



# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 77 Sayı: 2019/1 ISSN 1300-9885



### **ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37  
[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr) [ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)

### **ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ**

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

### **GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ**

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA  
**T:** 0.312 485 03 93-484 46 06

### **ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)  
[www.gelincikprojesi.org.tr](http://www.gelincikprojesi.org.tr)

**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler**  
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



**hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**  
law databases.

**İletişim Adresi | Communication Address**

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[abym@ankarabarusu.org.tr](mailto:abym@ankarabarusu.org.tr)

**Grafik Tasarım | Graphic Design**

Ankara Barosu

**Basım Tarihi | Printing Date**

2019

**Baskı ve Cilt | Printing and Binding**

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



**ANKARA BAROSU DERGİSİ** | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**  
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) | is a refereed review, issued quarterly  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın | (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2019 | Presidency of Ankara Bar Association, 2019  
Tüm Hakları Saklıdır. | All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885  
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the  
yazarlarına aittir. | views of the authors.

**Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association**

Av. R. Erinç SAĞKAN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor**

Av. Güzin TANYERİ

**Editör | Editor**

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

**Eş Editörler | Peer Editors**

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

**Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center**

**Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member**

Av. Güzin TANYERİ

**Merkez Başkanı | Head of the Center**

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

**Başkan Yardımcıları | Vice Presidents**

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

**Yazman | Secretary**

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

**Sayman | Accountant**

Av. Seçkin TÜRKOĞLU

**Üyeler | Members**

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇİMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKEY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN  
Av. Aslıhan KART  
Av. Semra KESKİN  
Av. Osman Emre TEKİN  
Av. Özlem ERTEN  
Av. Gülşah YILDIRIM  
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL  
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU  
Av. Eda ÇELİK DAŞER  
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN  
Av. Pınar KOÇYİĞİT  
Av. Hülya ŞAHİN  
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK  
Av. Özge YALINKILIÇ  
Av. Merve DİNCEL  
Av. Yıldırım ÇIVGIN  
Av. Büşra PAMUKÇU  
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY  
Av. Yusuf YILMAZ  
Av. Zeynep SÜRÜCÜ  
Av. Yavuz Selim KARAYAKA  
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL  
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM  
Av. Oğuzhan KALAY  
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ  
Av. Cemre ŞAHİN  
Av. Kübra DAVUN  
Av. İpek YILMAZ  
Av. Melek KILIÇ  
Av. Melike PARLAK  
Av. Alaz TARHAN  
Av. Çağdaş KABUKÇU  
Av. Merve KOLÇAK  
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA  
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU  
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK  
Av. Kürşat ERDİL  
Stj. Av. Ayşe TAD  
Stj. Av. Yağmur KIZILSU  
Stj. Av. Elif ŞAHİN  
Stj. Av. Cihan YALÇIN  
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI



# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
<b>Avrupa Birliği Hukuku</b>		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Deniz Hukuku</b>		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku</b>		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŐTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOğLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAHAMMUTOğLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
<b>Fikri Mülkiyet Hukuku</b>		
OğUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOğLU BİLGIN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku</b>		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi



# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Medeni Hukuk

ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Roma Hukuku</b>		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEK, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Ticaret Hukuku</b>		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
<b>Milletlerarası Özel Hukuk</b>		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
<b>KAMU HUKUKU</b>		
<b>Anayasa Hukuku</b>		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakóltesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
<b>Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku</b>		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
DEĞİRMENÇİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ERDAÇ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Serhat Sinan	Dr. Öğr. Ü.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi</b>		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)
<b>Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi</b>		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Hukuk Tarihi</b>		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>İdare Hukuku</b>		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Mali Hukuk</b>		
AĞAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakültesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<b>Milletlerarası Hukuk</b>		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi



# ANKARA BAROSU DERGİSİ

## YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) [abym@ankarabarosu.org.tr](mailto:abym@ankarabarosu.org.tr) adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örn. Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR. <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.



7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilecek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

**Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.**

# İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages .....XVII  
**Av. R. Erinç SAGKAN**

## HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Borçlunun Ağır Hastalığı Halinde İcra Takibinin Taliki..... 1  
**Dr. Öğr. Üy. Aziz Serkan ARSLAN**

Medenî Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla)  
Üreme Hücrelerinin Dondurulup Saklanması .....25  
**Dr. Öğr. Üy. S. Hülya İMAMOĞLU**

Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve  
Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış .....47  
**Tolga YILDIRIM**

Birlikte Kira .....89  
**Arş. Gör. Aziz Erman BAYRAM**

Ceza Muhakemesi Hukukunda  
Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi .....155  
**Hakan Serdar ÇÖPOĞLU**

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda  
Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün Bir Örneği Olarak  
CEDAW Komitesininin 35 Sayılı Tavsiye Kararı .....231  
**Dr. Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY**  
**Dr. Öğr. Üy. Özge YÜCEL DERİCİLER**

Devlet Yönetimi Açısından  
Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Teorik Bir İnceleme .....267  
**Dr. Öğr. Üy. Konur Alp DEMİR**

Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda  
Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin  
Türk Hukukundaki Yansımaları .....287  
**Dr. Öğr. Üy. Damla KÜÇÜK**

“Arjantin’in Kayıp Çocukları” Vakasının  
Hakikat Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi .....361  
**Arş. Gör. Dilan MIZRAK**

**MAKALELER**  
**(ARTICLES)**

- Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası .....399  
**Av. Aslıhan YALÇINKAYA**
- Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar Ve Manevi Unsur .....459  
**Mustafa Kemal GÖKMEN**



## BAŞKANIN MESAJI

### PRESIDENT'S MESSAGES



Değerli MeslektaŐlarım,

75. yılını geride bıraktığımız Ankara Barosu Dergimizin ilk sayısının önsözünü yazmak benim için hem övünç hem de gurur kaynağı. Avukatlığı salt fiiliyata hapsedmeyen ve uygulamanın tekelden kurtararak bilimsel yazının kapılarını açarak teorinin kutsal gelişimine katkı sağlayacak her türlü çalışmanın önemini farkındayız. Çünkü biliyoruz ki, mesleğimize dair her türlü iyileşme öncelikle bilimden geçecek, onun üzerinde yükselecektir. İşte bu yüzden, elinizde tutmuş olduğunuz bu dergi aslında mesleğimize vakfettiğimiz emeklerin aynı zamanda bilim dünyasına ektiğimiz ölümsüz tohumlarıdır.

Bu sayıda da dergimiz hukukun her alanından bilimsel makalelerden oluşuyor.

Özel hukuk alanında; borçlunun ağır hastalığı halinde icra takibinin taliki, medeni hukuk açısından üreme hücresinin dondurulup saklanması, Anglo Sakson Hukuku'nda şirketler topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi'nin Türk Hukuku'ndaki yansımaları ve birlikte kira konuları ele alınıyor.

Kamu hukuku alanında ise iki makale insan haklarına odaklanıyor: İlkinde, Arjantin'deki "Kayıp Çocuklar" olayı hakikat hakkı çerçevesinde incelerken; ikincisinde Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesinin 35 Sayılı Kararını uluslararası insan hakları hukukunda özen yükümlülüğünün dönüşümünün bir örneği olarak irdeliyor.

Kamu hukuku alanındaki diğer makalelerde ise; ceza alanında, ceza muhakemesi hukukunda arama koruma tedbirinde belirlilik ilkesi, askeri disiplin hukuku alanında amirlerin suçta kıyas yetkisi konuları işleniyor. Hukukun teoride ve pratikte pek çok sorununa eğilen bu makalelerin tüm meslektaşlarımıza yararlı olacağını umuyor, emeği geçen tüm bilim insanlarına hem ömrünü mesleğine adanmış bir avukat hem de Ankara Barosu Başkanı olarak saygılarımı sunuyorum.

**Av. R. Erinç SAĞKAN**

*Ankara Barosu Başkanı*



**Hakemli Makaleler**

**Peer Reviewed Articles**





# BORÇLUNUN AĞIR HASTALIĞI HALİNDE İCRA TAKİBİNİN TALİKİ\*

Aziz Serkan ARSLAN\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-7703-3044>

**DOI:** 10.30915/abd.546242

**Makalenin Geldiği Tarih:** 06.09.2018 **Kabul Tarihi:** 25.02.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. Öğretim Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## ÖZ

İcra hukuku vasıtası ile alacaklı tatmin edilmeye çalışılırken alacaklının alacağını tahsil yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde çeşitli ilkeler ve kurallar ortaya çıkmıştır. Bu kurallardan birisi de tatil ve talik hallerinde borçluya karşı icra takip işlemlerinin gerçekleştirilemeyeceği kuralıdır. İcra hukukunda talik halleri belirlenirken borçlunun ve üçüncü kişilerin korunmaya değer hak ve menfaatlerini gözeterek doğal insan hakları ve evrensel ilkeler esas alınmıştır. Borçlunun korunmaya değer hak ve menfaatlerinden birisi de ağır hastalık hallerinde kendisine karşı gerçekleştirilecek takip işlemlerinin talik edilmesi (ertelenmesi) diğer bir ifadeyle durdurulması hakkıdır. Borçlu ağır hastalık nedeniyle talik hakkını kullanırken alacaklının da menfaatinin korunması açısından kanun koyucu bu durumun resmi belge ile ispatlanmasını şart koşturmuştur. Borçlunun ağır hastalığına rağmen gerçekleştirilecek icra takip işlemleri ise modern hukukta kabul edildiği üzere kural olarak askıda geçerli kabul edilecek ancak şikâyet edilebilirlik gibi sonuçlarını talik halinin sona ermesinden itibaren doğuracaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Borçlu, Talik (Erteleme) Süresi, İcra Takip İşlemi, Hastalık, İcra ve İflas Hukuku.

## POSTPONEMENT TO ENFORCEMENT PROCEEDINGS WHILE THE DEBTORS SERIOUS DISEASE

### ABSTRACT

While trying to satisfy the creditor with the means of enforcement law, a number of principles and rules emerged when the limits of the collecting authority of the creditor were determined. One of these rules is that the execution proceedings against the debtor cannot be performed in the execution of suspension and postponement periods. When determining the postponement periods in execution law, natural human rights and universal principles that take into account the rights and interests of the debtor and the protection of third parties are taken as basis. One of the safeguard rights and benefits of the debt is the right to interrupt (deferral) the follow-up actions to be taken against him in cases of severe diseases, in other words. In order to protect the interests of the creditor while the debtor is using the right of postponement due to severe diseases, the legislator stipulated that this situation should be proved by an official document. The enforcement proceedings to be carried out in spite of the diseases of the borrower shall be deemed to be valid as a rule as accepted in the modern law, but the consequences such as complaints shall be born from the end of the Postponement Periods.

**Keywords:** Debtor, Postponement Periods, Enforcement Proceedings, Disease, Execution and Bankruptcy Law.

## I. Giriş

İcra ve İflas Kanunu sosyal gerekçelerle bazı hallerde borçluya karşı takip işlemi yapılmasını doğru görmemiş ve bu hallerin ortaya çıktığı zaman zarfında takip işlemlerinin yapılmamasını uygun bulmuştur. İİK m. 51 ile 56 arasında “Tatiller ve Talikler” başlığı altında düzenlenen bu hallerde borçluya karşı icra takip işlemleri yapılamaz<sup>[1]</sup>. İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlenen tatil ve talik hallerinden etkilenen ve neticesinde gerçekleştirilemeyecek olan işlemler sadece icra takip işlemleridir. İcra takip işlemleri icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan, zamanaşımını kesme ve tatil talik hallerinde yapılamama gibi etkileri bulunan, cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelik işlemlerdir<sup>[2]</sup>. Bunlara örnek olarak ödeme emri, haciz, satış gibi işlemler gösterilebilir. İcra organlarının icra takip işlemi niteliği taşımayan, örneğin hacze çıkarken zor kullanma durumlarında İİK m. 81 gereği zabıttan yardım isteğini içeren başvuru işlemi; yedieminden muhafazasından vazgeçilmiş olan hacizli malın borçluya iadesine ilişkin başvuru işlemleri (İİK m. 88/6); alacağın yalnız bir kısmının ödenmiş olması durumlarında senedin bundan sonra ne miktar para için muteber olacağına dair icra dairesi tarafından ilgili dairelere yazı yazılması gibi işlemlerinin (İİK m. 144/2) veya takip talebi (İİK m. 58), haciz talebi (İİK m. 78) veya satış talebi gibi taraf takip işlemlerinin ise tatil ve talik hallerinde gerçekleştirilmesine herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

Tatil ve talik hallerinde borçlunun borcunu ifa edemeyeceği düşüncesi ile kendi iradesi dışında doğan durumlarda takibe devam edilmeyerek borçlunun korunması amaçlanmıştır. Tatil ve talik halleri ile borçluya belli bir zaman diliminde toparlanma imkânı sağlanmıştır<sup>[3]</sup>. İcra takibi sürecinde ortaya çıkan

[1] **Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara-2018, s. 109; **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, İstanbul-2017, s. 74.

[2] İcra takip işlemleri, icra hukukunun amacına ulaşmasına hizmet eden, takibe yön ve şekil veren, takibin ilerlemesini sağlayan işlemlerdir. Bkz. **Kuru, Baki**: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 148; Diğer tarifler için Bkz. **Umar, Bilge**: İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir-1973, s. 183; **Yıldırım, Kamil Mehmet/ Deren Yıldırım, Nevhis**: İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul-2012, s. 24; **Güneysu Boran, Nilüfer**: İcra Takip İşlemleri, TBB Dergisi, Y. 25, S. 101, Ankara-2012, s. 54; **Muşul, Timuçin**: İcra ve İflas Hukuku, C. I, 5. Baskı, Ankara-2013, s. 9; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 5; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 110; **Arslan, Aziz Serkan**: İcra Takip İşlemleri, Ankara-2018, s. 27.

[3] **Boran Güneysu**, s. 54.

insan hayatına özgü zorluk hallerinde borçluya maddi ve manevi açıdan bir toparlanma fırsatı tanınması insani bir önem taşır. Bu durum aynı zamanda temelde alacaklının tatminine hizmet eden icra prosedüründe borçlunun temel haklarının korunması ve toplumsal menfaatlerin gözetilmesi bakımından bir gerekliliktir<sup>[4]</sup>. Tatil ve talik halleri ile borçluya tanınan bu hak amaçsal bakımdan İİK m. 65'te düzenlenen gecikmiş itiraz kurumuna benzemektedir. Gecikmiş itiraz ile borçlu, kusuru olmaksızın bir engel (mazeret) nedeniyle süresinde (yedi gün içinde) ödeme emrine itiraz edememişse, bu itirazını sonradan yapabilir<sup>[5]</sup>. Gecikmiş itiraz icra mahkemesine, gecikmeye neden olan mazeret kalktıktan itibaren üç gün içerisinde yapılmalıdır. Tatil ve talik hallerinde ise kanun koyucu, borçluya gecikmiş itirazdan farklı olarak kanunda gösterdiği nedenlerin varlığı halinde sadece ödeme emrine itiraz hakkını değil, bütün icra takip işlemlerine karşı kullanamadığı haklarını koruma imkânını tanımıştır. Ayrıca bu hakların korunması için sadece icra mahkemesine üç gün içerisinde itiraz yolu ile başvuru yerine, yapılan işlemlerin iptal edilebilmesi için kural olarak yedi gün içerisinde şikâyet yoluna başvurmamasını yeterli görmüştür.

İİK m. 55/1 hükmü gereğince borçlu kendisine bir temsilci tayin edemeyecek derecede ağır hasta ise, borçlu aleyhine yapılan icra takibi icra müdürü tarafından belirli bir süre için ertelenebilir. Bu süre, ağır hasta olan borçlunun kendisine bir temsilci tayin edebilecek derecede iyileşmesine kadar geçecek olan süredir.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak icra takip işlemlerinin talik nedenlerinden bahsedildikten sonra İİK m. 55'te düzenlenen ve talik nedenleri arasında sayılan ağır hastalık kavramı incelenecek, bunun takibe etkileri üzerinde durulacak devamında da bu durumda olan bir borçluya karşı gerçekleştirilen icra takip işlemlerinin sonuçları ele alınacaktır. Borçlunun ağır hastalığı nedeniyle icra takibinin taliki konusunda Türk uygulamasında yeterli karar ve içtihat bulunmaması nedeniyle Mehaz İsviçre hukukunda bu konuya ilişkin öğretisi ve

[4] Esasen icra hukukunda temel haklar kavramı daha çok borçlunun hakları ile ilgilidir. Bkz. **Özkes**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara-2009, s. 63; **Perez-Ragone**, Alvaro: General Report For Session 4-4.2, International Association Of Procedural Law, Conference Book, Seul-2014, (s. 599-758), s. 695 vd.; Menfaat dengesinin gözetilmesi ayrı bir ilke olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Arar**, Kemal: İcra İflas Hükümleri, C. 1, Ankara-1944, s. 102.

[5] Örneğin borçlu adresinde bulunmadığı için, ödeme emri onun adına tebligatı kabule yetkili bir kişiye (meselâ borçlunun karısına) tebliğ edilmiş (Tebliğat K. m. 16) ve borçlu bir seyahatte olduğu için, o kişi (misalde, borçlunun karısı) yedi gün içinde ödeme emrini borçluya verememişse, borçlu, seyahatten döndükten sonra ödeme emrini öğrenince (üç gün içinde) gecikmiş itirazda bulunabilir. Bkz. **Kuru**, s. 241. Böyle bir gerekçe kanun koyucu tarafından tatil ve talik halleri arasında gösterilmemiştir.

yüksek mahkeme kararlarında yer alan benzer ve farklı hususlar da yeri geldikçe ortaya konmaya çalışılacaktır.

## II. İcra ve İflas Kanunu'nda Talik Nedenleri

Kanun koyucu belli hallerde ve zaman aralıklarında borçluya karşı icra takibini bir sonraki aşamaya iletir ve borçlunun durumunu daha da güçleştiren icra takip işlemlerinin yapılmasına müsaade etmemektedir. Kanun koyucuyu borçluyu koruyucu önlemler almaya iten temel düşünce icra takip işlemleri sonucunda aleyhine yeni bir durum ortaya çıkacak olan borçlunun bazı hallerde ve zamanlarda sosyal nedenlerle korunması ihtiyacıdır. Bu sebepler İİK'da m. 51 ile 56 arasında "Tatiller ve Talikler" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun kendisinin veya ailesinden birinin ölümü (İİK m. 52, 53), tutukluluk ve hükümlülük durumu (İİK m. 54), askerlik hali (İİK m. 54/a), ağır hastalığı (İİK m. 55) ve konkordato gibi bazı özel nedenler talik nedenleri arasındadır<sup>[6]</sup>. İcra ve İflas Kanunu'nda somut görünüm kazanan talik nedenlerinin temel kaynağı esasen Anayasa ve icra hukuku ilkeleridir.

İcra takip işlemlerinin taliki halleri özellikle Anayasa'da yer alan 'kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı' ile 'hak arama hürriyetini' ilgilendirmektedir. Anayasa'nın 17. maddesine göre 'Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir'. Bu bağlamda insanın maddi ve manevi varlığını derinden etkileyebilecek nitelikteki hastalık durumları İİK'da icra takip işlemlerinin talikini (ertelenmesini) gerektiren hallerden biri olarak kabul edilmiştir.

Anayasa'da hak arama hürriyetine ilişkin olarak düzenlenen m. 36 hükmü gereğince 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir'. Bu bağlamda kanun koyucu, icra hukukuna hâkim olan ilkelere alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesini sağlayabilmek amacı ile hak arama özgürlüğüne ilişkin olarak borçlunun savunma, itiraz, şikâyet, dava açma gibi hak arama hürriyetini yakından ilgilendiren ancak borçlunun bunları gerektiği gibi kullanamayacağı öngördüğü tutukluluk, hükümlülük, askerlik, ağır hastalık gibi durumları talik nedenleri arasında sıralayarak bu

[6] **Cerrahoğlu**, Fadıl: Cebrî İcra Hukukunda Süreler, İTG. Tarihi: 30/06/1972, C. 15, S. 716, s. 5; **Baçoğlu**, Gizem: İcra ve İflas Hukukunda Tatil ve Talik Halleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2013, s. 9; **Pekcanitez**, Hakan/ **Simil**, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017, s. 127; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 24; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavz/ Hanağası**, s. 112 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 75; **Arar**, s. 105; **Özekes**, s. 114.

hallerden biri içerisindeki borçlunun kendisini daha iyi savunabilecek hale gelmesi için icra takip işlemlerinin belli süre ertelenmesini uygun görmüştür.

### III. Ağır Hastalık Kavramı

İcra ve İflas Kanunu m. 55 hükmü ile kanun koyucu, kendisi aleyhine yapılan bir takipte çıkarlarını koruyamayacak veya bir temsilci tayin edemeyecek kadar ağır hasta olan bir borçluya karşı takibin (icra takip işlemlerinin) durdurulmasını (talik edilmesini) istemektedir. İcra ve İflas Kanunu m. 55 hükmünde açıkça yazılı olduğu üzere ağır hastalık nedeniyle icra takip işlemlerinin talik edilebilmesinin ön şartı, borçlunun ağır hasta olması halidir. Fakat bir tek ağır hastalık durumu borçluya karşı İİK m. 55 gereği takibin durdurulması için yeterli değildir. Takibin durdurulabilmesi için gerekli olan bu ön şarta ilave olarak diğer şart borçlunun hastalığı nedeniyle haklarını kendi kendine koruyacak veya en azından bir temsilci tayin edecek durumunun olmamasıdır<sup>[7]</sup>.

Kanunda bahsi geçen ağır hastalık halinin neleri kapsadığı veya ne kadar sürmesi gerektiği konusunda açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde kabul gördüğü üzere İİK m. 55 anlamında borçlunun ayırt etme gücünü yitirmesine neden olan zihinsel ağır hastalıklar zaten borçlunun takip ehliyetini ortadan kaldıracığı için talik nedeni olarak kabul edilemez<sup>[8]</sup>. Bu bakımdan talik nedeni olarak kabul edilebilecek ağır hastalıklar yaralanma vb gibi bedensel hastalıklar olabilir. Ancak somut olaya göre geçici süreli zihinsel hastalıklarda talik nedeni olarak kabul edilebilir.

Borçlunun hastalığının kronik veya müzmin olması mutlaka borçlunun temsilci tayin edemeyecek kadar ağır hasta olduğu anlamına gelmez. Borçlunun kronik hastalığının ağırlaşması somut olaya göre talik nedeni olarak kabul edilebilir. Ancak kronik hasta olan borçlunun böyle bir temsilcinin tayinini o zamana kadar yapması bekleniyorsa fakat yapmamışsa alacaklının menfaatlerini korumak için borçlunun talik hakkından yararlandırılmaması da düşünülebilir<sup>[9]</sup>.

Ağır hasta olan borçlu bir temsilciye sahipse veya bir temsilci tayin edilecekse, o zaman takip işlemlerinin durmasına gerek yoktur. Ancak ağır hasta

[7] **Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer:** İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul-2010, s. 310; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası,** s. 113; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes,** s. 76.

[8] **Belgesay, Mustafa R.:** İcra İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, İstanbul-1966, s. 58; **Berkin, Necmeddin M.:** Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul-1980, s. 127.

[9] **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. B, Ankara-1960, s. 41.



olan bir borçlunun kendisine yakında temsilci tayin edebileceği öngörüsüyle takibin durmasına müsaade etmemek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz.

Mehaz İsviçre hukukunda borçlunun ağır hastalığı nedeniyle icra takip işlemlerinin talik edilmesi SchKG Art. 61'de düzenlenmiştir. Madde'ye göre icra müdürü ağır hasta bir borçluya karşı yapılan icra takip işlemlerinin belirli bir zaman için durmasına müsaade edebilir.

İsviçre hukukunda SchKG Art. 61 hükmünde İİK m. 55 düzenlemesinde olduğu gibi sadece ağır hastalık nedeni ile borçlunun temsilci tayin edememesi talik nedeni olarak düzenlenmemiş, ağır hastalığın borçlu açısından doğurduğu diğer sonuçlar da talik nedeni olarak kabul edilmiştir. Buna göre ağır hasta olan borçluya karşı icra takip işlemlerinin durdurulmasının diğer bir nedeni, geçim ihtiyacı olan borçlunun hastalığının sonucu olarak gelir elde edememesi ve hastalığı nedeniyle acze düşmesidir<sup>[10]</sup>. Hatta hastalığı nedeniyle çalışamayacak hale gelen borçlunun mutlaka çok ağır hasta olması bile gerekli değildir<sup>[11]</sup>. Kişisel çalışması ile geçimini sağlayan borçlu (meselâ bir marangoz, ayakkabı tamircisi, berber, çiftçi) bu hastalık nedeniyle çalışmıyor ve gelir elde edemiyorsa, borçlunun borcunu ödeyememesi hastalığından dolayı çalışmamış olması nedenine dayanmak şartı ile icra müdürü, böyle bir borçlu hakkındaki icra takibini de uygun bir süre (borçlu çalışabilecek duruma gelinceye kadar) erteleyebilir<sup>[12]</sup>. Borçlu böyle bir durumda kendisine temsilci tayin edecek durumda olsa bile kendisine karşı gerçekleştirilecek icra takip işlemleri ertelenebilir<sup>[13]</sup>. Buna karşılık, hastalığı ağır olmadığı halde çalışmasına engel olan bir borçlunun borcunu ödemeye yetecek kadar para veya malı varsa, o zaman böyle bir borçlu hakkındaki icra takibini ertelemeye gerek yoktur. Kanun koyucunun amacı hastalığı nedeniyle çalışmayan, acz içinde olan borçluları korumak veya ağır hastalığı nedeniyle kendisini savunamayacak, temsilci dahi tayin edemeyecek durumda olan borçluları belli süre korumaktır. İcra takip işlemlerinin durmasına hem ödeme gücü olan hem de aciz olan borçlular için müsaade edilebilir.

İsviçre federal mahkemesi bir kararında ağır hasta olmayan ancak mesleğini yapamadığı için acze düşen bir borçlunun aczinin hastalık nedeniyle çalışmamasından mı yoksa başka bir nedenden mi olduğu konusunda mahkemenin

[10] BGE 105 III 104 f., 74 III 39, 58 III 20; **Jaeger**, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich-1911, SchKG Art. 61 N 1; **Bütikofer**, Max: Rechtsstillstand Wegen Schwerer Krankheit, BISchKG 20 (1956); 40 ff.,42.

[11] BISchKG 13 (1949) 180 (=BGE)

[12] **Kuru**, s. 151.

[13] BISchKG 34 (1970) 95 (= BGE); BGE 58 III 20

araştırma yapması gerektiğini belirtmiştir<sup>[14]</sup>. Federal mahkeme bununla birlikte, belirli bir süre için icra takip işlemlerini talik etmenin borçlunun maddi durumunu tamamen düzeltmeye imkân sağlayıp sağlamayacağını, takip sürecinin devam ettirilmesinin onu batırıp batırmayacağını da göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. Kanımızca İsviçre federal mahkemesinin icra müdürüne hastalık nedeniyle talik kararı verirken yüklemiş olduğu bu araştırma yükümlülüğü SchKG Art. 61'in (karş. İİK m. 55) anlam ve amacının aşırı genişletilmemesine yöneliktir. Sonuçta ağır olmasa bile hastalık hali, acz içindeki borçluya karşı takibin durmasının ön şartıdır. Ancak bu durumda bile icra müdürünün alacaklının menfaatlerini de gözetmesi ve bu türde bir talik kararı verirken tarafların çıkarlarını özenle inceleyerek kanunun etrafından dolaşılmasına izin vermemesi gerekir<sup>[15]</sup>.

#### IV. Ağır Hastalık Nedeni İle Talik Kararı Verilmesinin Usulü

İİK m. 55 hükmüne göre borçlunun ağır hastalığı nedeniyle icra takip işlemlerinin talikine karar verme yetkisi icra müdüründedir. İcra takip işlemlerinin talikine icra müdürü, borçlunun veya bir aile ferdinin talebi üzerine ya da kendiliğinden karar verebilir<sup>[16]</sup>. İcra dairesinin borçlunun talik hali sayılan ağır hastalığından haberdar olduğu halde, takip işlemlerinin taliki talebinde bulunamayan bir borçluya re'sen talik kararı vermemesi, hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması durumunu ortaya çıkarır<sup>[17]</sup>.

Borçlunun ağır hastalığı nedeniyle icra takip işlemlerinin talik edilerek icra takibinin durdurulması borçlunun takibin yapıldığı icra dairesinden istenebileceği gibi borçlunun yerleşim yerindeki icra dairesinden de istenebilir<sup>[18]</sup>.

Ağır hastalık nedeni ile takibin taliki sadece borçlunun ağır hastalığı söz konusu olduğunda mümkündür. Dolayısıyla borçlunun ailesinden bir kimsenin ağır hastalığı borçlu bakımından talik nedeni oluşturmaz. Ancak takip ehliyeti olmayan borçlunun önceden bir temsilcisi varsa ve temsilcisi ağır hasta ise yeni bir temsilci tayin edilinceye kadar icra takip işlemlerinin talik edilmesi yerinde olacaktır. Bir tüzel kişi ya da ticaret şirketi borçluya karşı için ise o şirket veya

[14] BGE 105 III 106 = Pra 69 (1980) Nr. 63

[15] **Amonn**, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 5. Auflage, Bern-1993, BISchKG 46 (1982) 31 f.

[16] **Jaeger**, SchKG Art. 61 N 2.

[17] **Killer**, SchKG Art. 60, 8 FN 26; E. 3.

[18] BISchKG 21 (1957) 38 ff.

tüzel kişiliğin eğer tek temsilcisi varsa ve o da ağır hasta ise icra takip işlemlerinin durdurulmasına müsaade edilebilir<sup>[19]</sup>.

Kanun koyucu İİK'da düzenlenen diğer talik hallerinden farklı olarak icra müdürüne ağır hastalık nedeniyle icra takibinin talik edilmesi konusunda takdir yetkisi vermiştir. Zira İİK m. 55 hükmünde lafzı geçen "icra memurluğunca talik olunabilir" ifadesi bu bakımdan diğer talik hallerinde olduğu gibi emredici nitelikte değildir. İsviçre hukukunda da SchKG Art. 61'in lafzına göre ("kann") takip işlemlerinin durmasına karar verme yetkisi icra müdüründedir<sup>[20]</sup>. Buna göre doktor raporuna rağmen icra müdürü takibin talikine karar vermeyebilir<sup>[21]</sup>. Raporun düzenlenmiş olması, icra müdürünün takdir yetkisini sınırlamaz. Bu bağlamda hastalık şiddetli olsa bile, borçluyu hukuki menfaatlerini koruması bakımından etkileyecek nitelikte değilse, icra müdürü takibin talikine karar vermeyebilir<sup>[22]</sup>.

İcra müdürü borçlunun ağır hastalığı nedeniyle takip işlemlerinin talikine karar verirken kararında tamamen serbest olmayıp icra hukuku öğretisi ve uygulaması ile idare hukukunda var olan yetki, sebep, şekil, konu ve maksat gibi temel unsurları gözeterek karar vermelidir. İcra müdürü bunun yanı sıra somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak madde metninin anlam ve amacına uygun şekilde karar vermelidir. İcra müdürü talike ilişkin karar verme esnasında sadece borçlunun değil iki tarafında haklı çıkarlarını göz önünde bulundurarak karar vermek zorundadır. Somut olayda icra takip işlemlerinin taliki için ön şartlar mevcutsa buna göre icra müdürü takdir yetkisini görevine uygun şekilde kullanarak, alacaklı bu karar nedeniyle zor duruma düşecek olsa dahi takip işlemlerinin durdurulmasına müsaade etmek zorundadır<sup>[23]</sup>.

[19] **Killer**, Albert; *Betreibungsferien und Rechtsstillstand*, BISchKG 30 (1966), s. 8.

[20] **Fritzsche**, Hans/ **Walder-Bohner**, Hans Ulrich: *Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischen Recht*, Band I Zurich-1993, § 13 N 19; **Killer**, 2; **Wyssen**, Hugo: *Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand* (Art. 56 FF. SCHKG), Basel-1995, s. 32.

[21] **Olgaç**, Senai/ **Köymen**, Haydar: *Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu*, 2. Baskı, İstanbul-1965, s. 386; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 137; **Başoğlu**, s. 44.

[22] **Ansay**, s. 41; **Muşul**, s. 162; **Başoğlu**, s. 44.

[23] **Schwartz**, Paul: *Das Ermessen der Betreibungsbehörden*, BISchKG 29 (1965), 166; BISchKG 50 (1986) 182 f. s. 161; **Imboden**, Max/ **Rhinow**, René A.: *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, unveränderter Nachdruck der 5.A. 1976, Bd. I und II*, Basel und Frankfurt 1986, Nr. 67 B I; vgl. BGE 74 II 38 = Pra 37 (1948) Nr. 120 und BISchKG 34 (1970) 95 (=BGE)

İcra müdürü icra takip işlemlerinin ağır hastalık nedeniyle durmasını eğer somut olayda hastalık, borçluyu sağlıklı olduğu zamandan daha kötü bir duruma düşürmeyecekse reddedebilir<sup>[24]</sup>. Bundan başka takibin durmasına (talik edilmesine) başvuru için talep türü fark etmeksizin bütün icra takip işlemleri için müsaade edilmek zorundadır; zira kanun metninde hastalık nedeniyle talik halinin sadece belli icra takip işlemleri için geçerli olacağına dair bir işaret bulunmamaktadır<sup>[25]</sup>.

İİK m.55 hükmü gereğince icra memuru ağır bir hastalığın söz konusu olup olmadığını değerlendirmek için bir resmi belgeye dayanmak zorundadır<sup>[26]</sup>. Doktrinde icra takip işlemlerinin talikine esas alınacak resmi belgenin şekli ve kapsamı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur.

Belgesay, hastalığın resmî raporla belgelenmesinin zorunlu olmadığını, resmî mahiyette bir belge ile sabit olmasının yeterli olduğunu, memurun cebrî icra sırasında müşahedesine müsteniden düzenlediği belgenin resmî olduğunu ve bu belgenin icranın ertelenmesine esas olabileceğini düşünmektedir<sup>[27]</sup>.

Berkin ise, madde kapsamında aranan resmî belgenin görevli ve yetkili memurun müşahedesini tespit eden belge olduğunu; dolayısıyla herhangi bir doktorun imzasının tasdik edilmiş olduğu rapor değil, ancak görevli doktorun raporuna dayanılabileceğini ve doktor bulunamaması hâlinde icra memurunun müşahedesini belgelendiren icra tutanağının da resmî belge hükmünde olduğunu düşünmektedir<sup>[28]</sup>.

Öğütçü/Çitoğlu'na göre imzası tasdik edilmiş serbest doktor raporu da resmî belgelerden biri olarak kabul edilmelidir<sup>[29]</sup>.

Cerrahoğlu, resmî belgeden maksadın ya hükümetin doktorlarıncaya verilmiş veya onlar tarafından onanmış raporlar olduğunu düşünmektedir<sup>[30]</sup>.

[24] BJM 1972 32 ff., 34 = BISchKG 36 (1972) 176 ff., 178.

[25] **Schwartz**, s. 182.

[26] **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 113; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özman/ Özkes**, s. 76; **Başoğlu**, s. 42; **Cerrahoğlu**, Fadil: Cebrî İcra Hukukunda Tatil ve Talikler, İTG Tarihi: 07/07/1972, C.15, S.717, s. 5; **Öğütçü**, A. Tahir/ **Çitoğlu**, Ali: Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C. I, Ankara-1977, s. 237.

[27] **Belgesay**, s. 58 vd.

[28] **Berkin**, s. 128.

[29] **Öğütçü/ Çitoğlu**, s. 237.

[30] **Cerrahoğlu**, s. 5.

Muşul'a göre de, ağır hastalığı onaylayan belgenin, hükümet tabipliğinden veya devlet hastanesinden alınan resmî rapor olması gereklidir<sup>[31]</sup>.

Olgaç/Köymen ise resmî bir makamın bir yazısının da yeterli olduğunu vurgulayarak trafik kazası sonucunda ağır hasta olarak hastaneye kaldırılan bir kimse hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından icra dairesine yazılmış bir yazının bu hususta yeterli olabileceğini belirtmektedir<sup>[32]</sup>.

Postacioğlu/Altay ise icra memurunun havale ettiği doktorun raporunun resmî vesika sayılabileceğini, aynı zamanda imzası onanmış her hangi bir doktor raporunun da kanunun aradığı resmi belge koşulunu gerçekleştireceğini ileri sürmektedir<sup>[33]</sup>.

Uyar ise resmî belge ifadesini daha geniş yorumlayarak resmî doktorlar tarafından verilen veya özel doktorlar tarafından verilip de imzası tasdik edilmiş olan raporlarında bu kapsamda değerlendirilebileceğini, hatta resmî rapor yerine belgeden bahsedilmesi sebebiyle, hastalığın mutlaka raporla değil, örneğin trafik kazası geçirdiğinin zabitanın rapor veya tutanağından anlaşılması hâlinde de takibin talik edilebileceğini kabul etmektedir<sup>[34]</sup>.

Yargıtay ise eski tarihli kararlarında resmi belgeyi sadece resmi doktor raporu olarak yorumlarken<sup>[35]</sup>, sonraki kararlarında ise özel doktordan haricen alınan, resmî nitelik taşımayan, protokol numarası olmayan raporu kabul etmemekte fakat özel doktor raporunun sağlık müdürlüğünden ve ilçelerde hükümet tabipliğinden onay alması halinde geçerli kabul etmektedir<sup>[36]</sup>.

Kanımızca yasadaki talik sebebi olan ağır hastalık durumu göz önünde bulundurulduğunda buradaki belge ile kastedilenin doktor raporu olduğunu

[31] **Muşul**, s. 162.

[32] **Olgaç/ Köymen**, s. 315.

[33] **Postacioğlu/ Altay**, s. 310.

[34] **Uyar**, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. I, II ve III, 2. Baskı, Ankara-2004, s. 3755.

[35] "Borçlu tarafından şuurı yerinde olmadığından bahisle Sulh Hukuk Mahkemesine tahtı hacre alınması talebile müracaatta bulunduğu anlaşılakta ise de bu husus henüz bir raporla tesbit edilmemiş ve vesikaya müstenit olmayan şikâyete binaen satışın durdurulması caiz bulunmamış olduğundan borçlunun ait olduğu mahkemeden tehiri icra kararı getirmekle muhtar olmak üzere şikâyetin reddine dair merci kararı tasdik edilmiştir." Yargıtay İİD., T. 15.8.1956, E. 7371, K. 104 (**Olgaç/ Köymen**, s. 387)

[36] Yargıtay 12. HD., 12.11.1981, 6852/8280; Yargıtay 12. HD., 2.5.2000, 6552/7168; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. İİD., 2.9.1944, 2767 Bkz. **Olgaç/ Köymen**, s. 454; 12. HD., 26.2.1981, 281/1857 Bkz. **Uyar**, Talih: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet ve İtiraz, Manisa-1983, s.76; **Kuru**, El Kitabı, s. 151.

kabul etmek gerekir. Günümüz koşulları ve takibin tarafları arasındaki menfaat dengesi göz önünde bulundurulduğunda talik için gerekli olan doktor raporunun özel veya devlet hastanesinden alınmış, protokol numarası içeren bir belge olması yeterlidir. Bununla birlikte doktor raporunun ağır hastalığın ne olduğunu ve raporun süresini de belgelemesi gerekir. Doktor raporundan aynı zamanda borçlunun kendi işleriyle ilgilenebilecek veya bir temsilci tayin edebilecek durumda olup olmadığı ve borçlunun iş görebilecek durumda olup olmadığına da anlaşılması gerekir<sup>[37]</sup>. Kısa tutulmuş, tanı içermeyen, sadece “hasta hastalık nedeniyle hareket edemez ve iş göremez” şeklinde açıklaması olan bir doktor raporu iyice kontrol edilmeden kabul edilmemeli ve ağır hastalık nedeniyle müsaade edilmiş olan talik halinin, kötü niyetle icra takibinin talik edilerek uzatılmasına hizmet etmesine müsaade edilmemelidir. Böyle bir halde icra dairesinin, durumu yakından incelemesi ve daha detaylı yeni bir doktor raporu isteyerek takdir yetkisini amaca uygun kullanması gereklidir<sup>[38]</sup>. İcra müdürünün kararlarına karşı şikâyet yolu açıktır.

## V. Talik Kararının Etkisi ve Süresi

Ağır hastalığı nedeniyle borçluya karşı icra takip işlemlerinin talik edilmesi ve hukuken durması kendiliğinden başlamaz, bilakis talik süresince takibin durdurulduğuna icra dairesince karar verilmesi gereklidir. Takip işlemlerinin talik edilerek durdurulması hali icra dairesinin verdiği kararda yazan zaman dilimi zarfında geçerlidir. Ancak icra müdürü ağır hastalığı nedeniyle talik nedenini ileri süremeyecek durumda olan borçlunun kendi çıkarlarını kendisi koruyamadığı hallerde en azından borçlu bir temsilci tayin edebileceye kadar belli bir süreliğine takibin talikine resen karar verebilmesi gereklidir<sup>[39]</sup>. Borçludan hastalığı nedeniyle bir temsilci tayin etmesi beklenemeyecek bir durum söz konusu ise, o zaman icra takip işlemlerinin talik edilerek takibin durdurulması hastalığın bütün süresi boyunca geçerli olmak zorundadır<sup>[40]</sup>.

İsviçre hukukunda borçlunun hastalığı ağır olmadığı halde iş göremezlik hali nedeniyle acze düşme durumu varsa icra takip işlemlerinin talik edilerek

[37] BISchKG 47 (1983) 101.; BISchKG 50 (1986) 182 f. ; **Wyssen**, s. 35.

[38] **Bütikofer**, 44; BISchKG 47 (1983) 101.

[39] BISchKG 37 (1973) 84. Örneğin kendi çıkarlarını koruyamayacak derecede ağır hasta olan bir borçlunun bu durumu icra dosyası içerisinde yer alan belgelerden anlaşılıyor ise icra müdürü, borçlunun en azından talik nedenini ileri sürebilmesi için takibin resen talikine karar verebilmelidir.

[40] **Jaeger**, SchKG Art. 61 N 1, 4; BISchKG 37 (1973) 83 f., **Fritzsche/ Walder**, § 13 FN 37.

takibin durma süresinin hastalığın iyileşme süresini de kapsaması gerektiği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda hastalığın iyileşme süresi alacaklıların menfaatini ağır derecede ihlal edecek kadar uzunca bir süreyi gerektirecek ise vesayet makamından borçluya temsilci tayin etmesi istenebilecektir<sup>[41]</sup>.

Borçlunun ağır hastalığı nedeniyle süresiz bir talik imkânına kavuşmasına hastalığı kronik dahi olsa müsaade edilmemelidir<sup>[42]</sup>. Bu durumda olan bir borçluya dahi verilecek olan talik süresi belli süreli olmalı, ancak gerekirse yine belli sürelerle uzatılabilmelidir. İsviçre federal mahkemesi vermiş olduğu bir kararda ağır bir trafik kazası geçiren borçlu için toplam on beş aylık talik süresini, süresiz bir talik hali yaratmadığı için uygun görmüştür<sup>[43]</sup>. Federal mahkeme diğer yandan da kronik ağır bir hasta için icra takip işlemlerinin talik edilerek takibin durmasının on bir ay ile sınırlandırılmasını ise uygun bulmuştur<sup>[44]</sup>.

İcra dairesi icra takip işlemlerinin talik edildiğini ve takibin durduğunu borçluya ve alacaklıya yazılı olarak tebliğ etmelidir. İcra takip işlemlerinin talik edilmesi kararı geçmişe etkili olarak verilemez<sup>[45]</sup>. Buna karşın icra dairesi şikayet süresi (Beschwerdefrist) henüz geçmemiş olan bir icra takip işlemine karşı, borçlu bu sürede ağır hasta ise ve temsilcisi de yok idiyse talep üzerine şikayet süresinin başladığı andan itibaren talik kararı vererek kısada olsa geçmişe etkili karar verebilir<sup>[46]</sup>.

## VI. Temsilci Atanması

İcra ve İflas Kanunu m. 55 gereğince borçlu kendisine mümessil tayin edemeyecek derecede ağır hasta ise icra takip işlemleri belirli bir süreliğine ertelenebilecektir. Ağır hastalığın resmi belge ile tahakkuku lazımdır. İsviçre hukukunda da hastalık uzunca bir süre devam ediyorsa, o zaman bir vasinin,

[41] **Jaeger**, SchKG Art. 61 N 4.

[42] Kronik hastalıklar başlı başına talik nedeni sayılmaz. Bkz. **Bütikofer**, s. 42; BGE 58 III 20; BISchKG 29 (1965) 174, 27 (1963) 57 ff. (=BGE); BGE 33 I 816; **Jaeger**, SchKG N 1 zu Art. 61.

[43] BISchKG 34 (1970) 95.

[44] BISchKG 27 (1963) 57 ff.

[45] **Jaeger**, SchKG Art. 61 N 4; **Blumenstein**, Ernst: Handbuch Des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern-1911, 211 FN 24; Zürih yüksek mahkemesi borçlunun tek temsilcisinin ani hastalık sonucu istihkak davası duruşmasına katılamaması nedeniyle geçmişe etkili talik talebini reddetmiştir. Bkz. BISchKG 21 (1957) 77 ff.

[46] **Jaeger**, SchKG Art. 61 N 4.

vekilin (Beirat) veya kayyımın (Beistand) tayini için vesayet makamı devreye sokulabileceği belirtilmiştir<sup>[47]</sup>.

İcra ve İflas Kanunu m. 55'te yer alan mümessil ifadesi ile kanun koyucu velayet hakkına sahip ana ve baba, evlât edinen, vasi ve kayyım ile borçlunun tayin edeceği vekili kastetmektedir. Buna göre ağır hasta olan borçlunun temsilcisinin mutlaka avukat veya hukuk eğitilmiş birisi olması gerekmez, örneğin eşlerden biri vasi olarak diğerinin temsilcisi olabilir. Ancak Avukatlık Kanunu m. 35 hükmü göz önünde bulundurulduğunda borçlunun mümessilinin avukat dışındaki kimselerden olması durumunda bu kimselerin yetkisi borçlu adına vekil tayininden ibarettir<sup>[48]</sup>. Bunun haricinde borçlunun yerine geçerek takip işlemi gerçekleştiremezler. İcra dairesi (ve icra mahkemesi) avukat olmayan bir kişinin vekil sıfatıyla yaptığı talepleri yerine getiremez; getirirse, böyle bir kişinin talebine dayanarak yapılan işlemler şikâyet yolu ile iptal edilir<sup>[49]</sup>. Vesayet makamı tarafından bu temsilcilerden birinin tayin edilmesi halinde icra takip işlemlerinin talik edilerek takibin durdurulmasına son verilmelidir.

## VII. Borçlunun Ağır Hastalık Durumuna Rağmen Gerçekleştirilen İcra Takip İşlemlerinin Sonuçları

Ağır hastalık durumlarında borçlulara takibin taliki hakkı veren İİK m. 55 hükmü kamudan ziyade borçluların menfaatinin korunması için düzenlenmiştir. Bu nedenle ağır hasta olan borçluya karşı gerçekleştirilecek icra takip işlemleri hukuka aykırı kabul edilse bile, bu işlemlere maksadı kamu yararını korumak olan hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı söylenemez.

Takibin ertelenmesini gerektirecek derecede ağır hastalık durumlarında, ağır hasta olan borçluya karşı icra dairesi tarafından icra takip işlemi yapılmışsa, ağır hasta olan borçlunun İİK m. 16 hükmü gereğince hem kanuna hem de olaya uygun olmayan bu işleme karşı yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyet hakkı vardır<sup>[50]</sup>. Buradaki şikâyet süresinin, hastalığın bitiminden itibaren işlemeye

[47] Uzun süren hastalıklarda bu süre altı ay olabilir. Bkz. Bütikofer, s. 42, 43.

[48] İcra ve İflas Kanunu m. 35'te "Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler" başlığı altında kaleme alınan hüküm gereğince kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

[49] **Kuru**, s. 166.

[50] **Pekcanitez/ Simil**, s. 95.



başlatılması uygun olur<sup>[51]</sup>. Aksi halde borçlunun ağır hastalığı sırasında şikâyet veya itiraza başvurmak mecburiyetinde bırakılması, İİK'nın 55. maddesinin amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu bakımdan ağır hastalık hallerinde gerçekleşen icra takip işlemlerinin etkilerinin işlem yapıldığı anda değil talik sebebinin sona erdiği andan itibaren (askıda) geçerli olduğu kabul edilebilir<sup>[52]</sup>. İcra dairesinin talik talebine dair müsaade etme, müsaade etmeme ve süre hakkındaki takdir yetkisine dayalı kararını, icra mahkemesi takdir yetkisinin hukuka ve İİK m. 55'in amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı açısından serbestçe denetleyebilir.

Bununla birlikte borçluya karşı ağır hastalık durumuna rağmen gerçekleştirilen icra takip işlemlerinden olan haciz işlemi diğer icra takip işlemleri ile aynı değerlendirilmemeli ve askıda geçerli olarak kabul edilmemelidir. Zira ağır hastalığa rağmen borçluya karşı gerçekleştirilen ödeme emrinin tebliği, haczedilen malların ihale yolu ile paraya çevrilmesi gibi icra takip işlemlerinin borçlu üzerindeki etkisi ile haczin etkisi aynı ağırlıkta değildir. Haciz işlemi, borçlunun malvarlığı üzerindeki etkisini ortadan kaldırılan, ona en fazla rahatsızlık veren belki de en önemli icra takip işlemidir. Bu bağlamda tatil ve talik hallerinde zaten rahatsız edilmemesi gereken borçlunun malvarlığına uygulanan haczi diğer icra takip işlemleri ile aynı şekilde değerlendirmek ve basitçe erteleyici etki sonucuna varmak kanun koyucunun amacının altının daha fazla oyulması anlamına gelecektir. Tatil ve talik hallerinde borçlunun malvarlığının haczi halinde borçludan ziyade kamunun da menfaatinin korunması açısından uygulanacak en doğru müeyyide süresiz şikâyet yolu ile kanuna aykırı gerçekleşmiş işlemin hükümsüzlüğünün (yokluğunun) tespiti ve netice olarak iptali olmalıdır<sup>[53]</sup>. Aksi

[51] **Kuru**, s. 151.

[52] Bazı hallerde icra takip işlemi (ödeme emri, ihale vb.) kurucu unsurları açısından bir eksiklik içermeyebilir. Ancak hüküm ifade etmesi için bir unsurla tamamlanması gerekmektedir. Bu durumda icra takip işlemi askıda hükümsüz kabul edilir. Askıda durum devam ettiği müddetçe işlemin etkileri ertelenir. Tamamlayıcı unsur gerçekleşirse işlem etkilerini gösterir ve askıda hükümsüz işlem o andan itibaren geçerli hale gelir. Erteleyici etkinin söz konusu olduğu durumlarda icra takip işlemi gerçekleştirildiği halde belirtilen süre zarfında (örneğin tatil ve tâlik süresince) geçici olarak hukuken doğurması gereken etkileri doğurmaz. Dolayısıyla icra takip işleminin erteleyici şarta bağlı bir geçerliliği mevcuttur. Hukuken geçerlilik ancak borçluya tanınan sürenin bitiminden sonraki ilk gün başka bir şeye gerek kalmaksızın başlar. Bkz. **Wyssen**, s. 120; BGE 121 III 284.

[53] **Wyssen**, s. 127; Hükümsüz icra takip işlemleri her zaman için her hangi bir biçimsel hukuk yolu kullanılmadan da kendiliğinden geçersiz kabul edilir. Bu bağlamda icra mahkemesine şikâyet yolu ile yapılan başvuru sadece hükümsüz işlemin tespiti ve ortadan kaldırılmasına amaçla yapılır. İcra ve İflâs Kanununda hükümsüz işlemlere karşı şikâyet süresini sınırlayan bir hüküm yoktur. Ancak hukuki güvenliğin sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması için, bu konuda üst sınır olarak takibin sona ermesinden itibaren bir yıl daha şikâyet hakkının bulunduğu doktrin ve Yargıtay tarafından genel

durumda bu yasağa erteleyici etki sonucunu uygulayarak haczi geçerli kabul edip etkilerini sürenin bitiminden sonraki güne ötelemek malvarlığı elinden alınan borçluya verilen rahatsızlıkla dengelenemeyecek ve borçlunun menfaatlerinin gerektiği gibi korunmasına hizmet etmeyecektir. Ağır hastalık haline dayalı talik nedenine rağmen yasağa aykırı şekilde haciz yapılması halinde borçlunun menfaatleri alacaklının menfaatinden üstün tutulmalı ve borçlunun menfaatleri mümkün mertebe hızlı bir şekilde hacizden önceki haline getirilmelidir. Bu nedenle kanımızca tatil ve talik hallerinin söz konusu olduğu süre zarfındaki haciz icrası işlemine sadece erteleyici etki yaptırımı yeterli görülmemeli, tatil ve talik süresinin bitiminden itibaren şikâyet yolu ile yasağa aykırı işlemlerin iptali gerçekleştirilebilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 55/2 hükmünde mal kaçırılması ihtimali olan hal-lerde hastalığın devamı sırasında da haciz yapılabileceği düzenlenmiştir. Mal kaçırma fiili, malları olağan sebep yokken bulunduğu yerden alınıp başka bir yere nakledilmesi veya bunların olağandışı temlik, rehin edilmesi, ucuz fiyattan satılması, alım yapılmadan sürekli satış yapılmasını ifade eder<sup>[54]</sup>. Borçlunun mal beyanında (İİK m. 74, 76) bulunmayıp malvarlığı aktifine ait hiç veya doğru bilgi vermeyip mallarını gizlemesi de mal kaçırma ihtimaline işaret edebilir. Bununla birlikte borçlunun mallarına el koyulmasına engel olmayı amaçlayan hareketleri de mal kaçırma sayılır<sup>[55]</sup>. Alacaklı, borçlunun bu fiillerin hazırlığı içinde olması veya icrasına başlamış olmasını hemen ibraz edilebilecek özel-likteki ispat araçlarıyla yaklaşık olarak ortaya koymalı ve bunlar mal kaçırma halini muhtemel göstermelidir<sup>[56]</sup>. Dolayısıyla, icra müdürü, alacaklının söz konusu hususa ilişkin talep veya beyanındaki bilgi ve belge içeriğini bu yönden değerlendirip edindiği kanaate göre hastalığa rağmen haciz yapılmasına veya yapılmamasına karar verebilir. İcra müdürünün, ağır hastalık haline dayalı talik nedenine rağmen alacaklının haciz yapılması talebi karşısında özellikle olumlu

---

olarak kabul görmektedir. Bkz. **Taşpınar Ayvaz**, Sema: İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. II, Ankara-2015, s. 1551; **Pekcanitez/ Simil**, s. 152; **Arslan**, s. 232; Yargıtay 12. HD., 26.02.2014 T.; 2014/29529 E. 2014/3943 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

[54] **Özekes**, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara-1999, s. 162; **İşıka**, Sertaç: "Hileli İflâs Suçu", İÜHFİM, Y. 2013, C.LXXI, S. 1, (s. 607-624), s. 610; Gerek borçlunun gerek borçlunun yakınlarının, borçlunun mallarını kaçırması ihtimali buraya girer. Bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 114.

[55] **Belgesay**, s. 55.

[56] **Albayrak**, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara-2013, s. 296.

kanaatinin bulunduğu hallerde, bu talebi neden kabul ettiğini haczin yapılmasına ilişkin kararının gerekçesinde ayrıca açıklaması yerinde olacaktır (İİK m. 8/2).

İsviçre hukukunda SchKG Art. 61’de düzenlenen ağır hastalık nedeniyle talik hallerinde, madde hükmüne rağmen gerçekleşen icra takip işlemleri ile kamu yararından ziyade borçlunun menfaatinin ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>[57]</sup> Bunun sonucu olarakta hukuka aykırı olarak gerçekleşen bu tür işlemlere alacaklı ile borçlunun menfaat dengesi gözetilerek erteleyici etki veya iptal edilebilirlik yaptırımının uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>[58]</sup>.

İsviçre hukukunda da SchKG Art. 17 hükmü gereğince, icra dairesinin takip işlemlerinin talik edilerek takibin durmasına dair kararına karşı kanton denetim ve gözetim mahkemesine (Aufsichtsbehörde) şikâyet imkânı mevcuttur. Kantonal kanun yolu makamları (alt ve üst), icra dairesinin takdir yetkisini kullanımını serbestçe denetleyebilir ve denetlemek zorundadır.<sup>[59]</sup> Federal mahkemenin SchKG Art. 19 ve OG Art 78 ff. uyarınca usuli temyiz mercii olarak incelemesi ise kanun ihlalleriyle, yani takdir bakımından takdir yetkisini kötüye kullanma veya yetki aşımının denetlenmesiyle sınırlıdır<sup>[60]</sup>. Örneğin eğer önceki şikâyet merci olan kanton mahkemesi bir talik kararına ilişkin incelemesinde hukuki açıdan önemsiz değerleri esas almış tersine SchKG Art. 61’in amacı olan insana saygıyı gözden kaçırmışsa bu durumda hukuka aykırılık mevcuttur<sup>[61]</sup>.

Federal mahkemeye yapılan usule ilişkin şikâyetlerde, icra takibinin durmasına müsaade etme veya etmemeye dair olan ve aleyhine şikâyet yoluna başvuru icra dairesi kararının (Urteil) şikâyete başvurulduğu zaman etkisini koruması, hala kaldırılması veya düzeltilmesinde borçlunun hukuki yararının olması gereklidir. Kısa süreliğine verilebilecek olan bir talik hakkına ilişkin icra dairesinin red kararı aleyhine, borçlunun şikâyeti üzerine mahkemenin inceleme sürecinde, talike neden olacak hal ortadan kalkacak ise kural olarak borçlunun ciddi bir hukuki yararının kalmadığı düşünülebilir. Fakat federal mahkeme böyle bir halde dahi yine de “ciddi bir menfaatin” bulunduğunu kabul ederek usule

[57] **Killer**, s. 15; **Dallèves**, Louis: Fristen, Betreibungsferien, Rechtsstillstand, SJK Karte 518, Cenevre, 26. August 1985, s. 14 f; **Fritzsche/Walder**, § 13, N. 23.

[58] Ağır hastalık hallerinde bilinci açık olan bir borçlu tamamen çaresiz değildir. Haklarını en azından temsilci atayarak koruyacak durumdadır; bu nedenle SchKG Art. 61’de düzenlenen talik süresi zarfında hukuka aykırı şekilde yapılan icra takip işlemlerinin butlanına hükmedilmesi (Nichtigerklärung) taraflar arasındaki menfaat dengesi bakımından orantılı kabul edilemez. Bkz. **Wyssen**, s. 134.

[59] **Wyssen**, s. 37.

[60] BGE 106 III 78.

[61] BGE 105 III 105, 74, III 38 f., 58, III, 19.

ilişkin şikâyet hakkının varlığını kabul etmektedir. Federal mahkeme “ciddi bir menfaati” örneğın icra dairesinin yeni bir kararı ile her defasında aylık olarak uzatılan icra takip işlemlerinin talik edilerek takibin durması olayında kabul etmiştir, çünkü aksi takdirde fiilen alacaklı usule ilişkin şikâyet hakkından mahrum kalmış olacaktır<sup>[62]</sup>.

---

[62] BGE 105 III 104.

## SONUÇ

Kanun koyucu, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelmiş bulunan ve borçlunun hukukî durumuna zarar vermeye elverişli olan icra takip işlemlerinin, tatil ve talik hallerinde yapılmasını kural olarak yasaklamıştır. İİK m. 55 hükmüne göre borçluya karşı icra takip işleminin yapılamayacağı talik nedenlerinden biri de borçlunun ağır hastalığı halidir. Kanunda bahsi geçen ağır hastalığın neleri kapsadığı veya ne kadar sürmesi gerektiği konusunda açıkça düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu İİK'da düzenlenen diğer talik hallerinden farklı olarak icra müdürüne ağır hastalık nedeniyle icra takibinin talik edilmesi konusunda takdir yetkisi vermiştir.

İİK m. 55 hükmü gereğince icra memuru ağır bir hastalığın söz konusu olup olmadığını değerlendirmek için resmi bir belgeye dayanmak zorundadır. Resmi belgenin niteliği ile ilgili olarak, yasadaki talik sebebi olan ağır hastalık durumu göz önünde bulundurulduğunda kastedilenin doktor raporu olduğunu kabul etmek gerekir. Günümüz koşulları ve takibin tarafları arasındaki menfaat dengesi göz önünde bulundurulduğunda talik için gerekli olan doktor raporunun özel veya devlet hastanesinden alınmış, protokol numarası içeren bir belge olması yeterlidir. Bununla birlikte doktor raporunun ağır hastalığın ne olduğunu ve raporun süresini de belgelemesi gerekir. Doktor raporundan aynı zamanda borçlunun kendi işleriyle ilgilenebilecek veya bir temsilci tayin edebilecek durumda olup olmadığı ve borçlunun iş görebilecek durumda olup olmadığına da anlaşılması gerekir. İcra müdürünün kararlarına karşı şikâyet yolu açıktır.

Ağır hastalığı nedeniyle bir borçluya karşı icra takip işlemlerinin talik edilmesi ve hukuken durması kendiliğinden başlamaz, bilakis talik süresince takibin durdurulduğuna icra dairesince karar verilmesi gereklidir. Takip işlemlerinin talik edilerek durdurulması hali icra dairesinin verdiği kararda yazan zaman dilimi zarfında geçerlidir.

Ağır hastalık durumlarında borçlulara takibin taliki hakkı veren İİK m. 55 hükmü kamudan ziyade borçluların menfaatinin korunması için düzenlenmiştir. Bu nedenle borçlu ağır hasta olsa bile hukuka aykırı olarak gerçekleşecek icra takip işlemlerine kamu yararı önşartı olan hükümsüzlük yaptırımını uygulanmamalıdır. Bunun yerine bu işlemlere İsviçre uygulamasında kabul edildiği üzere askıda geçersizlik (erteleyici etki) yaptırımını uygulanarak işlemin ağır hastalık hali bitene kadar geçerli olduğu, ancak şikâyet yolu ile iptal edilebilirlik gibi sonuçlarının ise borçluya tanınan talik süresinin bitiminden sonra doğduğu kabul edilmelidir.

**KAYNAKÇA**

Albayrak, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara-2013.

**Amonn**, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 5. Auflage, Bern-1993.

**Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Baskı, Ankara-1960.

**Arar**, Kemal: İcra İflas Hükümleri, C. 1, Ankara-1944.

**Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema/ Hanağası, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara-2018.

**Arslan**, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Ankara-2018.

**Başoğlu**, Gizem: İcra ve İflas Hukukunda Tatil ve Talik Halleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2013.

**Belgesay**, Mustafa R.: İcra İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, İstanbul-1966.

**Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul-1980.

**Blumenstein**, Ernst: Handbuch Des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern-1911.

**Bütikofer**, Max: Rechtsstillstand Wegen Schwerer Krankheit, BISchKG 20 (1956).

**Cerrahoğlu**, Fadil: Cebrî İcra Hukukunda Süreler, İTG Tarihi: 30/06/1972, C. 15, S. 716.

**Cerrahoğlu**, Fadil: Cebrî İcra Hukukunda Tatil ve Talikler, İTG Tarihi: 07/07/1972, C. 15, S. 717.

**Dallèves**, Louis: Fristen, Betreibungsferien, Rechtsstillstand, SJK Karte 518, Cenevre, 26. August 1985.

**Fritzche**, Hans/ **Walder-Bohner**, Hans Ulrich: Schuldbetreibung und Konkurs Nach Schweizerischen Recht, Band I Zurich-1993.

**Güneysu Boran**, Nilüfer: İcra Takip İşlemleri, TBB Dergisi, Y. 25, S. 101, Ankara-2012, (s. 31-60).

**Imboden**, Max/ **Rhinow**, René A.: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, unveränderter Nachdruck der 5.A. 1976, Bd. I und II, Basel und Frankfurt 1986.

- Işık**, Sertaç: “Hileli İflas Suçu”, İÜHFM, C.LXXI, S. 1, Y. 2013, (s. 607-624)
- Jaeger**, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich-1911.
- Killer**, Albert: Betreibungsferien und Rechtsstillstand, BISchKG 30 (1966), s. 8.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013.
- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku, C.I, 5. Baskı, Ankara-2013.
- Olgaç**, Senai/ **Köymen**, Haydar: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu, 2. Baskı, İstanbul-1965.
- Öğütçü**, A. Tahir/ **Çitoğlu**, Ali: Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C. I, Ankara-1977.
- Özekes**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara-2009.
- Pekcanıtez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul-2017.
- Pekcanıtez**, Hakan/ **Simil**, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul-2017.
- Perez-Ragone**, Alvaro: General Report For Session 4-4.2, International Association Of Procedural Law, Conferance Book, Seul-2014, (s. 599-758).
- Postacıoğlu**, İlhan E./ **Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul-2010.
- Schwartz**, Paul: Das Ermessen der Betreibungsbehörden, BISchKG 29 (1965).
- Taşpınar Ayvaz**, Sema: İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara-2015, (s. 1537-1550).
- Umar**, Bilge: İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir-1973. **Yıldırım**, Kamil Mehmet/ **Deren Yıldırım**, Nevhis: İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul-2012.
- Uyar**, Talih: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet ve İtiraz, Manisa-1983.
- Uyar**, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.I, II ve III, 2. Baskı, Ankara-2004. (Şerh, C. III).
- Wyssen**, Hugo: Geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand (Art. 56 FF. SCHKG), Basel-1995.





MEDENÎ HUKUK AÇISINDAN  
SOSYAL SEBEPLERLE  
(SOSYAL ENDİKASYONLA)  
ÜREME HÜCRESİNİN  
DONDURULUP SAKLANMASI\*

S. Hülya İMAMOĞLU\*\*

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-6065-6795>

**DOI:** 10.30915/abd.546254

**Makalenin Geldiği Tarih:** 26.02.2019 **Kabul Tarihi:** 18.03.2019

\* Bu makale, Ankara Üniversitesi Üreme Sağlığı Teşhis Tedavi Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 3 Ekim 2018 tarihinde gerçekleştirilen “Sosyal Endikasyonda Gamet Hücresi Dondurulup Saklanması” Sempozyumunda sunulan sözlü bildirinin yeniden gözden geçirilerek genişletilmiş hâlidir. 1 Şubat 2019 tarihinde yürürlükte olan mevzuat esas alınmıştır. **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.



## ÖZ

Üreme hakkı, her insanın çocuk sahibi olup olmama veya çocuklarının sayısı ve zamanlaması konusunda bizzat karar verme hakkıdır. Bu yönde üreme hakkı, kişilik hakkına dâhil bir kişilik değeri olup, uluslararası hukukta ve ulusal hukuk sistemlerince korunmuştur. Üreme hücrelerinin dondurulup saklanması, modern üreme tıbbının sunduğu imkânlardan biridir. Burada yaşamın daha sonraki bir döneminde uygun bir zamanda ihtiyaç hâlinde kullanmak suretiyle çocuk sahibi olma isteğini gerçekleştirebilmek amacıyla kişinin üreme hücrelerinin önceden bir tedbir olarak alınması, dondurulması ve saklanması söz konusu olmaktadır. Üreme hücrelerinin dondurulup saklanması, tıbbî sebeplerle gerçekleştirilebileceği gibi, sosyal sebeplerle de gerçekleştirilebilir. Burada eğitim, meslekî kariyer veya yaşamdaki diğer plânlara öncelik verilmesi gibi sebepler söz konusu olabilir.

Türkiye'deki hukukî düzenleme bağlamında üreme hücrelerinin dondurulup saklanması, ancak tıbbî zorunluluk hâlinde mümkündür. Diğer taraftan üreme tıbbî yöntemlerine erişim, kısıtlayıcı olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, üreme tıbbî yöntemlerinden yararlanabilmenin şartlarını belirlemede takdir yetkine sahip olduğu açıktır. Ancak temel bir hak olarak üreme hakkını ilgilendiren böyle bir düzenlemenin, kişinin üremeye ilişkin kararlarını gerçekleştirebilmesini sağlayacak bir çerçeve sunması gerekir. Bu sebeple toplumsal gelişmeler ve talepler dikkate alınmak suretiyle yeni bir düzenlemeye gidilmesi veya en azından mevcut düzenlemenin gözden geçirilmesi isabetli olur.

**Anahtar Kelimeler:** Üreme Hakkı, Kişilik Hakkı, Üreme Hücreleri, Sosyal Endikasyon, Üremeye Yardımcı Yöntemler.

THE FREEZING AND PRESERVING OF GAMETES  
DUE TO SOCIAL REASONS (SOCIAL INDICATION)  
FROM THE CIVIL LAW PERSPECTIVE

ABSTRACT

Every person has a right to decide on whether or not to have a child, how many children to have and the timing of it, which are reproductive rights. In this regard, reproductive rights are personal values that are part of personal rights and are protected in international law and by national legal systems. The freezing and preserving of gametes is one of the possibilities made available by modern reproductive medicine. Through such methods, a person's gametes, as a precautionary measure, are obtained, frozen and preserved in order to be used so that such person's wish to have child can be fulfilled at a later suitable stage when needed. The freezing and preserving of gametes can be made due to medical or social reasons such as education, career or prioritizing other plans in life.

Under the legal regime in Turkey, the freezing and preserving of gametes is only possible when there is a medical obligation. On the other hand, access to medical reproductive methods is regulated in a restrictive manner. It is clear that the legislator has the discretion in determining the conditions for benefiting from reproductive medical methods. A regulation that affects a fundamental right such as the reproductive rights, however, should enable a framework within which persons can realize its decisions regarding reproduction. Therefore, taking the societal developments and demands into consideration, it would be apt to come up with a new regulation or at the very least revisit the present one.

**Keywords:** Reproductive Rights, Personal Right, Gamete, Social Indication, Assisted Reproduction Methods.

## I. Giriş

Bu çalışmada insan üreme hücresinin sosyal sebeplerle (sosyal endikasyonla) dondurulup saklanması, üreme tıbbına ilişkin olarak esas itibarıyla Türkiye'deki hukukî düzenleme bağlamında, medenî hukuk açısından, özellikle kişilik hakkı ve üreme hakkı perspektifinden değerlendirilmiştir. Diğer taraftan bu konuda uluslararası toplumdaki tartışmaların ağırlıklı noktasının kadın üreme hücresinin dondurulup saklanmasına ilişkin olduğu gözlemlenmiştir. Bu da yapılan değerlendirmede yönlendirici olmuştur. Bununla birlikte ülkemizdeki duruma yönelik eleştiri ve öneriler, bu tıp tekniğinden yararlanmak isteyen herkesi ilgilendiren bir genelliktedir.

## II. Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla) Üreme Hücresinin Dondurulup Saklanması

Üreme hücresinin dondurulup saklanması, modern üreme tıbbının geliştirdiği ve sunduğu imkânlardan biridir. Burada yaşamın daha sonraki bir döneminde uygun bir zamanda ihtiyaç hâlinde kullanmak suretiyle çocuk sahibi olma isteğini gerçekleştirebilmek amacıyla kişinin üreme hücresinin önceden bir tedbir olarak alınması, dondurulması ve saklanması söz konusu olmaktadır<sup>[1]</sup>.

Üreme hücresinin dondurulup saklanması, tıbbî sebeplerle gerçekleştirilebilir<sup>[2]</sup>. Mesela yumurtalıkların veya testislerin alınması gibi üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açan ameliyatların yapılacak olması hâlinde, üreme yeteneğini koruyabilmek için sözü edilen ameliyatlar öncesinde üreme hücresinin dondurulup saklanmasında tıbbî sebebin varlığı kabul edilmektedir<sup>[3]</sup>.

Sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanmasında ise bu işlem, sosyal sebeplerle gerçekleştirilmektedir. Burada çeşitli sosyal sebepler söz konusu olabilir<sup>[4]</sup>. Mesela doğru insanla karşılaşmamış olmak, duygusal açıdan

[1] Christian Peter, Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter 10. August 2015, Rz. 1; Sandra Hotz, Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, recht 2017, s. 1.

[2] Leonie Tettamanti, Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, hill 2013, Nr. 116, Rz. 4; Peter, Rz. 2; Hotz, s. 1- 2.

[3] Bu konuda bkz. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG. 30.09.2014, 29135), m. 20, f. 2 (c), f. 3 (b).

[4] Hotz, s. 3; Peter, Rz. 1, Rz. 43. Tettamanti'ye göre sosyal sebeplerle üreme hücresinin dondurulup saklanmasında, birincil olarak yaşam tarzıyla ilgili düşünceler etkilidir. Günümüz kadını, biyolojik saatinden bağımsız bir aile plânlaması hedeflemekte ve çocuk

hazır olmamak, keza finansal açıdan hazır olmamak, bu bağlamda öncelikle finansal açıdan istikrar sağlamayı istemek, uzun süreli daha ileri düzeyde bir eğitim programını tamamlamayı hedeflemek, meslekî kariyer veya yaşamdaki diğer plânlara öncelik vermek gibi. Nitekim çocuk sahibi olma isteğinin daha ileri bir zamana ertelenmesi ve son yirmi yılda doğum yapan kadınların yaş ortalamasının önemli ölçüde yükselmesi de dikkati çeken bir toplumsal gelişmedir<sup>[5]</sup>.

Üreme hücresinin dondurulup saklanmasında kişinin üreme yeteneğinin azaldığı daha ileri yaşta bile olsa, kendi çocuğuna sahip olma ihtimali mevcuttur<sup>[6]</sup>. Bu ihtimal ve ümit, sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanması uygulamasına yönelik ilgiyi artırmıştır. Diğer taraftan üreme tıbbında bu alanda son yıllarda geliştirilen vitrifikasyon yöntemi ve alınan daha başarılı sonuçlar dolayısıyla da sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanması uygulaması artmıştır<sup>[7]</sup>. Bu durum, sadece tıbbî açıdan değil, fakat hukukî, etik ve sosyal açıdan da tıbbî olmayan sebeplerle üreme hücresinin dondurulup saklanmasına ilişkin olarak çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Aşağıda bu tartışmalar ele alınmıştır. Ancak hukukî açıdan öncelikle üreme hakkı kavramı üzerinde durmak gerekir.

## II. Üreme Hakkı

### 1. Kavram

Üreme hakkı, her insanın çocuk sahibi olup olmama veya çocuklarının sayısı ve zamanlaması konusunda bizzat karar verme hakkıdır<sup>[8]</sup>. Bu yönde üremeye ilişkin kararlar, kişiye sıkı biçimde bağlı olup, özel ve hatta gizli niteliktedir<sup>[9]</sup>.

---

isteğini bu suretle olabildiğince özerk bir şekilde gerçekleştirmek istemektedir (Rz. 3, Rz. 5).

[5] Hotz, s. 4.

[6] Krş. Hotz, s. 1; s. 17- 18; Social Egg Freezing – eine ethische Reflexion, Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, Stellungnahme Nr. 28/2017 (11.05.2017), Bern 2017, s. 13.

[7] Hotz, s. 2. Vitrifikasyon, üreme hücresinin çok hızlı bir şekilde dondurulmasını sağlayan ve üreme hücresinin döllenme potansiyelini büyük ölçüde koruyan, teknik olarak ileri bir yöntemdir. Bkz. Peter, Rz. 2; NEK, Stellungnahme Nr. 28/2017 (11.05.2017), s. 4.

[8] Krş. Andrea Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, ZSR 2016 II, s. 355. Büchler, üreme hakkını, üremeye ilişkin özerklik veya kendi geleceğini belirleme (bizzat karar verme) olarak ifade etmektedir.

[9] Krş. Büchler, s. 355.

Üreme hakkı, diğer bir ifadeyle, üremeye ilişkin olarak bizzat karar verme hakkı, ilk önce, esasen istenmeyen hamilelikleri önleme ve güvenli bir rahim tahliyesi (hamileliği sona erdirmeye) hakkı için verilen mücadele sırasında talep edilmiştir<sup>[10]</sup>. Ancak üreme tıbbındaki gelişmelerle birlikte üreme hakkı, üreme mecburiyetinden muafiyet ve istenmeyen hamilelikleri önleme imkânı olarak tartışılmanın ötesinde ele alınmaya başlanmıştır. Bugün üreme hakkı, üreme tıbbı alanında belirli teknolojilere erişmeyi talep etmek için de ileri sürülmektedir<sup>[11]</sup>. Nitekim günümüzde, bir embriyonun oluşumunda bir yardım sağlanmasının dışında, başka taleplerde de, mesela ölmüş eşin üreme hücrelerini kullanabilmek için veya embriyonun laboratuvarında ya da ana rahminde genetik yönden kapsamlı olarak incelenmesini istemek için üreme hakkına başvurulmaktadır. Yine mesela bir embriyoyu belirli bir cinsiyette veya özellikte seçebilmek için ya da menopozdan sonra bir yumurta hücresi bağışı yardımıyla bir hamileliği gerçekleştirmek için de üreme hakkı kavramı, referans alınmaktadır<sup>[12]</sup>.

Üreme hakkı, bu kapsamda çocuk sahibi olma ve bir aile kurma isteği, uluslararası hukukta ve ulusal hukuk sistemlerince korunmuş temel bir hak olarak kabul edilmiştir<sup>[13]</sup>. Bu itibarla aşağıda, önce, üreme hakkının uluslararası belgelerde düzenleniş şekli ele alınmış, daha sonra İsviçre/Türk hukuk sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi yönüne gidilmiştir.

## 2. Uluslararası Belgelerde Üreme Hakkı

Üreme hakkının, uluslararası kaynakları arasında ilk olarak Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme hükümlerine işaret edilebilir<sup>[14]</sup>. Anılan Sözleşmenin 17. maddesine göre hiç kimsenin özel hayatına ve ailesine keyfi

[10] Büchler, s. 357.

[11] Büchler, s. 357.

[12] Büchler, s. 357. Ancak bu uygulamalar, tartışmalı olup, sözü edilen uygulamalara ilişkin düzenlemeler, ülkeler itibarıyla farklılık göstermektedir. Krş. Büchler, s. 357; s. 363- 364; Hotz, s. 9- 10. Türk hukuku için bkz. 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (RG. 03.06.1979, 16655)'a 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla (RG. 05.12.2018, 30616) getirilen Ek madde 1, f. 2 ve f. 3. Ayrıca Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Ek 17/8. İlgili Yönetmelik için bkz. dn. 3.

[13] Hotz, s. 4; Büchler, s. 360. Ayrıca bkz. Eva Maria Belser/Alexandra Jungo, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, ZSR 2016 I, s. 177 vd.

[14] Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanunla

veya yasa dışı olarak müdahale edilemez. Yine aynı Sözleşmenin 23. maddesi, evlenebilecek yaşta bulunan erkeklerle kadınlara, evlenme ve bir aile kurma hakkının tanınacağı hükmünü öngörmektedir.

Üreme hakkının ifade bulduğu önemli bir diğer uluslararası belge ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir<sup>[15]</sup>. Anılan Sözleşmenin 8. maddesine göre herkes, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Sözleşmenin 12. maddesi ise evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemiştir.

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de özellikle 16. maddesinde taraf devletlerin, evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadınlara karşı ayrımı önlemek için gerekli bütün tedbirleri alacaklarını öngörmüştür<sup>[16]</sup>. Yine sözü edilen hükme göre kadınlara, çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe ve sorumlulukla karar vermede ve bu hakları kullanabilmeleri için gerekli bilgi, eğitim ve diğer araçlardan yararlanmada, erkeklerle eşit haklar sağlanacaktır. Anılan Sözleşmenin 12. maddesinde de, taraf devletlerin, kadınlara, erkeklerle eşit olarak, aile plânlaması ile ilgili hizmetler de dâhil, sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü ifade edilmiştir. Bu kapsamda kadınlara, hamilelik ve doğum sonrası dönemde uygun bir bakım hizmeti de verilecektir<sup>[17]</sup>.

Üreme hakkıyla bağlantılı olarak sağlık hakkıyla ilgili önemli bir düzenleme de, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede yer almaktadır<sup>[18]</sup>. Anılan Sözleşmenin 12. maddesinde taraf devletlerin, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul edecekleri, öngörülmüştür.

---

onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 07.07.2003 tarihinde onaylanması kararlaştırılmıştır (RG. 21.07.2003, 25175). Konu hakkında ayrıca bkz. Büchler, s. 360.

[15] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 10.03.1953 tarihli ve 6366 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG. 19.03.1954, 8662). Konu hakkında ayrıca bkz. Büchler, s. 360; Hotz, s. 4.

[16] Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne katılma, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 11.06.1985 tarihli ve 3232 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, katılmanın onaylanması ise Bakanlar Kurulunca 24.07.1985 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG. 14.10.1985, 18898). Konu hakkında ayrıca bkz. Büchler, s. 360; Demet Özdamar, Türk Kadın Hukuku Mevzuatı (Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Mevzuat), 2. Baskı, Ankara 2012, s. 589 vd., 596.

[17] Büchler, s. 360; Özdamar, s. 594.

[18] Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 10.07.2003 tarihinde onaylanması kararlaştırılmıştır (RG. 11.08.2003, 25196). Konu hakkında ayrıca bkz. Büchler, s. 360.



Üreme hakkının, bir insan hakkı olarak açıkça tanımı, 1968 yılında Tahran'da yapılan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansının sonuç bildirisini çerçevesinde gerçekleştirilmiştir<sup>[19]</sup>. Buna göre çiftler, çocuklarının sayısı ve zamanlaması (yaş aralığı) konusunda serbestçe ve sorumluluklarının bilincinde karar vermede temel bir insan hakkına sahiptir.

Nüfus politikasına ilişkin olarak üremenin kontrolünden, diğer bir ifadeyle nüfus (aile) plânlamasından kadınların üremeye ilişkin haklarına ve üreme sağlığına geçiş yönünde asıl paradigma değişikliği, 1994 yılında Kahire'de düzenlenen Birleşmiş Milletler Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansında gerçekleştirilmiştir<sup>[20]</sup>. Bu Konferansın eylem programında üreme sağlığı tanımlanmıştır. Buna göre üreme sağlığı, üreme sistemi, işlevleri ve süreçleriyle ilgili olarak fiziksel, zihinsel ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlidir<sup>[21]</sup>. Bu yönde üreme sağlığı, aynı zamanda, insanların üreme yeteneğine ve üreme yeteneklerini kullanmada karar verme özgürlüğüne sahip olmasını ifade eder<sup>[22]</sup>. Doktrinde üreme sağlığına ilişkin bu tanımın, sağlık hakkı, ayrımcılık yasağı ve üreme hakkı arasındaki sıkı bağlantıyı açıklığa kavuşturduğu belirtilmektedir<sup>[23]</sup>. Bu yönde sağlık hakkı kapsamında devlet, üreme sağlığını ve böylelikle üremeye ilişkin hakları sağlamakla yükümlüdür<sup>[24]</sup>.

[19] Büchler, s. 360.

[20] Büchler, s. 360- 361; Bu konuda ayrıca bkz. Üreme Sağlığına Giriş, Katılımcı Rehberi, T. C. Sağlık Bakanlığı, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü, Ankara 2009, s. 4; Üreme Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, www.icc.org.tr (Erişim tarihi: 01.10.2018), s. 2.

[21] Büchler, s. 361; ayrıca bkz. Üreme Sağlığına Giriş, s. 4.

[22] Büchler, s. 361; Üreme Sağlığına Giriş, s. 4. Kahire Konferansının sonuçları, 1995 yılında Pekin'de yapılan IV. Dünya Kadın Konferansında da vurgulanmıştır. Diğer taraftan üreme hakkı ile ilgili olarak Uluslararası Aile Plânlaması Federasyonu da uluslararası metinleri inceleyerek Üreme ve Cinsel Sağlık Hakları Bildirgesi hazırlamıştır. Bildirgede üreme hakkı kapsamında on iki üreme sağlığı ve cinsel sağlık sorunu, hak temelli çözüm için tanımlanmıştır. Bunlar: Yaşama hakkı, üreme ve cinsel yaşamda özgürlük hakkı, üreme ve cinsel yaşamda eşitlik hakkı, üreme ve cinsel yaşamda gizlilik hakkı, üreme ve cinsel yaşamda düşünce özgürlüğü hakkı, üreme ve cinsel yaşamda bilgilendirme ve eğitim hakkı, evlenme ve aile kurma konularında seçim hakkı, çocuk sahibi olup olmama veya ne zaman olacağına karar verme hakkı, üreme ve cinsel yaşamda sağlık bakımı alma ve sağlığın korunması hakkı, üreme ve cinsel yaşamda bilimsel gelişmelerden yararlanma hakkı, üreme ve cinsel yaşamda toplanma ve katılım özgürlüğü hakkı, üreme ve cinsel yaşamda işkence ve kötü muameleden özgür olma hakkı (Bkz. Üreme Hakları, s. 2 vd.).

[23] Büchler, s. 361.

[24] Büchler, s. 361.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında, üremeye yardımcı yöntemlere erişmenin, prensipte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca özel hayat hakkının koruma alanına girdiğini ifade etmiştir<sup>[25]</sup>. Bununla birlikte Mahkeme, üremeye yardımcı yöntemlere ilişkin düzenlemelerde, taraf devletlere geniş takdir yetkisi tanımıştır. Zira Mahkemeye göre bu etik açıdan çok hassas ve tartışmalı alanda henüz Avrupa çapında bir görüş birliğine varılmamıştır. Ancak Mahkeme, meseleye ilişkin olarak dinamik toplumsal ve tıbbi gelişmeler çerçevesinde kanunların sürekli gözden geçirilmesi gerektiğine de dikkat çekmiştir<sup>[26]</sup>.

### 3. İsviçre/Türk Hukukunda Üreme Hakkı

İsviçre hukukunda üreme hakkı, anayasal düzeyde, esas itibarıyla kişisel özgürlük hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>[27]</sup>. Bu yönde çocuk sahibi olma isteği veya ebeveynlik isteği, kişisel özgürlük hakkı kapsamında, kişiliği bireysel geliştirmenin görünüşü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca üreme hakkına ilişkin olarak anayasal düzeyde özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ve aile hakkına da işaret edilmektedir<sup>[28]</sup>.

Doktrinde devlet tarafından uygulanan üremeyi sınırlamaya yönelik zorlayıcı tedbirlerin, kişisel özgürlüğe ilişkin temel hakkı zedeleyeceği hususunun tartışmasız olduğu belirtilmektedir<sup>[29]</sup>. Diğer taraftan çocuk sahibi olmama hakkı ve bu yönde isteğe bağlı sterilizasyon veya doğum kontrol ya da rahim tahliyesi (hamileliği sona erdirmeye) hizmetlerine erişim imkânı da kişisel özgürlük kapsamındadır<sup>[30]</sup>. Buna göre üreme özgürlüğü, diğer bir ifadeyle çocuk sahibi olma veya çocuk sahibi olmama hakkı, kaynağını anayasal kişisel özgürlük hakkında bulmaktadır. Burada kişisel özgürlük hakkının, üreme özgürlüğü bağlamında üreme tıbbına ilişkin yöntemlerden yararlanma hakkına ne ölçüde imkân verdiği hususu tartışılmıştır<sup>[31]</sup>. Bu konuyla ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi iki

[25] Bu konuda bkz. Büchler, s. 361; Üreme Hakları, s. 13- 14.

[26] Büchler, s. 361; Üreme Hakları, s. 13- 14.

[27] Büchler, s. 362; Hotz, s. 4. Ayrıca bkz. Art. 10 Abs. 2 BV.

[28] Büchler, s. 362; Hotz, s. 4. Ayrıca bkz. Art. 13 Abs. 1 BV ve Art. 14 BV.

[29] Büchler, s. 362.

[30] Büchler, s. 362.

[31] Krş. Büchler, s. 362.

önemli karar vermiştir<sup>[32]</sup>. Federal Mahkemeye göre çocuk sahibi olma isteği, kişisel özgürlük kapsamında, kişiliği geliştirmenin temel bir görünümü teşkil eder ve anayasal koruma altındadır<sup>[33]</sup>. Çocuk isteğinin gerçekleştirilmesi, devlet tarafından haksız kısıtlamalar olmaksızın hayata geçirilebilmelidir. Bu yönde kişi, gerekirse üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından yararlanabilmelidir. Mahkemeye göre kişinin üreme tıbbına ilişkin yöntemlere erişmesini ve böylelikle çocuk isteğinin gerçekleştirilmesini sınırlayan kamusal düzenlemeler, temel hakka müdahale sayılır. Ancak temel bir hak olarak kişisel özgürlüğe yönelik sınırlamalar, hakkın özünü ihlâl etmediği, yeterli bir yasal temele dayandığı, kamu yararına bulunduğu ve ölçülü olduğu takdirde caizdir<sup>[34]</sup>.

İsviçre doktrininde anayasal bağlamda temel hak düzeyinde korunan üreme hakkından, kişinin çocuk sahibi olma isteğini veya çocuk sahibi olmama isteğini gerçekleştirmek için tedbir almada engellenmeme hakkı doğsa da, devletin bu yönde uygun teklifleri hazırlama veya destekleme yükümünün türetilmeyeceği kabul edilmektedir<sup>[35]</sup>. Ancak üreme hakkı, birçok yönüyle sağlık hakkıyla ilgilidir. Sağlık hakkının güvence altına alınması da devletin görevidir<sup>[36]</sup>.

İsviçre hukukunda üreme hakkı, özel hukuk bağlamında medenî hukuk çerçevesinde kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>[37]</sup> [38]. Doktrinde, yargı kararlarında ve literatürde üreme hakkının, kişilik hakkına dâhil bir değer olarak açıkça kabulünün büyük ölçüde eksik olduğu ifade edilmektedir<sup>[39]</sup>.

[32] Büchler, s. 362- 363. İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararları için bkz. BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460.

[33] BGE 115 Ia 234, E. 5a. Konu hakkında bkz. Peter, Rz. 19, Rz. 20; Büchler, s. 363; Hotz, s. 4.

[34] BGE 115 Ia 234, E. 5a, 5b; Peter, Rz. 20.

[35] Konu hakkında bkz. Büchler, s. 364.

[36] Bkz. Büchler, s. 365. Ayrıca bkz. Art. 118 Abs. 1 BV.

[37] Büchler, s. 365; Hotz, s. 4; Ayrıca bkz. Art. 27 ZGB; Art. 28 ZGB.

[38] Kişilik hakkına ilişkin olarak ayrıca bkz. Andreas Meili, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Basel 2014- 2015, Art. 28 N. 17 vd.; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara 2017, s. 275 vd.; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2017, N. 495 vd. ; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 157 vd.

[39] Büchler, s. 365.

Bununla birlikte üremeye ilişkin kararların, kişinin kendini geliştirmesi için çok önemli olduğundan şüphe edilemez<sup>[40]</sup>.

İsviçre hukukunda üreme hakkıyla ilgili çok sayıda açık veya örtülü düzenleme bulunsa da, bu düzenlemelerde üreme hakkına yönelik açık bir işaretin, genellikle mevcut olmadığı belirtilmektedir<sup>[41]</sup>. Bu sebeple üreme hakkının etki alanını ve üreme hakkının sınırlarını, sadece ilgili düzenleme bağlamında değerlendirmek mümkündür.

Türk hukukunda üreme hakkı, anayasal düzeyde, esas itibarıyla kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığına ilişkin 17. madde kapsamında değerlendirilebilir. Sözü edilen 17. maddenin birinci fıkrasına göre herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Burada yaşama hakkı, kişinin kendisi hakkında karar verme hakkını da içerir<sup>[42]</sup>. Kişinin kendisi hakkında karar verme hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ifade eder. Şu hâlde üreme hakkı bağlamında kişinin çocuk sahibi olup olmama veya çocuklarının sayısı ve zamanlaması konusundaki karar verme özgürlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkının içeriğine dâhildir. Diğer taraftan ailenin korunmasına ilişkin 41. madde hükmü de üreme hakkı ve üreme sağlığı açısından dikkate alınması gereken bir hükümdür<sup>[43]</sup>.

Üreme hakkı, Türk hukukunda, özel hukuk bağlamında, kaynak İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk Medenî Kanununun 24. maddesi çerçevesinde kişilik hakkına dâhildir. Üreme hakkı, esas itibarıyla, fizik kişilik değerleri

[40] Büchler, s. 365.

[41] Büchler, s. 366. Sözü edilen düzenlemeler çerçevesinde Fortpflanzungsmedizingesetz, Bundesgesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen, Sterilisationsgesetz sayılabilir.

[42] Konu hakkında bkz. Ergun Özsunay, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 12-12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34- 35; Zarife Şenocak, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 4 (2001), s. 74, dn. 45.

[43] Anayasanın 41. maddesinin ikinci fıkrasına göre devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile plânlanmasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. Üreme hakkı bağlamında Anayasanın şu hükümlerine de işaret etmek gerekir: AY m. 19 (Kişi hürriyeti ve güvenliği); AY m. 20 (Özel hayatın gizliliği); AY m. 56 (Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması). Diğer taraftan AY m. 13 hükmüne göre temel hak ve hürriyetler, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

kapsamında değerlendirilebilir. Fizik kişilik değerleri, başlıca, yaşam hakkını, vücut bütünlüğü hakkını, cinsel özgürlük hakkını ve kişisel özgürlük hakkını içerir<sup>[44]</sup>. Şüphesiz, duygusal kişilik değeri olarak yakınlarla ilişki hakkı ve sosyal kişilik değeri olarak özel ve gizlilik alanlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı da, üreme hakkı ile bağlantılı haklardır<sup>[45]</sup>.

Üreme hakkı, bir kişilik değeri olarak Türk Medenî Kanununun kişilik hakkını koruyan hükümleri uyarınca korunur (TMK m. 25)<sup>[46]</sup>. Türk Medenî Kanunundaki düzenlemeye göre kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik hakkına yapılan her müdahale hukuka aykırıdır (TMK m. 24/II). Bu itibarla üreme hakkına yönelik bir müdahalenin de, hukuka aykırı sayılmaması için sözü edilen hukuka uygunluk sebeplerinden biriyle haklı kılınması gerekir<sup>[47]</sup>.

