Yüksel, Alman işbirliği modeli ile Amerikan ayrılık modeli açısından farklı sonuçları tartışmaktadır. Bu çerçevede kilise vergisi, din eğitimi, bazı kampanyalar, dinsel sembollerin kullanılması konularında ortaya çıkan sorunlara ilişkin mahkeme kararları öne çıkmaktadır.

Din-devlet ilişkilerine ilişkin farklı bir model olarak ele alınan Türkiye ve Fransa’daki laiklik modeli, devlet tarafından dinin kontrol altında tutulması şeklinde değerlendirilmiş ve çalışmada ayrı bir başlık olarak incelenmiştir (s.146-165). Dr. Yüksel, önce sekülerizm ve laiklik kavramlarını incelemekte,

arkasından Fransa'daki laiklik modelinin ortaya çıkışını ele almakta ve bunu takiben karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmaktadır. Bilindiği gibi siyaset bilimi ile ilgilenenler arasında sekülarizm ile laiklik konusunda belli düzeyde tartışma sürmektedir. Anglosaksonlar daha çok sekülarizm, Fransızlar ve onun etkisindeki kesimlerde laiklik kavramları tercih edilse de bu kavramların ifade ettiklerinde de farklılıkların olduğu dikkat çekmektedir. Sekülarizm bir süreç olarak değerlendirilmekte ve J. Casanova'ya atfen şu unsurları içermekte olduğu belirtilmektedir: din ile ekonomi, bilim ve siyaset kurumlarının ayrılığının artması; dini inanç, bağlılık ve kurumların sosyal etkisinin azalması; dinin bireysel alana çekilmesi ve özelleşmesi (s. 148). Kısaca sekülarizmin dinin toplumsal etkisinin azalması ve bireysel alana çekilmesi süreci şeklinde ifade edilmesi mümkündür. Buna karşılık laiklik hem tarihsel, hem de ampirik olarak farklı anlamlarda kullanılmıştır. Laiklik seküler modellerden biri olarak kullanılmakla birlikte zaman zaman bu iki kavram birbirinin yerine, bazen de karşıt anlamlarda kullanılmaktadır.

Fransız hukukunda sekülarizmin laiklik şeklinde ortaya çıktığını anlatan Dr. Yüksel, 1905'te Fransa'da kabul edilen *Devlet ve Kilise Ayrılığı Hakkındaki Kanun* ve bunu takiben yapılan düzenlemeler üzerinde durmaktadır. Cumhuriyetin temel kurumu olarak laiklik anlayışı, devlete geniş yetkiler vermektedir. Kilise ile devletin yetki alanlarını ayıran laiklik "hükümdarın bir ölçüde kiliseyi de kontrol edebilmesi" (s. 156), kilisenin egemenliğinin reddi anlamına gelmiştir. "Fransız laiklik modelinde devletin (...) buyurgan bir tavır takındığı, (...) bu anlayışın temelinde tarihsel ve sosyal koşullar"ın etkili olduğu, "dini kontrol altında tutmanın önemli olduğu"na (s.164) dikkat çekmektedir.

Dr. Yüksel'in incelemesinde **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM** (167-220)'de ele alınan "Türkiye'de İbadet Özgürlüğünün Sınırlandırılması Bağlamında Din-Devlet İlişkileri" konusu aslında çalışmanın ana odak noktasını oluşturmaktadır. İlk iki bölümde ibadet özgürlüğüne ilişkin teorik bilgilerle sınırlandırılmasına ilişkin farklı modeller incelenmiş ve Türkiye'deki durumu değerlendirmek için deyim yerinde ise detaylı bir hazırlık yapılmıştır. Tabii ki Türkiye'deki durum incelenirken daha önce incelenmiş olan modellerle karşılaştırma yapma ve buna göre değerlendirme imkanı ortaya çıkmıştır. Türkiye'de din-devlet ilişkileri ve dini özgürlüğü konusu Cumhuriyetin başından beri tartışma alanlarından birini oluşturmakta ve ne teorik düzeyde, ne de uygulamada üzerinde uzlaşılan bir model bulunmamaktadır. İster kurumsal düzeyde olsun, ister sosyal ve bireysel düzeyde olsun tarafların konsensüs sağlamaları mümkün olmamıştır. Bu bakımdan Dr. Yüksel'in hassaten "ibadet özgürlüğü" gibi can yakıcı bir konuyu ele alması ve tartışması takdir edilmesi gerekli önemli bir çaba olarak görülmemelidir.

Dr. Yüksel, öncelikle Osmanlı Devleti'nde 1839 Tanzimat Fermanı ile başlayan "ıslahat" sürecinde din-devlet ilişkilerindeki gelişmeleri özetleyerek Cumhuriyet'le başlayan radikal reformlarla din özgürlüğünden yararlanmanın zorlaştırıldığına dikkat çekmektedir. Çağdaşlaşmak için laiklik olmazsa olmaz bir politika olarak görüldüğünden Anayasalar bu ilkeyi merkeze yerleştirmiştir. Çalışmanın amacı Türkiye'de laiklik anlayışını tartışmak değil ibadet özgürlüğü ve bu özgürlüğe ait taleplerin laiklik anlayışının uygulandığı sistemde nasıl değerlendirilmesi gerektiğini tartışmak olduğundan laiklik konusunu özetledikten sonra ibadet özgürlüğüne ilişkin taleplerin değerlendirilmesine eğilmektedir. Türkiye'de laiklik modelin uygulanması din-devlet ayrılığının yanı sıra "uzun vadede toplumsal yaşamın yarar görmesini amaçlayan ve devletin din