Üreme hakkı ile ilgili olarak Türk Medenî Kanununun 23. maddesi hükümüne de değinmek gerekir. Anılan hüküm, irade özerkliğini, özellikle sözleşme özgürlüğünü sınırlamak suretiyle kişiliğin hukukî işlem sonucu ihlâlini önlemeye yönelmiştir<sup>[48]</sup>. Sözü edilen 23. maddenin ikinci fıkrası hükmü uyarınca kişi, özgürlüklerinden hukukî işlem yoluyla vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Burada kişinin geleceğine ilişkin olarak karar verme özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır<sup>[49]</sup>. Bu yönde kişi, kişiliği ile ilgili yönler de dâhil olmak üzere, kendi yaşamını düzenleme bakımından sahip olduğu karar verme özgürlüğünü caiz olmayan bir şekilde sınırlayamaz<sup>[50]</sup>. Aksi takdirde yapılan işlem geçersizdir<sup>[51]</sup>. Buna göre mesela sözleşmeyle hamileliği önleyen bir ilacın alınması yükümlülüğünün üstlenilmesinde, durum böyledir<sup>[52]</sup>. Bu yükümlülük, kişinin üreme konusunda karar verme özgürlüğünü caiz olmayan bir şekilde sınırladığı için hukuken geçersizdir.

[44] Meili, Art. 28 N. 17; krş. Büchler, s. 365.

[45] Meili, Art. 28 N. 17; ayrıca bkz. Büchler, s. 365.

[46] Kişiliğin korunması hakkında bkz. Dural/Öğüz, N. 739 vd.

[47] Krş. Büchler, s. 368, dn. 64.

[48] Dural/Öğüz, N. 722 vd.; Andrea Büchler, OFK – Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 27 N. 1.

[49] Büchler, Art. 27 N. 1.

[50] Büchler, Art. 27 N. 1.

[51] Büchler, Art. 27 N. 9; Dural/Öğüz, N. 726.

[52] Büchler, Art. 27 N. 7; Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser),

Türk hukukunda üreme hakkıyla ilgili başka düzenlemelere de işaret edilebilir. Bu düzenlemeler çerçevesinde öncelikle, sterilizasyon ve rahim tahliyesi (hamileliğin sona erdirilmesi) konularında hükümler getiren Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun anılabilir<sup>[53]</sup>. Konumuzla ilgisi bakımından üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin olarak 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler bağlamında Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve özellikle Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ifade edilebilir<sup>[54]</sup>.

### **III. Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla) Üreme Hücresinin Dondurulup Saklanması Beraberinde Getirdiği Tıbbî, Etik ve Sosyal Tartışmalar**

#### **1. Tıbbî Tartışmalar**

Tıbbî tartışmalar çerçevesinde, özellikle kadın üreme hücresinin dondurulup saklanması bakımından kadının yaşı gündeme gelmektedir<sup>[55]</sup>. Zira kadının yaşı, gerek yumurta hücresinin dondurulmasında başarılı sonuç alınması gerekse laboratuvar ortamında üretilmiş çocuğun sağlıklı doğumunun gerçekleşmesi bakımından belirleyicidir. Kadının ilerleyen yaşıyla birlikte yumurta hücrelerinin sayısı ve kalitesi azalmaktadır<sup>[56]</sup>. Hâlbuki uygulamada yumurta hücresinin dondurulup saklanması aşamasında başvuran kadınların yaşı, çoğu kez biyotıp açısından çok yüksek görünmektedir<sup>[57]</sup>.

---

Basel 2014- 2015, Art. 27 N. 12.

- [53] 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun için bkz. RG. 27.05.1983, 18059. Ayrıca bkz. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, RG. 18.12.1983, 18255.
- [54] 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun için bkz. RG. 05.12.2018, 30616. Ayrıca bkz. dn. 3 ve dn. 12.
- [55] Peter, Rz. 6 ; Hotz, s. 17; Michael von Wolff, Social freezing: Sinn oder Unsinn?, Schweizerische Ärztezeitung, 2013; 94: 10, s. 394 vd.
- [56] Peter, Rz. 7.
- [57] Hotz, s. 17. Üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında ebeveynlerde belirli bir yaş sınırının getirilmesi, İsviçre kanun koyucusu tarafından reddedilmiştir (BBl 1996 III 251). Türk hukukunda da gerek üreme hücrelerinin dondurulup saklanması aşamasında gerekse yardımcı üreme yönteminin uygulanması aşamasında belirli bir yaş öngörülmemiştir. Ancak sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde finansmanı sağlanacak yardımcı üreme yöntemi tedavilerinde kadının 23 yaşından büyük, 40 yaşından küçük olması şartı aranmıştır. Bu konuda bkz. 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası

Bir diğer tartışma konusu ise üreme hücrelerinin saklanma süreleriyle ilgilidir<sup>[58]</sup>. Burada saklama süresinin, dondurulmuş üreme hücrelerinin ihtiyaç hâlinde çözdürülerek verimli bir şekilde kullanılabilmesini engellememesi gerektiğine işaret edilmektedir<sup>[59]</sup>. Bu sürelerin gerekli olup olmadığı üzerinde de durulmaktadır<sup>[60]</sup>. Saklama süresi, çeşitli ülkelerde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Mesela İsviçre’de uzatma dâhil azami on yıllık bir süre öngörülmüştür<sup>[61]</sup>. Ancak Kanunda belirtilen hâllerde daha uzun bir süre kararlaştırılabilir<sup>[62]</sup>. Türkiye’de dondurulmuş üreme hücrelerinin saklanma süresi, en fazla beş yıldır; beş yıldan fazla saklanması, Sağlık Bakanlığının iznine tâbidir<sup>[63]</sup>.

Tıbbî tartışmalar çerçevesinde, sağlıklı bir kadının, sosyal endikasyonla üreme hücresini dondurup saklamasının, yaşa bağlı doğurganlık kaybına karşı önleyici bir tıbbî tedbir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönü de gündeme gelmektedir<sup>[64]</sup>. Bu hâlde yaşa bağlı doğurganlık kaybı, hastalık olarak yapılandırılmaktadır ki bu da istenilmeyen bir durumdur.

## 2. Etik ve Sosyal Tartışmalar

Sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanmasında, özellikle kadının bağımsızlığını kazanması ve çocuğun yararı, etik ve sosyal yönden ön plâna çıkan tartışma konularıdır<sup>[65]</sup>.

Doktrinde sosyal endikasyonla yumurta hücresinin dondurup saklanmasının, soyut olarak değerlendirildiğinde, kadının bağımsızlığını kazanması olarak görülebileceği hususuna işaret edilmektedir<sup>[66]</sup>. Ancak burada kadınlara yönelik

---

Kanununun (RG. 16.06.2006, 26200) 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla (RG. 05.12.2018, 30616) değişik 63. maddesi.

[58] Peter, Rz. 22; Hotz, s. 16.

[59] Krş. Hotz, s. 16.

[60] Krş. Hotz, s. 16; Peter, Rz. 22. Bu konuda İngiltere’deki hukukî duruma ilişkin bir değerlendirme için bkz. Emily Jackson, Social egg freezing and the UK’s statutory storage time limits, *Journal of Medical Ethics*, 2016, s. 1 vd.

[61] Art. 15 Abs. 1 FMedG.

[62] Art. 15 Abs. 2 FMedG.

[63] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, m. 20, f. 6. İlgili Yönetmelik için bkz. dn. 3.

[64] Hotz, s. 2.

[65] Bkz. Peter, Rz. 35.

[66] Peter, Rz. 36.

bir sosyal baskı da söz konusu olabilir<sup>[67]</sup>. Şöyle ki sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanması, özellikle son yıllarda Amerika Birleşik Devletlerinde masrafların üstlenilmesi suretiyle işverenler tarafından teşvik edilmektedir<sup>[68]</sup>. Burada kurum kaynaklı teşvike yönelik teklifler, genç yaşta anne olmak isteyen kadın çalışanları baskı altına alabilir<sup>[69]</sup>. Aslında böyle bir hâlde çalışma ve aile hayatını bağdaştırmaya yönelik teşvikten ziyade, işverenlerin öncelikli olarak kadın çalışanlarının yüksek potansiyele sahip olduğu yılları garanti altına almak istedikleri izlenimi doğmaktadır<sup>[70]</sup>.

Sosyal endikasyonla yumurta hücresinin dondurulup saklanmasında işaret edilen bir diğer husus, aile plânlaması konusunda çocuk sahibi olmak bakımından tek sorumluluğun kadına bırakılması tehlikesidir<sup>[71]</sup>. Fakat bu konu, aynı zamanda erkeklerin de meselesidir.

Sosyal endikasyonla üreme hücresinin dondurulup saklanmasında tartışılan bir diğer etik problem de, bu sürecin sonunda istenen çocuğun yararıdır<sup>[72]</sup>. Burada özellikle ileri yaşta anne baba olmanın çocukla ilgilenme bakımından dezavantajlı olabileceğine işaret edilmektedir<sup>[73]</sup>. Ayrıca ileri yaşta anne baba olma hâlinde büyükanne ve büyükbaba kuşağının kaybolup gitme ihtimali de artmaktadır<sup>[74]</sup>. Bu da nesiller arası ilişkiler bakımından istenilmeyen bir durumdur.

#### IV. Türkiye'deki Hukukî Durum

Türkiye'de üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve özellikle ele aldığımız konuyla ilgili olarak üreme hücrelerinin dondurulup saklanması, yukarıda da belirtildiği gibi, 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla değişik Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve Üremeye

---

[67] Krş. Peter, Rz. 37.

[68] Mesela Facebook, 2014 yılı başında yumurta hücrelerini dondurmak isteyen kadın çalışanlarını 20.000 Dolar'a kadar desteklemeye başlamıştır. Onu Apple takip etmiştir. Bu konuda bkz. Peter, Rz. 38, Rz. 40.

[69] Peter, Rz. 39.

[70] Peter, Rz. 41.

[71] Peter, Rz. 46, Rz. 55.

[72] Hotz, s. 18; Peter, Rz. 47.

[73] Krş. Hotz, s. 18.

[74] Peter, Rz. 50.



Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik çerçevesinde düzenlenmiştir<sup>[75]</sup>.

Mevcut düzenlemeye göre üremeye yardımcı tedavi uygulamaları, sadece evli olan eşler arasında, doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbî gereklilik bulunduğu hâllerde söz konusu olmaktadır<sup>[76]</sup>. Burada kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbî yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle, üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilmektedir.

Üreme hücrelerinin dondurulup saklanması ise Yönetmeliğin 20. maddesinde belirtilen tıbbî zorunluluk hâllerinde mümkündür. Bu yönde mesela kemoterapi ve radyoterapi gibi üreme hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde ya da testislerin veya yumurtalıkların alınması gibi üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak ameliyatlardan önce üreme hücreleri, dondurulup saklanabilir<sup>[77]</sup>. Şu hâlde ilgili düzenleme çerçevesinde, hâlihazırda sosyal endikasyonla üreme hücrelerinin dondurulup saklanması mümkün değildir.

Burada üreme hakkı bakımından bir değerlendirme yapılırsa, üreme tıbbî yöntemlerine erişim, kısıtlayıcı olarak düzenlenmiştir<sup>[78]</sup>. Zira üreme hücrelerinin saklanıp dondurulmasında tıbbî endikasyon aranmıştır. Diğer taraftan Yönetmeliğin amacı da esas itibarıyla, çocuk sahibi olamayan evli eşlerin üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamaya ilişkin şartların belirlenmesine yöneliktir. Gerçi Yönetmelikte sayılan tıbbî zorunluluk hâllerinden birinin gerçekleşmiş olması şartıyla, üreme hücrelerinin dondurulup saklanması aşamasında, kadın veya erkeğin evli olması aranmamıştır. Bu yönde evli olmayan bir kişinin de üreme hücrelerinin dondurulup saklanması mümkündür. Ancak dondurulup saklanan üreme hücreleri, sadece evli eşler arasında Kanunda ve Yönetmelikte öngörülen şartlar dâhilinde uygulanabilmektedir. Zaten, daha önce de ifade edildiği gibi, üreme hücrelerinin dondurulup

[75] Bkz. dn. 3 ve dn. 12.

[76] Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Ek madde 1, f. 1. Ayrıca bkz. dn. 12.

[77] Üreme hücrelerinin dondurulup saklanmasının mümkün olduğu tıbbî zorunluluk hâlleri için bkz. Yönetmelik, m. 20, f. 2 ve f. 3. Bu noktada Yönetmeliğin sözü edilen 20. maddesinin şeklen ve üslup bakımından sorunlu olduğuna da işaret etmek gerekir. Mesela dördüncü fıkradaki “saklanacak dokuya ait bireyden” ifadesinde olduğu gibi veya yine aynı fıkrada atf yapılan ikinci fıkranın (d) bendinin bulunmaması, aslında (ç) bendine atf yapılması gerektiği gibi. Ayrıca bkz. dn. 3.

[78] İsviçre hukukundaki düzenlemenin de kısıtlayıcı olduğu yönünde bkz. Peter, Rz. 25; Büchler, s. 391.

saklanması da, ancak Yönetmelikte belirtilen tıbbî zorunluluk hâllerinde söz konusu olmaktadır.

Yönetmelik hakkında işaret edilmesi gereken bir diğer husus da, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarıyla ilgili yasakların ve bu yönde yaptırımların, Yönetmeliğin metninde değil, ekinde öngörülmüş olmasıdır<sup>[79]</sup>. Ancak 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanunla, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a eklenen hükümlerle, sözü edilen yasalara, yeterli olmasa da, belirli bir yasal çerçeve getirilmiştir<sup>[80]</sup>. Buna göre mesela başkasına ait üreme hücresinin kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalâtı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır (Ek madde 1, f. 3).

Sonuç olarak üreme tıbbî uygulamalarına ilişkin düzenleme, oldukça kısıtlayıcı bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Burada üreme tıbbî tekniklerinin kötüye kullanılmasından çekinilmiş olması kuvvetle muhtemeldir<sup>[81]</sup>.

Kanun koyucunun, üreme tıbbî yöntemlerinden yararlanabilmenin şartlarını belirlemede takdir yetkisine sahip olduğu açıktır. Ancak temel bir hak olarak üreme hakkını ilgilendiren böyle bir düzenlemenin, kişinin üremeye ilişkin kararlarını gerçekleştirebilmesini sağlayacak bir çerçeve sunması gerekir. Bu da düzenleme yapılırken, kişilik değeri olarak üreme hakkının anlamını ve kişinin üreme hakkı kapsamında bilimsel gelişmelerden yararlanma hakkını gözetilen bir bakış açısını gerektirir. Burada toplumsal hayattaki gelişmeler ve talepler dikkate alınmalıdır. Şüphesiz ki kişi, üreme teknolojisinin manipülasyonlarından korunmalıdır<sup>[82]</sup>. İnsan haysiyetine uygun, güvenli ve kabul edilebilir uygulamalar esas alınmalıdır.

[79] Bkz. Yönetmelik, Ek 17. İlgili Yönetmelik için bkz. dn. 3.

[80] Yasaklar hakkında bkz. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Ek madde 1, f. 2 ve f. 3. Buna karşılık cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamayacağı yönündeki önemli yasak, hâlihazırda, yine ilgili Yönetmeliğin ekinde yer almaktadır (Bkz. Yönetmelik, Ek 17/8). Ayrıca bkz. dn. 3 ve dn. 12.

[81] İsviçre hukukundaki düzenlemeye ilişkin olarak bkz. Peter, Rz. 26.

[82] BBl 1996 III 208, 221 vd.

## V. Sonuç

Türkiye'deki hukukî düzenleme bağlamında üreme hücrelerinin dondurulup saklanması, sadece tıbbî zorunluluk hâlinde mümkündür. Ayrıca üreme tıbbî yöntemlerine erişim, kısıtlayıcı bir biçimde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, üreme tıbbî yöntemlerinden yararlanabilmenin şartlarını belirlemede takdir yetkine sahiptir. Ancak temel bir hak olarak üreme hakkını ilgilendiren böyle bir düzenlemede, kişinin üremeye ilişkin kararlarını gerçekleştirebileceği bir çerçevenin de sağlanması gerekir. Bu yönde ele aldığımız konu bağlamında kişinin üreme hücrelerinin sosyal sebeplerle dondurulup saklanması, belirli şartlar dâhilinde mümkün olmalıdır. Bu sebeple toplumsal gelişmeler ve talepler dikkate alınmak suretiyle yeni bir düzenlemeye gidilmesi veya en azından mevcut düzenlemenin gözden geçirilmesi, isabetli olur.

## **KISALTMALAR**

**Abs. :** Absatz

**Art. :** Artikel

**AY :** 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

**BBl :** Bundesblatt

**BGE :** Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

**Bkz. :** Bakınız

**BV :** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom  
18.04.1999

**dn. :** dipnot

**E. :** Erwägung

**f. :** Fikra

**FMedG :** Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung

**Hrsg. :** Herausgeber

**Krş. :** Karşılaştırınız

**m. :** madde

**N.:** Note

**NEK :** Nationale Ethikkommission

**Nr. :** Nummer

**RG. :** Resmi Gazete

**Rz. :** Randziffer

**s. :** sayfa

**TMK :** Türk Medeni Kanunu

**vd. :** ve devamı, ve diğerleri

**ZGB :** Schweizerisches Zivilgesetzbuch

**ZSR :** Zeitschrift für Schweizerisches Recht

**KAYNAKÇA**<sup>[83]</sup>

Belser, Eva Maria/Jungo, Alexandra: Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, ZSR 2016 I, s. 175- 224.

Büchler, Andrea: Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, ZSR 2016 II, s. 349- 492 (Kısaltılmışı: Büchler).

Büchler, Andrea: OFK – Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016 (Kısaltılmışı: Büchler, Art.).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2017.

Hotz, Sandra: Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, recht 2017, s. 1- 19.

Huguenin, Claire/Reitze, Christophe Peter: Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basel 2014- 2015.

Jackson, Emily: Social'egg freezing and the UK's statutory storage time limits, Journal of Medical Ethics, 2016, s. 1- 7.

Meili, Andreas: Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basel 2014- 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay- Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015.

Özdamar, Demet: Türk Kadın Hukuku Mevzuatı (Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Mevzuat), 2. Baskı, Ankara 2012.

Özsunay, Ergun: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31- 59.

Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara 2017.

Peter, Christian: Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter 10. August 2015, s. 1- 12.

[83] Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

*Medenî Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla)  
Üreme Hücrelerinin Dondurulup Saklanması*

Social Egg Freezing – eine ethische Reflexion, Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, Stellungnahme Nr. 28/2017 (11.05.2017), Bern 2017.

Şenocak, Zariye: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 4 (2001), s. 65- 80.

Tettamanti, Leonie: Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, hill 2013, Nr. 116.

Üreme Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, www.icc.org.tr (Erişim tarihi: 01.10.2018).

Üreme Sağlığına Giriş, Katılımcı Rehberi, T. C. Sağlık Bakanlığı, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü, Ankara 2009.

von Wolff, Michael: Social freezing: Sinn oder Unsinn?, Schweizerische Ärztezeitung, 2013; 94: 10, s. 393- 395.

# TÜRK ASKERİ DİSİPLİN HUKUKUNUN GÜNCEL SORUNLARI VE AMİRLERİN SUÇTA KIYAS YETKİSİNE FARKLI BİR BAKIŞ\*

Tolga YILDIRIM\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-3537-3793>

**DOI:** 10.30915/abd.556922

**Makalenin Geldiği Tarih:** 11.06.2018 **Kabul Tarihi:** 14.12.2018

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Yüzbaşı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Kamu Hukuku ABD Yüksek Lisans Öğrencisi.





## ÖZ

Disiplin hukuku son yıllarda uluslararası insan hakları hukukunun gelişen etkisiyle –tıpkı hukukun diğer dallarında olduğu gibi– kendini yenilemektedir. Türk askeri disiplin hukuku –Türk disiplin hukukunun bir alt dalı olarak– 16 Şubat 2013’te 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun yürürlüğe girmesi ile çarpıcı biçimde yenilenmiştir. Yeni yasa ile askeri personel lehine, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulamaya geçilmesi gibi ciddi kazanımlar elde edilmiştir. Ancak 6413 s. K. 8/2’nci maddesi, nadir ve spesifik olaylara cezai düzenleme öngörülmediği takdirde, amirlere disiplin suçlarında kıyas yapma yetkisi vermektedir. Yine de Anayasa Mahkemesi *nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesinin disiplin hukukunda mecburi olduğunu belirtmiştir, bu nedenle bu ilkeye tamamen zıt olan mezkûr madde kanunilik ilkesinin açık ihlalidir. Bu makalede, özellikle amirlere kanunla kıyas yetkisi verilmesi olmak üzere Türk disiplin hukukunun genel güncel problemleri incelenmiş ve bu problemlere yönelik bazı pratik çözümler ortaya konmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Türk askeri disiplin hukuku, kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, 6413 sayılı Kanun, disiplin suç ve cezaları.

THE ACTUAL PROBLEMS OF  
TURKISH MILITARY DISCIPLINARY SYSTEM  
AND A DIFFERENT LOOK AT  
ANALOGY-MAKING RIGHT OF MILITARY SUPERIORS

ABSTRACT

Disciplinary legal system clears away its cobwebs with the thriving impact of international human rights law –just as it occurs in other branches of law– in recent years. Turkish military disciplinary law –as a sub-branch of Turkish disciplinary legal system– is modernised dramatically after Turkish Armed Forces Disciplinary Code No. 6413 was promulgated on 16 February 2013. Profound achievements were gained with the new law for the favour of subordinate military personnel, such as the rigid enforcement of the principle of legality in disciplinary crimes and punishments. However, Code No. 6413 Art. 8 § 2 empowers the military superiors apply analogy in disciplinary crimes in case of no penal regulation is foreseen for rare and specific cases. Nevertheless Turkish Supreme Court noted that *nulla poena, nullum crimen sine lege* is mandatory in disciplinary law so that before cited article, which is directly contrary to the principle, is a concrete violation of legality principle. In this paper, general actual problems of Turkish military disciplinary legal system, especially analogy-making right of military superiors by law, is examined and some practical solutions to those problems are revealed.

**Keywords:** Turkish military disciplinary law, legality principle, principle of legal certainty, analogy prohibition, Code No. 6413, disciplinary crimes and punishments.

## GİRİŞ

Disiplin hukukunda disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesi bakımından Ceza Hukukunun temel bir prensibi olan “suç ve cezada kanunilik” kuralının uygulanıp uygulanmayacağı, yazarların uzunca bir süre üstüne eğildiği bir tartışma konusudur. Bu tartışmanın pratikteki sonucu, disiplin hukukunda belirlilik ilkesine ve kıyas yasağına yer verilip verilmemesindeki muğlâklık olarak tezahür etmektedir.

Konunun son yıllarda doktrinde ciddi anlamda tartışma konusu olmasındaki etken faktörlerden biri de –zannederiz ki- Anayasa Mahkemesinin (bundan sonra AYM) disiplin hukukunda kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi ve kıyas yasağının uygulanışına ilişkin olarak verdiği özgün kararlardır. Bu kararlarda Yüksek Mahkemenin genellikle hukuk devletinin bir gereği olarak belirlilik ilkesine, disiplin hukukunda suç ve cezada kanunilik ilkesine ve bunların sonucu olarak da kıyas yasağına yer vermesi dikkat çekicidir.

Bu makalede suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmasından doğan sonuçlardan biri olan ve belirlilik ilkesi ile de doğrudan ilişkili olan kıyas yasağının, Türk askeri disiplin hukuku sisteminde karşılığının olup olmadığı ve askeri disiplin hukukunun diğer güncel problemleri tartışılmaktadır. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu (bundan sonra Dis.K./6413 s.K.), 8/2’nci maddesiyle disiplin amirlerine disiplin suçlarında kıyasa başvurma yetkisi tanımakta ve bu bakımdan çalışmamızın odağını oluşturmaktadır. Makalede savunulan temel argüman, disiplin amirlerine kıyas yetkisi tanınmasıyla birlikte disiplin cezalarının önemli bir kısmına yargı yolunun kapalı olması hususlarının birleşmesi sonucu oluşan kümülatif etki ile askeri personelin temel hak ve hürriyetlerinin zedelenme ihtimalinin kuvvetlenmesidir. Çalışma sonunda bu duruma ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Bu kapsamda makalenin ilk bölümünde suç ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukundaki yeri, ikinci bölümünde disiplin hukukunda belirlilik ilkesi ortaya konulmaya çalışılmış, üçüncü bölümde askeri disiplin hukukunun 6413 s.K. öncesi ve sonrasındaki durumu ile askeri disiplin hukukunda mevcut güncel problemler irdelenmiştir. Sonuç bölümünde ise çalışma boyunca savunulan fikirler özetlenmek suretiyle genel bir değerlendirme yapılmaktadır.

## 1. Disiplin Hukukunda Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suç ve cezada kanunilik ilkesi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) modern hukuk devletinin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>[1]</sup> ve Ceza Hukukunun en temel ilkelerinden biridir.<sup>[2]</sup> İlkenin evrenselliği öyle bir noktadadır ki Anglo-Sakson hukuk sistemlerindeki cezalandırma mekanizmalarında dahi bu ilke kabul edilmektedir.<sup>[3]</sup> Elbette bu noktada kanunilik ilkesinin kendiliğinden ve doğal olarak ortaya çıktığı düşünülmemelidir.<sup>[4]</sup> İlkeyi ifade etmek için kullanılan terim Latince olmasına rağmen, kanunilik ilkesinin kökeninin Roma Hukukuna değil, 18'inci yy. liberalizmine dayandığı<sup>[5]</sup> ancak tarihi çizgide sıhhatli bir gelişim çizgisi takip etmediği, kimi dönemlerde kırılmalar yaşadığı

- 
- [1] BOYAR, Oya; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İNCEOĞLU), 1'inci Baskı, Şen Matbaa (Avrupa Konseyi Ortak Programı Baskısı), Ankara, 2013, s. 287. HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9'uncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2010, s. 38.
- [2] ŞEN, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: 1, 1'inci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 13.
- [3] MUNDAY, İngiliz mahkemelerinin *common law* suçları oluşturmayı sürdürdüğünü, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan sonra AİHS/Sözleşme) ve özellikle Sözleşmenin 7'nci maddesinin İngiliz Hukukuna girmesi ile yazılı kanunların mahkemelerin yorum yetki ve işlevlerini zayıflattığını savunmaktadır. MUNDAY, Roderick; İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi (Çev.: Zeynel T. KANGAL), İÜHFİM, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 451. <E.A.: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004114/1023003713>>, <E.T.: 14.12.2017>. Aynı fikri EREM de savunmakta ve *common law* sahasında İngiliz yargıcının tam bir serbestiden faydalanmadığını, zira benzer hadiseler hakkında emsal kararlarının yeni bir kıyaslamaya başvurmaya müsaade etmediğini savunmaktadır. EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt: I, 13'üncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 83. Sözleşmedeki "kanun" deyiminin *common-law*'da yer alan yazılı olmayan hukuku da içerdiğine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) görüşü hakkında bkz. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat; İnsan Hakları El Kitabı, 3'üncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 234. Bazı istisnalar hariç olmak üzere, İngiltere'de suçların kanuniliği prensibi olması ve cezaların kanuniliği bakımından hâkime tanınan esneklik fikri için bkz. ALACAKAPTAN, Uğur; İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayını, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1958 s. 114-117. <E.A.: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/432.pdf>>, <E.T.: 18.12.2017>
- [4] HAKERİ, Hakan; a.g.e., s. 39. Benzer düşünce için bkz. ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9'uncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 97 vd.
- [5] KANGAL kanunilik ilkesinin siyasal liberalizme dayandığını ifade etmektedir. KANGAL, Zeynel T.; Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Ceza Hukuku

söylenbilir.<sup>[6]</sup> 12 Levha Kanunlarında yazılı bazı fiillere cezai yaptırım öngörülmesi<sup>[7]</sup> ve Magna Carta Libertatum'da kanuna dayanarak tecziyeden bahsedilmesi ile<sup>[8]</sup> kökenini tarihi gelişimden aldığı söylenebilecek olan mezkûr ilke<sup>[9]</sup>, gerçek anlamda Fransız Devrimi'nden bu yana devinimlerle gelişirken Nasyonal Sosyalist Almanya ile Sovyet Rusya'da dönemsel olarak kesintiye uğramıştır.<sup>[10]</sup> Esasen, totaliter rejimlerde kanunilik ilkesinin açıkça terk edilmesi mümkün olabileceği gibi kanunilik ilkesi kabul edilmesine rağmen "açık tipli suçlar" yaratmak suretiyle de kanunilik ilkesi ihlal edilebilir.<sup>[11]</sup> Kimi zaman demokratik rejimlerde dahi biçimsel yerine maddi kanunilik ilkesinin benimsendiği nadir

Dergisi, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 64. <E.A.: [http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal\\_Guvence\\_Olarak\\_Sucta\\_Ve\\_Cezada\\_Kanunilik\\_ilkesi.pdf](http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal_Guvence_Olarak_Sucta_Ve_Cezada_Kanunilik_ilkesi.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

- [6] HALL, Jerome; Nulla Poena Sine Lege, The Yale Law Journal, Vol. 47, No. 2, 1937, s. 165. <E.A.: [http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1378?utm\\_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F1378&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1378?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F1378&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)>, <E.T.: 14.12.2017>.
- [7] CONANT, E.B.; The laws of the Twelve Tables, Washington University Law Review, Volume. 13, Issue. 2, January 1928, s. 239 vd. <E.A.: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol13/iss4/1](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol13/iss4/1)>, <E.T.: 15.12.2017>. 12 Levha Kanunlarında düzenlenen suçlar ve bu kanunların Ceza Hukukuna getirdiği yenilikler için bkz. SELÇUK, Sami; Eski Çağlarda Suç Hukuku (Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt-II içinde), Ankara Üniversitesi Yayınları No.: 459, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, s. 1047 vd. <E.A.: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>>, <E.T.: 18.12.2017>.
- [8] MOKHTAR, Aly; Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects, Statute Law Review 26(1), Oxford University Press, 2005, s. 44, 45. <E.A.: <https://doi.org/10.1093/slr/hmi005>>, <E.T.: 15.12.2017>.
- [9] DURSUN, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelliliği", "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe yürümezliği" alt ilkelerinden oluştuğu ve üç alt ilkenin sağlanmadığından bahisle Fransız Devriminden önceki toplumlarda (Babil, Mısır, Antik Yunan, Roma İmparatorluğu, Töton kabileleri, Manga Carta Britanya'sı vs.) kanunilik ilkesinin bulunmadığını savunmaktadır. DURSUN, Hasan; Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, 59'uncu Sayı, Eylül 2017, s. 193-213. <E.A.: <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/59.sayi/7.pdf>>, <E.A.: 15.12.2017>. Cezada kanunilik ilkesinin Tanzimat Fermanı'ndaki varlığı için bkz. DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7'nci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 104. Tanzimat Fermanı'ndan dahi önce kanunilik ilkesinin belirtilerinin hukukumuzda yer aldığı fikri için bkz. CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed; Türk Hukuk Tarihi, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı) Pasifik Ofset, İstanbul, 2011, s. 291.
- [10] BEKRİ, M. Nedim; Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslar arası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu, Adalet Dergisi, 38'inci Sayı, Eylül 2010, s. 71-76. <E.A.: [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/38\\_sayi/10\\_27\\_54.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/38_sayi/10_27_54.pdf)>, <E.T.: 15.12.2017>.
- [11] EREM, Faruk; a.g.e., s. 167, 168.

de olsa görülmektedir.<sup>[12]</sup> Ancak günümüzün liberal ve demokratik nitelikli, insan haklarına saygılı ve bağlı hukuk devletlerinde biçimsel kanunilik ilkesine riayet edilme eğiliminin bulunduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla liberal sistemlerdeki *nulla poena* teriminin belirsiz biçimini ilkenin güncel haline yaklaştırmada parlamentoların önemli rol oynadığı, hatta aslında bu dönüşümün parlamenter bir etki ile olduğu da düşünülmektedir.<sup>[13]</sup> Bu bakımdan cezalandırma eyleminin uygarlık tarihi ile paralel olduğu ve ilkel toplumlardan bu yana toplum kurallarına aykırı davranış- yaptırım mekanizmasının işlediği öne sürülebilir<sup>[14]</sup>, biçimsel kanunilik ilkesinin fiilin antisosyallığından ziyade norm odaklı olduğu ve bu bulgunun da yukarıdaki “parlamenter etki” argümanını desteklediği söylenebilir.

Basit bir tanımla kanunilik ilkesi “*kişilerin kanunun açıkça suç saymadığı fiilleri nedeniyle cezalandırılmamalarını ve kanunun açıkça suç saydığı fiilleri nedeniyle de ancak kanunda söz konusu fiile karşılık yazılı olan ceza ile cezalandırılabilmelerini*” ifade eder.<sup>[15]</sup> Beccaria kanunilik ilkesinin felsefi temelini ve devletin ceza verme yetkisini şöyle açıklar: “*Yeryüzünde tek bir kişi yoktur ki, salt herkesin/kamunun esenliği/iyiliği uğruna kendi özgürlüğünün bir kesiminden karşılıksız olarak vazgeçsin. Bu düş sadece romanlarda vardır... Ancak, aslında işin doğrusu şudur: Her insan, kamusal/ortak emanete, özgürlüğün sadece olabildiğince küçük bir parçasını vermek istemiştir. Onu başkalarına karşı savunmaya zorlayan yalnızca bu parçadır. İşte bireylerin topluluk yararına vazgeçtikleri bu küçük parçaların toplamı, ceza verme hakkının temelini oluşturmaktadır.*”<sup>[16]</sup> Bu fikirden hareketle; Beccaria’nın çıkardığı bir sonuç suçlara ilişkin cezaları sadece yasaların belirlemesi<sup>[17]</sup> (*nulla poena sine lege*) iken, diğer bir sonuç yargıcın ceza yasasını yorumlamaksızın eylemin yasaya uyup uymadığına bakması gerektiği<sup>[18]</sup> (*nullum crimen sine lege*) hususu olmuştur.<sup>[19]</sup>

[12] Danimarka’daki maddi kanunilik ilkesi uygulaması için bkz. DURSUN, Hasan; İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, 1’inci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2015, s. 147.

[13] HALL, Jerome; a.g.e., s. 167, 168.

[14] GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, 13’üncü Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s.225.

[15] BEKRİ, M. Nedim; a.g.e., s. 58, 59.

[16] BECCARIA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami SELÇUK), 3’üncü Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Mart 2013, s. 28, 29.

[17] BECCARIA, Cesare; a.g.e., s. 31.

[18] BECCARIA, Cesare; a.g.e., s. 35-37.

[19] Beccaria’nın hâkimlerin kanunu yorumlama yeteneği bakımından, “kanunların cebir veya şiddetini ılımlılaştırmaktan/yumuşatmaktan aciz ve önemsiz pasif varlıklar olan

Modern anlamda kanunilik ilkesinin beş sonucu vardır: belirlilik ilkesi, örf-adet hukuku yasağı, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı<sup>[20]</sup> ve idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılması yasağı.<sup>[21]</sup> TOROSLU ise kanunilik ilkesini üç alt ilke halinde incelemektedir: kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması, kanunun geçmişe uygulanmaması.<sup>[22]</sup> İsimleri literatürde farklı olabilmekte ise de bahis konusu tasnifler biçimsel kanunilik ilkesinin doğurduğu sonuçları benzer şekilde ortaya koymakta olup aralarında netice bakımından fark olmadığı düşünülmektedir.

Tarihi gelişimi içinde değerlendirildiğinde, bahis konusu ilkenin asıl öneminin devlet egemenliği ve devletin cebir kuvvetinin keyfi biçimde kullanımının önlenmesinde yattığı ortaya çıkmaktadır.<sup>[23]</sup> Bu bakımdan biçimsel kanunilik ilkesinin anti-sosyal bir karakter taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın fiilin kanunda suç olarak belirtilmesi halinde cezalandırılması veya belirtilmemesi halinde cezalandırılmaması şeklinde iki temel sonuca ulaştığını söylemek mümkündür.<sup>[24]</sup> Kanunilik ilkesi kavramıyla Ceza Hukukunda bireyler devletin keyfiliklerinden

---

hâkimlerin kanunun sözlerini dile getiren ağızdan ötesi olmadığı”nı savunan Montesquieu ile aynı fikirde olduğu görülmektedir. MONTESQUIEU, Charles; *The Spirit of Laws* (Translated by Thomas NUGENT), Batoche Books, Canada, 2001, s. 180. <E.A.: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>>, <E.T.: 16.12.2017>.

- [20] Ancak kanunun geçmişe uygulanmamasından anlaşılması gereken failin aleyhine kanunun geçmişe uygulanmamasıdır. AİHS bakımından lehe kanunun geçmişe yürütülmesinde beis olmamakla birlikte AİHM de konuyu bu minvalde değerlendirmektedir. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat; a.g.e., s. 236. AİHS 7’nci maddenin usul kanunlarının hemen uygulanmasını yasaklamadığı, aynı şekilde sanığın lehine olan maddi hukukun geriye dönük olarak uygulanmasını da engellemediğine ilişkin olarak bkz. DUTERTE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Avrupa Konseyi Yayını, Basımevi belirtilmemiş, 2005, s. 277.
- [21] KANGAL, Zeynel T.; Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 71-102. <E.A.: [http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal\\_Guvence\\_Olarak\\_Sucta\\_Ve\\_Cezada\\_Kanunilik\\_ilkesi.pdf](http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal_Guvence_Olarak_Sucta_Ve_Cezada_Kanunilik_ilkesi.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>. Farklı başlıklar altında ve farklı isimlerle de olsa aynı sonuçlar için bkz. BEKRİ, M. Nedim; a.g.e., s. 60-67. DEMİRBAŞ sonuçları bakımından yukarıdaki beş sonuçtan dördünü kanunilik ilkesinin sonucu olarak kabul etmiş, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılmasını sonuçlar arasında saymamıştır. DEMİRBAŞ’ın ilkeyi inceleme sistemlerinden istisnai “açık ceza normları” nedeniyle böyle bir ayrıma gittiği düşünülmektedir. DEMİRBAŞ, Timur; a.g.e., s. 106-111.
- [22] TOROSLU, Nevzat; *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 17’nci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Şubat 2012, s. 41.
- [23] BOYAR, Oya; a.g.e., s. 288.
- [24] TOROSLU, Nevzat; a.g.e., s. 39.

ve aşırı müdahalesinden korunmakta ve hukuk devletinin gereklerinden biri sağlanmaktadır.<sup>[25]</sup>

Kanunilik ilkesinin mevzuatımızdaki yerine bakacak olursak; 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanlaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilmek suretiyle suç ve cezada kanunilik ilkesi anayasal bir teminat olarak belirlenmiştir. 5237 s. Türk Ceza Kanunu (TCK) md.2'de de aynı ilke tekrar edilmiş, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağı ve kıyas yasağı ile cezai hükümlerin dar yorumlanması prensipleri ifade edilmiştir. Her ne kadar 5237 s. TCK'de idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza koyamayacağı belirtilse de Ceza Hukukunda bir istisna olarak "açık ceza normları"<sup>[26]</sup> bulunmaktadır.<sup>[27]</sup>

[25] KANGAL, Zeynel T.; Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 62. <E.A.: [http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal\\_Guvence\\_Olarak\\_Sucta\\_Ve\\_Cezada\\_Kanunilik\\_ilkesi.pdf](http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal_Guvence_Olarak_Sucta_Ve_Cezada_Kanunilik_ilkesi.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

[26] Müeyyide kısmından farklı olarak açık ceza normlarının hüküm kısmı bir kanunda, idarenin düzenleyici bir işlemde veya idari bir emirde yer alabilmektedir. HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu, 2'nci Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 280.

[27] ŞEN açık ceza normlarının (açık suç normu terimi de kullanılmaktadır) Anayasanın 38'inci maddesinin gerekçesi ile çeliştiğini belirtmekle birlikte gerekçenin bağlayıcı olmaması nedeniyle TCK md.2/2'nin uygulanacağını savunmaktadır. ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 14, 15. Bu konuda CAN Anayasanın gerekçesinin 1980-82 atmosferinde oluştuğunu, bu durumda o dönemin koşullarına uygun oluşan ve temel hak ve özgürlükler aleyhine bir anlam ifade eden söz konusu 38'inci madde gerekçesinin göz önünde bulundurulmasının felsefi ve teorik bir temeli bulunmayacağını belirtmektedir. CAN, Osman; Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 103, 104. <E.A.: [http://eski.ertzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005\\_IX\\_5.pdf](http://eski.ertzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>. Ancak açık ceza normları her ne kadar doktrinde eleştiri konusu olsa da Anayasa Mahkemesi açık ceza normlarının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği düşüncesi açısından 1960'larda bu yana kararlı tutumunu (oy çokluğu ile) sürdürmektedir. AYM Kararı, E.: 1962/198, K.: 1962/111, K.T.: 10.12.1962; AYM Kararı, E.: 1963/4, K.: 1963/71, K.T.: 28.03.1963; AYM Kararı, E.: 1973/12, K.: 1973/24, K.T.: 07.06.1973; AYM Kararı, E.: 1963/4, K.: 1963/71, K.T.: 28.03.1963; AYM Kararı, E.: 2001/143, K.: 2004/11, K.T.: 10.02.2004. E.T.: 16.12.2017. (Çalışmada faydalanılan AYM kararlarının hepsine AYM resmi sitesi olan <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> adresi üzerinden ulaşılmıştır. Müteakip dipnotlarda AYM kararları bakımından erişim adresi verilmeyecektir.)



Bahis konusu ilkeye yönelik kimi eleştiriler bulunsa da<sup>[28]</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>[29]</sup> ve AİHS<sup>[30]</sup> gibi insan hakları hukukunun temelini oluşturan sözleşmelerde ilkeye yer verilmesinin aleyhteki görüşleri zayıflattığı kıymetlendirilmektedir. Zira Sözleşme ilkeye öyle bir önem atfetmiştir ki 15'inci maddede olağanüstü dönemlerdeki askıya alma rejiminde dahi Sözleşmenin 7'inci maddesine dokunulmasını yasaklamıştır. Her ne kadar 7'nci madde “*kanunsuz ceza olmaz*” kenar başlıklı ise de AİHM kararlarında açıkça “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” tabirini kullanmaktadır.<sup>[31]</sup> Mahkemenin benimsediği kanunilik anlayışı ise tekdüze değil, Anglo-Sakson Hukukuna tabi ülkeleri de gözetecek şekildedir.<sup>[32]</sup> İdarece uygulanacak idari yaptırımlara suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmasının ise AİHS sistemi ile uyumlu olduğu öne sürülmektedir.<sup>[33]</sup>

Bunların yanında uluslararası ceza hukukunda da kanunilik ilkesinin varlığı savunulabilir.<sup>[34]</sup> Uluslararası Ceza Divanının (UCD) teşkilinden önceki mahkemeler kanunilik ve doğal hâkim ilkesi bakımından eleştirilebilirken, UCD'nin temelini teşkil eden Roma Statüsünde kanunilik ilkesinin yer aldığı müşahede edilmektedir.<sup>[35]</sup> Ancak uluslararası suçlar bakımından kanunilik ilkesini ulusal

[28] ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 102-104. DEMİRBAŞ, Timur; a.g.e., s. 105, 106.

[29] Madde 11/2: “*Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkum edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.*”

[30] Madde 7/1: “*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”

[31] AKILLIOĞLU, Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, İmaj Kitabevi, Ankara, Mayıs 2002, s. 27.

[32] DURSUN, Hasan; İdari Suç..., s. 23.

[33] BOYAR, Oya; a.g.e., s. 288, 299.

[34] YILMAZ, Esat Mahmut; Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Genelkurmay Basımevi, Yayın No.: 2011/47, Ankara, 2011, s. 113-116.

[35] 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Statünün 23'üncü maddesinin kenar başlığı *nullum crimen sine lege*, 24'üncü maddesinin kenar başlığı *nulla poena sine lege*dir. Rome Statute of the International Court, s. 17. < E.A.: [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

hukuk kapsamındaki gibi değil, daha ensik bir uygulanmasının olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir.<sup>[36]</sup>

Hukuk devletinde kuralların belirli ve açık olması, vatandaşların hukuki öngörülebilirliğinin sağlanarak hukuki güvenliğin tesis edilmesi gerekir. Cezai hükümlere ilişkin konularda gerek hukuk devleti ilkesinin gerekse bu ilkeyle ilişkili hukuki güvenlik ve belirlilik kavramlarının tesis edilmesini sağlayacak yegâne araç, suç ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu bakımdan hukuki istikrar ve belirliliği yok eden kuralların ihdas edilmemesi ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması arasında pozitif bağıntı hukuki güvenlik ilkesini ifade eder.<sup>[37]</sup> Konumuz özelinde kanunilik ilkesinin arka planında yer alan düşüncenin de kişilerin yasak olan fiilleri bilmesi nedeniyle hukuki güvenliğin sağlanması olduğu savunulmaktadır.<sup>[38]</sup>

Anayasa Mahkemesine göre; kanunilik ilkesi adli suç ve cezaları kapsadığı gibi, Anayasanın 38'inci maddesi ile adli/idari suç ve cezalar arasında bir fark görülmediğinden, idari suç ve cezalar da md. 38 kapsamında olup kanunilik ilkesine tabidir.<sup>[39]</sup> Bu noktada idari yaptırımların İdare Hukuku rejimine tabi olması nedeniyle idari cezalar bakımından ceza hukuku ilke ve kurallarının ne ölçüde etkisi olacağı sorusu gündeme gelebilir.

Disiplin hukuku, idare hukukunun alt disiplini olmasına karşın bu hukuk dalına ilişkin temel ilkeleri ceza hukukundan esinlenerek geliştirilmiştir.<sup>[40]</sup>

[36] Sözleşmenin 7/2'nci maddesi buna engeldir: “*Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.*” AİHM’in insanlığa karşı suçlarda geçmişe yürümezliği kabul etmemesi yönündeki yaklaşımı için bkz. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat; a.g.e., s. 236.

[37] ALTUNDIŞ, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, Sayı: 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61. <E.A.: [http://www.yasader.org.tr/web/yasama\\_dergisi/2008/sayi10/Hukuki\\_Guvenlik\\_Ilkesi.pdf](http://www.yasader.org.tr/web/yasama_dergisi/2008/sayi10/Hukuki_Guvenlik_Ilkesi.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.

[38] DEĞİRMENCİ, Olgun; Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 29, Aralık 2015, s.: 7-37. <E.A.: <https://jurix.com.tr/article/4173>>, <E.T.: 29.01.2017>.

[39] AYM Kararı, E.: 2014/120, K.: 2015/23, K.T.: 05.03.2015. E.T.: 01.11.2017.

[40] GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut; İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, 7'nci Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1020. EVREN, Çınar Can; Kabahatlerde Kanunilik İlkesi, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 968. <E.A.: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023010583/1023009819>>, <E.T.: 17.12.2017>. KAYA disiplin suç ve cezalarında Ceza Hukuku başta olmak üzere hukukun dallarına ait bazı ilkelerin ve özellikle kıyas yasağının geçerli olduğunu savunmaktadır. KAYA, Cemil; Memur Disiplin

Bu durum disiplin hukukunun bazı kaynaklarda “cezai idare hukuku” olarak anılmasına yol açmaktadır.<sup>[41]</sup> İdari yaptırımlar bakımından “çekirdek” diye tabir edilen ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanması fikrinin doğru olacağı düşünülmektedir.<sup>[42]</sup> Bu bakımdan idari yaptırımların değişik türlerinde, örneğin kabahatlerde kanunilik ilkesinin mutlak suretle veya en azından sonuçları ağır olan belirli yaptırımlar için taviz vermeden uygulanması gerektiğine ilişkin bir düşünce de mevcuttur.<sup>[43]</sup>

Türk disiplin hukukunda disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması, öğretide üzerinde tam olarak uzlaşılammış bir konudur. Yazarlardan çeşitli örnekler almadan evvel, genel tabloyu resmetmek gerekirse; disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mevcudiyeti tartışılırken üç ana akım belirlediği mülhaza edilmektedir. Birinci görüş taraftarlarına göre ne disiplin suçlarında ne de disiplin cezalarında kanunilik ilkesi mevcuttur. İkinci görüş ise disiplin cezalarında kanunilik ilkesine yer verirken disiplin suçlarında ya kanunilik ilkesinin olmadığını ya da esnek şekilde uygulanması gerektiğini savunur. Üçüncü görüşe göre disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesine tabi olması ana kural olmakla birlikte kimi yazarlara göre bazı disiplin suçlarının içeriğini idarenin belirleyebilecek esneklikte olması imkân dâhilindedir, kimi yazarlara göre ise disiplin suçlarında da ceza hukukuna yakın bir kanuniliğin tatbiki gerekir. Ancak *nullum crimen/nulla poena* ayrımı bakımından ekseriyetle *nulla poena sine legem* varlığının literatürde yaygın olarak kabul gördüğü düşünülmektedir.

Yukarıda özetlenen görüşlerin doktrindeki yansımaları şu şekildedir: PINAR; disiplin hukukunun yalnızca memurlara uygulanması, disiplin cezalarının cezai yaptırımlardan farklı olarak kişi hak ve özgürlüklerinden ziyade memurun statüsüne veya mali haklarına etki etmesi, disiplin cezalarının idari merciler tarafından verilmesi, disiplin cezalarının amacının kurumsal düzene yönelik olması gibi nedenlerle ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında tam bir bağlantı kurulamayacağına öne sürmektedir.<sup>[44]</sup> Yine, GÜNAL da *nullum crimen* ile *nulla*

---

Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005, s. 86. <E.A.: [http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/af93b43c552509a\\_ek.pdf?%20kar.na](http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/af93b43c552509a_ek.pdf?%20kar.na)>, <E.T.: 17.12.2017>.

[41] “İdari ceza hukuku” yerine “cezai idare hukuku” kavramının daha uygun olacağı tartışmaları için bkz. DURSUN, Hasan; İdari Suç..., s. 7, 474.

[42] ULUSOY, Ali D.; İdari Yaptırımlar, 1’inci Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2013, s. 49.

[43] EVREN, Çınar Can; a.g.e., s. 999.

[44] PINAR, İbrahim; Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1987, s. 308, 309. Yazarın farklı isimli ancak aynı fikirleri savunduğu yeni tarihli eseri için bkz.

*poenanın* birbirinden ayrı düşünülemediğini, disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin olmadığını belirtmekte, ancak memurun haklarının zarar görmemesi bakımından cezaların belirli olması gerektiğini ortaya koymaktadır.<sup>[45]</sup> GÖZLER “nullum crimen, nulla poena sine lege” ilkesini ikiye ayırmakta, disiplin hukukunda “nullum crimen sine lege” değil, “nulla poena sine lege” ilkesinin geçerli olduğunu düşünmektedir.<sup>[46]</sup> ULUSOY idari cezalara bireyler açısından maksimum derecede güvence getirdiği varsayılan ceza hukuku güvencelerinin uygulanmasını; ancak ceza hukukundan daha esnek şekilde suçların mutlaka kanunla belirlenmesinin zorunlu olmadığını, idari düzenlemelerle de suçların belirlenebileceğini savunmaktadır.<sup>[47]</sup> AKYILMAZ kamu personeli disiplin işlerinin mutlaka kanunlarla düzenlenmesi, disiplin suç ve cezalarının tanımı ve unsurlarının belirlenmesinin idarenin takdirine bırakılmaması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>[48]</sup> DURSUN idari suçlarda kanunilik ilkesini peşinen kabul etmekle beraber “kanunun tekeciliği” ve “kanunun açıklığı” alt prensiplerinin AYM ve Danıştay tarafından tam uygulanmadığından bahisle suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranıldığını belirtmekte<sup>[49]</sup>, “kanunun açıklığı”ndan ise mutlak açıklığı (yani kazuistik yöntemle saymayı) değil, maksimum açıklığı (belirsiz ve ikircikli sözcükler kullanılmayı) anlamak gerektiğini<sup>[50]</sup> öne sürmektedir.

AYM’nin yukarıda anılan “Ay md. 38’in disiplin suç ve cezalarında da geçerli ve hâkim ilke olduğu” şeklindeki istikrarlı yaklaşımının doktrindeki baskın düşünce ile uyumlu olduğu gibi Yüksek Mahkemenin konuyu doğru şekilde ele aldığı mülahaza edilmektedir. Ancak 23 Ocak 2017 tarihinde 682 s. OHAL

---

PINAR, İbrahim; Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, 4’üncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003, s. 706.

- [45] GÜNAL, Yılmaz; Disiplin Cezaları, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 1958, s. 195, 196. <E.A.: <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/13/2/yilmazgunal.pdf>>, <E.T.: 14.02.2017>. Nitekim yazar sonuç bölümünde “tamamen tadadi ve tahdidi bir şekilde belirtilen disiplin suç ve cezalarının müessesede ileride vuku bulacak disiplin bozucu hareketlerin cezasız kalması gibi bir neticeyi doğuracağı”ndan yakınmaktadır. GÜNAL, Yılmaz; a.g.e., s. 211.
- [46] GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, 12’inci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2012, s. 661.
- [47] ULUSOY, Ali D.; a.g.e., s. 86.
- [48] AKYILMAZ, Bahtiyar; Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 259. <E.A.: [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6\\_tam.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_tam.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.
- [49] DURSUN, Hasan; İdari Suç..., s. 491-494.
- [50] DURSUN, Hasan; İdari Suç..., s. 77-86.

KHK'si ile Genel Kolluk Disiplin Hükümleri hakkında KHK çıkarılmak suretiyle Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli hakkında disiplin suç ve cezası düzenlenmesi<sup>[51]</sup>, biçimsel kanunilik prensibine ve AYM'nin yaklaşımına tezat oluşturmaktadır.<sup>[52]</sup> Kanımızca Ay. md. 128 (kanunla düzenleme ilkesi) ve md. 15'teki sınırlamalar (milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi, ölçülülük ilkesi ve çekirdek alana dokunma yasağı) ile AİHS md. 7 ve md. 15/2 beraber değerlendirildiğinde, OHAL KHK'leri ile gerek adli gerekse disiplin nitelikli suç ve ceza tanzim edilemez. Zira 682 s. KHK'deki meslekten çıkarma gibi ağır disiplin cezalarının kanunla düzenlenmemesinin doğurduğu hukuki problem

[51] GÜNDAY OHAL KHK'lerinin yer, konu ve zaman yönünden sınırlamalara tabi olduğunu, zaman bakımından OHAL KHK'lerinin olağanüstü hal süresince uygulanabileceği ve OHAL kalktıktan sonra uygulamadan kalkacağı hususlarını anlamak gerektiği, bu bakımdan OHAL KHK'leri ile yürürlükte bulunan kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasının olanaklı olmadığını savunmaktadır. GÜNDAY, Metin; OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 31 <E.A.: <http://www.ankarabarusu.org.tr/Site/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2017-1.pdf>>, <E.T.: 10.02.2018>. Bu noktada akla TBMM'nin OHAL KHK'sini "onay" işleminin KHK'yi kanun haline getirip getirmeyeceği hususu gündeme gelebilir. ŞEN, KHK'nin onaylanması ile kanunlaşamayacağını, bu durumun kanun çıkarma tekniğine aykırı ve Meclis yetkisine açıkça müdahale olduğunu savunmaktadır. ŞEN, Ersan; KHK'dan Kanun Olur Mu?, <E.A.: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2256905-khkdan-kanun-olur-mu>>, <E.T.: 10.02.2018>. Diğer taraftan GÖZLER aynı tartışma hakkında eski bir makalesinde Ay. md. 121/3'teki "onay" kelimesinin farklılık yaratmayacağını, TBMM'nin onay kanununun KHK'yi bir "kanun" haline dönüştürdüğünü, OHAL KHK'lerinin de aynen kabul edilebileceği ya da reddedilebileceği gibi değiştirilerek de kabul edilebileceğini, bu nedenle OHAL KHK'lerinin önce komisyonlarda görüşülüp olgunlaştırılması, sonra Genel Kurula indirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. GÖZLER, Kemal; Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ankara Barosu Dergisi, 1990/4, s. 583. <E.A.: <http://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhah.pdf>>, <E.T.: 10.02.2018>. Bununla birlikte GÖZLER çok yakın tarihli bir makalesinde olağanüstü hâlin ortadan kalkması durumunda OHAL KHK'lerinin de uygulamadan kalkacağını, çünkü OHAL'i oluşturan sebeplerin varlığını yitireceğini savunmaktadır. GÖZLER, Kemal; 15 Temmuz Kararnameleri, Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfadi Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 56-57. <E.A.: <http://www.ankarabarusu.org.tr/Site/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2017-1.pdf>>, <E.T.: 11.02.2018>. Kanımızca GÜNDAY ve ŞEN'in OHAL KHK'lerinin zaman bakımından sınırlılığı fikri ile GÖZLER'e yaptığımız son atfı birbiri ile uyumlu olup olağanüstü hâl süresinin dolması ile OHAL KHK'lerinin yürürlükten kalkması, "olağanüstü hâlin olağanlaşmaması" bakımından gereklidir.

[52] ŞEN, Ersan; Emniyet (Kolluk) Disiplin Mevzuatında İstikrarlı Hatalar, <E.A.: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2267516-emniyet-kolluk-disiplin-mevzuatinda-istikrarli-hatalar>>, <E.T.: 10.02.2018>.

(Bkz. Dipnot 51) bir tarafa, kanunla düzenlenebilme imkânı olan ve OHAL ile ilgili olmayan hususların Ay. md. 121 hilafına OHAL KHK'si ile düzenlenmesini ölçülülük ilkesine uygun bulmak, zorlama bir yorum olacaktır. Söz konusu uygulama Sözleşme md. 15/2 ile korunan çekirdek alana apaçık bir müdahale olmakla birlikte md. 17 kapsamında yorumlanmaya açık kapı bırakmaktadır.

## 2. Disiplin Hukukunda Belirlilik İlkesi

Ceza ve disiplin hukuku açısından hukuk devletinde hukuki güvenliğin temini sayılan belirlilik ilkesinin incelenmesi ön plana çıkmaktadır. Ceza hukuku uygulamasında kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almaya yönelik olarak “suç ve cezada kanunilik” ilkesi ve “belirlilik” ilkesinin iki ana prensibi oluşturduğu düşünülmektedir.<sup>[53]</sup>

Yurttaşlar belirlilik ilkesi sayesinde ceza kanunlarını okuduklarında ceza normu ile yasak edilen davranışı anlayabilir ve davranışlarını yasaya uygun olarak düzenleyebilirler. Ancak salt belirlilik ilkesinin kabul edilmesi ile güvence fonksiyonu yerine getirilmiş sayılmaz, aynı zamanda suç tanımlarının da sarıh olması, kanunu okuyanların kanun metnini anlayabilmesi gerekir.<sup>[54]</sup> Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin “belirlilik” ilkesi olduğunu ifade ederek şu tespiti yapmıştır: *“Bu ilkeye (belirlilik ilkesi) göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.”*<sup>[55]</sup> Belirlilik ilkesinin uygulanması ile yukarıda belirtilenlere ek olarak, hukuk dünyasında ortaya çıkan sonuçlarından biri de hâkimin davada keyfi davranmasının önlenmesidir.<sup>[56]</sup>

[53] ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3'üncü Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 105.

[54] ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; a.g.e., s. 101. ÖZGENÇ, İzzet; a.g.e., s. 116.

[55] AYM Kararı, E.: 2015/22, K.: 2015/37, K.T.: 01.04.2015. E.T.: 01.11.2017. Benzer ifade için bkz. AYM Kararı, E.: 2013/67, K.: 2013/164, K.T.: 26.12.2013. E.T.: 01.11.2017.

[56] KAŞKA, Hakan; Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme), S.D.Ü. Hukuk Fakültesi, C. 3, S. 2, 2013, s. 188. <E.A.: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/213555>>, <E.T.: 17.12.2017>.

Bu durumun disiplin hukukunda “disiplin amirlerinin tecziye hususunda keyfi davranmaması” olarak tezahür etmesi gerektiği düşünülmektedir.

Disiplin suçlarına normların belirliliği açısından -yukarıda belirtilen Anayasa md. 38’in yanında- Anayasa md. 128/2 maddesiyle çizilen sınırın kanun olduğu dikkat çekmektedir. Söz konusu hükme göre “*memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” Hükümde “*diğer özlük işleri*” ile disiplin işlemleri ve ceza işlerin de kastedildiği öne sürülmektedir.<sup>[57]</sup> Bu bakımdan md. 128/2 hükmü, “kanuni idare” ilkesinin disiplin hukukuna özel bir yansımasıdır. Bu anlamda kanuni idare ilkesinden disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenleneceği anlaşılabilir, ancak md. 128’in varlığı kanun yoluyla yasama organına ait bir yetkinin alt normlara (ve bir anlamda idareye) devredilmesinin önüne geçer. Bu hükmün yorumlanmasından, disiplin suç ve cezalarında belirlilik ilkesinin hayata geçtiği sonucuna varabiliriz. Zira idarenin yetki alanında bulunan düzenleyici işlemlerden ziyade, disiplin suçlarının kanunla düzenlenmesi yoluna gidilmesi kamu personeline daha yüksek bir koruma sağlayacak ve idarenin keyfililiğini engelleyecektir.

Belirlilik ilkesi hukuk devleti kavramının alt ilkesi<sup>[58]</sup> olmakla beraber, -her konu ayrıntısıyla ve kazuistik yönteme benzer şekilde düzenlenemeyeceği için- bu ilkenin kanunla düzenlenme sınırını ve “demokratik meşruiyet zinciri”ni<sup>[59]</sup> belirlediği de ifade edilmektedir.<sup>[60]</sup> Kazuistik yöntemin kabul edilmediği bir hukuk politikasını güden devletlerde belirlilik ilkesi doğrultusunda her konunun teferruatıyla kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Kaldı ki teknolojik gelişmelerin ivme kazandığı ve bilginin yarılanma ömrünün çok kısaldığı bugünün dünyasında yasal düzenlemeye konu olan hususların tüm ayrıntılarıyla yasa metinlerine yansıtılması çabası irrasyonel kalacaktır. Düzenleme konusu alanda belirlilik, daha fazla hak koruması ve daha fazla güvenlik amacıyla azaltılabilir.<sup>[61]</sup>

Anayasa Mahkemesi değişik kararlarında kamu personeline verilecek disiplin cezalarının kanunla belirlenmesini kabul etmektedir. Mahkeme, Emniyet

[57] AKYILMAZ, Bahtiyar; Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, a.g.e., s. 245.

[58] AYM Kararı, E.: 2014/100, K.: 2015/6, K.T.: 14.01.2015. E.T.: 01.11.2017.

[59] CAN “demokratik meşruiyet zinciri”ni “halkın özgür iradesine dayanan bir anayasa, bu anayasaya uygun olarak çıkarılan yasa, yasaya uygun yönetmelik ve buna dayalı somut idari işlem” olarak tanımlanmaktadır. CAN, Osman; a.g.e., s. 93, 94.

[60] CAN’a göre bir ceza yasasının belirlilik kriteri ile başka bir yasanın belirlilik kriteri aynı olmamalıdır. CAN, Osman; a.g.e., s. 95.

[61] CAN, Osman; a.g.e., s. 97.



teşkilatı mensuplarına –devlet memurluğundan çıkarma hariç olmak üzere- verilecek disiplin cezalarının tüzükle düzenlenmesini öngören bir kanun maddesini Anayasanın 38 ve 128/2 maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>[62]</sup> Başka bir davada Mahkeme, yükseköğretim kurumlarında görevli olan öğretim elemanları, memurlar ve diğer personele ilişkin disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesinde Yükseköğretim Kuruluna yetki veren bir kanun maddesini “yasal olarak belirlilik sağlanmadığı” gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>[63]</sup> Bahis konusu kararlarla Mahkemenin yasal belirliliği esas almasının disiplin hukukunda belirlilik ilkesine katkı sağladığı değerlendirilmektedir.

Disiplin suçlarının belirliliği konusunu ise mutlak ve istisnasız olarak kabul etmemek gerekir. Zira disiplin hukuku İdare ile personel arasındaki ilişkileri düzenler. İdarenin verdiği emirlere itiraz edilmesi konusuna ilişkin bir disiplin suçunun<sup>[64]</sup> içeriğinin İdare tarafından oluşturulması kaçınılmazdır. Bu noktada belirlilik ilkesinin uygulanması açısından, yasal düzenlemede bir miktar boşluk ve takdir hakkının İdareye tanınması kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesi de konuya bu şekilde yaklaşmaktadır. Örneğin; Mahkeme gümrük personelinin disiplin suçlarına ilişkin bir davada, idari suçun kanunda tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olmasını yeterli kabul etmiştir. Karara göre uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda yasama organının yürütmeye yetki vermesi, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir.<sup>[65]</sup> Mahkemenin belirlilik ilkesini esnek yorumlamasına TSK Disiplin Kanununa ilişkin bir kararı örnek verilebilir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, “ağır ve disiplinsizlik teşkil eden fiiller” şeklindeki yasal disiplinsizlik tanımı doğrultusunda Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilmesini kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır.<sup>[66]</sup> Mahkemenin bu kararındaki temel dayanağı, maddede belirtilen ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerin **zamana, yere, işlendiği kişiye veya yarattığı etkiye göre farklı sonuçlar** doğurabilecek olması ve bunların sabit bir tanımla ve tek tek saymakla tespit edilmesinin imkânsız olmasıdır. Bu bakımdan söz konusu kararın gerekçesi ışığında, bazı disiplin suçları yönünden ceza hukukundakine benzer biçimde tüketici bir tanımlama yapmak söz konusu olmayabilir. Dolayısıyla disiplin cezalarının denetimi yapılırken, Ay. md. 13’ten ve özellikle cezanın ağırlığı bakımından ölçülülük ilkesinden faydalanmanın gerekli olduğu mülhaza edilmektedir.

[62] AYM Kararı, E.: 2015/85, K.: 2016/3, K.T.: 13.01.2016. E.T.: 01.11.2017.

[63] AYM Kararı, E.: 2014/100, K.: 2015/6, K.T.: 14.01.2015. E.T.: 01.11.2017.

[64] 657 s. Devlet Memurları Kanunu (bundan sonra DMK), md. 125.

[65] AYM Kararı, E.: 2015/22, K.: 2015/37, K.T.: 01.04.2015. E.T.: 01.11.2017.

[66] AYM Kararı, E.: 2013/46, K.: 2013/46, K.T.: 28.11.2013. E.T.: 01.11.2017.



### 3. Askeri Disiplin Hukukuna İlişkin Genel Çerçeve

Disiplin kelimesi “*kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>[67]</sup> Tanımından da anlaşılacağı üzere disiplin, gerek sivil gerekse askeri mecrada ve yaşamın her alanında bulunmaktadır. Herhangi bir kamu kurum/kuruluşu veya özel sektör çalışanlarının kurumsal veya ifa edilen göreve özgü kurallardan bağımsız olmaları mümkün değildir. Bunların yanında, askerlikte disiplin, icra edilen işin niteliği bakımından daha da önem kazanan bir kavramdır. Bu hususu 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu 13’üncü maddenin “*Disiplin: Kanunlara, nizamalara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Askerliğin temeli disiplindir. Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır.*”<sup>[68]</sup> şeklindeki lafzından da anlamak mümkündür. Gerçekten de, tüm dünya ordularında az ya da çok askerlik ile disiplin bağdaştırılmıştır. Disiplin kavramı, asker kişilerde orduların düşmanlarını yenebilmeleri ve bunun için gerektiğinde askerlerin hayatlarını feda edebilmelerine yönelik istek ve şevki doğurmakta ve geliştirmektedir.<sup>[69]</sup>

TSK’de uygulanan askeri disiplin hukukunu 6413 s. TSK Dis.K. öncesi ve sonrası olmak üzere kronolojik bakımdan iki ana kategoriye ayırmak mümkündür. Dis.K.nun askeri disiplin hukukuna getirdiği dramatik yenilikler bakımından zaman cetvelindeki konumunun önemi göz ardı edilemez. Zira bahse konu Kanunun askeri disiplin hukukunu günümüz şartlarına uyduran, modern ve dağınık mevzuat hükümlerini bir araya toplayıcı bir kod hareketi olması, uygulayıcılara basit ve anlaşılabilir bir kavram haritası sunması ve kanunilik ilkesinin daha sağlam biçimde askeri disiplin hukukuna katması hususları oldukça mühimdir. Dolayısıyla askeri disiplin hukuku bu bölümde incelenirken iki alt başlık olarak 6413 s.K. öncesi ve sonrası dönem incelenecektir. Üçüncü

[67] Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük. <E.A.: [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a295a5866cad7.45291014](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a295a5866cad7.45291014)>, <E.T.: 08.12.2017>.

[68] Disiplinin tanımı yasal bir nitelik arz ettiğinden, DURSUN’un belirttiği “*Nitekim kanunlara, nizamalara ve amirlere mutlak bir itaat ile ast ve üstün hukukuna riayete disiplin denileceği şeklinde bir tekerleme Türk Ordusu içerisinde sık sık dile getirilmektedir.*” ifadelerine katılmak mümkün değildir. Zira yasal metin ve tanımlardan tekerleme oluşturulmaz. DURSUN, Hasan; İdari Suç..., s. 370.

[69] AKSOYLU, İlter; Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi, AYİM Dergisi Sayı: 22, (Basılı metne erişilemediğinden sayfa numarası tespit edilmemiştir) <E.A.: [http://www.simesen.org.tr/Files/IcerikDosya/12-2016/239-ayim\\_22\\_nolu\\_dergi.pdf](http://www.simesen.org.tr/Files/IcerikDosya/12-2016/239-ayim_22_nolu_dergi.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.

alt başlıkta ise askeri disiplin hukukunda –özellikle kanunilik ilkesi bakımından- problemler alanların tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

### **a. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu Öncesi**

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk askeri disiplin hukukunu 16.02.2013 öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayırmak mümkündür. 16.02.2013 tarihinde 6413 sayılı Kanun yürürlüğe girerek kanunilik ilkesini bu alanda oldukça pekiştirmiş, mevzuatta disiplin hukukuna ait olan dağınık hükümler bir araya toplanmış ve askeri disiplin hukukunun insan hakları hukuku bakımından normalizasyonu sağlanmıştır.

2013'ten önceki dönemde disiplin hukukunun temel kavramı olan “disiplin suçu” kavramı üç ayrı alt kavram ile ifade edilmekteydi. Bunlar; disiplin kabahati, disiplin suçu ve disiplin tecavüzü kavramlarıydı. Bu kavramlar aşağıda üç maddede haline kısaca incelenecektir.

**1. Disiplin kabahatleri, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK) md. 162/1'e göre “Kanunun 18'inci maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri” olarak tanımlanmıştı. Disiplin kabahati kavramı, askeri kabahat ile ilişkili olup askeri kabahatlerin hafif halleri<sup>[70]</sup> disiplin kabahatine vücut vermekteydi. 18'inci maddeye bakıldığında ise AsCK'de yazılı olan bir cezanın ancak mahkeme kararı ile infaz edilebileceği ancak bu maddede sayılan ve AsCK'de atıf yapılan 14 maddeye göre disiplin cezası ile cezalandırma (mücazat) yapılabileceği belirtilmişti.<sup>[71]</sup> Bu noktadaki ilk problem, “hafif hal” tabirinin nasıl yorumlanması gerektiği idi. Zira hafif halin belirlemesini disiplin amiri yapacaktır.<sup>[72]</sup> Örneğin; AsCK'nin 117'nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiilin az vahim halinde, disiplin amiri ister kendisi cezalandırabilir, isterse de suç dosyası tanzim edip teşkilatında askeri mahkeme bulunan birlik komutanlığına dosyayı gönderir. AsCK'de yer alan bir suçun hafif halinin disiplin cezası ile tecziyesinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Söz konusu dönemde Ay. md. 129/4 ve AYİM K. md. 21 doğrultusunda **disiplin cezalarına karşı yargısal denetimin tamamen kapalı olması** durumu, denetlenebilirliğin önünü kapatmakta ve sistemi şeffaflıktan uzaklaştırmaktaydı.**

[70] AsCK'nin kısa hapis cezası ile cezalandırıldığı haller, askeri kabahat olarak tanımlanmıştır. (1632 s. AsCK, md. 1/2.)

[71] AsCK'nin eski haline ulaşmak için bkz. <E.A.: <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.3.1632&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=3&No=1632>>, <E.T.: 18.12.2017>.

[72] Zira adli soruşturma dosyasını da hazırlayıp lağvedilen askeri savcılık makamlarına sevk etmeye disiplin amiri yetkili olduğundan burada keyfilik oluşması imkân dâhilindeydi.

2. Disiplin suçları, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanuna (bundan sonra 477 s.K./Dis.Mah.K.) göre Kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı eylemlerdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 477 s.K. için 2013 sonrasında ilga yoluna gidilmemiş ve mevzuatta korunmuş, ancak Kanunun disiplin mahkemelerinin kuruluşunu düzenleyen birinci maddesine “*savaştta*” ibaresi eklenerek bu mahkemelerin savaş zamanı kurulması öngörülmüştür.<sup>[73]</sup> 477 s.K.da 16 farklı disiplin suçu belirtilmiş, bu suçların kanuni tanımı yapılmış ve verilecek cezalar kanun ile tespit edilmiştir. Disiplin mahkemeleri, emrinde kurulduğu birlik komutanlığında görevli olan -bir başkan olmak üzere- üç subaydan teşkil edilmektedir. Erbaş ve erlerin yargılanmalarında üyelerden biri, astsubaylardan seçilmektedir.<sup>[74]</sup> Dolayısıyla mahkeme heyetinin sürekliliği olmadığı gibi (Komutanlık tarafından bir yıl için seçilme), heyetin hâkimlik teminatı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla disiplin mahkemelerinin “mahkeme” niteliği oldukça tartışmalıdır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin 1970 tarihli bir kararında disiplin mahkemelerini “mahkeme” kavramı içinde kabul etmesi cihetindeki içtihadının bu bakımdan sağlıklı olmadığı düşünülmektedir.<sup>[75]</sup> Zira disiplin mahkemelerinin Anayasanın hangi bölümünde düzenlendiğinden bağımsız olarak, “mahkeme” kavramının gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekirdi. AİHM’in örnek davalarda hürriyeti kısıtlayıcı ceza verme yetkisine sahip disiplin mahkemelerinin idareye bağlı subaylardan teşkil edilmesini bağımsız mahkeme kavramına aykırı bulduğunu da yeri gelmişken belirtmeliyiz.<sup>[76]</sup> Gerçekten, bir birimin adında “mahkeme” ibaresinin bulunması her zaman bağımsız olduğu anlamına gelmez, bağımsız olmayan bir birimin ise “mahkeme” kavramının kapsamına girmeyeceği düşünülmektedir.

3. Disiplin tecavüzleri, AsCK 162’nci maddesinde “*askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller*” olarak tanımlanmıştır. 2013 öncesi dönemde askeri disiplin hukukunda kanunilik bakımından en problemlı alan herhalde disiplin tecavüzleri kavramı olmuştur. Zira hangi eylemlerin disiplin tecavüzü oldukları ve bunların sayıları belli değildi. Yukarıda belirtilen diğer iki kavram bakımından kanunilik ilkesinin az çok tecelli ettiği görülmekteyse de, disiplin tecavüzü kavramı -tabiri caiz

[73] Aşağıda etraflıca anlatılacak olmakla birlikte, savaş zamanı askeri disiplin hukukunda iki farklı Kanunun (6413 ve 477 s.K.lar) uygulanması söz konusudur.

[74] Mahkeme üyelerinin seçimi ve nitelikleri için bkz. 477 s.K. md. 3, 4.

[75] AYM Kararı, E.: 1970/6, K.: 1970/29, K.T.: 04.06.1970. E.T.: 12.12.2017.

[76] AİHM İrfan Bayrak/Türkiye davası, Başvuru No: 39429/98, K.T.: 03.05.2007. <E.A.: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-121749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, <E.T.: 19.12.2017.>

ise- disiplin amirinin disiplin suçları açısından hayal dünyası ve yaratıcılığı ile sınırlıydı. Diğer taraftan yürütme eli ile disiplin tecavüzü yaratılması neticesinde, yasamanın yetki alanındaki bir konunun yürütmenin keyfiligi ile düzenlenmesi ve kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması<sup>[77]</sup> durumu ortaya çıkmakta ve Ay. md. 6'ya aykırı bir durum oluşmaktaydı. Üstelik disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması hususu, güçler ayrılığının yürütme lehine ölçsüzce bozulmasına, hem yasamanın tasarrufunda olması gereken bir konunun yürütme eliyle düzenlenip hem de bu düzenlemelerin yargı tarafından denetlenememesine yol açmaktaydı. Disiplin tecavüzlerinde de disiplin suçu ve disiplin kabahatlerinde olduğu gibi hürriyeti kısıtlayıcı oda/ göz hapsi cezaları verilmekteydi.<sup>[78]</sup>

Yukarıda verilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere askeri disiplin hukukunda disiplin suçu kavramı, 6413 s.K. öncesinde belirlilik ilkesinden uzak, *nullum crimen sine lege* ilkesi ile uyumsuz, yargı denetimine kapalı ve kanaatimizce hukuk devleti ilkesinin gereklerini karşılamayan bir yapıya sahipti. Bu bakımdan 6413 s.K.nun çıkarılarak uluslararası platformda eleştiri konusu olan ve günümüzün insan hakları anlayışına uymayan bu alanın düzenlenmesi hukuk politikası bakımından isabetli olmuştur.<sup>[79]</sup>

## b. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu Sonrası

2013 sonrası dönemde Dis.K. ile subay, astsubay, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler için altı tür disiplin cezası öngörülmüştür. Bunlar; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezalarıdır.<sup>[80]/[81]</sup> Bahsedilen cezalardan Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası Yüksek Disiplin Kurulları tarafından; hizmet yerini terk etmeme cezası hem disiplin amirleri hem de disiplin kurulları tarafından; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam ve aylıktan kesme cezaları disiplin

[77] Ay. md. 6.

[78] DURAN, Gökhan Yaşar; Askeri Disiplin Hukuku, 1'inci Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2012, s. 440.

[79] Askeri disiplin hukukunun AİHM kararları doğrultusunda düzenlendiği fikri için bkz. IŞIKLAR, Celal; TSK Disiplin Kanunu ve Yorumu, 1'inci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2015, s. 2.

[80] 6413 s.K. md. 11/1.

[81] Çalışmanın kapsamını artırmamak bakımından hizmetten men, ilave hizmet yükleme ve izinsizlik cezaları gibi rütbeli personele verilemeyen disiplin cezaları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

amirleri tarafından verilebilecektir.<sup>[82]</sup> Bunlara ek olarak; Dis.K.de istisnai olarak seferberlik ve savaş zamanı veyahut barış zamanı Türk karasuları dışında bulunan gemilerde görev yapan personele oda hapsi cezası verilebilir.<sup>[83]</sup>

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Dis.K. öncesi dönemde temel hak ve hürriyetleri ciddi anlamda tahdit eden göz hapsi cezaları kaldırılmış, oda hapsi cezaları ise istisnai hale getirilmiştir. Diğer taraftan önceki dönemde oda ve göz hapsi cezalarının uzunluğu da dikkat çekmekteydi. Mesela, AsCK md. 171'inci maddeye göre orgeneral rütbesindeki bir disiplin amiri, mahiyetinde olan bir subaya 28 gün oda hapsi vermek yetkisini haizdi. Benzer şekilde Disiplin Mahkemeleri, 477 s.K.ye göre bazı disiplin suçlarında iki aya kadar oda veya göz hapsi verebilmekteydi.<sup>[84]</sup> Ancak 6413 s.K. ile savaş veya barış zamanı orgenerale tanınan oda hapsi cezası verme yetkisi sekiz güne indirgenmiştir.<sup>[85]</sup> Disiplin kurulları ise seferberlik ve savaş zamanı oda hapsi cezasını 10 ilâ 30 gün arasında verebilmektedir.<sup>[86]</sup>

İnfazı bakımından Dis.K.deki hizmet yerini terk etmeme cezası nitelik itibarıyla (ilk bakışta her ne kadar oda hapsini çağırırsa da) oda hapsi cezasından farklıdır. AsCK'de oda hapsi cezası infaz edilirken cezalı cezayı tek başına belirli bir hapis odasında çeker, emir veremez ve umumi hizmetten mahrum tutulur.<sup>[87]</sup> Ancak Dis.K. 12/5 maddesine göre “*hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir... Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin haller hariç, günde toplam bir saati geçmemek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.*”

Kanunkoyucunun Dis.K.deki disiplinsizlikleri düzenlerken, 657 s. DMK'deki gibi disiplin cezalarının türleri üzerinden disiplinsizliklerin belirlenmesi şeklinde bir sistematik benimsediğini görmekteyiz.<sup>[88]</sup> Nitekim düzenlemenin DMK'den

[82] 6413 s.K. md. 11/2.

[83] 6413 s.K. md. 12/6.

[84] 477 s.K. md. 41, 48, 50, 51, 52, 53, 56.

[85] 6413 s.K. Ek (1) sayılı çizelge.

[86] 6413 s.K. md. 12/6.

[87] 1632 s.K. md 24/B.

[88] IŞIKLAR, Dis.K. hazırlanırken DMK'den etkilenilmesini ve Dis.K.nun getirdiği yenilikleri şöyle açıklamaktadır: “*TSK Disiplin Kanunu; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu paralelinde, askeri ceza ve disiplin hukuku sistemlerini birbirinden bağımsız hale getiren; disiplin ceza yetkisini, ağırlığına göre disiplin amirleri ile askeri disiplin alanında ilk kez oluşturulan disiplin kurulları arasında paylaştıran; kısmen de olsa bazı disiplin cezalarına karşı*

tek farkı, disiplinsizlikleri tek madde yerine 15 ilâ 20'nci maddeler arasında ayrı ayrı düzenleme yoluna gitmesidir. Dis.K.de hangi disiplin cezasının hangi fiile verileceği ve fiillerin tipiklik bakımından tanımları, ilgili maddelerde yapılmıştır. Bu bakımdan askeri disiplin hukuku bakımından bahse konu yasal düzenlemeyi “büyük bir gelişim” olarak tanımlarsak, herhalde abartmış olmayız. Zira yukarıda etraflıca anlatılan, oldukça karmaşık bir prosedüre sahip ve uygulayıcıların dahi tam olarak anlayamadığı bir disiplin hukuku sisteminden yeni sisteme geçilmiş olması, askeri personelin oldukça lehine olan bir durumdur.

### c. Askeri Disiplin Hukukunda Devam Eden Sorunlar

Yukarıda değinilen gelişmelere rağmen, askeri disiplin hukuku alanında hâlihazırda mevcut bazı sorunlu alanlar bulunmaktadır. Örneğin, Dis.K. md. 20'de bazı disiplinsizliklere Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası öngörülmüştür. Bunlardan biri “*iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak*”, diğeri ise “*gayri tabii mukarenette bulunmak*”tır. Yani “*iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden*” ve “*bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran*” kişiler, md. 20/g-ğ hükümleri doğrultusunda Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla Silahlı Kuvvetlerden çıkarılırlar. Aynı hüküm benzer şekilde AsCK'de düzenlenmiş<sup>[89]</sup> ve AsCK'den disiplin suçlarına ilişkin hükümler birer birer ilga edilmiş olmasına rağmen bu hüküm korunmuştur. Tipiklik bakımından değerlendirildiğinde de, Dis.K. ile AsCK mezkûr hükümleri birebir aynıdır. Aradaki tek fark, Silahlı Kuvvetlerden çıkarma cezasının 6413 s.K. kapsamında askeri öğrenci ile erbaş

---

*yargı yolunu açan; belli ölçüde kanunilik ilkesine yer veren; oda hapsi gibi hürriyeti bağlayıcı cezaları savaş hali ile sınırlandıran; bazı yeni cezalar ve ek yaptırımlar ve tedbirler getiren bir Kanundur.”* IŞIKLAR, Celal; a.g.e., s. 3. Dis.K. sisteminin DMK'ye benzetilmesi hk. IŞIKLAR, Celal; a.g.e., s. 4.

[89] AsCK md. 153: “*İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükümlenir. Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.”*

ve erlere verilememesidir.<sup>[90]/[91]</sup> Bu noktada akla en yakın açıklama, AsCK'deki hükmün bu nedenle korunmuş olabileceğidir. Bu türden bir düzenlemenin özel bir Ceza Kanununda yer almasının gerekliliği tartışmaya açıktır. Öte taraftan tamamen disiplinler bir boyutu olan bu suç tipinin AsCK'den kaldırılmasının, disiplin mevzuatı ile Ceza mevzuatını birbirinden ayırma şeklinde gelişen güncel hukuk politikasına da uygun düşeceği değerlendirilmektedir. Bu noktada Nisan 2017 referandumundan sonra askeri mahkemelerin kaldırılmış olmasını da hatırlamak gerekir. Ceza mahkemelerinin bu türden suçlar hakkında ceza kovuşturması yapmasının, ancak kovuşturma neticesinde hapis cezasına hükmedilememesinin ve yalnızca Silahlı Kuvvetlerden ayırma fer'i cezasının verilmesinin uygun olmadığı mütalaa edilmekle birlikte Anayasa Mahkemesi somut norm denetimiyle önüne gelen bir davada AsCK md.153'ü iptal etmeme yoluna gitmiştir.<sup>[92]</sup> Literatürde DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ de konuya ilişkin benzer bir yaklaşım sergilemekte ve bir personelin gayri tabii mukarenet kapsamına giren eylemi bakımından disiplin amirinin hem Yüksek Disiplin Kuruluna hem de ceza mahkemesine sevk etmesinin, aynı konuda idare ve yargısal merciinin benzer hukuki sonuçlar doğuran karar vermesi gibi bir durum ortaya çıkaracağını belirtmektedir.<sup>[93]</sup>

Askeri disiplin hukukunda Nisan 2017 referandumundan sonra ortaya çıkan ve kafa karışıklığına neden olan bir başka husus ise Anayasanın "Mahkemelerin Kuruluşu" kenar başlıklı 142/2'nci maddesidir. Bu hükme göre "*disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askeri mahkemeler kurulabilir.*" Bu hükmün lafzından çıkan sonuç, disiplin mahkemelerinin Anayasal niteliğinin korunmasıdır. Amaçsal yorum ile değerlendirildiğinde, hükmün kuruluş amacının 477 s.K.de disiplin mahkemelerinin savaş zamanı kurulacak olması cihetindeki değişiklikten ötürü Anayasakoyucunun disiplin mahkemelerinin kurulmasını Anayasal bir temele oturtmak şeklindeki niyeti olabileceği düşünülmektedir. Diğer taraftan, yukarıda değinilen 1970 tarihli

[90] Lağvedilmeden önce askeri mahkemelerin bu hususta aldıkları kararların adli bir nitelik taşıdığı da gözden kaçırılmamalıdır.

[91] Bu cezayı alan yedek subaylar ise kalan askerlik yükümlülüğünü er rütbesinde tamamlar. (6413 s.K. md. 13)

[92] AYM Kararı, E.: 2015/68, K.: 2017/166, K.T.: 29.11.2017. E.T.: 09.05.2018. Bahse konu karara ilişkin oldukça problemleri olduğunu kıymetlendirdiğimiz hususlar bulunmaktadır. Aslında karar üzerine yazılacak pek çok husus bulunmakla beraber konu bütünlüğünü sağlamak adına daha fazla teferruat girilmeyecektir.

[93] DEĞİRMENCİ, Olgun/TANRIVERDİ, Battalgazi; Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 1'inci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2013, s. 24.



AYM kararı her ne kadar disiplin mahkemelerini “mahkeme” kavramı içine alsada idareden soyutlanamayacak olan disiplin mahkemelerinin mahkeme niteliği tartışmaya açıktır.

Yukarıdaki tartışmanın AİHS kapsamında da değerlendirilmesi gerekir. AİHM’in disiplin mahkemelerinin yapısı nedeniyle AİHS md. 5 ve/veya 6’nın ihlali değerlendirmesi sonucu Türkiye’yi tazminat ödemeye mahkûm ettiği davalar ile İdareden bağımsızlaştırılmamış disiplin mahkemelerinin hürriyeti bağlayıcı ceza vermesinin sakıncaları ortaya çıkmıştır. Sözleşmenin 15’inci maddesi doğrultusunda sözleşmeden doğan hakların savaş zamanı kısıtlanabileceği malumdur. Bu kısıtlama adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6’ncı maddeyi de kapsamaktadır. 6413 s.K., 477 s.K.nun 1’inci maddesini değiştirerek “disiplin mahkemelerinin savaş zamanı kurulacağı” nı belirlemiştir. Dolayısıyla disiplin mahkemelerinin savaş zamanı yürürlükte olması, Sözleşmenin 15/3 maddesi doğrultusunda gerekli bildirimlerin yapılması ve ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemesi kaydıyla AİHS’e aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak yine de Anayasa değişikliği sırasında 142’nci madde düzenlenirken disiplin mahkemelerinin savaş zamanı kurulacağı ibaresinin Anayasaya eklenmesinin faydalı olabileceği düşünülmektedir.

Disiplin mahkemelerine ilişkin bir diğer sorun, savaş zamanı hem 6413 s.K.nun hem de 477 s.K.nun yürürlükte olması durumudur.<sup>[94]</sup> Gerek 6413 s.K. gerekse 477 s.K. savaş zamanı verilecek disiplin cezalarına ilişkin hükümler içermekte ve bu hükümlerden bazıları da aynı suç tiplerini düzenlemesi bakımından çakışmaktadır. Örneğin; nöbet talimatına aykırı hareket etmek, kumar oynamak, hoşnutsuzluk yaratmak, sarhoşluk, yasak edilen malzeme/ cihaz bulundurmak gibi maddi konusu ya birebir aynı ya da çok benzer pek çok disiplinsizlik iki Kanunda da bulunmakta ve aynı suçlara farklı ağırlıkta cezalar öngörülmektedir. Bu durumda tecziyenin hangi Kanuna göre yapılacağı, savaş zamanı disiplin kurullarının mı yoksa disiplin mahkemelerinin mi görev yapacağı gibi konular muğlak kalmıştır.

Askeri disiplin hukukunun güncel problemlerine ilişkin bir başka husus, özellikle kanunilik ilkesinin bir sonucu olan “kıyas yasağı” bakımından gündeme

[94] IŞIKLAR da aynı hususa değinmiş ve savaş halinde iki yaptırım rejiminin aynı anda uygulanacak olmasının bir çok karışıklığa yol açacağını belirtmiştir. Bu noktada IŞIKLAR’ın “*Bu da sadece Anayasa’ya uymak maksadıyla yapılan yersiz ve gereksiz bir uygulamadır.*” tespitini aktarmadan geçemeyeceğiz. IŞIKLAR, Celal; a.g.e., s. 14. Eğer gerçekten bu düzenleme salt Anayasa’da disiplin mahkemesi kavramı olduğu için yapılmış ise, bu hatalı bir yaklaşımdır. Zira Anayasanın daraltıcı kapsamlı düzenlemeleri yasalarla temel hak ve özgürlükler aleyhine olmamak kaydıyla genişletilebilir, yani yasa Anayasanın öngördüğü ve vaat ettiğiinden daha fazla hürriyeti vatandaşa sağlayabilir.



gelmektedir. Dis.K. 8/2 maddesinde “*bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir.*” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doktrinde torba hüküm/torba suç diye adlandırılan kavrama benzemektedir. “*Disiplin hukukunda “açıklık” ve “belirlilik” hükümlerine uymayan asıl durum torba suç hükümleridir.*”<sup>[95]</sup>Aslında bu hüküm aynı biçimde 657 s.K. 125’inci maddesinde yer almakta olup iki Kanun arasındaki tek fark, DMK’deki hükmün “*verilir*” ibaresi ile sona ermesidir. Dolayısıyla DMK bu tür durumlara amirlere ceza verilip verilmemesi bakımından inisiyatif tanımaz bir tutum takınırken 6413 s. K. ceza verip vermeme konusunda inisiyatifi amire bırakmış gözükmektedir.<sup>[96]</sup> Ancak netice itibarıyla her iki yasal düzenleme de disiplin amirlerine disiplin suçlarında kıyas yetkisi vermektedir.<sup>[97]</sup> 6413 s.K.nun tanıdığı bu yetki, yürütmenin yasamanın bıraktığı boşlukları doldurmasına matuftur.<sup>[98]</sup> **KOÇ bu düzenlemenin disiplin amirlerine adeta kanunda düzenlenmemiş bir eylemi disiplinsizlik olarak belirleme/değerlendirme ve disiplin cezası verme yetkisi tanıdığını** ifade etmekle birlikte bu düzenlemenin “*disiplin tecavüzü uygulaması*”nın devamı niteliğinde olduğunu ve kanunilik ilkesine uymadığını belirtmektedir.<sup>[99]</sup> Bu bakımdan *nullum crimen sine lege* prensibine aykırı olarak “*disiplin hukukuna kıyas getiren bu hükümlerin adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik ettiği*”<sup>[100]</sup> kıymetlendirilmektedir. Ancak bu hüküm *nulla poena sine lege* bakımından amire bir kıyas yetkisi tanımaz.<sup>[101]</sup> DURSUN da bu hüküm ile disiplin suçları bakımından “*kanunun açıklığı*” alt ilkesinin ihlal edildiği değerlendirmesini yapmaktadır.<sup>[102]</sup>

[95] AKYILMAZ, Bahtiyar; a.g.e., s. 249.

[96] ALKAN da bu fikirdedir. ALKAN, Mehmet, 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 117, Mart-Nisan 2015, s. 192. <E.A.: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-117-1463>>, <E.T.: 20.12.2017>.

[97] DMK hükmünün kıyasa izin vermesine ilişkin bkz. KAYA, Cemil; a.g.e., s. 67. KANGAL, Zeynel T.; a.g.e., s. 61-106.

[98] DEĞİRMENCİ, Olgun; a.g.e., s. 7-37.

[99] KOÇ, Cihan; TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 22’nci Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara, Mayıs 2015, s. 806.

[100] AKYILMAZ, Bahtiyar; a.g.e., s. 250.

[101] DEĞİRMENCİ, Olgun; a.g.e., s. 7-37.

[102] DURSUN, Hasan; İdari Suç ..., s. 377.

Kanunkoyucunun kanunları düzenlerken kimi zaman açık olarak kimi zaman ise örtülü olarak boşluk bıraktığı malumdur.<sup>[103]</sup> Boşluklar bazen hukuk politikasının gereği olarak Kanunkoyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmamasından doğabilir. Disiplin hukukunda disiplin amirinin kıyas yetkisini ölçüsüzce kullanması durumunda, Yasama tarafından bilinçli olarak disiplin suçu düzenlemesi yapılmamış alanlara da müdahalenin olabileceği düşünülmektedir.<sup>[104]</sup> Bu bakımdan disiplin amirine kıyas yetkisi tanınacaksa, mutlaka cezalandırma işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması gerekecektir.