üzerindeki kontrolü olarak kendini gösteren, dini bireysel alana iten bir sosyal mühendislik unsuru olarak ortaya çık”mış (s.175) olup bir modernleşme, demokratik devlet ve devrimcilikle ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmaktadır. Laikliği sekülerizmin bir şekli olarak değerlendiren Dr. Yüksel Fransa ve Türkiye’deki uygulamalar arasında gözlenen farklılıklara da değinmektedir. Ona göre Fransa’da laiklik sosyal ve siyasal hayatta sekülerizmin zaten var olduğu bir ortamda kabul edilmişken Türkiye’de çoğunluk dininin ağır bastığı bir toplumda modernleşme ve sekülerizmin benimsetilmesi söz konusudur.

Laiklik ve din-devlet ayrılığı ile ilgili genel değerlendirmeden sonra “Türkiye’de İnanç ve İbadet Özgürlüğü”nü incelemeye çalışan Dr. Yüksel, bu konuda anayasalardaki düzenlemeyi irdelemekte, bu bağlamda anayasa yargısına intikal eden sorunlara ve verilen kararlara eğilmektedir. 1961 Anayasasının uygulandığı dönemde Diyanet İşleri Başkanlığında görevli din hizmetleri sınıfindaki görevlilerin devlet memuru sayılmasının anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada mahkemenin verdiği kararın analizi ile farklı taleplerle açılan davalarda verilen kararların incelenmesinde Türk laiklik sistemi ve ibadet özgürlüğü konusundaki değerlendirmeler okuyucuya ve benzer konular üzerinde çalışanlar için ufuk açıcı niteliktedir (184-191). Söz konusu kararlar her ne kadar doğrudan ibadet özgürlüğü ile ilgili değilse de mahkeme kararlarında savunulan laiklikle ilgili kanaatler bu konuda da bazı ip uçları sunmaktadır. Aslında din ve ibadet özgürlüğü temel hak ve özgürlük boyutuyla incelenerek laiklik konusuna değinilmesi gerekirken tam tersine laiklik ilkesi üzerinden din özgürlüğünün nasıl sınırlandırılacağı üzerinde yoğunlaşmıştır. İbadet özgürlüğünün kamu düzenine veya genel ahlaka ya da bu amaçla çıkarılmış kanunlara aykırı olması durumunda sınırlandırılacağı yönündeki değerlendirme ibadet özgürlüğünü ciddi şekilde sorunlu hale getirmektedir.

1982 Anayasasının uygulanması sırasında da din özgürlüğü hususunda mahkeme önüne davalar gelmiş ve kararlar verilmiştir. Bunlara da eğilen Dr. Yüksel, genelde daha önceki çizginin korunduğu ve devletin dini hak ve özgürlükler üzerindeki denetim yetkisinin öne çıkarıldığını anlatmaktadır. 2547 Sayılı Kanuna yapılan bir ilave ile üniversitelerde başörtüsüne serbestiyet getiren düzenlemenin Anayasa mahkemesince görüşülmesi ilginç değerlendirmelere yol açmıştır. Mahkemenin verdiği “anayasaya aykırılık”la ilgili karar gerekçesi kişinin inandığı dinin gereklerine göre giyinmeyi bir hak ve özgürlük olarak görmeyerek laikliğe aykırı görmesi tartışılması gerekli bir husustur. Mahkeme konuyu laiklik üzerinden din özgürlüğü değerlendirmesini sürdürmüştür (193- 200). Dr. Yüksel, “din gereği başörtüsü kullanılması da bireysel alanın dışına taşan bu eylem ve davranışlardan biri olarak nitelendirilmiştir” (198)değerlendirmesini yapmaktadır. 2012 yılında Anayasa Mahkemesi önüne gelen ortaokul ve liselerde seçmeli olarak Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin Hayatı derslerinin okutulmasının anayasaya aykırılığı davasında verdiği kararda Mahkemenin laiklik ve din-devlet ilişkileri yorumunun değiştiğine dikkat çeken Yüksel, yeni yorumda laikliğin iki anlamı olduğundan söz edildiğini, katı ve esnek/özgürlükçü anlayışın anlatıldığı, devletin laik olacağı bireyler için laikliğin olmayacağı, bireyler açısından din sadece vicdanlarda saklı bir değer değil aynı zamanda yaşanmakla toplumsal bir boyut kazanacağı savunulmuştur. Böylece Anayasa Mahkemesi geleneksel laiklik yorumunu değiştirmiş ve yeni bir yorum yapmıştır (208-213). Bu yeni yorumuyla Mahkeme “din-devlet ayrılığına daha özgürlükçü yaklaştığı dile getiril”mektedir (211).