İnceleme konusu hükmün gerekçesine baktığımızda, düzenleme ile örneğin amirine yumruk atan bir asker kişiye adli soruşturma ve kovuşturma sonucunu beklemeksizin fiil ile orantılı bir ceza verilebileceği, bu sayede disiplinin derhal tesis edilebileceği belirtilmiştir.<sup>[105]</sup> Disiplin hukukunun varlık amacının kurum içi ilişkileri düzenleme amacı göz önüne alındığında, belirtilen gerekçenin akla yatkın olduğu savunulabilir. Örnek bir olayda Danıştay 8'inci Daire "*fakülte öğrencisinin aynı okulda araştırma görevlisi olarak çalışan bir bayana ilgi duyması, bayana bu duygularını açmasına rağmen ret cevabı alması sonrası bayanı kadınlar tuvaletinde yalnız yakalayıp gaz tabancası ile korkutmak suretiyle konuşmaya çalışması*" şeklinde tezahür eden ve öğrencinin yükseköğretim kurumundan çıkarılması ile sonuçlanan olayda; İdarenin uyguladığı işlemi Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Yönetmeliğinin 11'inci maddesinin "*disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezası verileceği*" hükmü bakımından hukuka uygun bulmuştur.<sup>[106]</sup> Yukarıda belirtilen türden vakıaların kurum içi disiplini bozmadığı düşünülemeyeceği gibi cezasız bırakılması hallerinin daha menfi örnekleri de teşvik edeceği tartışmadan münezzehdir. Ancak elimizde bir vakıa skalası olduğunu hayal edelim. Yukarıdaki örnek bir uçta atipik olarak yer alıyorsa, diğer uçta da tam tersi atipik örnekler ile karşılaşmamız olasıdır. Bu türden örnekler, disiplin cezasının personel aleyhine haksız verilmesi durumunu gündeme getirebilir. İşte tüm bu atipik örnekler arasında her türlü denetimi yapmak suretiyle dengeyi ve adaleti sağlayacak makamlar, yargı mercileridir. Bu nedenle her ne şekilde ve hangi amaçla olursa olsun, disiplin cezalarının

[103] ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, 35'inci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 143-150.

[104] DEĞİRMENCİ'ye göre kıyas yetkisinin kullanılabilmesi için yasal bir boşluk bulunması gereklidir. DEĞİRMENCİ, Olgun; a.g.e., s. 7-37.

[105] IŞIKLAR, Celal; a.g.e., s. 191.

[106] Danıştay 8'inci D. Kararı, E.S.: 2002/2254, K.S.: 2003/1357, K.T.: 26.03.2003. <E.A.: [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com)> , <E.T.: 13.12.2017>.

yargı denetimine kapalı olmaması gerekir ki bu durum hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi ile de yakından alakalıdır.

Disiplin hukukunda kıyas yasağının varlığı konusuna Anayasa Mahkemesinin nasıl baktığı da mühimdir. Somut bir olayda Sincan İnfaz Hâkimliğinin 5275 s.K. md. 48/1'deki "37 ilâ 46'ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddedeki disiplin cezaları ile karşılanırlar." hükmünün iptali maksadıyla başvuruda bulunması üzerine Mahkeme 12'ye 3 çoğunlukla iptal kararı vermiştir. Yüksek Mahkeme kararında 38'inci maddeye dayanarak disiplin suç ve cezalarına da kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmiş, kanunilik ilkesinin aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngördüğünü ifade etmiş olup ayrıca şu hususlara yer vermiştir: "... kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir... Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekir. İtiraz konusu kuralla, Kanun'un 37 ilâ 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmaz. Öte yandan, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanımaktadır. Bu durum suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir."<sup>[107]</sup>

Karardan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi disiplin hukukunda kanunilik ilkesine özel bir önem atfetmekte, kıyas yasağına ayrıca değinmekte ve bu kavramların hukuki güvenlik ilkesi ile bağına işaret etmektedir.<sup>[108]</sup> Bu

[107] AYM Kararı, E.: 2013/28, K.: 2013/106, K.T.: 03.10.2013. E.T.: 01.11.2017.

[108] ALKAN, disiplin suçlarının kazuistik yöntemle belirlenmesinin mümkün olmaması ve olayda ceza hukuku değil, disiplin hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiğinden bu

durumda kıyas yasağına aykırılık teşkil eden **Dis.K. 8/2 maddesinin de muhtemel bir norm denetim davasında Ay. md. 38 ve 128'e aykırı bulunması olasılığı** belirlemiştir.

Konuya farklı bir açıdan yaklaşmak gerekirse, bilindiği üzere 2010 yılındaki Anayasa referandumu sonucunda Ay. md. 129/3 değiştirilmiş ve referandum öncesinde devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama cezaları yargısal denetim dışındayken, değişiklik neticesinde disiplin kararlarının tamamının yargı denetimine açılması söz konusu olmuştur. Ancak Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki hükümlerin saklı olduğunu belirten istisnai 129/4 maddesinde değişiklik yapılmamıştır. Yani, Anayasa değişikliği sonucunda devlet memurlarına uygulanacak tüm disiplin cezaları yargısal denetim kapsamına girerken, bu değişim askeri disiplin hukukuna ilişkin olarak anayasal boyutta gerçekleşmemiştir. Bu yöndeki tasarruf, kanun boyutunda yumuşatılmaya çalışılmış ve 6413 s.K. ile giderilmiştir. 6413 s.K. 43'üncü maddesine göre, barış zamanı rütbeli personele verilen ve disiplin amirinin tecziye yetkisindeki beş ceza türünden ikisi<sup>[109]</sup> yargı denetimine açılmıştır. Ancak hâlihazırda uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları<sup>[110]</sup> yargı denetimi dışındadır. Peki 15, 16 ve 17'nci maddeler tipiklik anlamında disiplin suçu niteliğindeki eylemlerin ne kadarını düzenlemektedir? Bu maddeler ile yargı denetimine açık maddeleri oransal olarak kıyasladığımızda, yargı denetimine kapalılık oranının % 51,72 olduğunu görmekteyiz. O halde yukarıda belirtilen kıyas serbestisini bu oranlar kapsamında değerlendirdiğimizde, bir disiplin amirinin mesleki yaşantının olağan akışında astların icra ettiği ancak Kanun lafzında disiplinsizlik olarak belirtilmemiş fiillerin yarısından fazlasına kıyas yapma yetkisinin bulunduğu, kıyasen uygulanacak bu tecziye işlemlerinin yargı denetiminin dışında kalacağını söylemek mümkündür. Başka bir ifadeyle, kıyas serbestisi ile benzetilmek suretiyle disiplin cezası verilebilecek ve yargı denetimi dışında kaldığı için kıyas yetkisinin ne suretle kullanıldığı (idare tarafından kötüye kullanılıp kullanılmadığı) tespit edilemeyecek disiplinsizlik sayısı, toplam suçların yarısından fazladır.

Yukarıda belirtilen hususları örnekleyerek daha yakından incelemek gerekir. Örneğin; Kanununun 15'inci maddesi n bendine göre "*Kendini geliştirmede yetersiz kalmak*" uyarma cezasını gerektiren bir disiplinsizlik olup tanımı şu şekilde verilmiştir: "*Görevini etkin olarak yapabilmesini sağlayacak bilgi ve görgünün kazanılmasında göstermesi gereken gayreti göstermemektir.*" Tipiklik bakımından

kararı eleştirmektedir. ALKAN, Mehmet; a.g.e., s. 176.

[109] 6413 s.K. md. 18, 19.

[110] 6413 s.K. md. 15, 16 ve 17.

bentteki “görgü” kelimesi dikkat çekmektedir. Görgü; “görmüş olma durumu”, “bir kimsenin yaşayarak ve deneyerek elde ettiği birikim, deneyim”, “bir toplum içinde var olan ve uyulması gereken saygı ve incelik davranışları, terbiye” olmak üzere üç anlam ihtiva eder.<sup>[111]</sup> Bu anlamlardan maddedeki disiplinsizlik tanımına en uygun olanı, zannederiz ki ikinci anlamdır. O halde bilgi okuma ve araştırmayla, görgü ise yaşayarak elde edilir. Dolayısıyla madde ile korunmaya çalışılan değer; asker kişinin yaptığı görev, kullandığı silah ve teçhizat vb. ile ilgili bilgileri öğrenmesi, görevini etkin olarak yapmayı sağlayacak tecrübeyi kazanmak için yeterli çabayı sarf etmesi olup aksi durumun oluşmasının engellenmesi hedeflenmektedir. Bu noktada bir asker şahsa disiplin amirinin, görevin gereklerine aykırı şekilde söz gelimi “Dünya tarihinde ün kazanmış 20 yabancı askerin hayatını ve yaptığı savaşları öğrenme ve komutana muayyen bir süre zarfında görevin ifasını dair tekmil verme” şeklindeki emrin layığıyla yapılmaması, bu suç oluşturur mu? Bu soruya 8/2’deki kıyas yetkisi doğrultusunda müspet cevap vermek gerekir. Zira maddede görevin yapılmasına doğrudan katkı sağlayacak bilgi ve görgünün kazanılması tipiklik unsuru olarak belirtilmiş iken, astların bu bilgi ve görgünün kazanılmasına doğrudan katkı sağlamayan görevlere de maruz kalması mümkündür. Ceza alan ast böyle bir durumda yargısal denetim yasağı nedeniyle 6413 s.K. 41’inci madde kapsamında üst disiplin amirine itiraz şeklindeki hukuki çareye başvurabilir. İdarenin kendi içinde yapacağı disiplin cezasının idari denetimi işleminin ise hiyerarşik etkilenmelerden ve cezayı veren disiplin amiri ile üst disiplin amiri arasındaki ilişkilerden bağımsız olmayabileceğini, bu durumun ise benzer olaylarda normlara istinaden değil, şahıslara istinaden denetim yoluna gidebileceğini, bu suretle keyfiliğin ortaya çıkacağını ve bu durumda Ay. md. 2, 38 ve 125’e aykırılık oluşmasının mümkün olduğunu göz ardı etmemek gerekir.

Farklı bir örnek olarak, 6413 s.K. 19’uncu maddesinde hizmet yerini terk etmeme cezası gerektiren disiplinsizlikler arasında “asta kötü muamele yapmak” fiili sayılmış ve suç tipi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Astına, askeri usul ve kurallar dışında kötü davranmak, eziyet amacıyla hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek veya başkaları tarafından kötü muamelede bulunulmasına müsamaha göstermektir*”.<sup>[112]</sup> Suç tanımındaki seçimlik hareketlerden birincisi, fiziksel bakımdan asta müessir

[111] Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük. <E.A.: [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a31b3dc29ea67.11071103](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a31b3dc29ea67.11071103)>, <E.T.: 13.12.2017>.

[112] 6413 s.K. md. 19-f.

fiilleri kapsamaktadır.<sup>[113]</sup> Peki, astına göreve ilişkin olarak ‘mobbing’<sup>[114]</sup> sayılabilecek sözler söyleyen bir üstün eylemi bu madde kapsamında değerlendirilebilir mi? Yani maddede sistemli bir kötü muameleden bahsetmemesine rağmen kıyasa başvurulabilir mi? Bu soruya da pozitif yanıt verilebilir.<sup>[115]</sup>

Kıyas yetkisinin ortaya çıkaracağı bir başka sorun daha bulunmaktadır. Örneğin, TSK Disiplin Kanununda disiplinsizlik olarak düzenlenmemiş bir X eylemi olduğunu farz edelim. X eylemini farklı disiplin amirlerinin biriminde çalışan ve birbirine nazaran ayırıcı nitelikleri bulunmayan A ve B asker şahısları aynı tarihte icra etmiş olsun. A asker şahsının disiplin amiri X eylemini kıyas yolu ile disiplinsizlik olarak mütalaa edip ceza verme yoluna giderken B asker şahsının disiplin amirinin cezai yaptırıma başvurmaması, bu iki şahıs arasında mesleki yönden bir farklılık yaratacaktır. Yani birbirlerine nazaran aynı statüde olduğunu ve aralarında mesleki yönden farklılık bulunmadığını varsaydığımız iki şahıs, Anayasanın 10’uncu maddesi bakımından hukuka aykırı bir şekilde farklılaşmış olacaktır. Bu türden bir işlemin yargısal denetimden uzak tutulması sonucu A’nın mesleki kariyeri etkilenecek ve olması gereken hukuka (*de lege ferenda*) aykırı biçimde meslek hayatında B şahsının gerisine düşecektir.

[113] DEĞİRMENCİ bu konuda farklı düşünmekte ve astın itilip kakılması veya dövülmesi durumunda sadece AsCK md. 117 kapsamında işlem yapılması gerektiğini savunmaktadır. DEĞİRMENCİ, Olgun; a.g.e., s. 7-37. Ancak bizce askeri usullere aykırı olarak kötü davranmak tabiri müessir fiilleri kapsar. Müessir fiillerin madde kapsamı dışında kalması için açık bir hüküm yoktur. Bir eylemin ceza hukukunda suç kabul edilmesi disiplin hukuku kapsamına girmeyeceği anlamına gelmez. Kaldı ki 6413 s.K. md. 5 “*Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tabkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.*” hükmüyle bu konu hakkında açık bir düzenleme ortaya koymuştur. Öte taraftan bir an için örnek durumun asta kötü muamele kapsamına girmediğini varsaysak dahi, bu suçla aynı cezayı gerektiren ve “*meşru savunmaya ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla, askeri mahâl içerisinde, fiilen birisine vurmak*” olarak tanımlanan “kavga etmek” disiplinsizliğine (madde metninde rütbe ayrımı gözetilmediğinden) girdiği tartışmadan münezzehtir.

[114] ‘Mobbing’ kelimesi Güncel Türkçe Sözlükte ‘Bezdiri’ olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük. <E.A.: [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a2959966c0392.83136342](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a2959966c0392.83136342)>, <E.T.: 08.12.2017>. ‘Bezdiri’ kelimesinin tanımı ise şu şekildedir: “İş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme.” Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük. <E.A.: [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a295a53eedb32.86204821](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a295a53eedb32.86204821)>, <E.T.: 08.12.2017>.

[115] Benzer ve yakın örnekler için bkz. IŞIKLAR, Celal; a.g.e., s. 185-190.

Yukarıdaki varsayımsal örneklerden çıkan sonuç şudur: Kıyas yetkisinin amire tanınması ile kimi zaman Kanunkoyucunun disiplin suçu olarak tanımlamadığı ama hakkaniyet gereği kurum içi disiplin ve düzeni zedeleyen fiiller tecziye edilebilir. Yani disiplin amiri Kanun lafzında değinilmese dahi, anti-sosyal karakterli fiili cezalandırma yoluna gidebilir. Bunun yanında disiplin amiri anti-sosyal karakter içermeyen bir fiil nedeniyle astını haksız yere cezalandırabilir.<sup>[116]</sup> Ya da disiplin amiri kıyas yetkisini hatalı biçimde kullanarak astının mesleki yaşantısına zarar verebilecek cezalandırma işlemleri gerçekleştirebilir ve böylece aynı kurum içinde farklı disiplin amirlerinin yapabileceği yanlış kıyaslara dayalı tecziyeler nedeniyle hakkaniyete aykırılık oluşabilir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 6413 s.K.nun disiplin amirine kıyas yetkisi veren 8/2 maddesi (her ne kadar bu maddenin benzeri 657 s.K.da ve diğer disiplinler nitelikli düzenlemelerde bulunsa bile) yargı denetimine kapalılık ile birleştiğinde asker kişilerin hukuki güvenliklerine ciddi anlamda tehdit teşkil etmektedir. Amirin yaptığı kıyasın denetlenemediği bir sistem, güçler ayrılığının yürütme lehine bozulması<sup>[117]</sup> ile sonuçlanacaktır.<sup>[118]</sup> Zira kuvvetler ayrılığını (sert kuvvetler ayrılığından bahsediyor dahi olsak) kuvvetlerin birbirinden kopması ve denetimsiz hale gelmesi olarak değil, kuvvetlerin kendi meşruiyet kaynağı ve varlığından şüphe duymadan birbirini kontrol edebilmesi ve dengeleme kabiliyetine sahip olması olarak anlamak gerekir.<sup>[119]</sup> Dolayısıyla 657 s.K.nun tanıdığı kıyas yetkisine dayanarak idari ajanlara verilebilecek her türlü

[116] Kaldı ki bu iki örnek aslında biçimsel kanunilik ilkesinin sonuçlarını da teyit eder niteliktedir. Fiilin anti-sosyal karakterinin varlığının maddi kanunilik ilkesi bakımından önem arz ettiği malumdur. Maddi kanunilik ilkesinde anti-sosyal sayılan fiillerin kanunda yazmasa dahi tecziye edilebilmekte, diğer taraftan kanun metninde bulunmayan fiillerin de yerine göre anti-sosyal nitelikte görülebilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. DURSUN, Hasan; İdari Suç... , s. 157, 158.

[117] Bir yandan disiplin amirine bir yandan disiplinsizliklerde kıyas yetkisi tanınıp diğer yandan disiplin amirlerince verilen cezaların büyük bir kısmının yargı denetimi dışında bırakılması durumlarını değerlendirdiğimizde; iki farklı düzenlemenin mevcudiyeti ile kamu görevlisinin hak ve hürriyetlerine yaptığı tekil etkilerden bağımsız olarak farklı ve daha ağır bir kümülatif (birikimsel) etkide bulunduğunu söylemek mümkündür.

[118] ULUSOY idari suç niteliğindeki fiilleri belirlemede idareye tanınacak takdir yetkisinin idari yargı denetimine açık olmasını idari yargı mercilerinin idarenin kullandığı takdir yetkisini denetlerken *maksimum* denetimi esas tutmasını ve böylece bu hususta oluşabilecek sakıncaların giderilebileceğini düşünmektedir. ULUSOY, Ali D.; a.g.e., s. 90.

[119] YAZICI, Serap; Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, Türkiye İçin Bir Değerlendirme, 1'inci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2002, s. 27. Benzer yönde bir düşünce için bkz. ZENGİN, Mehmet Ali; ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 28, Ankara, Ekim 2016, s. 9.



disiplin cezasını 6413 s.K.daki kıyas yetkisi ile karşılaştırmak doğru olmayacaktır. 657 s.K. ile verilecek her disiplin cezası yargısal denetime tabi iken 6413 s.K. kapsamındaki disiplinsizliklerin yarısından fazlası yargı denetimi dışındadır. Bu durumun cezai idare hukukunda “kara delikler” (*black holes*) oluşumuna neden olduğu savunulabilir.<sup>[120]</sup> Bu nedenle ya 6413 s.K. 8/2’nci madde ile idareye tanınan takdir yetkisi ilga edilmeli ya da 6413 s.K. kapsamındaki kıyas yetkisi korunarak disiplin amirleri tarafından verilecek tüm disiplin cezalarının yargı denetimine açık olması sağlanmalıdır.<sup>[121]</sup>

[120] DURSUN, Hasan; İdari Suç ..., s. 374.

[121] Bu fikir 6413 s.K. çıkmadan dahi hukuk yazınında savunulmuştur: “Anayasanın ve diğer kanunların zımnen yürürlükten kaldırdığı hükümler ile Anayasa’ya aykırılık oluşturan kanun maddeleri, askeri disiplin hukukunu oluşturan mevzuattan ayıklanmalı ve askeri disiplin hukukunu oluşturan hükümler, öncelikle hukuk devleti ilkesine ve Anayasa’da yer alan diğer hükümlere uygun hale getirilmelidir. Bu bağlamda öncelikle yapılması gereken disiplin amirlerince verilen disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılmasıdır.” YILDIRIM, Ramazan; Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, AYİM Dergisi, Sayı: 14, (Sayfa sayısı tespit edilememiştir). <E.A.: <http://www.msb.bak/my1/askeriadaletisleri/index.asp#>>, <E.T.: 07.12.2017>.



## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Disiplin hukukunda Ceza Hukukunun temel ilkelerinin ve çalışma özelinde “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) şeklindeki veciz ilkenin varlığı çokça tartışılmıştır. Genel olarak yazarlar arasında kanunsuz ceza olmayacağına kabul edilmesi yönünde bir eğilim olduğu, ancak kanunsuz suç olmayacağı konusunda farklı görüşlerin bulunduğu söylenebilir. Ancak yakın tarihlerdeki Anayasa Mahkemesi kararlarında Mahkemenin Ay. md. 38’in lafzından hareketle bu ilkeyi kabul etme yönünde tavır takındığı da müşahade edilmiştir. Bu durumun askeri disiplin hukukuna etki etmemesi düşünülemez.

Askeri disiplin hukukunun son yıllarda –AİHM kararlarının azımsanmayacak etkisi ile- insan hakları hukukundaki gelişmelerden etkilenerek “suç ve cezada kanunilik” ve “belirlilik” ilkelerine yaklaşma yönünde evrildiği gözlenmektedir. Öncelikle 6413 s.K.nun uygulamaya girmesi sonucu askeri ceza hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırma yönünde ortaya çıkan bu evrim oldukça önem arz etmekle birlikte, askeri disiplin hukukunda halen süregelen bazı sorunlar olduğu da not edilmelidir.

Bu sorunlardan bir tanesi, 1632 s.K. md. 153’teki “iffetsiz yaşam” ve “gayri tabii mukarenet” fiilleri ile 6413 s.K. md. 20’deki aynı nitelikteki fiillerin ve karşılığında öngörülen cezaların çakışmasının kargaşa yaratması ve 1632 s.K.daki düzenlemenin askeri ceza hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırma şeklindeki hukuk politikasına ters düşmesidir.

İkinci bir sorun, savaş zamanı hem Dis.K. hem de 477 s.K.nun uygulanacak olmasından doğan uygulama karmaşasıdır. Zira Dis.K.daki disiplinsizlikler ile 477 s.K.daki disiplin suçlarının bir çoğu tipiklik bakımından benzeşmektedir ve fakat öngörülen cezalar oldukça farklıdır.

Üçüncü olarak, Nisan 2017 referandumundan sonra bilindiği üzere askeri mahkemeler tamamen kaldırılmasına rağmen “disiplin mahkemesi” kavramının Ay. md. 142’deki anayasal varlığını muhafaza etmesidir. Her ne kadar hâlihazırdaki mevzuat gereği disiplin mahkemelerinin savaş zamanı kurulacağı belirlenmiş olsa ve AİHS md. 15 bakımından disiplin mahkemelerinin savaş zamanı “mahkeme” niteliği taşıyıp taşımadığının sorun yaratmayacağı tahmin edilse dahi, disiplin mahkemelerinin barış zamanı yürürlükte olmayacağına anayasal teminat altına alınmasının faydalı olabileceği mülahaza edilmektedir.

Son olarak (ve belki de hepsinden önemli olmak üzere); disiplin amirlerince Dis.K. md. 8/2 ile kıyas yetkisi tanınmış olmasının mühim bir sorun teşkil ettiği kıymetlendirilmektedir. Bazı disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması ve bu cezaların ilişkili olduğu disiplinsizliklerin disiplin amirinin ceza

verme yetki alanındaki suçların % 50'sinden fazlasını oluşturması hususları birlikte değerlendirildiğinde, bahsedilen hususların **münferit tekil etkilerinden bağımsız ve toplamlarından daha ağır nitelikte bir kümülatif etkinin** ortaya çıkması ihtimal dahilindedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin hükümlülerin disiplin işlemlerine ilişkin yakın tarihli bir kararında disiplin suçlarında kıyas yetkisi veren Kanun hükmünü iptal etmesi de unutulmamalıdır. İptal edilen hükmün lafzen Dis.K. md 8/2 hükmüne çok yakın olması nedeniyle potansiyel bir norm denetimi davasında Anayasa Mahkemesinin mezkûr hükmü iptal edebileceği, bu bakımdan ya bahsedilen hükmün ilgası ya da tüm disiplin-sizliklerin yargı denetimine açılmasının mülahaza edilmesinin gerekli olduğu kıymetlendirilmektedir.

**KAYNAKÇA**

AKILLIOĞLU, Tekin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, İmaj Kitabevi, Ankara, Mayıs 2002.

AKSOYLU, İlter; Hukuk Devleti İlkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi, AYİM Dergisi Sayı: 22. <E.A.: [http://www.simesen.org.tr/Files/IcerikDosya/12-2016/239-ayim\\_22\\_nolu\\_dergi.pdf](http://www.simesen.org.tr/Files/IcerikDosya/12-2016/239-ayim_22_nolu_dergi.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.

AKYILMAZ, Bahtiyar; Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 2002. < E.A.: [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6\\_tam.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_tam.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.

ALKAN, Mehmet, 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları, TBB Dergisi, Sayı: 117, Mart-Nisan 2015. <E.A.: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-117-1463>>, <E.T.: 20.12.2017>.

ALTUNDİŞ, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, Sayı: 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008. < E.A.: [http://www.yasader.org.tr/web/yasama\\_dergisi/2008/sayi10/Hukuki\\_Guvenlik\\_Ilkesi.pdf](http://www.yasader.org.tr/web/yasama_dergisi/2008/sayi10/Hukuki_Guvenlik_Ilkesi.pdf)>, <E.T.: 17.12.2017>.

ARTUK, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9'uncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

BECCARIA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami SELÇUK), 3'üncü Baskı, İmge Kitapevi, Ankara, Mart 2013.

BEKRİ, M. Nedim; Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslar arası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu, Adalet Dergisi, 38'inci Sayı, Eylül 2010. <E.A.: [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/38.sayi/10\\_27\\_54.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/38.sayi/10_27_54.pdf)>, <E.T.: 15.12.2017>.

BOYAR, Oya; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör: Sibel İNCE-ÖĞLU), 1'inci Baskı, Şen Matbaa (Avrupa Konseyi Ortak Programı Baskısı), Ankara, 2013.

CAN, Osman; Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, 2005. <E.A.: [http://eski.erezincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005\\_IX\\_5.pdf](http://eski.erezincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed; Türk Hukuk Tarihi, (Osmanlı Arştırmaları Vakfı) Pasifik Ofset, İstanbul, 2011.

CONANT, E.B.; The laws of the Twelve Tables, Washington University Law Review, Volume. 13, Issue. 2, January 1928. <E.A.: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol13/iss4/1](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol13/iss4/1)>, <E.T.: 15.12.2017>.

DEĞİRMENCİ, Olgun; Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 29, Aralık 2015. < E.A.: <https://jurix.com.tr/article/4173>>, <E.T.: 29.01.2017>.

DEĞİRMENCİ, Olgun/TANRIVERDİ, Battalgazi; Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, 1'inci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2013.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7'nci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

DURAN, Gökhan Yaşar; Askeri Disiplin Hukuku, 1'inci Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2012.

DURSUN, Hasan; İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, 1'inci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2015.

DURSUN, Hasan; Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi, Adalet Dergisi, 59'uncu Sayı, Eylül 2017. <E.A.: <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/59.sayi/7.pdf>>, <E.A.: 15.12.2017>.

DUTERTE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alın-tilar, Avrupa Konseyi Yayını, Basımevi belirtilmemiş, 2005.

EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Cilt: I, 13'üncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

EVREN, Çınar Can; Kabahatlerde Kanunilik İlkesi, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011. <E.A.: <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023010583/1023009819>>, <E.T.: 17.12.2017>.

HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu, 2'nci Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9'uncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2010.

HALL, Jerome; Nulla Poena Sine Lege, The Yale Law Journal, Vol. 47, No. 2, 1937. <E.A.: [http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1378?utm\\_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F1378&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1378?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffacpub%2F1378&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)>, <E.T.: 14.12.2017>.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, 12'inci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2012.

GÖZLER, Kemal; Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi, Ankara Barosu Dergisi, 1990/4. <E.A.: <http://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhul.pdf>>, <E.T.: 10.02.2018>.

GÖZLER, Kemal; 15 Temmuz Kararnemeleri, Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, <E.A.: <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2017-1.pdf>>, <E.T.: 11.02.2018>.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut; İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, 7'nci Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2010.

GÜNAL, Yılmaz; Disiplin Cezaları, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, 1958. <E.A.: <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/13/2/yilmazgunal.pdf>>, <E.T.: 14.02.2017>.

GÜNDAY, Metin; OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, <E.A.: <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2017-1.pdf>>, <E.T.: 10.02.2018>.

GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, 13'üncü Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.

İŞIKLAR, Celal; TSK Disiplin Kanunu ve Yorumu, 1'inci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Haziran 2015.

KANGAL, Zeynel T.; Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 17, Aralık 2011. <E.A.: [http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal\\_Guvence\\_Olarak\\_Sucta\\_Ve\\_Cezada\\_Kanunilik\\_ilkesi.pdf](http://www.zeynelkangal.av.tr/Makaleler/Yasal_Guvence_Olarak_Sucta_Ve_Cezada_Kanunilik_ilkesi.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

KAŞKA, Hakan; Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme), S.D.Ü. Hukuk Fakültesi, C. 3, S. 2, 2013. < E.A.: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/213555>>, <E.T.: 17.12.2017>.

KAYA, Cemil; Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005. < E.A.: [http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/af93b43c552509a\\_ek.pdf?%20kar.na](http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/af93b43c552509a_ek.pdf?%20kar.na)>, <E.T.: 17.12.2017>.

MOKHTAR, Aly; Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects, Statute Law Review 26(1), Oxford University Press, 2005. <E.A.: <https://doi.org/10.1093/slr/hmi005>>, <E.T.: 15.12.2017>.

MONTESQUIEU, Charles; *The Spirit of Laws* (Translated by Thomas NUGENT), Batoche Books, Canada, 2001. <E.A.: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>>, <E.T.: 16.12.2017>.

MUNDAY, Roderick; *İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkele-  
rinde Kanunilik İlkesi* (Çev.: Zeynel T. KANGAL), İÜHFİM, C. LXI, S.  
1-2, 2003. <E.A.: [http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/  
view/1023004114/1023003713](http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004114/1023003713)>, <E.T.: 14.12.2017>.

ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3'üncü Bası, Seçkin  
Yayınevi, Ankara, 2008.*

ÖZTAN, Bilge; *Medeni Hukukun Temel Kavramları, 35'inci Baskı, Turhan  
Kitabevi, Ankara, 2011.*

PINAR, İbrahim; *Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Seçkin Kitabevi,  
Ankara, 1987.*

PINAR, İbrahim; *Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri,  
4'üncü Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003.*

Rome Statute of the International Court, <E.A.: [https://www.icc-cpi.int/nr/  
rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.  
pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)>, <E.T.: 16.12.2017>.

SELÇUK, Sami; *Eski Çağlarda Suç Hukuku* (Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya  
Armağan Cilt-II içinde), Ankara Üniversitesi Yayınları No.: 459, Ankara Üni-  
versitesi Basımevi, Ankara, 2015. <E.A.: [http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/  
pdf/873.pdf](http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf)>, <E.T.: 18.12.2017>.

ŞEN, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: 1, 1'inci Bası, Vedat  
Kitapçılık, İstanbul, 2006.*

ŞEN, Ersan; *Emniyet (Kolluk) Disiplin Mevzuatında İstikrarlı Hatalar*, <E.A.:  
[http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2267516-emniyet-kolluk-  
disiplin-mevzuatinda-istikrarli-hatalar](http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2267516-emniyet-kolluk-disiplin-mevzuatinda-istikrarli-hatalar)>, <E.T.: 10.02.2018>.

ŞEN, Ersan; *KHK'dan Kanun Olur Mu?*, <E.A.: [http://www.haber7.  
com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2256905-khkdan-kanun-olur-mu](http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2256905-khkdan-kanun-olur-mu)>, <E.T.:  
10.02.2018>.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/  
ÖNOK, Rifat Murat; *İnsan Hakları El Kitabı, 3'üncü Baskı, Seçkin Yayıncılık,  
Ankara, 2010.*

TOROSLU, Nevzat; *Ceza Hukuku Genel Kısım, 17'nci Baskı, Savaş Yayınevi,  
Ankara, Şubat 2012.*

Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük. <E.A.: <http://www.tdk.gov.tr>>, <E.T.: 08.12.2017>.

ULUSOY, Ali D.; İdari Yaptırımlar, 1'inci Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2013.

YAZICI, Serap; Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, Türkiye İçin Bir Değerlendirme, 1'inci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2002.

YILDIRIM, Ramazan; Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, AYİM Dergisi, Sayı: 14. <E.A.: <http://www.msb.bak/my1/askeriadaletisleri/index.asp#>>, <E.T.: 07.12.2017>.

YILMAZ, Esat Mahmut; Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Genelkurmay Basımevi, Yayın No.: 2011/47, Ankara, 2011.

ZENGİN, Mehmet Ali; ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 28, Ankara, Ekim 2016.

### **MAHKEME KARARLARI**

AİHM İrfan Bayrak/Türkiye davası, Başvuru No: 39429/98, K.T.: 03.05.2007. <E.A.: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-121749"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, <E.T.: 19.12.2017.>

AYM Kararı, E.: 1970/6, K.: 1970/29, K.T.: 04.06.1970. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 12.12.2017.

AYM Kararı, E.: 2013/46, K.: 2013/46, K.T.: 28.11.2013. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

AYM Kararı, E.: 2013/67, K.: 2013/164, K.T.: 26.12.2013. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

AYM Kararı, E.: 2014/100, K.: 2015/6, K.T.: 14.01.2015. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

AYM Kararı, E.: 2014/120, K.: 2015/23, K.T.: 05.03.2015. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

AYM Kararı, E.: 2015/22, K.: 2015/37, K.T.: 01.04.2015. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

AYM Kararı, E.: 2015/85, K.: 2016/3, K.T.: 13.01.2016. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 01.11.2017.

*Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları  
ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış*

AYM Kararı, E.: 2015/68, K.: 2017/166, K.T.: 29.11.2017. E.A.: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, E.T.: 09.05.2018.

Danıştay 8'inci D. Kararı, E.S.: 2002/2254, K.S.: 2003/1357, K.T.: 26.03.2003. E.A.: [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com), E.T.: 13.12.2017.





# BİRLİKTE KİRA\*

Aziz Erman BAYRAM\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-6232-7928>

**DOI:** 10.30915/abd.556938

**Makalenin Geldiği Tarih:** 18.06.2018 **Kabul Tarihi:** 22.07.2018

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Arş. Gör. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.



## ÖZ

Kira sözleşmesinin en az bir tarafında birden fazla kişinin bulunması, birlikte kirayı meydana getirir. Birlikte kira, sözleşmenin kurulması, kurulan sözleşmenin değiştirilmesi ya da kira ilişkisinde yaşanan değişiklikler yoluyla oluşabilir. Kira sözleşmesinin kiraya veren tarafında birden fazla kişinin bulunmasının tipik örnekleri, kiralanan elbirliğiyle veya belli paylarla malik olmaktır. Kira sözleşmesinin kiracı tarafında birden fazla kişinin bulunmasının tipik örnekleri ise, kiracılar arasında elbirliği veya evlilik birliği ilişkisinin bulunması ya da kiracıların evli olmamakla birlikte aynı konutta birlikte yaşamasıdır. Birlikte kirada iç ilişkide geçerli olan hukuk kuralları, kiracıların ya da kiraya verenlerin oluşturduğu topluluk bakımından geçerli olan kurallardır. Birlikte kira sözleşmesinde dış ilişkide geçerli olan hukuk kuralları, her iki tarafında da tek bir kişi bulunan kira sözleşmesinden kural olarak farklılık göstermez. Birlikte kirada, kiraya verenlerin ve kiracıların her biri, kira sözleşmesinin tarafı ve dolayısıyla sözleşmenin alacaklısı ve borçlusudur. Birlikte kiraya verenlerin ya da kiracıların müteselsilen borçlu veya alacaklı olduğu, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa ya da kanundan doğan bir müteselsil borçluluk ya da alacaklılık bulunmuyorsa, kiraya verenler ya da kiracılar kısmen borçlu veya alacaklıdır. Birlikte kira sözleşmesinin birkaç kiracı ya da kiraya veren tarafından yahut birkaç kiracı ya da kiraya verene karşı feshedilmesi mümkün değildir; birlikte kira sözleşmesinin bir bütün olarak feshedilmesi gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Birlikte Kira, Kiraya Veren, Kiracı, Sözleşmenin Feshi.

## JOINT LEASE

### ABSTRACT

Existence of more than one person at least on the one party of the lease contract creates the joint lease. The joint lease may arise out of signing the contract, amending the existing one or emerging changes on the lease relationship. Typical examples of existence of more than one person on the lessor side of the lease contract are joint ownership or co-ownership of the leased property. Typical examples of existence of more than one person on the lessee side of the lease contract are the existence of co-ownership or marital union between lessees or living in the same house without marriage. The applicable legal rules to the internal relationship in the joint lease are those that are also valid for the community, which consist of lessors or lessees. On the other hand, the valid legal rules for the external relationship in the joint lease do not, in principle, differ from the individual lease contracts. In the joint lease, each one of the lessors and the lessees is the party to the contract and thereby the obligee and the obligor of the contract. If joint and several obligation or joint and several creditorship of joint lessors or lessees is not agreed on the contract or is not prescribed by the law, then they are partial debtors or creditors. It is not possible to terminate the joint lease contract by some of the lessees and lessors or against some of the lessees and lessor; the joint lease must be terminated in the aggregate.

**Keywords:** Lease Contract, Joint Lease, Lessor, Lessee, Termination of Contract.

## GİRİŞ

Kira sözleşmesinde birden fazla kişinin sözleşmenin aynı tarafında yer alması durumuyla uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Gerek ekonomik gerekse de hukukî nedenler, kişileri, kira sözleşmesinin kiracı ya da kiraya veren tarafında bir araya getirmektedir. Özellikle taşınmaz satış bedellerinin yükselmesi ve bununla bağlantılı olarak konut ve işyeri kira bedellerinin giderek artması, çalışanların ya da öğrencilerin ekonomik nedenlerle bir arada yaşamak zorunda kalması, evlenen kişilerin çoğu kez oturacakları konutu satın almaya güçlerinin yetmemesi, kişileri kira sözleşmesinin özellikle kiracı tarafında bir araya getirmektedir. Birden fazla kişinin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkına birlikte sahip olması da oldukça yaygındır. Üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkının bulunduğu eşyanın kira sözleşmesine konu edilmesi ise, eşya üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olan kişileri sözleşmenin kiraya veren tarafında bir araya getirmektedir. Kişilerin kira sözleşmesinin aynı tarafında bir araya gelmesi, bu duruma özgü birtakım hukukî sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin aynı tarafında yer alan kişilerin kendi aralarındaki iç ilişkide ve bu kişilerin iç ilişkiyle bağlantılı olarak kira sözleşmesinin karşı tarafında yer alan kişi ya da kişilerle arasındaki dış ilişkide ortaya çıkan hukukî sorunların kira sözleşmesi bağlamında özel olarak ele alınarak incelenmesi önem taşımaktadır.

Bu çalışmanın konusunu, öğretilerde henüz üzerinde pek durulmamış olan, birlikte kira meselesi oluşturmaktadır. Birlikte kira, sadece borçlar hukukuyla ilgili bir konu değildir. Birlikte kira, temelini eşya hukukundan, miras hukukundan, aile hukukundan almakta; sonuçlarını ise borçlar hukuku alanında göstermektedir. Bu nedenle, çalışmada birlikte kira ilişkisi incelenirken, sadece borçlar hukukuna ilişkin değil; ilgili olduğu ölçüde eşya, miras ya da aile hukukuna ilişkin açıklamalara yer verilmiş; bu alanlara ilişkin bazı sorunlar da inceleme alanına dâhil edilmiştir.

Çalışmada, kiraya verenin kiralananın yalnız kullanma hakkını belirli ya da belirsiz bir süre için kiracıya devrettiği adi kira sözleşmesi esas alınmış; kiraya verenin kiralananın kullanma hakkıyla birlikte ondan yararlanma hakkını da kiracıya devrettiği ürün kirası sözleşmesi kural olarak inceleme kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca birlikte kira ilişkisi incelenirken, kira sözleşmesi ve bu bağlamda tarafların sözleşmeden doğan tüm hakları ve borçları ayrıntılı olarak ele alınmamış; konunun birlikte kira sözleşmesi bakımından önem taşıyan noktaları üzerinde durulmuştur. Birlikte kira meselesinin olabildiğince ayrıntılı olarak incelenmesiyle gerek teori gerekse de uygulama bakımından yarar sağlanması amaçlanmaktadır.

## I. BİRLİKTE KİRA KAVRAMI

Kira sözleşmesi, hukukî işlem olgusu açısından iki taraflı bir hukukî işlem; borç sözleşmesinin çeşidi bakımından ise tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>[1]</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kira sözleşmesinin bir tarafını kiraya veren, diğer tarafını ise kiracı oluşturur. Kira ilişkisinde genellikle kiraya veren ya da kiracı olarak tek bir kişi bulunur. Bununla birlikte, iki taraflı sözleşmelerin diğer türlerinde olduğu gibi, kira sözleşmesinde de kiraya veren ya da kiracı olarak birden fazla kişinin bulunması ve böylece kira ilişkisinin her iki tarafına da birden fazla kişinin dâhil olması mümkündür<sup>[2]</sup>.

Birlikte kira, kira sözleşmesinin en az bir tarafında, diğer bir deyişle kira sözleşmesinde kiraya veren veya kiracı olarak, birden fazla kişinin bulunmasını ifade eder<sup>[3]</sup>. Kira ilişkisinde kiracıların veya kiraya verenlerin çokluğu, birlikte kirayı meydana getirir. Birlikte kirada, kiraya verenlerin ve kiracıların her biri, kira sözleşmesinin tarafı ve dolayısıyla sözleşmenin alacaklısı ve borçlusudur<sup>[4]</sup>.

Birlikte kirada, sözleşmenin bir tarafını ya da her iki tarafını da gerçek veya tüzel kişiler oluşturabilir<sup>[5]</sup>. Bu nedenle, kiracıların birden fazla gerçek veya tüzel kişiden meydana gelmesi mümkün olduğu gibi; kiraya verenlerin de birden fazla gerçek veya tüzel kişiden meydana gelmesi mümkündür. Aynı şekilde, kira

- 
- [1] Weber, R.: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Achter Titel: Miete**, 6. Auflage, Basel 2015, Vor. Art. 253-273c OR, N. 1; Higi, P.: **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Auflage, Zürich 1994, Vor. Art. 253-274g OR, N. 97; Lupi Thomann, M.: **Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Studien zum Verbraucherrecht Band/Nr. 10**, Zürich 2003, s. 5; Erzurumluoğlu, E.: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 4. Bası, Ankara 2014, s. 89; Hatemi, H.: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1999, s. 85.
- [2] Acar, F.: **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)**, 2. Bası, İstanbul 2015, TBK m. 299, N. 13; Kahraman, Z.: **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-308)**, İstanbul 2017, TBK m. 299, N. 22; Weber-BaK, Vor. Art. 253-273c OR, N. 2; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 98.
- [3] Weber, R.: **Der gemeinsame Mietvertrag**, Zürich 1993, s. 88; Schmid, H.: “Der gemeinsame Mietvertrag”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 87/1991, s. 349; Schmid, J.: “Die gemeinsame Miete-Ausgewählte Fragen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 01/2016, s. 31; Permann, R.: **Orell Füssli Kommentar, Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften**, 2. Auflage, Zürich 2007, Vor. Art. 253-274g OR, N. 45; Weber-BaK, Vor. Art. 253-273c OR, N. 2; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 103.
- [4] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 103; J. Schmid, s. 31.
- [5] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 48.

sözleşmesinin bir tarafında birden fazla gerçek veya tüzel kişinin; buna karşılık sözleşmenin karşı tarafında tek bir gerçek veya tüzel kişinin bulunması birlikte kirayı meydana getirir.

Birlikte kirada, sözü edilen “birliktelik”, esas olarak sözleşmenin bir tarafında yer alan birden fazla kişi arasındaki ilişkiden; diğer bir deyişle, birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun “iç ilişkisinden” kaynaklanır. Söz konusu birliktelik, kural olarak kira sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkiyle bağlantılı değildir. Aksine, birlikte kira bakımından, kira sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişki, “dış ilişki” olarak nitelendirilir. Dolayısıyla, birlikte kirada, kira hukuku kaynaklı dış ilişki ile birden fazla kişinin oluşturduğu topluluk hukukundan kaynaklanan iç ilişki birbirinden oldukça farklıdır<sup>[6]</sup>. Bununla birlikte, birlikte kiranın meydana gelmesine yol açan iç ilişkinin dış ilişkiye etki etmesi de mümkündür. Gerçekten de, birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun iç ilişkisi, kira sözleşmesinin tarafları arasındaki dış ilişki bakımından da belirleyici olabilir<sup>[7]</sup>.

## II. BİRLİKTE KİRANIN OLUŞUMU VE TİPİK ÖRNEKLERİ

### A. Birlikte Kiranın Oluşumu

#### 1. Sözleşmenin Kurulması Yoluyla

Birlikte kira, çoğunlukla, kira sözleşmesinin birden fazla kiracı veya birden fazla kiraya veren tarafından geçerli olarak kurulmasıyla meydana gelir. Bununla birlikte, kira sözleşmesinin kuruluşunda ikiden fazla kişinin iradesini açıklamış olması, her zaman birlikte kirayı meydana getirmez. Sözleşmenin kurulması yoluyla birlikte kiranın meydana gelebilmesi için, kira sözleşmesinin en az bir tarafında birden fazla kişinin, kira sözleşmesinden doğan haklara sahip olma ve borçları yerine getirme iradesini açıklamış olması gerekir<sup>[8]</sup>. Bu nedenle, sözleşmeyi akdeden kişilerin gerçek anlamda kira sözleşmesinin tarafı olup olmadıkları, sözleşmeyi kuran karşılıklı iradelere; diğer bir deyişle tarafların uyuşan gerçek iradelerine göre belirlenir. Tarafların gerçek iradelerinin uyuşup uyuşmadığı konusunda ise güven ilkesi geçerlidir<sup>[9]</sup>.

[6] Weber, s. 88; H. Schmid, s. 349; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 105; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 50.

[7] Acar, TBK m. 299, N. 43.

[8] Yargıtay da, kira sözleşmesinde kefil sıfatıyla yer alan kişiyi kiracı olarak kabul eden ve kiralananandan tahliyesine karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur (Yargıtay 6. HD., 26.05.2016 tarihli, E. 2016/4077, K. 2016/4142 sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

[9] J. Schmid, s. 32.

Birlikte kiracılık ya da birlikte kiraya verenlik statüsü, kural olarak, kira sözleşmesini her bir katılanın “taraf” adı altında bizzat kendisinin ya da temsilcisinin imzalaması yoluyla meydana gelir<sup>[10]</sup>. Örneğin, bir taşınmaza ortaklaşa malik olan üç kişiden her birinin kiraya veren adı altında kira sözleşmesini imzalaması durumunda, birlikte kira sözleşmesi kurulur. Bununla birlikte, birlikte kira sözleşmesi, iradelerin örtülü olarak açıklanması yoluyla kurulabilir. Örneğin, sözlü olarak kurulan bir kira sözleşmesinde, kiraya verenin, anahtarı, konutu kiralamak isteyen iki kişiye birlikte vermesi, birlikte kira sözleşmesinin örtülü olarak kurulduğuna işaretir<sup>[11]</sup>.

Birlikte kiracılık ya da birlikte kiraya verenlik statüsünün, katılanların sözleşmeyi taraf sıfatıyla imzalamamasına rağmen meydana geldiği bir durum da, vekâletsiz iş görmede ortaya çıkar. Gerçekten de, bazı durumlarda kişiler, iş sahibi ile aralarında herhangi bir vekâlet ilişkisi olmaksızın iş sahibi hesabına iş görmekte ve iş sahibi de sonradan yapılan işi uygun bulmaktadır. İş sahipleri ile arasında herhangi bir vekâlet ilişkisi bulunmayan bir kişinin, iş sahipleri hesabına kira sözleşmesi akdetmesi ve iş sahiplerinin de yapılan işi uygun bulması durumunda, TBK m. 531 uyarınca, vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Böylece, hesaplarına kira sözleşmesi yapılması konusunda öncesinde işi gören kişiyle aralarında herhangi bir vekâlet ilişkisi bulunmayan iş sahipleri, işi gören kişinin yaptığı işi uygun bulmak suretiyle birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren olarak kira sözleşmesinde yer alır<sup>[12]</sup>.

[10] Temsilcinin, aldığı temsil yetkisine dayanarak ve temsil olunan adına hareket ettiğini açıklayarak kira sözleşmesini akdetmesi durumunda, temsil olunan kişi ya da kişiler kira sözleşmesinin tarafı olur. Doğrudan temsil olarak adlandırılan bu hâlde, temsil olunanın adına ve hesabına hareket eden temsilci, kira sözleşmesinin tarafı olmaz. Buna karşılık, temsilcinin açıklama ilkesini yerine getirmemesi durumunda, dolaylı temsilden söz edilir ve temsilcinin karşı tarafla yaptığı sözleşme, hüküm ve sonuçlarını önce temsilcinin hukuk alanında doğurur. Bu durumda, kurulan kira sözleşmesinin tarafı temsil olunan değil; temsilci olur. Temsilci sonrasında, kendi hukuk alanında doğmuş olan alacakları ve borçları temsil olunana devreder (Akyol, Ş.: **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009, s. 46).

[11] J. Schmid, s. 32.

[12] Ural Çınar, N.: **Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2014, s. 70, dpn. 318. Yargıtay da bir kararında, vekâletsiz iş görme kapsamında kişilerin kira sözleşmesinin birlikte kiracısı olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Yargıtay'a göre, “*Davacı A.İ., dava dayanağı sözleşmeyi diğer iki davacının düğün merasimleri için yapmış; bu merasim diğer iki davacının varlığıyla gerçekleşmiştir. Sözleşmenin konusunu kendi düğün merasimleri teşkil ettiğine göre, gelin ve damat konumundaki davacılar başlangıçta sözleşmede taraf olmasa da, gerek merasime katılmak gerekse eldeki davayı diğer davacı ile birlikte sözleşmeye dayalı olarak açmak suretiyle, bu sözleşmenin aynı zamanda kendileri adına da akdedilmesine ve*



Kiraya ilişkin bir belgede, birden fazla bağımsız kira sözleşmesinin düzenlenmesi, ortada birlikte kira sözleşmesinin bulunmadığına dair bir yorumu gerektirir. Nitekim böyle bir durumda, belgede yer alan birden fazla kişiye ait imzaların birbirinden bağımsız kira sözleşmelerine ait olması daha olasıdır<sup>[13]</sup>.

Evli bir kimsenin kiracı sıfatıyla kira sözleşmesini tek başına akdetmesi durumunda, sözleşmeyi akdeden kişinin eşi, kiralananı onunla birlikte kullansa ve hatta söz konusu kiralanan aile konutu niteliğinde olsa bile, kiracı yönünden birlikte kiradan söz edilemez<sup>[14]</sup>. Zira bu durumda, kira sözleşmesinin kiracısı olarak tek bir kişi bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türk Medenî Kanunu m. 194/IV uyarınca, aile konutu eşlerden “biri tarafından” kiralanan suretiyle sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiraya verene yapacağı bildirimle “sözleşmenin tarafı” hâline gelir ve böylece artık birlikte kiradan söz edilebilir.

Kiracının eşinin kira sözlenmesinde, kiracı olarak anılmaksızın, imzasının yer alması durumunda; ortada bir borca katılmanın mı yoksa birlikte kiranın mı bulunduğu iradelerin yorumlanması yoluyla belirlenir<sup>[15]</sup>.

Birden fazla kişinin, aynı konutta birlikte oturmayı istemelerine ve hatta bu konuda aralarında bir anlaşma yapmalarına rağmen bu yöndeki iradelerini dışarıya hiçbir şekilde yansıtmamaları durumunda; sadece, kira sözleşmesinde kiracı olarak görünen kişiyi kiracı olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla böyle bir durumda birlikte kiradan söz edilemeyecektir<sup>[16]</sup>.

## 2. Kurulan Sözleşmenin Değiştirilmesi Yoluyla

Birlikte kira, kurulan bir kira sözleşmesinin sonradan değiştirilmesi yoluyla da meydana gelebilir. Başlangıçta tek bir kiracı ve kiraya veren arasında kurulan bir kira sözleşmesi, sonradan değiştirilerek sözleşmenin yapıldığı sırada kira ilişkisine taraf olmayan başka kişilerin, sözleşmenin tarafı hâline gelmesi sağlanabilir. Kira sözleşmesinin kiracı tarafına, kiraya veren tarafına ya da her

---

*yapılan işe icazet vermişlerdir. O halde, davacı A.İ. ile diğer davacılar arasındaki ilişkinin vekaletsiz iş görme olduğu, verilen icazet karşısında da bu ilişkiye başından itibaren vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.”* (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.11.2011 tarihli, E. 2011/13-606, K. 2011/717 numaralı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr))).

[13] J. Schmid, s. 32.

[14] J. Schmid, s. 32.

[15] J. Schmid, s. 32.

[16] J. Schmid, s. 32-33.

iki tarafına da sonradan bir ya da daha fazla kişinin dâhil edilmesi, kira sözleşmesinin birlikte kiraya dönüşmesine yol açar<sup>[17]</sup>.

Kurulan bir kira sözleşmesinin değiştirilerek birlikte kiranın meydana getirilmesi konusunda, kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye katılmayı düzenleyen 206. maddesi geçerlidir<sup>[18]</sup>. Bu bağlamda, kira sözleşmesine katılma, TBK m. 206/I uyarınca, kira sözleşmesine katılan ile kira sözleşmesinin hâlihazırdaki tarafları arasında yapılan bir anlaşmayla gerçekleştirilir. Kira sözleşmesine katılma anlaşması sonucunda, sözleşmeye katılan, yanında yer aldığı kiracı ya da kiraya veren tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olur. TBK m. 206/III gereğince, kira sözleşmesine katılmaya ilişkin anlaşmanın şekli konusunda, kira sözleşmesinin şekli geçerlidir<sup>[19]</sup>.

Kurulan bir kira sözleşmesinin değiştirilerek birlikte kiranın meydana getirilmesi hususunda, TBK m. 206'da düzenlenen sözleşmeye katılmaya ilişkin hükmün istisnasını, kiralananın aile konutu olması durumunda, eşin kiracı olarak kira sözleşmesine katılması oluşturur. Gerçekten de, TMK m. 194/IV uyarınca, aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanan suretiyle sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, sadece kiraya verene yapacağı tek taraflı bir bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir<sup>[20]</sup>. Dolayısıyla, eşin sonradan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin kiracısı olarak sözleşmeye katılmasında, kira sözleşmesinin başlangıcında kiracı olarak sözleşmeyi akdeden eşin ya da kiraya verenin rızasına gerek bulunmamaktadır.

Kiracının kira ilişkisini kiraya verenin yazılı rızasını almak suretiyle birden fazla kişiye devretmesi durumunda (TBK m. 323), başlangıçta tek bir kiracının bulunduğu kira sözleşmesi, sonradan birlikte kira sözleşmesine dönüşür. Kira ilişkisinin devri hâlinde, TBK m. 323/II uyarınca, kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisini devralan kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer. Dolayısıyla, kira ilişkisinin birden fazla kişiye devredilmesi, devreden kiracının yerine birden fazla kişinin geçmesine ve böylece birlikte kiranın ortaya çıkmasına neden olur. Buna karşılık, kiralananın alt kiraya verilmesi veya kullanım hakkının devredilmesi (TBK m. 322/I), alt kiracıyı ya da kullanım hakkını devralan kişiyi, asıl kira sözleşmesinin tarafı hâline getirmediğinden, birlikte kiranın oluşumuna neden olmaz<sup>[21]</sup>.

[17] J. Schmid, s. 33.

[18] İnceoğlu, M. M.: **Kira Hukuku Cilt 1**, İstanbul 2014, s. 568.

[19] İnceoğlu, Cilt 1, s. 569.

[20] İnceoğlu, Cilt 1, s. 570.

[21] Acar, TBK m. 299, N. 29-30; Kahraman, TBK m. 299, N. 36.

### 3. Kira İlişkisinde Yaşanan Değişiklikler Yoluyla

#### a) Genel Olarak

Kurulan kira sözleşmesinin tarafların ya da üçüncü bir kişinin (kiracının eşinin) iradesiyle değiştirilmesi dışında, kira ilişkisinde yaşanan birtakım değişiklikler de, başlangıçta her iki tarafı tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesinin sonradan birlikte kira sözleşmesine dönüşmesine neden olabilir. Gerçekten de, başlangıçta her iki tarafında da tek bir kişi bulunan kira sözleşmesi, kira ilişkisinde yaşanan değişiklikler nedeniyle, sözleşmenin bir tarafına ya da her iki tarafına da bir veya birden fazla kişinin dâhil olması suretiyle birlikte kiraya dönüşebilir.

#### b) Ölüm Nedeniyle

Başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesinin, sonradan tarafların iradesine bağlı olmaksızın birlikte kira hâline gelmesinin en önemli nedeni, gerçek kişi kiracının ya da kiraya verenin ölümüdür<sup>[22]</sup>. Nitekim kiracının ya da kiraya verenin ölümüyle, küllî halefiyet ilkesi gereğince, kiracının ya da kiraya verenin mirasçıları, mirasbırakanın yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı hâline gelir<sup>[23]</sup>. Dolayısıyla, ölen kiracının ya da kiraya verenin birden fazla mirasçısının bulunması durumunda, söz konusu mirasçılar, kira sözleşmesinin kiracısını ya da kiraya verenini oluşturur ve başlangıçta her iki tarafı tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesi birlikte kiraya dönüşür.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının ölüm hâlini özel olarak düzenleyen kanun koyucu, TBK m. 356'da, ölen kiracının ortaklarının veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçılarının ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanların, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydıkları sürece, "taraf" olarak kira sözleşmesini sürdürebileceğini düzenlemiştir. Anılan hükme göre, çatılı işyeri kiralalarında, başlangıçta kira sözleşmesinin tarafı olmayan<sup>[24]</sup> kiracının

[22] Öğretide, kira sözleşmesinde kiracının ölümüne ilişkin hükümlerin, kiracının gaipliğine karar verilmesi hâlinde de uygulanması gerektiği kabul görmektedir (Eren, F.: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2015, s. 388; İnceoğlu, M. M.: **Kira Hukuku Cilt 2**, İstanbul 2014, s. 281; Aydın, G. S.: **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333)**, İstanbul 2013, s. 130).

[23] Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 585; Kaya Kızılırmak, C.: "Kira Sözleşmesinin Kiracının Ölümü İle Sona Ermesi", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul 2015, s. 587; Eren, s. 388; İnceoğlu, Cilt 2, s. 277; Acar, TBK m. 299, N. 13; Aydın, s. 129.

[24] TBK m. 356'te sözü edilen kişilerin başlangıçtan itibaren kira sözleşmesinin tarafı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nitekim TBK m. 356'da sözü edilen kişiler baştan beri

ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları, kiracının ölümüyle kira sözleşmesinin kiracı tarafı hâline gelebilirler. Konut kiralalarında ise, başlangıçta kira sözleşmesinin tarafı olmayan ancak kiracıyla aynı konutta oturan ve kiracının mirasçısı niteliğini de taşımayan kişiler, kiracının ölümüyle, kira sözleşmesinin tarafı hâline gelebilirler. Bununla birlikte, öğretide, çatılı işyeri kiralalarında, ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçılarının; konut kiralalarında ise aynı konutta oturanların kira sözleşmesinin hangi yolla tarafı hâline gelecekleri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, kira sözleşmesi, kiracının ölümüyle gerçekleşen “yasal sözleşmenin devri yoluyla”, ölen kiracının ortakları veya ölen kiracıyla aynı konutta oturanlar ve kiraya veren arasında devam eder<sup>[25]</sup>. Buna karşılık, öğretideki bir diğer görüşe göre, kira sözleşmesi ancak ölen kiracının ortaklarının veya ölen kiracıyla aynı konutta oturanların kira sözleşmesine devam edeceklerine ilişkin “iradelerini kiraya verene bildirmesi yoluyla” devam edebilir; zira ancak bildirim yoluyla söz konusu kişiler kira sözleşmesinin tarafı hâline gelebilir<sup>[26]</sup>. Gerçekten de, kira sözleşmesinin tarafı ya da ölen kiracının mirasçısı olmayan kişilerin menfaatini korumak isteyen kanun koyucu, onlara kira sözleşmesine taraf olmak imkânı getirmiştir. Ancak söz konusu kişilerin taraf sıfatını kazanabilmesi için kiraya verene açıkça bildirimde bulunmaları ya da zımnî davranışlarıyla kira sözleşmesine taraf olma iradelerini göstermeleri gerekir. Aksi hâlde, kira sözleşmesinin tarafı olmak istemeyen kişilerin, bu yönde bir talepleri olmasa bile kanun gereği sözleşmenin tarafı hâline getirilmesi kabul edilmiş olur. Hâlbuki kanun koyucu TBK m. 356’da, ölen kiracının ortaklarının

---

kira sözleşmesinin tarafı olsa idi, kiracının ölümüyle onun yerine mirasçıları yerine geçer ve kira sözleşmesi ölen kişinin mirasçıları, TBK m. 356’da sözü edilen kişiler ve kiraya veren arasında devam ederdi. Bu durumda zaten TBK m. 356’da sözü edilen kişiler kira sözleşmesini taraf olarak sürdürebilirdi ve kiraya veren de sadece kiracılardan birinin öldüğü gerekçesiyle kira sözleşmesini feshedemezdi. Hâlbuki kanun koyucu ne kira sözleşmesinin tarafı olan ne de kiracının mirasçıları olan kişilere, kira sözleşmesinin tarafı hâline gelme hakkı tanımak suretiyle onları korumak istemiştir. Zira TBK m. 356’nın gerekçesinde de “Çünkü mirasçı, Türk Medenî Kanununun miras hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde, miras bırakan konumundaki “ölen kiracı”nın küllî halefi olarak, söz konusu konut ya da çatılı işyeri kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmiştir.” denilmektedir.

[25] Gümüş, M. A.: **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 361; Aydoğdu, M./Kahveci, N.: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2017, s. 689; Yavuz/Acar/Özen, s. 590.

[26] İnceoğlu, Cilt 2, s. 291; Kaya Kızılırmak, s. 602. TBK m. 356’da sayılan kişilerin kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmeleri ancak kiracının mirasçılarının TBK m. 333 uyarınca kira sözleşmesini feshetmiş olması hâlinde mümkündür (İnceoğlu, Cilt 2, s. 292; Kaya Kızılırmak, s. 602-603).

veya ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanların taraf olarak kira sözleşmesini “sürdürebileceğinden” söz etmiştir<sup>[27]</sup>. Böylece başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kirası sözleşmesi, çatılı işyeri kiralalarında, ölen kiracının birden fazla ortağının veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten birden fazla mirasçısının; konut kiralalarında ise ölen kiracıyla aynı konutta oturan birden fazla kişinin kiraya verene yapacağı bildirimle birlikte kiraya dönüşebilir.

### c) Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesi Yoluyla

Başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesinin, sonradan tarafların iradesine bağlı olmaksızın birlikte kira hâline gelmesinin ikinci bir nedeni, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın mülkiyetinin el değiştirmesidir. Gerçekten de, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın mülkiyetinin el değiştirmesi durumunda, TBK m. 310 uyarınca, yeni malik, kiraya verenin yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı olur<sup>[28]</sup>. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkı elde etmesi durumunda, kiralananın yeni malikleri, yasadan kaynaklanan sözleşme devri yoluyla<sup>[29]</sup> kiraya verenin yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı olur<sup>[30]</sup>. Böylece başlangıçta her iki tarafı tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesi, sonradan birlikte kira hâline gelir<sup>[31]</sup>.

[27] İnceoğlu, Cilt 2, s. 294.

[28] İkizler, M.: “Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s. 26; Öktem Çevik, S.: **Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması**, İstanbul 2016, s. 173; Erzurumluoğlu, s. 97; Acar, TBK m. 310, N. 62.

[29] SVIT-Komm, (**Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Auflage, Zürich 2008) Art. 261-261a OR, N. 3; Weber-BaK, Art. 261 OR, N. 4; Higi-ZK, Art. 261-261a OR, N. 22; Permann-OFK, Art. 261 OR, N. 2; Gümüş, s. 149; Acar, TBK m. 310, N. 63.

[30] Hürlimann-Kaup, B.: **Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht**, Zürich 2008, N. 577.

[31] Buna karşılık, hâlihazırda birden fazla kiracının yer aldığı bir birlikte kira sözleşmesi söz konusuysa ve kiralananın mülkiyetinin el değiştirmesi nedeniyle kiraya verenin yerine yeni malik geçmişse, kira sözleşmesinin birlikte kira sözleşmesi olma niteliği ortadan kalkmaz. Kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alan kişiler, kiracı olmaya devam eder. Yargıtay da bir kararında, “*Taraflar arasında geçerli tek kira sözleşmesi önceki malikle düzenlenen 20.05.2008 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesidir. Bu sözleşme de, kiracı sıfatıyla her iki davalı tarafından imzalanmıştır. Her ne kadar diğer davalı N.. G., kiralananı hiç kullanmadığını, yeni malik davacı ile de aralarında kira sözleşmesi düzenlenmediğini savunmuş ise de, davalı N.. G., kendisi açısından sözleşmeyi feshettiğine ilişkin bir delil sunamadığı gibi, taşınmazı satın alan davacı da Türk Borçlar Kanunu’nun 310.maddesi gereğince, halefiyet ilkesi gereği sözleşmeyi düzenleyen önceki malik M.. G.’in*”

#### d) Kiralananda Paylı Mülkiyet Düzenine Geçilmesi Nedeniyle

Başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesine konu olan kiralanda paylı mülkiyet düzeninin oluşturulması; diğer bir deyişle pay ihdasında bulunulması, payı edinen paydaşın, diğer paydaşla birlikte TBK m. 301/I uyarınca kira sözleşmesinin tarafı olması sonucunu doğurur<sup>[32]</sup>. Böylece kira sözleşmesi, birden fazla kiraya verenin sözleşmenin tarafı hâline gelmesiyle, birlikte kira sözleşmesine dönüşür. Bununla birlikte, kiralanan üzerinde sonradan paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması durumunda, payı elde eden paydaşın hangi yolla kira sözleşmesinin tarafı hâline geleceği konusunda, öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre, kiralanan üzerinde sonradan paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması durumunda, sözleşmenin yasal devri kuralından değil; sözleşmeye katılma (TBK m. 206) kuralından hareket edilmesi gerekir<sup>[33]</sup>. Buna karşılık, öğretilerdeki bir diğer görüşe göre, kiralanan üzerinde sonradan paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması durumunda, kiralananın sonradan birden fazla kişiye devredilmesinde olduğu gibi yasal sözleşme devri kuralı geçerlidir<sup>[34]</sup>. Gerçekten de, kiracının durumu bakımından, kiralananın sonradan birden fazla kişiye devredilmesiyle, kiralanan üzerinde sonradan paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>[35]</sup>. Bu nedenle, kiralanan üzerinde sonradan pay elde eden paydaşın, önceki kiraya verenle beraber kira sözleşmesinin birlikte kiraya veren tarafını oluşturacağını kabul etmek gerekir.

#### e) Kiralanan Üzerinde Üçüncü Kişinin Sınırlı Aynı Hak Edinmesi Nedeniyle

Başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesinin, sonradan tarafların iradesine bağlı olmaksızın birlikte kira hâline gelmesinin bir diğer nedeni, kiralanan üzerinde üçüncü kişilerin sonradan sınırlı aynı hak sahibi olmasıdır. TBK m. 311 uyarınca, kira sözleşmesinin kurulmasından

---

*kiraya veren sıfatını devralmış olup, davalı N.. G.. halen kiracı sıfatıyla sözleşme hükümleri ile bağlıdır. Başka bir anlatımla sözleşmeden kaynaklanan kira bedelini ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Geçersizliği yukarıda açıklanan 09.06.2008 tarihli sözleşmede imzasının bulunmaması, kendisini kiracı olmaktan çıkarmaz. Bu nedenle diğer davalı kiracı E.. Ç.. ile birlikte kira paralarından sorumluluğu sürmektedir.” demiştir (Yargıtay 6. HD. 21.1.2014 tarihli, E. 2013/15603, K. 2014/573 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)).*

[32] Hürlimann-Kaup, N. 579; Acar, TBK m. 310, N. 64; Öktem Çevik, s. 172.

[33] Acar, TBK m. 310, N. 64; Öktem Çevik, s. 172.

[34] Hürlimann-Kaup, N. 579.

[35] Hürlimann-Kaup, N. 579.

sonra üçüncü bir kişinin kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir sınırlı ayni hakka sahip olması durumunda, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Dolayısıyla, kiralanan üzerinde “kira sözleşmesiyle bağdaşmayan” intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı gibi sınırlı bir ayni hakkın kazanılması durumunda, kural olarak sınırlı ayni hakkı kazanan kişi, kiraya verenin yerine geçerek kira sözleşmesinin tarafı olur<sup>[36]</sup>. Buna karşılık, kiralanan üzerinde, “kiralananın sadece bir kısmını etkileyen” intifa hakkı<sup>[37]</sup>, oturma hakkı, üst hakkı gibi sınırlı bir ayni hakkın kazanılması durumunda, sınırlı ayni hakkı kazanan kişi kiraya veren sıfatını kazanır; ancak aynı zamanda kiraya veren malik de kiraya veren olarak sözleşmede kalmaya devam eder. Böylece başlangıçta her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesi, sonradan tarafların iradesine bağlı olmaksızın birlikte kira hâline gelir<sup>[38]</sup>.

## B. Birlikte Kiranın Tipik Örnekleri

### 1. Kiraya Veren Yönünden

Bir kira sözleşmesinin kiraya veren tarafında, birden fazla kişinin bulunmasının iki tipik örneği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kiralanan elbirliği ile malik olmak; ikincisi ise kiralanan belli paylarla malik olmaktır. Gerçekten de, kiralanan üzerinde elbirliği mülkiyetinin (TMK m. 701 vd.) ya da paylı mülkiyetin (TMK m. 688 vd.) bulunması, kural olarak kiraya veren yönünden birlikte kiranın meydana gelmesi sonucunu doğurur<sup>[39]</sup>.

Elbirliği mülkiyetinde, ortaklar, kanun ya da kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluğun malları üzerinde, payları belirlenmiş olmaksızın birlikte maliktir (TMK m. 701). Elbirliği mülkiyetinde, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, yönetim ve tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir (TMK m. 702/II). Elbirliği mülkiyetine tâbi bir malın kira sözleşmesine konu edilmesi durumunda, kural olarak ortakların

[36] Çabri, S.: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 3, 2012, s. 178; Weber-BaK, Art. 261a OR, N. 1; Erzurumluoğlu, s. 97; Acar, TBK m. 311, N. 43; Öktem Çevik, s. 160.

[37] İntifa hakkının sağladığı yararlanmanın, taşınmazın belirli bir bölümüyle sınırlanmasının mümkün olup olmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Özen, B.: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul 2008, s. 58 vd.

[38] Weber-BaK, Art. 261a OR, N. 1; Acar, TBK m. 311, N. 42; Öktem Çevik, s. 160-161.

[39] Weber, s. 97; H. Schmid, s. 350; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 56.

her biri, kira sözleşmesine kiraya veren sıfatıyla katılır ve böylece birlikte kira meydana gelir. Elbirliği mülkiyeti dolayısıyla kira sözleşmesinde kiraya veren olarak birden fazla kişinin yer alması konusunda özellikle, mal ortaklığından (TMK m. 221 vd.), miras ortaklığından (TMK m. 640 vd.) ve adi ortaklıktan (TBK m. 620 vd.) söz etmek gerekir<sup>[40]</sup>.

Paylı mülkiyette, paydaşlar maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir (TMK m. 688/I). Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malikin hak ve yükümlülüklerine sahiptir (TMK m. 688/III). Paylı mülkiyet konusu malın kira sözleşmesine konu edilmesi durumunda, kural olarak paydaşların her biri kira sözleşmesinin kiraya veren tarafında yer alır ve böylece birlikte kira meydana gelir. Örneğin, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 16/I uyarınca, kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre maliktir. Dolayısıyla, kat maliklerinin anagayrimenkulün ortak yerlerini kira sözleşmesine konu etmeleri durumunda, kat maliklerinin her biri kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturur ve böylece birlikte kira meydana gelir<sup>[41]</sup>.

Elbirliği mülkiyetinden farklı olarak paylı mülkiyette paydaşlar arasında kişisel bir birliktelik ilişkisi (örneğin, mirasçılık ya da mallarını ve emeklerini ortak bir amaca özgüleme) bulunmadığından, paylı mülkiyete ve dolayısıyla kiraya veren yönünden paylı mülkiyet nedeniyle birlikte kiranın meydana gelmesine daha az rastlanır<sup>[42]</sup>.

## 2. Kiracı Yönünden

### a) Elbirliği İlişkisi

Bir kira sözleşmesinde kiracı sıfatıyla birden fazla kişinin bulunmasının en tipik örneği, kiracılar arasında elbirliği ilişkisinin bulunmasıdır. Gerçekten de, aralarına elbirliği ilişkisi bulunan kişilerin kira sözleşmesinde kiracı olarak yer almaları durumunda, kiracı yönünden birlikte kira gündeme gelir<sup>[43]</sup>.

Mirasbırakanın kiralanan üzerinde kira sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak hakkına sahip olması durumunda, mirasbırakanın ölümüyle söz konusu alacak hakkı terekeye dâhil olur ve mirasçılar söz konusu alacak üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar. Böylece mirasçılar mirasbırakanın yerine geçerek kira

[40] H. Schmid, s. 350; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 57.

[41] Acar, TBK m. 299, N. 41.

[42] H. Schmid, s. 350; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 58.

[43] H. Schmid, s. 350; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 60.



sözleşmesinde birlikte kiracı olarak bulunurlar. Aynı şekilde, adi ortaklıkta ortakların kira sözleşmesinde kiracı olarak yer alması, birlikte kirayı meydana getirir. Nitekim TBK m. 638/I gereğince, ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.

Adi ortaklıkta ortakların bir kira sözleşmesinin tarafı olması, birlikte kirayı meydana getirdiği gibi; birden fazla kişinin bir kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alması da adi ortaklığı meydana getirebilir<sup>[44]</sup>. Gerçekten de, adi ortaklık sözleşmesi, TBK m. 620 uyarınca, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Aralarında hâlihazırda elbirliği ilişkisi bulunmayan birden fazla kişinin, birlikte kiracı olarak oturmak ya da çalışmak amacıyla bir yeri kiralamaları, adi ortaklığın “ortak bir amaca erişme” unsurunu oluşturabilir. Aynı şekilde, her iki kiracının kira bedelini ödeme borcu başta olmak üzere kiracının borçlarını birlikte yerine getirmeyi üstlenmesi, adi ortaklığın “katılma payı taahhüdünde bulunma” unsurunu meydana getirebilir<sup>[45]</sup>. Dolayısıyla aralarında hâlihazırda elbirliği ilişkisi bulunmayan birden fazla kişinin, bir kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alması, söz konusu kişiler arasındaki hukukî ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurabilir<sup>[46]</sup>.

## b) Evlilik Birliğinde Eşler

Evlilik birliğinde eşlerin, oturmak istedikleri konutu kira yoluyla temin etmeleri oldukça yaygındır. Eşlerin bir konutu kira yoluyla temin etmelerinde farklı olasılıklar düşünülebilir. Bu olasılıklardan ilki, eşlerden birinin konuta ilişkin kira sözleşmesini tek başına akdetmesi ve diğer eşin kira sözleşmesinin tarafı olmaksızın, temin edilen konuttan yararlanmasıdır. İkinci bir olasılık, eşlerden birinin konuta ilişkin kira sözleşmesini kiracı sıfatıyla akdetmesi; buna karşılık diğer eşin, kiraya veren karşısında eşinin konumunu güçlendirmek için

[44] Feyzioğlu, F. N.: **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bastı, İstanbul 1980, s. 483; Weber-BaK, Art. 253-273c OR, N. 2; J. Schmid, s. 34; H. Schmid, s. 350.

[45] J. Schmid, s. 34; H. Schmid, s. 350; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 67.

[46] İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, bir işyerinin veya konutun birlikte kiralananın, adi ortaklığın ortak amaca erişme unsurunu oluşturabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Federal Mahkeme, dış hekimliği faaliyeti yürütmek amacıyla bir işyeri kiralayan ve söz konusu muayenehanenin masraflarını açtıkları ortak bir banka hesabından ortaklaşa ödeyen kişiler arasında bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu hükmetmiştir (Leutenegger, B.: “Urteil des Bundesgerichts 4A\_352/2012/4A\_358/2012 vom 21. November 2012”, **MietRecht Aktuell**, 3/13, s. 57).

kira sözleşmesini borca katılan, kefil ya da garanti veren sıfatıyla imzalamasıdır. Üçüncü bir olasılık ise, eşlerin her ikisinin de kira sözleşmesini, sözleşmenin kiracı tarafını oluşturacak şekilde akdetmesidir. Birinci ve ikinci olasılıkta kiracı olarak eşlerden sadece biri kira sözleşmesinin tarafı olduğundan, birlikte kiradan söz edilemezken; üçüncü olasılıkta her iki eş de kira sözleşmesinin tarafı olduğu için birlikte kiradan söz edilir<sup>[47]</sup>.

Eşlerden birinin konuta ilişkin kira sözleşmesini tek başına akdetmesi ve diğer eşin kira sözleşmesinin tarafı olmaksızın temin edilen konuttan yararlanma durumunda, yararlanan eş, kira sözleşmesinin tarafı olmadığından, kiracı eşin borçlarından; özellikle de kira bedelinden sorumlu olmaz<sup>[48]</sup>. Eşlerin her ikisinin de kira sözleşmesinin tarafı olması durumunda ise, her iki eş de kiraya verene karşı kiracının borçlarından sorumlu olur.

Kiralananın aile konutu olması durumunda, TMK m. 194/IV uyarınca, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiraya verene yapacağı tek taraflı bir bildirimle kira sözleşmesinin tarafı hâline gelir ve böylece kiracının haklarına ve borçlarına sahip olur.

Evli çiftlerin ya da henüz aralarında bir evlenme sözleşmesi kurulmamakla birlikte, bu konuda bir hazırlık içinde bulunan kişilerin (örneğin, nişanlıların) asıl amacı, kiralanan bir konutta birlikte kiracı olarak oturmak ve bunun için bir çaba göstermek değildir. Aksine, eşlerin asıl amacı, evlilik birliğini kurmak ve bu birliği yürütmek için ortak çaba göstermektir. Dolayısıyla, eşlerin bir konutta birlikte kiracı olarak oturması, adi ortaklığın ortak bir amaca erişme unsurunu meydana getirmez. Ayrıca, eşlerin kiraladıkları konutun giderlerini karşılamak için ortak çaba göstermesi de adi ortaklığın *affectio societatis* unsurunu meydana getirmez. Zira eşlerin çabası, evlilik birliğini yürütmeye yönelik bir çabadır. Bu nedenle, birlikte kiracı olsalar bile eşlerin kira sözleşmesi nedeniyle bir adi ortaklık oluşturmasından söz edilemez<sup>[49]</sup>.

### c) Evli Olmamakla Birlikte Aynı Konutta Birlikte Oturan Kişiler

Evli olmamakla birlikte birden fazla kişinin kira yoluyla temin edilen bir konutta beraber oturmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Özellikle öğrenciler, evli olmadığı hâlde ortak bir hayat sürdüren kişiler ya da altsoylarıyla birlikte yaşayan anne babalar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Aynı konutta yaşayan öğrencilerin ya da ortak bir hayat sürdüren kişilerin, her birinin kira

[47] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 61.

[48] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 61.

[49] Weber, s. 94; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 136.

sözleşmesinin kiracı tarafı olarak sözleşmede yer alması yaygındır. Buna karşılık, anne babaların altsoylarıyla aynı konutta oturması durumunda, kira sözleşmesini genellikle kiracı sıfatıyla tek bir kişi akdetmekte; diğer kişiler, kiralananan kiracı hısımlarıyla birlikte yararlanmaktadır.

Evli olmamakla birlikte birden fazla kişinin kira yoluyla temin edilen bir konutta birlikte oturması durumunda, kiracı yönünden birlikte kiranın meydana gelmesi, birden fazla kişinin kira sözleşmesinin kiracısı olarak sözleşmeyi akdetmesine ya da sonradan bir kişinin sözleşmeye katılma yoluyla kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmesine bağlıdır. Dolayısıyla, aynı konutta birlikte yaşayan kişiler, ancak kira sözleşmesinin tarafı iseler kiracının haklarına sahip olurlar ve kiracının borçlarından sorumlu olurlar. Birden fazla kişinin birlikte oturduğu konuta ilişkin kira bedelinin ödenmemesi durumunda, kiraya veren sadece kira sözleşmesinin tarafı olan kişinin sorumluluğuna gidebilir. Bununla birlikte, kira sözleşmesinin tarafı olan kişi, TBK m. 101 gereğince, aynı konutta onunla birlikte yaşayan kişilerin kiralananı özensizce kullanması nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur<sup>[50]</sup>.

Evli olmamakla birlikte birden fazla kişinin beraber oturmak üzere bir konut kiralamaları, kiracılar arasındaki iç ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesine neden olabilir. Söz konusu kişiler arasında bir adi ortaklık ilişkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, onların beraber oturmalarının temelinde yatan amaç belirleyicidir. Bu bağlamda, evli olmadığı hâlde ortak bir hayat sürdüren kişiler arasında, evlilik birliğinde olduğu kadar sıkı bir bağ bulunmadığı söylenebilir. Dolayısıyla bu kimselerin birlikte kiracılık statüsünün bir adi ortaklık meydana getirmemesi, aralarında evlilik birliği bulunan çiftlerde olduğu kadar açık değildir. Ancak evli olmadığı hâlde ortak bir hayat sürdüren kişilerin asıl amacı çoğu kez kiralanan bir konutta birlikte kiracı olarak oturmak, söz konusu konuttan yararlanmak ve konutun giderlerine birlikte katılmak değildir. Onların asıl amacı, genellikle, evlilik birliği oluşturmayacak bir ortak yaşamı sürdürmektir. Bununla birlikte, evli olmadığı hâlde ortak bir hayat sürdüren kişilerin birlikte kiracısı oldukları konutun kiralananından doğan borçların ödenmesi için açtıkları ortak bir banka hesaplarının bulunması, bu kişiler arasında bir adi ortaklık ilişkisinin bulunduğuna işarettir<sup>[51]</sup>. Tüm bu koşullar gözetilerek, evli olmadığı hâlde ortak bir hayat sürdüren kişilerin birlikte kiracı olarak bir adi ortaklık oluşturup oluşturmadıkları, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak incelenmelidir<sup>[52]</sup>. Yine, evli olmadıkları hâlde beraber oturmak

[50] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 65.

[51] Weber, s. 92-93; H. Schmid, s. 350.

[52] Weber, s. 92; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 108.

üzere bir konut kiralayan ve birlikte kiracı sıfatını taşıyan kişiler arasında bir hısımlık ilişkisi varsa, taraflar arasındaki ilişkinin bir adi ortaklığa sebebiyet verip vermeyeceğinin belirlenmesinde, kişiler arasında kanundan doğan bir bakım yükümlülüğünün (TMK m. 327, TMK m. 364) bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Aralarında bir hısımlık ilişkisi bulunan birlikte kiracıların birbirlerine karşı bir bakım yükümlülüğü varsa, söz konusu kişilerin bir adi ortaklık oluşturmasından söz edilemez. Buna karşılık, aralarında hısımlık ilişkisi bulunan kiracıların bakım yükümlülüğü yoksa taraflar arasındaki iç ilişkinin bir adi ortaklık olarak nitelendirilmesi gündeme gelebilir<sup>[53]</sup>. Aynı şekilde, bir kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alan öğrencilerin arasındaki iç ilişkinin de bir adi ortaklık olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak tüm bu durumlarda, birlikte kiracılar arasındaki hukukî ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesinde, evin giderlerinin ortak bir hesaptan ortaklaşa karşılanıp karşılanmadığı ve kişilerin aynı konutta beraber oturmalarında esas olarak ekonomik bir amacın bulunup bulunmadığı belirleyicidir<sup>[54]</sup>.

Birden fazla kişinin kiralananı birlikte kullanmasına rağmen, kira sözleşmesine topluluğu oluşturan kişilerden sadece birinin kiracı sıfatıyla taraf olması durumunda, kiracı ile topluluğu oluşturan diğer kişiler arasındaki hukukî ilişki çeşitli olabilir. Gerçekten de, kiracı ile kiralananı kullanan diğer kişiler arasında alt kira (TBK m. 322), kullanım ödücüsü (TBK m. 379) ya da adi ortaklık (TBK m. 620) ilişkisi bulunabilir. Kiracı ile topluluğu oluşturan diğer kişiler arasındaki hukukî ilişkinin adi ortaklık ilişkisi olması durumunda, ortağın katılım payı, bir şeyin kullanılmasından oluştuğundan TBK m. 621/III gereğince, kira sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır<sup>[55]</sup>.

### III. BİRLİKTE KİRADA İÇ İLİŞKİ

#### A. İç İlişki: Yönetim ve Temsil

##### 1. Genel Olarak

Birlikte kirada iç ilişki, birlikte kira sözleşmesinin bir tarafında yer alan birden fazla kişi arasındaki ilişkidir. Diğer bir anlatımla, birlikte kirada iç ilişkiden söz edildiğinde, kira sözleşmesinin kiracı ya da kiraya veren tarafında yer alan

[53] Weber, s. 93.

[54] Weber, s. 93.

[55] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 66.

birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun kendi içindeki yönetim ve temsil ilişkisi anlaşılır.

Birlikte kirada iç ilişkide geçerli olan hukuk kuralları, kiracıların ya da kiraya verenlerin oluşturduğu topluluk bakımından geçerli olan kurallardır. Dolayısıyla, birden fazla kiracının ya da kiraya verenin kendi aralarındaki ilişki, söz konusu kişilerin oluşturduğu topluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenir<sup>[56]</sup>. Bu bağlamda, elbirliği mülkiyetine (TMK m. 701 vd.), paylı mülkiyete (TMK m. 688 vd.), miras ortaklığına (TMK m. 640 vd.), adi ortaklığa (TBK m. 620 vd.), evlilik birliğine (TMK m. 185 vd.) vs. ilişkin düzenlemeler ile topluluğu oluşturan kişiler arasında kararlaştırılan (özellikle TBK m. 162 ve devamında düzenlenen müteselsil borçluluğa ilişkin) anlaşma hükümleri, birlikte kirada iç ilişkiye uygulanır<sup>[57]</sup>.

İç ilişki bakımından geçerli olan hukuk kuralları, kiracıların ya da kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğun oluşumunu, kapsamını, yönetimini, temsilini ve sona ermesini düzenler. Topluluğu düzenleyen hukuk kuralları, birlikte kira bakımından, özellikle topluluğun temsili konusunda büyük önem taşır. Gerçekten de, birlikte kiracı ya da kiraya veren olarak kira sözleşmesinin diğer tarafına karşı topluluğu kimin hangi ölçüde temsile yetkili olduğu, topluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenir<sup>[58]</sup>. Ayrıca topluluğu düzenleyen hukuk kuralları, birlikte kira bakımından, topluluğun mevcudiyeti ve topluluğun malvarlığında bulunan kiralananın mülkiyetinde yaşanan değişiklikler konusunda da önemlidir<sup>[59]</sup>. Nitekim topluluğun mevcudiyetine ilişkin bir değişiklik, topluluğun tasfiyesi ve/veya kira sözleşmesinin taraflarının değişmesi sonucunu doğurduğu ölçüde, birlikte kira sözleşmesi bakımından birtakım hukukî sonuçların ortaya çıkmasına neden olur. Yine kiralanan üzerindeki mülkiyet hakkında yaşanan değişiklikler, birlikte kira açısından önemli sonuçlar ortaya çıkarır<sup>[60]</sup>.

Kısacası, birlikte kirada iç ilişki bakımından; topluluğun temsiline, yönetimine, topluluğun yapısındaki veya kiralananın mülkiyetindeki değişikliklere ilişkin birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğa uygulanacak kurallar belirleyicidir.

[56] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 107; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 55; J. Schmid, s. 33; Kahraman, TBK m. 299, N. 24, 31.

[57] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 107.

[58] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 108.

[59] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 109.

[60] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 111-112.

## 2. Paylı Mülkiyet

Kiraya veren yönünden birlikte kiranın meydana gelmesinin tipik örneklerinden biri olan paylı mülkiyette, paylı mülkiyet konusu malın kiraya verilmesi konusu TMK m. 691/I'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu, TMK m. 691/I'de, paylı mülkiyette adi kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılmasını veya feshini önemli yönetim işleri arasında saymış; söz konusu işlemlerin yapılmasını, pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınmasına bağlamıştır. Dolayısıyla, paylı mülkiyette, paydaşlar arasında paylı mülkiyet konusu malın kullanım ve yönetim biçimine ilişkin farklı bir düzenleme ve bu bağlamda farklı bir karar oranı öngörülmediği sürece, pay ve paydaş çoğunluğuyla alınan bir karar sonucunda kurulan kira sözleşmesi, tüm paydaşları bağlar<sup>[61]</sup>. Böylece tüm paydaşlar, birlikte kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturur.

Bazı istisnaî durumlarda paylı mülkiyete tâbi bir malın kiraya verilmesi, söz konusu malın özgülleme amacının değiştirilmesi anlamına gelebilir. Kanun koyucu, TMK m. 692/I'de paylı malın özgülleme amacının değiştirilmesini, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlamıştır. Bu nedenle, üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir malın, kira sözleşmesine konu edilmesi, söz konusu malın özgülleme amacının değiştirilmesi anlamına geliyorsa, kira sözleşmesinin tüm paydaşları bağlaması için paydaşların oybirliğiyle karar alması gerekmektedir<sup>[62]</sup>. Örneğin, çalışanların işyerine ulaştırılmasında kullanılan paylı mülkiyete tâbi bir otobüsün, seçim çalışmalarında kullanılmak üzere bir siyasî partiye kiralanmasında, paydaşlarının oybirliğine ihtiyaç vardır.

Kat mülkiyetinde, kat maliklerinin anagayrimenkulün ortak yerlerini kira sözleşmesine konu etmeleri durumunda, tüm kat maliklerinin kira sözleşmesiyle bağlı olabilmesi için oybirliğinin gerekip gerekmediği konusunda ise öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, anagayrimenkulün ortak yerlerinin kiraya verilebilmesi, tüm kat maliklerinin oybirliğiyle mümkündür<sup>[63]</sup>. Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre ise, ortak yerlerin kiraya verilmesinde, yönetim planında aksi düzenlenmedikçe, kat malikleri kurulu tarafından KMK m. 30'da aranan toplantı ve karar yeter sayılarına uygun olarak

[61] Aral, F./Ayrancı, H.: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Ankara 2015, s. 261; Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Ankara 2014, s. 190; Aydemir, E.: **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2016, s. 42-43; H. Schmid, s. 351; Yavuz/Acar/Özen, s. 383; İnceoğlu, Cilt 1, s. 58.

[62] Özçelik, Ş. B.: "Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 67, Sayı 2, 2009, s. 26.

[63] Gümüş, s. 39.

alınan karar yeterlidir<sup>[64]</sup>. Dolayısıyla, kat maliklerinin tümünün ortak yerin kiraya vereni sıfatıyla birlikte kira sözleşmesinde yer alması için oybirliğine gerek bulunmamaktadır.

Paylı mülkiyette paydaşlarca (kat mülkiyetinde ortaklarca) alınmış bir karar olmaksızın tüm paydaşlar adına akdedilen kira sözleşmesi bakımından, yetkisiz temsile ilişkin hükümler (TBK m. 46, 47) uygulama alanı bulur. Bu nedenle, paydaşlarca alınmış bir karar olmaksızın tüm paydaşlar adına akdedilen kira sözleşmesinin tüm paydaşlar bakımından bağlayıcı olabilmesi, kanunda aranan ya da paydaşlarca kararlaştırmış olan pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanmasına bağlıdır<sup>[65]</sup>. Paydaşlarca alınmış bir karar olmaksızın tüm paydaşlar adına kurulan sözleşmeye paydaşların açık veya üstü kapalı olarak icazet vermesi ve icazet verenlerin sayı ve pay oranlarının gereken çoğunluğu sağlaması durumunda, paydaşların tamamı kira sözleşmesinin tarafı olur. Buna karşılık, kira sözleşmesinin kuruluşunda kiraya veren sıfatıyla yer almayan paydaşların, tüm paydaşlar adına akdedilen sözleşmeye açık ya da üstü kapalı olarak icazet vermemesi ve icazet verenlerin sayı veya pay oranlarının gereken çoğunluğu sağlamaması durumunda, kira sözleşmesi, icazet vermeyen paydaşlar bakımından bağlayıcı olmaz. Böyle bir durumda, sadece sözleşmeye icazet veren paydaşlar kira sözleşmesinin tarafı olur<sup>[66]</sup>.

Paydaşlarca alınmış bir karar olmaksızın, paydaşlardan birinin, tüm paydaşlar adına kira sözleşmesini akdetmesi ve sözleşmenin kurulması sırasında durumu bilen diğer paydaşların akdedilen sözleşmeye uzun süre itiraz etmemesi hâlinde, tüm paydaşlar kira sözleşmesinin tarafı olur. Gerçekten de, bir paydaşın kira sözleşmesinin yetkisiz temsilci tarafından akdedildiğini öğrenmesine rağmen, bu duruma uzun süre ses çıkarmaması, o paydaşın üstü kapalı olarak kira sözleşmesine icazet verdiği anlamına gelir. Ayrıca somut olayın özellikleri dikkate alındığında, paydaşların kiraya veren gibi hareket ederek kiracıdan kendi paylarına düşen kira bedelini talep etmeleri de, talepte bulunan paydaşların

[64] Aral/Ayrancı, s. 261; İnceoğlu, Cilt 1, s. 67. KMK m. 30'a göre: "Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir. Yeter sayının sağlanamaması nedeniyle ilk toplantının yapılamaması halinde, ikinci toplantı, en geç onbeş gün sonra yapılır. Bu toplantıda karar yeter sayısı, katılanların salt çoğunluğudur. Bu kanunda yeter sayı için ayrıca konulmuş olan hükümler saklıdır."

[65] Tandoğan, H.: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/2**, 3. Bası, Ankara 1985, s. 106; Kahveci, N.: **Alt Kira ve Kiranın Devri**, İzmir 2005, s. 13; Özçelik, s. 22; Zevkliler/Gökyayla, s. 191; İnceoğlu, Cilt 1, s. 59; Ural Çınar, s. 65-66.

[66] Özçelik, s. 22; Zevkliler/Gökyayla, s. 191; İnceoğlu, Cilt 1, s. 59. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.5.2015 tarihli, E. 2013/6-1683, K. 2015/1447 sayılı kararı; Yargıtay 14. HD. 27.2.2017 tarihli, E. 2015/1357, K. 2017/1444 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

sözleşmeye icazet verdiği anlamına gelebilir<sup>[67]</sup>. Böyle durumlarda, paydaşların üstü kapalı davranışlarıyla karar almalarından söz edilebilir<sup>[68]</sup>.

Üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir malı, tek bir paydaş diğer paydaşları temsil etmeksizin kendi adına akdettiği bir kira sözleşmesine konu edebilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin kiraya veren tarafını sözleşmeyi kendi adına akdeden paydaş oluşturur<sup>[69]</sup>. Diğer paydaşların ise kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturması, kurulan kira sözleşmesinin değiştirilmesi yoluyla mümkündür. Yoksa diğer paydaşların söz konusu sözleşmeye icazet vermesi mümkün değildir. Nitekim sözleşmeyi kendi adına kuran paydaş yetkisiz temsilci sıfatını taşımamaktadır<sup>[70]</sup>.

Paylı mülkiyete konu bir malın kiraya verilmesi durumunda, kira sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça, birlikte kiraya veren paydaşların kural olarak müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>[71]</sup>. Nitekim TBK m. 162 uyarınca, kanunda özel olarak müteselsil borçluluk öngörülmedikçe, müteselsil borçluluk ancak birden çok borçludan her birinin, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesine bağlıdır. Bununla birlikte, paylı mülkiyete konu bir malın kiraya verilmesi, ticari iş<sup>[72]</sup> niteliği taşıyorsa, TTK m. 7 uyarınca, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse, birlikte kiraya verenler kiracıya karşı müteselsilen sorumlu olur. Ayrıca kira sözleşmesi bakımından kiraya verenin borcunun bölünemeyen borç niteliği taşıdığı durumlarda, kiraya veren paydaşlardan her biri, TBK m. 85/II gereğince borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür<sup>[73]</sup>.

[67] Tandoğan, s. 107; İnceoğlu, Cilt 1, s. 59.

[68] İnceoğlu, Cilt 1, s. 58.

[69] Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I**, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 577; Serozan, R.: **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul 2014, N. 980; Sirmen, A. L.: **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2014, s. 323; Aral/Ayrancı, s. 261; İnceoğlu, Cilt 1, s. 60; Kahraman, TBK m. 299, n. 23.

[70] İnceoğlu, Cilt 1, s. 60. Buna karşılık, Yargıtay, paylı taşınmazın tümünün ya da bir bölümünün paydaşlardan biri tarafından kiraya verilmesi hâlinde sözleşmede taraf olmayan paydaşların açık ya da üstü kapalı onayları ile sözleşmeye geçerlik kazandırabileceğini kabul etmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.5.2015 tarihli, E. 2013/6-1683, K. 2015/1447 sayılı kararı; [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

[71] Hürlimann-Kaup, N. 577; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 59; İnceoğlu, Cilt 1, s. 61.

[72] TTK m. 3 uyarınca, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.

[73] Hürlimann-Kaup, N. 577; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 59; İnceoğlu, Cilt 1, s. 61; Kahraman, TBK m. 299, N. 25.



Paylı mülkiyete konu bir malın kiraya verilmesinde, taraflarca aksine bir düzenleme yapılmadıkça, birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan paydaşlar arasında müteselsil alacaklılık durumu da bulunmamaktadır. Zira TBK m. 169/I uyarınca, müteselsil alacaklılık, ancak borçlunun alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda doğar. İstisnaî olarak kiraya verenler arasında müteselsil alacaklılığın bulunması hâlinde, kiraya verenlerden her biri tek başına borcun tamamının ifasını isteyebilir. Buna karşılık, TBK m. 169/II gereğince, kiracı, alacaklılardan birine yaptığı ifayla, bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulmuş olur. Ayrıca bölünemeyen borçlarda (kiraya veren bakımından bölünemeyen alacaklarda), TBK m. 85/I uyarınca kiraya verenlerden her biri, kiracıdan bölünemeyen borcun kiraya verenlerin tamamına ifasını isteyebilir<sup>[74]</sup>. Müteselsil alacaklılığın ve bölünemeyen bir borcun bulunmadığı durumlarda ise (örneğin, kiracının kira bedelini ödeme borcunda), kiraya verenlerden her biri, borçlanılan edimin sadece bir kısmını talep etmeye yetkilidir<sup>[75]</sup>.

### 3. Miras Ortaklığı

Miras ortaklığı, hem kiraya veren hem de kiracı yönünden birlikte kiranın meydana gelmesinin tipik örneklerinden birini oluşturur. Nitekim TMK m. 599/I uyarınca, mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Bu nedenle, mirasçılar, hâlihazırda kurulmuş olan bir kira sözleşmesinde taraflardan birinin ölümü üzerine, küllî halefiyet ilkesi gereğince, ölen kişinin yerine geçerek kiracı ya da kiraya veren sıfatını kanun gereği elde eder.

Türk Medenî Kanunu m. 640/I'e göre, mirasın geçmesiyle birlikte, paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık olan "miras ortaklığı" meydana gelir. Hâlihazırdaki bir kira sözleşmesinde, mirasbırakanın yerine geçen mirasçılar arasındaki ilişki, miras ortaklığı kurallarına tâbidir.

Geçici bir ortaklık olan miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Miras ortaklığında, mirasçılar miras paylaşılincaya kadar tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler<sup>[76]</sup>. TMK 640/II uyarınca, miras ortaklığında mirasçılar

[74] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 59; İnceoğlu, Cilt 1, s. 61.

[75] İnceoğlu, Cilt 1, s. 61.

[76] Öztan, B.: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2017, s. 437-438; Serozan, R./Engin, B. İ.: **Miras Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2012, s. 471; Ozanemre Yayla, H. T.: **Mirasın Paylaşılması**, Ankara 2011, s. 7.

terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkileri saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Bu nedenle, mirasçıların hâlihazırda kurulmuş olan bir kira sözleşmesinde kiraya veren veya kiracı olarak yer almaları hâlinde elbirliği ilkesi geçerlidir. Bu bağlamda, gecikmesinde sakınca bulunan hâller dışında, kira sözleşmesinde birlikte kiraya veren ya da kiracı olarak yer alan mirasçıların yönetim, tasarruf ve temsil konularında oybirliğini sağlamaları gerekir<sup>[77]</sup>.

Miras ortaklığının bir tüzel kişiliği bulunmadığından, miras ortaklığı ile ilgili işlemleri ve bu bağlamda kira sözleşmesinin değiştirilmesi ya da feshi gibi işlemleri, mirasçıların birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak çoğu kez mirasçıların tümünün bir araya gelerek işlem yapması mümkün değildir. Miras ortaklığı ile ilgili işlemleri, bu kapsamda birlikte kira sözleşmesiyle ilgili işlemleri, varsa vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK m. 550), terekenin resmen yönetilmesi için atanan yönetici (TMK m. 592) ve ortaklığı temsil için oybirliğiyle seçilen (TBK m. 32 vd.) ya da mirasçılardan birinin talebi üzerine atanan temsilci (TMK m. 640/III) gerçekleştirebilir<sup>[78]</sup>. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekenin resmen yönetilmesi için atanan yönetici ya da temsilci tarafından yapılan kira sözleşmesiyle ilgili işlemler tüm mirasçıları bağlar.

Türk Medenî Kanunu m. 641/I uyarınca, mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, mirasçıların mirasbırakanın yerine geçmek suretiyle birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren sıfatını elde etmeleri durumunda, mirasçılar kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olur<sup>[79]</sup>. Dolayısıyla, TBK m. 163/I uyarınca, kira sözleşmesinde birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan mirasçıların karşı tarafında bulunan alacaklı, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını, dilerse mirasçıların hepsinden; dilerse yalnız birinden talep edebilir. TMK m. 640/II uyarınca, mirasçılar terekeye elbirliği ile sahip olduğundan, alacaklının dava yoluna başvurması durumunda, kural olarak tüm mirasçıları birlikte dava etmesi gerekir (HMK m. 59). Nitekim mirasçılardan hiçbirini edim konusu üzerinde tek başına tasarruf etmeye yetkili değildir<sup>[80]</sup>.

[77] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 74; H. Schmid, s. 351; Serozan/Engin, s. 476-477; Aral/Ayrancı, s. 262.

[78] Erzurumluoğlu, E.: **Türk Hukukunda Adî Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Ankara 1972, s. 62; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 74; H. Schmid, s. 351.

[79] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 59; Acar, TBK m. 299, N. 45. Krş. İnceoğlu, Cilt 1, s. 57.

[80] Krauskopf, F.: **Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143–150 OR**, Zürich 2016, Art. 143 OR, N. 70. Medenî usûl hukukunda, üçüncü bir kişinin miras ortaklığından

Türk Medenî Kanunu m. 640/II uyarınca, mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahiptirler; sözleşmeden ya da kanundan doğan temsil veya yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, tereke üzerindeki bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Bu nedenle, mirasçılar kira sözleşmesinden doğan alacaklar üzerinde de elbirliğiyle hak sahibi olurlar; dolayısıyla kiralananandan tek başlarına yararlanamazlar ve kira sözleşmesinden doğan haklarını tek başlarına talep edemezler. Diğer taraftan, kira sözleşmesinin mirasçılara göre karşı tarafında bulunan borçlu, borcunu ancak tüm mirasçılara ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilir. Örneğin, mirasçıların birlikte kiraya veren sıfatını taşıdığı bir kira sözleşmesinde, kiracı kira bedelini sadece tek bir mirasçıya ifa ederek borcundan kurtulamaz. Buna karşılık, tek bir mirasçı da kira sözleşmesinden doğan alacağı tek başına talep edemeyeceği gibi; bu alacak üzerinde tek başına tasarruf edemez<sup>[81]</sup>.

#### 4. Adi Ortaklık

Hem kiraya veren hem de kiracı yönünden birlikte kiranın meydana gelmesinin tipik örneklerinden birini oluşturan adi ortaklıkta, ortaklar arasında elbirliği ve oybirliği ilkeleri geçerlidir<sup>[82]</sup>. Gerçekten de, TBK m. 638/I uyarınca, adi ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur. Yine TBK m. 624/I uyarınca, adi ortaklıkta kararlar bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Bununla birlikte, kanun koyucu adi ortaklıkta oybirliği ilkesini yedek hukuk kuralı olarak öngörmüştür. Nitekim TBK m. 624/II'ye göre, ortaklık sözleşmesinde oybirliği ilkesinin aksi kararlaştırılabilir.

---

alacaklı olması durumunda, mirasçıların tamamının açılacak olan davada davalı olarak gösterilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda, alacağın niteliğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, üçüncü kişinin miras ortaklığından olan alacağının konusu paradan başka bir şeyse, alacaklının mirasçıların tamamını davalı olarak göstermesi gerekir ve bu durumda mecburi dava arkadaşlığından söz edilir. Buna karşılık, üçüncü kişinin miras ortaklığından olan alacağının konusu paraysa, miras ortaklığının borçlarından dolayı mirasçılar müteselsilen sorumlu oldukları için, alacaklı yalnızca mirasçıların tamamına, birkaçına ya da sadece birine karşı da dava açabilir (Tanrıver, S.: **Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Ankara 2016, s. 494; Pekcanitez, H./Taş Korkmaz, H.: **Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 568-569).

[81] Kratz, B.: **Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Bern 2015, Art. 150 OR, N. 44; Krauskopf-ZK, Art. 150 OR, N. 22.

[82] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 75; H. Schmid, s. 351.

Adi ortaklığın yönetimi, ortaklık sözleşmesinde ya da ortakların alacağı bir kararla düzenlenebilir. Bununla birlikte, sözleşmede ya da ortaklarca alınan kararda aksine hüküm bulunmadıkça, TBK m. 625/I uyarınca, ortaklardan her biri ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. TBK m. 625/II'ye göre, adi ortaklık, ortakların tümü veya birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerlerinin katılımı olmaksızın işlem yapabilir; ancak bu durumda ortaklığı yönetmeye yetkili her ortağın veto hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, yönetici ortaklardan biri tarafından yapılan işlem, ortaklığı yönetmeye yetkili diğer bir ortak tarafından, işlemin tamamlanmasından önce itiraz edilmek suretiyle engellenebilir. TBK m. 625/III gereğince, ortaklığa genel yetkili bir temsilcinin atanması ve ortaklığın olağan işlerini aşan işlerinin yürütülmesi için bütün ortakların oybirliği gereklidir. Bu bağlamda, bir konut ya da işyerine ilişkin birlikte kira sözleşmesinin akdedilmesi ya da feshi, kural olarak ortaklığın olağan işlerini aşan ölçüde bir hukuki işlem olduğundan, söz konusu işlemin yapılabilmesi için tüm ortakların rızası gerekir<sup>[83]</sup>. Ancak somut olayın özelliklerine göre, kira sözleşmesinin akdedilmesi ortaklığın olağan işleri içinde sayılabiliyorsa, yönetici ortaklardan birinin yaptığı kira sözleşmesinde, tüm ortaklar taraf sıfatını kazanabilir<sup>[84]</sup>.

Adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı temsili konusu, TBK m. 637 ve devamında düzenlenmiştir. TBK m. 637/I'e göre ortaklardan birinin kendi adına ve ortaklık hesabına üçüncü bir kişiyle işlemde bulunması durumunda, işlemi gerçekleştiren ortak, üçüncü kişiye karşı bizzat alacaklı ve borçlu olur. Bu bağlamda, ortaklardan birinin kendi adına ve ortaklık hesabına bir kira sözleşmesi akdetmesi durumunda, dolaylı temsilden söz edilir. Ortağın, karşı tarafla yaptığı kira sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını önce ortağın kendi hukuk alanında doğurur. Hukukî işlemin diğer ortaklar bakımından da hüküm ve sonuç doğurması, işlemi yapan ortağın, sonrasında, kendi hukuk alanında doğmuş olan alacakları ve borçları diğer ortaklara devretmesine bağlıdır. Buna karşılık, ortaklardan birinin, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişiyle işlem yapması durumunda, TBK m. 637/II uyarınca, diğer ortaklar temsile ilişkin genel hükümlere göre (TBK m. 40 vd.) karşı tarafın alacaklısı veya borçlusudur. Bu nedenle, ortaklardan birinin ortaklık ya da bütün ortaklar adına bir kira sözleşmesi akdetmesi durumunda, diğer ortakların yapılan sözleşmenin tarafı olmaları, işlemi gerçekleştiren ortağın temsil yetkisine sahip olmasına

[83] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 75; H. Schmid, s. 351-352.

[84] Weber, s. 32.

bağlıdır. TBK m. 637/III uyarınca, kendisine yönetim yetkisi verilen her bir ortağın temsil yetkisine sahip olduğu varsayılır<sup>[85]</sup>.

Adi ortaklıkta temsil yetkisine sahip olmayan bir ortağın, ortaklık veya bütün ortaklar adına üçüncü bir kişiyle kira sözleşmesi akdetmesi, diğer ortakların yapılan işleme icazet vermesi; ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen bir malı tek bir ortağın kendi adına akdettiği kira sözleşmesine konu etmesi gibi hususlarda paylı mülkiyet bahsinde yapılan açıklamalar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık bakımından da geçerlidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 638/III uyarınca, ortakların, bir temsilci aracılığıyla veya birlikte, üçüncü bir kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde borç altına girmeleri durumunda, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar müteselsilen sorumlu olur. Dolayısıyla, adi ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortakların kendilerinin bizzat akdettiği ya da temsilcileri tarafından akdedilen bir kira sözleşmesinde, birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren sıfatıyla yer almaları durumunda, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar sözleşmeden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar. TBK m. 163/I uyarınca, kira sözleşmesinde birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan ortakların karşısında bulunan alacaklı, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını, dilerse ortakların hepsinden; dilerse yalnız birinden talep edebilir. Bununla birlikte, TBK m. 638/I uyarınca, ortaklar ortaklık için edinilen ya da ortaklığa devredilen şeylere, alacaklara ve aynı haklara elbirliği ile sahip olduğundan, alacaklının dava yoluna başvurması durumunda, kural olarak tüm ortakları birlikte dava etmesi gerekir (HMK m. 59). Zira ortaklardan hiçbiri edim konusu üzerinde tek başına tasarruf etmeye yetkili değildir<sup>[86]</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 638/I uyarınca, ortaklar ortaklık için edinilen ya da ortaklığa devredilen şeylere, alacaklara ve aynı haklara elbirliği ile sahiptirler; sözleşmeden ya da kanundan doğan temsil veya yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, ortaklık için edinilen ya da ortaklığa devredilen haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Bu nedenle, ortaklar kira sözleşmesinden doğan alacaklar üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olur ve dolayısıyla, sözleşmeden ya da kanundan doğan temsil veya yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, kiralanandan tek başlarına yararlanamazlar ve kira sözleşmesinden doğan haklarını tek başlarına talep edemezler. Diğer taraftan, kira sözleşmesinin karşı tarafında bulunan borçlu, borcunu ancak tüm ortaklara ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilir. Buna

[85] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 75; H. Schmid, s. 351-352.

[86] Krauskopf-ZK, Art. 143 OR, N. 70.

karşılık, tek bir ortak da kira sözleşmesinden doğan alacağı tek başına talep edemeyeceği gibi; bu alacak üzerinde tek başına tasarruf edemez<sup>[87]</sup>.

## 5. Evlilik Birliği

### a) Eşlerin Birlikte Kiracı Olması

Evlilik birliğinde eşler her zaman beraberce hareket ederek bir kira sözleşmesini birlikte kiracı sıfatıyla akdedebilir. Ayrıca eşlerin evlilik birliğini temsilen hem kendilerini hem de eşlerini kira sözleşmesinin tarafı hâline getirmeleri mümkündür. Nitekim TMK m. 188/I gereğince, eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edebilir.

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanarak, birlikte kira sözleşmesi meydana getirmeleri kural olarak “ailenin sürekli ihtiyaçları” bakımından mümkündür. Zira TMK m. 188/I’de eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin sürekli ihtiyaçlarıyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla eşler, evlilik birliğini temsilen ailenin sürekli ihtiyacı olmayan mallara ilişkin kira sözleşmesi akdetme konusunda yetkili değildir<sup>[88]</sup>. Ailenin sürekli ihtiyaçları kavramına nelerin dâhil olduğu ise somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Söz konusu belirlemede eşlerin ekonomik durumları temel ölçüt olarak kullanılır. Ailenin sürekli ihtiyaçları kavramının dar yorumlanması gerekir<sup>[89]</sup>. Bu nedenle, lüks mallar ile meslekî, ticarî ya da kişisel olarak ihtiyaç duyulan mallar, ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında sayılmadığından; bu tür malların kira yoluyla sağlanmasında eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi bulunmamaktadır<sup>[90]</sup>. Ayrıca, aile konutu dâhil, bir konutun kira sözleşmesine konu edilmesi konusunda da eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi yoktur<sup>[91]</sup>.

Türk Medenî Kanunu m. 188/I uyarınca, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi “ortak yaşamın devamı süresince” geçerlidir. Bu nedenle, evlilik birliği

[87] Kratz-BeK, Art. 150 OR, N. 44; Krauskopf-ZK, Art. 150 OR, N. 22.

[88] Weber, s. 43; Yavuz/Acar/Özen, s. 384.

[89] Öztan, B.: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2015, s. 268-269.

[90] Weber, s. 43.

[91] Bräm, V./Hasenböhler, F.: **Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)**, 3. Auflage, Zürich 1998, Art. 166 ZGB, N. 40; Hausheer, H./Reusser, R./Geiser, T.: **Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht**, 2. Auflage, Bern 1999, Art. 166 ZGB, N. 54.

henüz kurulmadan önce yapılan işlemler, eşlerin ayrı yaşadıkları süre içerisinde yapılan işlemler ve evlilik birliği sona erdikten sonra yapılan işlemler eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamında bulunmamaktadır<sup>[92]</sup>.

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan “diğer ihtiyaçları” bakımından ise kural olarak eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TMK m. 188/II’de istisnaî olarak üç hâlde, eşlere ailenin diğer ihtiyaçları için de evlilik birliğini temsil yetkisi verilmiştir. Bunlardan ilki, bir eşin evlilik birliğinin temsili konusunda diğer eşe TBK m. 40 vd. hükümlerine uygun olarak temsil yetkisi vermesidir. Ayrıca her eş, diğer eşin, ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan ihtiyaçları için yetkisiz olarak evlilik birliğini temsilen yaptığı işleme açık ya da örtülü olarak icazet verebilir<sup>[93]</sup>. Eşin, istisnaî olarak ailenin diğer ihtiyaçları bakımından evlilik birliğini temsile yetkili olduğu ikinci hâl, haklı sebeplerle hâkimin bir eşi yetkili kılmasıdır. Gerçekten de, eşlerin önemli bir konuda anlaşması gerekirken; eşlerden birinin haklı bir neden olmaksızın anlaşmaya yanaşmaması ve söz konusu işin yapılması için gereken izni vermekten kaçınması durumunda, hâkim talepte bulunan eşi gerekli işlemin evlilik birliğini temsilen yapılması konusunda yetkili kılabilir. Eşin, ailenin diğer ihtiyaçları bakımından evlilik birliğini temsile yetkili olduğu üçüncü hâl ise, işlemin yapılmasının gecikmesinde birliğin yararı bakımından sakıncanın bulunması ve diğer eşin hastalık ve benzeri nedenlerle rızasının alınamamasıdır. Gerçekten de, ailenin diğer ihtiyaçları bakımından eşin rızasının alınmadığı ve hâkime başvurulması için gereken zamanın bulunmadığı hâllerde, eşlerden her biri evlilik birliğini temsilen gecikmesinde sakınca bulunan işlemi tek başına yapabilir<sup>[94]</sup>.

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçları, ailenin günlük ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan düzenli harcamaların dışındaki harcamaları kapsar. Bu bağlamda, ihtiyaç duyulan lüks malların, otomobilin vs. kiralanmasına yönelik işlemler, diğer ihtiyaçlar kapsamında değerlendirilir. Öğretide bir görüş, aile konutu niteliği taşıyan ya da taşımasını ailenin oturacağı konutun kira yoluyla sağlanmasını ailenin diğer ihtiyaçları kapsamında görmemekte; dolayısıyla eşlerin bu konuda evlilik birliğini temsil yetkisinin bulunmadığını kabul etmektedir<sup>[95]</sup>. Buna karşılık, öğretide ağır basan görüş, aile konutu niteliği taşıyan ya da taşımasını ailenin oturacağı konutun kira yoluyla sağlanmasını

[92] Öztan, Aile, s. 266.

[93] Öztan, Aile, s. 273.

[94] Gümüş, s. 124.

[95] Havutcu, A.: **Evlilik Birliğinin Temsili**, Ankara 2006, s. 81.

ailenin diğer ihtiyaçları kapsamında bulunduğunu ve bu konuda istisnâî hâllerde eşlerin evlilik birliğini temsile yetkili olduğunu kabul etmektedir<sup>[96]</sup>.

Eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen bir kira sözleşmesi akdetmesi durumunda, hem temsilci sıfatıyla hareket eden eş hem de temsil olunan eş kira sözleşmesinin birlikte tarafı hâline gelir. TMK m. 189/I uyarınca, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olur. Bununla birlikte, eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen her iki eşi de kira sözleşmesinin tarafı hâline getirmesi ve eşlerin müteselsilen sorumlu olması sadece “kiracılık” yönündendir. Nitekim eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin ihtiyaçlarının temini bakımından geçerlidir. Bu nedenle, bir eş evlilik birliğini temsil etmek suretiyle diğer eş kira sözleşmesinin kiraya veren tarafı hâline getiremez<sup>[97]</sup>.

Türk Medenî Kanunu m. 189/II gereğince, eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı kira sözleşmesinden kişisel olarak sorumludur. Bununla birlikte, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılacak şekilde aşılması hâlinde eşler kiracının borçlarından müteselsilen sorumlu olurlar.

Eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen bir hukukî işlem meydana getirmesi durumunda, söz konusu hukukî işlemin tarafı olan eşlerin müteselsilen alacaklı olup olmayacağı konusunda Türk Medenî Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, Kanun’da evlilik birliğinin temsiline ilişkin müteselsil alacaklılığın bulunmaması kanun koyucunun bilinçli susması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılmasıyla meydana getirilen hukukî işlem bakımından kural olarak eşlerin müteselsil alacaklılığı bulunmamaktadır<sup>[98]</sup>. Buna karşılık, öğretide ağır basan diğer görüşe göre, eşlerden birinin evlilik birliğini temsil etmek suretiyle bir hukukî işlem meydana getirmesi durumunda, eşlerin müteselsil alacaklı olup olmayacağı konusunda kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Söz konusu boşluk, TMK m. 1/II gereğince doldurulmalı ve eşlerin müteselsil alacaklılığı kabul edilmelidir<sup>[99]</sup>. Dolayısıyla eşlerden birinin evlilik birliğini temsil etmek suretiyle kendisini ve eşini kira sözleşmesinin kiracısı hâline getirmesi durumunda, kiracı eşlerin kiraya verenden müteselsilen alacaklı olduğu kabul edilir.

[96] Öztan, Aile, s. 272; Aral/Ayrancı, s. 263; Gümüş, s. 120; Ural Çınar, s. 72.

[97] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 82; H. Schmid, s. 352.

[98] Havutcu, s. 132.

[99] Hausheer/Reusser/Geiser-BeK, Art. 166 ZGB, N. 99; Gümüş, s. 130.



## b) Eşlerin Birlikte Kiraya Veren Olması

Uygulamada eşlerin bir kira sözleşmesinin birlikte kiraya veren tarafını oluşturmalarına da rastlanılmaktadır. Özellikle eşlerin bir malı paylı olarak edinmeleri ve söz konusu malı birlikte kira sözleşmesine konu etmeleri mümkündür. Ayrıca eşlerin üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip oldukları bir malı kira sözleşmelerine konu etmeleri ve böylelikle eşlerin kira sözleşmesinde birlikte kiraya veren olarak yer alması söz konusu olabilmektedir.

Eşlerin bir mal üzerinde paylı mülkiyete ya da elbirliği mülkiyetine sahip olmaları durumunda, genellikle kira sözleşmesi tek bir eş tarafından akdedilir ve diğer eş söz konusu sözleşmeye icazet verir. Bununla birlikte, TMK m. 256 ve devamında düzenlenen mal ortaklığı rejiminde, eşlerden biri tek başına yapacağı bir kira sözleşmesiyle diğer eşi de sözleşmenin tarafı hâline getirebilir. Gerçekten de, mal ortaklığı rejiminde, TMK m. 257/II uyarınca, eşler ortaklık mallarına elbirliği ile sahip olurlar<sup>[100]</sup> ve TMK m. 262/II uyarınca, “olağan yönetim sınırları içinde” her eş “ortaklığı” yükümlülük altına sokmaya yetkilidir. Dolayısıyla, olağan yönetim sınırları içinde kaldığı sürece her eş, ortaklık malını kira sözleşmesine konu etmek suretiyle kendini ve eşini kira sözleşmesinin kiraya veren tarafı hâline getirebilir. Olağan yönetim dışında kalan konularda ise eşler, TMK m. 263/I gereğince ancak beraberce hareket etmek ya da diğer eşin rızasını almak suretiyle, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir; ortaklık konusu malı kira sözleşmesine konu edebilir<sup>[101]</sup>.

Eşlerden birinin ortaklık mallarını yönetme yetkisine dayanarak kira sözleşmesinde her iki eşi de kiraya veren sıfatıyla borca sokması durumunda, TMK m. 268/I/b.1 uyarınca, birlikte kiraya veren olarak her eş kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumlu olur. Ancak bu durumda kira sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça eşlerin kiracıya karşı müteselsilen sorumlu olmasından söz edilemez<sup>[102]</sup>.

Eşlerin bir mal üzerinde paylı mülkiyete sahip olmaları durumunda ise, paylı mülkiyet konusu malın kira sözleşmesine konu edilmesi ve söz konusu kira sözleşmesinin feshedilmesi konusunda TMK m. 691 hükmü uygulama alanı

[100] Öztan, Aile, s. 551.

[101] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 85; H. Schmid, s. 353.

[102] Hausheer, H./Reusser, R./Geiser, T.: **Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/2, Die Gütergemeinschaft, Art. 221-246; Die Gütertrennung, Art. 247-251 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten**, Bern 1996, Art. 227 ZGB, N. 12; Jungo, A.: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG**, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 227- 228 ZGB, N. 3.

bulur. Böylece kira sözleşmesinin kurulması ve feshi konusunda, paydaş eşlerce aksi kararlaştırılmadığı sürece pay ve paydaş çoğunluğuna göre karar verilir<sup>[103]</sup>.

## B. İç İlişkideki Değişiklikler

### 1. Mülkiyetteki Değişiklikler

Kira sözleşmesinde birlikte kiraya verenler arasındaki iç ilişkide yaşanan ve kiralanan üzerindeki mülkiyet hakkını doğrudan etkileyen değişiklikler, birlikte kira sözleşmesi bakımından da önemli sonuçlar doğurur. Gerçekten de, mirasın paylaşılması, adi ortaklığın veya mal rejiminin tasfiyesi, paylı mülkiyette payın devri ya da ortaklığın giderilmesi gibi hâllerde, kiralananın üzerindeki mülkiyet hakkı doğrudan doğruya etkilenmekte; mülkiyet hakkındaki değişiklikler de birlikte kira sözleşmesi bakımından birtakım hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

Mirasın paylaşılması (TMK m. 642 vd.), adi ortaklığın tasfiyesi (TBK m. 642 vd.), mal rejiminin tasfiyesi (TMK m. 271 vd.) ya da paylı mülkiyette payın devri veya ortaklığın giderilmesi (TMK m. 698 vd.) gibi hâllerde, kiralananın el değiştirmesi gündeme gelir. Kiralananın el değiştirmesine neden olan söz konusu hâllerde, kiralananın el değiştirmesini düzenleyen TBK m. 310/I hükmü uygulanır. TBK m. 310/I uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik doğrudan doğruya kira sözleşmesinin tarafı olur<sup>[104]</sup>. Böylece kira ilişkisi, kiralananın mülkiyetini takip etmiş olur. Buna karşılık, mevcut elbirliği ilişkisinin yerine bir başka elbirliği ilişkisinin geçmesi (örneğin, miras ortaklığının yerine adi ortaklığın geçmesi) ya da paylı mülkiyetin elbirliğine yahut elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüşmesi durumunda, kiraya verenlerin mevcudiyeti değişmeyeceğinden, TBK m. 310'un uygulanması gündeme gelmez<sup>[105]</sup>.

### 2. Adi Ortaklığın Sona Ermesi

Adi ortaklığın, bütün ortakların oybirliğiyle karar alması, ortaklardan birinin ölmesi veya iflas etmesi gibi nedenlerle sona ermesi durumunda, birlikte kira sözleşmesi ortaya çıkan sonuçtan doğrudan etkilenmez. Diğer bir anlatımla, adi ortaklığın sona ermesi, kira sözleşmesinin de sona ermesi sonucunu doğurmaz. Birlikte kirada, sözleşmenin bir tarafında bulunan birden fazla kişinin arasındaki adi ortaklık ilişkisi sona erse bile, kira sözleşmesi varlığını sürdürür. Nitekim

[103] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 85; H. Schmid, s. 353.

[104] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 86; H. Schmid, s. 353.

[105] H. Schmid, s. 353.

birlikte kira sözleşmesi bütünlük arz eden bir sözleşmedir ve bir bütün olarak sona ermektedir<sup>[106]</sup>.

Her ne kadar adi ortaklığın sona ermesi, tek başına, birlikte kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmasa da; adi ortaklığın tasfiye edilmesi, birlikte kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurabilir. Bu bağlamda, adi ortaklığın tasfiye edilmesi, birlikte kira sözleşmesinin ortakların tamamı tarafından sona erdirilmesinden farklı bir anlam taşımamaktadır<sup>[107]</sup>.

Adi ortaklığın sona ermesinin kira sözleşmesine etkisi bakımından yapılan açıklamalar miras ortaklığı bakımından da geçerlidir<sup>[108]</sup>.

### 3. Evlilik Birliğinin Sona Ermesi

#### a) Boşanma Yoluyla

Kira sözleşmesinin aynı tarafında yer alan eşler arasındaki evlilik birliğinin sona ermesi, birlikte kira sözleşmesi bakımından karmaşık ve bir o kadar da çözülmesi güç sorunları beraberinde getirir. Gerçekten de, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda üç farklı olasılık gündeme gelebilir<sup>[109]</sup>:

Birinci olasılık, aralarındaki evlilik birliği sona eren kişilerin birlikte kira sözleşmesini devam ettirmeleridir. Gerçekten de, birlikte kiracı ya da birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan eşler arasındaki evlilik birliğinin sona ermesi, birlikte kira sözleşmesinin de sona ermesi sonucunu doğurmaz. Eşler, birlikte kiracı ya da kiraya veren olarak kira sözleşmesini devam ettirebilir. Bu durumda, eşlerin birlikte kiracı ya da kiraya veren olarak aralarındaki iç ilişkinin artık evlilik birliği ilişkisi değil; somut olayın özelliklerine göre bir adi ortaklık ilişkisi olduğundan söz edilebilir.

İkinci olasılık, aralarındaki evlilik birliği ilişkisi sona eren kişilerin, birlikte kira sözleşmesini beraberce sona erdirmeleridir. Aralarındaki evlilik birliği ilişkisi sona eren kişilerin, evlilik birliği henüz sona ermeden önce beraberce kira sözleşmesini sona erdirmeleri pek çok hukukî sorunu henüz doğmadan bertaraf eder. Ancak özellikle eşler arasında bir anlaşmazlığın bulunması durumunda, eşlerin beraberce kira sözleşmesini sona erdirmesi pek mümkün

[106] Kaiser, M.: "Rechtliche Schwierigkeiten bei der Beendigung des gemeinsamen Mietvertrages", *Jusletter*, 5 septembre 2016, N. 3; Weber, s. 170; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 87-88; H. Schmid, s. 353.

[107] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 91; H. Schmid, s. 353.

[108] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 91; H. Schmid, s. 353.

[109] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 93; H. Schmid, s. 354.

görünmemektedir. Zira boşanan kişiler arasında, işin doğası gereği çoğunlukla bir anlaşmazlık bulunmaktadır.

Üçüncü olasılık, eşlerden birinin kiralananı kullanma ihtiyacının devam etmesi durumunda gündeme gelir. Zira eşlerden birinin kiralananı kullanma ihtiyacının boşanmadan sonra da devam etmesi durumunda, kira sözleşmesinin beraberce sona erdirilmesi, ihtiyacı devam eden eşin menfaatine aykırı olacağı için söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, eşlerin sözleşmenin karşı tarafıyla da anlaşarak kira sözleşmesini sadece boşanan eşlerden birinin üzerine geçirmeleri düşünülebilir.

Boşanan eşlerden birinin herhangi bir nedenle kira sözleşmesini sona erdirmekten kaçınması durumunda, boşanma kararını veren hâkim, TMK m. 195 gereğince, kaçınan eşin fesih beyanının (irade beyanının) yerine geçmek üzere, kira sözleşmesinin kaçınan eş yönünden feshine karar verebilir. Böylelikle, birlikte kira sözleşmesinin, sözleşmenin kalan taraflarınca yeniden düzenlenmesi büyük oranda kolaylaşır<sup>[110]</sup>.

## b) Ölümle

Birlikte kira sözleşmesinin tarafı olan eşlerden birinin ölmesi durumunda, evlilik birliği sona erer; ancak ölen eşin mirasçıları küllî halefiyet ilkesi gereğince mirasbırakanın yerini alır. Bu durumda, kira sözleşmesi, Kanun'un kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin öngördüğü hükümler çerçevesinde sona erdirilir. Ne var ki, ölen eşin mirasçıları, birlikte kira sözleşmesini TBK m. 333'te düzenlendiği şekilde, yasal fesih bildirim süresine uyararak en yakın fesih dönemi sonu için feshedemezler. Zira mirasçıların yanında, birlikte kira sözleşmesinin tarafı olarak mirasçı olsun ya da olmasın sağ kalan eş de bulunmaktadır. Bu nedenle, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi hâlinde, birlikte kira sözleşmesi ancak sözleşmede kararlaştırılan bir sonraki fesih dönemi sonu için feshedilebilir. Böylece kira sözleşmesinin kiracı tarafında bulunan sağ kalan eş, kiraya verenin rızasını almak suretiyle hâlihazırda varlığını sürdüren kira sözleşmesini tek başına devam ettirebilir<sup>[111]</sup>.

[110] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 93.

[111] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 94; H. Schmid, s. 354.

#### IV. BİRLİKTE KİRA SÖZLEŞMESİNDE DIŞ İLİŞKİ

Birlikte kira sözleşmesinde dış ilişki, sözleşmenin bir tarafında bulunan birden fazla kişi ile sözleşmenin diğer tarafında bulunan kişi ya da kişiler arasındaki ilişkiyi ifade eder<sup>[112]</sup>. Bu bağlamda, örneğin eşlerin birlikte kiracı olarak yer aldığı bir kira sözleşmesinde, eşler ile kiraya veren arasındaki ilişki, birlikte kira sözleşmesinde dış ilişkiyi meydana getirir.

Birlikte kira sözleşmesinde dış ilişki, her iki tarafında da tek bir kişi bulunan kira sözleşmesinden kural olarak farklılık arz etmez<sup>[113]</sup>. Gerçekten de, birlikte kirada, kiracı ya da kiracılar ile kiraya veren ya da kiraya verenler arasındaki ilişki, temelinde bir kira ilişkisidir. Her ne kadar kira sözleşmesinin en az bir tarafında birden fazla kişi yer alsın da, tarafların kira sözleşmesinden doğan hakları ve yükümlülükleri kural olarak aynıdır. Ne var ki, birlikte kirada birden fazla kiracı ya da birden fazla kiraya veren arasındaki iç ilişki, bazı hâllerde dış ilişkiye de yansır ve böylece kiracı ve kiraya veren arasındaki ilişki de etkilenir. Bu kapsamda, birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin oluşturduğu topluluğun kira sözleşmesinin diğer tarafına karşı temsili<sup>[114]</sup> ve birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin iç ilişkisinde meydana gelen değişikliklerin kira ilişkisine etkisi sayılabilir<sup>[115]</sup>.

Birlikte kiracıların ya da birlikte kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğun kira sözleşmesinin diğer tarafına karşı temsili, kiracı ile kiraya veren arasındaki ilişki bakımından oldukça önemlidir. Nitekim çoğu zaman, kira sözleşmesinin karşı tarafıyla ya da kira sözleşmesinin diğer tarafına karşı yapılacak olan işlemler, topluluk adına bir temsilci tarafından gerçekleştirilir. Örneğin, birden fazla kiracı tarafından kiraya verene gönderilecek olan bildirim, kiracıların tümü adına tek bir kiracı tarafından gönderilebilir. Bu bağlamda, birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğun kira sözleşmesinin diğer tarafına karşı temsili konusunda, TBK m. 40 ve devamında düzenlenen temsile ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Özellikle kira sözleşmesinin karşı tarafı, topluluk temsilcisinin beyanlarıyla ve davranışlarıyla ilgili olarak iyiniyetli bir üçüncü kişi gibi korunur<sup>[116]</sup>.

[112] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 105; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 50; J. Schmid, s. 33.

[113] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 106; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 51.

[114] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 52.

[115] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 106; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 50; J. Schmid, s. 33.

[116] Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 52.

Birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin iç ilişkisinde meydana gelen değişiklikler, birlikte kira sözleşmesinde dış ilişkiyi etkiler. Bu kapsamda, özellikle topluluğun temsili konusunda yaşanan değişiklikler, topluluğun mevcudiyetinde yaşanan değişiklikler ve kiralanan üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin değişiklikler sayılabilir. Örneğin, mirasçılardan birlikte kiraya veren sıfatını taşıdığı bir kira sözleşmesinde, mirasın paylaşılması, kiraya verenler ile kiracı arasındaki dış ilişkiye de etki edecek; duruma göre kira sözleşmesinin feshi gündeme gelebilecektir<sup>[117]</sup>.

## V. BİRDEN FAZLA KİRAYA VERENİN BORÇLARI VE HAKLARI

### A. Birden Fazla Kiraya Veren Borçları

#### 1. Kiralananı Teslim Etme Borcu

Birlikte kira sözleşmesinde kiraya verenlerin asıl borçlarından biri, TBK m. 301 uyarınca, kiralananı kararlaştırılan tarihte ve sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, kiralanan kiraya verenlerin hepsi, birkaçı ya da yalnızca biri tarafından teslim edilebilir. Hatta TBK m. 83 uyarınca, kiralananı teslim etme borcunun bizzat kiraya verenler tarafından yerine getirilmesinde kiracının menfaati bulunmadıkça, kiraya verenlerin kiralananı şahsen teslim etme borcu bulunmamaktadır. Dolayısıyla kiralananın TBK m. 116 anlamında bir ifa yardımcısı aracılığıyla teslim edilmesi de mümkündür.

Kira sözleşmesinde birlikte kiraya verenlerin kiracıya karşı müteselsilen borçlu olduğu açıkça kararlaştırılmışsa ya da birlikte kiraya verenlerin kanundan doğan bir müteselsil borçluluğu söz konusuysa, kiracı, TBK m. 163 gereğince, borcun ifasını dilerse kiraya verenlerin hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Ancak birlikte kiraya verenlerin kiracıya karşı sözleşmeden ya da kanundan doğan bir müteselsil sorumluluğu söz konusu olmasa bile, kiracı, kiralananın teslim edilmesini kiraya verenlerin herhangi birinden talep edebilir. Nitekim kiralananı kiracıya teslim borcu, TBK m. 85 anlamında bölünemeyen bir borçtur. Bu nedenle, TBK m. 85/II uyarınca, kiraya verenlerden her biri kiracıya borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür<sup>[118]</sup>. Dolayısıyla kiracının, kiralananın teslim edilmesini kiraya verenlerin herhangi birinden talep etmesi mümkündür<sup>[119]</sup>. Birlikte kiraya verenlerden birinin kiralananı kiracıya teslim

[117] J. Schmid, s. 33.

[118] Weber, s. 99; H. Schmid, s. 354-355; Kahraman, TBK m. 299, N. 25.

[119] Weber, s. 99; Kahraman, TBK m. 299, N. 25.

etme borcunu yerine getirmesi, diğer tüm kiraya verenleri kiralananı teslim etme borcundan kurtarır<sup>[120]</sup>. Bu nedenle, birlikte kiraya verenlerin, kiralananın teslim edilmesi borcundan şeklen de olsa herhâlde müteselsilen sorumlu olduğundan söz edilebilir<sup>[121]</sup>.

Kiraya verenin kiralananı teslim etme borcunun bölünemeyen bir borç olması nedeniyle, kiracının borcun tamamının ifasını kiraya verenlerin herhangi birinden talep edebileceği açıktır. Buna karşılık, kiraya verenlerin asıl edim borcu olan kiralananı teslim etme borcunun yerine tazminat yükümlülüğünün geçmesi durumunda, kiracının zararının tazminini kiraya verenlerin herhangi birinden isteyip isteyemeyeceği konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim kiraya verenlerin kiracının zararını tazmin borcu, kiralananı teslim borcunun aksine, para borcudur ve bölünebilir niteliktedir. Öğretide, her ne kadar Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olsa da, kira sözleşmesinde birlikte kiraya verenlerin asıl edimi ifa etme borcunun yerine tazminat ödeme yükümlülüğünün geçmesi durumunda, kiraya verenlerin TBK m. 162 anlamında müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Nitekim aksi hâlde, sözleşmeye uygun olarak asıl edimi elde edemeyen; bunun yerine sadece tazminatla yetinmek zorunda kalan kiracının durumu daha da güçleştirilmiş olacaktır<sup>[122]</sup>.

## 2. Kiralananı Kullanıma Elverişli Hâlde Bulundurma Borcu

Birlikte kira sözleşmesinde, kiraya verenler, sadece kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma uygun bir biçimde teslim etmekle kiracıya karşı olan borçlarından kurtulamazlar. TBK m. 301 gereğince, kiraya verenlerin bir diğer borcu, kiralananı sözleşme süresince sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli hâlde bulundurmadır. Nitekim kira sözleşmesinin sürekli edimler içeren bir sözleşme olarak nitelendirilmesini sağlayan da, kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli hâlde bulundurma borcudur<sup>[123]</sup>.

[120] Schraner, M.: **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Auflage, Zürich 2000, Art. 70 OR, N. 44.

[121] H. Schmid, s. 355; J. Schmid, s. 38.

[122] Weber, R. H.: **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, 2. Auflage, Bern 2005, Art. 70 OR, N. 49; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 114; H. Schmid, s. 355; J. Schmid, s. 38-39.

[123] Yavuz/Acar/Özen, s. 397.

Birlikte kiraya verenler, sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa ya da kanunda öngörülen bir hâl varsa, kiralananı kullanıma elverişli hâlde bulundurma borcundan müteselsilen sorumludur. Ayrıca, kiralananı sözleşme süresince kullanıma elverişli hâlde bulundurma borcu da, kiralananı teslim etme borcu gibi bölünemeyen bir borçtur. Birlikte kiraya verenlerin kiralananı teslim etme borcundan müteselsil sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kiralananı kullanıma elverişli hâlde bulundurma borcu bakımından da geçerlidir.

## B. Birden Fazla Kiraya Veren Hakları

### 1. Kira Bedelinin Ödenmesini Talep Hakkı

Kira bedeli alacağı, bir para alacağıdır ve bölünebilir niteliktedir. Bu nedenle, kira bedeli alacağının talep edilmesi konusunda Kanun'un bölünemeyen borçların ifasını düzenleyen 85. maddesi uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla birden fazla kiraya veren, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ya da Kanun'da aksi öngörülmedikçe, para borcunun TBK m. 169 anlamında müteselsil alacaklısı konumunda olmadığından, her bir kiraya verenin tüm kira bedeli alacağını talep etmesi ve kiracının kira bedelini kiraya verenlerden sadece birine ödemekle borcundan kurtulması kural olarak mümkün değildir<sup>[124]</sup>. Her bir kiraya veren, kira bedelinin sadece belirli bir oranının kendisine ödenmesini talep edebilir; kiracı da her bir kiraya verene kira bedelinin belirli bir oranını ödemekle kira borcundan kurtulabilir<sup>[125]</sup>.

Aralarında paylı mülkiyet ilişkisi bulunan paydaşların birlikte kiraya veren olarak yer aldığı bir kira sözleşmesinde, aksi kararlaştırmadıkça, paydaşlar kira bedelinin müteselsil alacaklısı değildir. Dolayısıyla her bir kiraya veren paydaş, kira bedelini sadece kendi payı oranında talep etmeye yetkilidir. Buna karşılık, paydaşlardan her biri, TMK m. 690/I gereğince olağan yönetim işleri kapsamında, tüm kiraya veren paydaşlar adına kira bedelini kabul etmeye yetkilidir. Böylece kiracı, birlikte kiraya veren paydaşlardan birine kira bedelinin tümünü ödemek suretiyle borcundan kurtulabilir<sup>[126]</sup>.

Mirasçıların birlikte kiraya veren olarak yer aldığı bir kira sözleşmesinde mirasçılar, TMK m. 640/II uyarınca, kira sözleşmesinden doğan alacaklar üzerinde de elbirliğiyle hak sahibi olurlar. Dolayısıyla, birlikte kiraya veren sıfatı taşıyan mirasçılar, kira sözleşmesinden doğan kira bedeli alacaklarını tek

[124] H. Schmid, s. 355.

[125] Weber, s. 120; Acar, TBK m. 299, N. 46.

[126] H. Schmid, s. 355; J. Schmid, s. 39; Aydemir, s. 45.



başlarına talep edemezler<sup>[127]</sup>. Bununla birlikte, tereke temsilcisi mirasçıların tümü adına kira bedeli borcunun ödenmesini talep edebilir<sup>[128]</sup>. Aynı şekilde, kiracı da kira bedelini ancak mirasçıların tümüne ödemek suretiyle borcundan kurtulabilir<sup>[129]</sup>. Kiracının kira bedelini mirasçıların tümüne ödemesi, genellikle ödemenin yetkili bir temsilciye yapılması yahut banka veya posta aracılığıyla gerçekleştirilmesiyle olur<sup>[130]</sup>.

Aralarında adi ortaklık ilişkisi bulunan ortakların birlikte kiraya veren olarak yer aldığı bir kira sözleşmesinde ortaklar, TBK m. 638/I uyarınca kira sözleşmesinden doğan alacaklar üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar. Dolayısıyla, sözleşmeden ya da kanundan doğan temsil veya yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, birlikte kiraya veren sıfatını taşıyan ortaklar, kira bedeli alacağını tek başlarına talep edemezler<sup>[131]</sup>. Bununla birlikte, kira bedelinin kabul edilmesi ortaklığın olağan yönetim işleri (TBK m. 625) ve temsili (TBK m. 637) kapsamında kaldığından her bir ortak, kira bedelini kabul etmeye yetkilidir.

[127] Kratz-BeK, Art. 150 OR, N. 44; Krauskopf-ZK, Art. 150 OR, N. 22; H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 39; Acar, TBK m. 299, N. 47; Kahraman, TBK m. 299, N. 28. Yargıtay da bir kararında, “*Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda mirasçılardan biri ya da birkaçı diğerlerinin muvafakati olmadan kendi payına isabet eden kira parasını isteyemez. Zira, elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda mirasçıları ancak birlikte kira parasının tümünün alacaklıdır.*” demek suretiyle, mirasçıların kira sözleşmesinden doğan kira bedeli alacaklarını tek başlarına talep edemeyeceklerini kabul etmiş bulunmaktadır (Yargıtay 6. H.D., 3.3.2015 tarihli, E. 2014/13675, K. 2015/2099 sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))).

[128] Yargıtay da bir kararında, “*... elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazın kira parasından davacının diğer mirasçıların muvafakatleri sağlanmadan kendi payına düşen kısmı talep etme hakkının bulunmadığı, bu nedenle mahkemece davacıya diğer mirasçıların muvafakatlerinin sağlanması ya da terekeye mümessil tayin edilmesi için süre verilerek basıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir. O halde Davacının miras bırakamı Sefer’in vefatı tarihinden dava tarihine kadar hissesine düşen kira parasını talep ettiği dikkate alınarak mahkemece davacıya diğer mirasçıların muvafakatlerinin sağlanması ya da terekeye mümessil tayin edilmesi için süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bozma gereği yerine getirilmeden yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.*” demek suretiyle tereke temsilcisinin mirasçıların tümü adına kira bedeli borcunun ödenmesini talep edebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır (Yargıtay 6. H.D., 9.2.2015 tarihli, E. 2014/13365, K. 2015/1081 sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))).

[129] Kratz-BeK, Art. 150 OR, N. 44; Krauskopf-ZK, Art. 150 OR, N. 22; H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 39.

[130] H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 39. Krş. İnceoğlu, Cilt 1, s. 61.

[131] H. Schmid, s. 356; Kratz-BeK, Art. 150 OR, N. 44; Krauskopf-ZK, Art. 150 OR, N. 22.

Bu bağlamda, kiracı da kira bedelinin tamamını ortaklardan birine ödemekle borcundan kurtulabilir<sup>[132]</sup>.

Mal ortaklığı rejiminde, TMK m. 262/II gereğince, her eş olağan yönetim sınırları içinde ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunabilir. Mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklığa tâbi bir malı kira sözleşmesine konu etmek suretiyle kira sözleşmesinde birlikte kiraya veren olarak yer alması durumunda, kira bedelinin talep edilmesi ve ödenmesi konusunda kıyasen paylı mülkiyete ilişkin hükümler uygulama alanı bulur<sup>[133]</sup>.

## 2. Kiralananın Geri Verilmesini Talep Hakkı

Kira sözleşmesinin bitiminde, kiracının kiralananı geri verme borcu, kiracı bakımından TBK m. 85 anlamından bölünemeyen bir borç teşkil eder. Bu nedenle, TBK m. 85/I uyarınca, her bir kiraya veren, kiralananın geri verilmesi borcunun kiraya verenlerin tamamına ifasını talep edebilir. Buna karşılık, kiracı kiralananı geri verme borcunu, kiraya verenlerin hepsine birden ifa etmek zorundadır<sup>[134]</sup>. Dolayısıyla TBK m. 169'da düzenlenen müteselsil alacaklılıktan farklı olarak kiralananın geri verilmesinde kiracı geri verme borcunu tek bir kiraya verene ifa etmekle borcundan kurtulamaz<sup>[135]</sup>.

Kiralananın geri verilmesini talep hakkı bakımından TBK m. 85 hükmünün uygulama alanı sınırlıdır. Nitekim birlikte kiraya verenler arasında elbirliği ilişkisinin bulunması durumunda, kiralananın geri verilmesini talep hakkı konusunda, kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğun, kiralananın da içinde bulunduğu topluluk malvarlığının yönetimine ilişkin kuralları uygulama alanı bulur<sup>[136]</sup>.

TBK m. 335 uyarınca, kiraya verenin, kiralananın geri verilmesi sırasında onun durumunu gözden geçirmesi ve kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmesi gerekir. Kiraya verenler tarafından söz konusu bildirim yapılmazsa, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. Birlikte kira sözleşmesinde, kiraya verenlerden her biri kiralananı gözden geçirmeye ve kiracının sorumlu olduğu ayıpları ona hemen bildirmeye yetkilidir. Nitekim

[132] H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 39, dpn. 75.

[133] H. Schmid, s. 356.

[134] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 116; H. Schmid, s. 355; J. Schmid, s. 39; Acar, TBK m. 299, N. 43.

[135] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 116; H. Schmid, s. 355.

[136] Weber, s. 212; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 116; H. Schmid, s. 355; Acar, TBK m. 299, N. 49.

kiralananın gözden geçirilmesi ve ayıpların bildirilmesi ivedi yönetim işleri kapsamındadır<sup>[137]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde, kiracının kiralananı geri verme borcunun yerine tazminat ödeme yükümlülüğünün geçmesi durumunda, kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğun kurallarında para borçlarının talep edilmesi konusunda aksine bir düzenleme olmadıkça, her bir kiraya veren kendi payına düşen miktarın kendisine ödenmesini kiracıdan talep edebilir<sup>[138]</sup>.

### 3. Kira Sözleşmesini Sona Erdirme Hakkı

Kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı, bozucu yenilik doğuran haktır ve bu nedenle söz konusu hakkın bölünerek kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla birlikte kira sözleşmesinde, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının tüm kiraya verenler tarafından beraberce kullanılması gerekir. Ayrıca birlikte kira sözleşmesinde, birden fazla kiraya verene karşı yapılacak sona erdirmeye ilişkin bildirimlerin de tüm kiraya verenlerin hepsine birden yöneltilmesi gerekir<sup>[139]</sup>.

## VI. BİRDEN FAZLA KİRACININ BORÇLARI VE HAKLARI

### A. Birden Fazla Kiracının Borçları

#### 1. Kira Bedelini Ödeme Borcu

Birlikte kira sözleşmesinde kiracıların asıl borçlarından biri, kira bedelini ödeme borcudur. Kiracıların kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu, TBK m. 313'de açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanun'un kira sözleşmesine ilişkin düzenlemesinde, birden fazla kiracının kira bedelini ödeme borcundan müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m. 162 uyarınca, müteselsil borçluluk, birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesi hâlinde ya da kanunda öngörülen diğer hâllerde doğar<sup>[140]</sup>. Dolayısıyla, birden fazla kiracının, kira bedeli ödeme borcundan müteselsil sorumluluğundan söz edilebilmesi için taraflarca bu hususun açıkça kararlaştırılması ya da kanunda bu konuya ilişkin

[137] Weber, s. 213.

[138] Weber, s. 214; H. Schmid, s. 355.

[139] J. Schmid, s. 39; Aydın, s. 88.

[140] Birden fazla kişinin içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla kira sözleşmesinde kiracı olarak yer alması durumunda, bu kişiler TTK m. 7 gereğince, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe kiraya verene karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

özel bir hükmün bulunması gerekir. Aksi hâlde birlikte kiracılar kira bedelinin ödenmesinden kısmî olarak sorumludurlar<sup>[141]</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda, birlikte kiracıların kira bedelini ödeme borcundan müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir açık hükmün bulunmamasına rağmen, birlikte kira sözleşmesinde genellikle birden fazla kiracı kira bedelinin ödenmesi borcundan müteselsilen sorumludur. Gerçekten de, birlikte kira sözleşmesinde, birlikte kiracılar arasında çoğu kez bir elbirliği ilişkisi bulunur ya da kanun gereği, yapılan işlemde borçlu tarafta yer alan kişiler müteselsilen sorumlu tutulur. Zira birlikte kira sözleşmesinde birlikte kiracılar arasındaki hukukî ilişki genellikle miras ortaklığı veya adi ortaklık ilişkisidir. Hatta aralarında elbirliği ilişkisi bulunmayan kişilerin kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer almaları, söz konusu kişiler arasında bir adi ortaklık ilişkisinin meydana gelmesine bile neden olabilir. Bu nedenle, birlikte kira sözleşmesinde, kanunda kiracılar arasındaki iç ilişki bakımından öngörülen hükümler (TMK m. 189/I, TMK m. 379/II, TMK m. 641/I, TBK m. 638/III) nedeniyle, birlikte kiracıların genellikle kira bedeli ödeme borcundan müteselsilen sorumlu olduğu söylenebilir<sup>[142]</sup>.

Birlikte kiracıların kira bedelinin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olduğu hâllerde, TBK m. 163/I uyarınca, kiraya veren kira bedelinin tamamının veya bir kısmının ödenmesini, dilerse kiracıların hepsinden, dilerse yalnız birinden talep edebilir.

Birlikte kiracılar arasında elbirliği ilişkisinin bulunduğu hâllerde, kiracılarından her biri, olağan yönetim işleri kapsamında temsil yetkisini kullanarak kira bedelini ödemeye yetkilidir. Kira bedelinin “bizzat” kiracı tarafından ödenmesinde kural olarak kiraya verenin menfaati bulunmadığından, TBK m. 83 gereğince, birlikte kiracılar kira bedelini şahsen ödemekle yükümlü değildir<sup>[143]</sup>.

[141] Tunçoğlu, K.: **Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul 1974, s. 261; Weber, s. 119; Permann-OFK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 45; J. Schmid, s. 34; Yavuz/Acar/Özen, s. 383; Aral/Ayrancı, s. 263; Acar, TBK m. 299, N. 20; Kahraman, TBK m. 299, N. 32; Ural Çınar, s. 70. Yargıtay da bir kararında, “Kira sözleşmesini davalı ile birlikte dava dışı ...’de imzalamıştır. Kira sözleşmesinde birden fazla kiracı olduğu takdirde, her biri kendi payına düşen kısmından sorumludur. Kira sözleşmesinde payları belli değil ise, kira bedelinin eşit şekilde paylaşılması gerekir.” demek suretiyle birlikte kiracıların kira bedelinin ödenmesinden kısmî olarak sorumlu olduklarını kabul etmiş bulunmaktadır (Yargıtay 6. H.D., 26.01. 2016 tarihli, E. 2015/11208, K. 2016/414 sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))).

[142] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 118; Weber, s. 119; H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 34.

[143] Weber, s. 121.

Türk Borçlar Kanunu m. 155 gereğince, zamanaşımı, kira bedelinin ödenmesinden müteselsilen sorumlu olanlardan birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur<sup>[144]</sup>.

## 2. Kiralananı Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu

Birlikte kira sözleşmesinde kiracılar TBK m. 316/I gereğince kiralananı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişilere ve komşulara saygı göstermekle yükümlüdür. Kiracıların kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu TBK m. 85 anlamında bölünemeyen borç niteliğindedir. Dolayısıyla, TBK m. 85/II uyarınca kiraya veren, kiracıların her birinden kiralananın özenle kullanılmasını ve komşulara saygı göstermesini talep edebilir<sup>[145]</sup>.

Kiracılardan birinin ya da birkaçının, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunu ihlâl etmesi nedeniyle, TBK m. 316/II veya TBK m. 316/III uyarınca kira sözleşmesini feshetmek isteyen kiraya verenin, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması kapsamında fesih iradesini kiracıların tümüne karşı birlikte yöneltmesi gerekir. Ayrıca konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmenin kiracının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunu ihlâl etmesi nedeniyle feshinden önce, TBK m. 316/II gereğince yapılması zorunlu olan yazılı ihtarın, kiracıların tümüne karşı birlikte yapılması gerekir<sup>[146]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde kiracılar, genellikle aralarındaki iç ilişki bakımından kanunda öngörülen hükümler nedeniyle kiraya verene karşı müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, kiracılardan birinin ya da birkaçının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunu ihlâl etmesi nedeniyle zarar gören kiraya veren, TBK m. 163/I uyarınca zararının tazminini, kiracıların birinden ya da tamamından isteyebilir<sup>[147]</sup>. Ayrıca, birlikte kiracılar arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan bir müteselsil sorumluluk hâli bulunmasa bile, kiraya veren, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kapsamında (TBK m. 116) zararının tazminini, kiracıların birinden ya da tamamından isteyebilir. Gerçekten de, birlikte kiracıların tamamı, içlerinden birinin kusurlu olarak kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunu ihlâli hâlinde, ortaya çıkan zarardan kiraya verene karşı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

[144] J. Schmid, s. 35.

[145] J. Schmid, s. 35; Acar, TBK m. 299, N. 23; Kahraman, TBK m. 299, N. 35.

[146] J. Schmid, s. 35.

[147] Weber, s. 136; J. Schmid, s. 35.

kapsamında ve TBK m. 114/II’te yapılan yollama karşısında TBK m. 61’in uygulanması nedeniyle müteselsilen sorumludur<sup>[148]</sup>.

### 3. Kira Sözleşmesinin Bitiminde Kiralananı Geri Verme Borcu

Kiracının kira sözleşmesinin bitiminde kiralananı geri verme borcu, TBK m. 85 anlamında bölünemeyen borç niteliğindedir. Dolayısıyla, birlikte kira sözleşmesinde kiracıların her biri TBK m. 85/II uyarınca, kiralananı geri verme borcunun tamamından sorumludur. Böylece kiraya veren, kira sözleşmesinin bitiminde kiralananın geri verilmesini kiracıların tamamından ya da içlerinden birinden talep edebilir<sup>[149]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde kiracılar TBK m. 334/I uyarınca kiralananı aldıkları hâliyle geri vermekle yükümlüdür. Kiralananı aldıkları hâliyle geri vermeyen kiracılar, borcun ifa edilmemesi nedeniyle TBK m. 112 ve devamında düzenlenen borca aykırılığa ilişkin hükümler uyarınca kiraya verene karşı sorumlu olur. Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden zarar gören kiraya veren, kusurlu olarak kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmeyen kiracılardan tazminat talep edebilir (TBK m. 112). Birlikte kira sözleşmesinde kiracılar, genellikle aralarındaki iç ilişki bakımından kanunda öngörülen hükümler nedeniyle kiraya verene karşı müteselsilen sorumludur. Bu nedenle, kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesi nedeniyle zarar gören kiraya veren, TBK m. 163/I uyarınca zararının tazminini, kiracıların birinden ya da tamamından isteyebilir.

Kiracılar arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan bir müteselsil sorumluluk hâli bulunmasa bile, kiracıların kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zarardan, müteselsilen sorumlu olduklarının kabul edilmesi gerekir. Gerçekten de, kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu’nda, birlikte ödünç alanların (TBK m. 382) ve birlikte saklayanların (TBK m. 567) müteselsil sorumluluğunu açıkça düzenlemiştir. Birlikte kira sözleşmesinde kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden zarar gören kiraya verenin; ödünç verene ya da saklatana nazaran daha kötü durumda olmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır. Zira birlikte ödünç alanların ve birlikte saklayanların maddi edimi, birlikte kiracıların maddi edimiyle amaçsal olarak aynı değerdedir; dolayısıyla aynı yönde bir uygulama daha adil görünmektedir. Bu nedenle, birlikte kira sözleşmesinde, kiracıların kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmemesi nedeniyle zarar gören kiraya verenin, zararının tazminini TBK m.

[148] Weber, s. 137; J. Schmid, s. 35.

[149] SVIT-Komm, Art. 267 OR, N. 17; J. Schmid, s. 37.

163 gereğince kiracıların hepsinden ya da yalnız birinden talep edebileceğinin kabulü gerekir<sup>[150]</sup>.

## B. Birden Fazla Kiracının Hakları

### 1. Kiralananı Teslim Alma ve Kullanma Hakkı

Kiraya verenin kiralananı teslim etme borcu TBK m. 85 anlamında bölünemeyen borç niteliği taşıdığından, TBK m. 85/I gereğince, kural olarak birlikte kiracılardan her biri kiralananın “kiracıların tümüne” teslim edilmesini talep edebilir<sup>[151]</sup>. Bununla birlikte, kiralananın teslim alınmasına ve kullanılmasına ilişkin olarak kiracılar arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan düzenlemeler, TBK m. 85/I’ e nazaran öncelikle uygulanır<sup>[152]</sup>. Gerçekten de, kiracılar arasında bir elbirliği ilişkisinin bulunması durumunda, kiracılardan hiçbiri tek başına kiralananın kiracıların tümüne teslim edilmesini talep edemez. Nitekim bu hâlde kiracıların alacaklı olarak birlikte hareket etmesi zorunludur<sup>[153]</sup>.

Kiracılar arasında TBK m. 169 anlamında bir müteselsil alacaklılık bulunuyorsa, TBK m. 169/II gereğince, kiraya veren kiralananı kiracılardan birine teslim etmek suretiyle bütün kiracılara karşı borcundan kurtulur. Buna karşılık, kiracılar arasında müteselsil alacaklılık ilişkisinin bulunmaması durumunda, kiraya veren kiralananı teslim etme borcundan, kiralananı kiracılardan sadece birine teslim etmek suretiyle kurtulamaz<sup>[154]</sup>. Ancak kiracılardan biri, kiracıların kendi aralarındaki iç ilişkiye uygun olarak diğer tüm birlikte kiracıları temsilen kiralananın kendisine teslim edilmesini talep edebilir. Böylece kiraya veren kiralananı, temsil yetkisini kullanan kiracıya teslim etmek suretiyle teslim borcundan kurtulur<sup>[155]</sup>.

Kiraya veren kiralananı kararlaştırılan tarihte teslim etmez ya da önemli ayıplarla teslim ederse, kiracılar TBK m. 123 ve devamında düzenlenen hükümlere başvurabilir. Bu bağlamda, kiracılardan her biri, olağan yönetim işleri ve temsil yetkisi kapsamında, kiraya verene (gerekliyorsa) ek süre vererek borcun aynen ifasını ve gecikme tazminatını talep edebilir. Buna karşılık, TBK m. 125/II’de

[150] Weber-BaK, Art. 70 OR, N. 49; Schraner-ZK, Art. 70 OR, N. 48. Krş. Acar, TBK m. 299, N. 23.

[151] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 122; H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 34.

[152] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 122; J. Schmid, s. 34.

[153] Weber, s. 100.

[154] J. Schmid, s. 34.

[155] J. Schmid, s. 34.

düzenlenen aynen ifadan vazgeçerek zararın tazminini isteme ve sözleşmeden dönme seçimsel hakları, ancak kiracıların tamamı tarafından kullanılabilir. Nitekim yenilik doğuran hak niteliğindeki bu hakların kullanılması, sözleşmenin değiştirilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi sonucunu doğuracağından, olağan yönetim işlerinin ve temsil yetkisinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, kiracılar söz konusu seçimsel haklarını beraberce ya da içlerinden birine bu konuda özel temsil yetkisi vermek suretiyle kullanabilir<sup>[156]</sup>.

## 2. Kiralananın Ayıplı Olmasından Doğan Hakları

Kiraya verenin kiralananı önemli ayıplarla teslim etmek istemesi ve buna rağmen kiracıların kiralananı teslim alması; kiralananın önemli olmayan ayıplarla teslim edilmesi veya kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesi durumlarında, kiracılar TBK m. 305 ve devamında düzenlenen kiralananın ayıplı olmasından doğan haklarını kullanabilir. Bu bağlamda, TBK m. 305/I uyarınca, kiracıların kiraya verenden ayıpların giderilmesini, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ve zararlarının giderilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Kiracıların zararlarının giderilmesini isteme hakkını kullanması, diğer seçimsel haklarını kullanmalarını engellemez. TBK m. 305/II uyarınca, kiracıların önemli ayıp hâlinde kira sözleşmesini feshetme hakları ise saklıdır.

Kiracıların ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanması, kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etme ve bulundurma borcunu yerine getirmesinin, diğer bir deyişle kira sözleşmesinin “aynen ifasının” talep edilmesi anlamına gelir. Kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etme ve bulundurma borcu, bölünemeyen nitelikteki bir borç olduğundan, TBK m. 85/I uyarınca, kiracılardan her biri kiraya verene karşı “kiracıların tamamı için” ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanabilir<sup>[157]</sup>. Kiraya veren uygun sürede ayıbın giderilmesini sağlamazsa, kiracılardan her biri, TBK m. 306/I uyarınca, ayıbın kiraya veren hesabına giderilmesini sağlayabilir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir ya da kiralananın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep edebilir. Zira kiracıların ayıbın giderilmesini sağlama ve bundan doğan

[156] H. Schmid, s. 356.

[157] J. Schmid, s. 34. Öğretide H. Schmid de aynı sonuca, ayıbın giderilmesini isteme hakkının olağan yönetim işleri ve temsil yetkisi kapsamında kaldığı ve bu nedenle kiracılardan her birinin söz konusu hakkı kullanabileceği gerekçesiyle ulaşmaktadır (H. Schmid, s. 356-357).



alacağını kira bedelinden indirme ve kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkı, aynen ifa talebinin bir görünüm biçimidir<sup>[158]</sup>.

Kiralananındaki ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması veya önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi hâlinde kiracılar, TBK m. 306/II'ye göre kira sözleşmesini herhangi bir süre öngörülmeksizin feshedebilir. Söz konusu feshin kiracıların tümü tarafından beraberce ya da kiracıların tümünü temsil eden bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Nitekim kiracıların kira sözleşmesini fesih hakkı, yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu nedenle bölünerek kullanılması mümkün değildir<sup>[159]</sup>. Aynı şekilde TBK m. 307'de öngörülen kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteme hakkı da yenilik doğuran bir hak olarak kiracıların tamamı tarafından ya da tamamını temsil eden bir kişi tarafından kullanılmalıdır<sup>[160]</sup>.

Kiracılar, TBK m. 308 uyarınca, kiraya verenden kiralananın ayıplı olmasından doğan zararlarının tazminini isteyebilir. Bu kapsamda, kiracılardan her biri kural olarak uğranılan zararın tamamını değil; ancak bir kısmını talep edebilir<sup>[161]</sup>. Bununla birlikte, çoğunlukla olduğu gibi kiracılar arasında elbirliği ilişkisinin bulunması durumunda, kiracılar kiralananın ayıplı olmasından doğan zararın tazminini ancak beraberce talep edebilir<sup>[162]</sup>. Buna karşılık, kiracılar arasında bir elbirliği ilişkisi değil de sadece TBK m. 169 anlamında bir müteselsil alacaklılık hâli bulunuyorsa (örneğin, evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında eşlerin birlikte kiracılık sıfatını kazanması), TBK m. 169/I uyarınca, kiracılardan her biri uğranılan zararın tamamının giderilmesini isteyebilir.

### 3. Zilyetliğin Korunması Hükümlerinden Yararlanma Hakkı

Birlikte kiracıların her birinin kiralanan üzerinde fiilî hâkimiyete sahip olması durumunda, birlikte kiracıların aynı zamanda kiralananın birlikte zilyedi olmalarından söz edilir. Dolayısıyla her bir kiracı, üçüncü kişilere karşı zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanabilir<sup>[163]</sup>. Bunun dışında, kiralananı fiilî hâkimiyetlerinde bulunduran birlikte kiracılar, sadece üçüncü

[158] Gümüş, s. 131; İnceoğlu, Cilt 1, s. 182-183.

[159] Weber, s. 105; H. Schmid, s. 357; J. Schmid, s. 34.

[160] H. Schmid, s. 357; J. Schmid, s. 34; Acar, TBK m. 305, N. 26.

[161] Weber, s. 109; J. Schmid, s. 34.

[162] Weber, s. 109; H. Schmid, s. 357.

[163] Müller-Chen, M./Girsberger, D./Furrer, A.: **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich 2011, s. 129; Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 123; H. Schmid, s. 356; J. Schmid, s. 37-38.

kişilere karşı değil; aynı zamanda kiraya verene karşı da zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanma hakkına sahiptir<sup>[164]</sup>.

## VII. BİRLİKTE KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

### A. Genel Olarak

Birlikte kira sözleşmesinde, birlikte kiracılar ya da birlikte kiraya verenler kira sözleşmesini sona erdirmeye konusunda anlaşabilir ve böylece birlikte kira sözleşmesini beraberce feshedebilir. Birlikte kiracıların ya da birlikte kiraya verenlerin arasında kira sözleşmesinin feshine ilişkin herhangi bir uyuşmazlığın bulunmadığı durumlarda, birlikte kira sözleşmesinin feshine özgü bir hukukî sorunla karşılaşmaz. Buna karşılık, birlikte kiracıların ya da birlikte kiraya verenlerin kira sözleşmesini feshetme konusunda uyuşmazlığa düşmeleri hâlinde, kira sözleşmesinin feshi zorlaşır ve bu durum pek çok hukukî sorunu beraberinde getirir<sup>[165]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde birlikte kiraya veren olarak yer alan kişilerin arasında paylı mülkiyet ilişkisi bulunuyorsa, kira sözleşmesinin feshi önemli yönetim işleri arasında sayıldığından, TMK m. 691/I uyarınca, birlikte kira sözleşmesinin feshine ancak pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilebilir. Paylı mülkiyete tâbi bir malın kiralınmasına ilişkin bir kira sözleşmesinde birlikte kiraya veren olarak yer alan kişilerce pay ve paydaş çoğunluğuyla alınan bir karar olmaksızın yapılan fesih geçersizdir<sup>[166]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde birlikte kiracı ya da birlikte kira veren olarak yer alan kişilerin arasında miras ortaklığı ya da adi ortaklık ilişkisi bulunuyorsa, birlikte kira sözleşmesinin feshine kural olarak oybirliği ile karar verilebilir (TMK m. 640/II; TBK m. 624).

Birlikte kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alan ve aralarında adi ortaklık ilişkisi bulunan kişilerin, kira sözleşmesinin feshi konusunda anlaşamaması konusu üzerinde özellikle durmak gerekir. Nitekim birlikte kiracılardan birinin kira sözleşmesini feshetmek istemesine rağmen, diğerinin kiralananı kullanmaya devam etmek istemesi sorunuyla karşılaşılabilir. Böyle bir durumda, ortaya çıkan hukukî sorun bakımından iki çözüm yolu düşünülebilir<sup>[167]</sup>:

[164] Higi-ZK, Vor. Art. 253-274g OR, N. 123; J. Schmid, s. 38.

[165] Kaiser, N. 2.

[166] H. Schmid, s. 375; SVIT-Komm, Vor. Art. 266-266o OR, N. 15; Acar, TBK m. 299, N. 50; Aydemir, s. 43.

[167] J. Schmid, s. 35-36.

İlk çözüm, kira sözleşmesinin tarafı olan herkesin (kiraya veren ile sözleşmeden çıkan ve sözleşmede kalan kiracıların), sözleşmenin tadili konusunda anlaşmasıdır. Böylece birlikte kira sözleşmesi tadil edilerek kiralananı kullanmayı bırakmak isteyen kiracı kira sözleşmesinden çıkarılır; kiralananı kullanmaya devam etmek isteyen kiracı ise, kira sözleşmesini tek başına üstlenir. Sözleşmenin tarafları, özellikle kiraya veren, böyle bir çözümü kabul edip etmeme konusunda serbesttir. Bununla birlikte, kiraya verenin sözleşmenin tadili konusundaki kararı büyük ölçüde sözleşmede kalan kiracının ödeme gücüne bağlıdır<sup>[168]</sup>.

İkinci çözüm, kira sözleşmesinde taraf olarak yer alan kişilerin; özellikle kiracıların birbiriyle anlaşamaması durumunda uygulama alanı bulur. Kira sözleşmesinde yer alan kişilerin anlaşamaması durumunda, sorunun çözümü bakımından kiracılar arasındaki iç ilişki -adi ortaklık ilişkisi- ve onunla bağlantılı olarak dış ilişki önem taşır. Gerçekten de, iç ilişkide ortaklardan birinin kira sözleşmesinden çıkmak istemesi, adi ortaklığın sona ermesi sonucunu doğurabilir. Nitekim ortaklardan birinin kira sözleşmesinden çıkması, ortaklığın amacının ortadan kalktığını gösterir (TBK m. 639/I-1). Ayrıca, bir ortağın kira sözleşmesini devam ettirmek isterken diğer ortağın sona erdirmek istemesi, ortakların adi ortaklık ilişkisinin sona ermesi konusunda anlaşması anlamına da gelebilir (TBK m. 639/I-IV). Ortaklardan birinin kira sözleşmesini feshetmek istemesi, adi ortaklığın sona ermesini ve böylece ortaklığın tasfiyesini gündeme getirir<sup>[169]</sup>. Adi ortaklığın tasfiyesi çerçevesinde, ilgililerin kira sözleşmesinin feshi konusunda anlaşamaması sonucunda, ortaklardan birinin (genellikle, birlikte kira sözleşmesini feshetmek isteyen ortağın) talebi üzerine ilgili mahkeme, ortaklardan birini ya da tasfiye görevlisini kira sözleşmesinin (sözleşmeyi feshetmekten kaçınan) diğer ortak adına feshi konusunda yetkilendirebilir<sup>[170]</sup>.

[168] J. Schmid, s. 36.

[169] Weber-BaK, Art. 266a OR, N. 1b; Kaiser, N. 14; J. Schmid, s. 36.

[170] Weber-BaK, Art. 266a OR, N. 1b; Kaiser, N. 18. Buna karşılık, öğretilde *Jörg Schmid*'e göre, ortaklardan birinin kira sözleşmesinden çıkmak istemesi sonucunda adi ortaklık sona erer ve tasfiye aşamasına geçilirse, tasfiye işlemi TBK m. 644/I (Art. 550/I OR) uyarınca, bütün ortakların elbirliğiyle gerçekleştirilir. Ortakların, birlikte kira sözleşmesinin feshi konusunda işbirliği yapma yükümlülüğü, adi ortaklığın tasfiyesini elbirliğiyle yürütmeye yükümlülüğünün kapsamında yer alır. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin feshinde kiraya verene karşı tüm ortaklar adına feshe ilişkin bildirim yapılması ya da bir ortağın bu konuda yetkilendirilmesi, işbirliği yükümlülüğünün kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Ortaklardan birinin, ortaklığın sona ermesine rağmen birlikte kira sözleşmesinin feshinde işbirliği yapmayı reddetmesi durumunda, diğer ortaklar, birlikte kiracı-ortağı söz konusu iradesini açıklaması konusunda dava edebilir. Açılan davada mahkemenin kararı, kaçınılan irade açıklamasının yerine geçer.

Birlikte kira sözleşmesi bütünlük arz eden bir hukukî ilişki meydana getirdiğinden, sözleşmenin birkaç kiracı ya da kiraya veren tarafından yahut birkaç kiracı ya da kiraya verene karşı feshedilmesi mümkün değildir; birlikte kira sözleşmesinin bir bütün olarak feshedilmesi gerekir<sup>[171]</sup>. Diğer bir deyişle, birlikte kira sözleşmesinin kısmen feshi geçersizdir<sup>[172]</sup>. Birlikte kira sözleşmesinin feshi, yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğindedir ve bu hak bölünerek kullanılamaz<sup>[173]</sup>. Dolayısıyla birlikte kira sözleşmesinde, feshin bütün kiracılar ya da kiraya verenler tarafından veya bütün kiracılara ya da kiraya verenlere karşı gerçekleştirilmesi gerekir<sup>[174]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinin feshine ilişkin “bildirimi”, kiracıların ya da kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluk adına kimin yapmaya yetkili olduğu, topluluğun iç ilişkisine göre belirlenir. Aynı şekilde, birlikte kira sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim kime gönderileceği, fesih bildirimiminin gönderildiği topluluğun temsile ilişkin kurallarına göre belirlenir. Temsil yetkisi bulunmaksızın bir kiracı ya da kiraya veren tarafından yapılan fesih işlemine diğer birlikte kiracılar ya da kiraya verenler, sonradan rızalarını açıklayamaz. Nitekim temsilci tarafından yetkisiz olarak yapılan fesih işlemi baştan itibaren geçersizdir ve söz konusu geçersiz işlemi sonradan rıza göstermek suretiyle geçerli hâle getirmek mümkün değildir<sup>[175]</sup>.

## B. Olağanüstü Fesih Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

### 1. Kira Bedelinin Ödenmemesi Nedeniyle Fesih

Birlikte kira sözleşmesinde kiracıların kira bedelini ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumunda, kiraya veren kira sözleşmesini olağanüstü feshedebilir. Nitekim TBK m. 315/I gereğince, kiracıların kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmemesi durumunda, kiraya veren kiracılara yazılı olarak bir süre verip bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. TBK m. 315/

[171] Koller, T.: “Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 152/2016, s. 9; SVIT-Komm, Vor. Art. 266-266o OR, N. 15; Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 84; Weber, s. 170; H. Schmid, s. 375; BGE 140 III 491 E. 4.2.1 s. 493.

[172] Weber-BaK, Art. 266a OR, N. 1b; Koller, s. 9.

[173] Weber, s. 105; H. Schmid, s. 375; J. Schmid, s. 34; BGE 140 III 491 E. 4.2.1 s. 493.

[174] Arpacı, A.(Hatemi, H./Serozan, R.): **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992, s. 251; Tandoğan, s. 200; Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 84.

[175] Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 85; Acar, TBK m. 315, N. 44.

II gereğince, kiracılara en az on gün; konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz gün süre verilmesi gerekir. Verilen sürede kira bedeli ödenmezse kiraya veren kira sözleşmesini olağanüstü feshedebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 315/I anlamında “kira bedeli ödeme borcunun ifa edilmemesinden” anlaşılması gereken, ifa zamanının gelmesine rağmen kiracının kiraya verene kira bedelinin tamamını ödemiş olmasıdır. Dolayısıyla birlikte kirada, kiracılardan birinin ya da birkaçının kira bedelinin kendi üzerlerine düşen kısmını ödemesi, kira bedelini ödeme borcunun ifa edilmiş sayılması için yeterli değildir. Birlikte kirada, kiracılardan en az birinin kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi, kira bedelini ödeme borcunun ifa edilmediği anlamına gelir ve böylece kiraya veren, kira sözleşmesini Kanun’da öngörülen koşulları yerine getirmek suretiyle olağanüstü feshedebilir<sup>[176]</sup>.

Kira sözleşmesinde birden fazla kiraya verenin bulunması durumunda TBK m. 315/I uyarınca gönderilecek olan yazılı bildirim kimin tarafından gönderilmesi gerektiği konusu öğretide tartışmalıdır. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, TBK m. 315/I uyarınca gönderilecek olan yazılı bildirim, kiraya verenlerin tümü tarafından birlikte gönderilmesi gerekir<sup>[177]</sup>. Bu görüş Yargıtay tarafından da kabul görmektedir<sup>[178]</sup>. Buna karşılık, öğretide kabul edilen bir diğer görüşe göre, kiraya verenlerden her biri TBK m. 315/I uyarınca kiracıya “süre verilmesine” ilişkin olan ve verilen sürede kira bedeli ödenmezse kira sözleşmesinin feshedileceği “uyarısını” içeren yazılı bildirim göndermeye yetkilidir<sup>[179]</sup>. Gerçekten de, birlikte kiraya verenlerden her biri, kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle TBK m. 315/I uyarınca gönderilecek olan yazılı bildirim, kiraya verenlerin arasındaki iç ilişkinin hukukî niteliğinden bağımsız olarak, ivedi yönetim işlerinin yerine getirilmesi kapsamında göndermeye yetkilidir. Zira acilen yapılması gereken kiracıya süre verilmesine ilişkin bildirim yapılması, kiraya verenlerin önemli ekonomik kayıplara uğramasına yol açabilir<sup>[180]</sup>.

Kira sözleşmesinde birden fazla kiracının bulunması durumunda, TBK m. 315/I uyarınca gönderilecek olan bildirim kimin tarafından gönderilmesi gerektiği

[176] Weber, s. 122.

[177] Tandoğan, s. 218; Acar, TBK m. 315, N. 44.

[178] Yargıtay 8. H.D., 5.7.2017 tarihli, E. 2017/12919, K. 2017/9995 sayılı kararı; Yargıtay 8. H.D., 20.3.2017 tarihli, E. 2017/1709, K. 2017/3934 sayılı kararı; Yargıtay 8. H.D., 27.2.2017 tarihli, E. 2017/625, K. 2017/2653 sayılı kararı; Yargıtay 8. H.D., 6.2.2017 tarihli, E. 2017/310, K. 2017/1168 sayılı kararı; Yargıtay 6. H.D., 12.12.2016 tarihli, E. 2015/13275, K. 2016/7389 sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[179] Weber, s. 122; İnceoğlu, Cilt 1, s. 280.

[180] Weber, s. 122.

konusu da öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde kabul edilen bir görüşe göre, birden fazla kiracının bulunduğu durumda yazılı bildirim tüm kiracılara gönderilmesi gerekir<sup>[181]</sup>. Bu görüş, Yargıtay tarafından da kabul görmektedir<sup>[182]</sup>. Buna karşılık, öğretilerde kabul edilen bir diğer görüşe göre, TBK m. 315/I uyarınca, kiracıya “süre verilmesine” ilişkin olan ve verilen sürede kira bedeli ödenmezse kira sözleşmesinin feshedileceği “uyarısını” içeren yazılı bildirim kiracılardan sadece birine gönderilmesi yeterlidir<sup>[183]</sup>. Gerçekten de, kiracılardan her biri olağan ve ivedi yönetim işleri kapsamında irade beyanlarını topluluk adına kabul etmeye yetkili olduğundan, kiraya veren tarafından TBK m. 315/I gereğince yapılacak olan yazılı bildirim tüm kiracılara gönderilmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, gönderilen yazılı bildirimde kiraya verenin sözleşmeyi feshedeceğine dair uyarısını tüm kiracılara “yöneltilmiş” olması gerekir. Nitekim kira sözleşmesi ancak bir bütün olarak tüm kiracılara karşı feshedilebilir. Dolayısıyla kiraya verenin kira sözleşmesini sadece kira borcunu ödemeyen kiracı bakımından feshedeceğine ilişkin uyarısı geçerli değildir<sup>[184]</sup>. Ayrıca TBK m. 349/III uyarınca, aile konutu bakımından, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildirimini ve fesih ihtarına bağlı ödeme süresini kiracıya ve eşine “ayrı ayrı” bildirmek zorundadır<sup>[185]</sup>. Eşlere gönderilen söz konusu bildirimlerin onlara aynı anda teslim edilememesi durumunda, fesih ihtarına bağlı ödeme süresi, bildirim sonradan alan eşin bildirim aldığı tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>[186]</sup>. Aile konutuna ilişkin olanlar dışında eşlerin birlikte kiracı olarak yer aldığı kira sözleşmelerinde ise, feshe ilişkin bildirim her iki eşe de yöneltilmesi gerekir; ancak söz konusu bildirim eşlerden birine gönderilmesi yeterlidir<sup>[187]</sup>.

## 2. Önemli Sebep Fesih

Türk Borçlar Kanunu m. 331/I uyarınca, kira sözleşmesinin taraflarından her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli

[181] Acar, TBK m. 315, N. 51; İnceoğlu, Cilt 1, s. 283.

[182] Yargıtay 3. H.D., 20.9.2017 tarihli, E. 2017/4255, K. 2017/12316 sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[183] Weber, s. 123.

[184] Weber, s. 123.

[185] Weber, s. 123.

[186] Higi-ZK, Art. 257d OR, N. 39; SVIT-Komm, Art. 257d OR, N. 28.

[187] Weber, s. 123.

sebeplerin varlığı hâlinde, kira sözleşmesini yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.

Birlikte kira sözleşmesinde, birlikte kiracılardan ya da birlikte kiraya verenlerden sadece biri ya da birkaçı bakımından ortaya çıkan kira ilişkisini çekilmez hâle getiren nedenin tüm kiracıların ya da kiraya verenlerin sözleşmeyi önemli sebeple feshi bakımından yeterli olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, ortaya çıkan önemli sebeplerin, kira ilişkisinin devamını tek bir kiracı ya da kiraya veren bakımından çekilmez hâle getirmesi yeterli değildir; bu sebeplerin tüm kiracılar ya da kiraya verenler bakımından kira ilişkisinin devamını çekilmez hâle getirmesi gerekir<sup>[188]</sup>. Buna karşılık, öğretide ağır basan görüşe göre, ortaya çıkan önemli sebeplerin, kira ilişkisinin devamını tek bir kiracı ya da kiraya veren bakımından çekilmez hâle getirmesi bile kira sözleşmesinin tüm kiracılar ya da kiraya verenler tarafından olağanüstü feshedilebilmesine imkân verir<sup>[189]</sup>. Gerçekten de, kira ilişkisinin, kira sözleşmesinin tarafları bakımından çekilmez hâle gelmesi, taraflar arasındaki ilişkinin kira sözleşmesinin kurulduğu zamana göre esaslı bir biçimde değiştiğini gösterir. Ayrıca, her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan kira sözleşmesinde, ilişkinin tek bir kiracı ya da kiraya veren bakımından çekilmez hâle gelmesiyle; birlikte kira sözleşmesinde ilişkinin birlikte kiracılardan ya da kiraya verenlerden biri için çekilmez hâle gelmesi arasında büyük bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki, TBK m. 331/I'de öngörülen sözleşmenin önemli sebeple feshedilebilmesini sağlayan hüküm, TMK m. 27'de düzenlenen kişiliğin korunması ilkesi bağlamından da anlam taşımakta; kiraya verenin kişiliğinin korunmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, tarafların iç ilişkisinde uygun bir çözüm bulunmadığı takdirde, birlikte kiracılardan ya da birlikte kiraya verenlerden sadece biri ya da birkaçı bakımından ortaya çıkan kira ilişkisini çekilmez hâle getiren önemli nedenin, tüm kiracıların ya da kiraya verenlerin sözleşmeyi olağanüstü feshi bakımından yeterli olduğu kabul edilmelidir<sup>[190]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinin, kira ilişkisinin devamını çekilmez hâle getiren önemli sebeplerden dolayı olağanüstü feshinde, söz konusu önemli sebepten kiracılardan ya da kiraya verenlerden sadece birinin, birkaçının ya da tamamının sorumlu olması önem taşımamaktadır. Nitekim birlikte kira sözleşmesinde kiracıların ya da kiraya verenlerin her biri; diğerleri bakımından ifa yardımcısı niteliğindedir. Bu sayede, somut olayda birlikte kira sözleşmesinin olağanüstü

[188] H. Schmid, s. 376.

[189] Weber, s. 177; Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 90; İnceoğlu, Cilt 2, s. 246.

[190] Weber, s. 177.

feshine neden olan önemli bir sebep ortaya çıkarsa, kira sözleşmesine sadık kalan tarafın fesih hakkı sınırlandırılmamış olur<sup>[191]</sup>.

### 3. Kiracının İflası Nedeniyle Fesih

Türk Borçlar Kanunu m. 332/I'e göre, kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için kendisine güvence verilmesini isteyebilir. TBK m. 332/II'ye göre ise, kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verdikten sonra, verilen süre içinde kendisine güvence verilmezse sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir.

Birlikte kira sözleşmesinde, kiraya veren; ancak kiracıların tamamının iflas etmesi veya kiracıların kira bedelinden sadece kısmen sorumlu olması yahut müteselsilen sorumlu kiracılardan birinin iflasının kendisi için somut bir tehlike oluşturduğunu ispat etmesi durumunda kendisine güvence verilmesini isteyebilir<sup>[192]</sup>. Dolayısıyla, kiraya veren, iflas eden kiracıyla birlikte kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olan diğer kiracının işleyecek kira bedellerini sözleşmenin tarafı olarak ödeme gücü olduğu açıkça anlaşılıyorsa, TBK m. 332/II'ye dayanarak kira sözleşmesini feshedemez<sup>[193]</sup>.

Birlikte kira sözleşmesinde, kiraya veren, TBK m. 332/II uyarınca göndereceği güvence verilmesine ilişkin olan ve uygun bir süre verilmesini içeren yazılı bildirimini, iflas masasıyla birlikte tüm kiracılara<sup>[194]</sup> ya da kiracıların oluşturduğu topluluğun yetkili temsilcisine göndermelidir.

### 4. Kiracının Ölümü Hâlinde Fesih

Türk Borçlar Kanunu m. 333 uyarınca, kiracının ölmesi hâlinde mirasçuları, yasal fesih bildirim süresine uyararak en yakın fesih dönemi sonu için kira sözleşmesini feshedebilir. Birlikte kirada, kiracılardan yalnız birinin ölmesi ve onun yerine mirasçılarının geçmesi durumunda, mirasçıların ve hayatta kalan kiracının kira sözleşmesini TBK m. 333 uyarınca feshedip edemeyecekleri konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Türk hukuk öğretisinde kabul edilen görüşe göre, kiracılardan yalnız birinin ölmesi ve onun yerine mirasçılarının

[191] Weber, s. 177; Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 86.

[192] Weber, s. 180; Weber-BaK, Art. 266h OR, N. 5; Gümüüş, s. 293; İnceoğlu, Cilt 2, s. 272-273; Aydın, s. 156.

[193] Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 89; H. Schmid, s. 376; İnceoğlu, Cilt 2, s. 272.