Anayasada yapılan değişiklikle getirilen temel hak ve özgürlükler konusunda bireysel başvuru hakkı bağlamında din özgürlüğünün bir unsuru olarak ibadet özgürlüğünün ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda Mahkemenin vereceği kararlar daha da önemli olmaktadır. Bu değişikliğe kadar genelde konular din ve vicdan özgürlüğü ile din-devlet ayrılığı temelinde ele alınmış ve laiklik ilkesi bağlamında kararlar verilmiştir. Dr. Yüksel, 2014'ten bu yana bu çerçevede Mahkeme önüne gelen taleplerle ilgili verilen kararları da el almaktadır. Mesela 2014 yılında karara bağlanan bir avukatın duruşmaya başörtüsü ile katılmasının engellenmesi olayıyla ilgili verilen kararda din özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir (213-217).

Çalışmanın son bölümünü “İbadet Özgürlüğünün Sınırlanması Bağlamında Ölçülülük” ilkesinin incelendiği **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM** oluşturmaktadır. Bu bölümde ölçülülük ilkesi genel olarak, ölçülülük standardının unsurları, ibadet özgürlüğü talepleri ve ölçülülük, din-devlet ayrılığı modellerinin ve uygulanan standartların ibadet özgürlüğü taleplerine etkisi ile Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin ibadet özgürlüğü taleplerine ölçülülük standardını uygulaması ve yaratacağı etki başlıkları altında incelenmektedir.

Hukuk alanında çokça kullanılan norm kavramının kural ve ilkeyi içeren boyutuna dikkat çeken S. Yüksel ibadet özgürlüğünün ölçülülük ilkesi temelinde değerlendirilmesi için bu kavramlar üzerinde durmak gerektiğine dikkat çekerek kuralların yerine getirilen veya getirilmeyen sabit normlar, ilkeler ise tatmin edilmesi beklenen gereklilikler olduğunu belirtmektedir. Temel hak ve özgürlükler birer ilke olarak nitelendirilmekte, ölçülülük ise olayın ve hukukun mümkün kıldığı oranda uygulanmasını ifade etmektedir (222-223). Mutlak olmayan ve birbiriyle yarışan sınırlandırılabilir nitelikteki ilkelerin dengelenmesi ölçülülük standardıyla mümkün olmaktadır. Yüksel, ölçülülüğün en iyi uygulandığı ülkeler olarak Almanya, Kanada ve İsrail’den örnekler vermektedir.

Ölçülülük standardıyla ilgili olarak “uygun amaç ve uygun sınırlama aracı”, “sınırlama amacı ve amaç arasında makul bağlantı (elverişlilik)”, “hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın seçilmesi (zorunluluk)” ile “amaç ve sınırlama aracı arasındaki denge (orantılılık)” unsurlarını detay şekilde ele alıp tartışan Yüksel, bunu takiben ibadet özgürlüğü taleplerini ölçülülük ilkesine göre değerlendirmektedir. İbadet özgürlüğü taleplerini ölçülülük standardına göre incelerken bu ilkeyi başarıyla uygulayan Kanada, Almanya ve İsrail yargısından verdiği örnekler gerçekten ilgi çekici, öğretici ve ibadet özgürlüğü talebiyle çatışan bir başka özgürlük arasında karar verilirken ölçülülük ilkesinin nasıl maharetle uygulandığı ve makul şekilde sorunun çözüme kavuşturulduğunu gözlemek açısından çok başarılı gözükmektedir. Ölçülülük standardı “bir olayda yarışan iki hak ve özgürlüğün de optimum düzeyde güvence altına alınmasını sağlayabilmektedir” (268).

İbadet özgürlüğüyle ilgili taleplerin karşılanmasında bir devletin tercih ettiği din-devlet ayrılığı modelinin türü belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla din-devlet ayrılığı modellerine göre ibadet özgürlüğü taleplerinde ölçülülük standardının uygulanmasında ortaya çıkan ampirik durumun incelenmesi önem kazanmaktadır. Bu noktadan hareketle Dr. Yüksel son bölümün bir alt başlığı olarak bu konuyu ele almış ve detay bir inceleme yapmıştır (268-289). Amerikan, Alman ve Fransız modelleriyle ilgili yargıdan çarpıcı örnekler vererek konuyu inceledikten sonra sözü Türkiye’ye getirmekte Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin ibadet özgürlüğü taleplerine ölçülülük standardını uygulaması incelenmektedir.

Bilindiği gibi 1982 Anayasası “14 üncü Madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inan ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” (Madde: 24) düzenlemesine sahiptir. Buna göre kişinin bağlı olduğu din veya inancın gereklerini açığa vurma, ona uygun davranma anlamındaki ibadet ve istemezse davranmama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu özgürlüğün Anayasanın 14. Maddesinde belirtilen genel sınırlandırıcı ilkeler dahilinde kullanılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin konuyu genel olarak laiklik üzerinden ele aldığına dikkat çeken Yüksel, bireysel başvuru mekanizmasının anayasa düzeyine dahil olduktan sonra ibadet özgürlüğü bağlamında konunun ele alınmaya başlandığına işaret etmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların incelenmesi öğretici tartışmalara imkan vermiştir. Anayasa Mahkemesi genelde konuyu özgürlükler temelinde değil laiklik ilkesi bağlamında incelemiş ve buna göre kararlar vermiştir. Eğer konu özgürlükler temelinde incelenmiş ve ölçülülük standardına göre karar vermiş olsaydı ortaya çıkacak sonuçlar farklı olabilirdi. 2014 yılında mahkeme önüne gelen başörtülü avukatın duruşmadan çıkarılması olayına ilişkin kararın ölçülülük standardına göre incelenmesi (290-297) ufuk açıcı sonuçları ortaya koyarken aynı zamanda ciddi bir kritiğe de tabi tutmaktadır. Anayasa yargısıyla ilgilenenlerin bu tartışmaları görmezden gelmemeleri gerekir. Yine mahkemenin karara bağladığı resmi nikah belgesi olmadan dini nikah töreni yapılmasıyla ilgili olayda verilen karar da ölçülülük standardına göre analiz edilmekte ve dikkat çekici boyutlar ortaya konmaktadır.