[194] İnceoğlu, Cilt 2, s. 273.



geçmesi durumunda birlikte kira sözleşmesinin TBK m. 333 uyarınca feshi mümkün değildir; ancak böyle bir durumda kira sözleşmesi önemli sebeple (TBK m. 331) feshedilebilir<sup>[195]</sup>. İsviçre hukuk öğretisinde de bir görüş, kiracılardan yalnız birinin ölmesi ve onun yerine mirasçılarının geçmesi durumunda, sözleşmenin TBK m. 333 (Art. 266i OR) uyarınca feshedilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>[196]</sup>. Bununla birlikte, İsviçre hukuk öğretisinde ağır basan görüşe göre, kiracılardan yalnız birinin ölmesi ve onun yerine mirasçılarının geçmesi durumunda, gerek mirasçılar gerekse de hayatta kalan kiracı beraberce kira sözleşmesini feshetme hakkına sahip olur ve kira sözleşmesini TBK m. 333'e (Art. 266i OR) göre feshedebilir<sup>[197]</sup>. Gerçekten de, TBK m. 333'te kanun koyucu mirasçılara kira sözleşmesini herhangi bir tazminat ödeme zorunluluğu olmaksızın olağanüstü feshedebilme imkânı tanımıştır. Böylece mirasçı kiracılar, kendilerini salt yükümlülük altına sokan bir kira sözleşmesini olağanüstü feshetme hakkına sahip olmaktadır. Belirtildiği üzere, birlikte kirada kira sözleşmesinin bütün kiracılar tarafından beraberce feshedilmesi gerekir ve birlikte kira sözleşmesinin kiracısı sıfatını kazanan mirasçıların, sağ kalan kiracıdan ayrı olarak kira sözleşmesini kısmen feshi mümkün değildir. Her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan bir kira sözleşmesinin kiracısı sıfatını kazanan mirasçıların TBK m. 333 uyarınca kira sözleşmesini tazminat ödemeksizin feshedebileceği kabul edilirken; birlikte kira sözleşmesinin kiracısı sıfatını kazanan mirasçıların kira sözleşmesini feshedememesi hakkaniyete uygun değildir. Zira birlikte kira sözleşmesinin kiracısı sıfatını kazanan mirasçıların kira sözleşmesini feshetmedeki menfaatleri; her iki tarafı da tek bir kişiden oluşan bir kira sözleşmesinin kiracısı sıfatını kazanan mirasçıların TBK m. 333 uyarınca kira sözleşmesini tazminat ödemeksizin feshetmedeki menfaatleriyle benzerdir. Bu nedenle, birlikte kira sözleşmesinde birlikte kiracılardan birinin ölmesi üzerine, ölen kiracının yerine geçen mirasçılarının ve söz konusu mirasçılarla arasında "birlikte kiracı" olma sıfatı bakımından bir bütünlük bulunan sağ kalan kiracının, beraberce kira sözleşmesini TBK m. 333'e göre feshedebileceğinin kabul edilmesi gerekir<sup>[198]</sup>. Ayrıca, birlikte kiracılardan birinin ölümünden sonra, genellikle birlikte kiracılar

[195] Erzurumluoğlu, Sona Erme, s. 63; Tandoğan, s. 237-238; Yavuz/Acar/Özen, s. 586; Aydın, s. 131; Kaya Kızılırmak, s. 595.

[196] SVIT-Komm, Art. 266i OR, N. 10.

[197] Hulliger, U./Heinrich, P.: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 -318 OR**, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 266i OR, N. 5; Weber-BaK, Art. 266i OR, N. 5; Permann-OFK, Art. 266i OR, N. 10; Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 88.

[198] Weber, s. 178-179; Weber-BaK, Art. 266i OR, N. 5.

arasındaki iç ilişki tasfiye aşamasına girer. Eğer kira sözleşmesi artık birlikte kiracılar bakımından yarar sağlamaz hâle gelirse, sağ kalan kiracı ve mirasçılar TBK m. 333'e dayanan feshi, iç ilişkinin tasfiye aracı olarak da kullanabilir<sup>[199]</sup>.

### C. Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmesinin Feshi Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

Aile konutunun kira sözleşmesi yoluyla temin edilmesi durumunda, eşlerden sadece biri kira sözleşmesinde kiracı olarak yer alabilir ve diğer eş kiralananndan eşiyile birlikte yararlanabilir ya da her iki eş de aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde kiracı taraf olarak bulunabilir. Eşlerden yalnız birinin kira sözleşmesinin tarafı olması durumunda, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini, sözleşmenin tarafı olan eş tek başına feshedebilir. Bununla birlikte, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetmek isteyen kiracı eşin, TBK m. 349/I ve TMK m. 194/I uyarınca, fesih konusunda eşinin açık rızasını alması zorunludur. Buna karşılık, eşlerin her ikisinin de aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde kiracı taraf olarak yer alması durumunda, kiracı yönünden birlikte kira sözleşmesinden söz edilir ve eşlerin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini yenilik doğuran bir hakkın kullanılması kapsamında birlikte feshetmesi gerekir. Bununla birlikte, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer alan eşlerin, kira sözleşmesinin feshine dair irade açıklamaları özellik arz eder. Gerçekten de, aile konutunun birlikte kiracısı olan eşler, sözleşmenin feshine önceden ve genel olarak rıza gösteremez. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinde, eşlerin sözleşmenin feshi konusunda uyuşmaları ve feshe ilişkin iradelerini birlikte açıklamaları gerekir. Aksi hâlde kira sözleşmesinin feshinde TBK m. 349/I ve TMK m. 194/I'de aranan diğer eşin açık rızasının alınması zorunluluğu yerine getirilememiş olur<sup>[200]</sup>. Eşlerden birinin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshine ilişkin iradesini açıklaması mümkün olmazsa ya da haklı bir sebep olmaksızın feshe ilişkin iradesini açıklamaktan kaçınırsa, TBK m. 349/II uyarınca, diğer kiracı eş, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir.

Birden fazla kişinin birlikte kiracı olarak yer aldığı bir kira sözleşmesinde, kira sözleşmesini feshetmek isteyen kiraya veren, feshe ilişkin bildirimini tüm kiracılara karşı yönelmek zorundadır; ancak söz konusu bildirim feshin yapıldığı topluluğun kurallına göre kabule yetkili olan tek bir kişiye gönderilmesi mümkündür. Kanun koyucu, kiraya verenin sözleşmenin feshine dair bildirimini göndereceği kişi bakımından aile konutuna ilişkin bir istisna öngörmüştür. Gerçekten de, TBK m. 349/III uyarınca, aile konutuna ilişkin kira

[199] Weber, s. 179.

[200] Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 131; H. Schmid, s. 376.

sözleşmesinde kiracı olarak yer almayan eşin, kiraya verene yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin birlikte kiracısı sıfatını kazanması durumunda kiraya veren, fesih bildirimle ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini her iki kiracıya da “ayrı ayrı” göndermek zorundadır. Bununla birlikte, TBK m. 349/III’te yer alan hükümden, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde kiracı olarak yer almayan eşin sadece “sonradan kiraya verene bildirimde bulunmak suretiyle” sözleşmenin tarafı hâline gelmesi durumunda, ihtarların eşlere ayrı ayrı gönderilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Aksine, aile birliğinin korunması amacıyla yola çıkılarak eşlerin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinde birlikte kiracı olarak yer aldığı her durumda, kiraya verenin, fesih bildirimle ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini her iki kiracı eşe de ayrı ayrı göndermek zorunda olduğu; yoksa feshin geçerli olmayacağı kabul edilmelidir<sup>[201]</sup>. Nitekim aile konutuna ilişkin kira sözleşmesi bakımından Kanun’da öngörülen hükümler, kira sözleşmesinde eşlerden yalnız birinin veya her ikisinin de kiracı sıfatıyla yer almasından bağımsız olarak, aile konutuna ilişkin tüm kira sözleşmeleri bakımından geçerlidir<sup>[202]</sup>.

---

[201] H. Schmid, s. 376.

[202] Higi-ZK, Vor. Art. 266-266o OR, N. 134.

## SONUÇ

Birlikte kira, kira sözleşmesinin en az bir tarafında birden fazla kişinin bulunmasını ifade eder. Birlikte kirada, sözleşmenin bir tarafını ya da her iki tarafını da gerçek veya tüzel kişiler oluşturabilir. Bir kira sözleşmesinin kiraya veren tarafında, birden fazla kişinin bulunmasının iki tipik örneği, kiralanan elbirliği ile malik olmak ve kiralanan belli paylarla malik olmaktır. Bir kira sözleşmesinde kiracı sıfatıyla birden fazla kişinin bulunmasının tipik örnekleri ise, kiracılar arasında elbirliği ya da evlilik birliği ilişkisinin bulunmasıdır. Eşlerin kiralanan konutta birlikte oturması durumunda, kiracı yönünden birlikte kiranın meydana gelmesi, eşlerin her ikisinin de kira sözleşmesini, sözleşmenin kiracı tarafını oluşturacak şekilde akdetmesine bağlıdır. Ayrıca sınırlı olarak eşlerin evlilik birliğini temsilen hem kendilerini hem de eşlerini kira sözleşmesinin kiracısı hâline getirmesi de mümkündür.

Birlikte kirada iç ilişkide geçerli olan hukuk kuralları, kiracıların ya da kiraya verenlerin oluşturduğu topluluk bakımından geçerli olan kurallardır. Birlikte kirada birden fazla kiracının ya da kiraya verenin kendi aralarındaki ilişki, söz konusu kişilerin oluşturduğu topluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenir. Birlikte kirada iç ilişki bakımından; topluluğun temsiline, yönetimine, topluluğun yapısındaki veya kiralananın mülkiyetindeki değişikliklere ilişkin birlikte kiracıların ya da kiraya verenlerin meydana getirdiği topluluğa uygulanacak kurallar belirleyicidir. Buna karşılık, birlikte kira sözleşmesinde dış ilişki, her iki tarafında da tek bir kişi bulunan kira sözleşmesinden kural olarak farklılık arz etmez.

Birlikte kira sözleşmesinde kiraya verenlerin asıl borçlarından biri, kiralananı kararlaştırılan tarihte ve sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmektir. Kiraya verenlerin kiralananı önemli ayıplarla teslim etmek istemesi durumunda, kiracı ifayı reddederek kiraya verenleri borçlunun temerrüdüne düşürebilir ya da kiralananı teslim alarak kiraya verenlerin ayıba karşı sorumluluğuna gidebilir. Birden fazla kiraya verenden her biri, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ya da kanunda aksi öngörülmedikçe, tüm kira bedeli alacağını talep edemez ve kiracı kira bedelini kiraya verenlerden sadece birine ödemekle borcundan kurtulamaz. Her bir kiraya veren, kira bedelinin sadece belirli bir oranının kendisine ödenmesini talep edebilir; kiracı da her bir kiraya verene kira bedelinin belirli bir oranını ödemekle kira borcundan kurtulabilir.

Birlikte kira sözleşmesinde kiracıların asıl borçlarından biri, kira bedelini ödeme borcudur. Bununla birlikte, birden fazla kiracının, kira bedeli ödeme borcundan müteselsil sorumluluğundan söz edilebilmesi için taraflarca bu hususun açıkça kararlaştırılması ya da kanunda bu konuya ilişkin özel bir hükmün

bulunması gerekir. Aksi hâlde, birlikte kiracılar kira bedelinin ödenmesinden kısmî olarak sorumludurlar. Birlikte kira sözleşmesinde kiracılar kiralananı aldıkları hâliyle geri vermekle yükümlüdür. Kiralananı aldıkları hâliyle geri vermeyen kiracılar, borcun ifa edilmemesi nedeniyle borca aykırılığa ilişkin hükümler uyarınca kiraya verene karşı sorumlu olur. Kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden zarar gören kiraya veren, kusurlu olarak kiralananı aldığı hâliyle geri verme borcunu yerine getirmeyen kiracılardan tazminat talep edebilir. Kiracılar arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan bir müteselsil sorumluluk hâli bulunmasa bile, kiracıların kiralananın alındığı hâliyle geri verilmemesinden doğan zarardan, müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilir.

Birlikte kira sözleşmesi bütünlük arz eden bir hukukî ilişki meydana getirdiğinden, sözleşmenin birkaç kiracı ya da kiraya veren tarafından yahut birkaç kiracı ya da kiraya verene karşı feshedilmesi mümkün değildir; birlikte kira sözleşmesinin bir bütün olarak feshedilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, birlikte kira sözleşmesinin kısmen feshi geçersizdir. Birlikte kira sözleşmesinin feshi, yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğindedir ve bu hak bölünerek kullanılamaz. Dolayısıyla birlikte kira sözleşmesinde, feshin bütün kiracılar ya da kiraya verenler tarafından veya bütün kiracılara ya da kiraya verenlere karşı gerçekleştirilmesi gerekir.

Birlikte kira sözleşmesinde kiracıların kira bedelini ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumunda, kiraya verenlerden her biri kiracıya süre verilmesine ilişkin olan ve verilen sürede kira bedeli ödenmezse kira sözleşmesinin feshedileceği uyarısını içeren yazılı bildirimini göndermeye yetkilidir. Kiracıya süre verilmesine ilişkin olan ve verilen sürede kira bedeli ödenmezse kira sözleşmesinin feshedileceği uyarısını içeren yazılı bildirim kiracılardan sadece birine gönderilmesi yeterlidir. Bununla birlikte, gönderilen yazılı bildirimde kiraya verenin sözleşmeyi feshedeceğine dair uyarısını tüm kiracılara yöneltmiş olması gerekir.

Birlikte kira sözleşmesinin önemli sebeple olağanüstü feshinde, ortaya çıkan önemli sebeplerin, kira ilişkisinin devamını tek bir kiracı ya da kiraya veren bakımından çekilmez hâle getirmesi bile kira sözleşmesinin tüm kiracılar ya da kiraya verenler tarafından olağanüstü feshedilebilmesine imkân verir. Ayrıca birlikte kira sözleşmesinin, kira ilişkisinin devamını çekilmez hâle getiren önemli sebeplerden dolayı olağanüstü feshinde, söz konusu önemli sebepten kiracılardan ya da kiraya verenlerden sadece birinin, birkaçının ya da tamamının sorumlu olması önem taşımamaktadır.

Birlikte kira sözleşmesinde, kiraya veren; ancak kiracıların tamamının iflas etmesi veya kiracıların kira bedelinden sadece kısmen sorumlu olması yahut müteselsilen sorumlu kiracılardan birinin iflasının kendisi için somut bir tehlike

oluşturduğunu ispat etmesi durumunda kendisine güvence verilmesini isteyebilir. Dolayısıyla kiraya veren iflas eden kiracıyla birlikte kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu olan diğer kiracının işleyecek kira bedellerini sözleşmenin tarafı olarak ödeme gücü olduğu açıkça anlaşılıyorsa, iflas nedeniyle kira sözleşmesini feshedemez.

Kiracılardan yalnız birinin ölmesi ve onun yerine mirasçılarının geçmesi durumunda, mirasçılar ve sağ kalan kiracı, beraberce kira sözleşmesini tazminat ödemeksizin olağanüstü feshedebilir.

**KAYNAKÇA**

ACAR, Faruk: **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)**, 2. Bası, İstanbul 2015.

AKYOL, Şener: **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul 2009.

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

ARPACI, Abdulkadir (HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona): **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992.

AYDEMİR, Efrail: **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2016.

AYDIN, Gülşah Sinem: **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333)**, İstanbul 2013.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2017.

BRÄM, Verena/HASENBÖHLER, Franz: **Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)**, 3. Auflage, Zürich 1998.

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

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Ankara 2015.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 4. Bası, Ankara 2014.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan: **Türk Hukukunda Adı Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Ankara 1972. (*Sona Erme*)

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Bası, İstanbul 2012.

HATEMİ, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1999.

HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: **Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht**, 2. Auflage, Bern 1999.

HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: **Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/2, Die Gütergemeinschaft, Art. 221-246; Die Gütertrennung, Art. 247-251 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten**, Bern 1996.

HAVUTCU, Ayşe: **Evlilik Birliğinin Temsili**, Ankara 2006.

HIGI, Peter: **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Auflage, Zürich 1994.

HULLIGER, Urban/HEINRICH, Peter: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 -318 OR**, 3. Auflage, Zürich 2016.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: **Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht**, Zürich 2008.

İKİZLER, Metin: “Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XX, Sayı 2, 2016, s. 25-59.

İNCEOĞLU, M. Murat: **Kira Hukuku Cilt 1**, İstanbul 2014.

İNCEOĞLU, M. Murat: **Kira Hukuku Cilt 2**, İstanbul 2014.

JUNGO, Alexandra: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG**, 3. Auflage, Zürich 2016.

KAHRAMAN, Zafer: **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-308)**, İstanbul 2017.

KAHVECİ, Nalan: **Alt Kira ve Kiranın Devri**, İzmir 2005.

KAISER, Martin: “Rechtliche Schwierigkeiten bei der Beendigung des gemeinsamen Mietvertrages”, **Jusletter**, 5 septembre 2016, s. 2-7.

KAYA KIZILIRMAK, Cansu: “Kira Sözleşmesinin Kiracının Ölümü İle Sona Ermesi”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul 2015, s. 587-607.



KOLLER, Thomas: “Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014”, **Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**, 152/2016, s. 1-58.

KRATZ, Brigitta: **Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Bern 2015.

KRAUSKOPF, Frédéric: **Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR**, Zürich 2016.

LEUTENEGGER, Bernard: “Urteil des Bundesgerichts 4A\_352/2012/4A\_358/2012 vom 21. November 2012”, **MietRecht Aktuell**, 3/13, s. 57-71.

LUPI THOMANN, Melania: **Die Anwendung des Konsumkreditgesetzes auf Miet-, Miet-Kauf- und Leasingverträge, Studien zum Verbraucherrecht Band/Nr. 10**, Zürich 2003.

MÜLLER-CHEN, Markus/GIRSBERGER, Daniel/FURRER, Andreas: **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich 2011.

OZANEMRE YAYLA, H. Tolunay: **Mirasın Paylaşılması**, Ankara 2011.

ÖKTEM ÇEVİK, Seda: **Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması**, İstanbul 2016.

ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 67, Sayı 2, 2009, s. 20-28.

ÖZEN, Burak: **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul 2008.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2015. (Aile)

ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya: **Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, 15. Bası, İstanbul 2017.

PERMANN, Richard: **Orell Füssli Kommentar, Mietrecht Kommentar Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften**, 2. Auflage, Zürich 2007.

SCHMID, Hans: “Der gemeinsame Mietvertrag”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 87/1991, s. 349-357; 374-377.

SCHMID, Jörg: “Die gemeinsame Miete-Ausgewählte Fragen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 01/2016, s. 31-41.

SCHRANER, Marius: **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, 3. Auflage, Zürich 2000.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2012.

SEROZAN, Rona: **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul 2014.

SİRMEN, A. Lâle: **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2014.

SVIT-Komm, **Das schweizerische Mietrecht Kommentar**, 3. Auflage, Zürich 2008.

TANDOĞAN, Hâluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/2**, 3. Bası, Ankara 1985.

TANRIVER, Süha: **Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması**, Ankara 2016.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Hâluk/ALTOP, Atilla: **Tekinay Eşya Hukuku Cilt I**, 5. Bası, İstanbul 1989.

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul 1974.

URAL ÇINAR, Nihal: **Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2014.

WEBER, Roger: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Achter Titel: Miete**, 6. Auflage, Basel 2015.

WEBER, Roger: **Der gemeinsame Mietvertrag**, Zürich 1993.

WEBER, Rolf H.: **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, 2. Auflage, Bern 2005.

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

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

# CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA KORUMA TEDBİRİNDE BELİRLİLİK İLKESİ\*

Hakan Serdar ÇÖPOĞLU\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-6629-0926>

**DOI:** 10.30915/abd.556954

**Makalenin Geldiği Tarih:** 27.09.2018 **Kabul Tarihi:** 01.12.2018

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktora Öğrencisi.



## ÖZ

Ceza muhakemesi hukukunda yer alan arama koruma tedbiri, başta özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ve konut dokunulmazlığı olmak üzere bazı temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale eder. Bu sebeple, temel hak ve özgürlüklerin korunması, arama tedbirinin keyfi uygulanmasının önüne geçilmesi için, arama tedbirinde belirlilik ilkesine uyularak, tedbirin sınırlarının çizilmesi zorunludur. Aksi uygulama, arama tedbirinin ve bundan elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelmesine yol açar.

**Anahtar Kelimeler:** Arama tedbiri, temel hak ve hürriyetler, belirlilik ilkesi, arama kararı, hukuka aykırılık.

THE PRINCIPLE OF PARTICULARITY  
IN SEARCH PROTECTION MEASURE  
IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

## ABSTRACT

Search, exist in Criminal Procedural Law, interfere in directly some fundamental rights and freedoms, especially right to privacy and inviolability of domicile. Therefore it is obligatory to draw the restrictions of search by obeying the principle of particularity for protection of fundamental rights and freedoms and preventing arbitrary treatment of search. Otherwise, search and evidences gathering by search caused to unlawfull.

**Keywords:** Search, fundamental rights and freedoms, the principle of particularity, search warrant, unlawfulness.

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinde, gizli saklı olan şüpheli veya sanığın ya da delillerin elde edilmesi amacıyla arama tedbirine başvurulur. Hatta denilebilir ki ceza muhakemesinde, maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli olan delillerin büyük bir bölümü arama tedbiri ile elde edilir. Ceza muhakemesinde bu denli önemli bir yere sahip olan arama tedbiri, koruma tedbiri olmasının da doğal bir sonucu olarak, bazı temel hak ve hürriyetlere, henüz hüküm verilmeden önce, doğrudan müdahale eder. Arama tedbirinin bu özelliği, tedbire başvurulurken, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ve sınırlanmasına yönelik ilkelere uyulmasını zorunlu kılar. Bu aşamada tedbirin sınırlarının çizilmesi önem kazanır. Bu da ancak belirlilik ilkesine uymak ile mümkün olur. Dolayısıyla tedbire başvurulurken neyin ya da kimin aranacağı belirlenmelidir. Aksi uygulama tedbirin hukuka aykırı hale gelmesine yol açarak ceza, tazminat ve delil hukuku anlamında bazı sonuçların doğmasına neden olur.

Çalışmamızda ilk olarak, genel olarak arama tedbirinden bahsedilecek, ardından “belirlilik ilkesi” ve buna aykırılığın sonuçları ele alınacaktır.

## I. GENEL OLARAK ARAMA KORUMA TEDBİRİ

Ceza muhakemesinde düzenlenen arama tedbiri, şüpheli veya sanığın, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, bir kimsenin konutunda, işyerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.<sup>[1]</sup>

Doktrinde, arama tedbirinin farklı tanımlarına rastlamak mümkündür: Kunter, ceza muhakemesinin amacına erişmesi maksadıyla, saklanan şüpheli veya sanığın ve delillerin ele geçirilmesi için bir kimsenin konutunda, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir<sup>[2]</sup>; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadıyla, saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir<sup>[3]</sup>; Yurtcan, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelere elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin

[1] Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.242.

[2] Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.720.

[3] Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013, s.1140; Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.377.

üzerlerinde yapılan bir işlemdir, bir araştırmadır<sup>[4]</sup>; Öztürk vd., şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemidir<sup>[5]</sup>; Ercan, suç işlenmesinin önlenmesi ya da işlenmiş bir suçun ve failinin ortaya çıkartılması, suç kanıtları ile müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla birini veya bir şeyi bulmaya yönelik araştırma faaliyetidir<sup>[6]</sup>; Özbek vd., kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunması halinde savcı tarafından yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken, işyeri ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir<sup>[7]</sup>; Centel/Zafer, şüpheli kişi veya delillerin ya da müsadere edilecek eşyanın ele geçirilmesi amacıyla ev veya diğer yerlerde araştırma yapılması işlemidir<sup>[8]</sup>; Yenidünya/İçer, bir suçun işlendiği şüphesinin ortaya çıkması üzerine, suç delillerinin yahut şüpheli veya sanığın elde edileceği hususunda makul şüphe sebeplerinin varlığına dayalı olarak, şüpheli, sanık ya da üçüncü bir kişinin üstü, eşyası, konutu ya da bu kimselere ait diğer yerlerde arama yapılması için müracaat edilen bir koruma tedbiridir<sup>[9]</sup>; Del Carmen, kişilerin üstünde, evinde ya da eşyasında delil olarak kullanılacak şeyleri ortaya çıkarmak amacıyla yapılan araştırma veya inceleme işlemidir<sup>[10]</sup> şeklinde tanımlamıştır.

[4] Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Ankara 2018, s. 397.

[5] Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer Sırma, Özge/ Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/ Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s.498; Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Güleç Soyler, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara 2017, s.114; Sırma, Özge, Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 34, Haziran 2009.

[6] Ercan, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmit 2018, s.199.

[7] Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.310; Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.17; Özbek, Veli Özer/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:1, Eylül 2006, s.149.

[8] Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2018, s.432; aynı yönde bkz. Yılmaz, Yeşim, Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Adli Arama, TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl:2016, s.253.

[9] Yenidünya, A.Caner/İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.363.

[10] Del Carmen, Rolando V., Criminal Procedure Law and Practice, USA 2010, s.194.

Yargıtay da arama tedbirini, şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi olarak tanımlamıştır.<sup>[11]</sup>

Arama tedbirine, hem idari amaçla suç işlenmesinden önce hem de adli amaçla suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla başvurulabilmektedir. Birincisine önleme araması [2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK) m. 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY<sup>[12]</sup>) m. 18-26], ikincisine ise adli arama [5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 116-122 ve AÖAY m. 5-17] adı verilir. Bunun yanında bir de CMK ile getirilen yeni bir düzenleme olarak bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde de arama tedbirine başvurulabilmektedir (CMK m. 134).

Tedbirin amacı, şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesidir.<sup>[13]</sup> (CMK m. 116, AÖAY m. 5).<sup>[14]</sup> Ceza muhakemesinin yürüyebilmesi için gerekli olan, nerede olduğu bilinmeyen şüpheli veya sanığın yakalanması ve delillerin elde edilmesi ancak arama tedbiri ile mümkün olabilmektedir.<sup>[15]</sup>

Tedbire başvurabilmek için, şüpheli veya sanığın yakalanacağına ve/veya delil elde edileceğine ilişkin makul şüphe (CMK m. 116) ve hâkim kararı veya yazılı emir şartlarının bir arada bulunması aranmaktadır (CMK m. 119/1). Bu iki şart gerçekleşmeden, mesela arama yapılacak kişi rıza gösterse bile, arama tedbirine başvurulamayacaktır.

Genel kural arama tedbirinin karar veya yazılı emirle yerine getirilmesi ise de bazı istisnai durumlarda arama tedbiri, karar veya yazılı emir olmadan da uygulanabilmektedir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

[11] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

[12] 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği.

[13] Wohlers, Wolfgang, Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar (Çev.: Kerem ÖZ), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015, s.206.

[14] Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinde de arama tedbirinin yakalama ve delil elde etme olmak üzere iki amacının olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yenisey, Feridun/Oktar, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Almanca Metin-Türkçe Çeviri, İstanbul 2015, s.126.

[15] Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler Cilt 1, Ankara 1957, s.106; Erem, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1979, s.515, Yenidünya/İçer, s.376.



Kural olarak, bizzat Anayasa'da (m. 20 ve 21) koruma altına alınan konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine doğrudan müdahale ettiği için, bu hakları korumak amacıyla konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama işlemi gündüz vakti yapılır (CMK m. 118/1, AÖAY m. 31/3).<sup>[16]</sup> Buna karşın, üst ve eşya araması ve kamuya açık alanlarda yapılan arama ise hem gündüz hem de gece vakti yapılabilir. Üst ve eşya araması gece vakti yapılabilirse de aramanın amacını tehlikeye sokan bir durum yoksa gündüz vakti yapılması daha doğrudur (AÖAY m. 31/2).

Kanun ve Yönetmelik'te düzenlenen istisnai hallerin oluşması şartıyla, kapalı yerlerde gece vakti de arama işlemi yapılabilecektir (CMK m. 118/2, AÖAY m. 31/3-a-d).<sup>[17]</sup> Buna göre suçüstü halinde, gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar, gece vakti de yapılabilir (CMK m. 118/2). Kanunda düzenlenen istisnai hükümler sınırlı olup, kıyas yoluyla genişletilemez.

Arama kararı veya emri alındıktan sonra ikinci aşama, arama işleminin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu bağlamda öncelikle arama işlemi, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, arama kararı veya emrinin sınırlarında, keyfilikten uzak, ölçülü ve insan haklarına uygun bir şekilde yerine getirilmelidir. Bunun denetimi amacıyla, arama işlemi sırasında arama tanığı bulundurulmalı (CMK m. 119/4) ve belirli kişilerin de aramada hazır bulunması (CMK m. 120/1 ve AÖAY m. 30/son) sağlanmalıdır.

Arama işlemi sonucunda, aramaya maruz kalan kimseye, talebi halinde bir belge verilir (CMK m. 121/1, AÖAY m. 12) ve işlem tutanağa bağlanır.

## II. ARAMA TEDBİRİNDE BELİRLİLİK İLKESİ

Arama, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale eden bir tedbir olması sebebiyle, tedbirin belirlilik ilkesine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur. Aksine, sınırları belirli olmayan arama işlemi, temel hak ve özgürlüklere keyfi müdahalenin önünü açacağı gibi hukuka olan güveni de zayıflatacaktır.

Arama tedbirinin sınırlarının belirli olması, hem karar veya emir üzerine hem karar veya emir alınmaksızın hem de rıza ile yapılan aramalar bakımından geçerlidir.

[16] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1225; Yenisey/Nuhoğlu, s.388.

[17] Alman CMK m. 104/1'de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. Yenisey/Oktar, s.128.

## A. GENEL OLARAK BELİRLİLİK İLKESİ

Hukuki belirlilik ilkesi, hem hukuk devletinin<sup>[18]</sup> bir unsuru olarak Anayasa’da hem de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir unsuru olarak da Anayasa’da ve 5235 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) düzenleme altına alınmıştır. Anayasal düzenlemeden amaç kısaca, yasa normun belirli; açık, anlaşılabilir olmasıdır.<sup>[19] [20]</sup> Ceza hukuku anlamında belirlilik ise kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olarak, suç ve ceza içeren normların kanunlarda açıkça düzenlenmesi gerekliliğini ifade eder [Anayasa m. 38, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 7/1, TCK m. 2].<sup>[21]</sup>

Arama tedbirinde belirlilik ilkesi, mevzuatta doğrudan düzenlenmemiştir. Yalnızca arama kararı veya emrinde yer alacak hususların düzenlendiği CMK m.119/2 ve AÖAY m. 7/7 hükmünde, “... hususlarının açıkça gösterilmesi gerekmektedir.” ifadesiyle belirlilik ilkesine vurgu yapılmıştır.

ABD Anayasası’nın arama ile ilgili Ek 4’üncü maddesinde ise “...özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.” ifadesiyle belirlilik ilkesi açıkça ifade edilmiştir.

Dolayısıyla arama tedbirinde belirlilik ilkesi, tedbirin sınırlarının belirli olmasını; neyin ya da kimin, hangi gerekçeyle, hangi zaman süresince ve nerede aranacağını, hem aramaya maruz kalan kişiler hem de arama işlemini yerine getirecek kolluk görevlileri bakımından, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını ifade eder.

Bu yönüyle arama tedbirinde belirlilik ilkesi, açıklık ve anlaşılabilirlik bakımından hukuki belirlilik ve kanunilik ilkesiyle benzerlik gösterse de normun bizatihi kendisine değil de uygulanmasına yönelik olması sebebiyle bu ilkelere ayrılmaktadır.

Tedbirin sınırlarının açık ve net bir şekilde çizilmesi, tedbirin bizzat Anayasa’da güvence altına alınan, devredilmez ve vazgeçilmez temel haklardan olan “özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi (m. 20)” ve “konut dokunulmazlığı (m. 21)” haklarına, henüz hüküm verilmeden önce, doğrudan müdahale etmesinin

[18] Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çağlar, Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, İstanbul 2013.

[19] Bu konuda bkz. Can, Osman, Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S.1-2 (2005).

[20] Belirlilik ilkesi ile ilgili olarak bkz. AYM’nin 28.2.2013 tarih ve 2012/116 E, 2013/32 K sayılı kararı, RG. 13.8.2013, 28734.

[21] Bu konuda bkz. Eşitli Aygün, Ezgi, Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2013, Sayı:104.

doğal bir sonucudur. Belirlilik ilkesine uyularak tedbirin sınırlarının çizilmesiyle bu haklar koruma altına alınabilecek, aksi halde bu haklar ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu sebeple çalışmamızda bahsi geçen temel hak ve hürriyetlerin korunması ve keyfilikğin önlenmesi amacıyla arama tedbirinin sınırlarının çizilmesini, “arama tedbirinde belirlilik ilkesi” olarak ifade etmeyi uygun bulduk.

## B. ARAMA TEDBİRİNDE BELİRLİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

### 1. Genel Olarak

Arama tedbiri, yukarıda da ifade edildiği üzere, kişi özgürlüğü, vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve elkoyma tedbiri ile birlikte mülkiyet hakkına, henüz hüküm verilmeden önce, doğrudan müdahale eden bir koruma tedbiridir.<sup>[22]</sup>

Bu sebeple arama tedbirine ilişkin hükümler, bizzat Anayasa’da (m. 20 ve 21) düzenleme altına alınmıştır.<sup>[23]</sup> Yine aynı sebeple, tedbire başvurmak suretiyle yapılan müdahalelerde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler ve güvenceler, gerek yargılama makamlarınca gerek kolluk kuvvetlerince dikkate alınmalıdır.

Bu bağlamda, temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale eden bir tedbirin uygulanmasında, hiçbir sınırın olmaması, keyfi, gelişigüzel davranılması düşünülemez. Dolayısıyla arama tedbirinde belirlilik ilkesine uygun olarak, tedbirin sınırının çizilmesi, ölçülülük ilkesinin de bir gereği olarak<sup>[24]</sup> en başta, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin sınırlandırılması ve keyfilikğin önlenmesi bakımından önemlidir.<sup>[25]</sup>

Belirlilik ilkesi, karar veya yazılı emir üzerine yapılan aramalarda, kendisini arama kararı veya emrinde ortaya koyar. Ancak karar veya emir olmaksızın yapılan aramalarda da bu ilkeye özen gösterilmelidir. Bir de hukukumuzda olmayan ancak mukayeseli hukukta yer alan “rıza ile (muafakatli) arama” durumunda da belirlilik ilkesi dikkate alınmalıdır.

[22] Koruma tedbirlerinin genel teorisi hakkında bkz. Kunter, Nurullah, “Tehlike Tedbirleri Genel Teorisi ve Para Cezaları için İcrai ve İhtiyati Haciz, İHFM, C. XXXIV, Y.1969, S.1-4.

[23] Toroslu/Feyzioğlu, s.283.

[24] Yerdelen, Erdal/Değerli, Yavuz Selim: “Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, İstanbul 2014, s.1357.

[25] Çelik, İsa, Postada Elkoyma, Ankara 2016, s.61; Sırma, s.36.

## 2. Arama Kararı veya Emri Üzerine Yapılan Arama İşlemi

### a. Genel Olarak

Arama tedbiri, kural olarak arama kararı veya emri üzerine yerine getirilir. Bu durumda, tedbirin sınırını arama kararı veya emri çizer ve arama işlemi de bu sınır içerisinde yerine getirilmelidir.

Bu bağlamda belirlilik ilkesinin bir gereği olarak<sup>[26]</sup>, arama kararı veya emrinin kapsamı, hem önleme hem de adli aramalar bakımından, denetime olanak sağlayacak şekilde belirli olmalı; neyin ya da kimin aranacağı, süresi, neye ilişkin olduğu vb. hususlar kararda yer almış, dolayısıyla sınırları çizilmiş olmalıdır.<sup>[27]</sup> Bu aynı zamanda, muhatap yönünden, arama kararının hangi şartlar altında ve hangi gerekçeyle alındığı hususunda hukuka uygunluk algısının oluşmasına da hizmet eder.<sup>[28]</sup>

Böylece, arama kararı veya emri somutlaşmış; neyin ya da kimin arandığı, hangi gerekçeyle arandığı vb. hususlar belirlenmiş olacaktır.<sup>[29]</sup> Örneğin, adam yaralama suçunda suçta kullanılan bıçağın veya bilgisayarda yapılan aramada çocuk pornografisine ilişkin görüntünün arandığı, kararda tam olarak belirtilmemelidir. Böylelikle hem arama yapacak olan kolluk görevlileri neyi veya kimi aramaları gerektiğini bilecek hem de aramaya maruz kalan kişi de neyin ya da kimin aranabileceği hususunda bilgi sahibi olacaktır.

Belirlilik kuralının aksine genel, sınırları çizilmemiş, keşif aramasına<sup>[30]</sup> yol açacak şekilde arama kararları verilemez. Karar veya emirde kişi, yer, süre vb. unsurlar bakımından genel bir arama yapılmasına yol açabilecek şekilde genel ifadeler kullanılması, hem temel hak ve özgürlüklere keyfi olarak müdahale edilmesine<sup>[31]</sup> hem de yapılan işlemin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır.<sup>[32]</sup>

[26] Aksoy, Şemsettin, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007, s.119.

[27] Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2018, s.388.

[28] *Yenidünya/İçer*, s.397.

[29] Gercke, Björn: "Avukat Büroalarının Aranması", Çev. Prof. Dr. Hakan Hakeri, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri*, Ankara 2011, s.153.

[30] Değirmenci, Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Ankara 2014, s.197.

[31] Ercan, s.207; Sırma, s.36.

[32] Bkz. Y. 7. CD., 12.03.2015, 2013/5178-23749 E-K sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)): "Somut olayda...aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna ulaşan keyfilğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı

Yargıtay da önleme araması yapılan yerin kararda bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşülmesi üzerine, o yere ilişkin karar olmadığını kabul ederek<sup>[33]</sup>, sınırları net olarak çizilmemiş arama kararının kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de genel olarak, sınırı çizilmeyen genel nitelikli arama kararlarının hukuka aykırı olduğunu<sup>[34]</sup> ancak, olayın özelliği, karmaşıklığı ve aciliyeti dikkate alınarak, sınırları genel olarak belirlenmiş arama kararlarının da verilebileceğini ifade etmektedir.<sup>[35]</sup>

Mukayeseli hukukta, CMK'sında böyle bir düzenleme yer almasa da<sup>[36]</sup> Alman hukukunda ve de ABD'de, arama kararının belirli olması gerektiği ifade edilmektedir.

ABD'de, genel arama kararlarının sebep olduğu hak ihlallerinin önüne geçmek amacıyla ABD Anayasası'na Ek Madde 4<sup>[37]</sup> eklenmiş ve arama kararında aranacak kişinin, yerin ve elkonulacak eşyaların açıkça tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>[38]</sup> Hatta o dönemde, boş çeklerin hamili tarafından istenildiği şekilde doldurulmasına mukabil, genel arama kararlarında bulunan kişi, yer

---

bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. O halde; Sulh Ceza Mahkemesinin adli aramasına ilişkin olarak verdiği karar hukuka aykırı olup, ... hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz.”

[33] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[34] Bkz. AİHM, Niemietz/Almanya, 16.12.1992, B.No: 13710/88, prg. 37: "... Mahkeme, hiçbir sınırlama getirilmeden, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiş olduğunu belirlemiş ve özel yaşama ve konuta saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır; aynı yönde Bkz. AİHM, Aydemir/Türkiye, 24.05.2011, B.No: 17811/04; Van Rossem/Belçika, 09.12.2004, B.No: 41872/98, prg. 45; Buck/Almanya, 28.4.2005, B.No:41604/98, prg. 50.

[35] AİHM, Sher ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 20.10.2015, B.No:5201/11, prg. 174.

[36] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.333 dn.315.

[37] ABD Anayasası Ek Madde 4: "Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara elkonulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir."

[38] Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.398.

ve eşya hanelerinin de polis memurları tarafından keyfi olarak doldurulduğu ifade edilmiş ve bu durum eleştirilmiştir.<sup>[39]</sup>

ABD’de arama kararı alınabilmesi için polis tarafından yeminli bir belge hazırlanmakta ve karara temel alınan yeminli belgenin de şüpheye yer veremeyecek biçimde tüm unsurları içermesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>[40]</sup> Hatta ABD Federal Yüksek Mahkemesi, arama kararının geçerliliğinin, arama kararından elde edilen bilgilerin geçerli olup olmamasına göre değerlendirilmesi gerektiğinin zorunlu olduğunu ifade etmiştir.<sup>[41]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, arama kararının belirli olmasının aramanın sınırlanması amacını gütmeyeceğini; bireyler hakkında yetkili makamların emriyle, görevlilerce ihtiyaçtan dolayı arama veya elkoyma yapılacağını ve bunun sınırlarını göstermeyi amaçladığını ifade etmiştir.<sup>[42]</sup> Hatta çalıntı eşya, silah gibi nitelendirmelerin de bu gerekliliği karşılamadığı, “revolver marka silah” gibi belirli tanımlamaların yapılmasının gerekli olduğu, bunun dışında kolluk görevlilerinin şüphe duydukları her şeyi arayamayacakları veya bunlara elkoyamayacakları hususu ifade edilmektedir.<sup>[43]</sup>

Bu bağlamda ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bazı kararlarında, çizilen sınırların aşıldığı arama işleminde, kişinin özel hayatına hukuka aykırı bir şekilde müdahale edildiğine karar vermiştir.<sup>[44]</sup>

## **b. Arama Kararı veya Emrinde Yer Alacak Hususlar**

Arama kararı veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi ve aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde buna elkonulup elkonulmayacağı hususlarının açıkça gösterilmesi gerekmektedir (CMK m.119/2 ve AÖAY m. 7/7).

[39] Samaha, Joel, *Criminal Procedure*, USA 2012, s.51.

[40] Del Carmen, s.197-198.

[41] *Maryland v. Garrison*, 480 U.S.79 (1987), aktaran Del Carmen, s.198.

[42] Bacigal, Roland J., *Criminal Law and Procedure An Overview*, USA 2009 s.179.

[43] Bacigal, s.179.

[44] Bkz. *Andressen v. Marylan*, *Arizona v. Hicks*, *Horton v. California*.

Arama kararı veya emrinde, arama yetkisinin yanında elkoyma yetkisi de verilebilir. Bu amaçla 5353 sayılı Kanunla, CMK'nın 119'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası değiştirilmiştir.<sup>[45]</sup> Aynı husus, AÖAY m. 7/7'de "Aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde el konulup konulamayacağını..." denilerek hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla arama kararı, elkoyma kararını da içerir hale gelmiştir.

Doktrinde, arama işlemi ayrıca elkoyma işlemi için de ayrı bir karar alınmasına gerek olmadığı, aranan eşyaya elkonulmasının işin doğasında bulunduğu, arama kararında elkoymaya ilişkin bir ibare bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir.<sup>[46]</sup> Her ne kadar arama tedbirinin devamında elkoyma tedbirine başvuruluyor olsa da elkoymaya ilişkin kararın da arama kararının içinde bulunmasında, belirlilik ilkesi bakımından fayda vardır.

ABD'de arama kararına esas alınan ve polis tarafından hazırlanan yeminli belge, aranacak kişi ya da elkonulacak eşyanın veya arama yapılacak yerin tarifini içerir. Yeminli belgede yer alan deliller elkonulacak eşyanın arama yapılacak yerdeki muhtemel konumunu da ortaya koymalıdır. Ayrıca yeminli belge, makul şüpheyi oluşturan spesifik olayları da delillendirmelidir.<sup>[47]</sup> ABD Federal Yüksek Mahkemesi, yeminli belgede bilgi veren kişinin güvenilirliğinin ve verdiği bilginin ortaya konulmasını da aramaktadır.<sup>[48]</sup>

Her arama kararı veya emri ile yalnızca bir defa arama işlemi yapılabilir, hatta yapılan arama tam olarak icra edilmese yarım kalsa bile<sup>[49]</sup> aynı karar ile tekrar

[45] Değişiklik gerekçesi: 119'uncu maddenin üçüncü fıkrasındaki "Arama sonunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127'nci maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır cümlesi metinden çıkarılmıştır. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir.

[46] Karakehya, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2014, s.211.

[47] Scheb II, John M./Scheb, John M., Criminal Law and Procedure, USA 2011, s.442; Del Carmen, s.196; Bacigal, s.176.

[48] Scheb II, Scheb, s.443.

[49] Uludere Cumhuriyet Başsavcılığınca, 2005 yılında, bir şahsın evinde esrar bulunduğu üzerine yapılan aramada bir şey bulunamamıştır. Aramayı yapan kolluk görevlileri ile birlikte oturup kahve içildiği sırada kolluk amirine gelen telefon üzerine tekrar arama yapılmış ve evin dışarıda çıkılan merdivenin altında el arabası ters çevrilerek bırakılmış olan 5800 gr. esrar bulunmuştur. Arama tanıklarının tutanağı imzadan imtina etmeleri ile olaydan haberdar olunmuş ve aramanın hukuka aykırı olması ve başkaca da delil olmaması sebebiyle kişi serbest bırakılmıştır. Bkz. Yerdelen/Değerli, s.1359, dn. 78.

arama yapılamaz.<sup>[50]</sup> Ancak, kararda gösterilmesi şartıyla bir karar ile birden fazla arama işlemi icra edilebilir.<sup>[51]</sup>

Ayrıca, arama kararı veya emri ilgiliye tebliğ edilmez (CMK m. 35/2).

### **aa. Aramanın Nedenini Oluşturan Fiil**

Ceza hukukundaki fiil kavramıyla ceza muhakemesi hukukundaki fiil kavramı birbirinden farklıdır.<sup>[52]</sup> Ceza hukukunda yer alan suç fiili, insandan kaynaklanan davranış kanununun gerekli gördüğü hallerde sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik ilişkisini ifade eden maddi unsur ile hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasını ifade eden manevi unsurdan oluşur.<sup>[53]</sup> Ceza muhakemesi hukuku anlamındaki fiil kavramı ise muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütünüdür.<sup>[54]</sup> Burada kastedilen ceza muhakemesi anlamındaki fiil kavramıdır.

Arama, suç şüphesi üzerine yapılacağından arama kararı veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil gösterilmelidir, ancak fiilin hukuki nitelemesinin yapılmasına gerek yoktur. Örneğin, çalıntı bir malın aranması durumunda suça konu fiilin hırsızlık suçuna mı yoksa yağma suçuna mı vücut verdiğinin belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

Fiil gösterilirken fiile ilişkin eldeki mağdur anlatımı, tanık beyanı, kamera kaydı gibi mevcut bilgiler ve deliller, tam olarak ortaya konulmalı; bu mümkün değilse “A’nın B’ye olan ... tarihli mektubu” gibi yaklaşık olarak tanımlanmalı veya en azından kişiselleştirilmelidir.<sup>[55]</sup>

Aramanın nedenini oluşturan fiilin gösterilmediği arama kararları hukuka aykırı olacaktır.<sup>[56]</sup> Uygulamada ise fiil anlatılmadan yalnızca ilgili kanun maddesinin gösterildiği görülmekte, böyle bir yaklaşım ise savunma hakkını zedelemekte, hatta neredeyse ortadan kaldırmaktadır.<sup>[57]</sup>

[50] Gercke, s.154.

[51] Özbek/Bacaksız, s.186.

[52] Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Göktürk, Neslihan, Fikri İçtima, Ankara 2013.

[53] Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018, s.131; Hafızoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.168.

[54] Göktürk, s.18.

[55] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.334.

[56] Bkz. yukarıda dn. 32.

[57] Önok, Rıfat Murat, Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, içinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, İstanbul 2015, s.277.



### bb. Aranılacak Kişi

Arama tedbiri şüpheli ya da sanığın yakalanması amacıyla yapılabilir (CMK m. 119, AÖAY m. 5). Bu durumda, şüpheli ya da sanığın kimlik bilgilerinin arama kararı veya emrinde belirtilmesi zorunludur.

Eğer şüpheli ya da sanığın kimlik bilgileri bilinmiyorsa bu durumda “hangisi” sorusuna cevap verecek şekilde kişisel özellikleri, eşkâl bilgileri, ayırt edici özellikleri tam olarak belirtilmelidir. Bu husus, bir başka kişinin haksız yere yakalanmasını önlemek bakımından önemlidir.<sup>[58]</sup>

Yukarıda sayılan iki hususa uyulmaması, yapılan arama işlemini hukuka aykırı hale getirir.<sup>[59]</sup> ABD de düzenleme bu yöndedir.<sup>[60]</sup>

Belirlilik ilkesi bakımından önemli bir husus da yalnızca arama kararı veya emrinde gösterilen kişinin aranabileceği, bunun dışındaki kişilerin aranamayacağıdır. Aksi uygulama yapılan arama işlemini ve bundan elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirir.<sup>[61]</sup>

Burada önemli bir nokta, aranan kişinin şüpheli ya da sanık statüsüne girmesinin zorunlu olduğudur. Dolayısıyla şüpheli veya sanık statüsüne girmemiş olan kişi hakkında arama tedbirine başvurulamaz. Bu nedenle şüpheli ve sanıklık statüsüne girmenin koşullarının da incelenmesinde fayda vardır.

### aaa. Şüpheli ve Sanık Statüsüne Girmenin Şartları

Ferden veya kimlik bilgileri itibariyle bilinen gerçek kişiler, şüpheli ve sanık olabilir. Dolayısıyla şüpheli veya sanık statüsüne girmek için gerçek kişi olmak ve belli olmak şartlarının bir arada bulunması gereklidir.

Suçun faili ve cezanın muhatabı yalnızca gerçek kişiler olabileceğinden, şüpheli ve sanık ancak gerçek kişi olabilir, tüzel kişiler şüpheli ve sanık olamaz.<sup>[62]</sup> Doğal olarak gerçek kişinin hayatta olması da zorunludur.

[58] Aydın, Murat, Arama ve Elkoyma, Ankara 2012, s.40.

[59] Bkz. yukarıda dn. 32.

[60] Rule 41(e) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

[61] Y. 21. CD., 14.01.2016, 2015/5179 E, 2016/308 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)): “...Bu bağlamda, sanığın evinde yapılan arama sırasında eşine ait arabada sahte belgelerin bulunduğu ilişkin makul şüphenin ortaya çıkması halinde, sanık hakkında alınmış olan arama kararı ile eşine ait arabada arama yapılması mümkün değildir.”

[62] Toroslu/Feyzioğlu, s.144.

Tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda ise şüpheli veya sanık sıfatını, tüzel kişinin organı veya temsilcisi alır (CMK m. 249).<sup>[63]</sup>

Şüpheli veya sanık sıfatını ancak belli olan kişiler alabilir, meçhul, kim olduğu bilinmeyen kişiler bu sıfatı alamaz. Ferden bilinmekle, kimlik bilgilerinin bilinmiyor olması farklı kavramlardır. Ferden bilinmek, “hangisi” sorusuna cevap verebilmek, pek çok kişi arasından gösterilebilmektir.<sup>[64]</sup>

Yukarıda da açıklandığı üzere, arama tedbirinin uygulanabilmesi için de kişinin “hangisi” sorusuna cevap verebilecek şekilde biliniyor olması dahi yeterlidir. Uygulamada, görgü tanıklarının verdiği ifadelerden yola çıkılarak, kişinin eşkâli belirlenebiliyor, diğerlerinden ayrılabilen özellikleri gösterilebiliyorsa bilinme kriteri karşılanmış demektir. Aksi halde kişinin ismen biliniyor olmasını aramak, arama koruma tedbirini uygulanamaz hale getirir.<sup>[65]</sup>

### **bbb. Gaiplik ve Kaçaklığın Şüpheli ve Sanık Statüsüne Etkisi**

Gaip, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen ve getirilmesi uygun bulunmayan sanıktır (CMK m. 244/1). Kaçak ise hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişidir (CMK m. 247/1).

Kural olarak sanık hazır olmadan yargılama yapılmaz. Ancak CMK buna gaiplik (CMK m. 244-246), sanığın yokluğu (CMK m. 194, 195, 196, 200, 204) ve kaçaklık (CMK m. 247-248) olmak üzere üç istisna getirmiştir.

Gaip hakkında duruşma açılmaz ancak, delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemler yapılır (CMK m. 244/2). Kaçak hakkında ise soruşturma ve kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez (CMK m. 247/3). Dolayısıyla gaip ve kaçak olmak, şüpheli ve sanık statüsüne girmeye engel olmadığından, her ikisi hakkında da arama tedbirine başvurulabilir.

[63] Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Özen, Muharrem, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:1, Yıl:200, s.63-88.

[64] Toroslu/Feyzioğlu, s.144; Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s.370.

[65] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ankara 2016, s.379; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s.135; Eryılmaz, Mesut Bedri: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012, s.502; Özbek/Bacaksız, s.166.

### ccc. İsnat (Kusur) Yeteneğinin Şüpheli ve Sanık Statüsüne Etkisi

İsnat yeteneği, anlama ve isteme yeteneğinin varlığını zorunlu kılar. Anlama yeteneği, bireyin davranışının sosyal değerinin farkına varabilmesidir. İsteme yeteneği ise bireyin davranışını serbestçe belirleyebilme ve kendi yargısına göre yapması gerekli olanı isteyebilmek yeteneğidir.<sup>[66]</sup>

İsnat yeteneği, ceza yaptırımına muhatap olabilmek için suçun failinde bulunması gereken bir niteliktir. Dolayısıyla isnat yeteneğinden yoksun kişilerin fiilleri suç, kendileri de suçun faili olabilmekte, yalnızca ceza yaptırımından muaf tutulmaktadır.<sup>[67]</sup>

İsnat edilebilirliğin ortadan kalktığı ya da azaldığı durumlar TCK m. 31-34 arasında yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma olarak düzenlemiştir.

Bu bağlamda, isnat yeteneği olmayan kişiler de şüpheli veya sanık statüsüne girebilirler.<sup>[68]</sup> Bu kişiler hakkında kovuşturma yapılamaması, kovuşturma yapılsa bile haklarında cezaya hükmedilememesi, yalnızca güvenlik tedbirleri uygulanabilmesi<sup>[69]</sup>, bu kişilerin şüpheli veya sanık statüsüne girmelerine engel değildir.<sup>[70]</sup>

Doktrinde, isnat (kusur) yeteneği olmayan kişilerin şüpheli ve sanık sıfatıyla arama işlemine tabi olamayacakları ancak, diğer kişiler sıfatıyla arama işlemine tabi tutulabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>[71]</sup> Kanaatimce, şüpheli ve sanık statüsüne giren bu kişiler hakkında da arama tedbirine başvurulabilmelidir.

[66] Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.396; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.383.

[67] Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s.402; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s.389.

[68] Bıçak, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2018, s.665; Ökten, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.27; Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2008, s.472.

[69] Doğan, Duygu Çağlar, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, Yıl: 2011, s.172.

[70] Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2018, s.329 dn. 411.

[71] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.318; Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.239; Özbek/Bacaksız, s.166; Baki, Yunus: Adli Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.72.

### **ddd. Ceza Muhakemesi Şartları, Şüpheli ve Sanıklık Statüsü ve Arama Tedbiri**

Muhakeme şartları, suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve mevcut suç hakkında muhakeme yapılabilmesini sağlayan kurumlardır.<sup>[72]</sup> Muhakeme şartının bulunmaması muhakemeye engel olur, ancak bulunması muhakeme yapılmasını gerektirmez.<sup>[73]</sup> Bunlardan bir kısmı, şikâyet ve izin gibi, her türlü muhakeme faaliyetine engel olur; diğer bir kısmı sanığın akıl hastası ve gaip olması gibi, sadece kovuşturmayaya engel olur.

Bu çerçevede, her türlü muhakeme faaliyetine engel olan şart söz konusu olduğunda, şüpheli ve sanıklık statüsü de söz konusu olmayacak; buna karşın yalnızca dava şartının ve kovuşturmayaya engel olan şartın bulunması durumunda ise şüpheli statüsüne girilebilecektir.<sup>[74]</sup>

Konuyu arama tedbiri bakımından değerlendirecek, soruşturma aşamasında, şartın gerçekleşme ihtimali yoksa (örneğin diplomatik dokunulmazlığın kalkması gibi), hiçbir soruşturma işlemi, bu arada arama işlemi de yapılamayacaktır. Ancak şartın gerçekleşme ihtimali varsa, soruşturma işlemleri, arama işlemi dâhil, yapılabilir.<sup>[75]</sup> Bu bağlamda kişi hakkında, kovuşturma engeli varsa tutuklama tedbirine başvurulmayacağından, yakalama amaçlı arama tedbirine de başvurulmamalıdır.<sup>[76]</sup>

### **cc. Aranılacak Eşya**

Delil amaçlı arama, şüpheli ve sanığa ait eşyada ve araçta yapılabilir. Belirtilik ilkesi gereği arama yapılacak eşyanın ve aracın tam olarak belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi zorunludur.

### **aaa. Genel Olarak**

Eşya, maddi bir varlığa sahip olan, taşınabilir ve delil olma niteliğine sahip olan her şeydir.<sup>[77]</sup>

---

[72] Toroslu/Feyzioğlu, s.53.

[73] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.71.

[74] Özbek/Bacaksız, s.166.

[75] Şahin, Ceza Muhakemesi, s.58-59.

[76] Yenisey/Nuhoğlu, s.382; Doğan, s.172.

[77] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.327; Özbek, s.117; Özbek/Bacaksız, s.177.

Eşya araması, şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye ait her türlü taşınabilir malda, delil elde etmek amacıyla, gözle veya elle yapılan araştırma işlemidir.

Örneğin kişinin çantasının, valizinin, yanında bulunan ancak giymemiş olduğu elbisesinin, kitaplarının, defterlerinin, belgelerinin, kâğıtlarının, mobilyalarının, aracının aranması bu kapsamdadır. Para da eşya kapsamında değerlendirilir.

Eşyanın kişinin mülkiyetinde ve yanında bulunması şart değildir; zilyetliğinde ve himayesi altında bulunuyor olması da yeterlidir.<sup>[78]</sup> Dolayısıyla emanetçi-deki veya birisinin refakati altındaki bir eşya, bankada bulunan kasa da arama tedbirinin konusunu oluşturabilir.

Konutta veya işyerinde bulunan eşyalar bakımından ise konutta veya işyerinde aramaya ilişkin hükümler uygulanır. Dolayısıyla arama kararı veya emrinin konut veya işyerini içerecek şekilde alınmış olması gereklidir. Aksi halde yalnızca eşya araması amacıyla kapalı yerlere girilmesi söz konusu olamaz.

Belirlilik ilkesi gereği, aranılacak eşyanın ne olduğu veya neyle ilgili olduğu<sup>[79]</sup> tam olarak belirtilmelidir.<sup>[80]</sup> Örneğin, “çalıntı eşya” gibi belirsiz bir ifade yerine “X marka 25 inch ekran LCD televizyon” gibi belirli bir ifade kullanılmalıdır.<sup>[81]</sup>

Ancak her zaman aranacak eşyanın ne olduğu teker teker belirtilemeyebilir. Bu durumda, buna gerek olmadığı yönündeki aksi görüşe rağmen<sup>[82]</sup>, en azından tür olarak (uyuşturucu madde, silah vb.) belirtilmesi doğru olacaktır. Arama işleminin ölçülü bir şekilde yapılabilmesi ve belirlilik ilkesinin uygulanabilmesi

[78] Yılmaz, s.277.

[79] Samaha, s.179.

[80] AİHM, İliya Stefanov/Bulgaristan, 22.8.2008, B.No: 65755/01, prg. 41: “Ancak mahkeme, gerek arama kararı başvurusunun gerekse arama kararının kendisinin başvurusunun bürosunda hangi belge ve maddelerin elde edilmesinin beklendiği veya bunların soruşturma ile nasıl bir ilgerinin bulunduğu belirtilmediğine işaret etmektedir... Mahkemenin içtihatlarına göre, arama kararları uygulanabilir olduğu kadar etkisini makul sınırlarda tutmaya yönelik biçimde düzenlenmelidir...” Bkz. Çev: Araş.Gör. Mualla Buklet Soygüt Arslan, İliya Stefanov v. Bulgaristan Davası: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme” ile İlgili Bir Kararı: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Ankara 2011, s.121.

[81] Del Carmen, s.198.

[82] Keskin-Kızıroğlu, Serap: “Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s.149.

için bu gereklidir. Uygulamada ise buna dikkat edilmediği ve bütün eşyaların çuvala doldurulması gibi bir uygulamaya başvurulduğu görülmektedir.<sup>[83]</sup>

Bunun yanında üçüncü kişiler nezdinde yapılacak olan delil elde etme amaçlı arama kararında, aranan münferit delilin, hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde somutlaşmış olması gereklidir.<sup>[84]</sup> Bu husus, üçüncü kişilerin aranmasında olayların<sup>[85]</sup> varlığını arayan CMK hükmünün de doğal bir sonucudur (CMK m. 117/2).

AİHM bir kararında, geniş ve belirsiz nitelikteki arama emirlerinin polise hangi belge ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı verdiği gerekçesiyle ve diğer gerekçelerle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>[86]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi de zaten yasak olan kaçak eşya gibi eşyaların arama kararında genel olarak belirtilmesine karşı çıkmamakta ancak, ABD Anayasası Ek Madde 1 çerçevesinde din ve ibadet, ifade, basın, toplanma ve dilekçe hakkını ilgilendiren kitap, gazete, dergi vb. eşyaların genel olarak listelenmesini ise kabul etmemektedir.<sup>[87]</sup>

Aranılacak eşyanın şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye ait olması da önemli bir kriterdir. Bu bağlamda, belli bir kişiye aidiyeti ortaya konulamayan veya çöpe atılan eşya gibi terk edildiği açıkça anlaşılan eşya üzerinde yapılan araştırma işlemi, arama olarak değerlendirilemez. Ancak, yapılan işlem özel hayata müdahale niteliği taşıyorsa; örneğin evde veya otel odasında bulunan çöpe atılmış eşya üzerinde delil araştırması yapılması gibi, yapılan işlem arama olarak değerlendirilir.<sup>[88]</sup> ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bir eşyanın terk edildiğinin kabul

[83] Önok, s.278.

[84] Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s.504.

[85] Burada geçen olay ifadesini "delil" olarak anlamak gerektiği hakkında bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s.284; Özbek/Bacaksız, s.167; Yılmaz, s.260.

[86] AİHM, Smirnov/Rusya, 7.6.2007, B.No:71362/02: Başvuru konusu olayda müdafiliğini üstlendiği bir grup davalı sebebiyle başvuru avukatının evinde arama yapılmış, bir takım belgelere ve bilgisayarının anakartına elkonulmuştur. AİHM kararında; ...verilen arama emrini geniş ve belirsiz olduğu, polise hangi belge ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı verildiği...Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Akbey, Evren: Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.75.

[87] United States v. Guarino, 729 F.2d 864, 865 (1st Cir.1984). Bkz. Scheb II, Scheb, s.445.

[88] Özbek, s.118; Yılmaz, s.277; Doğan, s.167.

edilebilmesi için o eşyanın hem fiziksel hem de zihinsel olarak terk edilmesinin ve kamuya açık bir alana bırakılmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme *Abel v. U.S.* (1960) kararında, komünist ajan Rudolf Abel'in otel odasından çıkış işlemlerinin ardından, FBI ajanları tarafından otel odasında bulunan çöp sepetinin içindeki kâğıtların incelenmesi işlemini, otel odasından çıkmakla çöp sepetinde bulunan kâğıtlar üzerindeki özel hayat beklentisinden de vazgeçildiği gerekçesiyle, arama olarak kabul etmemiştir.<sup>[89]</sup> Yine kişinin çöp konteynıra attığı çöpleri üzerinde yapılan inceleme de arama sayılmaz. Buna karşın, kişinin konutunda ya da özel alanında bulunan ve henüz dışarıya atmadığı ya da terk etmediği çöpleri üzerinde yapılan araştırma işlemi de arama olarak nitelendirilir. Burada önemli olan kriter, kişinin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi konusundaki beklentisini ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır.<sup>[90]</sup> Bu bağlamda, yanlışlıkla düşürülen eşyanın terk edildiğinden söz edilemez. Hatta ABD Federal Yüksek Mahkemesi, polis denetiminden gizlemek için arabanın içinden atılan eşyanın terk edilmiş sayılamayacağına karar vermiştir.<sup>[91]</sup>

### bbb. Araçta Yapılan Arama

Araç araması (PVSK m. 4/A), Yönetmelik'te özel olarak düzenlense de (AÖAY m. 29) aslında bir çeşit eşya aramasıdır ve eşya araması ile ilgili olarak yukarıda ifade edilenler, araçta yapılan arama için de geçerlidir. Ancak aracın, konut veya işyerinde bulunması durumunda bu yerlerde arama yapılmasına ilişkin hükümler uygulanır.<sup>[92]</sup>

Araç, her türlü nakil vasıta ve taşıtlarını (AÖAY m. 4), otomobil, tren, gemi, uçak gibi kara; hava ve deniz ulaşım ve nakil araçlarını kapsar.

Araç araması, dışarıdan bakıldığında görülebilen araç içi ile kapalı olan torpido ve bagaj gibi bölümlerde araştırma yapılmasıdır. Araç araması sırasında araçta bulunan kişilerin kaba üst araması yapılabilirse de buna dayanarak üst ve eşya araması yapılamaz. Araçta yapılacak aramalarda da belirlilik ilkesi gereği, aranacak aracın plakası, markası ve modeli de tam olarak belirtilmelidir.

[89] Samaha, s.72, ayrıca bkz. *California v. Greenwood*, 486 U.S.35, 108 S.Ct.1625, 100 L.Ed.2d 30 (1988). Bkz. Scheb II, Scheb, s.435.

[90] Yenisey, Feridun, *İnsan Hakları Açısından Arama*, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995, s.8; Del Carmen, s.292.

[91] *Smith v. Ohio*, 494 U.S.541,543–544, 110 S.Ct. 1288, 1290, 108 L.Ed.2d 464, 468 (1990). Bkz. Scheb II, Scheb, s.434.

[92] Ercan, s.207; Önok, s.266.

Araç araması, aracın durdurulduğu ilk yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Ancak detaylı inceleme yapılması gereken hallerde, araç başka yere götürülerek de arama yapılır. Deniz şartları sebebiyle arama yapmak mümkün olmaz veya ayrıntılı arama yapmak gerektiği halde, deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek, arama işlemi burada yapılır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verecek şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Arama esnasında, araçta neyin neden arandığı hususu ilgiliye açıklanır. Aramada rastlanan özel kâğıt ve zarflar açılmaz, açılrsa dahi okunmaz. Bunun tek istisnası, zarfın içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimalidir. Örneğin içinde uyuşturucu madde bulunduğundan şüphelenilen zarf açılabilir ve içinde inceleme yapılabilir. Boş araçlar arandığı takdirde, aracın üzerine arama yapıldığını belirten bir not bırakılır ve bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu husus, kişinin yapılan işlemden haberdar olması ve başvuru yollarını kullanabilmesi bakımından önemlidir. Yapılan arama neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse kişi yakalanır. Bu durumda yakalamaya ilişkin hükümler uygulanır.

Araçta yapılan arama işlemi gece de yapılabilir (AÖAY m. 29/son). Doktrinde, haklı olarak, aracın dışarıdan bakıldığında görülen yerler dışında kalan bagaj vb. kapalı alanların özel alan olarak kabul edilmesi, dolayısıyla, kapalı alanlarda gece vakti arama yapılamayacağı kuralına araçların da tabi olmasının gerekli olduğu, bu sebeple AÖAY m. 29/son hükmünün, Kanun ve Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmektedir.<sup>[93]</sup> Bu takdirde, gece yapılan arama, hem haksız arama suçuna vücut verecek hem de elde edilen delillerin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır.<sup>[94]</sup> Ancak önleme aramaları bakımından, gece arama yapılması yönünde bir sınırlama söz konusu değildir.

Mevzuatımızda PVSK m. 4A/6<sup>[95]</sup> ile kolluğa, durdurma sonrası, kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle araçta arama yapma yetkisi verilmiştir. Ancak, Anayasa'nın yazılı emir şartını

[93] Şen, Ersan, Araç Araması, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:214, Ekim 2013, s.15.

[94] Şen, Araç Araması, s.17.

[95] "Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. **(Ek cümleler: 27/3/2015-6638/1 md.)** Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, **acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir.** Kolluk amirinin kararı yirmi dört



getiren amir hükmüne aykırı ve keyfi uygulamalara kapı açabilecek nitelikte<sup>[96]</sup> olan bu hüküm, Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından isabetli bir kararla iptal edilmiştir.<sup>[97]</sup>

Bunlara karşın, araçların kontrol maksadıyla durdurulması ve sonrasında dışarıdan incelenmesi<sup>[98]</sup> veya park halindeki araçların dışarıdan bakıldığında içinin görünen kısımlarının incelenmesi arama sayılmaz. Kolluk bu esnada şüphe sebebine rastlarsa arama kararı veya emri olarak arama işlemini yapmalıdır.

Ayrıca, dışarıdan bakıldığında terk edildiği belli olan araçta yapılan araştırma işlemi de arama sayılmaz. Ancak, park halinde bulunan araçta yapılan araştırma işlemi ise kişinin özel hayat beklentisi devam ettiği için, aramadır ve gerekli usule uyularak yapılmalıdır.

Buna ilave olarak, araç, bir suç sebebiyle olay yeri incelemeye de konu olabilir ve bu halde aracın dışarıdan bakıldığında görülen yerlerinde yapılan inceleme de arama sayılmaz. Ancak, aracın kapalı olan bölümlerinde arama yapmak için karar veya emre ihtiyaç vardır.<sup>[99]</sup>

ABD’de araçlarda yapılan arama işlemi, özel hayat beklentisinin düşük olduğu gerekçesiyle, arama kararı olmaksızın yapılan istisnai aramalardan bir tanesidir. Bunun yanında, araçlarda kaçak eşya veya delil olduğu yönünde makul şüphe olduğu durumlarda da arama kararı olmaksızın araçta arama yapılabilir. Araçlarda yapılan arama, yolcu kompartımanlarını, torpido gözünü ve bagajı da içine almaktadır. Ancak konteynırlarda arama yapılabilmesi için orada delil olabileceğine dair makul şüphe bulunmalıdır. Aksi halde araçlarda yapılan arama konteynırlarda da arama yapılmasını kapsamayacaktır.<sup>[100]</sup> Bunun

---

saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.”

[96] Şen, Ersan, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Değişikliği, <http://www.polisinsesi.com/adli-ve-onleme-aramalari-yonetmeliği-değişikliği/4059/> Erişim tarihi: 08.12.2016; Yılmaz, s.278.

[97] AYM’nin 4.5.2017 tarih ve 2015/41 E ve 2017/98 sayılı kararı. Karar, Resmi Gazete’de yayımlanma tarihi olan 3 Ağustos 2017 tarihinden 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir.

[98] Kunter/Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1127.

[99] Y. 9. CD., 14.3.2016, 2015/1397 E, 2016/2404 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)): Karara konu olayda herhangi bir karar olmaksızın araçta yapılan aramada aracın torpido gözünde uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Y.9.CD., karar alınmaksızın yapılan arama işleminin ve bundan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunda karar vermiştir.

[100] Samaha, s.220.

yanında araçlarda yapılan arama, delilleri gizleyebileceği gerekçesiyle yolcuların eşyalarının aranmasını da kapsamaktadır.<sup>[101]</sup>

Ayrıca ABD’de, yanlış yere park ettiği için çekilen ya da terk edilmiş halde bulunan araçlarda kontrol ve değerli eşyaların koruma altına alınması maksadıyla yapılan araştırma işlemi, arama olarak kabul edilmemektedir.<sup>[102]</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gerekli olan husus, kontrol adı altında arama yapılmamasıdır.<sup>[103]</sup>

#### **dd. Aramanın Yapılacağı Konut veya Diğer Yerin Adresi**

Arama tedbiri konut veya eklentilerinde de uygulanabilir. Bu durumda konut veya eklentisinin tam olarak belirlenmesi zorunludur.

#### **aaa. Genel Olarak**

Karar veya emirde, arama yapılacak konut, işyeri veya diğer yerlerin adresi, daire numarasına kadar, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde<sup>[104]</sup> tam olarak belirtilmelidir. Karar veya emirde gösterilmeyen konut veya diğer yerlerde arama işlemi yapılamaz. Örneğin mahalledeki bütün evlerin ya da apartman-daki bütün konutların aranması kabul edilemez.<sup>[105]</sup> AİHM de Türkiye aleyhine verdiği bir kararında bu hususa vurgu yapmıştır.<sup>[106]</sup>

Arama işlemi sırasında daire numarasının yanlış olduğu tespit edilirse bu arama kararına dayanılarak arama işlemi yapılamaz, yeni bir arama kararı alınması gereklidir.

[101] *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S.295 (1999). Bkz. Samaha, s.221.

[102] *Scheb II*, *Scheb*, s.434.

[103] *Scheb II*, *Scheb*, s.435.

[104] *Del Carmen*, s.198.

[105] *Yenisey/Nuhoğlu*, s.387; ayrıca bkz. yukarıda dn. 32.

[106] Bkz. AİHM, *Aydemir/Türkiye*, 24.05.2011, B.No: 17811/04: “AİHM, arama tedbirine bir tünel yoluyla tutukluların hapisten kaçmalarını engel olmak amacıyla başvurulduğunu değerlendirmektedir. Hâkimin hangi delillere dayanarak arama kararını çıkardığı açık bir şekilde ortaya konulamamış, yalnızca emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı hususunu tespit etmektedir. Burada, sadece cezaevi yakınlarında bulunan kırk dokuz adresle ilgili yoğun bir polis operasyonu yapıldığını not etmektedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale, sistematik bir biçimde cezaevinin hemen yakınında bulunan tüm evleri hedef alan bir tedbirdir.”

Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, aranılacak yerin adresi tam olarak belirtilemezse eldeki mevcut bilgilerle, o yerin tam olarak tarif edilme-  
siyle yetinilebilir. Örneğin, sokağın sonunda sağda bahçe içinde bulunan tek  
katlı ev gibi. Ancak bu durum istisnaen başvurulabilecek bir yoldur; asıl olan  
aranılacak yerin adresinin, tam olarak belirtilmesidir.<sup>[107]</sup> Ayrıca bu durumda,  
gecikmede sakınca bulunduğu hususu kararda gerekçelendirilmeli; gerekli  
çabanın gösterilmesine rağmen tam adrese ulaşılamadığı, ayrıntılı bir araştırma  
yapılması durumunda ise tedbirin uygulanamayacağı ya da uygulanırsa bile  
beklenen faydayı vermeyeceği hususları ortaya konulmalıdır.

### bbb. Konut Kavramı

İngiliz hukukunda kabul edilen bir deyim vardır: “Ev bir insanın kalesidir”.  
Bu sebeple insan evinde, her yerde olduğundan daha çok korunma beklentisi  
içindedir.<sup>[108]</sup>

Konut dokunulmazlığı başta olmak üzere, temel hak ve hürriyetlere doğrudan  
müdahale eden konutta arama tedbirinin sınırlarının belirlenmesi bakımından,  
öncelikle konut kavramının açıklanmasına ihtiyaç vardır.

Öncelikle ceza hukukundaki konut kavramı, Türk Medeni Kanunu (TMK)’da  
düzenlenen yerleşim yeri, konut ve aile konutu kavramlarından farklıdır ve  
daha geniş bir anlama sahiptir. Yerleşim yeri veya ikametgâh, bir kimsenin  
sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir ve bir kimsenin aynı zamanda birden  
çok yerleşim yeri olamaz (TMK m. 19/1,2). Konut (TMK m. 186), barınmaya  
elverişli olan sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz  
bölümlerdir. Örneğin bir evin odası, otel odası, baraka, karavan, gemi karavanası  
yerler konut kavramı içinde değerlendirilir.<sup>[109]</sup> Aile konutu (TMK m. 194) ise  
eşlerin birlikte seçtikleri, burada ortak bir yaşam merkezi oluşturdukları ve bu  
hususun üçüncü kişilerce de anlaşıldığı yerdir.<sup>[110]</sup> Ceza hukuku açısından konut  
kavramının ise yerleşim yeri, müşterek konut ya da aile konutu olması zorunlu  
değildir. Bu anlamda, sürekli kalma niyeti olmaksızın sadece yazın kullanılan  
ev; fiilen oturulsa bile sürekli kalınmayan otel odası, çadır vb. yerler de birer  
konut olarak kabul edilir.

Konutun bir dar bir de geniş anlamı vardır. Dar anlamda konut evdir, yani  
gece dinlenmesine ve evsel ihtiyaçlara tahsis edilmiş olan yerdir. Geniş anlamda

[107] Aydın, s.40.

[108] Scheb II, Scheb, s.433.

[109] Yargıtay HGK, 28.9.2011, 2011/2-447 E, 2011/556 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[110] Yargıtay HGK, 28.9.2011, 2011/2-447 E, 2011/556 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

konut ise bireyin kendi faaliyetine tahsis ettiği, konut ihtiyacını karşıladığı her yerdir.<sup>[111]</sup>

Doktrinde baskın görüş, konutun geniş anlaşılması yönündedir.<sup>[112]</sup> Konut dokunulmazlığı ile korunan mekân olarak konut olmayıp kişinin özgürlüğü olduğu dikkate alındığında konut kavramı, kişi özgürlüğüyle doğru orantılı olarak geniş anlaşılmalı<sup>[113]</sup>; özgürlük hakkının daralmasına yol açacak şekilde anlaşılmamalıdır. Konut, dar anlamda ev olarak anlaşıldığında ise koruma yalnızca bu özellikteki yerlerle sınırlı olacak; ikametgâh olarak kabul edildiğinde ise kişinin ikametgâhı dışında kullandığı otel odası gibi yerler koruma dışında kalacaktır.<sup>[114]</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) konut kavramını, “devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” şeklinde tanımlamıştır.<sup>[115]</sup>

AİHM de konutu, AİHS’nin 8’inci maddesi bağlamında, kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer olarak tanımlamaktadır. Buna göre yaşanan her yer; tatil evi, işyeri, geçici veya uzun süreli kalınan her yer konut olarak değerlendirilebilir. Hatta mahkeme, aynı zamanda konut olarak kullanılan işyerlerini de konut olarak değerlendirmektedir.<sup>[116]</sup>

[111] Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2018, s.98.

[112] Toroslu, *Özel Kısım*, s.98.

[113] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.322; Özbek/Bacaksız, s.170; Keskin-Kızıroğlu, Serap, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Ankara 2010, s.44; Okuyucu-Ergün, Güneş: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010, s.42.

[114] Özbek, s.108; Özbek/Bacaksız, s.170.

[115] YCGK, 21.06.1993 tarih ve 155-184 E-K sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[116] Kilkelly, Ursula: *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları Elkitapları, No.1, Ankara 2007, s.19; Aksoy, s.41.

### ccc. Konut Kavramının Unsurları

Bir yerin konut sayılabilmesi için, devamlılık gösteren, meşru bir tahsis iradesi olmalıdır.<sup>[117]</sup>

İlk olarak bir yerin kişi tarafından özel kullanıma tahsis edilmesi ve bunun da dışarıdan bakıldığında anlaşılıyor olması<sup>[118]</sup> gereklidir. YCGK, bir kararında bu hususa vurgu yapmıştır.<sup>[119]</sup> Bu bağlamda barınma, yatıp kalkma ve istirahat etmeye ayrılmış ve fiilen kullanılan<sup>[120]</sup> yerler konut olarak kabul edilir.<sup>[121]</sup>

Bunun için bir yerin bir ya da birden fazla kişi tarafından kullanılıp kullanılmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Birden fazla kişi tarafından ortaklaşa kullanılan apartman dairesi her biri bakımından konut sayıldığı gibi, her bir odası ayrı bir kişi tarafından kullanılan apartman dairesinin odaları da o kişiler yönünden konuttur.<sup>[122]</sup>

Tahsis iradesinin sürekli olması da gerekmez. Örneğin, gece kalınmaksızın, sadece özel davetler için ayrılan yerler de bu anlamda konuttur.<sup>[123]</sup> Ayrıca, konutun geçici veya sürekli kullanılmasının da bir önemi yoktur.<sup>[124]</sup> AİHM, *Gillow vs. Birleşik Krallık* kararında, sahip oldukları evden 19 yıldır uzakta olan davacıların, söz konusu yeri de AİHS'nin 8'inci maddesi bağlamında konut olarak kabul edebileceklerine karar vermiştir. Mahkeme gerekçe olarak, her ne kadar uzakta olsalar da başvuruçuların bu gayrimenkulle olan ilişkilerini

[117] Okuyucu-Ergün, s.42-51; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.323; Özbek, s.109.

[118] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.53.

[119] YCGK'nun 27.12.1993 tarih ve 1993/4-169 E, 1993/354 K sayılı kararı: "Eklenti veya konut sahipleri, bu yerlerin eklentilerine ait olduğunu, izinsiz girilmesinden rahatsızlık duyacaklarını dış dünyaya yansıtmalıdırlar. Tahsis gayesinin bazı maddi engellerle belirtilmesi yeterlidir. Konut veya eklentiyi dış dünyadan ayırıcı belirtiler, o yer sahibinin yaşama biçimi, mevcut olanakları, sosyal ve ekonomik durumu ile kültürel ve yöresel özellikleri, gelenek ve göreneklerine göre farklılık gösterebilir. Bu husus, olaysal olarak değerlendirilmeli, tayin ve takdir edilmelidir. Örneğin, bahçenin etrafına çekilen duvar izinsiz girişi önleyecek bir engel olduğu gibi, kapı önüne yapılan sahanlık veya avluyu çevreleyen ve çit görevini yapan çiçeklik ya da sınıra açılan hark, asılan girilmez yazısı bu yere girmenin istenmediğini, ayrımı gösteren bir başka belirtidir".

[120] Şahin, Ceza Muhakemesi, s.330.

[121] Yenisey, s.21.

[122] Okuyucu-Ergün, s.43.

[123] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.47.

[124] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.46.

konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmalarını göstermiştir.<sup>[125]</sup> Bu bağlamda, yurt dışında yaşayan Türklerin, Türkiye’de bulunan ve yılın belirli bir döneminde kullandıkları evler<sup>[126]</sup> birkaç günlüğüne kalınan otel odası, birkaç saat yolculuk yapılan tren kompartımanı da konut olarak değerlendirilmelidir.

Bu yerin bina olması da gerekmez. Karavanlar, gemi kabini, kayık, mavna, çadır, baraka<sup>[127]</sup> da birer konuttur. Bu yerlerin üstü kapalı olabileceği gibi, açık da olabilir.<sup>[128]</sup>

Yine bu amaca tahsis edilmesi koşuluyla mağara, ahır, hayvan damı, peri bacası da konuttur.<sup>[129]</sup>

Umuma açık yerler, umuma açık oldukları sürece, konut sayılamazlar; ancak bu yerlerin oturmaya ayrılmış yerleri de konut sayılır. Örneğin lokanta, kahvehane, sinema, tiyatro gibi yerlerin herkesin kullanımına açık olmayan yerleri konut sayılamasa da oturmaya, dinlenmeye ayrılmış yerleri konut sayılır.<sup>[130]</sup>

Resmi daireler konut olarak kabul edilemezler. Ancak resmi dairede kişilerin yatması için ayrılmış yerler, konut olarak kabul edilir.<sup>[131]</sup> Örneğin, köy okulunun öğretmeni tarafından, dersler bittikten sonra barınma amacıyla kullanılan okul binası, o öğretmen için konuttur.

Tahsis iradesi, özgür iradeye dayanmalıdır. Kişinin özgür iradesinin olmadığı yerde kişi özgürlüğünün ve onun bir yansıması olan konut dokunulmazlığının korunmasının hukuken bir önemi kalmayacaktır.<sup>[132]</sup> Bu bağlamda, ceza evlerinde ki mahkûmların kaldığı hücreler ile askerlerin kaldığı kışlalar, bu kişiler bakımından konut sayılmaz. Ancak orada çalışanlara ayrılan özel yerler ise onlar bakımından konut olarak kabul edilir.<sup>[133]</sup>

[125] Kilkelly, s.19.

[126] Kilkelly, s.19; Aksoy, s.66.

[127] Y. 8. CD, 15.11.2017, 2017/19902 E, 2017/12756 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)): “...arama yapılması yönündeki talep sonucu Kızıltepe Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile sanığın eşi...ile birlikte kaldığı...ilçesi...köyündeki tarlada bir oda ve mutfaktan oluşan baraka tipi konutun içinde...”.

[128] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.47; Okuyucu-Ergün, s.44.

[129] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.48.

[130] Okuyucu-Ergün, s.45-46.

[131] Özbek, s.108; Özbek/Bacaksız, s.171.

[132] Okuyucu-Ergün, s.47.

[133] Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016, s.207; Aksoy, s.66.

Ayrıca bir yerin konut olarak kabul edilmesi için bu yerin yalnızca mülkiyet hakkına dayanılarak kullanılması zorunlu değildir; zilyetliğe dayalı olarak kullanılan yerler de konut olarak kabul edilebilecektir.<sup>[134]</sup> Örneğin kiracının kullandığı ev de konuttur.

İkinci olarak bir yerin konut olarak tahsis edilmesi yönündeki iradenin başlamış ve hâlihazırda devam ediyor olması gereklidir.<sup>[135]</sup> Dolayısıyla bir yer konut olarak tahsis edilmemişse veya tahsil edildikten bir süre sonra bu irade sona erdirilmişse, o yerin konut olduğundan bahsedilemez. Örneğin, boş bir kulübe, henüz inşa halindeki bina, terk edilmiş ev, kullanılmayan apartman daresi konut olarak kabul edilmez.<sup>[136]</sup> Ancak konut olarak tahsis edildikten sonra geçici olarak kullanılmayan yerler ise konut sayılır. Örneğin yazlık ev konuttur. Dolayısıyla konut sahibinin orada bulunup bulunmamasının da bir önemi yoktur.

Üçüncü olarak tahsis iradesi meşru olmalıdır. Çünkü hukuk, hukuka aykırı durumları korumaz.<sup>[137]</sup> Bu bağlamda, bir evin işgal edildiği durumda tahsis iradesinin meşruluğundan bahsedilemez.<sup>[138]</sup>

### **ddd. Eklenti Kavramı**

Eklenti de konut kavramına dâhildir ve burada yapılan araştırma işlemleri için konutta arama yapılmasına ilişkin hükümler uygulanır.

Eklenti kavramından ne anlaşılması gerektiği, nelerin bu kavrama dâhil olduğu hususları Kanun'da belirtilmemiş, doktrin ve mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Eklentinin korunmasındaki amacın konutun korunması olduğu kabul edildiğinde, içine girildiği takdirde konuttakilerin huzur ve sükûnunu bozabilecek yerler eklenti olarak kabul edilmelidir.<sup>[139]</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Yargıtay'a göre, "...eklenti, konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar ve yerlerdir. Bir başka anlatımla rıza dışında içine girilmesi konutta oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar ve yerlerdir. Eklentiyi belirlerken göz

[134] Özbek/Bacaksız, s.171.

[135] Okuyucu-Ergün, s.48.

[136] Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.207; Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.451-52; Aksoy, s.66.

[137] Toroslu, Özel Kısıım, s.98.

[138] Toroslu, Özel Kısıım, s.98.

[139] Toroslu, Özel Kısıım, s.99.

*önünde tutulacak ölçü, içerisine girilmekle kişi huzur ve güvenliğinin bozulmuş olup olmayacağıdır...*"<sup>[140]</sup> Bu çerçevede kiler, bodrum, garaj, kömürlük, evin bahçesi birer eklentidir<sup>[141]</sup> ve bu yerlere rıza hilafına girilmesi, konuttakilerin huzur ve sükûnunu bozacaktır.<sup>[142]</sup>

Bu anlamda bir yerin eklenti sayılabilmesi için, konuta bitişik veya çok yakın olması, konutla aralarında bir bağlantı bulunması, etrafının çit, duvar vb. aşılması güç engellerle çevrilmiş olması şart değildir. Ancak dışarıdan bakıldığında kişinin tahsis iradesini ortaya koyan işaretlerin varlığı gereklidir.<sup>[143]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında bir yerin eklenti olarak kabul edilebilmesi için, eve olan mesafesi, etrafının çevrili olup olmayışı, kullanım amacı, herkesin doğrudan gözetlememesi için hangi önlemlerin alındığı kriterlerini esas almaktadır. Yüksek Mahkeme U.S. v. Dunn (1987) kararında bu kriterleri uygulamış ve evden çok uzakta olan, etrafı çevrili olmayan, ailenin amaçları için kullanılmayan ve herkesin doğrudan gözetlememesi için gerekli önlemler alınmayan ambarın, el feneri ile penceresinden içinin gözetlenmesi işlemini arama olarak kabul etmemiştir.<sup>[144]</sup>

### **eee. İşyeri ve Eklentisi Kavramı**

İşyeri kavramı; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ekonomik kazanç esas alınarak (m. 11), 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyetin yapıldığı yerler olarak (m. 156), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla örgütlenen bir organizasyon olarak (m. 3), 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir önceki Kanun'a benzer bir şekilde işveren tarafından oluşturulan bir organizasyon olarak (m. 2) ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ise sigorta kavramı esas alınarak sigortalıların işlerini yaptıkları yer olarak (m. 11/2) tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere işyeri kavramı her bir Kanun tarafından, uygulama alanları dikkate alınarak tanımlanmıştır.

CMK'da ise işyeri kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak burada amacın temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğu göz önüne alındığında, konut kavramına kıyasen, geniş anlamıyla mesleki faaliyetin yürütülmesine tahsis edilen

[140] YCGK., 21.06.1993, 4-155/184; YCGK., 11.03.1991, 4-25/67; YCGK., 07.03.1988, 4-605/74. Bkz. Okuyucu-Ergün, s.58, dn. 190.

[141] Ercan, s.206;Şahin, Ceza Muhakemesi, s.330; Özbek, s.108; Özbek/Bacaksız, s.171.

[142] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.322-323.

[143] Toroslu, Özel Kısım, s.99.

[144] Samaha, s.71-72; Del Carmen, s.285.



yer ile bunun eklentileri<sup>[145]</sup>, işyeri olarak kabul edilmelidir. Alman Hukukunda da işyeri kavramı bilimsel, sanatsal, sınaî ve benzeri faaliyetlerin yapıldığı yer olarak kabul edilmektedir.<sup>[146]</sup>

AİHM de işyeri kavramını, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında, konuttan saymaktadır.<sup>[147]</sup> Alman Anayasa Mahkemesi de konut kavramını işyerini de kapsayacak şekilde kabul etmektedir.<sup>[148]</sup> Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun düzenlendiği TCK m. 116/2'de işyerleri ve eklentileri de belirli şartlarda, konut olarak kabul edilmektedir.<sup>[149]</sup>

Bu anlamda işyerinin küçük ya da büyük olması, organizasyon şeklinde örgütlenmesi, kazanç gayesi gütmesi şart olmamakla<sup>[150]</sup> birlikte, faaliyetinin devamlılık arz etmesi zorunludur.

Bu bağlamda tamirhane, fabrika, imalathane, eğlence ve spor yerleri, muayenehane, otel, pazar yerinde pazarcılara ayrılan yerler ile ürün satmak için kullanılan taşıtların hepsi birer işyeridir. Ancak taşıma aracı olan kamyon işyeri olarak kabul edilemez. Bunun yanında bir taşıt aracı aynı zamanda ürün satmak amacıyla kullanılıyorsa işyeri sayılmalıdır.<sup>[151]</sup> Avukatın bürosu ise işyeri olmakla birlikte özel hükümlere tabidir (CMK m. 130, Avukatlık Kanunu m. 58).

Aynı şekilde işyerinin eklentileri de işyeri kavramına dâhildir. İşyerinin eklentisi, konutun eklentisi kavramına kıyasen, içine girildiği takdirde işyerindekilerin huzur ve sükûnunu bozabilecek yerlerdir. Yine bir yerin eklenti sayılabilmesi için, işyerine bitişik veya çok yakın olması, işyeriyle aralarında bir bağlantı bulunması, etrafının çevrilmiş olması şart değildir; yalnızca eklenti olduğunun dışarıdan bakıldığında anlaşılır olması gereklidir. Bu anlamda otelin yemek salonu, fabrikada çocuk emzirmek için ayrılmış yerler vb. de işyerinden sayılır.

[145] Ercan, s.206; Özbek, s.110.

[146] Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.61.

[147] AİHM, Niemietz/Almanya, 16.12.1992, B.No: 13710/88, prg. 30; aynı yönde bkz. AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, B.No:23145/93, 25091/94, prg. 696.

[148] Özbek, s.110.

[149] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Okuyucu-Ergün, s.53-56; Keskin-Kızıroğlu, Konut Dokunulmazlığı, s.60-71.

[150] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.323; Özbek, s.111; Özbek/Bacaksız, s.172.

[151] Özbek/Bacaksız, s.172.

### fff. Diğer Yer Kavramı

Diğer yerler, konut ve işyeri kavramına dâhil olmayan ancak özel mülkiyete tabi olan taşınmazlardır. Taşınır mallar diğer yer kavramı içinde değerlendirilmez.<sup>[152]</sup>

Bir yerin bu kapsamda kabul edilebilmesi için, o yerin özel mülkiyete tahsis iradesinin dışarıdan bakıldığında anlaşılması gereklidir. Böylece kişinin haklı bir özel hayat beklentisi söz konusu olur ve arama kararı veya emri olmadan buralarda arama yapılamaz.<sup>[153]</sup>

Bu bağlamda bu yerlerin başkalarının serbestçe girişine karşı koruma altına alınmış olması<sup>[154]</sup>, üstlerinin kapalı olması gerekli olmasa da, etrafının çit, duvar, tel örgü, çalı, taş, çukur vb. doğal veya yapay engeller ile çevrilmiş olması gereklidir.<sup>[155]</sup> Ancak özel mülkiyete tabi olduğu herkesçe bilinen yerlerin etrafının çevrilmesine gerek yoktur.<sup>[156]</sup>

Bu anlamda konut veya işyeri ile bağlantılı olmayan bodrum, garaj, kömürlük, kiler, samanlık, depo gibi yerler ile tarla, bağ, bahçe gibi yerler bu kapsamdadır. Ayrıca yeni inşa halindeki ev de diğer yer olarak kabul edilebilir.

İnfaz kurumlarında yer alan odalar da diğer yer sayılır. Ancak buralarda Ceza ve İnfaz Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 36/1 gereğince, hükümlülerin üst ve eşyasında, habersiz olarak her zaman arama yapılabilir, her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Bu hüküm, tutuklu ya da hükümlünün özel hayat alanının kısıtlı olduğunun kabulünün bir sonucudur.<sup>[157]</sup>

### ee. Karar veya Emrin Geçerli Olacağı Süre

Arama kararı veya emri, karar veya emirde gösterilen süre boyunca arama yapma yetkisi verir; kararda belirtilen sürenin geçmesiyle birlikte arama yapma yetkisi de ortadan kalkar. Özellikle uygulamada karşılaşılan ve kolluk tarafından karakol kurma olarak adlandırılan, bir eve girip o eve gelecek kişileri bekleyerek yapılan yakalama uygulaması hukuka aykırıdır.<sup>[158]</sup>

[152] Şahin, Ceza Muhakemesi, s.330.

[153] Scheb II, Scheb, s.433.

[154] Turhan, s.240; Özbek, s.111; Özbek/Bacaksız, s.172.

[155] Özbek, s.111; Özbek/Bacaksız, s.172.

[156] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.324.

[157] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.324; Özbek/Bacaksız, s.172.

[158] Ünver/Hakeri, s.389.