Dr. Yüksel'in Lozan Antlaşmasında azınlık olarak kabul edilen kesimler ile diğer dinsel azınlıkların din özgürlüğü güvencesinden yararlanabilmeleri için özgürlük ve ölçülülük boyutuyla taleplerin değerlendirilmesinin önemine işaret etmesi ve Türkiye'nin gündeminde olan bazı tartışmalara ilişkin sorunlar üzerine eğilmesinin pratik yararı olduğu açık. Özellikle yargı dünyasının bu yöndeki taleplere geleneksel din-devlet ilişkileri temelinden ziyade ibadet özgürlüğü ve ölçülülük boyutlarıyla tartışmasının daha isabetli olacağı beklenebilir. Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası hukukunun ibadet özgürlüğüne yaklaşımını hem teorik hem de ampirik boyutlarıyla ortaya koyan Saadet Yüksel kısa bir **SONUÇ** bölümü ile incelemesini tamamlamaktadır. Sonuç'ta yer alan şu cümleler S. Yüksel'e ait: “Gerçek bir anayasal demokraside din özgürlüğü devletin müdahale etmemesinden daha fazlasını içermektedir. (...) [D]evlet, dinsel azınlık taleplerine güvence sağlamadığında tarafsız olup yükümlülüklerini yerine getirmiş olmamaktadır. (...) İnanç ve ibadet özgürlüğü ayırımı yapılması, sadece inanç özgürlüğünün bireysel alana yönelik mutlak; ibadet özgürlüğünün de davranışlara yönelik sınırlanabilir olduğunu ortaya koymak için değil; bu taleplerin nasıl değerlendirileceği açısından da temel bir ayırımdır. Nitekim inanç özgürlüğüne dayanan talepler, genel itibarıyla din-devlet ayrılığı bağlamında ele alınmış; dinin hareketlerle dışavurumu şeklindeki talepler ise ibadet özgürlüğü açısından incelenmiştir. Bu ayırım, bu çalışmada varılan önemli sonuçlardan birini oluşturmaktadır.” (327) Alıntıda dikkat çekildiği gibi din özgürlüğü konusu sadece din-devlet ilişkileri boyutuyla değil inançların dışavurumu şeklindeki ibadet özgürlüğü boyutuyla incelenmiş ve bu alanda karşılaşılan temel sorunlar üzerinde durulmuştur. Konunun karşılaştırmalı olarak Anayasal yargı düzleminde incelenmesinin ayrı bir önemi vardır. Özellikle Türkiye'de Anayasa yargısına bireysel başvuru hakkı mekanizmasının dahil olmasından sonra so-

runun özgürlük boyutuyla tartışılmasının öne çıkacağı beklenmektedir. İbadet özgürlüğü konusu özgürlük ve ölçülülük temelinde tartışıldığında yeni yaklaşımlar gündeme gelecektir. Son yıllarda bu çerçevedeki taleplerle ilgili Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda dile getirilen laikliğin yeni tanımı arayışlarında esnek/liberal yaklaşımla ölçülülük standardının bütünleştirilmesi beklenmektedir. *“(B)ir anayasal demokrasinin varlığı için, azınlık din ve inançlarının da, aynı şekilde ibadet özgürlüğü güvencesinden yararlanmaları vazgeçilmezdir. Talebin din özgürlüğü yönünden ele alınarak anayasal bir analize tabi tutulması, hemen her toplumda tartışmalı olan dinsel konuların çoğunluk ideolojisine veya her yönüyle siyasi belirlemelere bağımlı kalarak, hukuk güvencesinden mahrum kalmasını da öneyebilecektir.”*(321)

Zengin bir KAYNAKÇA listesi ile sona eren S. Yüksel'in “Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü” adlı incelemesi Türkiye’de üzerinde fazla kafa yorulmayan ve incelemelerin nispeten az olduğu ibadet özgürlüğü konusunda karşılaştırmalı olarak konuyu inceleyen özgün ve başarılı bir çalışma olarak literatürdeki yerini almıştır. Bu incelemenin yeni çalışmalar için cesaretlendirici olacağını ve bunu yenilerin takip edeceğini bekliyoruz. Böylesine detay bir çalışmanın sonunda kullanışlı bir DİZİN’in bulunmaması önemli bir eksiklik olarak görülmelidir. Son yıllarda kitaplar genellikle dizinli olarak yayınlanmakta ise de hala dizinsiz kitapların okuyucunun önüne geldiği de bir gerçek. Umarız çalışmanın yeni baskılarında dizin ilave edilerek yayınlansın.