Arama kararının geçerli olacağı sürenin, her olayın özelliğine göre makul bir süre olarak belirlenmesinde fayda vardır.<sup>[159]</sup> Aksine, olayın özelliği ile uyumlu olmayan, geniş kapsamlı sürelerin belirlenmesi, hâkime ait olan yetkinin kolluğa devri anlamına geleceği gibi<sup>[160]</sup>, yapılan işlemi hukuka aykırı hale de getirebilir.<sup>[161]</sup>

Belirlenen süre, arama kararı veya emrinde, “1 gün” şeklinde gösterilir. Sürenin belirlenmesinde, olaya ilişkin makul şüphenin devam ediyor olması önemlidir. Bu sebeple arama işleminin makul şüphenin devam ettiği kısa süre içinde yapılmasında fayda vardır.<sup>[162]</sup> Belirlenen süre sonunda arama kararı veya emri hükümsüz hale gelir; dolayısıyla buna dayanarak arama işlemi icra edilemez.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan aramalarda, arama emrinin geniş bir zaman dilimini kapsamaması, aramanın mahiyeti ile uyumlu değildir; bu durumda arama emrinin en kısa sürede icra edilmesi gereklidir.<sup>[163]</sup>

Karar veya emirde sürenin gösterilmemesi, işlemi doğrudan hukuka aykırı hale getirmez; ancak bu durumda, dürüst işlem ilkesi gereği, arama işleminin mümkün olan en kısa süre içinde yapılması gereklidir.<sup>[164]</sup> Aksine arama işleminin, haklı bir neden olmaksızın, uzunca bir zaman sonra yapılması yapılan işlemi hukuka aykırı hale getirebilir.<sup>[165]</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi, hâkim tarafından verilen arama kararının, ceza takibatıyla görevli makamların arama kararlarını depodan çıkarmalarının önüne geçmek amacıyla<sup>[166]</sup> en fazla 6 ay süreyle geçerli olacağına, bu sürenin sonunda ise hükümsüz olacağına karar vermiştir.<sup>[167]</sup>

[159] Özbek/Bacaksız, s.185.

[160] Aydın, s.41; Kandıra Sulh Ceza Mahkemesinin 2010/129 Değişik İş Nolu Kararı: ...ayrıca talep yazısında arama kararı istenen saatin sabah 06.00 ile akşam 19.00 saatleri arasını kapsayacak şekilde belirtilmiş olduğu, 13 saatlik süreyi kapsayan bu talebin şüphelinin üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti göz önüne alındığında bu talebin yerinde olmadığı kabulü gerekmektedir... Bkz. Akbey, s.67.

[161] Aydın, s.55.

[162] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1230; Yenisey/Nuhoğlu, s.387; Bakım, Sevi, Arama, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:164, Ağustos 2016, s.4173.

[163] Aydın, s.41.

[164] Aydın, s.55.

[165] Aydın, s.55.

[166] Wohlers, s.211.

[167] Özbek/Bacaksız, s.185 dn. 60.

Bunun yanında arama kararı, soruşturmaya konu olan olayların, karar alındıktan sonra esaslı bir şekilde değişmesi halinde, belirlenen süreden önce de hükümsüz hale gelebilecektir.<sup>[168]</sup> Yukarıda da ifade edildiği üzere, aramaya dayanak olan olayların güncelliği önemlidir. Örneğin, suçta kullanılan silah, kendiliğinden getirilip soruşturma makamlarına teslim edilmişse bu amaçla alınan arama kararı hükümsüz hale gelecektir.

ABD’de arama işleminin, karar alındıktan itibaren en geç on gün içinde yapılması gerekmektedir.<sup>[169]</sup> Bunun yanında ABD’de, farklı bir uygulama olarak ileri tarihli arama kararları da verilebilmektedir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi, aramanın yapıldığı anda gerekli şartları taşıması koşuluyla, ileri tarihli arama kararı düzenlenmesini hukuka uygun bulmaktadır.<sup>[170]</sup> Bu türlü aramalara, genellikle ileri tarihte, bir yere, bir paketin gönderileceğinin öğrenilmesi gibi durumlarda başvurulmaktadır.<sup>[171]</sup>

#### ff. Önleme Arama Kararı veya Emrinin Kapsamı

Önleme araması, sulh ceza hâkiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin vereceği yazılı emir üzerine yerine getirilir (PVSK m. 9/1, AÖAY m. 20/2).

Önleme araması karar veya emrinde de belirlilik ilkesinin bir gereği olarak; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir (PVSK m. 9/3, AÖAY m. 20/3).

Aramanın belirli olabilmesi için sayılan unsurların karar veya emirde açık ve anlaşılır bir şekilde yer alması zorunludur. Yargıtay, önleme araması yapılan yerin kararda bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşülmesi üzerine, o yere ilişkin karar olmadığını kabul etmiştir.<sup>[172]</sup> Ancak sayılan unsurlar karar veya emirde yer alsa da önleme aramasına ilişkin kararlar, genel, uzun süreli, geniş ve belirsiz bir alanı kaplamamalı, toplu arama kararları verilmemelidir.<sup>[173]</sup>

[168] Gercke, s.154.

[169] Rule 41(e) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

[170] United States v. Grubbs, 547 U.S.90, 126 S.Ct. 1494, 164 L.Ed.2d 195 (2006). Bkz. Scheb II, Scheb, s.447; Del Carmen, s.197.

[171] Bacigal, s.179.

[172] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)) .

[173] Şubat 2014’te, Ankara 10. Sulh Ceza Hâkimliğinin Ankara’nın 6 ilçesinde 15 gün süreyle üst, özel kağıt, araç ve eşya araması yapılmasına ilişkin kararı, Çiğli Kaymakamlığının 11 Şubat 2014 tarihli ve 11 Şubat 2014 Salı günü saat 08.00’den 5 Nisan 2014 Saat

Aksi halde verilen kararlar, görünürde kanuna uygun olsa bile hukuka aykırı olacaktır.<sup>[174]</sup> Nitekim İstanbul Üniversitesi'nde, Rektörlüğün talebi üzerine, 01.12.2010 günü saat 10.00'dan 30.11.2011 günü saat 10.00'a kadar üst ve eşya araması yapılmasına ilişkin İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 30.11.2010 tarihli ve 2010/3368 değişik iş nolu kararı, İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin kararı ile kararda yer alan unsurların belirsiz olması, keyfi unsurlar içermesi ve hâkimin karar verme yetisinin devri anlamına geleceği gerekçeleriyle, iptal edilmiştir.<sup>[175]</sup>

Bu bağlamda, önleme aramasına ilişkin kararın geçerli olacağı süre, makul sebebin niteliğine göre belirlenmeli, aramanın haklı kıldığı süreden fazla olmamalıdır. Örneğin, olimpiyat gibi büyük organizasyonlar için olimpiyat süresince arama kararı verilebilmesi makul sayılabileceği gibi, bazı olaylar için birkaç saat

---

08.00'a kadar, alışveriş merkezleri, terminaller ve yollar gibi her alanda önleme araması yapılmasına ilişkin kararı, İstanbul Üniversitesi'nde daha sonra kaldırılan bir yıl süreyle önleme araması yapılmasına ilişkin karar bu türlü kararlara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Önok, s.298.

[174] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

[175] İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin iptal kararı: "...önleme aramasında makul şüpheden öteye daha yoğun ve kuvvetli şüphe ve delil olabilecek nitelikte somut olayların varlığı aranmıştır... İstanbul Üniversitesinde güvenliği tehdit edici faaliyetlerin neler olduğu talep yazısında ve itiraza konu kararda açıklanmamış; ortaya çıkan somut olgulara dayalı tehlike ve önlenmesi amaçlanan suçun ne olduğu belli olmadığı gibi, somut olguların ortaya konulduğunun da söylenemeyeceği, burada öngörülerin kabul edilemeyeceği, karara dayanak yapılamayacağı dikkate alınmalıdır. İstanbul ilinde diğer illerdeki gibi halen olağan yürürlükteki rejimin uygulandığı, olağanüstü hal veya sıkıyönetim uygulamasının yapılmadığı, millî güvenlik ve kamu düzenini sarsıcı somut olayların belgelendirilmediği, genel sağlık ve genel ahlakın korunmasını öngören herhangi bir duruma, somut olguya yer verilmediği anlaşılmaktadır. AÖAY'de önleme araması kararının süresine ilişkin bir sınırlama yer alamamış olmasına karşın, arama kararlarının bir ay, altı ay veya bir yıl gibi keyfi süreler ile verilebileceği düşünülemez. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinin böyle bir keyfiliğe engel teşkil ettiği görülmektedir. Önleme araması, özel hayatın gizliliği ilkesini etkileyen bir işlem sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle sınırlı ve ölçülü olmak zorundadır. Herhangi bir ceza soruşturması aşamasında bile şüphelilerin ev ve aracında bir defaya mahsus arama izni verilip, arama sınırlı ve belirli bir zamanda yapılırken, somut bir suçun şüphelisi olmayan sadece önleme aramasına maruz bırakılan kişiler hakkında bir yıl gibi uzunca sayılabilecek bir süre ile onların her halde aranabileceklerine ilişkin bir kararın verilmesi, hâkimin karar verme yetkisinin devri anlamına gelebileceği gibi, Anayasa ve yasaların da özüne de uygun düşmeyecektir. Bu nedenle somut bir suçun şüphelisi olmayan kişiler hakkında bir yıl süreli genel arama kararının, özel hayatın gizliliği ve masumiyet karinesini ihlal edeceği, Anayasanın 20, 21, 22. Maddeleri ile AİHS'in 8. Maddesine aykırılık teşkil edeceği unutulmamalıdır. Açıklanan nedenlerle...arama kararının iptaline karar verildi."

süre belirlenmesi makul kabul edilmelidir.<sup>[176]</sup> Buna karşın, makul bir sebep yokken belli periyotlarla yenilenmek suretiyle süreklilik arz edecek ve genel arama izlenimi verecek şekilde önleme araması kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır.<sup>[177]</sup>

### **gg. Arama Tutanağı Düzenlenmesi**

Arama işleminin sonunda, aramaya katılmayanların da yapılan işlemde haberdar olmasını sağlamak için, yapılan işlemi bütün ayrıntısıyla ortaya koyan bir tutanak düzenlenir.

Arama tutanağı, aramada belirlilik ilkesine uyulup uyulmadığının denetimi ve özellikle haksız arama suçunun varlığında, ispat aracı olması bakımından önemli bir belgedir.<sup>[178]</sup> Bu sebeple, arama tutanağı özenle düzenlenmeli, arama işleminin başından sonuna kadar yer alan bütün işlemler tutanakta yer almalıdır.<sup>[179]</sup> Böylece, arama kararı veya emri ile arama tutanağı karşılaştırılıp, belirlilik ilkesine uyulup uyulmadığı denetlenebilecektir.

CMK'da, her soruşturma işleminin tutanağa bağlanması gerektiğini düzenleyen genel hüküm (CMK m. 169/2) dışında, arama tutanağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ilişkin tek hüküm, arama tutanağına işlemi yapanların açık kimliklerinin yazılacağını öngören CMK m. 119/3 hükmüdür. Arama tutanağı ayrıntılı bir şekilde Yönetmelik'te düzenlenmiştir (AÖAY m. 11).

Arama tutanağında; a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci, b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat, c) Aramanın konusu, d) Aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri, e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî, f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler, g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği

[176] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[177] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K, YCGK.,25.11.2014, 2013/9-610 E, 2014/512 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[178] Yılmaz, s.287; Kahraman, Mehmet: "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi, C.33, S.3, Temmuz 2007, s.347.

[179] Aydın, s.98.

belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri, h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği, i) Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, hususları yer alır (AÖAY m. 11/2).<sup>[180]</sup>

Tutanak, arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır ve tutanağın bir sureti ilgiliye verilir (AÖAY m. 11/3). Ancak Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç mevcut ise arama tutanağına arama işlemini yapanların kimlikleri yerine yalnızca sicilleri yazılır. Aramaya maruz kalan kişinin işleminden bilgilendirilmesi için tutanağın hemen verilmesi önemlidir. AİHM, kanunda yer alan hükümler göz ardı edilerek, arama tutanağının hemen değil de bir gün sonra düzenlenmesini, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>[181]</sup>

Burada bir istisna getirilmiş ve Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanakların, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun (KMK) 11 ve 20'nci maddesine göre tanzim edileceği hüküm altına alınmıştır (AÖAY m. 11/4).

Buna göre, kaçak şüphesiyle elkonulan eşya ile kaçak eşya naklinde kullanılması sebebiyle alıkonulan her türlü taşıt ve araç; miktarı, cinsi, markası, tipi, modeli, seri numarası gibi eşyanın ayırıcı özelliklerini gösterir bir tutanakla gümrük idaresine teslim edilir (5607 s. KMK m. 11/1).

Ayrıca, kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların; a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısı, b) Olay ve kanıtların, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını, c) İlgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini, kapsamı ve imza altına alınması gereklidir (5607 s. KMK m. 20/1). Bu tutanaklar ilgilere okunur veya okumaları için kendilerine verilir, bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir, imzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilir (5607 s. KMK m. 20/2).

Arama işlemi sonucunda, arama tutanağı ve elkoyma işlemi yapılmışsa elkonulara ait liste, arama kararı ile birlikte Cumhuriyet Savcılığına teslim edilir.

[180] İngiliz Polis ve Adli Delil Kanunu (PACE) m. 3'de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. Eryılmaz, Mesut Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s.135.

[181] AİHM, Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya, 16.10.2007, B.No:74336/01, prg. 64.

Arama tutanağına, aramada sorunlu görülen hususlar da not edilmeli ve imza altına alınmalıdır. İmzadan imtina edilmesi söz konusu olursa, ilerleyen safhalarda ispat güçlüğü yaşanmaması için, bu husus ayrıca ifade edilmelidir.<sup>[182]</sup>

### **3. Arama Kararı veya Emri Olmaksızın Arama Yapılması**

Kural arama kararı veya emri üzerine arama yapılması ise de karar veya emir olmaksızın da arama tedbiri uygulanabilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından, bu durumda da aramada belirlilik ilkesine uyulmalıdır.

#### **a. Genel Olarak**

AÖAY'de arama kararı veya emri olmadan arama yapılabilecek durumlar ile güvenlik amaçlı yapılan aramalar<sup>[183]</sup> da düzenleme altına alınmıştır (AÖAY m. 8 ve 27). Şu hususu vurgulamakta fayda vardır: AÖAY ile getirilen bu düzenleme ile yalnızca arama kararı koşulu kaldırılmıştır, dolayısıyla aramanın diğer koşulları varlığını sürdürmektedir.

Bahse konu düzenlemeyi incelemeye geçmeden önce, Yönetmelik'te yapılan bu düzenlemenin, arama işleminin hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrine dayanacağı yönündeki Anayasa m. 20,21 ve CMK m. 119'a, temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin kanunla yapılmasını düzenleyen Anayasa m. 13'e, Anayasa ve kanundan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullandığı için Anayasa m. 124'e<sup>[184]</sup> aykırı olduğunu ifade etmek isteriz.<sup>[185]</sup> Hatta doktrinde, bunun TCK m. 120'de düzenlenen haksız arama suçunu oluşturduğu da ifade edilmektedir.<sup>[186]</sup>

Doktrinde, AÖAY'de yer alan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa, CMK ve PVSK'ya "kanunlarda gösterilen hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halî" şeklinde istisnai bir hüküm eklenerek,

[182] Yenidünya/İçer, s.402.

[183] Gülşen, Recep, Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksiz Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos 2010, s.17.

[184] Yılmaz, s.251.

[185] Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s.500; Döner, s.457; Yılmaz, s.269; Sırma, s.32; Ercan, s.203; Karakaya, Naim, Ceza Kanunu Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, Sayı: 6-7, Ekim 2005, s.55, Bakım, s.4173.

[186] Şen, Yönetmelik.



karar almadan arama yapılmasının mümkün kılınması ve bunun da hâkim denetimine tabi tutulmasına yönelik düzenleme yapılmasının gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>[187]</sup> Aşağıda hukuka uygunluk sebepleri bulunması durumunda arama yapılmasına ilişkin değerlendirme yapılacak olup, bu aşamada düzenlemenin, Anayasa'nın karar veya yazılı emir şartını arayan amir hükmüne (m. 20, 21) aykırı olacağı ifade edilmelidir.

CMK'da karar alınmadan arama yapılacağına ilişkin tek hüküm, yakalama emri olmaksızın kolluk tarafından yapılan, yakalama sonrasında kolluğun, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almasını düzenlediği m. 90/4 hükmüdür. Burada kastedilen kaba üst araması olup, hemen yapılması gereken güvenlik amaçlı bir kontrol olarak değerlendirilebilirken, AÖAY'de yer alan aramaların zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır.<sup>[188]</sup>

ABD'de, acil durumlarda, polisin durdurma ve arama yetkisi olan hallerde, idari ve düzenleyici nitelikte aramalarda<sup>[189]</sup> ve güvenlik kontrollerinde, tutuklama esnasında, geçerli bir yakalama işleminden sonra, rızaya dayanan, açık ve görülebilir alanlar doktrini kapsamında yapılan, konteynır ve otomobil aramalarında ve sınırlarda yapılan rutin aramalarda arama kararı gerekmez.<sup>[190]</sup> Sayılan tüm istisnai hallerde, polisin arama sonucunda suç delili elde edeceğine dair makul şüpheye sahip olduğu kabul edilir.<sup>[191]</sup> Ancak yine de arama kararı alınması için gerekli zaman var ise delilleri tehlikeye atmamak amacıyla, karar alınarak arama işlemi yapılmalıdır.<sup>[192]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, tutuklu ve hükümlüler ile adli kontrole tabi ve hakkında şartlı tahliye hükümleri uygulanan kişiler hakkında, gizlilik beklentilerinin düşük ve toplum yararının yüksek olması sebebiyle, arama

[187] Aksoy, s.76 vd.; Gülşen, Kendiliğinden Arama, s.22.

[188] Karakaya, s.54.

[189] ABD'de okul görevlileri tarafından yapılan rutin aramalar bakımından da karar şartı aranmaz. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Şahin, İlyas, Amerikan Hukukunda Kişi Hakları ile Kamu Yararlarının Dengelenmesine İlişkin İlkeler ve Kamu Okullarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014, s.71-112.

[190] Samaha, s.185; Scheb II, Scheb, s.450; Del Carmen, s.204; Şahin, İlyas, ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 89, 2010, s.280.

[191] Scheb II, Scheb, s.450.

[192] Scheb II, Scheb, s.450.

kararı olmaksızın da arama yapılacağını kabul etmektedir.<sup>[193]</sup> Yüksek Mahkeme tutuklama esnasında yapılan aramanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için, kolluk görevlilerini, yaralama veya öldürme riski olan şüpheliden korumak, şüphelinin kaçmasını, delillerin kaybolmasını veya zarar görmesini engellemek amacı taşıması gerektiğini kabul etmekte; bu amaçlara hizmet etmeyen keyfi aramaların ise hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir.<sup>[194]</sup> Bu bağlamda, tutuklanan kişinin başka bir yerde olan aracının aranması bu kapsamda kabul edilmemektedir.<sup>[195]</sup> Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, tutuklama esnasında kişinin üzerinde bulunan cep telefonunun incelenmesini de basit bir taşıyıcı olmadığı ve bireylerin de cep telefonu içerikleri ile ilgili olarak yüksek oranda gizlilik beklentisine sahip oldukları gerekçesiyle, istisna kapsamında kabul etmemiştir.<sup>[196]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, makul şüphe olduğu takdirde, arama ve elkoyma tedbirlerine arama kararı olmadan da başvurulabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme “makuliyet testi” adını verdiği bir test yapmakta ve uygulamanın makul kabul edilebilmesi için, arama ve/veya elkoymaya olan ihtiyacın, kişilerin özgürlük ve özel hayatın gizliliği hakkına üstün gelmesini ve arama ve elkoyma yapılmasını destekleyen yeterli olayların ve şartların varlığını şart olarak aramaktadır.<sup>[197]</sup> Uygulamada polis, mesleki yeterliliğine ve tecrübesine dayanarak bütün şartları incelemek ve aramanın makul olup olmadığına karar vermektedir. Ardından, karar hâkime sunulmakta ve hâkim tarafından da yapılan işlemin makuliyeti tekrar incelenmekte ve makul olup olmadığı hususunda bir karar verilmektedir.<sup>[198]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, ancak sınırlı birkaç durum için arama kararı olmadan arama işlemi yapılabilmesini kabul etmesine rağmen; uygulamada bu

---

[193] Şahin, İlyas, ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverilme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013, s.524.

[194] Samaha, s.185; ayrıca bkz. Chimel v. California 395 U.S.752 (1969), Arizona v. Gant 129 S.Ct. 1710 (2009), Knowles v. Iowa 525 U.S.113 (1998), Whren v. U.S.517 U.S.806 (1996), Del Carmen, s.205.

[195] Preston v. United States, 376 U.S.364, 84 S.Ct. 881, 11 L.Ed.2d 777 (1964), aktaran Scheb II, Scheb, s.453.

[196] Smalwood v. State, 113 So. 3d 724 (Fla. 2013) içinde Harvard Law Review, Vol. 127, No. 3, January 2014, s.1059-1064.

[197] Samaha, s.87.

[198] Samaha, s.88.

durum çok geniş yorumlanmakta ve aramaların çoğu arama kararı olmadan yapılmaktadır.<sup>[199]</sup>

### **b. Belirlilik İlkesi Bakımından Konunun Değerlendirilmesi**

Arama kararı veya emri olmaksızın yapılan aramalarda, yapılan işlemin sınırlarını çizecek bir karar veya emir mevcut değildir. Ancak bu durum, arama işleminin sınırlarının belirsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durumda arama işleminin sınırlarını, ölçülülük ilkesi bağlamında, aramanın amacı çizer. Arama işlemi, amaca uygun olarak, ölçülülük ilkesi bağlamında icra edilmelidir.

Aşağıda, karar veya emir olmaksızın yapılan aramalar incelenirken, belirlilik ilkesi bakımından da aramanın sınırı çizilmeye çalışılacaktır.

### **c. Karar veya Emir Alınmaksızın Yapılan Aramalar ve Belirlilik İlkesi**

#### **aa. Durdurma Sonrası Arama<sup>[200]</sup>**

Durdurma sonrasında kolluk kuvvetleri, kişide silah vb. tehlike eşya olup olmadığını kontrol amacıyla arama yapabilmektedir.

#### **aaa. Genel Olarak**

Durdurma üzerine, durdurulan kişi üzerinde giysilerden herhangi biri çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silah bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silah ve diğer suç eşyası araması yapabilir (AÖAY m. 27/6-a).<sup>[201]</sup>

Düzenleme, meşru müdafaa bakımından, uygulamada gerekli olsa dahi, bu haliyle Anayasa m. 20/2'ye aykırıdır.<sup>[202]</sup> Bu sebeple durdurma sonrası yapılan aramanın, Anayasa ile teminat altına alınan güvenceleri ortadan kaldırmamasına ve aramaya alternatif olmamasına özen gösterilmelidir.<sup>[203]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, durdurma sonrası yapılan üst aramasının Anayasa Ek Madde 4 kapsamında makul kabul edilebilmesi için; öncelikle durdurmanın Ek Madde 4 kapsamında hukuka uygun olması, durdurulan

[199] Samaha, s.184; Del Carmen, s.195.

[200] Ayrıntılı bilgi için bkz. Eryılmaz, Durdurma ve Arama.

[201] 29.04.2016 tarihli ve 29698 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"

[202] Yenidünya/İçer, s.370; Şen, Yönetmelik.

[203] Karakaya, s.59.

şüphelinin silahlı ve tehlikeli olduğu yönünde makul bir şüphenin olması ve aramanın yalnızca silah olup olmadığının tespitine yönelik olması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme ayrıca, her durdurmanın, şiddet suçundan şüpheli olanlar hariç, otomatik olarak üst araması ile sonuçlanmaması gerektiğini, şiddet içermeyen suçlardan şüpheli olanların üst aramasına tabi tutulabilmesi için de silah taşıdığı yönünde makul bir şüphenin gerekli olduğunu vurgulamaktadır.<sup>[204]</sup> Ancak uygulamada, polis, eleştiri konusu olsa da her durdurma sonrasında kaba üst aramasına başvurmaktadır.<sup>[205]</sup>

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Görüldüğü üzere, buradaki arama işlemiyle amaçlanan, meşru müdafaa bakımından, kişide silah veya diğer suç eşyası olup olmadığının ortaya konulmasıdır. Dolayısıyla arama işlemi de aramanın amacıyla sınırlı olarak, yalnızca silah veya diğer suç eşyasının tespitine yönelik olarak yapılmalıdır. Aksi uygulama, aramanın sınırlarının aşılmasına ve işlemin hukuka aykırı hale gelmesine yol açabilecektir.

### **bb. Tutuklama Kararı, Yakalama Emri, Zorla Getirme Kararı veya Gıyabi Tutuklama Kararı Üzerine Yapılan Yakalama Sonrası Üst Araması**

Bazı durumlarda yakalama sonrasında kaba üst araması yapılabilmektedir. Burada yapılan arama kaba üst aramasının sınırlarında kalmalıdır.

### **aaa. Genel Olarak**

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde arama işlemi yapılabilecektir (AÖAY m. 8/1-a).<sup>[206]</sup>

Bu hüküm, CMK m. 90/4 kapsamında olmak kaydıyla, CMK ile uyumludur. Ancak burada yapılan arama, kaba üst aramasını geçip ayrıntılı üst aramasına

[204] Terry v. Ohio, 392 U.S.1 (1968) aktaran Samaha, s.116; Scheb II, Scheb, s.456.

[205] Samaha, s.116.

[206] Yönetmeliğin ilk halinde, tutuklama kararı veya yakalama emrinin arama yetkisini de doğrudan verdiği düşüncesiyle, bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama işlemi yapılabilmekteydi. Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile, Yönetmeliğin ilgili ibaresi iptal edilmiş, yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

dönüşmemelidir. Örneğin bu kapsamda yapılan bir arama işleminde, delil elde etme amaçlı ayrıntılı üst araması yapılmamalı veya kişinin beden çukurları incelenmemelidir.

Yakalama sonrasında yapılan arama sonucunda delil de elde edilebilir. Bu delillerin kullanılabilmesi için yapılan yakalama işleminin de hukuka uygun olması gereklidir.<sup>[207]</sup>

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Görüldüğü üzere, buradaki arama işleminin sınırı kaba üst aramasıdır. Kaba üst araması, yakalama (CMK m. 90/4) veya durdurma sonrası (AÖAY m. 27/6-a), kişi üzerinde silah veya tehlikeli madde olup olmadığını tespit amacıyla, giysilerden herhangi biri çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde yapılan bir kontroldür. Maddede yer alan “Kolluk, ..., kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra...” ifadesi, kaba üst aramasının yapılmasına cevaz vermektedir (CMK m. 90/4).

Kaba üst araması, en alt düzeyde de olsa, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına yapılan bir müdahaledir. Bu sebeple kaba üst aramasına ancak, silahlı veya tehlikeli kişilerden kolluk güçlerini korumak amacıyla başvurulabilir.<sup>[208]</sup> ABD Federal Yüksek Mahkemesi, dışarıdan bakıldığında şüphelinin elbisesinin altında silah olduğunun belli olduğu, ender rastlanan ve altında silah olduğu izlenimi uyandıran kalın kışlık kıyafetli şüpheliye rastlanıldığında sıvazlayarak silah kontrolü yapılmasının ve içinde yasak eşya taşındığından şüphelenilen çantanın içinin açılmasının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir.<sup>[209]</sup>

Kaba üst araması, güvenlik amaçlı, yoklama suretiyle yapılması sebebiyle üst aramasına nazaran daha sınırlı bir aramadır. Bu aramanın sınırı da kişide silah veya tehlikeli madde olup olmadığının tespitidir. Dolayısıyla kaba üst araması, delil elde etme amaçlı giysilerin çıkarılması, beden çukurlarının incelenmesi gibi detaylı bir şekilde üst araması yapılmasına imkân vermez.<sup>[210]</sup> Bunun yanında, kaba üst araması ile kişinin eşyasının, aracının aranması da mümkün değildir. Aksi uygulama, aramanın sınırlarını aşarak, belirlilik ilkesinin ihlal eder.

[207] Şen, Ersan, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:30, Şubat 2009, s.23.

[208] Samaha, s.117.

[209] Samaha, s.118.

[210] Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku Gazi Şerhi, Ankara 2005, s.339; YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

### **cc. Yakalama Sonrası Kaba Üst Araması**

Yakalama sonrasında meşru müdafaa amacıyla kaba üst araması yapılabilir. Ancak bu arama kaba üst aramasının sınırlarında kalmalıdır.

#### **aaa. Genel Olarak**

Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılabilecektir [AÖAY m. 8/1-b ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY) m. 6/2].

Burada düzenlenen arama, kaba üst araması olup yakalanan kişinin etrafa zarar vermesini önlemek amacıyla yöneliktir. Düzenleme, kaba üst araması sınırlarında kaldığı, delil elde etme amaçlı olmadığı sürece, CMK m. 90/4 ile uyumludur. Yine de CMK'da yer almayan ve uygulamacıları ikilemede bırakacak hususların Yönetmelik'te düzenlenmesi yerinde olmamıştır.<sup>[211]</sup>

#### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Yukarıda kaba üst aramasına ilişkin olarak yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

#### **dd. Gözaltına Alınan Kişinin Nezarethaneye Konmadan Önce Üstünün Aranması<sup>[212]</sup>**

Gözaltına alınan kişinin üstü, nezarethaneye konmadan önce aranır (AÖAY m. 8/1-c ve YGİY m. 10/1-a)

[211] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.340; Öztürk/Eker-Kazançı/Soyer-Güleç, s.109; Özbek/Bacaksız, s.191.

[212] Benzer şekilde ceza infaz kurumlarında, yasak eşya bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla, hükümlülerin üst, eşya, oda ve eklentilerinde her zaman arama hatta çıplak arama dahi yapılabilmektedir (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 36 ve m. 86/6, Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m. 46). Görüldüğü üzere ceza infaz kurumu görevlilerine çok geniş bir yetki verilmiştir. Burada aramanın sınırı, insan onurudur (5275 sayılı Kanun m. 86/6, Tüzük m. 46/9). Ayrıca yukarıda anılan Tüzük'te düzenlenen (m. 46/2) ceza infaz kurumlarında hükümlülerin çıplak aramaya tabi tutulması hususunun, Anayasa'ya ve insan onuruna aykırılığı ile ilgili olarak bkz. İnci, Z.Özen, "Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 120, Ağustos 2016.

Bu arama, kişinin üzerinde bulunan delil olabilecek eşyaların ele geçirilmesi veya kendisine veya başkalarına zarar verebilecek silah vb. eşyalardan arındırılması amacıyla yapılır.

Doktrinde, bu düzenlemenin hem CMK m. 90/4 ile hem de devletin AİHS m. 2'ye düzenlenen yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğü ile uyumlu olduğu; devletin, kendi gözetimi altında bulunan kişilerin ölümünden sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir.<sup>[213]</sup>

Ancak burada yakalamadan sonra, nezarethaneye konulmadan önce yapılan ayrıntılı bir arama söz konusudur ve yapılan işlem yakalama anındaki kaba üst aramasından farklıdır. Nitekim YGY m. 10'da bu hususta ayrıntılı düzenlemeler vardır. Dolayısıyla, her ne kadar uygulamada gerekli olsa da düzenleme bu haliyle Anayasa'ya aykırıdır ve CMK'da herhangi bir dayanağı da bulunmamaktadır.<sup>[214]</sup> Bir başka açıdan ise bu süre zarfında karar veya emir alınmasının önünde de herhangi bir engel mevcut değildir. Ancak uygulamada mutlak olan böyle bir olayda, her seferinde karar veya emir alınmasının önüne geçmek amacıyla, bu yönde bir düzenlemenin CMK'ya konulmasında fayda vardır. Başka bir çözüm yolu olarak da gözaltı kararı ile birlikte arama yapılacağına dair yazılı emir de verilebilir.

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Burada yapılan hem delil elde etme hem de silah vb. eşyalardan arındırma amaçlı üst aramasıdır. Dolayısıyla arama işleminin sınırı, kişinin üzerinde bulunan kemer, kravat, kesici ve delici aletler ile para vb. değerli eşyaların, muhafaza edilmek üzere ele geçirilmesidir. Bunun aksine, kişinin nezarethaneye alınmayacak çanta vb. eşyalarının, aracının aranması, belirlilik ilkesini ihlal eder.

### **ee. Kaçan Kişinin Takibi Sırasında Girdikleri Yerde Arama Yapılması**

Kaçan kişinin yakalanması amacıyla araç, bina ve eklentilerinde, yalnızca kaçan kişinin yakalanması amacıyla arama yapılabilmektedir.

### **aaa. Genel Olarak**

Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra, kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun

[213] Önok, s.282.

[214] Benzer yönde Karakaya, s.55.

failinin yakalanması amacıyla, takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde arama yapılabilir (AÖAY m. 8/1-d).<sup>[215]</sup>

Öncelikle düzenlemenin, her ne kadar uygulama açısından gerekli olsa da doktrindeki aksi görüşe rağmen,<sup>[216]</sup> Anayasa ve CMK ile uyumlu olmadığı ifade edilmelidir.<sup>[217]</sup>

Burada, hem hukuka uygun bir şekilde yakalandıktan sonra kaçan kişinin aranması hem de suçüstü halinde tespit edilen failin sıcak takip sonucu girdiği yerlerde arama yapılması hususu düzenlenmiştir.

Bu yetki yalnızca kolluğa aittir; gerektiğinde zor kullanma içeren böyle bir yetkiyi gerçek kişiler kullanamaz.

Maddenin lâfzî yorumundan yalnızca kişinin yakalanması amacıyla bahsedilen yerlerde arama yapılabileceği, bunun dışında girilen yerlerde ayrıca delil araştırması yapılamayacağı anlamı çıkmaktadır.

Ancak doktrinde, kolluğun bu yerlere girdikten sonra buralarda ayrıca, failin suçun delili olabilecek eşyayı bırakma ihtimaline karşın, karar ya da emre ihtiyaç olmaksızın, delil araştırması da yapılması gerektiği, aksi halde delillerin kaybolması ve kişilerin temel haklarının yeniden ihlal edilme tehlikesi bulunduğu ileri sürülmektedir.<sup>[218]</sup>

Kanaatimce, buradaki düzenlemenin, sıcak takip sonucu girilen araç, bina ve eklentilerinde yapılan yakalama işlemi olduğu dikkate alınmalı; bu düzenlemeden, konuta da girilip arama yapılabileceği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Nitekim bir kişinin konuta girdiğinin tespit edildiği durumda, etrafta güvenlik önlemi alınıp, arama emri alınmaması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Konuta giren kişi, konutta yaşayan kişileri tehdit ediyor ve dışarıdan da

[215] Benzer düzenleme PACE (Police and Criminal Evidence Act – İngiliz Polis Adli Delil Kanunu) m. 17’de vardır. Buna göre; polis, herhangi bir izin almaksızın, kaçan kişiyi yakalamak için saklandığı veya kaçtığı yere girebilir. Bkz. Eryılmaz, Durdurma ve Arama, s.118; ayrıca anılan kanunun metnine ulaşmak için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>.

[216] Keskin-Kızıroğlu, Serap, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama), AÜHF Dergisi, C. 58, Y. 2009, S.1, s.158: Yazar, bu düzenlemenin diğer kişilerin aranmasına ilişkin CMK m. 117 hükmü ile uyumlu olduğunu belirtmektedir. Ancak, CMK m. 117’de karar koşulu kaldırılmadığından bu düşünceye katılmak mümkün gözükmemektedir.

[217] Önok, s.283.

[218] Aydın, s.49.



bu durum anlaşılıyorsa bu durumda kolluğun PVSK m. 20/1 gereği, konuta girme yetkisi bulunmaktadır.

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Burada yakalama amaçlı araç, bina ve eklentilerinde yapılan bir arama işlemi söz konusudur. Dolayısıyla arama işleminin sınırı kaçan kişinin yakalanmasıdır. Bunun aksine, girilen yerlerde delil elde etme amaçlı arama yapılamaz. Aksi uygulamaya, aramanın sınırını aşarak, belirlilik ilkesini ihlal eder.

### **ff. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Yapılan Aramalar**

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda da gümrük kontrolü amacıyla üst ve eşya araması yapılabileceği hususu düzenleme altına alınmıştır.

#### **aaa. Genel Olarak**

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının, gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında arama kararı veya emri aranmaz (AÖAY m. 8/1-e-1).

5607 sayılı Kanun m. 9/2'de aynı hükmü içermekte, ilave olarak, yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya da elkonulacağı hüküm altına alınmaktadır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında arama kararı veya emri aranmaz (AÖAY m. 8/1-e-2).

5607 sayılı Kanun m. 9/3'de aynı hükmü içermekte ilave olarak, yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya da elkonulacağı hüküm altına alınmaktadır.

Öncelikle her iki düzenleme de Anayasa'nın amir hükmüne açıkça aykırıdır. Bu yönüyle bu kapsamda yapılacak arama işlemi ve bu yolla elde edilen deliller

hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca bu şekilde yapılan arama ile TCK m. 120'de düzenlenen haksız arama suçu da oluşabilecektir.<sup>[219]</sup>

Ayrıca, 5607 sayılı Kanun m. 9/1'de arama ve elkoyma işlemlerinin CMK uyarınca yapılacağı düzenlendiği halde, aynı maddenin 2 ve 3'üncü fıkralarıyla neden istisnai bir düzenleme yapıldığı da anlaşılamamaktadır.

Bu istisnai düzenlemenin, uygulamada bir ihtiyacı karşıladığı göz önüne alındığında, CMK m. 164/1'in atfıyla 485 sayılı KHK m. 8 çerçevesinde adli kolluk birimi olan Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğüne, yukarıda sayılan hususlarda yazılı emir verme yetkisi verilebilir ve bu yönde mevzuatta bir değişikliğe gidilebilir. Böylece, arama kararı veya emri alınmasını düzenleyen Anayasa'nın 20'nci maddesiyle de uyum sağlanmış, yapılan arama işlemi ve bundan elde edilen deliller de hukuka uygun hale gelmiş olur.

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Burada düzenlenen aramanın sınırı, gümrük salonları ve gümrük kapılarında, kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üstünün, eşyasının, yüklerinin ve araçlarının, gümrük kontrolü amacıyla aranmasıdır.

Burada arama işlemi, gümrük salonları ve kapıları olmak üzere, yer bakımından sınırlandırılmıştır. Arama işlemindeki şüphe, kişilerin kaçak eşya sakladığından kuşkulandırılmasıdır. Bu kuşku, makul şüphe şartında olduğu gibi, mutlaka olaylara dayandırılmalı, keyfilikten kaçınılmalıdır. Arama işleminin amacı, gümrük kontrolünün sağlanmasıdır, dolayısıyla başka bir amaçla arama işlemi yapılamayacaktır. Arama yapılacak yerler ise üst, eşya, yük ve araçlardır. Arama yapılacak yerler genişçe belirlenmiş olsa da arama işlemi yapılırken ölçülülük ilkesine dikkat edilmelidir. Yukarıda sayılan sınırlara uyulmadan yapılan arama işlemi, belirlilik ilkesini ihlal eder.

### **gg. Hukuka Uygunluk Sebepleri veya Suçüstü Halinde Yapılan Aramalar**

Yönetmelik'te tartışmalı olmakla birlikte hukuka uygunluk sebeplerinde ve suçüstü halinde arama yapılabileceği hususu düzenleme altına alınmıştır.

#### **aaa. Genel Olarak**

TCK'nın 24'üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı

---

[219] Şen, Yönetmelik.

maddesindeki hakkın kullanılması ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için arama kararı veya emri aranmaz (AÖAY m. 8/1-f).<sup>[220]</sup>

Öncelikle bentte, birbirinden farklı kurumlar olan hukuka uygunluk nedenleri ile suçüstü halinin, aynı statüye tabi tutulması yerinde olmamıştır. Düzenlemeye göre hukuka uygunluk nedeni olması halinde de suçüstü halinde de konuta girilip burada arama yapılabilecektir.

Kanunun emri gereği arama yapılması durumu söz konusu; yani kanundan kaynaklanan bir yetki kullanılıyor ise zaten arama kararı veya emrine ihtiyaç yoktur. Bu düzenleme var olanın tekrar ifade edilmesidir.

Amirin emrini ifa durumu söz konusu ise bu durumda yapılan aramanın Anayasa (m. 20 ve 211) ve CMK'da (m. 119) düzenlenen şartları taşıması gereklidir. Aksi halde hukuka aykırı bir arama söz konusu olur.

Meşru savunma durumunda arama yapılması ise uygulanamaz bir hükümdür. Meşru savunma durumunda arama yapılabileceğinin kabul edilmesi halinde, önleme aramalarına ilişkin hükümlerin anlamı ortadan kalkacaktır. Aynı hususlar zorunluluk hali için de geçerlidir. Dolayısıyla kişi özgürlüklerine ilişkin düzenlemelerde genel, yoruma açık ifadelerin bulunması uygun değildir.

Ayrıca hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerdir. Dolayısıyla suç genel teorisi içinde değerlendirilebilecek hukuka uygunluk nedenlerinin koruma tedbirlerine uygulanması çoğu kez mümkün olmayacaktır.

Toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, karar veya emir olmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilebilmesi hususundaki düzenleme yerindedir. Ancak burada yapılan işlem bir arama işlemi değil, polislin PVSK m. 1 ve 20'den kaynaklı kullandığı bir yetkidir. Dolayısıyla hükmün düzenlendiği yer isabetli değildir.

[220] Maddenin ilk hali ilgiliniz rızası olması durumunda da, karar veya emri olmaksızın arama yapma yetkisi verilmekteydi. Ancak Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile bente yer alan "ilgilinin rızası ile" ibaresi iptal edilerek bu durumda arama tedbirine başvurulabilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Karara yapılan temyiz başvurusu sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere suçüstü halinde arama kararı veya emri olmaksızın arama işlemi yapılabilecektir. Suçüstü hali CMK'da tanımlanmıştır (m. 2/j). Bu durumda kişinin kaba üst aramasının yapılması hukuka uygundur (CMK m. 90/4). Ancak, gerekmediği halde, suçüstü halinin varlığı gerekçe gösterilerek, kişinin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde ve diğer yerlerde arama yapılması, Anayasa'nın amir hükmüne aykırı olacak ve dolayısıyla yapılan işlem ve bu işlemde elde edilen deliller de hukuka aykırı hale gelecektir.

Yargıtay, bir adım daha öte giderek, şüphe üzerine durdurmayı da suçüstü hali kabul etmekte ve bu durumda bu bent kapsamında arama yapılabileceğini ifade etmektedir.<sup>[221]</sup> Burada şu husus ifade edilmelidir, salt şüphe üzerine durdurma, CMK'da tanımlanan suçüstü haline vücut vermez. CMK'da tanımlanan suçüstü halinde yakalama veya durdurma yapıldıktan sonra, yukarıda da ifade edildiği üzere, kaba üst araması yapılabilecektir (CMK m. 90/4). Ancak bunun aksine şüphe üzerine durdurma üzerine suçüstü halinin oluştuğu gerekçesiyle, üst veya gerektiğinde araç araması yapılması Anayasa'nın amir hükmüne aykırı olacaktır.

Yine Yargıtay'ın aksi görüşüne rağmen<sup>[222]</sup>, ihbar üzerine yapılan yakalama durumunda da CMK'da yer alan tanıma uymadığından, suçüstü halinin varlığından bahsedilemeyecektir.

Ayrıca, AÖAY'de bu hükme yer verilmese bile genel hükümler gereği bu yola başvurulabilecektir.

### **bbb. Belirlilik İlkesi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, aynı bentte birbirinden farklı kurumlar düzenleme altına alınmıştır. Belirlilik ilkesi bağlamında bu kurumlar değerlendirilirse:

Kanunun emri gereği arama yapılması durumunda, aramanın sınırını kanun çizecektir. Dolayısıyla yapılan arama işlemi kanunda gösterilen sınıra uygun olmalıdır.

Amirin emrini ifa durumunda, yapılan arama işlemi Anayasa (m. 20 ve 211) ve CMK'da (m. 119) düzenlenen şartları taşımalıdır.

Meşru savunma durumunda arama yapılmasının uygulanamaz bir hüküm olduğu yukarıda açıklanmıştı.

[221] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K, Y. 10. CD., 23.01.2017, 2016/1844 E, 2017/173 K sayılı kararları ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

[222] YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)). Nitekim aynı kararın karşı oy gerekçesinde de aynı husus ifade edilmiştir.

Toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine, karar veya emri olmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilebilmesi ise aslında bir arama işlemi değil; polisin, kamu düzenini, şahısları ve konut dokunulmazlığını, halkın ırz, can ve malını temin etme, yardım isteyenlere yardım etme görevinin (PYSK m. 1 ve m. 20) bir sonucudur. Dolayısıyla, bu görevin yerine getirilmesi sırasında arama işleminin yapılması söz konusu olamaz.

Suçüstü halinde ise yalnızca kaba üst araması yapılabilecek, bunun aksine kişinin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde ve diğer yerlerde arama yapılması ise aramanın sınırlarını aşarak, belirlilik ilkesini ihlal edecektir.

### 3. Rıza ile (Muvafakatli) Arama

Karar veya emir üzerine veya karar veya emir alınmaksızın uygulanan arama tedbirinin yanında bir de hukukumuzda olmayan ancak mukayeseli hukukta kabul edilen, rıza ile arama tedbirine de başvurulmaktadır. Aramanın rıza ile yapılması durumunda da temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından, belirlilik ilkesi dikkate alınmalıdır.

#### a. Genel Olarak

Rıza ile arama, kolluk memurunun ilgili kişiden aramaya rıza göstermesini istemesi, ilgili kişinin de buna rıza göstermesi sonucunda yapılan bir araştırma işlemidir.<sup>[223]</sup> Rızanın varlığı halinde arama kararı veya emrine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Ancak doktrinde, ilgilinin rızasının varlığı halinde arama kararı veya emrine ihtiyaç olmayacağı yönündeki düşünce, rızanın bir şekilde alınmaya çalışılacağı ve bunun da adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği gerekçesiyle, haklı olarak, eleştirilmektedir.<sup>[224]</sup>

Mukayeseli hukukta var olan ancak Türk Hukuku'nda yer almayan bu kurumun geçerli olabilmesi belirli şartlara tabidir.

Rızanın geçerli olabilmesi için; a) şüphelinin eğitim ve zekâ durumu, b) akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı, c) rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup olmadığı, d) yakalanmış ise yakalanma sırasında hukuka uygun bir zor kullanmaya maruz kalıp kalmadığı veya ellerinin kelepçelenip kelepçelenmediği,

[223] Aksoy, s.92.

[224] Özbek/Bacaksız, s.183.

e) rutin üst araması sırasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra evin aramasında kullanılıp kullanılmadığı, f) evinde arama yapılmasına rıza gösteren kişinin bu sırada tereddüt geçirip geçirmediği hususları göz önünde bulundularak rızanın hukuken geçerli olup olmadığına karar verilir.<sup>[225]</sup>

Bu sebeple, aramaya maruz kalacak kişiye aramanın nedeni ve konusu hakkında açık ve net bilgi verilmeli, eksik veya yanlış bilgilendirme yapılmamalı, hile, cebir, tehdit, baskı, şiddet veya kanuna aykırı bir menfaat vaat etme gibi yöntemlerle rıza elde etme yoluna gidilmemelidir. Ayrıca, aramaya maruz kalacak kişinin isnat kabiliyeti de olmalıdır.<sup>[226]</sup>

Kişi serbest iradesiyle aramaya rıza gösterdiğinde, durum tutanağa bağlanmalı ve ilgili kişinin de imzası alınmalıdır.<sup>[227]</sup> Bu durumda kişi, üst, eşya, konut vb. hangi arama tedbirine rıza gösterdiğini de beyan etmeli ve bu kapsamda arama işlemi yapılmalıdır. Doğal olarak kişi, yalnızca kendi tasarruf alanındaki işlemlere rıza gösterebilir, başkasının aranmasına rıza göstermesi söz konusu olamaz.

Arama işlemine başladıktan sonra kişi, rızasını geri alabilir. Bu durumda arama işlemine son verilmelidir.

Rıza ile arama hususundaki en büyük tehlike, istisna olması gereken bu yöntemin kural haline gelmesidir. Bunun önüne geçmek için, rıza ile arama kuru-muna ancak belirli durumlarda ve istisnai bir yöntem olarak başvurulmalıdır.<sup>[228]</sup>

Bir başka husus da rıza ile aramadan söz edebilmek için, bu yöndeki talebin kolluk memurundan gelmesinin gerekli olmasıdır. Aksi halde, kişinin kendi rızasıyla delil olabilecek eşyayı teslim etmesi arama olarak değerlendirilemez.<sup>[229]</sup>

## **b. Mukayeseli Hukuk**

Mukayeseli hukukta aydınlatılmış rıza ile yani, kişiye yapılan işlem hakkında bilgi verilerek, özellikle arama sonunda elde edilen delillerin aleyhinde kullanılabileceği bildirilerek ve hakları hatırlatılarak ve kişinin serbest iradesine

[225] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.1079; Aksoy, s.92.

[226] Aksoy, s.92.

[227] Aksoy, s.93.

[228] Aksoy, s.93.

[229] Aksoy, s.94.

dayanan arama işleminin, hâkim kararı olmadan yapılabileceği ve bunun da hukuka uygun olduğu savunulmaktadır.<sup>[230]</sup>

Alman hukukunda, ilgili serbest iradesiyle aramaya rıza göstermez ise arama kararının mevcudiyeti aranır<sup>[231]</sup> yani, aranılacak yerin sahibi arama işlemine rıza gösterirse hâkim kararı alınmasına gerek yoktur.<sup>[232]</sup> Bu durumda rıza, somut münferit bir duruma dayanmalı, ilgili kişi neyin arandığını bilmeli, söz konusu temel hakkın sahibi tarafından açık ve kesin bir iradeye dayalı olarak verilmeli, evde arama yapılacaksa o evde oturan herkes tarafından arama yapılması yönünde rıza gösterilmelidir. Bütün bu şartlar gerçekleştiğinde verilen rızanın geçerli olduğu ve elde edilen delillerin kullanılabilmesi değerlendirilmektedir. Aksi halde arama işleminin hukuka aykırı hale geleceği kabul edilmektedir.<sup>[233]</sup>

ABD'de rıza ile arama, yapılan aramaların büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır. Çünkü rıza ile arama, hem arama kararı hem de makul şüphenin varlığını gerektirmemesi sebebiyle, kolluk görevlilerinin işini bir hayli kolaylaştırmaktadır.<sup>[234]</sup>

ABD'de rıza ile arama yapılabilmesinin temel olarak üç şartı vardır: 1) rıza gönüllü olmalı, 2) arama izin verilen sınırlar içinde kalmalı ve 3) kişi rıza vermeye yetkili olmalıdır.<sup>[235]</sup>

Bunun için arama yapılmadan önce kolluk görevlisi, aranacak kişinin rızasını almak zorundadır. ABD'de rızanın hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, aranacak kişinin anayasal hakları hakkında genel bir bilgi sahibi olması, rıza vermeyi reddetme hakkı olduğunu bilmesi, bağımsız karar verecek yaş ve olgunlukta, rızanın önemini anlayacak zekâ düzeyinde, ceza adaleti sistemi ile çalışma konusunda eğitilmiş veya deneyimli olması aranmaktadır. Ayrıca kişi, rızasını sözle ifade ederek kolluk görevlileriyle işbirliği içinde olmalı, tutum ve davranışları ile kolluk görevlilerinde yasak eşya bulma ihtimali uyandırmalı, kendisine yöneltilen sorular ve yapılan işlemin süresi rıza çerçevesinde olmalı, kolluk görevlilerinin zor kullanması da yine rıza çerçevesinde olmalıdır.<sup>[236]</sup>

[230] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.1078; Yenisey, Feridun, *Kolluk Hukuku*, İstanbul 2009, s.167; Aksoy, s.92.

[231] Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s.500 dn.205.

[232] Wohlers, s.210.

[233] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.332 dn.311; Özbek/Bacaksız, s.183 dn. 55.

[234] Samaha, s.200.

[235] Del Carmen, s.207.

[236] Samaha, s.202.

Ayrıca, ABD'de bazı emniyet birimlerince aranacak kişilere, haklarını hatırlattıktan sonra, aramaya rıza verildiğini ve gerektiğinde rızanın geri alınabileceği hakkında bilgi sahibi olduğunu gösteren bir form imzalatılmaktadır.<sup>[237]</sup>

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, rızanın gönüllü olarak verilmesi ve zorlama içermemesi şartıyla, EK Madde 4 kapsamında hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre gönüllü rıza, tüm koşullar özellikle de kişinin arama başlamadan önce bundan vazgeçme hakkı olduğunu biliyor olması koşulu dikkate alınarak değerlendirilecektir.<sup>[238]</sup>

ABD'de mahkemece, rızanın gönüllü olarak verilmesi hususu üzerinde önemle durulmaktadır. ABD'de Georgia eyalet mahkemesi, altı ağır silahlı polis tarafından kendilerine doğrultulan silahların şaşkınlığı ile aramaya rıza gösterilmesi sonucunda, yapılan arama işlemin geçersiz olduğuna karar vermiştir.<sup>[239]</sup> Ayrıca, evinde suç işlendiği gerekçesiyle polisi çağıran kişinin bu eylemi de örtülü bir rızadır. Ancak bu durumda polis ancak çıplak gözle görebildiği eşyalara el koyabilecektir.<sup>[240]</sup>

Ancak ABD'de yapılan araştırmalar, insanların bir şekilde kendilerini aramaya rıza göstermek zorunda hissettikleri için rıza gösterdiklerini ifade ettiklerini ortaya koymuştur. Yine aynı araştırmada araştırmaya katılanların bir kısmının arama yapılmasını olumlu bulmalarına karşılık diğer bir kısmı ise bu durumdan hoşnut olmadıklarını ifade etmişlerdir.<sup>[241]</sup>

Yüksek Mahkeme, rızanın kapsamı konusunda ise kolluk görevlilerine, genital bölge hariç, geniş bir takdir hakkı vermektedir.<sup>[242]</sup>

Yüksek Mahkemeye göre rızanın geri alınması, açık davranışlar veya net ifadelerle belirtilmek zorundadır.<sup>[243]</sup> Mahkeme, aramaya rıza verdikten sonra kolluk görevlisine bu işlemin daha ne kadar süreceğini soran ve yapılan işlemin saçma olduğunu ifade eden kişinin davranış ve ifadelerinin, kesin olarak rızanın geri alınmasını ifade etmediği, yalnızca sabırsızlık belirtisi olduğu gerekçesiyle, söylenen sözleri rızanın geri alınması olarak kabul etmemiştir.<sup>[244]</sup>

[237] Samaha, s.201.

[238] Schneckloth v. Bustamonte 412 U.S.218 (1973). Bkz. Samaha, s.202.

[239] Love v. State, 242 S.E.2d 278 (Ga. App. 1978). Bkz. Scheb II, Scheb, s.436.

[240] Scheb II, Scheb, s.436.

[241] Samaha, s.207.

[242] Samaha, s.208.

[243] U.S.v. Sanders (2005), aktaran Samaha, s.212.

[244] U.S.v. Gray (2004), aktaran Samaha, s.213.



Mahkeme çeşitli kararlarında, “Arama bitti. Aramayı durduruyorum.”, valizi aranmak istenen kişinin “Hayır, bu kişisel bir eşya.”, “Artık yeter. Durdurmanızı istiyorum.” şeklindeki ifadeleri ve polisin izin istemesinden sonra aracın bagajının kilitlenmesi, uçağının aranmasına izin verdikten sonra uçağı hangara kilitleme şeklindeki davranışların, rızanın geri alınmasını kesin ve net olarak ifade eden söz ve davranış olduğuna karar vermiştir.<sup>[245]</sup>

ABD’de rıza konusunda sorunlu alanlardan birisi de üçüncü kişiye ait konut ya da eşyanın aranmasına rıza gösterilmesidir. İki durumda, buna ilişkin rıza meşru kabul edilmektedir. Birincisi, üçüncü kişi üzerinde yasal yetki sahibi bir kişi, üçüncü kişiye ait konutun ya da eşyanın aranmasına rıza gösterilebilir. Örneğin, okulun müdürü ya da fakültenin dekanı öğrencilere ait kilitli dolapların ya da eşyaların aranmasına rıza gösterebilir. Benzer bir olayda Mahkeme, okul yönetimi tarafından rutin yapılan denetimlerin arama sayılmayacağını ancak, acil durumlar hariç arama kararı olmaksızın polis tarafından arama yapılamayacağına karar vermiştir.<sup>[246]</sup> Mahkeme yasak madde taşıdığı şüphesiyle, polis tarafından, 13 yaşındaki kız öğrencinin çantasının ve cüzdanının aranması ve herhangi bir şey bulunmaması üzerine, arama kararı olmaksızın üstünün aranması işleminin, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>[247]</sup> İkinci durumda ise eşyanın karşılıklı kullanımını ve her iki tarafın ona erişim imkânının varlığından dolayı<sup>[248]</sup>, üçüncü kişiye olan yakınlığı sebebiyle onun aramaya rıza göstereceğine inanan kişi de üçüncü kişiye ait konutun ya da eşyanın aranmasına rıza gösterebilir. Örneğin, aynı evi paylaşan eşler, aynı odayı paylaşan sevgililer, misafirlerin kaldığı yerler için ev sahibi, aynı spor çantasını paylaşan kişiler, diğerleri bakımından arama yapılmasına rıza gösterebilirler.<sup>[249]</sup> Ancak ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kocanın rızası olmamasına rağmen eşin rızasıyla evde yapılan aramayı hukuka aykırı bulmuştur.<sup>[250]</sup> Aynı şekilde ABD Federal Yüksek Mahkemesi, evden ayrılalı uzun bir süre olduğu halde, eski ev arkadaşının kendisine tecavüz ettiği iddiasıyla eski ev arkadaşının evinin aranmasına rıza göstermesi sonucu

[245] Samaha, s.214.

[246] Commonwealth v. McCloskey, 272 A.2d 271 (Pa. Super. 1970), aktaran Scheb II, Scheb, s.436.

[247] Redding v. Safford Unified School Dist. No.1, 531 F.3d 1071 (9th Cir. 2008). Bkz. Scheb II, Scheb, s.458.

[248] Scheb II, Scheb, s.436.

[249] Samaha, , s.215.

[250] Georgia v. Randolph, 547 U.S.103, 126 S.Ct. 1515, 164 L.Ed.2d 208 (2006) Bkz. Scheb II, Scheb, s.437.

yapılan arama işlemini, rıza göstermeye yetkisi olmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur.<sup>[251]</sup> Bunun yanında, ev sahibinin kiracı üzerinde veya otel yönetimin veya resepsiyon görevlisinin otel müşterisi üzerinde, otelde kaldığı sürece, arama yapılmasına rıza vermesi söz konusu değildir.<sup>[252]</sup>

AİHM de hukuken geçerli bir rıza olması durumunda, arama kararı ve makul şüphe olmadığı halde, kolluğun arama yapma yetkisi kazandığını ifade etmektedir. Burada önemli olan husus, rızanın serbest iradeye dayanmasının gerekli olmasıdır. Bunun için de kişi, arama öncesinde sahip olduğu hakları bilmeli, arama sonucunda, aleyhine kullanılacak delil elde edilebileceğinin farkında olmalı ve kolluğun arama talebini reddedebileceğinin de bilincinde olmalıdır.<sup>[253]</sup>

### c. Türk Hukuku

Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişiklikten önce, mülga CMUK (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu) döneminde, kişinin rızasıyla ev araması yapılabilmekteydi. İstisna olan bu yöntemin, uygulamada kural haline gelmesi, rıza olmamasına rağmen bütün aramaların rıza varmışçasına yapılması ve bu yönde tutanak düzenlenmesi sonucunda, bu uygulamalara bir tepki olarak 2001 Anayasa değişikliği ile bu uygulamaya son verilmiştir.<sup>[254]</sup>

CMK döneminde ise çıkarılan AÖAY'nin ilk halinde, TCK'nın ilgilinin rızasını öngören 26/2'nci maddesine dayanılarak kişinin rızası ile arama yapılacağı hususu düzenleme altına alınmıştı (m. 8/1-f). Ancak AÖAY'nin ilgili maddesinin iptali talebiyle Danıştay'da açılan dava sonucunda, isabetli bir şekilde, ilgili maddenin iptaline karar verilmiştir.<sup>[255]</sup> Danıştay iptal gerekçesinde, arama tedbirinin Anayasa'nın 'Temel Haklar ve Ödevleri' kısmında yer verilen ve dokunulmaz, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardan olan 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı hakkı' kapsamında olduğu, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken, anılan hakların 'vazgeçilmez' niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde 'ilgilinin rızasına' yer verilmediği, gerek Anayasa'nın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk

[251] Illinois v. Rodriguez, 497 U.S.177 (1990). Bkz. Samaha, , s.215.

[252] Scheb II, Scheb, s.436.

[253] AİHM, Bože/Litvanya, 18.5.2017, B.No:40927/05, prg. 69-70.

[254] Aydın, s.9.

[255] Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 tarihli 2005/6392 E, 2007/948 K sayılı iptal kararı.

arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının benimsendiği, Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı' hakkında tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen rıza müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz bırakacağı açık olduğu hususlarına değinmiştir. Bu karar, arama tedbirinin temel hak ve hürriyetlerle olan ilişkisini ve rıza müessesesinin bu haklardan tümüyle vazgeçilmesi anlamına geldiğini ortaya koyması bakımından önemlidir.

Dolayısıyla mevcut durumda, kişi arama işlemine rıza gösterse bile hâkim kararı veya yazılı emir olmadan arama işlemi yapılamayacaktır.<sup>[256] [257]</sup> Aksi halde kişinin rızasının fesada uğraması ihtimali söz konusudur.

#### d. Değerlendirme

Rıza ile arama kurumunun lehinde ve aleyhinde görüşler mevcuttur.

Kurumun lehinde olanlar, aydınlatılmış ve hukuken geçerli bir rıza sonucu arama yapılabileceğini, bu kurumun şüphelinin de lehine olduğunu, onun da

[256] Ercan, s.202; ayrıca bkz. YCGK, 29.11.2005, 2005/7-144 E 2005/150 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)): "...Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır..."

[257] Y. 7. CD., 3.7.2013, 2013/5127 E 2013/17549 K sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)): Karara konu olayda sanığa ait aracın bagajında, sanığın rızasıyla arama yapılmış ve kaçak parfüm ele geçirilmiştir. Yargıtay, oyçokluğuyla verdiği kararında, hakların dengelenmesi teorisi çerçevesinde, yapılan işlem hukuka aykırı olsa bile bundan elde edilen delillerin kullanılabilirliğine karar vermiştir. Karşı görüş ise, karar veya emir olmadan rıza ile yapılan arama işleminin hukuka aykırı olduğuna ve bundan elde edilen delillerin de kullanılmayacağını savunmuştur. Karar ile ilgili olarak bkz. Gülşen, Recep, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 240 vd.

şüpheden kurtulmayı isteme hakkı olduğunu<sup>[258]</sup>, yeterli denetim mekanizmaları oluşturularak, örneğin İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi yapılan arama işleminin kayıtlara geçirilmesi ve bu kayıtların da denetime imkân sağlayacak şekilde düzenlenmesi gibi, bu kurumun Türk Hukuku'na kazandırılması gerektiğini<sup>[259]</sup> ifade etmektedirler.

Kurumun aleyhinde olanlar ise suçun ispat edilmesinin kamu makamlarının görevi olduğu, dolayısıyla rıza ile aramanın AİHS m. 6/2'de düzenlenen masumiyet karinesine ve Anayasa m. 38/5'de düzenlenen "kimsenin, kendisi ve kanunda gösterilen yakınları aleyhine delil göstermeye mecbur edilemeyeceği" ilkesine aykırı olduğunu<sup>[260]</sup>; ülkemizde kolluğun vatandaş karşısındaki üstün konumu ve vatandaşların da temel hak ve hürriyetler konusunda yeterli bilince sahip olmaması dikkate alındığında, Cumhuriyet savcısını veya kolluğu karşısında gören kişinin rızasının, özgür iradeye dayandığından bahsedebilmenin zor olduğunu<sup>[261]</sup>; ayrıca devredilemez haklardan olan, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına, müdahale edilmesinin şartları oluşmadığı halde, kişilerin kendi rızalarıyla özel hayatlarına saygı duyulmasını isteme hakkından vazgeçmelerinin hukuken bir değer ifade edemeyeceğini<sup>[262]</sup> ileri sürmektedirler.

Kanaatimce, yukarıda aleyhte sunulan görüşlere ilave olarak, temel hak ve hürriyetlerin önemi ve korunması, ayrıca, istisna olması gereken bu kurumun, uygulamada esas kural haline gelme tehlikesi göz önüne alınarak, rıza ile arama kurumuna yer verilmemesi isabetli olacaktır.

### **e. Belirtilik İlkesi Bağlamında Rıza ile Arama**

Rıza ile aramanın sınırını, yukarıda sayılan şartları taşıyan, hukuka uygun rıza oluşturur. Bu bağlamda arama işlemi, yer bakımından kişinin rıza gösterdiği üst, eşya, konut, işyeri veya diğer bir yerde; zaman bakımından ise aramaya rıza gösterdiği vakitte yapılabilir. Aksi uygulama yapılan arama işlemini hukuka aykırı hale getirir. Ayrıca, kişi yalnızca tasarruf yetkisinin olduğu alanlarda arama

[258] Kunter/Yenisey/Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.1078; Aksoy, s.95; benzer yönde Yıldız, Hüseyin Serkan, *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Arama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.66.

[259] Aksoy, s.96.

[260] Kahraman, s.353.

[261] Şen, Ersan, Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler ve Vekillerinin Aramalara Katılması, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı:44, Nisan 2010, s.95; Keskin-Kızıroğlu, *Arama*, s.162; Aksoy, s.96; Yılmaz, s.270; Karakaya, s.57; Doğan, s.175; Önok, s.285.

[262] Eryılmaz, *Durdurma ve Arama*, s.188, dn: 492; aksi yönde Baki, s.70.

yapılmasına rıza gösterebilir; bunun dışında üçüncü bir kişinin ya da ona ait eşyanın, yerin aranmasına rıza gösteremez.

### III. BELİRLİLİK İLKESİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI VE BAŞVURU YOLLARI

#### A. BELİRLİLİK İLKESİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Belirlilik ilkesine aykırılık, uygulanan arama tedbirini hukuka aykırı hale getirir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama tedbirinin ise ceza, tazminat ve delil hukuku bakımından bir takım sonuçları söz konusudur.

##### 1. Ceza Hukuku Bakımından

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi, ceza hukuku bakımından haksız arama suçuna sebebiyet verebilir.

Haksız arama suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümündeki 120. maddesinde, "Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir." şeklinde hüküm altına alınmıştır.<sup>[263]</sup>

Haksız arama suçu, kamu görevlisi tarafından, hukuka aykırı olarak, bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranmasıdır. Arama işleminin hukuka aykırı olarak yapılmasından maksat ise mevzuatta belirtilen geçerli bir arama nedeni olmaksızın (gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmadığı halde varmışçasına arama emri alınması gibi) ya da arama kararında belirtilen sınırlara uyulmaksızın arama işleminin yapılmış olması veya arama sırasında uyulması gerekli olan kurallara uyulmamasıdır.<sup>[264]</sup>

Arama işleminde, belirlilik ilkesine aykırı olarak, karar veya emrin sınırının aşılması, örneğin kararda veya emirde, yalnızca kişinin yakalanacağı ifade edildiği

[263] Bkz. Hafizoğulları/Özen, Kişilere Karşı Suçlar, s.219 vd.; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s.431 vd.; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s.285 vd.; Parlar, Ali, Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1, Ankara 2015, s.1440 vd.; Gülşen, Recep, Haksız Arama Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, s.140 vd.; Yıldırım, Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s.592 vd.; Akyürek, Güçlü, Haksız Arama Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, s.36 vd.

[264] Madde gerekçesi; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.414; Parlar, s.1440; Yılmaz, s.297.

halde, eşya araması yapılması veya aranan delil bulunduğu halde aramaya devam edilmesi gibi durumlar haksız arama suçuna vücut verir.

Aynı şekilde arama işlemi esnasında, orantılık ilkesine aykırı davranılarak, aramaya konu eşyanın, kişilerin üzerinde bulunmasının imkânsız olduğu durumlarda (kaçak televizyonun aranması gibi) yapılan üst araması da haksız arama suçuna vücut verir.<sup>[265]</sup>

Yine konutta yapılan aramada, aramanın amacına aykırı davranılarak sınırın aşılması durumunda da (yakalama amaçlı aramada kişi yakalandığı halde arama işlemine devam edilerek üst ya da eşya araması yapılması gibi) haksız arama suçu oluşur.

## 2. Tazminat Hukuku Bakımından

CMK'da yeni bir düzenleme olarak, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususu ayrıca hüküm altına alınmıştır (CMK m. 141-144). Arama tedbiri bakımından ise hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişi, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir (CMK m. 141/1-i).

Fıkranın lâfzî yorumu dikkate alınır, tazminat talep etmenin koşulu, arama kararının yerine getirilmesi kapsamında, arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi<sup>[266]</sup>, arama sırasında makul ve uygun yöntemlerin kullanılmaması<sup>[267]</sup>, aramanın icrasında aşırılığa kaçılmasıdır.<sup>[268][269]</sup> Buna göre,

[265] Gülşen, Haksız Arama, s.151.

[266] Ayıcı, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2014, s.225-232. Yazar “ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi” ifadesinin ölçülülük ilkesine aykırılık olarak anlaşılamayacağını ifade etmektedir; ayrıca bkz. Düzgün, Nuri./Elmacı, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Ankara 2010, s.112; Kanmaz, Fatih, Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, Ankara 2008, s.183; Aldemir, Hüsnü, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2012, s.392.

[267] Tangal, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016, s.62.

[268] Günay, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2014, s.98.

[269] Doktrinde, bizim de katıldığımız görüşe göre, ölçülülük ilkesinin yalnızca aramanın icrasına yönelik değil, arama kararı alınmasından icrasına kadar her aşamada göz önüne alınmasının gerekli olduğu savunulmaktadır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.357; Özbek/Bacaksız, s.212; Yılmaz, s.295; Aydın, s.154; Parlar/ Hatipoğlu, s.623; Gülşen, Ceza Muhakemesi, s.93; İnci, Z.Özen: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”, AÜHF Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl: 2016, s.2037, Albayrak, Mustafa/Özer, Fatma/İlhan, Fikret/Erdoğan, Mustafa,

arama işlemi sırasında, kişiyle iletişim kurulmadan veya gerekmediği halde evin kapısının kırılması<sup>[270]</sup>, eve çamurlu ayakkabılarla girilmesi, çalıntı televizyonun çekmecelerde aranması, eşyalara zarar verilmesi, aramaya maruz kalan ve diğer kişiler üzerinde korku oluşturulması, gerekmediği halde kişinin çırılçıplak soyulması, arama işleminin herkesin görebileceği ve duyabileceği şekilde yapılması gibi faydasız, gereksiz ve amaca hizmet etmeyen tutum ve davranışlar maddi ve manevi tazminata<sup>[271]</sup> konu olabilecektir. Ancak arama işleminin amacına ulaşmaması, tek başına tazminata neden olmayacaktır.

Doktrinde, CMK m. 141 dışında kalan hukuka aykırı aramalarda ise genel hükümlere göre tazminat istenmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>[272]</sup>

### 3. Delil Hukuku Bakımından

Arama tedbiri sonucunda elde edilen deliller, hukuka uygun olmaları şartıyla kullanılabilir ve değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla hukuka aykırı olan bir delil, muhakemedeki tek delil olsa bile, kullanılmayacak ve değerlendirmeye alınmayacaktır.

Hukuka aykırı delil, hukuk düzenine, başka bir ifadeyle herhangi bir hukuk kuralına, aykırı şekilde elde edilen veya ikame edilen delildir. Aykırılık, hukuk kuralının eksik ya da yanlış uygulanması sonucu olabileceği gibi, hiç uygulanmaması sonucu da olabilir.<sup>[273]</sup> Hukuka aykırı deliller muhakemede kullanılmaz ve değerlendirmeye alınamaz (Anayasa m. 38/6, CMK m. 206/2-a ve 217/2).

Belirlilik ilkesi bağlamında, arama kararı veya emrinin kapsamının dışına çıkılarak<sup>[274]</sup> veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak yerine getirilen arama tedbiri

---

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara 2014, s.135; Epözdemir, Rezan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, Kasım 2017, s.22; Canoğlu, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara 2017, s.108; Yargıtay da verdiği son kararlarında bu görüşü benimsemiştir. Bkz. Y. 12. CD., 24.12.2013, 2013/9105-30731 E-K sayılı kararı ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)), Y. 12. CD., 10.12.2015, 2015/12815 E, 2015/19162 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

[270] Aydın, s.155.

[271] Y. 12. CD., 10.12.2015, 2015/12815 E, 2015/19162 K ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).

[272] Bezer yönde Ökten, s.123; Günay, s.98.

[273] Şenol, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, İstanbul 2015, s.64.

[274] Y. 8. CD., 19.1.2017, 2016/2055 E, 2017/504 K ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)): "...Bandırma Sulh Ceza Mahkemesi'nin ...iş sayılı arama kararında, sanık ve babasının üzerinde ve sanığın babasının "... Mahallesi ... Caddesi No:83" sayılı ikamet adresinde arama

ve bundan elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Örneğin, uyuşturucu madde ele geçirmek amacıyla yapılan arama işleminde, uyuşturucu madde ele geçirildiği halde, arama işlemine devam edilerek delil olabileceği düşüncesiyle diğer eşyaların da aranması durumunda, arama kararının sınırı aşılmış olur ve elde edilen diğer deliller hukuka aykırı elde edildikleri gerekçesiyle kullanılamaz. Tabii burada tesadüfen elde edilen deliller istisnadır (CMK m. 138/2).

## B. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

Belirlilik ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemine karşı, aramaya maruz kalanlar, bir takım kanun yollarına başvurabilirler.

### 1. İtiraz

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemine karşı ilk olarak, doğrudan itiraz (CMK m. 267/1) veya tedbir sonucunda elkoyma tedbirine başvurulmuşsa, elkoyma kararıyla birlikte itiraz (CMK m. 127/3) yoluna başvurulabilir.

İtiraz usulü, arama tedbirinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmasa da işlemin hukuka aykırılığını ortaya koyması bakımından önemlidir.

CMK'da düzenlenen itiraz usulü, hâkim ve kanunda açıkça öngörülmesi halinde mahkeme kararlarına karşı düzenlenmiştir. Yetkili makamın yazılı emriyle başvuru yapılan arama tedbiri bakımından ise hangi yola başvurulacağına ilişkin bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır. Bu durumda elkoyma tedbirine kıyasen (CMK 127/3), Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emri, yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulup, hâkimden bu konuda bir karar vermesi istenebilir.<sup>[275]</sup> Hâkim, kararını, arama tedbirinin bitiminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde arama tedbirinin sonuçları ortadan kalkar. Bu uygulama, yetkili makamca verilen arama emrinin, hâkim tarafından denetlenmesi bakımından da önemlidir.

Kolluk amiri tarafından verilen arama emri, adli bir işlem olması sebebiyle, idari denetime tabi tutulamayacağından, bu durumda idari yargı yolu da işlemlenemez. Çünkü CMK ile kolluk, adli kolluk haline gelmiş (CMK m. 164) ve

---

yapılmasına karar verildiği, sanığın babasına ait bu adreste yapılan arama sonucu suç unsuruna rastlanılmadığı; suça konu silahın bulunduğu sanığa ait ... Mahallesi ... Sokak No:14 Sayılı yerde ise arama yapılabileceğine dair usulüne uygun bir arama kararının bulunmadığı halde, anılan yerde yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin hukuka aykırı olduğu, ele geçirilen suç eşyasının hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olmasından dolayı hükme esas alınamayacağı gözetilmeden...”

[275] Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.356.



kolluk görevlileri hakkında adli görevleri dolayısıyla CMK'nın uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (CMK m. 165).

Ayrıca, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama işleminin sonuçları, Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir (CMK m. 119/1). Bu durumda, kolluk amirinin arama emri, Cumhuriyet savcısı tarafından da denetime tabi tutulabilecektir.

## 2. İstinaf veya Temyiz

İtiraz usulünün yanı sıra, arama kararı veya emri, hükme esas teşkil etmesi şartıyla, hükümle birlikte istinaf (CMK m. 272/2) veya temyiz (CMK m. 287/1) yoluna konu edilebilir. Bu kararların hükme esas teşkil edebilmesi için kovuşturma aşamasında verilmiş olması gereklidir. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında verilen arama kararının öncelikli olarak istinaf ve temyize konu edilmesi doğal olmalıdır. Ancak istisnai de olsa soruşturma aşamasında verilmiş olup, bir şekilde denetimden geçmemiş kararların da istinaf ve temyize konu edilmesi mümkün olmalıdır.

Bölge Adliye Mahkemesince, istinaf yargılaması sonucunda esastan ret (onama) veya bozma kararları verilebilir veyahut da hükmün ıslahı yoluna gidilebilir.<sup>[276]</sup>

İlk derece mahkemesinin kararında, usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilir (CMK m. 280/1-a). Böylece arama tedbiri bakımından da yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmiş olur.

İlk derece mahkemesinin kararında, CMK m. 289'da belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına karar verilir (CMK m. 280/1-b). CMK m. 289'da düzenlenen hukuka kesin aykırılık hallerinden bir tanesi de arama tedbirini ilgilendirmesi bakımından, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasıdır (CMK m. 289/1-i). Bu bağlamda, inceleme konusu olan arama kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilirse, bozma kararı verilecek ve arama kararının da hukuka aykırı olduğu ortaya konulmuş olacaktır.

[276] Ceza muhakemesinde düzenlenen istinaf kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Muharrem: "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", AÜHF Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, s.2331-2388; Güngör, Devrim, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016.

Yargıtay'da yapılan temyiz yargılamasının sonucunda, yukarıda açıklanan nedenlerle esastan ret (onama) (CMK m. 302/1) veya bozma kararları (CMK m. 302/3) verilebilir veyahut da hükmün ıslahı yoluna (CMK m. 303) gidilebilir.

Burada dikkat edilmesi gerekli olan nokta, her ne kadar Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'ca hukuka aykırılık halleri kendiliğinden dikkate alınmak zorunda olsa da hem istinaf hem de temyiz dilekçesinde, arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu ve bu yolla elde edilen delillerin de hükmün esasına etkili olduğu hususu özellikle vurgulanmalıdır.

### **3. Olağanüstü Kanun Yolları Bakımından Konunun Değerlendirilmesi**

Olağanüstü kanun yolu olarak CMK'da kanun yararına bozma, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı ve yargılamanın yenilenmesi düzenleme altına alınmıştır. Bunlardan yalnızca "kanun yararına bozma (yazılı emir)" yoluna gidilmesi mümkündür (CMK m. 309).<sup>[277]</sup>

Kanun yararına bozma (yazılı emir), hâkim veya mahkemeler tarafından verilen ve istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararların Yargıtay'ca denetlenmesini sağlayan bir yoldur (CMK m. 309). Kanun yararına bozma nedeni, bozma nedeni olan hukuka aykırılıklardır. Bunlar maddi hukuka veya muhakeme hukukuna ilişkin olabilir.<sup>[278]</sup>

Arama tedbiri bakımından, hükme esas alınan arama kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (olağanüstü itiraz), Yargıtay ceza dairelerinden verilen kararlara karşı, resen veya istem üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na itiraz edilmesidir (CMK m. 308/1). Bu yola ancak, ceza dairelerinin temyiz incelemesi sırasında verdiği kararlarda hukuki hata bulunması durumunda başvurulur.<sup>[279]</sup> Bu nedenle arama tedbiri bakımından bu yola başvurulması söz konusu olamaz.

Yargılamanın yenilenmesi ise hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılan yanlışlıkların düzeltilmesi için başvurulmuş bir yoldur (CMK m. 311). Yargılamanın yenilenmesi nedenleri, lehte (CMK m. 311/1) ve aleyhte (CMK m. 314) nedenler olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu nedenler arasında, arama tedbirinin hukuka aykırı olmasından dolayı gidilebilecek herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, hukuka aykırı arama tedbiri bakımından yargılamanın

---

[277] Ercan, s.210.

[278] Toroslu/Feyzioğlu, s.442.

[279] Centel/Zafer, s.895.

yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir. Ancak, arama işleminde elde edilen delillere ilişkin olarak bu yola başvurulması değerlendirilebilir.

#### 4. Bireysel Başvuru

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireyler tarafından, diğer başvuru yolları tüketildikten sonra başvurulmuş istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yoludur.

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama tedbiri, bazı temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği durumda, bireysel başvuruya konu olabilecektir.

Hukukumuzda bireysel başvuru yolu, hem Anayasa Mahkemesine hem de AİHM'e karşı kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvuruları, "adil yargılanma hakkı" çerçevesinde incelemekte ve yargılamanın, bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirmektedir.<sup>[280]</sup>

AİHM ise arama tedbirinden kaynaklı başvuruları, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı yükümlülüğü ihlal edildiğinden dolayı, Sözleşmenin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, delil elde etmek için konutların aranmasını ve mallara el konulmasını kabul etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında müdahalenin, kanunla düzenlenmesi<sup>[281]</sup>, meşru bir amaca hizmet etmesi<sup>[282]</sup> ve orantılı<sup>[283]</sup> olması, ayrıca, keyfiliğe ve istismara karşı

[280] Bkz. Jakob Gabriel, B. No: 2013/2392, 15/4/2015, R.G. Tarih- Sayı: 16/07/2015-29418prg, 38; Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23/1/2014, prg. 19; Güllüzar Erman, B. No: 2012/542, 4/11/2014, prg. 61.

[281] Bu koşula aykırı bir arama işleminin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AİHM, Bože/Litvanya, 18.5.2017, B.No:40927/05, prg. 85; Vardanean/Moldava Cumhuriyeti ve Rusya, 30.5.2017, B.No:22200/10 prg. 54.

[282] AİHM, Robathin/Avusturya, 3.7.2012, B.No:30457/06, prg. 52: Karara konu olayda, bilgisayardaki bütün dataların incelenmesinin meşru bir amaca hizmet etmediği gerekçesiyle, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

[283] AİHM, müdahalenin amaçla makul bir orantı içinde olmadığı gerekçesiyle hak ihlali olduğuna karar vermiştir. Bkz. Aydemir/Türkiye, 24.05.2011, B.No: 17811/04, Buck/Almanya, 28.4.2005, B.No:41604/98, prg. 52; Avukatın bürosunda yapılan aramanın mesleki imtiyazların korunması bakımından yeterli güvencelere sahip olmaması dolayısıyla orantısız olması bakımından bkz. AİHM, Smirnov/Rusya, 7.6.2007, B.No:71362/02, aktaran Aracı, Fatoş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Denetlenmesi ve Arama Yoluyla Elde Edilen Delillerin Kullanılması in Ceza Muhakemesi Hukukunda Günael Konular, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, İstanbul 2015, s.254;

bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizması sağlanması<sup>[284]</sup> ve 8. maddede düzenlenen haklara müdahale niteliği taşıyan tedbirlerin çerçevesi ve sınırlarının çok iyi çizilmiş olması gerekmektedir.<sup>[285]</sup> Mahkeme, her bir davada, özel şartlara bakarak, müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunu denetlemektedir.<sup>[286]</sup> Mahkeme bunu yaparken de aramayı gerektiren suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almaktadır.<sup>[287]</sup>

Mahkeme, yine arama tedbirine ilişkin sınırları çizdiği Camenzind/İsviçre<sup>[288]</sup> davasında, konutta veya başka yerlerde, şüphelinin yakalanma veya delillerin bulunma olasılığı olması durumunda arama yapılabileceği ve arama esnasında, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli bir kamu görevlisinin olması gerektiğini ifade ederek<sup>[289]</sup>, belirlilik ilkesine vurgu yapmıştır.

---

Bilgisayarlarda yapılan aramalar bakımından bkz. AİHM, Robathin/Avusturya, 3.7.2012, B.No:30457/06, aktaran Aracı, s.254.

[284] Yeterli koruma mekanizması bulunmadığı için yapılan denetimin Sözleşmenin 8. Maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AİHM, Soci t  Colas Est ve Diğ rleri/Fransa, 16.04.2002, B.No:37971/97, prg. 48-49.

[285] AİHM, Funke/Fransa, 25.02.1993, B. No: 10828/84, prg. 56-57; Cremieux/Fransa, 25.2.1993, B.No:11471/85, prg. 39-40.

[286] Kilkelly, s.68.

[287] Bkz. AİHM, Aydemir/Türkiye, 24.05.2011, B.No: 17811/04; Buck/Almanya, 28.4.2005, B.No:41604/98, prg. 51.

[288] AİHM, Camenzind/İsviçre, 16.12.1997, B.No: 136/1996/755/954, prg. 46-47.

[289] Kilkelly, s.69.

## SONUÇ

Arama tedbiri, şüpheli veya sanığın, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla bir kimsenin konutunda, işyerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemidir. Tedbir, koruma tedbir olmasının da doğal bir sonucu olarak, başta “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” olmak üzere bazı temel hak ve hürriyetlere, henüz hüküm verilmeden önce, doğrudan müdahale eder. Bu sebeple tedbirin uygulanmasında, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve keyfilik önlenmesi amacıyla belirlilik ilkesine uyulması zorunludur.

Arama tedbirinde belirlilik ilkesi, tedbirin sınırlarının belirli olmasını; neyin ya da kimin, hangi gerekçeyle, hangi zaman süresince ve nerede aranacağını, hem aramaya maruz kalan kişiler hem de arama işlemi yerine getirecek kolluk görevlileri bakımından, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını ifade eder.

Belirlilik ilkesi, hem karar veya emir üzerine, hem de karar veya emir olmaksızın ve de rıza ile uygulanan arama tedbirinde dikkate alınmalıdır. Karar veya emir üzerine yapılan aramalarda tedbirin sınırını, bizzat ona ilişkin karar veya emir çizer. Karar veya emir alınmaksızın yerine getirilen arama tedbirinde sınırı, yapılan işlemin amacı ve ölçülülük ilkesi belirler. Rıza ile yapılan aramalarda ise sınırı, hukuken geçerli olan rıza çizer.

Tedbirin uygulanmasında belirlilik ilkesinin dikkate alınmaması, tedbiri hukuka aykırı hale getirir. Bu durumda, ceza hukuku anlamında, haksız arama suçunun oluşmasına; tazminat hukuku anlamında, ölçüsüz bir şekilde yerine getirilen arama işlemine karşı maddi ve manevi tazminata hak kazanılmasına ve delil hukuku anlamında ise tedbirden elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelerek muhakemede kullanılamaz hale gelmesine neden olunabilir.

Yine belirlilik ilkesine aykırılık halinde, aramaya maruz kalan kişiler, itiraz yolu ile olağan ve olağanüstü kanun yollarına ve bireysel başvuru yoluna başvurabilirler.

## KAYNAKÇA

Akbey, Evren: **Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Aksoy, Şemsettin: **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Akyürek, Güçlü: **“Haksız Arama Suçu”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2.

Albayrak, Mustafa/Özer, Fatma/İlhan, Fikret/Erdoğan, Mustafa: **Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Aldemir, Hüsnü, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012

Aracı, Fatoş: **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Denetlenmesi ve Arama Yoluyla Elde Edilen Delillerin Kullanılması”**, içinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Arslan Soygüt, Mualla Buket: **“İlyaz Stefanov v. Bulgaristan Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme” ile İlgili Bir Kararı”**, içinde Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 17. Baskı, 2018.

Aycı, Emrullah: **Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Aydın, Murat: **Arama ve Elkoyma**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2012.

Bacigal, Roland J.: **Criminal Law and Procedure An Overview**, Delmar Cengage Learning, 3.Baskı, USA, 2009.

Bakım, Sevi: **“Arama”**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:164, Ağustos 2016, s. 4161-4207.

Baki, Yunus: **Adli Arama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi S.B.E., İstanbul, 2007.

Bıçak, Vahit: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 4. Baskı, 2018.

Can, Osman: **“Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2 (2005)

Canoğlu, Veysel Candan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Centel, Nur/Zafer, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 15. Baskı, 2018.

Çağlar, Selda: **Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Çelik, İsa: **Postada Elkoyma**, Ajans Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2016.

Değirmenci, Olgun: **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Del Carmen, Rolando V.: **Criminal Procedure Law and Practice**, Wadsworth Cengage Learning, 8.Baskı, USA, 2010.

Doğan, Duygu Çağlar: **“Ceza Muhakemesinde Adli Arama”**, TBB Dergisi, Sayı: 92, Yıl: 2011.

Döner, İsa: **“Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi”**, içinde Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Düzgün, Nuri/Elmacı, Şerafettin: **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Epözdemir, Rezan: **“Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, Kasım 2017, s. 14-28.

Ercan, İsmail: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kuram Kitap, İzmit, 14. Baskı, 2018.

Erem, Faruk: **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, 1979.

Eryılmaz, Mesut Bedri: **Türk ve İngiliz Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003 (**Durdurma ve Arama**).

Eryılmaz, Mesut Bedri: **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012 (**Ceza Muhakemesi**).

Eşitli Aygün, Ezgi: **“Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”**, TBB Dergisi, Yıl: 2013, Sayı:104.

Gercke, Björn: **“Avukat Bürolarının Aranması”**, Çev. Prof. Dr. Hakan Hakeri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Göktürk, Neslihan, Fikri İçtima, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Gülşen, Recep, **“Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.

Gülşen, Recep: **“Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”**, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos 2010, s.16-22 (**Kendiliğinden Arama**).

Gülşen, Recep: **“Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Y. 2005 (**Ceza Muhakemesi**).

Gülşen, Recep: **“Haksız Arama Suçu”**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008 (**Haksız Arama**).

Günay, Erhan: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Güngör, Devrim: **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 11. Baskı, 2018 (**Genel Hükümler**).

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 5. Baskı, 2016 (**Kişilere Karşı Suçlar**).

İnci, Z.Özen: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”**, AÜHF Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl: 2016.

İnci, Z.Özen, **“Türkiye’nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 120, Ağustos 2016.



Kahraman, Mehmet: **“Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”**, Yargıtay Dergisi, C.33, S. 3, Temmuz 2007.

Kanmaz, Fatih: **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Kantar, Baha: **Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler I. Kitap**, 4. Bası, Ankara, 1957.

Karakaya, Naim, **“Ceza Kanunu Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi”**, Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, Sayı: 6-7, Ekim 2005.

Karakehya, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1. Bası, Ekim 2014.

Keskin-Kızıroğlu, Serap: **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010 (**Konut Dokunulmazlığı**).

Keskin-Kızıroğlu, Serap: **“5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”**, AÜHF Dergisi, C. 58, Y. 2009, S. 1 (**Arama**).

Keskin-Kızıroğlu, Serap: **“Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1 (**Arama ve Elkoyma**).

Kilkelly, Ursula: **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Elkitapları, No.1, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (**Ceza Muhakemesi Kanunu**).

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 18. Baskı, 2010 (**Ceza Muhakemesi Hukuku**).

Kunter, Nurullah: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yayıncılık Matbaası, İstanbul, 9.Baskı, 1989.

Kunter, Nurullah: **“Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz”**, İHFM, C. XXXIV, Y.1969, S.1-4, s.17 vd.

Okuyucu-Ergün, Güneş: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

Ökten, Pınar: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Önok, Rıfat Murat: **“Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”**, içinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nur Centel, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 11. Baskı, Ağustos 2018.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, Ekim 2016.

Özbek, Veli Özer/Bacaksız, Pınar: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ekim 2006.

Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.

Özen, Muharrem: **“Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016.

Özen, Muharrem: **“Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:1, Yıl:2000, s. 63-88.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Gezer Sırma, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Akcan Alan, Esra/ Özeydin, Özdem/ Tütüncü Erden Efser/Villemin Altınok, Derya/Tok, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, Güncellenmiş 12. Baskı, Eylül 2018.

Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Güleç Soyer, Sesim: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2017.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2008.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008.

Parlar, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

Samaha, Joel: **Criminal Procedure**, Wadsworth Cengage Learning, 8.Baskı, USA, 2012.

Scheb II, John M./Scheb, John M.: **Criminal Law and Procedure**, Wadsworth Cengage Learning, 7.Baskı, USA, 2011.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, 2018.

Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 9. Bası, 2018.

Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005 (**Gazi Şerhi**).

Şahin, İlyas: “**Amerikan Hukukunda Kişi Hakları ile Kamu Yararlarının Dengelenmesine İlişkin İlkeler ve Kamu Okullarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu**”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014, s. 71-112.

Şahin, İlyas: “**ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverilme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013 (**Aramalar**).

Şahin, İlyas: “**ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler**”, TBB Dergisi, Sayı: 89, 2010 (**Bilgisayar Aramaları**).

Şen, Ersan: “**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Değişikliği**”, <http://www.polisinsesi.com/adli-ve-onleme-aramalari-yonetmeliği-degisikligi/4059/> Erişim tarihi: 08.12.2016 (**Yönetmelik**).

Şen, Ersan: “**Araç Araması**”, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:214, Ekim 2013, s. 11-18.

Şenol, Cem: **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Tangal, Murat: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016.

Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 18. Baskı, 2018.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 24. Baskı, 2018 (**Genel Kısım**).

Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 9. Baskı, 2018 (**Özel Kısım**).

Turhan, Faruk: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınları, 2006.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 2018 (**Ders Kitabı**).

Wohlers, Wolfgang: **“Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar”** (Çev.: Kerem ÖZ), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015.

Yenidünya, A.Caner/İçer, Zafer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Yenisey, Feridun: **Kolluk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Yenisey, Feridun: **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, AÜ SBF İHM Yayınları Seminer yayın Dizisi No:3, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995, Ankara.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 6. Baskı, 2018.

Yenisey, Feridun/Oktar, Salih: **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, Almanca Metin-Türkçe Çeviri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2. Baskı, 2015.

Yerdelen, Erdal/Değerli, Yavuz Selim: **“Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük”**, Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1339-1378.

Yıldırım, Akif: **“Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”**, TAA Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s. 585-622 (**Haksız Arama**).

Yıldız, Hüseyin Serkan: **Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi S.B.E., Ankara, 2010.

Yılmaz, Yeşim: **“Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”**, TBB Dergisi, Sayı 124, 2016 (**Arama**).

Yurtcan, Erdener: **Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi**, Adalet Yayınevi, 8. Bası, Ankara, 2017.

**İNTERNET KAYNAKLARI**

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

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

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

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)



ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI  
HUKUKUNDA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN  
DÖNÜŞÜMÜNÜN BİR ÖRNEĞİ  
OLARAK CEDAW\* KOMİTESİNİN  
35 SAYILI TAVSİYE KARARI\*\*

Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY\*\*\*

Özge YÜCEL DERİCİLER\*\*\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-3928-3509>

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-7368-8067>

**DOI:** 10.30915/abd.556968

**Makalenin Geldiği Tarih:** 26.10.2018 **Kabul Tarihi:** 19.11.2018

\* CEDAW ibaresi uluslararası sözleşmenin isminin İngilizce baş harflerinin kısaltmasıdır. Buna göre CEDAW'ın açılımı "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women"dir. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

\*\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\*\* Dr. Ziyaretçi Araştırmacı Institute of Advanced Legal Studies, University of London.