LEGAL YAYINCILIK ÜRÜN FİYAT LİSTESİ
LEGAL PUBLISHING PRICE LIST



LEGAL YAYINCILIK ÜRÜN FİYAT LİSTESİ

DERGİLER	BASILI	ONLINE (SÜRELİ)	ONLINE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Legal Hukuk Dergisi (Aylık)				
2018	525₺	236,25₺	315₺	315₺
2017	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2016	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2015	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2014	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2013	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2012	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2011	370₺	166,50₺	222₺	222₺
2010	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2009	330₺	148,50₺	198₺	198₺
2008	300₺	135₺	180₺	180₺
2007	260₺	117₺	156₺	156₺
2006	240₺	108₺	144₺	144₺
2005	220₺	99₺	132₺	132₺
2004	200₺	90₺	120₺	120₺
2003	150₺	67,50₺	90₺	90₺
Mali Hukuk Dergisi (Aylık)				
2018	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2017	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2016	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2015	320₺	144₺	192₺	192₺
2014	320₺	144₺	192₺	192₺
2013	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2012	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2011	275₺	123,75₺	165₺	165₺
2010	260₺	117₺	156₺	156₺
2009	245₺	110,25₺	147₺	147₺
2008	220₺	99₺	132₺	132₺
2007	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2006	175₺	78,75₺	105₺	105₺
2005	160₺	72₺	96₺	96₺
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2018	300₺	135₺	180₺	180₺
2017	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2016	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2015	240₺	108₺	144₺	144₺
2014	240₺	108₺	144₺	144₺
2013	220₺	99₺	132₺	132₺
2012	220₺	99₺	132₺	132₺
2011	200₺	90₺	120₺	120₺
2010	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2009	180₺	81₺	108₺	108₺
2008	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
2004	90₺	40,50₺	54₺	54₺

Legal Yayıncılık A.Ş.

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

DERGİLER	BASILI	ONLINE (SÜRELİ)	ONLINE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi (3 Aylık)				
2018	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2017	230₺	103,50₺	138₺	138₺
2016	230₺	103,50₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2011	180₺	81₺	108₺	108₺
2010	170₺	76,50₺	102₺	102₺
2009	160₺	72₺	96₺	96₺
2008	140₺	63₺	84₺	84₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
Banka ve Finans Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2018	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2017	230₺	103,50₺	138₺	138₺
2016	230₺	103,50₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (4 Aylık)				
2018	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2017	180₺	81₺	108₺	108₺
2016	180₺	81₺	108₺	108₺
2015	160₺	72₺	96₺	96₺
2014	160₺	72₺	96₺	96₺
2013	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2012	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2011	135₺	60,75₺	81₺	81₺
2010	125₺	56,25₺	75₺	75₺
2009	120₺	54₺	72₺	72₺
2008	105₺	47,50₺	63₺	63₺
2007	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2006	80₺	36₺	48₺	48₺
2005 (2 sayıdır)	50₺	22,50₺	30₺	30₺
Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2018	140₺	63₺	84₺	84₺
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺

Legal Yayıncılık A.Ş.

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

DERGİLER	BASILI	ONLINE (SÜRELİ)	ONLINE (SÜRESİZ)	E- DERGİ
Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi (6 Aylık)				
2018	140₺	63₺	84₺	84₺
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Tıp Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2018	140₺	63₺	84₺	84₺
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Anayasa Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2018	140₺	63₺	84₺	84₺
2017	120₺	54₺	72₺	72₺
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (6 Aylık)				
2010	45₺	-	-	-
2009	45₺	-	-	-
2008	45₺	-	-	-
2007	45₺	-	-	-
2006	45₺	-	-	-
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (6 Aylık)				
2018	160₺	-	-	-
2017	140₺	-	-	-
2016	140₺	-	-	-
2015	120₺	-	-	-
2014	120₺	-	-	-
2013	90₺	-	-	-
2012	90₺	-	-	-
2011	85₺	-	-	-
2010	35₺	-	-	-
2009	35₺	-	-	-
2008	60₺	-	-	-
2007	60₺	-	-	-
2006	60₺	-	-	-
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (3 Aylık)				
2008	75₺	-	-	-
2007	65₺	-	-	-
2006	25₺	-	-	-
DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2018	140₺	63₺	84₺	84₺
Revista Akademike Legal (6 Aylık)				
2018	230₺	103,50₺	138₺	138₺
2017	200₺	90₺	120₺	120₺
2016	200₺	90₺	120₺	120₺

Legal Yayıncılık A.Ş.

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2013 (3 Sayıdır)	60₺	-	-	-
2012	75₺	-	-	-

MEVZUAT GRUPLARI VE PAKETLERİ	
YARGI KARARLARI VE MEVZUAT BANKASI	590₺
VERGİ GRUBU	700₺
Amme Alacakları Mevzuatı	80₺
Belediye Gelirleri Mevzuatı	70₺
Damga Vergisi Mevzuatı	80₺
Emlak Vergisi Mevzuatı	70₺
Gelir Vergisi Mevzuatı	120₺
Gider Vergisi Mevzuatı	70₺
Harçlar Mevzuatı	80₺
Katma Değer Vergisi Mevzuatı	120₺
Kurumlar Vergisi Mevzuatı	100₺
Mali Müşavirlik Mevzuatı	60₺
Motorlu Taşıtlar Vergisi Mevzuatı	60₺
Özel Tüketim Vergisi Mevzuatı	80₺
Veraset ve İntikal Vergisi Mevzuatı	60₺
Vergi Usul Kanunu Mevzuatı	120₺
İŞ VE SGK HUKUKU GRUBU	300₺
İş Hukuku Mevzuatı	150₺
Sendikalar ve Toplu Sözleşme Mevzuatı	60₺
Sosyal Güvenlik Mevzuatı	150₺
FİNANS GRUBU	550₺
Banka ve Finans Mevzuatı	120₺
Muhasebe ve Finansal Raporlama Standartları Mevzuatı	90₺
Rekabetin Korunması Mevzuatı	60₺
Sermaye Piyasası Mevzuatı	120₺
Teşvik Mevzuatı	120₺
Ticaret Mevzuatı	120₺
Tüketici Mevzuatı	90₺
KALİTE YÖNETİMİ GRUBU	700₺
Basın Mevzuatı	80₺
Bilişim Mevzuatı	80₺
Çevre Mevzuatı	110₺
Enerji Mevzuatı	120₺
Fikri ve Sınai Haklar Mevzuatı	90₺
Gıda Mevzuatı	120₺
İmalat Mevzuatı	100₺
Sağlık Mevzuatı	120₺
Sigortacılık Mevzuatı	90₺
Turizm Mevzuatı	90₺
İDARE GRUBU	550₺
Belediye Mevzuatı	110₺
Dernekler Mevzuatı	80₺
Devlet Memurları Mevzuatı	120₺
İhale Mevzuatı	120₺
Spor Mevzuatı	80₺
Trafik Mevzuatı	80₺
Vakıflar Mevzuatı	70₺
Vatandaşlık ve Yabancılar Mevzuatı	70₺
Yükseköğretim Mevzuatı	80₺
GAYRİMENKUL GRUBU	450₺

Legal Yayıncılık A.Ş.

Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad. (Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL

Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr

www.legal.com.tr

Doğal Afetler Mevzuatı	80₺
İmar Mevzuatı	80₺
Kamulaştırma Mevzuatı	70₺
Kat Mülkiyeti Mevzuatı	90₺
Kira Hukuku Mevzuatı	90₺
Kooperatifler Mevzuatı	90₺
Tapu ve Kadastro Mevzuatı	70₺
Toplu Konut Mevzuatı	70₺
DIŞ TİCARET GRUBU	460₺
Avrupa Birliği Mevzuatı	60₺
Avrupa Serbest Ticaret Mevzuatı	60₺
Gümrük Mevzuatı	120₺
İhracat Mevzuatı	100₺
İthalat Mevzuatı	100₺
Kaçakçılıkla Mücadele Mevzuatı	70₺
Kambiyo Mevzuatı	80₺
Serbest Bölgeler Mevzuatı	70₺
YARGI GRUBU	600₺
Anayasa ve İdare Mevzuatı	80₺
Avukatlık Mevzuatı	100₺
Borçlar Kanunu Mevzuatı	120₺
Ceza Kanunu Mevzuatı	120₺
Hukuk Muhakemeleri Kanunu Mevzuatı	120₺
İcra ve İflas Kanunu Mevzuatı	120₺
Medeni Kanun Mevzuatı	120₺
Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı	80₺
Tahkim Mevzuatı	80₺

DERGİ MİKTARI	İNDİRİM
2	%2
3-5	%4
6-9	%6
10+	%10

Aldığınız Dergi Aboneliği Kadar Paket İndirimi Uygulanacaktır.	Oluşturacağınız paketlere yukarıdaki paket abonelik indirimleri uygulanacaktır. Kredi Kartına 6 Taksit yapılmaktadır.
---	--

BANKA ADI	ŞUBE	ŞUBE KODU	HESAP NO	IBAN NO
Yapı Kredi Bankası	Rıhtım	006	60825788	TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88
Garanti Bankası	Moda	124	6299549	TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49
Akbank	Moda	256	48668	TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68
Türkiye İş Bankası	Bahariye	1343	47728	TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28
TEB Bankası	Kadıköy Çarşı	452	54780488	TR91 0003 2000 0000 0054 7804 88

PTT / Posta Çeki Hesap No: 1052845

Legal Yayıncılık A.Ş.
Caferağa Mah.General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No: 59 D: 6-7 Kadıköy/İSTANBUL
Tel: (0216) 449 04 85 - 86 Faks: (0216) 449 04 87 mail: legal@legal.com.tr
www.legal.com.tr

LEGAL HUKUK DERGİLERİ SİPARİŞ FORMU

ORDERING FORM FOR THE LEGAL LAW JOURNALS



Yapı Kredi Bankası (Rihtim - 006) 60825788 (IBAN No: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)
Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) 6299549 (IBAN No: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)
Akbank (Moda Şubesi - 256) 48668 (IBAN No: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68)
Türkiye İş Bankası (Bahariye Şubesi - 1343) 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)
TEB Bankası (Kadıköy Çarşısı - 452) 54780488 (IBAN NO: TR91 0003 2000 0000 0054 7804 88)
PIT Posta Çeki Hesap No: 1052845