\*\*\*\* Dr. Öğr. Üy. Özgeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.





## ÖZ

Uluslararası insan hakları hukuku feminist teori ve kadın hareketinin çabalarıyla belirli bir dönüşüm geçirmiştir. Devletlerin özel alanda ve/veya üçüncü kişilerce gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulmalarında feminist hareket ve teorinin dönüştürücü etkisi önemlidir. Söz konusu düşünsel ve normatif dönüşümün bir örneği 2017 tarihli BM. CEDAW Komitesinin 35 Sayılı Tavsiye Kararıdır. Bu çalışmada söz konusu tavsiye kararı bağlamında devletlerin toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadelede özen yükümlülükleri incelenecektir. 35 Sayılı Tavsiye Kararına ilişkin tespit ve değerlendirmelere geçmeden önce özen yükümlülüğü ve feminist teorinin söz konusu yükümlülüğe yönelik eleştiri ve somut katkıları ortaya konulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Özen yükümlülüğü (due diligence), toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, kamusal alan/özel alan ayrımı, devlet dışı aktörler, feminist eleştiri.

GENERAL RECOMMENDATION NO 35  
OF CEDAW COMMITTEE:  
AN EXAMPLE OF THE TRANSFORMATION  
OF THE DUE DILIGENCE OBLIGATION WITHIN  
THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

## ABSTRACT

International human rights law has undergone a specific transformation with the efforts of the feminist theory and the women's movement. The transformational effect of feminist movement and theory is important in holding states accountable for human rights violations by non-state actors. One example of this intellectual and normative transformation is the UN General Recommendation No 35 of the CEDAW Committee issued by the UN on 14 July 2017. In this study, the obligations of states in combating gender-based violence will be examined in the context of the CEDAW General Recommendation No 35. Before analyzing the General Recommendation No. 35, the due diligence obligation and the feminist theory's criticism and concrete contributions to this obligation will be discussed.

**Keywords:** Due Diligence, gender based violence, public/private distinction, non state actors, feminist critique.

## Giriş

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele eden hukukçular, uluslararası hukukun ve son zamanlarda insan hakları hukukunun araçlarından özen yükümlülüğü (*due diligence*) standardından destek almaktadırlar.<sup>[1]</sup> Kural olarak uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun devlet dışı aktörlerin hak ihlallerinden devletleri sorumlu tutmama eğilimine karşı geliştirilen özen yükümlülüğü standardı feminist teorisyen ve/ya hukukçularının çabalarıyla dönüştürülmüş ve kapsamı daha belirgin bir hale gelmiştir. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin önemli bir kısmı kamusal alanın dışında özel alanlarda ve devlet dışı aktörlerce uygulanmaktadır. Klasik anlamda uluslararası insan hakları hukukunun özel alanda gerçekleşen hak ihlallerinde devletlerin sorumlu tutmama eğilimi feminist teori ve hareketin çabaları sonucunda değişmiştir. Daha önce toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık nedeniyle kamusal alanlardan dışlananların karar verme mekanizmalarına girmeye başlamalarıyla birlikte özel alandaki gerçek hayat deneyimleri ve hak ihlalleri uluslararası insan hakları hukukunun kamusal alan odaklı yaklaşımını dönüştürmüştür.<sup>[2]</sup> Özen yükümlülüğü devlet dışı aktörlerin hak ihlallerinden devletleri sorumlu tutma konusunda feministlerin argümanlarına dayanak olmakla birlikte, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele yetersiz kalmıştır. Özellikle söz konusu yükümlülüğünün sınırlarının belirsizliği, feministlerin özel alanda toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddeti önleme, mağdurları koruma, failleri yargılama, zararları onarma alanlarındaki mücadelelerini zorlaştırmaktadır. Bu zorlukları aşmak adına feministler özen yükümlülüğünü dönüştürmüşlerdir.

Bu dönüşüm en önemli görünüşlerinden birisi CEDAW Komitesininin 14 Temmuz 2017 tarihli 35 sayılı genel tavsiye kararıdır (GTK).<sup>[3]</sup> 35 sayılı GTK feminist özen yükümlülüğünü netleştirmesi ve feminist birikimi yansıması açısından çalışmamızın odağını oluşturmaktadır. 35 sayılı GTK'nin detaylarına geçmeden önce uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunda özen yükümlülüğü ve özen yükümlülüğünün Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa, Inter

[1] Carin Benninger-Budel, "Introduction", *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands:Brill, 2009, s. 1.

[2] Uluslararası insan hakları hukukunun kamusal alan odaklı yaklaşımına yönelik eleştiri için bkz. Hilary Charlesworth, "What are "Women's International Human Rights"?", *Human Rights of Women-National and International Perspectives* içinde, der: Rebecca Cook, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, s. 63; Hilary Charlesworth-Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law, A Feminist Analysis*, Manchester: Manchester University Press, 2000.

[3] [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/CEDAW\\_C\\_GC\\_35\\_8267\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf), erişim tarihi 24.8.2017.

Amerikan insan hakları hukuk sistemlerinde yer alan feminist görünümleri incelenecektir.

## I- Uluslararası Hukukta Devletin ve Devlet Dışı Aktörlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülükleri

### A. Uluslararası Hukukta Devletin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülükleri

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu/yükümlülüğü doktrininde, 17. yüzyıldan itibaren başta Hugo Grotius olmak üzere çeşitli hukukçuların ileri sürdüğü fikirlerle günümüzdeki yaklaşımın temeli ortaya konmuştur. Buna göre egemen, kendi toprakları dâhilinde yabancı uyruklulara zarar verilmesini önleme, yabancılara zarar veren özel kişileri (kamu görevlisi olmayanları) cezalandırma ve verilen zararı karşılama sorumluluğu altındadır. O halde devlet tarafından değil özel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerden ötürü yine devletin sorumlu olacağı fikri 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır.<sup>[4]</sup>

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin modern yaklaşım ise Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca hazırlanan *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*<sup>[5]</sup> belgesinde ortaya konmuştur.<sup>[6]</sup> Buna göre devletin haksız fiilden ötürü sorumluluğu, kamu görevlilerinin eylem ve ihmallerinden veya eylemleri devlete atfedilebilen aktörlerin eylem ve ihmallerinden doğar. Bu kuralın istisnası ise devlet dış aktörlerce gerçekleştirilen eylem veya ihmalleri önlemek ya da gerçekleşen bu eylem ve ihmallere bir karşılık vermekte gereken özeni göstermemek nedeniyle doğan sorumluluktur.<sup>[7]</sup>

Ulusal ve uluslararası insan hakları hukukunun asıl amacı insan hakları ihlallerini önlemektir.<sup>[8]</sup> Bununla birlikte bir ihlalin varlığı/yokluğu tespit edilirken,

[4] Joanna Bourke-Martignoni "The History and Development Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence, *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands: Brill, 2009, s. 48; Manjoo, Rashida, "State Responsibility to Act Due Diligence in the Elimination of Violence against Women", *International Human Rights Law Review* 2, 2013, s. 240-241.

[5] Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, para. 77. [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), erişim tarihi 12.10.2018

[6] Manjoo, 2013, s. 241.

[7] Manjoo, 2013, s. 240.

[8] Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, s. 27.

devletlerin insan haklarına saygı gösterme, hakları koruma ve hakların gereğini yerine getirme yükümlülüklerinin karşılanıp karşılanmadığına bakılmaktadır. Saygı gösterme yükümlülüğü devletin hakkın kullanılmasına müdahaleden ve haktan faydalanmayı kısıtlamaktan kaçınmasını; koruma yükümlülüğü kişilerin veya kişi gruplarının ihlallere karşı devlet tarafından korunmasını; yerine getirme yükümlülüğü ise temel haklardan faydalanmayı sağlayacak pozitif edimlerde bulunmayı gerektirir.<sup>[9]</sup> Bu noktada yine asıl önemli olanın ihlal gerçekleşmeden, önleyici tedbirler almak olduğunu vurgulamakta fayda var.

Üçüncü kişilerden yani devlet dışındaki aktörlerden gelecek ihlallere karşı devletin kişiyi koruma yükümlülüğü, insan haklarının yatay etkilerinin sonucudur. İnsan haklarının tarihsel ve felsefi kökenleri aslında tüm potansiyel ihlalcilere karşı korunma gerekliliğini ortaya koymuştur. Ancak 19. yüzyılda Avrupa ve Kuzey Amerika'daki liberalizm etkisiyle bu anlayışın değiştiği ve koruma kapsamının daha ziyade devletten gelecek ihlallere karşı anayasal korunmaya indirildiği görülür. Öte yandan, özellikle kadın hareketinin etkisiyle özel alanda/ailede gerçekleşen şiddetin devletin karışmaması gereken “özel” bir mesele değil devletin müdahil olması gereken bir şiddet sorunu olduğunun anlaşılmasıyla, bu konu uluslararası insan hakları hukukun kapsamına girmiş, nihai olarak Kadına Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi kabul edilmiş, Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü görevlendirilmiştir.<sup>[10]</sup>

Her ne kadar uluslararası hukuktaki yerleşik yaklaşım çerçevesinde devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri bulunsun da, bireyler (kamu görevlisi sıfatı taşımayan gerçek kişiler), uluslararası kuruluşlar (örneğin uluslararası finans kuruluşları), çok uluslu şirketler gibi devlet haricindeki aktörler de insan haklarına ilişkin yükümlülükleri sahiptir. Ancak bu aktörlerce ihlal edilen haklar söz konusu olduğunda, yukarıda işaret edildiği üzere ihlali önleme ve ihlal gerçekleştikten sonra koruma yükümlülüğünü yerine getirmemekten ötürü yine devletin sorumluluğu gündeme gelir. Burada devletin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi söz konusu olur. Bireyler ise istisnai hallerde uluslararası hukuk önünde hesap verirler. Örneğin savaş suçu, cinsel şiddet dâhil insanlığa karşı suç vb. söz konusu olursa, Roma statüsü çerçevesinde sorumluluk söz konusu olur.<sup>[11]</sup>

[9] <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, erişim tarihi 10.10.2018.

[10] Nowak, s. 51-52.

[11] Ineke Boerefijn- Eva Naezer, “Due Diligence and Its Application to Protect Women From Violence”, *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands:Brill, 2009, s. 94.

Esas olarak devletin ihlallerden sorumlu tutulduğu bu yerleşik yaklaşım hem özel kişilerin eylemlerinden ötürü devleti sorumlu tutan anlayışla değişmekte, hem de devlet dışı aktörlerin direkt olarak sorumlu tutulması yönünde sorumluluğun kapsamı genişlemektedir. Bireylerin kamusal veya özel alanda gerçekleştirdiği ihlallerden ötürü devletin sorumlu tutulması yaklaşımının yerleşmesinde eleştirel feminist hukuk çalışmaları belirleyici olmuştur.

### B. Devlet Dışı Aktörler Doktrini ve Özen Yükümlülüğü

Devlet dışı aktörler doktrini, insan hakları ihlallerine ilişkin devlet merkezli geleneksel yaklaşımın ötesine giderek devlet dışındaki diğer aktörlerin sorumluluklarının neler olduğunu tartışır. Doktrinin önde gelen teorisyenlerinden olan Andrew Clapham'a göre bu yaklaşımın şekillenmesinde dört olgu belirleyici rol oynamıştır: küreselleşme, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, devletlerin parçalanması ve devlet dışı silahlı grupların ortaya çıkışındaki artış (fragmantasyon) ve insan hakları hukukunun feminizasyonu.<sup>[12]</sup> İnsan hakları ihlallerine karşı kişiyi koruma aşamasında ve ihlal gerçekleşikten sonra da ihlalin giderimi aşamasında sadece devleti değil diğer aktörleri de sorumlu tutma gerekliliği, yukarıda belirtilen başlıca dört gelişmenin ortaya çıkardığı bir gerekliliktir.

Feminizasyon olgusu, klasik anlamda kamusal-özel ayırımının ve devleti kamusal alanda gerçekleşen ihlallerden sorumlu tutan yerleşik anlayışın, özellikle kadına karşı şiddeti önlemede yetersiz kalması ve şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı temellerini görünmez kılması nedeniyle eleştirildiği noktada dikkate alınmaya başlanmıştır. Kadının insan hakları hukuku çalışmaları, kamusal alan-özel alan ayırımının aslında insan hakları hukukunu bir bakıma sınırlandırma işlevi gördüğünü ortaya çıkarmıştır.<sup>[13]</sup> Feminizasyon, yukarıda anılan diğer dinamiklerin hepsine nüfuz eden bir olgu olarak karşımıza çıkar.<sup>[14]</sup>

Küreselleşme süreci iktisadi anlamda özeline kamusal öncelikli kılınması şeklinde ilerlemekte; bu da devletlerin ekonomik, sosyal ve siyasal ajandayı belirleme güçlerini sınırlamaktadır. Dolayısıyla küresel düzeyde yürürlüğe sokulan kimi politikalar devletlerin temel hakların korunmasına ilişkin yükümlülüklerine bir sınır da getirmektedir. Ancak devlet dışındaki aktörler aynı zamanda insan hakları açısından birer tehdit unsuru olabildiğinden ve devletin sağlayacağı koruma tek başına yetersiz kalacağından, bu aktörlerin de kendi eylem ve

[12] Andrew Clapham, *Human Rights Obligations and Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, s. 1-4.

[13] Clapham, 2006, s. 3.

[14] Clapham, 2006, s. 15.

ihmallerinden sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Öte yandan devletin de sadece kamu gücü kullanan kişilerin eylemlerinden değil diğer özel şahısların eylemlerinden sorumlu tutulmaları gerekir ve bu noktada özen yükümlülüğü devreye girer. Zira insan hakları hukukunun geleneksel olarak bireyi kamusal alanda ve kamu gücü kullananlara karşı korumaya odaklanan yaklaşımı, kadını şiddete karşı korumada son derece yetersiz kalmıştır.

Özen yükümlülüğü standardı hukukun çeşitli alanlarında kullanılan bir kavramdır. İnsan hakları hukuku alanında özen yükümlülüğünün içeriği net olmamakla birlikte, devletlerin ihlalleri önleme, bireyleri koruma, hak ihlallerine ilişkin gerekli soruşturmayı yapma, hak ihlalini gerçekleştirenleri yaptırıma maruz bırakma ve bu hak ihlallerinden gelen zararları onarmae yükümlülüğünü kapsadığı yönünde literatürde genel bir kabul gözükmektedir.

İnsan hakları hukukunda özen yükümlülüğü standardının kullanılması, 1970'lerde Latin Amerika'da yaşanan zorla kaybedilme vakalarıyla gündeme gelir.<sup>[15]</sup> Devletin kamu görevlisi olmayan/özel kişilerin eylemlerinden ötürü özen yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu olduğunun tespit edildiği ilk olay ise 1988'de Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinde görülen *Velasquez Rodrigues v. Honduras* davasıdır. Üniversite öğrencisi Manfredo Velásquez'in göz altına alınması ve bir daha kendisinden haber alınamamasına ilişkin başvuruyu inceleyen Mahkemeye göre:

İlkesel olarak, Sözleşmede düzenlenen hakların bir kamu makamı veya bu otoriteyi kullanma yetkisine sahip kişilerce ihlali, Devletin sorumluluğundadır. Bununla birlikte bu, Devletin insan hakları ihlallerini önleme, soruşturma ve cezalandırmakla yükümlü olduğu ve Devletin bu hakların ihlalinden sorumlu olduğu bütün durumları tanımlamaz. İnsan haklarını ihlal eden ve başlangıçta doğrudan devlete atfedilemeyen (örneğin özel bir şahsın eylemi veya sorumlunun kimliğinin belirlenemediği bir durumda) yasadışı bir eylem, eylemin kendisinden ötürü değil ama ihlali önleme ve Sözleşmenin gerektirdiği şekilde bu ihlale cevap vermek için gereken özeni gös-termemekten ötürü, Devletin uluslararası düzeyde sorumluluğuna yol açabilir.<sup>[16]</sup>

Mahkemeye göre eylemi gerçekleştirenin niyeti, eylemi hangi motivasyonla gerçekleştirdiği devletin sorumluluğunun tespiti açısından önemsizdir. Zira failin kim olduğunun tespit edilemediği durumlarda dahi sorumluluk söz konusu olabilir:

[15] Bourke-Martignoni, s. 50.

[16] Inter American Court of Human Rights, Case of Velasquez Rodriguez v. Honduras, Series C no. 4, Judgement of July 29, 1988, para. 172.

(...) Belirleyici olan, Sözleşmenin tanıdığı hakların Hükümetin desteği veya kabulüyle ihlal edilip edilmediği ya da Devletin bu eylemi engellemek veya sorumluları cezalandırmak için önlemler almayarak gerçekleşmesine izin verip vermediğidir. Dolayısıyla Mahkemenin görevi, ihlalin bir devletin Sözleşmenin 1(1) maddesinin gerektirdiği gibi bu haklara saygı gösterilmesi ve hakların güvence altına alınması görevini yerine getirmemesi sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektir.<sup>[17]</sup>

Özen yükümlülüğü kavramının *Velasquez Rodriguez v. Honduras* kararındaki kullanım şekli, Amerikan Devletleri Örgütü sisteminde 1994 yılında kabul edilen Belem de Para Sözleşmesinin esin kaynaklarından biri olmuştur. Sözleşme kadına karşı şiddetle mücadelede özen gösterme ilkesinin önemini vurgulayarak, sadece taraf devletlerin kamu görevlilerinin ihlalden kaçınmakla yükümlü olmadığını, aynı zamanda devletlerin devlet dışı aktörlerce, hane içinde, toplumda veya herhangi bir yerde gerçekleştirilen ihlali önleme, soruşturma ve cezalandırmada özen yükümlülüğünün bulunduğunu düzenlemiştir.<sup>[18]</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özen yükümlülüğü kavramını kullanmadan şikâyete konu olan taraf devletlerin üçüncü kişilerden gelen insan hakları ihlalleri için etkin önleyici tedbir, insan hakları ihlallerine ilişkin koruma, soruşturma, yargılama, yaptırıma bağlama ve onarmaya ilişkin pozitif yükümlülüklerini belirlemiştir. *Osman v. UK* kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında devletlerin üçüncü kişilerce gerçekleştirilen hak ihlalleri neticesinde yaşamı tehdit altında olanları koruması taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü içerisinde olduğu belirlemiştir.<sup>[19]</sup> AİHM'nin *Bevacqua & S. v. Bulgaria* kararında da benzer bir ifade yer almaktadır. Başvurucusu şikâyet edilen devletin şiddet mağdurlarını korumadığını, şiddet mağdurlarının yeniden şiddete uğrama risklerinin daha fazla olduğu gerçeğini ihmal ettiğini belirtmiştir.<sup>[20]</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Opuz v. Türkiye* kararı özen yükümlülüğü standardının önemli bir yorumunu içermektedir. Hem *Osman v. UK* hem de *Bevacqua & S. v. Bulgaria* kararlarına referans vererek devletin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar veren Mahkeme, devletin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddeti engelleyecek önlemleri almamasını, mağdurları korumamasını, yapılan yargılamalarda hukukun gerektirdiği yaptırımlara karar vermemesini gerekçe göstererek, AİHS'nin 2. 3. ve 14. maddelerini

[17] Case of *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, para. 173.

[18] Elizabeth A. H. Abi-Mershed, "Due Diligence and the Fight Against Gender-Based Violence in the Inter-American System", *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands :Brill, 2009, s. 130-131.

[19] *Osman v. UK*, (Başvuru No: 23452/94), AİHM 28 Ekim 1998, para. 115.

[20] *Bevacqua and S v Bulgaria* (Başvuru No: 71127/01) AİHM 12 Haziran 2008, para 54.

ihlal ettiğine hükmetmiştir. *Opuz* kararı AİHM'nin toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti bir ayrımcılık tipi olarak kabul ettiği ve özen yükümlülüğünü tartıştığı ilk karar olması açısından önemlidir.<sup>[21]</sup>

## II- Uluslararası Hukukta Özen Yükümlülüğünün Feminist Perspektiften Dönüşümü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Opuz* kararında ortaya koyduğu özen gösterme/due diligence yükümlülüğünde feminist teorinin ve bu teoriyi yaratan ve aynı zamanda ondan beslenen kadın hareketinin etkisi büyüktür. Devletin üçüncü kişilerden gelen hak ihlallerinden dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ve bu hak ihlallerinin özel alanda gerçekleşmesinin onun sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin eleştiri feminist teoriden gelmiştir.<sup>[22]</sup> Bu eleştiri ve çabaların sonucunda uluslararası hukuk normları değişmiş ve mahkemeler toplumsal cinsiyete ilişkin hakkaniyetli kararlar vermeye başlamışlardır. Uluslararası hukuk alanında devletlerin özen yükümlülüğüne ilişkin feminist eleştirinin odağında, liberal hukuk sistemlerinin kamusal/özel alan ayırımına ilişkin yaklaşımı yer almaktadır. Liberal hukukun özel alana ilişkin sorunları görmezden gelmesi toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddetle mücadelede önemli engellerden birisini oluşturmaktadır.

Feminist teori ve onun uzantısı olan feminist hukuk teorisi toplumsal cinsiyetten kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin tartışmalarında kamusal ve özel alan ayırımına ilişkin tartışmalardan hareket etmektedir. Zira kamusal ve özel alan ayırımı toplumsal cinsiyet rolleri açısından anahtar konumundadır. Ataerkil normlar erkeklere kamusal dünyada iş görmek için gerekli nitelikleri uygun görürken, kadınlara özel hayatla uyumlu nitelikler atfedilmektedir.<sup>[23]</sup> Modern hukuk sistemleri söz konusu kültürel normları hukuk normlarıyla meşrulaştırmış ve kamusal/özel alan ayırımını cinsiyetçi hukuk normlarıyla net bir şekilde belirlemiştir. Kamusal ve özel alan ayırımı sadece feministlerce eleştirilmemiştir. Ancak feminist hukukçular söz konusu hukuk normlarının cinsiyetçi yapısını vurgulamışlardır. Feminist hukukçuların da altını çizdiği gibi özel alan hukuk dışı bir alan değildir. Başta aile hukuku olmak üzere, miras, vergi, sosyal haklar, eğitime ilişkin hukuk normları özel alanın sınırlarını ve

[21] *Opuz vs. Turkey*, (Başvuru No: 33401/02) AİHM 9 Haziran 2009, para. 149.

[22] Christine Chinkin, "A Critique of the Public/Private Dimension", *EJIL*, cilt 10, No:2, 1999, s. 392.

[23] Ross Poole, *Ahlak ve Modernlik*, çev: Mehmet Küçük, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993, s. 69-70.



kurallarını tüm modern devletlerde belirlenmektedir.<sup>[24]</sup> Feministler açısından sorun, özel alandaki eril iktidara karşılanmaması ve bunun hukuk normlarıyla sürdürülmesidir. Bunun en tipik örneği Türk eski Medeni Kanunu'nun 152. maddesidir. Söz konusu maddede kocanın aile birliğinin reisi olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu tür düzenlemeler hukukun özel alandaki cinsiyetçi yapısını ortaya koymaktadır. Söz konusu yapı feministlerin altını çizdiği ev-içi şiddet olgusunu belirleyen kültürel normları da yasallaştırmaktadır.

Özel alandaki eril hegemonya ve onun kurallarının uygulanmaması halinde ortaya çıkan yaptırım ev-içi şiddet olgusunu ortaya çıkarmaktadır. Devletler söz konusu toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti uzun süre bir sorun olarak görmemişlerdir. Bu bağlamda devletler özel alanda gerçekleşen toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten zarar görenleri koruyucu ve bu şiddeti önleyici hukuk normları ortaya koymamışlardır. Bunun en belirgin örneği evlilik içi tecavüzdür. Evli çiftlerin rızası dışındaki cinsel birliktelikler suç olarak düzenlenmemiştir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Devleti evlilik içinde eşler arasında cinsel şiddeti 2004 yılında yaptığı değişiklikle suç olarak düzenlemiş ve yaptırıma bağlamıştır. Söz konusu değişiklik 1926 tarihli Türk Ceza Kanununa ilişkindir. 78 yıl sonra ortaya çıkan düzenleme kanun koyucudaki belirli bir zihniyet değişikliğinin değil, feminist hareketin devlet politikaları üzerindeki etkisinin sonucudur.<sup>[25]</sup> Benzer bakış açısı birçok hukuk sisteminde görülebilir. Bu tür bir sorunu yok saymanın arkasında, kadının her zaman ve her durumda kocasının cinsel isteklerine karşılık vermesi gerekliliğini içeren ataerkil toplumsal normlar bulunmaktadır. Söz konusu ataerkil kültürel normlar özel alanda devlet dışı aktörlerce gerçekleşen şiddeti meşrulaştırmış ve hukuk sistemleri de bu durumları hukukileştirmiştir ve sürdürülmesine neden olmuştur.

Özel alanın mahremiyeti ve devletlerin bu alana müdahale etmemesi gerektiğine ilişkin düşünsel tutum toplumsal cinsiyete dayalı ev-içi şiddetle mücadele için gerekli olan hukuksal reform önündeki önemli engellerden birisini oluşturmaktadır.<sup>[26]</sup> Ancak feminist hareketin güçlenmesiyle birlikte dünyada ve Türkiye'de hukuksal normlar bağlamında özel alanda gerçekleşen toplumsal cinsiyete dayalı şiddet görünür kılınmış ve bu sorunun kamusal bir mesele

[24] Frances Olsen "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform", *Harvard Law Review*, cilt 96, 1983, s. 1497, Katharine O'Donovan, *Sexual Divisions in Law*, ABD: Weidenfeld&Nicolson, 1985.

[25] <http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insan-haklari/yasalardaki-haklarimiz/siddet-goren-kadin-ne-yapabilir/evlilik-ici-veya-evlilik-disi-her-turlu-tecavuz-suctur/>, erişim tarihi 3.1.2016

[26] Elizabeth M. Schneider, *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Haven & London: Yale University Press, 2000, s. 87.

olduğu belirlenmiştir. Feministler özel ya da aile alanının devletin müdahalesinden ayrı kılınması gerektiğine ilişkin liberal bakış açısını sorgulamışlardır. Onlara göre bu bakış açısının arkasında ailenin “kalpsiz dünyanın cenneti” olduğuna ilişkin yanlış anlayış yatmaktadır.<sup>[27]</sup> Bu argümanı çürütmek için yaşam deneyimlerinden ve sosyolojik araştırmalardan yararlanılmıştır. Deneyimler ve araştırmalar göstermektedir ki genel kanının aksine ev-içi/aile alanı modern dünyanın en tehlikeli yeridir.<sup>[28]</sup> Feministler bu iddiayı hukuk alanına taşımış ve özel alanda gerçekleşen şiddeti hukuk normlarında görünür kılmışlardır. Söz konusu görünürlük sayesinde ev-içi şiddet mağdurları ve onların haklarını savunan aktivist ve/veya hukukçuların mücadele araçları güçlenmiştir. Bu araçlardan birisi olan özen yükümlülüğü uluslararası hukuk alanında kadına yönelik şiddet sorunuyla mücadele eden hukukçular tarafından geliştirilmiştir. Özen yükümlülüğü standardı devlet dışı aktörlerin özel alanda gerçekleştirdiği hak ihlallerinden devletin hukuken sorumlu olmadığına ilişkin iddiaya karşı geliştirilmiştir. Feminist özen yükümlülüğü standardı özel alanda devlet dışı aktörler tarafından ortaya konulan hak ihlallerinden devletin sorumlu tutulması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda devletin özel alandaki devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen şiddete karşı tutumu negatiften pozitif doğru dönüşmektedir.<sup>[29]</sup> Söz konusu dönüşüm toplumsal cinsiyete dayalı uluslararası hukuk normlarında ve mahkeme kararlarında kendini göstermektedir. Ancak bu standardın sınırları uluslararası hukuk alanında belirsizdir. Bu belirsizliği gidermek üzere feminist teorisyen ve aktivistler çeşitli öneriler ortaya koymuş ve önerilerini eylemleriyle somutlaştırmışlardır.

Feminist özen yükümlülüğü kimi zaman mahkeme kararlarında kimi zaman da kadın haklarına ilişkin hukuk normlarında kendini göstermektedir. Söz konusu mahkeme kararları ve dayanakları olan hukuk normlarının arkasında feminist teori ve hareketin etkisi vardır. CEDAW Komitesininin 35 no’lu GTK’si de bu somutlama çabasının bir örneğidir.

Aşağıda 35 no’lu GTK’ye uzanan süreçte temel sözleşmeler, raporlar ve diğer tavsiye kararları özen yükümlülüğü bağlamında ele alınacak ve nihayet 35 no’lu GTK’nin özen yükümlülüğünü nasıl ele aldığı incelenecektir.

[27] Christopher Lasch, *Heaven in a Heartless World*, USA: W.W. Norton & Company, 1995.

[28] Jonathan Herring, *Family Law*, UK: OUP, 2014, s. 27.

[29] Gülriz Uygur, “2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı mı?”, *Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar-Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan*, der: Serpil Sancar, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 883.

## A. CEDAW

Kadınların ve kız çocuklarının insan hakları söz konusu olduğunda uluslararası hukuk alanında en fazla ele alınan metinlerden birisi 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi* (CEDAW)dir. Sözleşmeye taraf olan devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerinin denetlenmesi CEDAW Komitesi tarafından yapılmaktadır. Yirmi üç uzmandan oluşan CEDAW Komitesi taraf devletlerin dört yılda bir verdikleri raporları inceler, deneyimleri doğrultusunda sözleşmenin maddelerini yorumlar ve bireysel başvuruları karara bağlar.<sup>[30]</sup> CEDAW Komitesi kendisine verilen yorumlama yetkisi bağlamında genel tavsiye kararları yayımlamaktadır. 1992 tarihli GTK toplumsal cinsiyete dayalı şiddet konusunu ele alması açısından önemlidir. Zira CEDAW toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olgusunu içermemektedir. Söz konusu şiddet tipiyle mücadele konusunda taraf devletlerin yükümlülüklerini belirleyen özen yükümlülüğü de Sözleşmede yer almamaktadır. Komite bu eksikliği gidermek amacıyla 12, 19 ve 28 no'lu GTK'lerde konuya ilişkin düzenlemeler benimsemiştir.<sup>[31]</sup> 2017 yılında benimsediği 35 no'lu GTK ise, ikinci bölümde incelendiği üzere, kadına karşı şiddetle mücadelede özen yükümlülüğünün taşıdığı potansiyeli hayata geçirmeye yönelik yaklaşımı yansıtan bir bakış açısıyla, oldukça somut ve detaylı düzenlemelere yer vermiştir.

12 no'lu GTK'de taraf devletlere Komite'ye sundukları periyodik raporlarda dört başlıkta sıralanan konulara ilişkin bilgi sunmaları tavsiye edilmektedir: 1) Kadınların gündelik hayatta karşılaştıkları her türlü şiddet olayına karşı korunması amacıyla çıkarılan ve yürürlükte olan mevzuat; 2) Bu tür şiddet olaylarını ortadan kaldırmak amacıyla alınan diğer tedbirler; 3) Saldırı veya tacize uğrayan kadınlara yönelik mevcut yardım hizmetleri; 4) kadınlara yönelik her türlü şiddet olayına ve şiddet mağduru kadınlara ilişkin istatistiki veriler.<sup>[32]</sup>

19 no'lu GTK'de belirtildiği üzere CEDAW kamu otoritelerince gerçekleştirilen şiddeti kapsar ancak Sözleşme kapsamında ayrımcılığın devlet tarafından

[30] 2001 yılında yürürlüğe giren CEDAW ihtiyari protokolünü kabul eden taraf devletler CEDAW'a ilişkin hakları ihlal etiklerinde, hakları ihlal edilenler tüm iç hukuk yolları tükendikten sonra gereği halinde CEDAW Komitesi'ne bireysel şikayette bulunabiliyorlar. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm>, erişim tarihi 12.10.2018

[31] Manjoo, 2013, s. 246-248.

[32] CEDAW Committee, General Recommendation No. 12: Violence against Women, Eight session (1989), Türkçe metin için bkz. Kadın Hakları, Uluslararası Hukuk ve Uygulama, (der.) G. Ayata, S. Eryılmaz Dilek, B. E. Oder, İstanbul Bilgi Üniversitesi Y., İstanbul, 2010, s. 187.

ya da onun adına gerçekleştirilen eylemlerle sınırlı olmadığı ve “kamu görevlisi sıfatı taşımayan gerçek kişilerce veya özel hukuk tüzel kişilerince gerçekleştirilen eylemlere ilişkin olarak da, bu eylemlerin yol açtığı hak ihlallerini önleme veya şiddet eylemlerini soruşturma ve cezalandırmada  *gereken özenin gösterilmesi*”<sup>[33]</sup> ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi için hareket geçme” sorumluluğunun olduğu belirtilmektedir.<sup>[34]</sup>

28 no’lu GTK,<sup>[35]</sup> Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca taraf devletlerin temel yükümlülüklerine ilişkin olup, 2. maddedeki genel yükümlülük düzenlemesinin yanı sıra özen yükümlülüğüne de yer verir. Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca taraf devletler kadınların haklarına saygı gösterme, haklarını koruma, kadınların ayrımcılığa maruz kalmama haklarını ve eşitlik haklarını ifa etmelerini sağlamak üzere, Sözleşmede yer alan yasal yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Buna göre saygı gösterme yükümlülüğü, taraf devletlerin kadınların medeni, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit şekilde yararlanmalarını doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyen yasalar, politikalar, düzenlemeler, programlar, idari düzenlemeler ve kurumsal yapılanmalardan kaçınmalarını gerektirir. Koruma yükümlülüğü, özel kişilerce gerçekleştirilen kadına yönelik ayrımcılığa karşı kadını korumayı, cinslerden herhangi birinin üstünlüğü veya aşağı olma anlayışını ve kadınlarla erkeklerin rollerini kalıplaştıran önyargıları yaratan ve bunların sürdürülmesine yol açan geleneksel ve benzeri tüm yaklaşımları ortadan kaldırmayı hedefleyen adımları atmayı gerektirir. Yerine getirme yükümlülüğü ise, kadınlarla erkeklerin hem yasal olarak hem de fiilen eşit haklara sahip olmasını güvence altına almak üzere, Sözleşmesinin 4(1) düzenlemesi ile geçici özel önlemlere ilişkin 25 no’lu GTK’nin 4. maddesi ile uyumlu olarak birtakım adımlar atmasını gerektirir.<sup>[36]</sup>

Sözleşmenin 2. maddesi sadece doğrudan veya dolaylı olarak devlet tarafından gerçekleştirilen ayrımcılıkla sınırlı değildir ve özel kişilerden kaynaklanan ayrımcılığı önleme konusunda özen gösterme yükümlülüğü de getirir. Bu doğrultuda devletlerin alması gereken en uygun tedbirler arasında, özel kişilerin eğitim, istihdam ve sağlık politikaları ve uygulaması, çalışma koşulları ve

[33] Vurgu eklendi.

[34] CEDAW Committee, General Recommendation No. 19: Violence Against Women, Eleventh session, 1992, paras. 8-9.

[35] CEDAW Committee, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, 16 Aralık 2010.

[36] General Recommendation No. 28, para. 9.

çalışma standartları ile, özel kişilerin hizmet sunduğu bankacılık ya da emlak gibi diğer alanlarla ilgili olarak bu kişilerin faaliyetlerini düzenlemek yer alır.<sup>[37]</sup>

28 no'lu GTK toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir ayrımcılık türü olduğunun bir kere daha altını çizerek ve farklı aktörlerce gerçekleşse de devletin buradaki sorumluluğuna dikkat çeker:

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, Sözleşmenin belirli hükümlerini, bu hükümler açıkça şiddetten söz etmese bile, ihlal ediyor olabilir. Taraf devletler bu tür toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti önleme, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma konusunda özen gösterme yükümlülüğü altındadır.<sup>[38]</sup>

CEDAW Komitesinin sözleşme maddelerini yorumlayan tavsiye metinleri hukuken taraf devletler açısından bağlayıcı nitelikte değildirler. Ancak bireysel başvuru kararlarına bakıldığında tavsiye kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir.<sup>[39]</sup> Ayrıca 19 numaralı GTK'nin toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti CEDAW denetimi kapsamına alınan bir ayrımcılık tipi olarak tanımlamasıyla, taraf devletler raporlarında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele alanıyla ilişkili çalışmalarına yer verme yükümlülüğü altına girmişlerdir.<sup>[40]</sup> Tavsiye kararları bir ayrımcılık tipi olan toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele eden kişiler ya da gruplar için devletlere özen yükümlülüklerini hatırlatırken ortaya koydukları argümanlarını haklı göstermek açısından önem arz etmektedir.

CEDAW Komitesi önüne gelen ilk bireysel başvuru vakası *A.T. v. Macaristan*'dır. 2005 yılında Komite bu başvuruya ilişkin olarak şikâyet edilen taraf devletin CEDAW'ın 2., 5. ve 16. maddelerini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Raporunda taraf devletin toplumsal cinsiyete yönelik şiddetle mücadelede özen yükümlülüğü eksikliği belirtilmiştir.<sup>[41]</sup>

[37] General Recommendation No. 28, para. 13. Belirtilen alanlar sadece örnek olarak verilmiştir ve tüketici değildir.

[38] General Recommendation No. 28, para. 19.

[39] Bireysel başvuru kararları için bkz. <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=3&sortOrder=Date>, erişim tarihi 3.7.2018

[40] Yakın Ertürk, *Sınır Tanımayan Şiddet*, İstanbul: Metis Yayınları, 2015, s. 73.

[41] <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20English.pdf>, erişim tarihi 2.8.2018

## B. DEVAW

Birleşmiş Milletler 1993 yılında *Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesini* kabul etmiştir. Bu Bildirgede devletlerin kadına yönelik şiddet konusundaki yükümlülüğü belirleyen 4/c maddesine göre özen yükümlülüğünün gereği olarak, kadına yönelik şiddet ister devlet tarafından isterse devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilsin, devletlerin iç hukukları bağlamında şiddeti önleme, soruşturma, faillere yaptırım uygulamaları gerekmektedir. Bu norm 1995 yılında Pekin Bildirgesi ve Eylem Planında (124-b) da tekrarlanmıştır.

## C. Belem do Para Sözleşmesi, 1994

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve özen yükümlülüğü standardı arasında ilişki kuran en önemli mahkeme kararlarından birisi *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brazil* kararıdır.<sup>[42]</sup> Karar 2001 yılında Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonunca kaleme alınmıştır. Karara konu olan olayda Maria da Penha isimli kadın kocasının şiddetine maruz kalmış ancak Brezilya yetkili mercileri kocanın suçluluğu hakkında ciddi deliller olmasına rağmen şiddeti önleyici ve mağduru koruyucu herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bunun üzere Uluslararası Hukuk ve Adalet için Merkez/Center for Justice and International Law (CEJILJ) ve Latin Amerika ve Karayip Kadın Haklarını Koruma Komitesinin (CLADEM) desteğiyle başvuru Maria davasını Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonuna götürmüştür. Komisyon önüne ilk defa ev-içi şiddet davası gelmiştir. Komisyon *Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi'nin (the Convention of Belem do Para) 7. maddesine dayanarak Brezilya devletinin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir.<sup>[43]</sup> Buna göre:*

(...) devlet kurumlarınca gösterilen hoşgörü, somut dava ile sınırlı değil, aksine genel bir tutumdur. Bu duruma sistemin tamamı tarafından göz yumulması kadına yönelik şiddetin sürmesi ve teşvikini sağlayan psikolojik, sosyal ve tarihsel kökler ve etkenlerin ancak devamına hizmet etmektedir. Maria da Penha'nın uğradığı şiddetin devletin saldırganları yargılama ve mahkum etmede etkili bir şekilde harekete geçmekteki genel ihmalkâr tutumunun bir parçası olması nedeniyle Komisyon somut davanın sadece yargılama ve mahkum etmeye ilişkin yükümlülüğü değil, aynı zamanda söz konusu aşağılayıcı uygulamaları önleme yükümlülüğünü de yerine getirmediği kanaatindedir. Bu genel ve ayrımcı yargısal etkisizlik, toplumun,

[42] Maria da Penha Maia Fernandes (Brazil), (16 April 2001) Report No 54/1, Case 12.051 (Inter American Commission on Human Rights)

[43] <http://blogs.lse.ac.uk/vaw/landmark-cases/a-z-of-cases/maria-de-penha-v-brazil/>, erişim tarihi 2.8.2018

kendini temsil eden devletten bu tür fiillere yaptırım uygulamak için etkin adım atmak yönünde herhangi bir istek görmemeleri nedeniyle aynı zamanda aile içi şiddeti teşvik eden bir ortam yaratmaktadır.<sup>[44]</sup>

Maria de Penha kararında devletin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinin gerekçesinde devletin şiddeti önlememesi, şiddeti hoş görmesi, zararın ortaya çıkmasından sonra da gerekli soruşturma, yargılama ve zararın giderilmesine ilişkin herhangi bir koruyucu eylemde bulunmaması gösterilmiştir.

#### D. İstanbul Sözleşmesi

Toplumsal cinsiyet temelli şiddet konusunda özen yükümlülüğü standardını normlarında somutlaştıran en önemli uluslararası hukuk metinlerinden birisi Türkiye'nin de taraf olduğu 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan *Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*'dir.<sup>[45]</sup> Sözleşmenin 3. maddesinde kadına yönelik şiddet tanımı yapılırken "... ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar veya ıstırap veren veya verebilecek olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eylem ve bu eylemlerle tehdit etme, zorlama ve keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelir" ifadesi yer almaktadır. Söz konusu norm insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alan toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin yaklaşımın en son görünümlerinden birisidir ki, bunun da arkasında feminist hareketin

[44] *Opuz v. Turkey*, para. 86.

[45] Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, Istanbul, 11.5.2011, Council of Europe Treaty Series-No.210. Türkiye bu sözleşmeyi 11.5.2011 tarihinde imzalamış. 22 Kasım 2011'de TBMM tarafından onaylanmıştır. Sözleşme 8 Mart 2012 tarihi Resmî Gazete'de yayınlanmış ve 10 Mart 2012 itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti devleti, Avrupa Konseyi'ne sözleşmeye ilişkin onay belgeleri teslim edilmiştir. 1 Ağustos 2014 tarihi itibarıyla sözleşme yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe ilişkin özel kuralı gereği Türkiye'nin hukuki yükümlülükleri bağlayıcılığı gecikmiştir. Yürürlüğe ilişkin kural:

##### **Madde 75 – İmzalama ve yürürlüğe girme**

1. Bu Sözleşme Avrupa Konseyi üyelerinin ve Sözleşme'nin hazırlanmasına katılan üye olmayan ülkelerin ve Avrupa Birliği'nin imzasına açıktır.
2. Bu Sözleşme kabule veya onaya tabidir. Kabul veya onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilir.
3. Bu Sözleşme 2. fıkranın hükümleri uyarınca, Sözleşme tarafından bağlı kılınma rızalarını açıklayan en az sekizi Avrupa Konseyi üyesi olan on Devlet tarafından imzalanmasından sonraki üç aylık süre sonunu takiben ayın ilk günü yürürlüğe girer.
4. 1. fıkrada bahsedilen, sonradan Sözleşme tarafından bağlı kılınma rızasını açıklayan her devlet ve Avrupa Birliği açısından Sözleşme, kabul veya onay belgelerinin verildiği tarihten sonraki üç aylık süre sonunu takiben ayın ilk günü yürürlüğe girer.



önemli ve belirgin çabası bulunmaktadır. Hukuk normları düzeyinde feminist kazanımlara rağmen özel alanın gizliliği argümanı toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele edenlerin karşısına çıkmaya devam etmektedir. İstanbul Sözleşmesi taraf devletlerin şiddetle mücadelede yükümlülüklerini belirlerken “özen yükümlülüğü” çerçevesinde hareket etmeleri gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre devletler özel alanda ve devlet dışı aktörlerden gelen hak ihlallerinden de sorumlu tutulmaktadır. Sözleşmesi’nin 5. maddesine göre:

**Madde 5 – Devlet yükümlülükleri ve gereken özeni gösterme sorumluluğu**

1. Taraflar kadına yönelik herhangi bir şiddet eylemiyle ilişkilenecekten kaçınır ve devlet adına hareket eden devlet yetkililerinin, görevlilerinin, organlarının, kurumlarının ve diğer aktörlerin bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlar.

2. Taraflar, bu Sözleşme’nin kapsamında olup devlet dışı aktörler tarafından işlenen şiddet eylemlerini gereken özeni göstererek önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve bu eylemlerden kaynaklı mağduriyet için tazminat sağlamak amacıyla gereken hukuki veya diğer tedbirleri alır.

Bu düzenlemeye göre şiddet ister özel alanda ister kamusal alanda gerçekleşsin tarafların sorumluluğu içerisine girmiştir. Kural olarak dikey sorumluluk üzerine inşa edilen İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinde uluslararası sözleşmeye taraf olanları sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak pozitif yükümlülük, özen yükümlülüğü ve yatay uygulama doktrini vasıtasıyla insan hakları hukukun uygulanma alanı genişlemiş, kadınların en çok şiddet gördüğü özel alan ve devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği insan hakkı ihlallerinden sorumlu tutulabilmişlerdir.

**E. BM. Kadın Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü**

Yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası hukuk alanında devletlerin özen yükümlülüğünün sınırları belirsizdir. Bu belirsizliği gidermek adına atılmış somut adımlar vardır. 1993 yılında *BM Kadınlara Yönelik Şiddet Bildirgesi* yayımlanmıştır. Bu Bildirgeyle ilişkili olarak BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörlüğü kurulmuştur. İlk raportör Radhika Coomaraswamy 1999 yılında aile içi şiddete ilişkin raporunda taraf devletlerin özen yükümlülüğünün sınırlarını şu şekilde belirlemiştir.

- Devlet CEDAW dahil tüm ulusları insan hakları belgeleri onaylamış mı?
- Kadına yönelik şiddeti yasaklayan ya da kadınların eşitliğini garanti eden anayasal bir otorite mevcut mu?



- Şiddet mağduru kadınların zararlarını telafi edecek yeterli kanuni ve/veya idari yaptırımlar mevcut mu?
- Kadınlara yönelik şiddet sorunuyla ilişkili eylem planı ve politikaları mevcut mu?
- Ceza adaleti sağlayan kurallar kadınlara yönelik şiddete karşı duyarlı mı? Bu bağlamda kolluk güçlerinin uygulamaları nelerdir? Kolluk güçlerinin ilgilendiği vakıa sayısı nedir? Kolluk güçleri mağdurlarla nasıl bir ilişki kurmaktadır? Kaç vakıa savcılığa intikal etmiştir? Bu davalardaki kararlar nelerdir? Soruşturmalardaki sağlık personelleri kadınlara yönelik şiddet konusuna duyarlı mıdır?
- Şiddet mağduru kadınlar sığınma evi, hukuki ve psikolojik danışmanlık, özel yardım ve rehabilitasyon gibi hizmetleri devletten ya da STK'lardan alabilmekte midir?
- Eğitim ve medya alanlarında bir insan hakları ihlali olarak kadınlara yönelik şiddet konusunda farkındalık artıracak tedbirler alınmakta mıdır?
- Kadına yönelik şiddet konusunda data ve istatistikler toplanmakta mıdır?<sup>[46]</sup>

2008 yılında BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü Yakın Ertürk devletlerin toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadelesindeki özen yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen benzer bir rapor sunmuştur. Bu raporda devletin yükümlülüğünü belirleyen iki tür gösterge önerilmektedir. Yasal ve politik çerçeveye ilişkin “kurumsal göstergeler” ve kadınların hukuksal mekanizmalara ulaşmaları, mağdurların korunması ve eğitim konularına ilişkin “süreç göstergeleri” bulunmaktadır. Ertürk söz konusu önerilerinin BM nezdinden değerlendirildiğini ancak görüşlerini belirttiği 2015 tarihli metninde bu konuda uluslararası hukuk alanında somut normların olmadığını belirtmektedir.<sup>[47]</sup>

BM CEDAW Komitesi 14 Temmuz 2017 tarihinde, 1992 yılında gerçekleşen 11. oturumunda kabul ettiği kadına yönelik şiddet sorununu ele alan 19 no’lu GTK’yi 35 no’lu GTK ile güncellemiştir. 35no’lu GTK ilkinden daha detaylı bir şekilde toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti ele almış ve taraf devletlerin özen yükümlülüğünü somutlaştırmıştır.

2010 yılında (daha sonra UN\_Women’la birleşen) BM Kadınlar Kalkınma Fonu tarafından oluşturulan Kadınlara ve Kız Çocuklarına Yönelik Şiddete

[46] E/CN. 4/1999/68, s. 25.

[47] Ertürk, 2015, s.93.

Son Vermek İçin Ulusal Hesap Verebilirlik Çerçeve Metni,<sup>[48]</sup> ulusal düzeydeki yasaları, politikaları ve programları izlemek üzere devletleri desteklemek amacıyla on maddelik bir liste sunmaktadır. Bu metin Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörünce oluşturulan 1999 tarihli raporda sunulan listenin daha kapsamlı bir versiyonu olarak düşünülebilir.<sup>[49]</sup> Devletlerin kadına karşı şiddetle mücadelede kendilerine şu soruları sormaları gerekir:

- a) Kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddetin çeşitli biçimleri meselesi üzerine eğilindi mi?
- b) Veri toplama, analiz ve yayımlama sistemleri mevcut mu?
- c) Politikalar ve programlar bütünsel ve çok sektörlü bir yaklaşımı yansıtıyor mu?
- d) Acil durum için kamu hizmetleri mevcut ve erişilebilir mi?
- e) Ulusal mevzuat yeterli ve insan hakları ile uyumlu mu?
- f) Kararnameler, düzenlemeler ve protokoller, sorumlulukları ve standartları ortaya koyuyor mu?
- g) Ulusal Eylem Planı mevcut mu ve temel politikalar yürürlükte ve uygulanmaya devam ediyor mu?
- h) Yasaları ve programları icra etmek için düzenli olarak yeterli kaynak ayrılıyor mu?
- i) Çabalar kadınların güçlendirilmesine ve toplumun harekete geçirilmesine odaklanmış durumda mı?
- j) İzleme ve hesap verme sistemleri işlevsel ve katılımcı mı?

III. dönem Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü Rashida Manjoo, özen yükümlülüğünün kapsamını genişleten kendinden önceki yaklaşımları tamamlayıcı bir yaklaşım benimser ve özen yükümlülüğünün, bireysel ve sistemik olmak üzere iki yönü olduğunu belirtir.<sup>[50]</sup> Bireysel özen yükümlülüğü, devletin tek tek bireylere ya da birey gruplarına borçlu olduğu; önleme, koruma, cezalandırma, duruma göre etkili başvuru yolları sağlama yükümlülüklerini ifade eder. Bireysel düzeydeki yükümlülükte şiddetten zarar gören kişinin ihtiyaç ve tercihlerine

---

[48] National Accountability Framework to End Violence against Women and Girls: 10 Point Checklist, [http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/media/publications/unifem/evawkit\\_01\\_10pointchecklist\\_en.pdf?la=en&cvs=1007](http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/media/publications/unifem/evawkit_01_10pointchecklist_en.pdf?la=en&cvs=1007), erişim tarihi 10.10.2018

[49] Manjoo, 2013, s. 249-250.

[50] Manjoo, 2013, s. 262.

göre hareket edebilmek için esneklik gerekir. Devletler kadını korumada özen gösterme yükümlülüğünü, telefon hatları, sağlık hizmeti, danışma merkezleri, hukuki yardım, barınma evi, koruma emri ve finansal yardım gibi hizmetler sağlayarak yerine getirebilirler. Bireysel özen yükümlülüğü devlete, şiddete maruz kalanların hayatlarını yeniden inşa etmelerinde ve hayatlarına devam edebilmelerinde yardımcı olma yükümlülüğü yükler. Koruma tedbirleri üzerine eğitim ve etkili tedbirlere erişim de koruma ve önleme yükümlülüklerini yerine getirmeye yardımcı olur. Devletin sadece faili değil şiddete karşılık verme ödevini yerine getirmeyen herkesi cezalandırması da bireysel özen yükümlülüğünün gereğidir.<sup>[51]</sup>

Manjoo'nun sistemik özen yükümlülüğü olarak nitelendirdiği düzeyde ise devlet kadına karşı şiddet eylemlerini önleme, şiddete karşı koruma ve cezalandırma ile iyileştirme konularında bütünsel ve sürdürülebilir bir model oluşturmakla yükümlüdür. Devlet sistemik düzeydeki bu yükümlülüğünü, yasaları iyileştirerek, stratejiler, eylem planları ve farkındalık kampanyaları düzenleyerek, polislerin, savcılarının ve yargıçların kapasitesini güçlendirme, dönüştürücü değişim girişimleri için yeterli kaynak ayırma, kadınlara yönelik ihlalleri önleme ve cezalandırma konularında yetersiz kalanların hesap vermesini sağlama gibi yollarla yerine getirir.<sup>[52]</sup> Koruma ve önlemeye yönelik kapsamlı bir sistemin kurulması ve fiilen işler kılınması, her bireysel olayda etkili bir şekilde uygulanabilir olması gerekir. Yükümlülüğün bu yaklaşımla ele alınması, CEDAW Komitesinin, Amerikalılar Arası sistemin ve AİHM'in yaklaşımlarında karşımıza çıkmaktadır.<sup>[53]</sup>

Şiddet olaylarının etkili bir şekilde soruşturmanın iki amacı vardır: hem şiddete uğrayan birey açısından adaleti sağlamak, hem de gelecekte bu tür olayların gerçekleşmesinin önüne geçmek. Bu nedenle, Opuz davasında da belirtildiği üzere, bağımsız ve etkili bir yargı sisteminin varlığı şarttır.<sup>[54]</sup>

---

[51] Manjoo, 2013, s. 262.

[52] Manjoo, 2013, s. 262.

[53] Manjoo, 2013, s. 262-263.

[54] Manjoo, 2013, s. 264.

### **III- CEDAW Komitesinin 35 Sayılı Tavsiye Kararı: Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddetle Mücadelede Devletlerin Özen Yükümlülüğünün Boyutları**

35 no'lu GTK, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir kadına karşı şiddet biçimi olması nedeniyle CEDAW'ın getirdiği tüm yükümlülüklerle ilişkili olduğunun altını çizerek. Sözleşmenin genel yükümlülük hükmü olan 2. maddede, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet de dahil olmak üzere kadınlara yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmanın devletlerin derhal yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerinden olduğu ve ekonomik, kültürel ya da dini gerekçeler de dahil olmak üzere herhangi bir gerekçeyle geciktirilmesinin haklı gösterilemeyeceği belirtilir.<sup>[55]</sup> Hem devlet hem de diğer aktörler, eylemlerinden olduğu kadar ihmallerinden ötürü de hukuken sorumludurlar.

#### **A. Devlet Aktörlerinin eylem ve ihmallerinden kaynaklanan sorumluluk:**

Yasama, yürütme ve yargı organları dâhil olmak üzere tüm organları ve görevlileriyle birlikte sorumluluk altından olan devlet, 2. md. doğrultusunda sadece kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti ortadan kaldırmaya yönelik yasa, politika, program ve usulleri oluşturmakla kalmayacak, yasal ve hizmet sağlayıcı yapıyı da etkili ve erişilebilir şekilde, egemenlik yetkisi dâhilindeki her yerde sağlayacaktır.<sup>[56]</sup>

#### **B. Devlet Dışı Aktörlerin eylem ve ihmallerinden kaynaklanan sorumluluk**

Uluslararası hukuk çerçevesinde devlet dışı aktörlerin eylemleri belirli hallerde devletin sorumluluğunu doğurabilir:

- a. Devlet dışı aktörlerin devlete atfedilebilen eylem ve ihmalleri
- b. Devlet dışı aktörlerin eylem ve ihmalleri bağlamında özen yükümlülüğü

#### **1. Devlet Dışı Aktörlerin Devlete Atfedilebilen Eylem ve İhmallerinden Kaynaklanan Sorumluluk:**

Devletin, sağlık veya eğitim gibi kamu hizmetlerini sağlayan özel kuruluşlar da dahil olmak üzere devlet otoritesini yerine getirmesi için yetkilendirdiği özel aktörlerin eylem veya ihmalleri devlete atfedilebilen eylemler olarak kabul edilir. Benzer şekilde, o devletin talimatları veya denetiminde hareket eden özel aktörlerin eylemleri, yurt dışında faaliyet gösterenler de dahil olmak üzere,

[55] 35 Nolu GTK, para. 21.

[56] Para. 22.

devlete atfedilebilen eylemler olarak kabul edilir.<sup>[57]</sup> Bu durumlarda devletin uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde sorumluluğu doğar.

## 2. Devlet Dışı Aktörlerin Eylem ve İhmallerine İlişkin Olarak Özen Yükümlülüğü

CEDAW'ın 2(e) hükmü, herhangi bir kişi, kuruluş veya girişimin kadınlara karşı ayrımcılık yapmasını önlemek için devletin bütün uygun önlemleri alması gerektiğini belirtir. 35 No'lu GTK; genellikle özen yükümlülüğü olarak görülen bu yükümlülüğün bir bütün olarak Sözleşmenin temelini oluşturduğunu ve devletlerin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ile sonuçlanan eylem ve ihmalleri önlemek, soruşturmak, yargılamak, cezalandırmak ve onarmak için gereken tüm tedbirleri almakta başarısız olmaları durumunda sorumlu olacaklarını belirtir. Bu yükümlülük devletin toprakları dışında (extraterritorial) faaliyet gösteren şirketlerin eylemlerini de içerir. Özellikle, taraf devletlerin yurt dışındaki insan hakları ihlallerini önlemek üzere, düzenleyici araçları veya ekonomik teşvik gibi araçları kullanarak üzerinde etki uygulayabilecekleri şirketlerin yurt dışındaki insan hakları ihlallerini önlemek için gereken adımları atmaları bu kapsamdadır. Özen yükümlülüğü çerçevesinde devletler devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti önlemek üzere çeşitli önlemler alıp uygulamakla yükümlüdürler. Bunu yapabilmek için de şiddetin bu türünü ele alan yasalara, kurumlara ve bir sisteme sahip olmaları gerekir. Elbette devletin tüm kurumlarının ve çalışanlarının de bunları desteklemesi ve özenle uygulaması gerekir.<sup>[58]</sup>

Devlet yetkililerinin şiddet tehlikesini bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti önlemek için gereken tüm tedbirleri almaması veya soruşturma, kovuşturma, cezalandırma ve mağdura yönelik tazminat sağlamada başarısız kalması, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerine zımnen izin verilmesi veya teşvik edilmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu tür başarısızlıklar ve ihmaller insan hakları ihlalleri oluşturur.<sup>[59]</sup>

Devlet dışı aktörlerin silahlı çatışmanın tarafları olarak da belirli durumlarda uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukuna göre doğrudan sorumlulukları vardır. Hem uluslararası örf-adet hukukunun hem de uluslararası

[57] Para. 24 (a).

[58] Para. 24 (b).

[59] Para. 24 (b).

hukukun emredici normlarının (jus cogens) bir parçası haline gelen işkence yasağı bu kapsamdadır.<sup>[60]</sup>

Yukarıda belirtilen genel yükümlülükler, devletin yasama, yürütme, yargı erkleri dahil tüm faaliyetlerini, ulusal, yerel ve benzeri bütün düzeyleri ve özelleştirilen hizmetleri de kapsar. Ayrıca, Sözleşmenin 2(f) ve 5(a) hükümleri uyarınca, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin temel sebebi olan önyargıları, kalıp yargıları ve uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerin benimsenmesini ve uygulamasını da gerektirir.<sup>[61]</sup>

### **i- Yasama düzeyinde;**

Toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin tüm biçimleri yasalarla yasaklanmalıdır. Bu yasal düzenlemelerde kadın mağdurlar hak sahipleri olarak dikkate alınmalı ve yaşa ve toplumsal cinsiyete duyarlı, etkili koruyucu düzenlemeler getirilmelidir. Örf-adet hukuku, dini, yerli veya ortak hukuk, anayasa, medeni hukuk, aile hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, delil ve usul hukuku gibi alanların bir parçası olarak ortaya çıkan, ayrımcı veya kalıp yargılara dayalı davranışlara dayanan ve kadına yönelik şiddete yol açan, teşvik eden veya onu haklılaştıran ya da bu eylemleri cezasız bırakan bütün normatif düzenlemeler, Sözleşmeyle uyumlu olacak şekilde değiştirilmelidir.<sup>[62]</sup>

### **ii- Yürütme düzeyinde;**

Sözleşmenin 2(c), (d) ve (f), 5 (a) hükümlerine göre devletlerin farklı birimlerinin koordinasyon içinde çeşitli kurumsal tedbirler almaları ve bunlara yeterli bütçe ayırmaları gerekir. Bu konuya odaklanmış kamusal politikaların, izleme mekanizmalarının oluşturulması ve uzmanlaşmış ulusal mahkemelerin kurulması gerekir. Devletlerin kadınları toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı korumak, şiddetin tekrarlanması engellemek ve mağdurların mağduriyetini gidermek için erişilebilir, maddi olarak karşılanabilir ve yeterli hizmet sunması gerekir.<sup>[63]</sup>

Devletler kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet oluşturan kurumsal pratikleri ve kamu görevlilerinin bireysel tutum ve davranışlarını da ortadan kaldırmalıdır. Zira şiddet niteliği taşıyan ya da şiddeti hoşgören bu tutum ve davranışlar, şiddetin karşılıksız kalmasına uygun ortamı hazırlamaktadır. Bu

---

[60] Para. 25.

[61] Para. 26.

[62] Para. 26 (a).

[63] Para 26 (b).

yükümlülük, şiddeti kayıt altına almakla, önlemekle, soruşturmakla ve mağdura hizmet sunmakla yükümlü kamu görevlilerinin yetersiz kalan tutumları, suç ortaklığı veya ihmali halinde soruşturma açma ve gereken yaptırımları uygulamayı kapsar.<sup>[64]</sup>

### iii- Yargı düzeyinde;

Tüm yargı organlarının kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet veya ayrımcılığa yol açan eylem ve pratiklerden kaçınmaları, bu tür şiddeti cezalandıran ceza hükümlerini sıkı bir şekilde uygulamaları, bu tür iddiaların yer aldığı hukuki usullerin tarafsız ve adil bir şekilde işlenmesi için ve uluslararası hukuk dâhil hukuk normlarının ayrımcı ve kalıp yargılara dayalı bir şekilde yorumlanmamasını sağlamak için çalışması gerekir.<sup>[65]</sup>

## C- TAVSİYELER

Taraf devletlerin önleme, koruma, soruşturma, cezalandırma ve mağduriyetin giderilmesi aşamalarında şu tedbirleri almaları gerekir: veri toplamak, izlemek ve kadına karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti ortadan kaldırma yönünde hızlıca hareket etmek üzere uluslararası işbirliği yapmak. Ayrıca tüm tedbirlerde mağdur odaklı bir yaklaşımla hareket edilmeli, kadının özne ve özerk oluşu teşvik edilmeli, kadınlar tüm süreçlere dâhil edilmelidir.<sup>[66]</sup>

### 1. Önleme Yükümlülüğü

Hukuktan genel beklenti herhangi bir hak ihlali halinde bu ihlalden doğan zararın telafi edilmesi ve zarara neden olan ya da olanların belirli bir yaptırıma maruz bırakılmasıdır. Ancak özen yükümlülüğü standardı bu beklentinin ötesine giderek devletlerin problemi önceden görüp, etkili yasal düzenlemeler ve diğer önleyici tedbirler yoluyla adaletin gerçekleşmesini mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda 35. GTK'nin devletin toplumsal cinsiyet özen yükümlülüğü standardını belirlerken önleyici tedbirlere özel bir bölüm ayırması problemin kalıcı çözümü açısından son derece önemlidir.

35. GTK'nin 34. maddesinde kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin temel nedenlerine işaret eden önleyici tedbirler ve etkin yasal düzenlemelerin ortaya konulması taraf devletlerden beklenmektedir. Kadınları toplumsal

[64] Para 26 (b).

[65] Para 26 (c).

[66] Para 28.

cinsiyet normlarına göre ikincil konumda bırakan tüm ataerkil yaklaşımların şiddetin nedeni olduğuna işaret edilmesi gerekmektedir.<sup>[67]</sup>

35. GTK'nin 35. maddesine göre önleyici tedbirler geliştirilirken ve yorumlanırken, toplumsal cinsiyete dayalı problemlerle mücadele eden tüm grupların aktif katılımı sağlanmalıdır.<sup>[68]</sup> Böylece tedbirlere ilişkin kuralların sosyolojik gerçekliklerden kopukluğu önlenmiş olacaktır. Tavsiye edilen tedbirlerin içeriğine bakıldığında eğitime yapılan vurgunun önemli olduğunu görülmektedir. Ancak bu klasik anlamda bir eğitim değil, feminist pedagojiyi içeren bir eğitim modelidir. Örneğin her seviyede kamu/özel tüm eğitim kurumlarının müfredatının toplumsal cinsiyet eşitliği bilinci veren bir yaklaşımla bütünleştirilmesi önerilmektedir.<sup>[69]</sup> Feminist metodolojinin önemli kazanımlarından birisi olan farkındalık yükseltme programları da yine eğitimin içeriğinde yer alan konular arasındadır.<sup>[70]</sup>

Tavsiye edilen önleyici tedbirlerden bir diğeri, kadınların ve kız çocuklarının kamusal alana çıkışlarını kolaylaştırıcı şekilde düzenlemeler yapılmasıdır. Fiziksel anlamda kamusal alanların ışıklandırılması, mimari şekillerin kadınların hayatını kolaylaştırıcı şekilde yapılmasına ilişkin yerel düzenlemeler taraf devletler tarafından gözönünde bulundurulmalıdır.<sup>[71]</sup>

Taraf devletlere tavsiye edilen önleyici tedbirler arasında medyaya geniş bir yer ayrılmıştır. Yeni iletişim teknolojileri dahil tüm medya organlarının kadınlara yönelik ayrımcılığı önleyecek etkin tedbirlerin alınmasını sağlayacak etkin önlemlerin alınması tavsiye edilmektedir.<sup>[72]</sup> Bu önlemlerin şunları içermesi beklenmektedir.

- Medya organları öz denetim mekanizmaları kurarak kendi içlerindeki toplumsal cinsiyet kalıplarını sorgulanmasını ve bundan kaynaklanan ayrımcılığı ortadan kaldırılmasını sağlamalıdır.<sup>[73]</sup>
- Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti içeren olayları medyanın nasıl yansıtması gerektiğine ilişkin yönergeler hazırlanmalıdır.<sup>[74]</sup>

[67] Para 34.

[68] Para 35.

[69] Para 35(a).

[70] Para 35(b).

[71] Para 36 .

[72] Para 37.

[73] Para 37 (a).

[74] Para 37 (b).



- Medyanın toplumsal cinsiyette normlarını destekleyen ayrımcılık içeren yayımlarına ilişkin şikâyetleri ele alan ve bunları takip eden ulusal insan hakları kurumlarını kurulmasının sağlanması ya da var olanların kapasitesinin artırılması beklenmektedir.<sup>[75]</sup>

CEDAW 35 no'lu tavsiye kararında belirli meslek gruplarına yönelik toplumsal cinsiyet farkındalığını artıran eğitimlere özel olarak yer verilmiştir. Kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olayları vuku bulduğunda, bu meselelerle doğrudan ilgilenmekle sorumlu meslek gruplarına verilecek toplumsal cinsiyet eğitiminin zorunlu olması vurgulanmıştır. Bu bağlamda hukuk pratiği içerisinde olan yargıç, savcı, avukat, adli tıp uzmanları, yasa koyucular, sağlık alanında çalışanlar, sığınma evlerinde çalışanlara zorunlu toplumsal cinsiyet eğitiminin verilmesi tavsiye edilmektedir. Bu eğitimlerin şunları kapsamaması gerekmektedir.<sup>[76]</sup>

- Toplumsal cinsiyete ilişkin önyargıların, kalıpların kadınlara yönelik toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddete yol açtığıнын vurgulanması<sup>[77]</sup>
- Toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddet sonucu ortaya çıkan travma ve etkileri, iktidar ilişkilerini açıklanması<sup>[78]</sup>
- Toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddeti içeren hem ulusal hem de uluslararası hukuki düzenlemelerin anlatılması<sup>[79]</sup>

Son olarak 35 no'lu GTK, önleyici tedbir olarak konuyla ilgili özel sektöre sorumluluk verilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Taraf devletler özel sektörü, ulusal ve ulus üstü şirketleri toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddetle mücadelede, yer almaları konusunda cesaretlendirmelidir. Aynı zamanda şirketlerin kendi iş yeri uygulamalarında toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddeti engelleyici düzenlemelerinin bulunması gerekmektedir. Bu konuda da devletlerin gerekli iç hukuk düzenlemelerini yerine getirmesi tavsiye edilmektedir.<sup>[80]</sup>

---

[75] Para 37 (b).

[76] Para 38.

[77] Para 38 (a).

[78] Para 38 (b).

[79] Para 38 (c).

[80] Para 39

## 2. Koruma Yükümlülüğü

CEDAW 35 nolu GTK'de yer alan önleyici tedbirler uzun vadede şiddeti tamamen ortadan kaldırmaya yönelik çabalara yol gösterecek niteliktedir. Ancak bu tedbirlerin tamamının uygulanması bile toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara yönelik şiddet olaylarının biteceği anlamına gelmez. Bu nedenle tavsiyeler arasında şiddet ortaya çıktıktan sonra devletlerin nasıl bir tutum almaları gerektiğine ilişkin öneriler de detaylı bir şekilde yer almaktadır. Aslında toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadele konusunda devletlerin sorumluluğu tartışıldığında genellikle şiddet ortaya çıktıktan sonraki yükümlülükleri ele alınmaktadır. Bu bağlamda devletlerin koruyucu tedbirler konusundaki yükümlülükleri önleyici yükümlülükler nazarın daha tahmin edilebilir niteliktedir. 35 nolu GTK'nin 40. maddesine göre taraf devletlerin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddet eyleminin şikayetçileri ve tanıklarını destekleyici ve koruyucu tedbirler alması gerekmektedir.<sup>[81]</sup>

Şiddet eyleminin öncesinde, hukuki sürecin devamı ve sonrasında taraf devletler koruyucu tedbirler almakla yükümlüdürler. Bu tedbirler şunları içermelidir:

- Mağdurun ve tanıkların mahremiyeti korunmalıdır.<sup>[82]</sup>
- Koruma mekanizmalarının uygun ve ulaşılabilir olması gerekir.<sup>[83]</sup>
- Koruma tedbirlerini kullanma için gerekli olan finansal destek sağlanmalıdır. Yüksek kalitede hukuki yardımın ücretsiz yapılması gerekmektedir.<sup>[84]</sup>
- Toplumsal cinsiyetten kaynaklanan şiddet mağdurlarına destek sağlayan kurumları koruyucu ve destekleyici tedbirler alınmalıdır.<sup>[85]</sup>
- Toplumsal cinsiyet temeli şiddet mağduru kadınların sivil toplum örgütleriyle işbirliği içindeki devlet kurumlarından etkin destek görmesi gerekmektedir.<sup>[86]</sup>

Bütün koruma tedbirlerinin mağdurun özerkliğine saygılı ve özerkliğini genişletici olması gerekmektedir.<sup>[87]</sup> Koruma tedbirlerinin söz konusu şiddete maruz kalanların tekrar benzer şiddetle karşılaşma risklerinin yüksek olduğunu

[81] Para 40

[82] Para 40 (a)

[83] Para 40 (b)

[84] Para 40 (c)

[85] Para 40 (d)

[86] Para 40 (e)

[87] Para 41.

gözetmesi gerekir. <sup>[88]</sup> Dil bilmeme, fiziksel engellilik gibi haller nedeniyle adli mercilere ulaşımı ve kullanımı kısıtlı olan kadınların özel durumlarının gözetilmesi gerekmektedir. <sup>[89]</sup>

### 3. Yargılama ve Yaptırım:

CEDAW 35 sayılı GTK'nin 44. ve 45. maddeleri toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerini kovuşturma ve bu kovuşturma sonucunda ortaya çıkması muhtemel yaptırımlara ilişkindir. Dolayısıyla taraf devletlerin şiddetten mağdur bireyleri korumasına yönelik tedbirleri içermektedir. Ancak metinde ayrı bir başlık altında yer aldığı için biz de burada ayrı bir başlık altında ele alıyoruz. Koruyucu tedbirlerin devamı niteliğinde failerin kovuşturulmasına ilişkin olarak mağdurların adli makamlara başvurmalarını ve bu yargılamanın adil olmasını sağlayacak tedbirleri sağlamaları gerekmektedir. <sup>[90]</sup> Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddet arabuluculuk, uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözümü usullerine zorunlu olarak tabi tutulmalarının sağlanması gerekir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ancak kadınların şekli anlamda adalete erişimlerini engellemeyecek şekilde dizayn edilmeleri halinde mümkündür. <sup>[91]</sup>

### 4. Zararın Karşılanması/Tazminat yükümlülüğü

CEDAW 35 sayılı GTK özen yükümlülüğünün önemli bir gerekliliği olan hukuka aykırılıktan doğan zararın karşılanmasını sağlayacak tedbirlere ilişkin iki madde düzenlemiştir. Taraf devletlerin toplumsal cinsiyete dayalı şiddet mağduru kadınların şiddetten kaynaklanan zararlarının giderilmesi için etkin onarım mekanizmalarını sağlamaları gerektiği düzenlenmektedir. Onarım para ile ilgili olabileceği gibi bedensel ve/veya ruhsal sağlığın normale döndürülmesini sağlayacak mekanizmaların devreye girmesini de zorunlu kılabilir. <sup>[92]</sup> Bunun için devletlerin bütçelerinde özel fonların olması gerekmektedir. Tüm onarım mekanizmalarının toplumsal cinsiyet temelli şiddet mağduru kadınların özel durumlarını gözeterek geliştirilmesi gerekmektedir. <sup>[93]</sup>

---

[88] Para 42.

[89] Para 43.

[90] Para 44.

[91] Para 45.

[92] Para 46.

[93] Para 47.

## 5. İşbirliği, Takip ve Veri Toplama Yükümlülüğü

Devletlerin toplumsal cinsiyete dayalı kadına yönelik şiddetle mücadelesinde gerekli olan tedbirlere ilişkin hukuki düzenlemelerin ve politikaların etkin olabilmesi doğru temellendirilmesine bağlıdır. Doğru temellendirme için bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgi kimi zaman doğru metotla toplanmış verileri zorunlu kılmaktadır. Aksi halde toplumsal cinsiyete ilişkin sorunlar yine değer yargılarının devreye girdiği hukuk kuralları ya da politikalarla çözülmeye çalışılmaktadır ki bu sorunu daha içinden çıkılmaz hale getirmektedir. CEDAW 35 sayılı GTK'nın veri toplama devletlerin özen yükümlülüğü içinde ele almaktadır. Buna göre taraf devletler:

- Toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin tüm şikayetleri, devam eden davaları, koruma kararlarını, reddedilen talepleri, mahkumiyetleri ve bunun gibi tüm sürece ilişkin tüm kararları düzenli olarak toplayan bir sistem oluşturmalıdır.<sup>[94]</sup>
- Toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti konu alan araştırmalara, çalışmalar yapmalı ve bu tür çalışmalar desteklemelidir.<sup>[95]</sup>
- Verilerin uluslararası kabul görmüş veri toplama standartlarına uygun bir şekilde toplanması gerekir. Bilimsel kurallara ve etik standartlara uygun olması gerekmektedir.<sup>[96]</sup>
- Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet konusu önleyici, koruyucu, onarıcı, mağdurları destekleyici her türlü yasal düzenleme ve politikaları etkin ele alan kurum ve kişilere uygun finansal desteğin sağlanması gerekir.<sup>[97]</sup>

35 sayılı GTK ile, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin tüm yasal düzenlemeler geliştirilirken, ya da değerlendirilirken, söz konusu sorunu merkeze alan sivil toplum örgütleriyle işbirliğine gidilmesi taraf devletlere önerilmektedir.<sup>[98]</sup>

---

[94] Para 49.

[95] Para 50.

[96] Para 51.

[97] Para 52.

[98] Para 48.

## 6. Uluslararası İşbirliği Yükümlülüğü

35 no'lu GTK gereklilik halinde taraf devletlerin uluslararası kurumlardan destek almaları gerekliliğini düzenlemektedir. Özellikle şiddetin ulus aşırı boyut aldığı durumlarda bunun daha ciddi bir şekilde düşünülmesi gerekmektedir. Örneğin iletişim teknolojileri aracılığıyla şiddet ortaya konulduğunda, bu tip bir şiddetle mücadelede ulus aşırı mekanizmalar devreye girmektedir. Bu bağlamda devletlerin söz konusu şiddetle mücadele eden ulus aşırı kurumlardan destek almadan sorunu çözmelerinin mümkün olmadığı durumlarda bu bir gereklilik haline gelmektedir.<sup>[99]</sup>

## DEĞERLENDİRME

35 no'lu GTK'nin ayırt edici yanı özen yükümlülüğü standardına ilişkin devlet yükümlülüklerini detaylı bir şekilde ortaya koymasındır. Tavsiye niteliğindeki bu metin önleme, koruma, yargılama, yaptırım, onarma, iş birliği ve veri toplama başlıklarını kısaca belirterek somut durumda yapılacakları devletlerin takdirine bırakabilirdi. Ancak bunun yerine oldukça detaylı bir betimlemeye gidilerek, söz konusu standarda ilişkin alt başlıkların yorumcular tarafından nasıl ele alınacağı belirlenmiştir.

Bu tür detaylı düzenlemeler, toplumsal yapıya ve zamana bağlı olarak farklı olay ve olguların ortaya çıkması durumunda ihtiyaçlara cevap veremeyeceği düşüncesiyle eleştirilirler. Ancak böyle durumlarda dahi analogik akıl yürütme yapılarak söz konusu normların adil bir karara dayanak olması sağlanabilir. Aksi durumda ise, toplumsal cinsiyete ilişkin meselelerde yorumcu ataerkil normlarla yetişmiş ve bu normların doğal olmadığı konusunda herhangi bir bilinç geliştirmemişse, soyut kavramlar kadın ve kız çocukları için hak harcayıcı şekilde yorumlanıp, maddi adaletin gerçekleşmesi zorlaşmaktadır. Bu bağlamda soyut normların detaylarının verilmesi taraf devletler ve yorumcuları açısından bağlayıcı olacaktır. Böyle bir çerçevede, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini ve ayrımcılığı devam ettirecek yorumlar yapmak isteyen ya da kendini bundan alamayan kişileri engelleyecektir. Hukuk kültürünün daha ataerkil olduğu ülkelerde normların olabildiğince detaylı olması ve uygulayıcıya daha sınırlı bir takdir marjı bırakması, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet vakıalarında adil kararların çıkmasına hizmet edecektir kanısındayız.

35 No'lu tavsiye metninin bir diğer dikkat çekici yanı, önleyici ve koruyucu tedbirleri birbirinden ayırarak kullanmasıdır. Genel olarak ihlallerde ve özel olarak da toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin neden olduğu hak ihlallerinde bugüne

[99] Para 54.

kadar uygulanagelen yaklaşımda devletin yükümlülükleri üzerinde durulmuş, bu yükümlülüklerin belirlenmesinde de daha ziyade ihlalin gerçekleşmesinden sonraki aşamaya ağırlık verilmiştir. Özen yükümlülüğünün feminist perspektifle ele alınması ise, özel raportörlerin raporlarında belirttikleri üzere, bu standarda iki boyutta derinlik kazandırmıştır: 1) Devlete, ihlalin gerçekleşmesinden önceki aşamada hayata geçirilecek yapısal değişiklikler ile toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti besleyen zeminin ortadan kaldırılması ödevinin yüklenmesi ve böylece şiddeti önleyici tedbirlerin öne çıkarılması, 2) Yükümlülüğü sadece devletle sınırlandırmayıp, şiddeti önlemeyen ve/veya gerçekleşmesine neden olan tüm aktörlerin şiddete dayalı hak ihlallerinden dolayı sorumlu tutulması.

Bu yönüyle bakıldığında aslında meselenin merkezinde, toplumsal cinsiyete dayalı değer yargılarıyla ve bu yargılardan beslenen -hukuk dâhil- her türlü toplumsal kurumla topyekûn mücadele yer almaktadır. Devletler bu konudaki uluslararası sözleşmelere taraf olup, mevzuatlarında gerekli değişiklikleri yaptıkları ve kamu görevlilerine bu mevzuat hakkında eğitim verdikleri takdirde şiddeti önleme konusunda önemli bir adım atmış olurlar. Ancak bu tür adımlar toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadelenin sadece bir parçasını oluşturur. Şiddetin beslendiği zemini ortadan kaldırmak için, temel eğitimden başlayarak her düzeydeki eğitimin toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifiyle verilmesi ve buna karşı olan her tür gelenekle, yapıyla, kurumla mücadele edilmesi gerekir.

Devlet dışındaki aktörler açısından özen yükümlülüğünü ele alırken ise, sadece şiddet eylemini gerçekleştirilmeyi değil, bu eyleme doğrudan ya da dolaylı olarak katkıda bulunmaktan kaçınmayı da dikkate almak gerekir. Örneğin, söz konusu aktör bir ticari işletme ise, kendi faaliyetleri veya iş ilişkisi içinde olduğu kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerle doğrudan bağlantılı olan faaliyetlerin sebep olabileceği ya da katkı sağlayabileceği olumsuz etkileri tespit edip önleme yükümlülüğü vardır.<sup>[100]</sup>

Özellikle ihlal gerçekleşmeden önleme aşamasına yaptığı vurgu ve bu aşamada hukuki araçlara biçtiği rol ile 35 no'lu GTK, hukuk aracılığıyla toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamanın bir örneği olarak da karşımıza çıkmaktadır. Zira bu metin CEDAW Komitesi önüne bireysel başvuru yoluyla gelecek ihlal iddialarında, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti aşamasında dikkat alınacak bir metindir.

Tavsiye metninin kavramsal olarak sadece “kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” kalıbını kullanması, toplumsal cinsiyet kavramının potansiyelini sınırlayan bir yaklaşım olarak düşünülebilir. Zira toplumsal cinsiyet

[100] Bu husus BM'nin şirketler için benimsediği rehber ilkelerde açıkça belirtilmiştir. Bkz. UN Guiding Principles, no. 17, Commentary.

eşitsizliğinden kaynaklanan şiddetin mağdurları sadece kadınlar değildir. Her ne kadar Komitenin ve denetlemekle yükümlü olduğu Sözleşmenin adında “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması” ifadesi yer alsada, Komitenin daha sonra benimsediği bazı tavsiye kararlarında kadınların cinsiyet ve toplumsal cinsiyet temelinde maruz kaldıkları ayrımcılığın, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği dâhil olmak üzere diğer faktörlerle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğu teyit edilmiştir.<sup>[101]</sup> Komitenin daha önceki tavsiye metinlerinde bu bağlantıya zaten işaret etmiş olması sebebiyle cinsiyet kimliği ve cinsel yönelime yer vermediği de düşünülebilir. Yine de, cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliği nedeniyle şiddete maruz kalanların çokluğu düşünüldüğünde, detaylı düzenlemelere yer veren metnin bu kategorileri de yer vermesi yerine olurdu.

Son olarak vurgulanması ve unutulmaması gereken önemli bir husus toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle mücadeleye katkı sağlayacak olan 35 no’lu GTK’nın adı bilinen ve/ya bilinmeyen feminist aktivist ve teorisyenlerin düşünce çabalarının neticesi olduğudur.

---

[101] General Recommendation No. 27 on older women and protection of their rights, para. 13; General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, para. 18.

## KAYNAKÇA

ABI-MERSHED, Elizabeth A. H.: “Due Diligence and the Fight Against Gender-Based Violence in the Inter-American System”, *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands:Brill, 2009, s. 127-138.

BENNINGER-BUDEL, Carin: “Introduction”, *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands:Brill, 2009, s. 1-23.

BOEREFIJN, Ineke - NAEZER, Eva: “Due Diligence and Ints Application to Protect Women From Violence”, *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands: Brill, 2009, s. 91-108.

BOURKE-MARTIGNONI, Joanna: “The History and Development Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence”, *Due Diligence and its Application to Protect Women from Violence* içinde, der: Cari Benninger-Budel, Netherlands:Brill, 2009, s. 47-62.

CHARLESWORTH, Hilary: “What are “Women’s International Human Rights”?”, *Human Rights of Women-National and International Perspectives* içinde, der: Rebecca Cook, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, s. 58-84.

CHARLESWORTH, Hilary - CHINKIN, Christine: *The Boundaries of International Law, A Feminist Analysis*, Manchester: Manchester University Press, 2000.

CHINKIN, Christine: “A Critique of the Public/Private Dimension”, *EJIL*, cilt 10, No:2, 1999, s. 387-395.

CLAPHAM, Andrew: *Human Rights Obligations and Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

ERTURK, Yakın: *Sınır Tanımayan Şiddet*, İstanbul: Metis Yayınları, 2015.

HERRING, Jonathan: *Family Law*, UK: OUP, 2014.

LASCH, Christopher: *Haven in a Heartless World*, USA: W.W.Norton&Company, 1995.

MANJOO, Rashida: “State Responsibility to act Due Diligence in the Elimination of Violence against Women”, *International Human Rights Law Review*, cilt 2, sayı 2, 2013, s. 240-265.



NOWAK, Manfred: *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

O'DONOVAN, Katharine: *Sexual Divisions in Law*, ABD: Weidenfeşd & Nicolson, 1985.

OLSEN, Frances: "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform", *Harvard Law Review*, cilt 96, 1983, s. 1497-1578.

POOLE, Ross: *Ahlak ve Modernlik*, çev: Mehmet Küçük, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1993.

SCHNEIDER, Elizabeth M.: *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Haven&London: Yale University Press, 2000.

UYGUR, Gülriz,: "2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı mı?", *Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar-Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan*, der: Serpil Sancar, İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 883-913.

Kadın Hakları, Uluslararası Hukuk ve Uygulama, der: G. Ayata, S. Eryılmaz Dilek, B. E. Oder, İstanbul:İstanbul Bilgi Üniversitesi Y., 2010.

[https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/CEDAW\\_C\\_GC\\_35\\_8267\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf), erişim tarihi 24.8.2017.

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), erişim tarihi 12.10.2018.

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, erişim tarihi 10.10.2018.

<http://www.kadinininsanhaklari.org/kadinin-insan-haklari/yasalardaki-hak-larimiz/siddet-goren-kadin-ne-yapabilir/evlilik-ici-veya-evlilik-disi-her-turlu-tecavuz-suctur/>, erişim tarihi 3.1.2016

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/> , erişim tarihi 12.11.2018

<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=3&sortOrder=Date>, erişim tarihi 12.10.2018

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20English.pdf> , erişim tarihi 11.10.2018.

<http://blogs.lse.ac.uk/vaw/landmark-cases/a-z-of-cases/maria-de-penha-v-brazil/>, erişim tarihi 2.8.2018

*Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özen Yükümlülüğünün Dönüşümünün  
Bir Örneği Olarak CEDAW Komitesininin 35 Sayılı Tavsiye Kararı*

[http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/media/publications/unifem/evawkit\\_01\\_10pointchecklist\\_en.pdf?la=en&vs=1007](http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/media/publications/unifem/evawkit_01_10pointchecklist_en.pdf?la=en&vs=1007), erişim tarihi 10.10.2018

*Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Series C no. 4, (July 29, 1988), (Inter American Commission on Human Rights).

Maria da Penha Maia Fernandes (Brazil), (16 April 2001) Report No 54/1, Case 12.051 (Inter American Commission on Human Rights).

*Opuz v. Turkey*, (Başvuru No: 33401/02) AİHM 9 Haziran 2009.

*Osman v. UK*, (Başvuru No:23452/94) AİHM 28 Ekim 1998.

*Bevacqua and S v Bulgaria* (Başvuru No: 71127/01) AİHM 12 Haziran 2008.

# DEVLET YÖNETİMİ AÇISINDAN KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI: TEORİK BİR İNCELEME\*

Konur Alp DEMİR\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-1199-930X>

**DOI:** 10.30915/abd.556977

**Makalenin Geldiği Tarih:** 03.11.2018 **Kabul Tarihi:** 06.02.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Dr. Öğr. Üy. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü.



## ÖZ

Devlet, insan, egemenlik ve ülke üçlemesinin bir araya gelmesi sonucunda oluşan bir organizmadır. Bu bağlamda değerlendirildiği takdirde insan ve insanın hâkimiyetini anlatan egemenlik yeterliliği ile sınırları belirli bir kara parçası üzerinde örgütlenilmesi devletin niteliksel kurgusunu oluşturmaktadır. Bu kurgu içerisinde kendi kaderini tayin edebilmek bir hak olarak algılanmıştır. Bu hak sadece sömürülmüş toplumların kendi benliklerine dönebilmeleri için bir araç niteliğindedir. Bu hakkın egemen bir devletin sınırları içerisinde yaşarken devletten ayrılarak kendisine özerk bir alan yaratmaya çalışan toplumların amaçları ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu çalışmanın amacı kendi varlıklarını ve egemenlik haklarını sömürülme yolu ile bir başka egemenliğe teslim etmek zorunda kalan halkların siyasal örgütlenme biçimlerinin yansımalarını incelemek ve kendi kaderini tayin edebilmenin başlangıç noktasından bitim noktasına kadar teorik incelemesini yapmaktır.

**Anahtar Kavramlar:** Devlet, Egemenlik, Halk, Kendi Kaderini Tayin, Yönetim.

THE SELF-DETERMINATION RIGHT  
IN TERMS OF STATE ADMINISTRATION:  
A THEORETICAL STUDY

## ABSTRACT

The state is an organism that is formed as a result of human, sovereignty and territorial trilogy. In this context, it is the qualitative construct of the state that is organized on a certain piece of land with the sovereignty competence that explains the domination of humanbeing. It is perceived as a right to self-determination in this fiction. This right is merely a tool for the exploited societies to return to their own self. This right does not have to do with the aims of societies trying to create an autonomous space by leaving the state while living within the borders of a sovereign state. The aim of this study is to examine the reflections of the political organization of the peoples who have to submit their own assets and sovereignty rights to another sovereignty by exploitation. Another aim of this study is to make the theoretical examination of the starting point of the self-determination from the starting point to the end point.

**Keywords:** State, Sovereignty, People, Self-Determination, Administration.

## 1. GİRİŞ

Devlet bir tür organizmadır<sup>[1]</sup>. Bu organizmanın bütünleyici unsurları ise “millet” (insan), “ülke” ve “egemenlik” tir. Bu üç unsurun birleşmesinden siyasi bir oluşum ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla devlet, sınırları belirli bir kara parçası üzerinde yaşayan insan topluluğunun kendi egemenliğini kurumsal bir bütünlüğe dönüştürdüğü<sup>[2]</sup> yapay bir oluşumdur. Devletin yapay bir oluşum olması önce devletin kurulması ve ardından bu üç unsurun varlık kazanması değil, aksine bu üç unsurun varlığı sağlandıktan sonra devletin oluşturulmasından kaynaklanmaktadır. Bu çalışmanın üzerine odaklandığı nokta da devlet kavramının birinci unsuru olan insanın egemenlik yeterliliğine erişebilmesinin bir yol göstericisi olan kendi kaderini tayin edebilme (self-determinasyon) hakkıdır.

Kendi kaderini tayin edebilme hakkı, bir halka egemenlik yeterliliğine erişebilmesi için tanınan yetkisel bir haktır. Bu hak, halka iki şekilde yansımaktadır. Birincisi, halkın bağımsız bir devlet kurarak kendi egemenliğini ilan etmesi şeklindedir. İkincisi ise bağımsızlık unsurunun devri ile başka bir devletin egemenliği altına girmektir. Kendi kaderini tayin hakkı farklı anlam yüklemeleri ile egemenliği altında yaşanan devlete isyan ederek özgürleşme şeklinde anlamlandırılabilir. Oysaki bu hakkın ruhunda sömürgecilğe karşı bir savaşın izlerine rastlanılmaktadır. Sömürgecilğe karşı girişilen mücadelenin siyasi ve fikrinsel boyutu kendi kaderini tayin edebilme hakkı olarak varlık kazanmaktadır. Dolayısıyla bir devletin egemenliği altında yaşayan, ancak sömürge olmayan bir halk için kendi kaderini tayin edebilme hakkı söz konusu değildir<sup>[3]</sup>.

Devlet ve insan etkileşiminin doğal bir sonucu olan insan kaderinin siyasal geleceğinin bir hak olduğu düşüncesi üzerinden hareket edilen bu çalışmada devlet ve yönetimi başlangıç noktası olarak kabul edilmiş, devletin birleştirici bir güç olduğu izlenimine vurgu yapılarak yönetimin devlet için mi yoksa insan için mi var olduğu sorgulamaya açılmıştır. Devletin niteliksel unsurlarından birincisini oluşturan insanın kendi siyasal geleceğine yön verebilmesinin fikrinsel kurgusunun yapıldığı kendi kaderini tayin hakkının incelenmesinin ardından bu hakkın siyasal örgütlenme biçimlerine nasıl yansıdığı değerlendirilmiştir. Nihai aşamada ise adı farklı anlamlandırmalar sonucunda bölünmek, ayrılmak ve uzaklaşmak gibi kavramlarla yan yana kullanılan hakkın gerçek niteliğinin veya varmak istediği hedefin ne olduğunun tartışılması ile konu tamamlanmıştır.

[1] Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 31.

[2] Kemal Gözler, a.g.e., s. 4.

[3] Kemal Gözler, a.g.e., s. 62-63.

## 2. DEVLET VE YÖNETİMİ: AYRIŞTIRICI DEĞİL BÜTÜNLEŞTİRİCİ GÜÇ

Devlet insanlar tarafından oluşturulan kurumsal kimliğe sahip bir yapılanmadır. Bu yapılanmanın işletmeciliğini de kamu yönetimi yapmaktadır. Kamu yönetimi her ne kadar teknik bir alan olsa da devletin siyasi niteliği bu alanda da varlığını hissettirmektedir. Devlet, aynı zamanda, sınırları altında yaşayan insanları korumak ve refahlarını sağlamak ile de görevli olduğu için sosyal bir sorumluluk da üstlenmektedir<sup>[4]</sup>. Bu açıdan bakıldığı takdirde devlet yalnızca siyasi bir yapılanma olarak adlandırıl(a)mamaktadır. Çünkü devlet yönetimine “davranışçı” bir yaklaşım ile bakıldığı zaman, doğal bir takım süreçlerin bu işleyen mekanizmanın önemli parçaları arasına girdiği görülecektir. Örneğin, devleti mekanik bir sistem olmaktan uzaklaştırarak insan odaklı bir konuma yücelten davranışçılar, sistemin “sosyolojik” ve “sosyo psikolojik” boyutlarına değinerek kendi iç dinamikleri ile işleyen düzeneğin aslında güdüleyici unsurlarının olduğunu açığa çıkarmışlardır<sup>[5]</sup>.