LEGAL SİPARİŞ FORMU			
ABONELİK BİLGİLERİ		FATURA BİLGİLERİ	
Ad Soyad/ Ünvan:		Ad Soyad/ Ünvan:	
Adres		Adres	
Telefon :		Vergi Dairesi :	
Faks :		Vergi No / TC No :	
Cep Telefonu :		E-Posta :	
Programın Adı	Abonelik Süresi	Kullanıcı S.	Fiyatı
Dergi Adı	Abone Olunan Yıllar		Fiyatı
Legal Hukuku Dergisi			
Legal İş Hukuku Dergisi			
Legal Mali Hukuk Dergisi			
Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi			
Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi			
Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi			
Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi			
Legal Tıp Hukuku Dergisi			
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası			
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi			
Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi			
Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi			
Anayasa Hukuku Dergisi			
DEHUKAM Deniz Hukuku Dergisi			
		TOPLAM TUTAR	
ÖDEME TÜRÜ: ----- İLE ÖDEME		İNDİRİMLİ TUTAR	
<input type="checkbox"/> Basılı Yayın <input type="checkbox"/> E-Dergi (Pdf, Epub formatında indirilebilir) <input type="checkbox"/> Online Dergi - Süresiz <input type="checkbox"/> Online Dergi - 1 Yıl Süreli (İnternet üzerinden okunabilir E-Dergi)			

Kredi Kartı İle Ödemek İstiyorum

Nakit Ödemek İstiyorum

Banka Adı:

Kartın Üzerindeki İsim :

Kart No:

Son Kullanma Tarihi : CVV2 No :

Yukarıda belirttiğim tutarın, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmanızın hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarına Firmamız ile çalışılan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkililiyorum.

Tarih:

Şirket Temsilcisi:

Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26

www.legal.com.tr - abone@legal.com.tr

Caferiğa Mah. General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt. No:59 D:6-7

Kadıköy - İstanbul

Legal Yayıncılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.

LEGALBANK ABONELİK FORMU

SUBSCRIPTION FORM FOR THE LEGALBANK LEGAL DATABASE



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

Abonelik İçin Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26 - 449 04 87
www.legalbank.net legal@legal.com.tr

LEGALBANK ABONELİK FORMU

Mevzuat ve Kararlar Bankası (www.legalbank.net)

Abonenin	Fatura Bilgileri
Adı -Soyadı	Adı -Soyadı
Firma	Firma
Adres	Adres
T.C. Kimlik No.	T.C. Kimlik No.
Telefon	Vergi Dairesi
Cep Telefonu	Vergi No.
E-Posta (abone isminiz olarak kullanılacaktır)	Kullanıcı Adedi

Yargı Kararları ve Mevzuat Bankası Bir Yıllık (Bir Kullanıcı) Abonelik Bedeli 590 ₺

Mevzuat Grupları ve Mevzuat Paketleri Bir Yıllık (Bir Kullanıcı) Abonelik Bedelleri Aşağıdadır

VERGİ GRUBU	700₺	İŞ VE SERHUKUKU GRUBU	300₺	KALİTE YÖNETİMİ GRUBU	700₺	DIŞ TİCARET GRUBU	420₺	YARGI GRUBU	500₺
AMME ALACAKLARI MEVZUATI	80₺	İŞ HUKUKU MEVZUATI	150₺	BASIN MEVZUATI	80₺	AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI	60₺	ANAYASA VE İDARE MEVZUATI	80₺
DİKLALE VERGİSİ MEVZUATI	70₺	SENDİKALAR VE TOPLU SÖZLEŞME MEVZUATI	60₺	BİLİŞİM MEVZUATI	80₺	AVRUPA SERBEST TİCARET MEVZUATI	60₺	ANUKATUK MEVZUATI	100₺
HARÇLAR MEVZUATI	80₺	SOSYAL GELİMLER MEVZUATI	150₺	ÇEVRE MEVZUATI	130₺	GEMERK MEVZUATI	120₺	BORÇLAR KANUNU MEVZUATI	120₺
MALİ MÜSAVERİLİK MEVZUATI	60₺			ENERJİ MEVZUATI	120₺	İHRACAT MEVZUATI	100₺	CEZA KANUNU MEVZUATI	120₺
VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ MEVZUATI	60₺	İDARE GRUBU	550₺	FİKEİ VE SİMA HARAR MEVZUATI	90₺	İTHALAT MEVZUATI	100₺	HUKUK MURAKEMELERİ KANUNU MEVZUATI	120₺
BELEDİYE GELİMLERİ MEVZUATI	70₺	BELEDİYE MEVZUATI	110₺	GIDA MEVZUATI	120₺	KAÇAÇILIKLA MÜCADELE MEVZUATI	70₺	İCRA VE İFLAS KANUNU MEVZUATI	120₺
KATMA DEĞER VERGİSİ MEVZUATI	120₺	DERNEKLER MEVZUATI	80₺	İMAMAT MEVZUATI	300₺	KAMBYO MEVZUATI	80₺	MEDENİ KANUN MEVZUATI	120₺
MOTORELİ TAŞITLAR VERGİSİ MEVZUATI	60₺	DEVLET MEVZUATLARI MEVZUATI	120₺	SAĞLIK MEVZUATI	120₺	SERBEST BÖLGELER MEVZUATI	70₺	MİLLETBASKASI ÖZEL HUKUK MEVZUATI	80₺
VERGİ USUL KANUNU MEVZUATI	120₺	İHALE MEVZUATI	120₺	ŞİDORTAÇLIK MEVZUATI	80₺	GAYRİMENKUL GRUBU	450₺	TAKHİM MEVZUATI	80₺
DAMGA VERGİSİ MEVZUATI	80₺	SPOR MEVZUATI	80₺	TURİZM MEVZUATI	90₺	DOĞAL AFETLER MEVZUATI	80₺		
GİDER VERGİSİ MEVZUATI	70₺	TRAFİK MEVZUATI	80₺			İNANS GRUBU	500₺		
GELİR VERGİSİ MEVZUATI	120₺	VATANDAŞLIK VE YABANCIYAR MEVZUATI	70₺			BANKA VE FİNANS MEVZUATI	120₺	İNAR MEVZUATI	80₺
KURUMLAR VERGİSİ MEVZUATI	100₺	YÜKSEKÖĞRETİM MEVZUATI	80₺			MUHASEBE VE FİNANSAL RAPORLAMA STANDARTLARI MEVZUATI	90₺	KAMLAŞTIRMA MEVZUATI	70₺
ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ MEVZUATI	80₺					SERBİYE FİNANSI MEVZUATI	120₺	KAT MÜLKİYETİ MEVZUATI	90₺
						TESVİK MEVZUATI	120₺	KİRA HUKUKU MEVZUATI	90₺
						TİCARET MEVZUATI	120₺	KOOPERATİFLER MEVZUATI	90₺
						TÜKETİCİ MEVZUATI	90₺	TAPU VE KADASTRO MEVZUATI	70₺
						REKABETİN KORUNMASI MEVZUATI	60₺	TOPLU KONUT MEVZUATI	70₺

Banka Hesabına Ödeme

- () Yapı Kredi Bankası (Rahım Şubesi - 006) Hesap No: 60825788 (IBAN NO: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)
- () Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) Hesap No: 6299549 (IBAN NO: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)
- () Akbank (Moda Şubesi - 256) Hesap No: 48668 (IBAN NO: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68)
- () T. İş Bankası (Bahariye Şubesi- 1343) Hesap No: 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)
- () TEB Bankası (Kadıköy Çarşı Şubesi- 452) Hesap No: 54780488 (IBAN NO: TR91 0003 2000 0000 0054 7804 88)

Posta Çeki ile Ödeme

() PTT Posta Çeki Hesap No: 1052845

Nakit, Posta Çeki veya Banka Havalesi ile Tek Seferde ödememiz halinde % 10 indirim uygulanacaktır.

Sadece Kredi Kartına 6 Taksit yapılmaktadır



Adı Soyadı	Banka	
Kredi Kart No		
<input type="checkbox"/> VISA	<input type="checkbox"/> MASTERCARD	Son Kullanma Tarihi
Ödeme Şekli	Tarih	Tutar
Peşinat		
Toplam		

Yukarıda belirttiğim tutarın, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmamızın hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarına Firmamız ile çalışan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkili kılıyorum. İş bu abonelik sözleşmesi, www.legalbank.net sitesindeki mevzuat kararlar bankası 1 yıllık abonelik hizmetini kapsamaktadır.

Legal Yayıncılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.
Tarih:/...../..... Abone İmza: Şirket Temsilcisi İmza:

KİTAP SİPARİŞ FORMU

BOOK ORDER FORM



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

Yapı Kredi Bankası (Rihtim - 006) 60825788 (IBAN No: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)
Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) 6299549 (IBAN No: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)
Albank (Moda Şubesi - 256) 48668 (IBAN No: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 08)
Türkiye İş Bankası (Bahariye Şubesi - 1343) 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)
THB Bankası (Kadıköy Çarşı-452) 54780488 (IBAN NO: TR91 0003 2000 0000 0054 7804 88)
PTT Posta Çeki Hesap No: 1052845

KİTAP SİPARİŞ FORMU

Kitabın Adı	Yazarın Adı	Fiyatı	Adet

Ad Soyad			
Firma isec Ünvan			
Adres			
Posta Kodu	İl / İlçe		
Telefon	Mobil Telefon		
Faks	E-posta		
Vergi Dairesi	Vergi Numarası		
TOPLAM TUTAR			

- Toplam Kitap Bedelini Kapıda Kredi Kartı İle Ödemek İstiyorum.
 Toplam Kitap Bedelini Kapıda Elden Ödemek İstiyorum.
 Toplam Kitap Bedelini Banka Havalesi İle Ödemek İstiyorum.
 Toplam Kitap Bedelini Kredi Kartı İle Tek Çekimde Ödemek İstiyorum.
 Toplam Kitap Bedelini Kredi Kartı İle 6 Eşit Taksitte Ödemek İstiyorum.
 Toplam Kitap Bedelini Posta Çeki İle Ödemek İstiyorum.

(Elden, Banka Havalesi veya Posta Çeki ile Nakit Ödemede Taksit Uygulaması Bulunmamaktadır)

Kredi Kartı İle Ödemek İstiyorum

Nakit Ödemek İstiyorum

Banka Adı:

Kartın Üzerindeki İsim :

Kart No:

Son Kullanma Tarihi : CVV2 No :

YAYIN TÜRÜ	
	Yukarıda belirttiğim tutarın, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmanız hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarımıza Firmanız ile çalışılan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkili kılıyorum.

Tarih:

Müşteri Temsilcisi:

Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26

www.legal.com.tr - abone@legal.com.tr

Caferağa Mah. General Asım Gündüz Cad.(Bahariye) Sekizler Apt.No:59 D:6-7
Kadıköy - İstanbul

Legal Yayıncılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.