Devlet yönetiminin niteliği açıklanmaya çalışılırken ve nereden geldiği ve nereye gittiği gibi konular değerlendirmeye alınırken belirtilmesi gereken husus devletin toplumdaki uzak olamayacak bir kurgusunun bulunduğudır. Devlet toplum ile toplum da devlet ile sürekli bir iletişim halindedir. Dolayısıyla devletin toplumun içinden çıktığı ve toplumun ise devletin kurucu unsuru olduğu ifade edilebilmektedir<sup>[6]</sup>.

Devlet toplumu “yön-ederken” (yönetirken) toplumun gizli kalmış ve aslında açığa çıkmayı bekleyen iç dinamiklerini harekete geçirebilmek için genel olarak “ekonomik” ve “toplumsal ilişkileri” tetikleyici unsur olarak kullanmaktadır. Günümüz anlayışındaki kamu yönetimi sistemi modern dünyanın “kapitalist toplumlar”ının ortaya çıkardığı bir iç işleyiş düzen kurgulayıcısıdır<sup>[7]</sup>.

Devlet yönetiminde seçkin grup ve çevre çatışması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu devleti toplumdaki uzaklaştırmakta ve toplumu yönetimden ayırarak farklı bir alanda hareket etmeye zorlamaktadır. Devletin çevreye karşı “hoşgörülü” olması, bütünleştirici bir yaklaşım sergilemesi ve bu süreç içerisinde ortaya çıkabilecek beklenmedik sonuçlara karşı hazırlıklı olması

[4] Ali Öztekin, *Yönetim Bilimi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s. 240.

[5] Hasan Hüseyin Çevik, *Kamu Yönetimi Kavramlar-Sorunlar-Tartışmalar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 18.

[6] Hasan Hüseyin Çevik, a.g.e., s. 25.

[7] Birgül Ayman Güler, *Türkiye'nin Yönetimi –Yaptı-*, 3. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2011, s. 15.

gerekmektedir. Benzer biçimde toplumun da devlete karşı “meydan okuyucu” bir yaklaşım içerisinde olmaması devlet ile toplumun bütünleşmesi açısından önem taşımaktadır<sup>[8]</sup>.

Devlet kavramını “içselleştirmek”, örneğin devlete kutsal bir anlam yüklemek yerine, devletin zaten toplum için var olduğu görüşünü benimsemek, soyut devlet anlayışından somut toplumcu devlet fikrine geçişi hızlandıracaktır<sup>[9]</sup>.

John Stuart Mill ile birlikte özgürlük farklılıklar içerisinde yalnız kalmak yerine farklılıklar içerisinde şekillenen bir ideal haline gelmiştir. Bu idealin içerisinde yaşayan ve aynı zamanda da bu ideali yaşatan insanın kendisidir. Bu bağlamda Mill’e göre insan kendi yaşayacağı hayatı kendisi seçmelidir. Mill’in bu görüşünün kaynağı her insanın doğasının benzemezlik özelliğinden kaynaklanan farklılığa eğilim sergilemesidir<sup>[10]</sup>. Mill’in yakaladığı bu çıkış noktasının kendi kaderini tayin edebilmenin zeminini oluşturduğu ifade edilebilmektedir. Bu noktadan hareketle konunun ana değerlendirme unsuru olan kendi kaderini tayin hakkı yukarıda tasviri gerçekleştirilmeye çalışılan kurgunun eksenini etrafında şekillendirilmeye çalışılacaktır.

### 3. DEVLET ODAKLI YÖNETİM Mİ? İNSAN ODAKLI YÖNETİM Mİ?

Giriş kısmında devletin insan, ülke ve egemenlik olmak üzere üç temel unsurunun bulunduğu belirtilmişti. Bu üç unsurdan biri bir diğerine göre önemli veya üstün konumda değildir. Yüzeysel bir bakış ile insanın, ülke ve egemenlikten daha önemli olduğu gibi bir algı ortaya çıkabilmektedir. Oysaki insan sayısı ne kadar fazla olursa olsun üzerinde egemenlik kurabilecekleri bir kara parçasına sahip değillerse devlet kavramından söz edilememektedir. Benzer biçimde bu insan topluluğunun egemenlik sahibi olabilecek yeterliliğinin de bulunması gerekmektedir<sup>[11]</sup>. Bu gerçekten hareketle, bu bölümde, yönetimin devlet mi, yoksa insan üzerinden mi hareketle varlık kazanacağı ve bu varlığın birinci unsurunun kendi kaderini tayin ederken hangi nokta üzerine odaklanacağı tartışmaya açılacaktır. Bu tartışma devletin üçüncü unsuru olan egemenlik yeterliliğinin kazanılması çerçevesinde sürdürülecektir. Çünkü kendi kaderini tayin hakkının öznesi insan ise yüklemi de egemenliktir.

[8] Metin Heper, *Türkiye’de Devlet Geleneği*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2010, s. 173.

[9] Ömer Çaha, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, Orion Kitabevi, Ankara, 2012, s. 9-10.

[10] Ömer Çaha, a.g.e., s. 48-49.

[11] Kemal Gözler, a.g.e., s. 5.



Özne-yüklem uyumu çerçevesinde ve Aydınlanma Felsefesi'nin yol göstericiliğinde insan olmanın iki temel unsuru bulunmaktadır: "Akıl" ve "Özgür"lük. İnsan akıllı ile hareket ederek kendi özgürlük yolunu bulabilmektedir. Immanuel Kant'ın düşüncesine göre özgür olan insan aynı zamanda özerk insandır. İnsanın özerklik niteliğinin yanında devletin mutlak varlığı tartışmasıdır<sup>[12]</sup>.

Devlet yönetiminin odak noktasında insan unsuru yer almaktadır. Bu sebepten dolayı bir devletin örgütlenme yapısının şekillendirilmesi aşamasında insanın refahının ve mutluluğunun nasıl sağlanabileceği sorusuna cevap aranması gerekmektedir<sup>[13]</sup>. Bu sorunun cevabının açık bir biçimde verilebildiği durumda devletin üç temel unsurunun birleştirilerek siyasi bir örgütlenme içerisine girilebilmektedir.

Kendi kaderini tayin etme hakkının devlet veya insan odaklı niteliğine vurgu yapmak kısmen de olsa zordur. Çünkü bu hakkın varlık kazandığı veya siyasi söylemlere konu olduğu dönemde çok milletli imparatorluklar dağılmış ve geride kalan farklı milletler başka devletler tarafından ilkel olmayan yöntemlerle sömürülmüş veya bağımsızlıkları için mücadele içerisine girmişlerdir. Bu gibi olumsuz olarak değerlendirilebilecek konuların üstesinden gelebilmek için üzerinde yaşanan ülkede egemenlik hakkı sahibi olmak fikri gelişmiştir<sup>[14]</sup>. Bu fikir de insan odaklı bir yönetim mantığını kurgulamaktadır.

#### 4. DEVLET YÖNETİMİNDE KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI (SELF-DETERMİNASYON)

Kendi kaderini tayin ilkesinin temeli bireylerin ve halkların metalaştırılarak yabancılaştırıldığı, terk edildiği ve hükümdarın menfaatlerine göre korunduğu fikrinin yok olması ile şekillenen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (1776) ve Fransız Devrimi'ne (1789) dayanmaktadır<sup>[15]</sup>. Ancak bu ilkenin geçmişini bu kadar yakın bir tarihte aramak yanılgılara sebebiyet verebilecektir. Çünkü kendi

[12] Konur Alp Demir ve Hikmet Yavaş, "Yönetim Algısındaki Değişim: Yönetimde Özerk İnsan Unsuru", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 5, Cilt: 6, Sayı: 11, 2014, ss. 121-132, s. 122.

[13] Konur Alp Demir, "Özerk Yerel Yönetim Yapısından Federalizme Geçiş", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2014, ss. 35-60, s. 35.

[14] İrfan Kaya Ülger, "Kosova'nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 31, 2016, ss. 39-64, s. 53.

[15] Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Great Britain, 1996, s. 11.

kaderini tayin hakkı dünya tarihinde belirli aşamalardan geçerek evrimleşmiş, toplumsal hareketlerle, örneğin Fransız Devrimi, şekillenmiş ve Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra da siyasal bir nitelik kazanmıştır. Kendi kaderini tayin hakkının kökeni 1000 (İ.Ö.) yılında Yahudilerin, kendi ırkları için yeni bir yaşam alanı bulmak ve kendilerine ait bir yönetim altında birleşmek amacıyla Mısır'dan hicret etmelerine kadar geri götürülebilmektedir. Yaşadığımız son birkaç yüzyıl içerisinde ise siyasi milliyetçilik kendi kaderini tayin hakkının anahtar kavramı haline gelmiştir<sup>[16]</sup>. Çünkü bu ilkenin özünde hükümetin halka karşı sorumlu olduğu veya halkın sorumluluğunu taşıması gerektiği görüşünü anlatan Amerikan ve Fransız Devrimleri'nin ısrarı yer almaktadır<sup>[17]</sup>.

Fransız Devrimi'nin ortaya çıkmasını besleyen sebepler arasında sayılan bireylerin özgürleşerek eşitlikçi bir ortamda yaşamak istemeleri ve yöneten ile yönetilen arasında “sosyal sözleşme teorisi”nin ana kurgusunun yer alması düşüncesi kendi kaderini belirleme kavramını şekillendirmiştir. Kendi kaderini belirleme hakkı kurumsal bir kimliğe sahip devlete veya siyasi bir oluşum içerisinde hareket eden hükümetlere değil, “halklara” tanınan serbestleşme veya özgürleşme imkânıdır<sup>[18]</sup>.

Kendi kaderini tayin edebilme düşüncesi halklara siyasi gelecekleri konusunda karar alabilme yeterliliğini kazandırmaktadır. Bu düşünce ile halkların kendi siyasi durumlarını tespit ederek gelecekte nasıl bir siyasi yapılanma içerisinde olmak istediklerinin kurgusu yapılmaktadır. Kendi siyasi geleceğini tayin etme yeterliliği halklara siyasi yönetim yetkisini de tanımaktadır. Bu içerik kapsamında kurgusal analize devam edilirse kendi kendini siyasi yönetme yeterliliğine erişen bir halk<sup>[19]</sup> bağımsızlığına kavuşmakta ve yaşadığı kara parçası üzerinde egemenlik hakkına sahip olmaktadır. Bu ideal gerçekleştirilemese bile, en azından, ulaşılması istenen nokta budur.

Kendi kaderini tayin hakkının varlık kazanması uluslararası topluluğun gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bir diğer ifadeyle uluslararası topluluk kendi kaderini tayin hakkı ile yeniden şekillenmiş ve bir bakıma evrimleşmiştir.

[16] Andrew Pullar, “Rethinking Self-Determination”, *Canterbury Law Review*, Volume: 20, 2014, pp. 91-123, p. 94.

[17] Antonio Cassese, a.g.e., s. 11.

[18] Fatma Taşdemir, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2016, ss. 644-668, s. 646-648.

[19] Michael L. Wehmeyer, “Self-Determination and Individuals With Significant Disabilities: Examining Meanings and Misinterpretations”, *Journal Of The Association For Persons With Severe Handicaps*, Volume: 23, Number: 1, 1998, pp. 5-16, p. 5.

İlgili hak evrimleşmesinin mekânsal adımını ilk olarak Fransa'dan komşu ülke İtalya'ya atmıştır. 19. Yüzyıl İtalyan devrimci Giuseppe Mazzini kendi kaderini tayin ilkesini ulusunu birleştirmek için kullanmak istemiştir. Bu ilkenin kullanılması koşulunu halkların özgür olabilmek için kendi durumlarını oluşturmaları koşuluna bağlamıştır. Aynı dönemde siyasetçi ve hukuk adamı Pasquale Stanislao Mancini kendi kaderini tayin hakkını milliyetçilik fikirlerinin arkasına gizleyerek çalışmalarının odak noktasına yerleştirmiştir. Birinci Dünya Savaşı ve Bolşevik İhtilali'nin meydana gelmesi ile birlikte kendi kaderini tayin ilkesi uluslararası sahnedeki fikrîsel yerini almıştır. Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Woodrow Wilson'a göre kendi kaderini tayin hakkı Avrupa'da kalıcı barış için anahtar bir noktada konumlanmaktaydı. Vladimir İlyiç Lenin için ise dünya genelinde sosyalizm rüyasını gerçekleştirebilmek için aracı bir unsur olarak durmaktaydı<sup>[20]</sup>.

Woodrow Wilson konu hakkındaki fikirlerini şu sözleri ile açıklamıştır: Kendi kaderini tayin etme “her insanın hangi siyasi otoritenin hükümdarlığı altında yaşayacağını seçebilmesi, yabancı hâkimiyetlerden arınması ve özel bir eşya gibi mülkiyetlerinin bir egemenlikten başka bir egemenliğe geçmemesi”ni tanımlayan idealize edilmiş bir haktır. Bu hakkın uygulamaya yansıma biçimi üç şekilde olmaktadır: Birleşme, Serbest Ortaklık ve Bağımsızlık<sup>[21]</sup>. Özellikle etnik grupların kendi kaderini tayin hakkını bağımsızlık ve özgürlük için kullanmaları toplumsal hareketliliği arttırmakta, ayrılıkçı bir amaç peşinde mücadele etmelerinin yolunu açmakta ve bu hak arka sıralarda kalmış gruplar için kurtarıcı bir nitelik kazanmaktadır. Daha toparlayıcı bir açıklama ile kendi kaderini tayin hakkı ayrılıkçı bir amaç uğruna halkı ve eylemcileri harekete geçirmek isteyen etnik girişimciler için uygun bir araç olmaktadır. Aynı zamanda bu hak bir topluluğun milliyetçilik duygularını canlandıracak eylemsel bir güce de sahiptir<sup>[22]</sup>.

Nihai aşamada ifade edilmesi gerekir ki kendi kaderini tayin hakkı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Karar ile “imza”, “onay” ve “katılım”a sunulmuştur. İlgili Karar sonucunda kendi kaderini tayin hakkı 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel ve Siyasal

[20] Antonio Cassese, a.g.e., s. 13.

[21] Deborah Z. Cass, “Re-Thinking Self-Determination: A Critical Analysis Of Current International Law Theories”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Volume: 18, Number: 1, 1992, pp. 22-40, p. 23-24.

[22] Marc Weller, “Settling Self-determination Conflicts: Recent Developments”, *The European Journal of International Law*, Volume: 20, Number: 1, 2009, pp. 111-165, p. 111.

Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin birinci bölümünün birinci maddesinde şu şekilde yer almaktadır<sup>[23]</sup>:

“Bütün halklar kendi kaderlerini tayin hakkına sahiptir. Bu hak vasıtasıyla halklar kendi siyasal statülerini serbestçe tayin edebilir ve ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerini serbestçe sürdürebilirler. Bütün halklar uluslararası hukuka ve karşılıklı menfaat ilkesine dayanan uluslararası ekonomik işbirliği yükümlülüklerine zarar vermemek koşuluyla, doğal kaynakları ve zenginlikleri üzerinde kendi yararına serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bir halk sahip olduğu maddi kaynaklardan hiç bir koşulda yoksun bırakılamaz.”

## 5. KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKININ SİYASAL YANSIMALARI

Kendi kaderini tayin edebilmek herhangi bir millete değil, yalnızca sömürgeleştirilmiş (veya kolonileştirilmiş) bir topluluğa tanınan bir haktır<sup>[24]</sup>. Dolayısıyla bu hakkın siyasal çerçevesi çizilirken de bu açık ifade yönlendirici nitelikte olmaktadır.

Kendi kaderini tayin hakkının siyasal açıdan üç öznel yorumlama biçimi bulunmaktadır. Bu yorumlama biçimlerini kategorileştirmek şeklinde adlandırmak yanlış olmayacaktır. Gerçekte bu üç hak birbirleri ile bağlantılıdır. Çünkü belirli bir insan topluluğunun gerekli koşulların olgunlaşması aşamasında ileri sürebilecekleri bağımsızlık taleplerinin çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>[25]</sup>:

- Sömürgeleştirilen toplumların devlet kurması,
- Azınlıkların özerk bir yapılanma içerisinde bağımsızlıklarını kazanması,
- Etnik kökenli azınlıkların toplumun faydalandığı bütün haklardan faydalanmaları.

Bu bölümde yukarıda sayılan üç kategorinin siyasal yansımalarına yer verilecektir.

[23] Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, <[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin133.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf)>, (Erişim Tarihi: 28.10.2018).

[24] Alexis Heraclides, *The Self-determination of Minorities in International Politics*, Frank Cass Publishers, London, 1991, s. 22.

[25] Daniele Archibugi, “A Critical Analysis of the Self-determination of Peoples: A Cosmopolitan Perspective”, *Constellations*, Volume: 10, Number: 4, 2003, pp. 488-505, p. 493.

### 5.1. Halkların Bağımsızlığı

Kendi kaderini tayin hakkı ile çevrelenmiş halkların bağımsızlığı konusu, yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca sömürge durumunda olan halklar için geçerlidir<sup>[26]</sup>. Bu gerçeklikten dolayı halkların bağımsızlığı konusu sömürgeleştirilmiş halkların hak kaybı üzerinden değerlendirilecektir.

Halkların egemenliklerinin sınırlı düzeyde temsil edilmesi, ancak kendilerine özel davranış şekillerinin geliştirilmesi ile mümkündür. Bu durumu ayrımcılık veya toplumsal dışlama şeklinde de anlamlandırmak olasılıklar dâhilindedir. Bu noktada egemenlik hakkının kutsallığı da tartışmaya açılmaktadır. Ancak geleneksel egemenlik anlayışına göre, egemenlik mutlak bir güç değil<sup>[27]</sup>, aksine olması gereken durumlarda sınırlandırılabilir bir güç türüdür. Bunun sebebi baskı altına alınmış halkların haklarını koruyabilmek için mutlak otoriter gücün insan hakları başlığı altında değerlendirilebilecek özgür yaşama düşüncesini uygulamaya yansıtabilmesidir. Basitleştirerek ifade edilirse, insan hakları düşü egemenlik gücünün sınırlandırılması isteğini de beraberinde getirmektedir. Örneğin, Fransız Devrimi ile ortaya çıkan özgürlük düşüncesi, özellikle, Balkan halkları için tetikleyici bir etken olmuştur. Bu anlatılardan yola çıkılarak ifade edilebilir ki sömürgeleştirilmiş halkların bağımsızlık yolu egemenlik alanında yapılacak reform(lar)dan geçmektedir. Halkların özerklik hakkı ise egemenliği altında yaşanan devletten ayrılma şeklinde uygulamaya yansımaktadır<sup>[28]</sup>.

Egemenliğin mutlak bir güç olmadığı konusuna tekrardan değinmek gerekirse, “üstünlük” kavramı üzerinden inceleme yapmak zorunlu bir hale gelmektedir. Çünkü egemenlik kavramı kontrolsüz bir “üstünlük” tanımlaması ile açıklanamamaktadır. Egemenliğin hukuksal bir kavram olmasından dolayı, üstünlüğü de hukuk sınırları içerisinde bir anlam taşımaktadır. Turhan’ın ifadesi ile egemenlik “...bir ülkedeki en üstün hukuksal otorite...”dir. Bir devletin egemen olduğunun ifade edilmesi noktasında anlatılmaya çalışılan konu, devletin mevzuat hükümlerinin hukuksal olarak en üst seviyede durması ve “...

[26] Kemal Gözler, a.g.e., s. 63.

[27] Ayşe Füsün Arsava, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara, 1993, s. 7; Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, ss. 215-248, s. 216.

[28] Ayşe Füsün Arsava, a.g.e., s. 7.

son söze sahip olması...”dır<sup>[29]</sup>. Soysal’a göre ise egemenlik “devlet içinde en yüksek irade”dir<sup>[30]</sup>. İşte bu sebepten dolayı egemenlik mutlak bir güç değildir<sup>[31]</sup>.

Halk toplulukları veya azınlık grupları kendi bağımsızlıklarını kazanabilmek, bir diğer anlatım ile merkezi devletin egemenliğinden çıkararak kendi kendilerini yönetebilmek, azınlık yönetimi oluşturabilmek veya etnik temelli bir zemin üzerinde yükselen yönetim sistemini kurabilmek için özerklik kavramına başvuru yapmaktadırlar<sup>[32]</sup>. Peki halklar veya azınlıklar neden bağımsız olmak istiyor?

Belirli bir bölgede yaşayan insan topluluğunun merkezi devletin egemenliğinden çıkararak kendi kendilerini kendi kararları ile yönetebilmek hayali ilk bakış açısına göre cazip gelebilmektedir. Bu insan topluluğu etnik, dil veya din temelli bir ayrılık hareketi içerisine girebilmektedir. Çünkü bu insan topluluğu nesiller boyunca yaşadığı coğrafya üzerinde kendi kimliksel değerleri ile yaşamış ve tarihsel süreç içerisinde sosyal, ekonomik ve askeri alanlarda yetersiz kaldığı için egemen bir devletin hâkimiyeti altına girmiş ve toplumda azınlık haline gelmiştir. Bu topluluk genel tablo içerisinde fayda yitimi veya fayda tükenmesi sonuçları ile karşılaşmışlardır. Böylece zaman içerisinde aşındırılan fayda(lar) bir noktadan sonra tekrardan sahip olma ve bir sonraki aşamada da korunma içgüdüğü ile hareket edilerek kazanıma dönüştürülmeye çalışılmaktadır<sup>[33]</sup>. Bu sebepten dolayı halklar merkezi bir devletin egemenliği altında yaşamak yerine, geçmişten getirdikleri birikmişliklerini, belki de kendi anlayışlarına göre geçmişte kaybettiklerini kazanıma dönüştürmeye çalışmaktadırlar.

## 5.2. Özerklik

Latince kökenli olan özerklik kavramı, “bağımsızlık” anlamına gelen “auto” ve “kanun tarafından tercüme edilmiş” anlamına gelen “nomos” kelimelerinin birleşiminden ortaya çıkmıştır. Bu çıkış noktasından hareketle özerklik kavramının bağımsız bir yönetim biçimini kurguladığı ifade edilebilmektedir. Konumuz ile ilgili daha gerçekçi bir yaklaşım ile özerklik, “başkalarından ayrılma ve bireyleşme” anlamına gelmektedir<sup>[34]</sup>.

[29] Mehmet Turhan, a.g.m., s. 219-220.

[30] Mümtaz Soysal, “Değişen Egemenlik ve Meşruluk”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, ss. 171-181, s. 171.

[31] Ayşe Füsün Arsava, a.g.e., s. 7; Mehmet Turhan, a.g.m., s. 216.

[32] Thomas Benedikter, *Modern Özerklik Sistemleri Dünya Özerklik Örnekleri*, 2. Baskı, Nika Yayınevi, Ankara, 2016, s. 18.

[33] Thomas Benedikter, a.g.e., s. 19-26.

[34] Konur Alp Demir ve Hikmet Yavaş, a.g.m., s. 126.

Nalbant<sup>[35]</sup> özerklik kavramını geniş çerçevede şu şekilde tanımlamaktadır: “Bir merkez organ tarafından yönetilen geniş bir örgütlenme içinde bir topluluğun veya bir yersel birimin kendini serbestçe idare etmesi ve/veya kendi yasalarıyla hükümet etmesi durumudur.” Bu tanım ile özerkliğin gerçekte bir örgütlenme ilkesi olduğu sonucu ulaşılabilmektedir<sup>[36]</sup>.

Özerklik kavramının bir insan topluluğunun kendi kendisini yönetebilmesini kurgulayan bir anlama sahip olduğu gerçeğinden hareketle kendi kaderini kendi tayin hakkının gerçekte özerkliğe vurgu yaptığı ifade edilebilmekte midir? Bu sorunun cevabı özerkliğin niteliksel içeriğinde gizlidir. İlk önce kabul edilmesi gerekir ki özerklik “sınırsız bir özgürlük” değildir. Egemen devletin anayasası ve kanunları ile çizmiş olduğu sınırlar içerisinde belirli bir anlama sahip olan özerklik, bu iki hukuk türünün kurgusu olmadan hiçbir anlam ifade etmemektedir<sup>[37]</sup>. Bu açıklamadan çıkarılabilecek sonuç özerkliğin bir insan topluluğuna bağımsızlık hakkı vermediği, sadece anayasa ve kanunların çizmiş olduğu sınırlar içerisinde serbest hareket edebilme imkânı tanıdığıdır. Dolayısıyla kendi kaderini tayin etme ile özerklik arasında organik bir bağ bulunmamaktadır.

### 5.3. Federalizm

Modern devletlerde ulusal çeşitliliği yönetebilmek için iki temel çıkış noktası bulunmaktadır. Birincisi yönetme gücünün merkezde paylaşılmasıdır. Bu paylaşım aslında üniter yapıya çağrışım yapmakta ve gerçekte hükümet etme gücünü değil, idari yönden yönetme yetkisinin dağıtılmasıdır. İkincisi ise yönetme gücünün merkez ile çevre arasında paylaşılmasıdır. Birinci paylaşım türü “uzlaşmacılık” (*consociationalism*), bir diğer tanımlama ile gücün yatay dağıtılması ve ikinci paylaşım türü ise gücün “dikey dağıtım”ı olarak bilinmektedir<sup>[38]</sup>. *Consociationalism* kelimesi basit bir tercüme ile “uzlaşmacılık” şeklinde anlamlandırılabilmesine rağmen, taşıdığı anlam daha derin bir analiz gerektirmektedir. Britannica Ansiklopedisi’ne göre *consociationalism*, derin izlerle birbirinden ayrılmış toplumlarda yönetme gücünün farklı sosyal gruplar ve elitler arasında paylaştırılmasına dayanan istikrarlı bir demokratik

[35] Atilla Nalbant, *Üniter Devlet Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 38.

[36] Atilla Nalbant, a.g.e., s. 38.

[37] Konur Alp Demir, a.g.m., s. 36.

[38] Michael Keating, *Federalism And The Balance Of Power in European States*, SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management), OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), France, 2007, s. 6.

sistemdir<sup>[39]</sup>. Yönetme gücünün dikey bir biçimde merkez ile çevre (veya bölge) arasında dağıtılması ise “federalizm” (*federalism*) olarak tanımlanmaktadır<sup>[40]</sup>. Bu tanım çerçevesinde ve konunun değerlendirmeye alınma biçimi özelinde sorulması gereken soru şu şekilde olmalıdır: Federalizm kendi kaderini tayin edebilmenin bir yöntemi midir?

Her şeyden önce federalizm siyasi bir örgütlenmenin teknik adıdır<sup>[41]</sup>. Federalizm belirli bir bölgede yaşayan insan topluluğunun dil, din, etnik köken ve kültürel değerlerinin farklılaşmasından kaynaklanan merkezi devletten ayrılma düşüncesini yumuşatarak, kendi sınırları içerisinde kendi değerlerini yaşatma ve ileri bir aşamada da yenilerini yaratma fikri ile bütünleştirici olma idealinin siyasal sisteme yansımış biçimidir<sup>[42]</sup>. Bu bakış açısına göre federalizm hükümet etme gücünün yeniden tasarımını içeren ve otorite ile çevre arasındaki ilişkilerin akışını düzenleyen bir anlama sahiptir. Bu anlam tarafların kendilerinden veya sahip oldukları değer(ler)den taviz vermeden karşılıklı rızaya dayanan bir güç bölüşümünde de ortaya çıkartmaktadır. Dolayısıyla gücün paylaşımının rızaya dayanması, kendinden veya değerlerinden taviz verilmemesi<sup>[43]</sup> kendi kaderini tayin konusunda artı bir değeri yönetim sistemine yansıtmaktadır. Sonuç itibarıyla federalizm kendi kaderini tayinin bir aracı niteliğindedir.

## 6. KENDİ KADERİNİ TAYİN HAKKI AYRIŞTIRICI MI, BİRLEŞTİRİCİ Mİ?

Sömürgeleştirilmiş bir toplumun sömürge halinden bağımsız bir konuma yükseltilmesini kurgulayan bir fikrin<sup>[44]</sup> birleştirici mi yoksa ayrıştırıcı mı olacağını tartışmak, varılmak istenen sonucun hangi açıdan değerlendirileceği ile ilgilidir. Dolayısıyla önce ayrıştırılmış sonra da birleştirilmiş bir ikilem arasında gidip gelmek kurgusal analizin odak noktasında yer almaktadır.

Kendi kaderini tayin edebilmek, gerçek kurgudan uzaklaşıldığı takdirde, etnik grupların bütünlük içerisinde koparak ayrışmalarına sebep olmaktadır.

[39] Consociationalism, <<https://www.britannica.com/topic/consociationalism>>, (Erişim Tarihi: 24.10.2018).

[40] Michael Keating, a.g.e., s. 7.

[41] Daniel J. Elazar, *Federalism: An Overview*, HSRC Publishers, Pretoria, 1995, s. 6.

[42] Ruşen Keleş, *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 8. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 121.

[43] Daniel J. Elazar, a.g.e., s. 6.

[44] Joshua Castellino, “Territorial Integrity and the “Right” to Self-Determination: An Examination of the Conceptual Tools”, *Brooklyn Journal of International Law*, Volume: 33, Issue: 2, 2008, pp. 503-568, p. 515.



Dolayısıyla bu hak, yanlış bir anlamlandırma sonucunda, bölücü bir kimlik kazanmış durumdadır. Çünkü bu hakkı temel çıkış noktası olarak değerlendiren gruplar karşıt görüşleri birer düşman olarak algılamakta ve görüşler arasında seçicilik yaygınlaşmaktadır<sup>[45]</sup>.

Kendi kaderini tayin etme hakkı uluslararası hukukta insan hakları ile özdeşleştirilerek yüceltilmektedir. Bu hak özellikle sömürgeleştirilmiş ve baskı altına alınmış toplumların özgürleştirilmesi için bir çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir<sup>[46]</sup>.

Kendi kaderini tayin etme düşüncesi genel olarak ayrılıkçı bir zihniyetin kurgusal gerçekliğe yansıtılmış şekli olarak algılanmaktadır. Çünkü bu düşünce “ayrılıkçılık” (bölücülük), “ayrılma” ve “siyasi bağımsızlık” kavramları ile özdeşleşmiş durumdadır. Bu sebepten dolayı bir devlet yönetimi için kendi kaderini tayin edebilmek düşüncesi kabul gören bir durum değildir<sup>[47]</sup>.

Kendi kaderini kendi tayin edebilen sömürgeleştirilmiş toplumlar dağınık bir toplumsal yapıdan düzenli ve kuralları bir toplumsal hayata geçiş yapabilmektedirler. Bununla birlikte bu hak egemen devletlerin dış müdahaleler ile kendi özerk alanlarına nüfuz edilmemesini öne süren nitelikli bir fikir olarak varlık kazanmaktadır. Ancak bu hak hiç bir şekilde bölücü nitelikli ayrılmayı veya ayrıştırılmayı içeren bir kurguya sahip olmadığı gibi, benzer biçimde yeni bir devletin tanınması konusunda da engelleyici bir niteliği bulunmamaktadır<sup>[48]</sup>. Bu çerçeve etrafında düşüncesini şekillendiren Woodrow Wilson, 11 Şubat 1918 tarihinde Kongre’de gerçekleştirdiği konuşmasında kendi kaderini tayin hakkı fikrine tedbirli yaklaşmıştır. Buna göre bu hakkın sadece uyumsuzluk ve düşmanlığa yol açmaması durumunda kabul edilebileceğini ve uygulamaya yansıtılabileceğini ifade etmiştir<sup>[49]</sup>. Dolayısıyla bu hakkın yanlış bir çözümleme

[45] Christian Tomuschat, “Self-Determination in a Post-Colonial World”, *Modern Law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993, pp. 1-20, p. 4.

[46] Rodolfo Stavenhagen, “Self-Determination: Right or Demon?”, *Self-Determination: International Perspectives*, (Editors: Donald Clark & Robert Williamson), St. Martin’s Press (Palgrave Macmillan), New York, 1996, pp. 1-11, p. 3.

[47] Rodolfo Stavenhagen, a.g.m., s. 4.

[48] Vladislav Tolstykh, “Three Ideas of Self-Determination in International Law and the Reunification of Crimea with Russia”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Volume: 75, 2015, pp. 119-139, p. 122.

[49] Peter Hilpold, “Self-determination and Autonomy: Between Secession and Internal Self-determination”, *International Journal On Minority And Group Rights*, Volume: 24, Issue: 3 (Special Issue: Minority Rights in Times of Crisis), 2017, pp. 302-335, p. 308.

sonucunda uyumsuzluk ve düşmanlığa sebep olabileceği hatırdta tutulması gereken önemli bir konudur.

Woodrow Wilson'ın tedbirci yaklaşımının<sup>[50]</sup> sebebini kendi kaderini tayin hakkının savaş sonrası dönemde yeni bir dünya düzeninin kurulması aşamasında kullanılabilir temel ilkelerden birisi olmasında<sup>[51]</sup> aramak gerekmektedir.

Böyle bir hakka insanların doğal yollardan sahip olduğu kabul edilse ve kimin nasıl faydalanacağı belirlenebilse bile halkın iradesi açık bir hüküm ile belirtilmemişse ve faydalanılmak istenen hak nesnel ölçütlere bağlanmamışsa, örneğin önceki adaletsizliğe veya açıkça belirlenebilir bir dilsel ve etnik bölümlenmeye atıfta bulunarak, otomatizmin (veya özerkliğin) uygulanabileceği hiçbir alan hedeflenen sonuçların gerçekleştirilmesi için yeterli seviyede olmayacaktır<sup>[52]</sup>.

Hedeflenen sonuçlara ulaşmak için<sup>[53]</sup> yönetim gibi kavramlar üzerinden halkın, özel sektörün ve sivil toplum kuruluşlarının yönetime katılımının sağlanmasına çalışıldığı bir sistem<sup>[54]</sup> ile kendi kaderini tayin hakkı düşüncesini aynı çizgide değerlendirmemek gerekmektedir.

Yönetim sürecine dâhil olmak girişimleri ve bu girişimler sonucunda oluşturulan katılım yolları demokratik sistemin zorunlu bir sonucudur. Bu noktada yapılan tartışmanın temel sorunsalı yönetim sürecinin “yönetilenden yönetene doğru” nasıl evrimleştirileceğinin yollarının bulunmasıdır<sup>[55]</sup>. Dolayısıyla kendi kaderini tayin hakkını ayrı bir düzlemde değerlendirmek gerekmektedir. Böylece bu felsefi düşüncenin ayrıştırıcılığı ve birleştiriciliği konusunda daha rasyonel çıkarımların yapılabilmesinin yolu açılmış olacaktır.

---

[50] Peter Hilpold, a.g.m., s. 308.

[51] Kemal Yakut, “Birinci Dünya Savaşı (1908-1928)”, *Siyasi Tarih*, (Editörler: Çağrı Erhan ve Esra Yakut), Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2981, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1935, Eskişehir, 2013, ss. 66-102, s. 82.

[52] Peter Hilpold, a.g.m., s. 308.

[53] Peter Hilpold, a.g.m., s. 308.

[54] Konur Alp Demir, “Kent Yönetiminde Değişim Algısı: Yerel Yönetişim Kapsamında Bir Değerlendirme ve Yerleşen Yönetişim Uygulaması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 1, 2019, ss. 193-218, s. 200.

[55] Konur Alp Demir, a.g.m., s. 200.

## 7. SONUÇ

Devlet olarak adlandırılan tüzel kişilik veya organizma temel olarak üçayak üzerinde yükselmektedir: İnsan, Ülke ve Egemenlik. Bu üçayaktan bir tanesinin eksik olması devletin varlığının sonu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla her unsur ayrı bir biçimde tartışılacak kadar önem taşımaktadır. Çalışmada incelenen konunun niteliği itibarıyla insan ve egemenlik kavramları çeşitli zeminlerde farklı anlamlandırmalar ile tartışma konusu haline getirilebilmektedir. Devletin varlık sebebini ve var oluşunun birinci kaynağını oluşturan insanın kendi siyasi geleceğini belirleyebilmesini bir hak olarak tanımlayan kendi kaderini tayin hakkı farklı siyasal yansımalara sahiptir. Ancak her şeyden önce ifade edilmesi gerekir ki bu hak egemen bir devletin sınırları içerisinde yaşarken kendi özerk alanını oluşturmak veya egemen devletin sınırları içerisinde kendi devletini ilan etmek isteyen azınlık gruplarına tanınan bir hak değildir. Bu hak zaten kendi ülkesinde egemenlik sahibi olan, ancak gerek ekonomik, gerek siyasi ve gerekse de askeri alanda yaşadıkları sorunları aşamayıp başka bir devletin sömürgeci haline gelmiş bir toplumun geçmişte bıraktığı haklarına tekrardan kavuşması gerektiğini kurgulayan bir haktır. Dolayısıyla bu hakkın bölücülük, ayrılmacılık veya devletine isyan ederek bağımsızlık kazanımı gibi sonuçlarla ilgisi bulunmamaktadır.

Kendi kaderini tayin hakkı devletin insan için var olduğu gerçeğinden hareketle insan odaklı bir düşüncenin siyasal alana yansıtılmaya çalışıldığı siyasi bir kurguya sahiptir. Halkların bağımsızlığı, eğer halk(lar) sömürgeleştirilmiş ise geçerli bir tartışma konusudur. Özerklik ise sömürgeleştirilmiş bir toplumun, belki de kendi rızaları ile egemen devletten ayrılmadan kendi sınırları içerisinde serbest hareket etmelerini kurgulayan bir içeriğe sahiptir. Federalizm ise temel olarak ayrıştırımcı bir kimlikten uzaklaşarak farklı kimliklerin rızaya dayanan bir süreç sonucunda birleştirilmesini anlatan siyasal bir örgütlenme biçimidir. Dolayısıyla yapılan her işlem, girişilen her mücadele ve ortaya çıkan her siyasal sonuç insan için olmaktadır. Daha gerçekçi bir anlatım ile insan odaklı bir yönetim anlayışının temel kurgularından birisi insanın kendi siyasal kaderini belirlemesine zemin yaratmaktır. Ancak tekrardan vurgulamak gerekmektedir ki bu zeminin oluşum şartları yukarıda belirtildiği üzere bellidir.

Kendi kaderini tayin hakkının mücadelesi sömürgeciliğe karşı verilmektedir. İnsan topluluklarının kendi siyasal duruşlarını bozarak, onları yeni bir yapılanma içerisinde farklı bir alana yönlendirmenin, esaret altına almanın, kültürlerini yok etmenin ve egemenliklerine son vermenin olumsuzlukları ile mücadele etmenin fikrîsel kurgusu kendi kaderini tayin hakkı ile yapılmaktadır.

## KAYNAKÇA

ARCHIBUGI, Daniele, “A Critical Analysis of the Self-determination of Peoples: A Cosmopolitan Perspective”, *Constellations*, Volume: 10, Number: 4, 2003, pp. 488-505.

ARSAVA, Ayşe Füsün, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesininin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara, 1993.

BENEDIKTER, Thomas, *Modern Özerklik Sistemleri Dünya Özerklik Örnekleri*, 2. Baskı, Nika Yayınevi, Ankara, 2016.

CASS, Deborah Z., “Re-Thinking Self-Determination: A Critical Analysis Of Current International Law Theories”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Volume: 18, Number: 1, 1992, pp. 22-40.

CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Great Britain, 1996.

CASTELLINO, Joshua, “Territorial Integrity and the “Right” to Self-Determination: An Examination of the Conceptual Tools”, *Brooklyn Journal of International Law*, Volume: 33, Issue: 2, 2008, pp. 503-568.

CONSOCIATIONALISM, Britannica Encyclopedia,

<<https://www.britannica.com/topic/consociationalism>>, (Erişim Tarihi: 24.10.2018).

ÇAHA, Ömer, *Aşkın Devletten Sivil Topluma*, Orion Kitabevi, Ankara, 2012.

ÇEVİK, Hasan Hüseyin, *Kamu Yönetimi Kavramlar-Sorunlar-Tartışmalar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

DEMİR, Konur Alp, “Kent Yönetiminde Değişim Algısı: Yerel Yönetişim Kapsamında Bir Değerlendirme ve Yerleşen Yönetişim Uygulaması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 1, 2019, s. 193-218.

DEMİR, Konur Alp, “Özerk Yerel Yönetim Yapısından Federalizme Geçiş”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2014, s. 35-60.

DEMİR, Konur Alp ve YAVAŞ, Hikmet, “Yönetim Algısındaki Değişim: Yönetimde Özerk İnsan Unsuru”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 5, Cilt: 6, Sayı: 11, 2014, s. 121-132.

ELAZAR, Daniel J., *Federalism: An Overview*, HSRC Publishers, Pretoria, 1995.

GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

GÜLER, Birgül Ayman, *Türkiye'nin Yönetimi –Yapı-*, 3. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2011.

HEPER, Metin, *Türkiye'de Devlet Geleneği*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2010.

HERACLIDES, Alexis, *The Self-determination of Minorities in International Politics*, Frank Cass Publishers, London, 1991.

HILPOLD, Peter, “ Self-determination and Autonomy: Between Secession and Internal Self-determination”, *International Journal On Minority And Group Rights*, Volume: 24, Issue: 3 (Special Issue: Minority Rights in Times of Crisis), 2017, pp. 302-335.

KEATING, Michael, *Federalism And The Balance Of Power in European States*, SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management), OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), France, 2007.

KELEŞ, Ruşen, *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 8. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 2012.

KİŞİSEL VE SİYASAL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ, <[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin133.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf)>, (Erişim Tarihi: 28.10.218).

NALBANT, Atilla, *Üniter Devlet Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ÖZTEKİN, Ali, *Yönetim Bilimi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.

PULLAR, Andrew, “Rethinking Self-Determination”, *Canterbury Law Review*, Volume: 20, 1994, pp. 91-123.

SOYSAL, Mümtaz, “Değişen Egemenlik ve Meşruluk”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, s. 171-181.

STAVENHAGEN, Rodolfo, “Self-Determination: Righ or Demon?”, *Self-Determination: International Perspectives*, (Editors: Donald Clark & Robert Williamson), St. Martin's Press (Palgrave Macmillan), New York, 1996, pp. 1-11.

TAŞDEMİR, Fatma, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2016, s. 644-668.

TOLSTYKH, Vladislav, “Three Ideas of Self-Determination in International Law and the Reunification of Crimea with Russia”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Volume: 75, 2015, pp. 119-139.

TOMUSCHAT, Christian, “Self-Determination in a Post-Colonial World”, *Modern Law and Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1993, pp. 1-20.

TURHAN, Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, s. 215-248.

ÜLGER, İrfan Kaya, “Kosova’nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 31, 2016, s. 39-64.

YAKUT, Kemal, “Birinci Dünya Savaşı (1908-1928)”, *Siyasi Tarih*, (Editörler: Çağrı Erhan ve Esra Yakut), Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2981, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1935, Eskişehir, 2013, ss. 66-102.

WEHMEYER, Michael L., “Self-Determination and Individuals With Significant Disabilities: Examining Meanings and Misinterpretations”, *Journal Of The Association For Persons With Severe Handicaps*, Volume: 23, Number: 1, 1998, pp. 5-16.

WELLER, Marc, “Settling Self-determination Conflicts: Recent Developments”, *The European Journal of International Law*, Volume: 20, Number: 1, 2009, pp. 111-165.

ANGLO SAKSON HUKUKUNDA  
ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEK İŞLETME  
SORUMLULUĞU TEORİSİ VE BU TEORİNİN  
TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI\*

Damla KÜÇÜK\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-4246-0764>

**DOI:** 10.30915/abd.556990

**Makalenin Geldiği Tarih:** 14.11.2018 **Kabul Tarihi:** 14.12.2018

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.





## ÖZ

Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkelerinden nihai ortaklar kadar, şirket ortaklar da yararlanmaktadır. Ancak tek şirket ve onun nihai ortağı göz önüne alınarak geliştirilen bu ilkeler, şirket toplulukları söz konusu olduğunda bir yandan kabul edilmelerini sağlayan faydaları bakımından zemin kaybederken, diğer yandan tabiatlarında olan zararlar da artmaktadır. Çözüm olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teoriler ise bünyelerinden doğan katı uygulamalar nedeniyle özellikle haksız fiil mağduru alacaklıların mağduriyetini gidermekte yetersiz oldukları gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu nedenle, ortaya çeşitli teoriler atılmaktadır ki bunlardan birisi de tek işletme sorumluluğu teorisi. Teoriye göre ortak ticari bir hedefe yönelmiş olan şirketler tek bir işletme olarak kabul edilmekte ve hakim şirket başta olmak üzere, topluluğun bir bütün olarak sorumlu olması hedeflenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Şirketler Topluluğu, İşletme Tüzel Kişiliği, Hakim Şirket, Bağlı Şirket.

SINGLE ENTERPRISE LIABILITY THEORY  
ON COMPANY GROUPS

ABSTRACT

Company shareholders utilise principles of limited liability and separate legal entity as much as ultimate shareholders do. However, when group of companies are concerned, these principles, which have been developed considering the single company and its ultimate shareholder, lose ground in terms of the benefits that allow them to be accepted, on the other hand disadvantages in their natures rise. Because of rigid practices arising from their structure, the traditional theories which are used for piercing the corporate veil as a solution are attacked due to especially they fails relieving tort creditors. For this reason, various theories are laid out; one of which is the theory of single enterprise liability. According to the theory, the companies that are oriented towards a common commercial target are accepted as a single enterprise and it is aimed that group of companies are made responsible as a whole, especially the parent company.

**Keywords:** Piercing the Corporate Veil, Group of Companies, Enterprise Entity, Parent Company, Subsidiary.

## I. GİRİŞ

Bu gün şirketler, oluşturdukları topluluklarla ulaştıkları devasa ekonomik güç sayesinde ulusal ve uluslararası çapta, finans ve ticari aktiviteleri kontrol eder hale gelmişlerdir<sup>[1]</sup>. Keza, ister sözleşme ister haksız fiil yoluyla olsun, bir alacağın doğmasına yol açan ilişkilerin azımsanmayacak bir kısmı, aslında bir başka şirkete bağlılığı olan şirketlerle gerçekleştirilmektedir.

Bağlı şirketler, daha az vergi vermek, ürünlerin daha kârlı bölgelere ulaştırılması veya yeni pazarlara girmek, ağır işleyen yönetim yapılarından kaçmak gibi farklı amaçlarla kullanılsa da, büyük şirketleri bu konuda motive eden saiklerden birisi de üçüncü kişilere karşı doğacak sorumluluktan, bağlı şirketler aracılığıyla kaçmaktır<sup>[2]</sup>. Ancak motivasyon bu olduğunda sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkeleri, mali yönden güçsüz bırakılan bağlı şirket alacaklılarının tek şirket ve onun nihai ortağının<sup>[3]</sup> (ultimate shareholder) söz konusu olduğu durumlara göre daha çok korumasız kalmasına neden olmaktadır. Nitekim sınırlı sorumluluk ilkesi, bir şirketin kâr getirmemesi veya masraflarını karşılamaya yetecek bir gelir edememesi neticesinde faaliyetine son vermesiyle sonuçlanan ticari başarısızlık riskini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla bu başarısızlığın ortaya çıkardığı zararı birisinin taşıması gerekir ki sınırlı sorumluluk ilkesi bu yönden

[1] Bkz. MATHESON, John H., “The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent – Subsidiary Context”, North Carolina Law Review, Vol. 87, 2009, ss. 1091–1156, s. 1093, 1094.

Hâkim şirket statüsündeki dünya çapında on büyük şirketin, topluluk yoluyla yiyecekten, ev eşyalarına günlük hayatta satın aldığımız neredeyse herseyde iştiraki olduğunu gösteren bir şema için bkz. MILES, Chris, 10 Corporations Control Almost Everything You Buy – This Chart Shows How, <http://www.informationclearinghouse.info/article36743.htm> (Erişim Tarihi: 10.05.2018).

[2] Bkz. KRAVTSOVA, Tetiana / KALINICHENKO, Ganna, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for Its Subsidiary”, Corporate Ownership & Control, Vol. 14-1, 2016, ss. 684 – 691, s. 684; MATHESON, 2009, s. 1094; CLAUSEN, Nis, “Use of the American Doctrine of Piercing the Corporate Veil: An Argument in Danish Business Law”, International Tax & Business Lawyer, Vol. 5, 1987, ss. 44-69, s. 55; SØRENSEN, L. A., “Parental Liability for Externalities of Subsidiaries, Domestic and Extraterritorial Approaches”, Dovenschmidt Quarterly (Doi: 10.5553/DQ/221199812014002003003), 2014, ss. 102 – 118, s. 102; SKINNER, Gwynne, “Parent Company Accountability Ensuring Justice for Human Rights Violations”, The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) Report, 2015, s.7, <https://justice-project.org/wp-content/uploads/2017/07/pcap-report-2015.pdf> (Erişim Tarihi: 09.07.2018).

[3] Bu kavramla gerçek kişi ortaklar anlatılır. Keza şirket ortakların arkasında başka ortaklar vardır.

aslında ortaklar lehine alacaklılar aleyhine, zararın kimin üstünde kalacağına ilişkin bir düzenlemedir<sup>[4]</sup>.

Ortaya çıkan bu problemin çözülmesi için başvuru ilk yol ise, aslında nihai ortağın şirket borçlarından sorumlu tutulmasını sağlamak için geliştirilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin, bu defa hâkim şirketin, bağlı şirketin eylem veya işlemlerinden sorumlu tutulabilmesi için kullanılması olmuştur. Bununla birlikte, bu teorisinin doğduğu Anglo Sakson hukuku ülkelerinde<sup>[5]</sup> tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilerin bu problemi çözmeye yetmediğine ilişkin itirazlar giderek yükselmiş ve alternatif çözüm yolları ortaya atılmıştır. Bu alternatif çözüm yollarının içinde mahkeme içtihatlarına ve yasal düzenlemelere girmesinin yanısıra, doktrinde en çok taraftar toplamasıyla öne çıkan tek işletme sorumluluğu teorisi (*single enterprise liability theory*) olmuştur<sup>[6]</sup>.

Çalışmamızda öncelikle sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler topluluğu söz konusu olduğunda arz ettiği problemlerden bahsedilecek, ardından Anglo Sakson Hukuku'nda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kullanılan geleneksel teoriler kısaca anıldıktan sonra, tek işletme sorumluluğu teorisinin temel özellikleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilere göre farklılıkları, yasalardaki yansımaları ve mahkeme kararlarındaki uygulaması daha çok Amerika Birleşik Devletleri temelinde, Anglo Sakson Hukuk Sistemi esas alınarak incelenecektir. Son olarak ise tek işletme sorumluluğu teorisinin Türk Hukuku'ndaki yansımaları irdelenmeye çalışılacaktır.

## II. SINIRLI SORUMLULUK İLKESİNİN ŞİRKETLER TOPLULUĞU SÖZ KONUSU OLDUĞUNDA ARZ ETTİĞİ PROBLEMLER

Şirketin, ortaklarından ayrı (tüzel) kişiliği olan bir varlık olduğunun kabul edilmesi neticede, şirkete yatırım yapan yatırımcıların, yatırdıkları miktardan daha fazlası ile sorumlu olmamasını anlatan sınırlı sorumluluk ilkesinin de kabul edilebilmesini sağlamıştır<sup>[7]</sup>. Uzun bir süre ortakların şirketin borçlarından da

[4] Bkz. EASTERBROOK, Frank H. / FISCHER, Daniel R., "Limited Liability and the Corporation", The University of Chicago Law Review, Vol. 52, 1985, ss. 89 – 117, s. 98.

[5] Teorisinin Amerikan Hukuku'nda doğduğu kabul edilmektedir, bkz. YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım, İstanbul 2000, s. 1–5.

[6] Bkz. SØRENSEN, s. 105.

[7] Bkz. BLUMBERG, Phillip. I., "Limited Liability and Corporate Groups", The Journal of Corporation Law, Vol. 11, 1986, ss. 573 – 631, s. 577; SØRENSEN, s. 104.

sorumlu olduğu kabul edildikten sonra<sup>[8]</sup>, sınırlı sorumluluk ilkesinin getirilmesine dair gösterilen temel gerekçe; bu ilkenin sermaye yatırımlarını cesaretlendiren bir takım avantajlar sağlamasıyla ekonomik verimliliğin elde edildiğine<sup>[9]</sup> dair varsayım olmuştur. Bu varsayıma göre sınırlı sorumluluk ilkesi, şirketin finansal başarısızlıklarının pay sahipleri üzerinde doğuracağı sonuçları sınırlandırarak, şirket yöneticilerini izleme ihtiyacını azaltır<sup>[10]</sup>. Böylece yatırımcı olarak birden çok şirketin paylarının alınmasını teşvik eder. Düşük izleme maliyetleri diğer yandan, daha fazla sayıda kişinin sermaye yatırımında bulunmasının da yolunu açar<sup>[11]</sup> ki bu, büyük ölçekli işletmelerin kurulması için gereklidir. Yine sınırlı sorumluluk ilkesi şirketlere daha düşük maliyetlerde sermayelerini artırma olanağı da verir. Keza sınırsız sorumluluk olsaydı, yatırımcı iflas eden bir şirketteki payı nedeniyle tüm mal varlığını kaybedebileceğinden farklı şirketlere yatırım yapmaktan kaçacağı gibi, yatırım yaptığı da daha yüksek kâr payları isteyecekti<sup>[12]</sup>.

Keza sınırlı sorumluluk, ayrı tüzel kişilik yapısının zorunlu bir unsuru olmasa da, sınırlı sorumluluğun kabulü ayrı bir (tüzel) kişiliğin oluşturulması ile mümkündür, bkz. YANLI, s. 77.

- [8] Bkz. BROWN, Nancy J., “Texas High Court Rejects Single Business Enterprise Theory”, Legal Backgrounder , Vol. 24–2, 2009, ss. 1 – 4, s. 1, [http://wlf.org/upload/1-16-09Brown\\_LegalBackgrounder.pdf](http://wlf.org/upload/1-16-09Brown_LegalBackgrounder.pdf) (Erişim Tarihi: 21.06.2018); ALTING, Carsten, “Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View”, Tulsa Journal of Comparative and International Law, Vol. 2, 1995, ss. 187–251, s. 192; BAKER, David. S. / KILLINGSWORTH, V. Scott, “An American View Through the Corporate Veil”, International Business Lawyer, Vol. 6, 1978, ss. 267 – 282, s. 268; SKINNER, s.7.
- [9] Bkz. BROWN, s. 1; SKINNER, s.7; YANLI, s. 76.
- [10] Şirket içi çıkar grupları olarak anılan ortaklar, yöneticiler ve borç verenlerin, kendi çıkarlarını gözetme eğilimleri nedeniyle meydana gelen çıkar çatışmalarının doğurduğu maliyetlerden birisi olarak izleme maliyeti hakkında ve bu konuda Türkiye bağlamında yapılan bir çalışma için bkz. SÖYLEMEZ, Caner, İşletmelerde Temsil Maliyetlerinin Test Edilmesi; Tük İmalat Sektörü Üzerine Ampirik Bir Uygulama, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007, s. 31 vd, <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewjsk8zPlevfAhVLIswKHR94CnYQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Ffacikarsiv.ankara.edu.tr%2Fbrowse%2F1764%2F2420.pdf&usq=A0vVaw3MaMYs51QZfH-Y0-Wv73S0> (Erişim Tarihi: 30.12.2018).
- [11] Bkz. KAHAN, Daniel R., “Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective”, The Georgetown Law Journal, Vol. 97, 2009, ss. 1085 – 1110, s. 1086; YANLI, s. 76.
- [12] Sınırlı sorumluluk ilkesinin bu ve diğer yararları hakkında bkz. RAMSAY, Ian M./NOAKES, David B., “Piercing the Corporate Veil in Australia”, Company and Securities Law Journal, Vol. 19, 2001, s. 5 vd (sayfa numaraları internet adresindeki metne göre verilmiştir), [https://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/](https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/)

Şu var ki sınırlı sorumluluk ilkesi aslında tek şirket ve onun nihai ortağının oluşturduğu yapılar için geliştirilmiş<sup>[13]</sup> ancak şirket topluluklarına da aynen uygulanmaya başlanmıştır<sup>[14]</sup>. Tabii bununla birlikte, sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı kabul edilen avantajların çoğunun topluluklar söz konusu olduğunda değerini kaybettiği, sınırlı sorumluluk ilkesinin ortaya çıkardığı dezavantajların ise katmerlendiği eleştirileri de yükselmeye başlamıştır. Eleştirilere göre, topluluklarda bu şekilde ortaya çıkan problemlerin temelinde sınırlı sorumluluk ilkesini haklı çıkararak argümanların genel olarak şirkete koyduğu parası dışında menfaati olmayan pasif ortaklar temel alınarak oluşturulmuş olmasına karşın, bağlı şirketleri kontrol ve yöneten hâkim şirketlerin hiç de bu tür yönetimden uzak kalan ortaklar' (*absentee shareholder / owner*) olmaması durumu vardır<sup>[15]</sup>.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı avantajların topluluklarda değerini kaybettiğine dair yapılan eleştirilerin tamamı bu çalışmanın sınırlarını aşsa da, verilen şu örnekler konu hakkında fikir sahibi olunması için yeterli olacaktır:

Öncelikle hâkim şirket çoğunlukla tek ortak olduğu için, sınırlı sorumluluk ilkesinin çok büyük işletmeler için gerekli olan payların geniş bir kesime dağıtılmasını cesaretlendiren avantajının bir önemi yoktur<sup>[16]</sup>. İkinci olarak, hâkim şirketlerin portföylerini ve risklerini, nihai ortakların yapamayacağı şekilde dağıtma yeteneği vardır. Bu nedenle topluluklarda ticaretin geliştirilmesi için de sınırlı sorumluluğun korunmasına gerek yoktur<sup>[17]</sup>. Üçüncü olarak, sınırlı sorumluluğun yokluğunda, yöneticilerin ve ortakların menfaatleri arasındaki ayrılığın ortak sıfatını taşıyan yatırımcılara vereceği zarar ancak yöneticilerin gözlemlenmesi ile sınırlanabilir. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk, şirketlerde izleme masraflarını düşürerek fayda sağlar. Oysa topluluklarda hâkim şirket hem yönetici hem ortak olduğu için, ortak ve yöneticilerin menfaatlerinin uyumlaştırılmasına veya yöneticilerin izlenmesine zaten gerek duyulmaz<sup>[18]</sup>. Yine, sınırlı sorumluluk olmasaydı, payların tedavülünde payın sahibi ortağın kişisel mali durumu da önem kazanırdı. Sınırlı sorumluluk ilkesi ise sermaye

[pdf\\_file/0008/1710089/122-Piercing\\_the\\_Corporate\\_Veil1.pdf](http://pdf_file/0008/1710089/122-Piercing_the_Corporate_Veil1.pdf) (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

- [13] Bkz. WRIGHT, Glen, "Risky Business the Case for Enterprise Analysis at the Intersection of Corporate Groups and Torts", s. 6, <http://www.glenwright.net/files/Glen%20Wright,%20Risky%20Business.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2018).
- [14] Bkz. BLUMBERG, s. 605 – 607, 608.
- [15] Bkz. WRIGHT, s. 6; BLUMBERG, s. 624.
- [16] Bkz. WRIGHT, s. 7; BLUMBERG, s. 624.
- [17] Bkz. BLUMBERG, s. 605 – 607, 608
- [18] Bkz. WRIGHT, s. 7; BLUMBERG, s. 624.

paylarının tedavülünü kolaylaştırdığı gibi, ortak bir fiyatlandırmanın yapılmasına da izin verir. Ancak paylarının tamamına sahip olunan bağlı şirketler açısından, bu paylar için bir piyasa olamayacağından sermaye piyasalarının etkinliğinin zedelenmesine dair bir endişe de olamaz<sup>[19]</sup>.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin sağladığı varsayılan avantajların topluluk bağlamında uygulandığında anlamını kaybettiğine dair getirilen eleştirilerin ötesinde daha önemli olan ise; sınırlı sorumluluk ilkesinin doğurduğu dezavantajların, şirket topluluklarında alacaklıları daha kötü bir konuma koyduğu iddiasıdır<sup>[20]</sup>. Keza sınırlı sorumluluk ilkesi, şirketleri karşı karşıya kaldıkları riskleri bağlı şirketler yoluyla dışsallaştırmak konusunda cesaretlendirdiği gibi, girişilen faaliyetlerin neden olacağı zararlara katlanılmayacağını bildiklerinden, risk üstlenme hususunda pervasızca davranmalarına da yol açmaktadır<sup>[21]</sup>. Gerçi bu tehlike tek şirket ve onun nihai ortağı için de söz konusudur. Ancak yönetici ve ortak ayrımının belirsiz hale geldiği topluluklarda bağlı şirketlerin, hâkim şirketin karşı karşıya olduğu riskleri dışsallaştırmak için kullanılması eğilimi çok daha sıktır<sup>[22]</sup>. İşte hakim şirketin, bağlı şirketi sorumluluklarından kaçmak için kullanma amacı, yetersiz sermaye ile birleştiğinde ortaya çıkan durum özellikle haksız fiil mağdurlarının yeterli miktarda ve hatta hiç tazminat alamamalarına yol açmaktadır<sup>[23]</sup>.

Sonuç olarak, özellikle şirketler tarafından işlenen haksız fiiller söz konusu olduğunda, şirkete bahşedilen sınırlı sorumluluk olanağının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kullanılan geleneksel teorilerin yetersizliği ve katılığıyla birleşmesiyle, şirket alacaklıları aleyhine ortaya çıkardığı bu hakkaniyete aykırı durum, Anglo Sakson ülkelerde sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkelerinin

[19] Bkz. WRIGHT, s. 7.

Ancak sınırlı sorumluluğun sağladığı bu avantaj, kısmen sahip olunan bağlı şirketler açısından varlığını sürdürecektir, BLUMBERG, s. 624.

[20] Bkz. LANDERST, Jonathan M., "A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 42-4, 1975, ss. 589 – 652, s. 596.

[21] Bkz. WRIGHT, s. 7; BLUMBERG, s. 624, 625.

[22] Bkz. DEARBORN, Meredith, "Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups", *California Law Review*, Vol. 97, 2009, ss. 195 – 261, s. 198.

[23] Bkz. MUCHLINSKI, Peter, "Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, 2010, ss. 915-928, s. 918.

sorgulanmasına ve alternatif çözümler getiren görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır<sup>[24]</sup>.

### III. ANGLO SAKSON HUKUKUNDA<sup>[25]</sup> TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINDA KULLANILAN GELENEKSEL ALT TEORİLER

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tek şirket ve onun tüzel kişiliği arkasına gizlenen nihai ortaklarını sorumlu tutmak için bir hakkaniyet aracı olarak, mahkeme kararları ile ortaya atılmış bir teoridir. Ancak hâkim şirketin bağlı şirketlerinden sorumluluğu gündeme geldiğinde de ilk akla gelen çare tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi.

Bu teori, Anglo Sakson uygulamasında aslında birden fazla alt teoriyi barındırır. Dolayısıyla bu teorinin ne olduğunu anlamak için öncelikle bu alt teorilerden bahsedilmesi gereklidir. Bu başlık altında ilk olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının içeriği irdelenecek, ardından bu alt teorilerden bahsedilecektir:

[24] Bu görüşlerden birisi *Hansmann and Kraakman* tarafından ileri sürülmüştür. Yazarlara göre; “deneysel bulgular, haksız fiil nedeniyle sorumlu olma riskinin giderek yükselmesiyle tazminat ödemekten kaçmak isteyen şirketlerin sınırlı sorumluluk ilkesini sömürerek, genişleyen bir oranda yeniden organizasyona gittiklerini göstermektedir. Ayrıca şirketlerin sınırlı sorumluluktan kaçmak için başvurdukları bu hileli metotlar, faaliyet gösterilen alana göre değişmektedir. Örneğin sigara ve tehlikeli atık endüstrisinde, (şirket) varlıklarını sorumluluktan kaçırmanın baskın şekil; tehlikeli faaliyetlerin ayrı (bağlı) şirketlere bırakılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa kimya ve petrol nakliyatı endüstrisinde, bunun için kullanılan öncelikli metot şirketleri dağıtma ve küçültmektir. Yine yazarlar bir çalışmada, son yirmi beş yıldır Birleşik Devletler’de tehlikeli endüstrilerin tamamında sektöre giren küçük şirket oranının büyük bir kısmında öncelikli saikin tüketici, işçi ve çevre zararlarından doğan sorumluluktan kaçma arzusu olduğunun gösterildiğini ifade etmişlerdir. Bu olgu karşısında basmakalıp analizlerin tersine, şirket ortaklarının sorumluluğu bir şirketler hukuku problemi olarak değil, haksız fiil hukuku sorumluluğu olarak görülmeli ve sınırlı sorumluluk ilkesi sadece şirketle yapılan sözleşmeler nedeniyle alacaklı olan kişiler için söz konusu olmalıdır. Haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğunda, şirket ortak veya nihai ortak (dolayısıyla şirketler topluluğu veya tek şirket) ayrımı gözetmeden, şirket ortakları şirketin neden olduğu haksız fiillerden dolayı sahip oldukları payla orantılı olarak (pro rata) sınırsız bir şekilde sorumlu tutulmalıdır.” bkz. HANSMANN, Henry / KRAAKMAN, Reinier, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, ss. 1879 – 1934, s. 1881.

Sınırlı sorumluluk ilkesi ile ilgili sürülen diğer teoriler hakkında bkz. SØRENSEN, s. 105.

[25] Çalışmada Amerika Birleşik Devletleri temel olmak üzere, İngiltere, Kanada gibi Anglo Sakson Hukuk Sistemine dahil ülkelerde konuya ilişkin gelişmeler esas alınmıştır.

### A. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kavramı

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı (*piercing the veil*)<sup>[26]</sup> geleneksel olarak nihai ortağın, sınırlı sorumluluk ilkesine rağmen alacaklı lehine şirketin borçlarından sorumlu tutulacağı durumları anlatmak için kullanılan bir kavramdır<sup>[27]</sup>. Ancak zaman içinde –ifa ettiği fonksiyon aynı kalmakla birlikte– farklı içerikleri anlatmak için kullanılır olmuştur. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının geniş ve dar olmak üzere iki kullanımından bahsedilebilir. Geniş anlamında gerek nihai (gerçek kişi) ortakların, gerek tüzel kişi / şirket ortakların, şirketin borçlarından sorumlu tutulmasını sağlayan tüm durumları anlatmak için kullanılır<sup>[28]</sup> ki yasalarda ortaklara ulaşılmasına izin veren düzenlemeler de bu kullanımın içindedir<sup>[29]</sup>. Hatta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının geniş kullanımı söz konusu olduğunda çalışmamızın asıl konusunu oluşturan tek işletme sorumluluğu teorisi de aynı kavram altında yer alır; nitekim tek işletme sorumluluğu teorisi de netice olarak ayrı tüzel kişiliklerin göz ardı edilmesini sağlar.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı dar anlamında ise tek işletme sorumluluğu teorisinin karşıt kavramı olarak kullanılmaktadır<sup>[30]</sup>. Bu çalışmada da ayrıca belirtilmediği sürece, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kavramı, tek işletme sorumluluğu teorisinin karşıtı olarak, dar anlamında kullanılmıştır.

[26] Bu kavram Amerikan Hukuku'nda ilk kez *Maurice Wormser* tarafından dile getirilmiştir, bkz. ALTING, s. 192.

[27] Bkz. KOHN, Richard S., “Alternative Methods of Piercing the Corporate Veil in Contract and Tort Cases”, *Boston University Law Review*, Vol. 48, 1968, ss. 123 – 141, s. 126; BROWN, s. 1; ORN, Philip, *Piercing the Corporate Veil – a Law and Economics Analysis*, Master Thesis, İsveç, University of Lund Faculty of Law, 2009, s. 23, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1563314&fileId=1566244> (Erişim Tarihi: 03.07.2018); ALTING, s. 190.

[28] Bkz. ARONOFSKY, David, “Piercing the Transnational Corporate Veil: Trends, Developments, and the Need for Widespread Adoption of Enterprise Analysis”, *North Carolina Journal International and Commercial Regulation*, Vol. 10–1, 1985, ss. 31–86, s. 37.

[29] Ancak bu kavram en çok tüzel kişiliğin mahkeme kararı ile göz ardı edildiği durumları anlatmak için kullanılır, bkz. ORN, s. 23. Ayrıca bkz. YANLI, s. 16 vd.

[30] Örnek olarak bkz. WRIGHT, s. 9.



## B. Geleneksel Alt Teoriler

Anglo sakson hukukunda, mahkemelerin şirket tüzel kişiliğini kaldırırken farklı alt teorilere dayandığı görülür<sup>[31]</sup>. Bunların başlıcaları şöyledir:

### 1. Temsil Teorisi (*Agency Theory*)

Temsil ilişkisi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında bir alt teori olarak kullanıldığında bağlı şirketin, hâkim şirketin temsilcisi olduğu kabul edilmektedir. Böylece bağlı şirketin eylem veya işlemlerinin, hâkim şirketin eylem ve işlemleri olduğu varsayılmakta ve hâkim şirket, bağlı şirketin borcundan sorumlu tutulmaktadır<sup>[32]</sup>. Arada böyle bir ilişkinin olup olmadığı ise temel iki unsura bakılarak tespit edilir. Bunlardan ilki; iki şirket arasında, bağlı şirketin eylem ve işlemlerinin hâkim şirketin eylem ve işlemleri olarak kabul edilmesini sağlayacak derecede bir kontrolün varlığıdır. İkincisi ise aldatma unsurunun varlığı; ayrı tüzel kişiliğin sorumluluktan kaçmak için kullanılıyor olmasıdır<sup>[33]</sup>.

Ancak bu kararlar eleştiriye de uğramaktadır. Bu eleştirilerin başında temsil kavramının geleneksel olarak; bir kişinin bir başkası adına ve hesabına işlem yapma yetkisini ifade eden bir kavram olmasından hareketle, hâkim şirketin temsil ilişkisi temelinde bağlı şirketin borcundan sorumlu tutulmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumlu tutulmasından farklı olduğu, ilk halde sorumluluğun doğrudan hâkim şirketten doğduğu hususu vardır<sup>[34]</sup>. Ayrıca şirketler tarafından işlenen haksız fiillerde bu teorinin uygulandığını gösteren bir kararın olmadığı da ifade edilmektedir<sup>[35]</sup>.

[31] Bkz. ORN, s. 23; BROWN, s. 1.

[32] Bkz. BURGESS, Richard H., “Liability of Parent Corporation for Tort of Subsidiary”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 12, 1963, ss. 177 – 184, s. 178; RAMSAY / NOAKES, s. 8; KOKAZ, C. Jocelyne, “Piercing the Corporate Veil: A Comparative Analysis”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 30–46, 1996, ss. 25 – 47, s. 36; IBARGUEN, Marcos, *The Corporate Entity and Piercing the Corporate Veil*, Master of Comparative Jurisprudence, New York University School of Law, 1994, s. 7, <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/corporate-entity-piercing-corporate-veil.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2018); ARONOFSKY, s. 41, dn. 38, 39; FENG, Xue, *Corporate Liability Towards Tort Victims in the Personal Injury Context*, Doctora Thesis, Queen Mary University of London, 2017, s. 80 vd, [https://qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/39748/Feng\\_X\\_PhD\\_final\\_290518.pdf?sequence=1](https://qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/39748/Feng_X_PhD_final_290518.pdf?sequence=1) (Erişim Tarihi: 21.06.2018).

[33] Bkz. HERSZBERG, Daniel, “Salomon v. Salomon: Have the Liquidator’s Arguments Been Buried with Time?”, *Corporate Governance eJournal*, 2017, ss. 1 – 13, s. 3; KOKAZ, s. 32.

[34] Bkz. IBARGUEN, s. 7, dn. 13.

[35] Bkz. FENG, s. 82; BURGESS, s. 178.

## 2. Araçsallık Teorisi (*Instrumentality*)

Bu teorinin uygulanması için üç unsurun varlığı aranır: İlki hâkim şirketin, uyumsuzluk konusu işlemin yapıldığı sırada bağlı şirketi, özgür iradesini yahut varlığını ortadan kaldıracak şekilde finans, politikalar ve ticari uygulamalarında kontrol ediyor olmasıdır<sup>[36]</sup>. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ise bazı kriterlerin varlığına bakılarak karar verilir<sup>[37]</sup>. Bu kriterler şunlardır: hâkim şirketin bağlı şirketin sermayesinin tamamına veya çoğuna sahip olması, ortak yönetici veya çalışanların varlığı, bağlı şirketin ciddi seviyede yeterli sermayeye sahip olmaması, bağlı şirketin hâkim şirket tarafından finanse edilmesi, bağlı şirketin masraflarının hâkim şirket tarafından karşılanması, bağlı şirketin ticari faaliyetlerinin çoğunu hâkim şirket ile yapıyor olması, bağlı şirketin varlıklarının hâkim şirket tarafından sağlanmış olması, hâkim şirketin evrağında, bağlı şirketin hâkim şirketin departmanı olarak anılması veya bağlı şirketin ticari veya finansal sorumluluğunun hâkim şirkete atfedilmesi veya hâkim şirketin eylemleri gibi muamele görmesi, bağlı şirketin mallarının hâkim şirket tarafından kendisininmiş gibi kullanılması, bağlı şirketin yöneticilerinin hâkim şirketin menfaatine davranması, ayrı defterlerin tutulması gibi bağlı şirketin tabi olduğu yasal gerekliliklerin yerine getirilmemiş olması; yani şirketin aslında yasal bir kurgudan ibaret olduğu düşünülüğünde, alacaklının yanlış algılamasına yol açacak şekilde şirketin ayrı kimliğinin yok edilmiş olması<sup>[38]</sup>. Bu kriterlerin tekinin varlığı kural olarak tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi için yeterli değilken, hepsinin olması da gerekmez<sup>[39]</sup>.

İkinci şart hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrol yetkisini hile yapmak, dürüstlük kuralına aykırı eylemler yoluyla yasal yükümlülüklerini veya alacaklının yasal haklarını ihlal etmek için kullanmış olmasıdır<sup>[40]</sup>. Öyle ki bir aldatma hali olmadan sırf bağlı şirketin, hâkim şirketin ticaretinin bir aracı

[36] Bkz. IBARGUEN, s. 9, 10; ORN, s. 24; ALTING, s. 195.

[37] Mahkemelerin genel kabülü ile yerleşik hale gelen bu kriterler ilk kez *Fredrick J. Powell* adlı bir hukukçu tarafından dile getirilmiştir, bkz. ORN, s. 24. Ayrıca bkz. ARONOFSKY, s. 38, 39, dn. 30.

[38] Öyle ki alacaklı birden fazla veya tamamen başka bir şirketle muhatap olduğunu anlamadan, tek bir şirketle ilişki kurduğu algısına düşürülür. Bu sonucu yaratan hallerden birisi de iki şirketin varlıklarının ayrılmaz bir şekilde birbirine karışmasıdır (*commingling of assets*), bkz. ALTING, s. 213 – 217; CLAUSEN, s. 56 vd – 61 vd.

[39] Bkz. ORN, s. 25; KOHN, s. 129; BURGESS, s. 180, 181; IBARGUEN, s. 9; ALTING, s. 196.

[40] Bkz. MATHESON, John H., “The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 31, 2004, ss. 411 – 450, s.420, dn. 28; ORN, s. 26; ALTING, s. 195.

olması ve bağlı şirketin hâkim şirketin doğrudan yapamayacağı şeyleri dolaylı olarak yapmak veya davalardan kaçmak için kurulmuş olması<sup>[41]</sup> tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlamaz<sup>[42]</sup>.

Üçüncü olarak hâkim şirketin kullandığı kontrol ve dürüstlüğe aykırı davranışı, zararın (Anglo Sakson Hukuku'nda hakim olan illiyet teorisine göre) uygun nedeni olmalıdır (proximate cause)<sup>[43]</sup>.

### 3. Şirketin İkinci Kişiliği Teorisi (*Alter – Ego Theory*)

Bu teori öncelikle hâkim ve bağlı şirket arasında, bağlı şirketin ayrı bir şirket olarak varlığını ortadan kaldıracak derecede, kabul edilemez bir yakın ilişkinin varlığını şart koşar. Ek olarak, ayrı tüzel kişiliklerin varlığının dürüstlüğe aykırı bir hal arz ediyor olması veya mahkemenin şirketlerin ayrı kişiliklerini göz ardı etmemesi durumunda bunun hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurması, kamu düzenini zedeleyecek olması veya birisine bir suçun sorumluluğundan kurtulma olanağı veriyor olması da gerekir<sup>[44]</sup>.

### 4. Muvazaa Hali Teorisi (*Sham / Adjunct Theory*)<sup>[45]</sup>

Bağlı şirketin sadece kağıt üzerinde kurulduğu (örneğin bağlı şirketin tüm varlığını, hâkim şirketten kiralaması ve sadece sermaye taahhüdünde bulunulup asla ödenmesinin talep edilmemesi) ve şirketin kurulmasında iyi niyetin olmadığı durumlarda, bu teori gündeme gelir. Anlaşılacağı üzere aslında ikinci bir şirket yoktur<sup>[46]</sup>.

Sonuç olarak, görüleceği üzere ayrı şirket tüzel kişiliklerinin göz ardı edilmesini sağlayan bu teorilerin ortak olan özelliği aslında aynı kriterleri kullanıyor olmasıdır<sup>[47]</sup>. Keza tüm bu alt teorilerde hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde, bağlı şirketin meselelerine normal ve olağan görülebilecek katılımının ötesinde

[41] Gerçi sırf bu durumun bir aldatma olup olmadığı tartışma konusudur.

[42] Bkz. BURGESS, s. 183.

[43] Bkz. ALTING, s. 195.

[44] Bkz. MATHESON, 2004, s.420, dn.28; ORN, s. 27; ALTING, s. 195.

[45] *Sham* sözcüğü Türkçe'de "muvazaa", "düzmece", *adjunct* kelimesi ise "tamamlayan", "ek" gibi anlamlara gelmektedir, bkz. <http://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/sham> (Erişim Tarihi: 16.10.2018). Bu nedenle, teorinin Türkçe'de muvazaa hali teorisi olarak adlandırılabilirliğini düşündük.

[46] Bkz. BURGESS, s. 181; RAMSAY / NOAKES, s. 12 vd.

[47] Bkz. ORN, s. 27; ALTING, s. 196.

bir kontrolünün varlığı<sup>[48]</sup> ve ayrı tüzel kişiliğin alacaklıyı aldatmak için kullanılıyor olması aranmaktadır<sup>[49]</sup>.

#### IV. TEK İŞLETME SORUMLULUĞU TEORİSİ (SINGLE ENTERPRISE LIABILITY THEORY)

##### A. Genel Olarak

Giderek taraftar toplayan tek işletme sorumluluğu teorisinde, topluluğun tek bir ünite bir başka ifade ile tek bir işletme (*single enterprise*) olduğu kabul edilerek, topluluktaki şirketlerin sahip olduğu ayrı tüzel kişilikler görmezden gelinmektedir.<sup>[50]</sup> Böylece hâkim şirketin, bağlı şirketin eylemlerinden sorumlu olması sağlanır<sup>[51]</sup>. Nasıl ki şirketler, iç işleyişlerinde çoğu kez topluluğu oluşturan şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerini göz ardı ederler, tek işletme sorumluluğu teorisi de işte modern ticaretin bu ekonomik realitesini yansıtır ve böylelikle toplulukların iç işleyişlerine uyum sağlar<sup>[52]</sup>. Keza tek işletme sorumluluğu teorisinde sorumluluğun doğup doğmadına ilişkin analiz; toplulukta yer alan şirketlerin, birbirine entegre ve koordine olmuş faaliyetler yoluyla bir bütün olarak, topluluğun ekonomik refahını gerçekleştirme amacını taşıdıkları düşüncesine dayanır<sup>[53]</sup>.

[48] Bu kontrol yetkisinin şekli ve kaynağı önemli değildir. Kontrol; manipülasyon, bağlı şirketin haklarının hâkim şirket lehine ihlali ile ortaya çıkan hâkimiyet, (fili) etki veya bağlı şirketin mal varlığı üzerindeki hakların kullanımı vb yoluyla ortaya çıkmış olabilir, bkz. BURGESS, s. 182.

[49] Bkz. BURGESS, s. 177, 178 – 183; ALTING, s. 196; ARONOFSKY, s. 38 vd; GROSSWALD CURRAN, Vivian, “Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations”, Chicago Journal of International Law, Vol. 17- 2, 2016, ss. 403 – 446, s. 426.

[50] Bkz. DE JONGE, Alice de / TOMASIC, Roman (Editors), Research Handbook on Transnational Corporations, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom 2017, s. 17; GROSSWALD CURRAN, s. 425; WRIGHT, s. 4.

[51] Bkz. DE JONGE / TOMASIC, s. 17; WRIGHT, s. 8; DEARBORN, s. 210.

[52] Bkz. WRIGHT, s. 10; ARONOFSKY, s. 44.

[53] Bkz. ARONOFSKY, s. 44; RAMSAY / NOAKES, s. 14.

## B. Ortaya Çıkışı

Bu teorinin Amerika Birleşik Devletleri'nde, ilk kez *Adolf A. Berle, Jr.* tarafından *The Theory of Enterprise Entity*<sup>[54]</sup> adlı makalesinde ileri sürüldüğü kabul edilmektedir<sup>[55]</sup>. Makalede, teori açısından öne çıkan hususlar şöyle özetlenebilir:

“Klasik olarak bir şirket, hâkim bir gücün yaratması ile varlık kazanır. Ticari işletmelerin ölçekleri büyüdükçe, alt bölümler oluşturulmaya başlanır ve bütünleşmiş tek bir ekonomik işletme oluşturan bir şirketler grubuna doğru evrilirler. Büyük ölçekli tek bir işletme çoğu kez tek bir şirket tarafından değil, tersine farklı sektörlerde çeşitli nedenlerle ayrı ayrı şirketleşmeye gitmiş, merkezi bir holding şirket tarafından kontrol edilen şirketler grubu tarafından yönetilir. Bazı durumlarda(yasa), bir işletmenin departmanları birbirinden ayrı olarak şirketleştirilir ve ayrı yasal birimler olarak faaliyette bulunur<sup>[56]</sup>.”

(Diğer taraftan), bugünün modern şirket yasalarının, herhangi üç kişinin bir araya gelmesi ile şirket kurulmasını sağlayan yapısı, orijinal şirket kavramını yansıtmaktan uzaktır<sup>[57]</sup>. Şirket tüzel kişiliğine ilişkin doktrin; hâkim bir güç tarafından, bir işletmeyle bağlantısı olan tanımlanabilir bir gruba, kişiliğe ilişkin belli başlı niteliklerin bahsedilmesi fikri üzerine kurulmuştur. (Bu bakımdan) tüzel kişilik kavramı, projenin bir müteşebbisi olsun diye tasarlanmıştır. (Bu nedenle) tek bir işletme ünitesi içinde ayrı tüzel kişilik çokluğunun olması, muhtemelen eski şirket hukukunda mümkün olmayacaktı. Şirket teorisiyle (corporate theory), altta yatan ekonomik gerçeklerin farklılaşması, tüzel kişilik teorisinde (artificial personality) farklı problemlerin doğmasına yol açmıştır ve sonuç olarak daha ileri kurgular tarafından kapsamının genişletilmesi, görmezden gelinmesi veya bazen de desteklenmesi gerekmiştir”.

Klasik teorilerin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini söyleyen Yazarın önerisi ise işletme (tüzel) kişiliği teorisidir (*enterprise entity*). Bu teorinin özü ise şöyledir: “Genel olarak şirket tüzel kişiliği olarak bilinen kişilik (*entity*), varlığını altta yatan işletme gerçekliğinden alır ki devletin şirket formunu kabul etmesi ilk

[54] Bkz. BERLE, Adolf A., “The Theory of Enterprise Entity”, *Columbia Law Review*, Vol. 47-3, 1947, ss. 343 – 358.

[55] Bkz. IBARGUEN, s. 15.

[56] Yazar bu duruma örnek olarak hepsi telefon üretimi sektöründe çalışan üç şirket arasındaki ilişkiyi örnek verir: İlk iki şirket *American Telephone and Telegraph Co.* ve *Western Electric Corporation*, üçüncü şirketin (*Bell Telephone Laboratories, Inc.*) yarı yarıya hissesine sahipken, aynı zamanda telefon üretimi konusunda asıl ticareti gerçekleştiren şirket (*American Telephone and Telegraph Company*), ikinci şirketin de hisselerine sahiptir, bkz. BERLE, s. 343, dn. 3.

[57] Bkz. BERLE, s. 343, 344.

*bakışta şirketin faaliyet, sorumluluk ve varlıklarının, işletmenin faaliyet, sorumluluk ve varlığı olduğuna dair bir algı yaratır. Ancak bu her zaman böyle değildir. Dolayısıyla şirket kişiliğinde (corporate entity) eksiklik olduğunda veya bir şekilde bir sorun çıktığında, şirketin varlığına, kapsamına ve sonuçlarına altta yatan işletmenin fiili varlığı, kapsamı ve faaliyetlerine bakılarak karar verilmelidir”.*

Yazara göre; “şirket evrağının altında her zaman bir işletme vardır ki ilk bakışta şirket defterleri ve belgeleri bu işletmeyi gösterir ve tarif eder. Ancak bu her zaman böyle olmayabilir. Dolayısıyla işletme gerçeklerinin şirket gerçeklerine uyumlu olup olmadığı her zaman sorgulanabilir bir durumdur. Eğer bu ikisi birbirine uyumlu değilse, mahkeme işletme gerçeğinin güncelliği üzerinde ısrar etmeli ve gerçeğe uyan bir çareyi empoze edebilmelidir”<sup>[58]</sup>. Bir başka ifade ile Yazara göre; “şirket tüzel kişiliğine karşı her ne zaman meydan okunursa, temel kural mahkemenin alttaki işletmeye bakması ve sonucu işletmenin yapısına göre belirlemesi olmalıdır<sup>[59]</sup>. Eğer şirketin faaliyetleri, defter ve belgeleri alttaki işletmeyi yansıtmıyor, onu kapsamıyorsa, mahkeme ekonomik gerçekliğe dayanarak, (fiili) işletmeyi yeniden inşa etmeli; ona bir kişilik vermelidir<sup>[60]</sup>. Bu şekilde gerçek kişilik inşa edilirken, mahkeme şirket defter ve belgelerindeki (işletmenin bir parçası olarak sadece o şirkete ait) sorumluluğu da ekonomik bütünlüğe yüklemelidir”<sup>[61]</sup>.

Özetle *Berle* hâkim – bağlı şirketle ilgili sorumluluk problemlerinin, hukuk tarafından yaratılmış suni şirket yapılarından ziyade, ticari veya ekonomik işletme kavramı ile çözülmesi önerisini getirmiştir<sup>[62]</sup>. Nitekim ekonomik gerçeklikle, bir hâkim şirket tarafından bir arada tutulmakla birlikte birbirinden ayrı (şirket) tüzel kişiliklere ayrılmış ticaret organizasyonunun yasal görünümü arasında çelişki vardır.

[58] Bkz. BERLE, s. 353, 354. Ayrıca bkz. BURGESS, s. 184.

[59] Bkz. BERLE, s. 354.

[60] Bu yönde bkz. SEVEN, Vural / GÖKSOY Y. Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80–6, 2006, ss. 2455 – 2470, s. 2466.

[61] Yazar, *Berle*'nin tek işletme sorumluluğu teorisinin kaynağını oluşturan bu makalesinde aslında sınırlı sorumluluk ilkesine karşı olmadığını, daha ziyade yirminci yüzyılın şirket yapısının, sorumluluktan kaçmak amacıyla aynı ticaret kolunda aynı kişi veya kişi grubu tarafından kontrol edilen birden fazla bağlı şirketin kurulmasına yol açan karakteristik özelliği üzerinde yoğunlaştığını ifade etmektedir, bkz. IBARGUEN, s. 16.

[62] Bu yönde bkz. BURGESS, s. 184.

### C. Tek İşletme Sorumluluğu Teorisinin Kabulü İçin İleri Sürülen Argümanlar

Aslında tek işletme sorumluluğu teorisinin temelinde, ayrı tüzel kişiliklere sahip şirketlerden oluşan toplulukların, bu şirketlerin hukuki varlıklarını üzerine inşa ettikleri ekonomik gerçekliğe uygun bir muameleye tabi tutulması düşüncesi vardır. Bu bakımdan, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel alt teorilere kıyasla daha adil olduğu savunulmaktadır.

Nitekim tek işletme sorumluluğu teorisini savunanların temel argümanlarından birisi; tek şirket ve onun nihai ortağı dikkate alınarak oluşturulmuş ancak topluluk ilişkisinin arz ettiği farklı normatif ve ekonomik gerçeklikleri göz ardı eden (tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan) geleneksel alt teorilerin, sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler topluluğu söz konusu olduğunda daha da ağırlaşan dezavantajlarını ortadan kaldırmakta yetersiz<sup>[63]</sup> kaldığıdır.<sup>[64]</sup> Bu konudaki eleştiriler ise en çok uluslararası şirketlerin, kârı kadar belki kârından çok daha fazla zarar vermesi muhtemel yüksek riskli faaliyetlerini aktardıkları, çoğunlukla gelişmemiş veya gelişmekte olan ülkelerde bulunan bağlı şirketlerinin neden olduğu çevre felaketleri veya insan hakları ihlalleri üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, sınırlı sorumluluk ilkesi şirket faaliyetlerinden doğacak zarar riskini ortadan kaldırmaz. Sadece ortağın sırtından alıp, alacaklının sırtına yükler<sup>[65]</sup>. Dahası sınırlı sorumluluk ilkesi, ortaya çıkacak maliyeti özellikle haksız fiil mağduruna dolayısıyla kamuya mal ederek, şirketleri daha

[63] Bkz. HERSZBERG, s. 5; DEARBORN, s. 208, 209.

Bu duruma şu örnek verilebilir:

“Dava trafik kazası mağduru alacaklının tazminat talebine ilişkindir. Kazaya neden olan taksinin ait olduğu *Sean Cab* Şirketi ve diğer on taksi şirketinin tek bir ortağı vardır. Bu kişinin sahip olduğu on şirketin her birisinin sadece iki taksisi vardır ve şirketlerin yaptırması gereken zorunlu sorumluluk sigortası asgari miktarlarda yaptırılmıştır. Dolayısıyla kazaya neden olan şirketin yeterli mali gücü olmadığından, mağdur alacaklı şirketlerin birbirinden bağımsız gibi görünse de, aslında tek bir işletme olarak faaliyette buldukları iddiasıyla tek işletme sorumluluğu teorisine göre tek ortak olan gerçek kişi ve diğer dokuz şirketten tazminat ister. Ancak bu talep davacının yeterli bir dava sebebi ortaya koymadığı belirtilerek reddedilmiştir. Bununla birlikte, bu karar adalete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilen kararlardan birisidir, bkz. KAHAN, s. 1101, 1102.

Karar metni için bkz. “Walkovsky v. Carlton”, Court of Appeals of New York (18 NY2d 414 (1966)), [https://www.nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky\\_carlton.htm](https://www.nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky_carlton.htm) (Erişim Tarihi: 18.06.2018).

[64] Bkz. DEARBORN, s. 205–209; GROSSWALD CURRAN, s. 409.

[65] Bkz. EASTERBROOK / FISCHER, s. 98.

büyük ve sosyal açıdan daha zarar verici riskleri almaya teşvik eder<sup>[66]</sup>. Bu durum, toplulukların alacaklı aleyhine yapısı<sup>[67]</sup> ile birleşerek daha haksız sonuçların doğmasına da yol açar.

Sınırlı sorumluluk ilkesi ortakları, şirketin hem sözleşmeden hem haksız fiilden doğan borçlarından sorumlu olmaktan kurtardığı için<sup>[68]</sup>, yarattığı bu dezavantaj aslında her türlü alacaklı için geçerlidir. Ancak şirketten bir sözleşme nedeniyle alacaklı olanlar (*contract / voluntary creditor*) ile şirketin işlediği haksız fiil nedeniyle alacaklı hale gelmiş kişiler (*tort / involuntary creditor*) arasında önemli bir fark vardır. Çünkü ilk gruba giren alacaklılar şirketin sınırlı sorumlu olduğunu öngörüp, şirketin finansal durumunu araştırarak kendi rızaları ile şirketle ilişkiye girdikleri gibi, örneğin teminat sözleşmeleri yoluyla kendilerini güvene alma olanağına da sahiptirler<sup>[69]</sup>. Oysa haksız fiile maruz kalan kişilerin böyle bir seçim hakkı yoktur<sup>[70]</sup>. Dolayısıyla sınırlı sorumluluk ilkesi haksız fiil nedeniyle alacaklı olan kişiler için daha fazla aleyhte sonuçlar doğurur<sup>[71]</sup>.

Gerçi iki tür alacaklı arasında ayırım yapılması tek işletme sorumluluğu teorisinin sunduğu bir yenilik olmayıp, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilerde öteden beri dikkate alınan bir husustur<sup>[72]</sup>.

[66] Bkz. DEARBORN, s. 205, 206; EASTERBROOK / FISCHER, s. 107.

[67] Keza topluluklarda bağlı şirketler, tek şirketlere göre en büyük kaygısı toplamda elde edilecek kâr olan hâkim şirketin talimatlarına çok daha fazla bağlıdır. İkincisi, topluluklarda diğer şirketten fon aktarımının kolaylığı, gerçekleştirilecek faaliyetler ve zararları karşılayacak yeterli miktarda sermayeye sahip olmanın önemini düşürmektedir. Üçüncüsü topluluklarda şirket varlıklarının karışması (*commingling assets*) tehlikesi, tek şirket ve onun nihai ortağında olduğundan daha yüksektir. Son olarak, topluluklarda ekonomik uygulanabilirlik (*economic viability*) diğer şirkete bağlı olduğundan, bağlı şirket normalde tek bir şirketten beklenilecek türden bağımsız kâr getirici aktiviteleri gerçekleştirme yeteneğinden de yoksundur, bkz. LANDERST, s. 596, 597.

[68] Bkz. KOHN, s. 124, 125; RAMSAY / NOAKES, s. 5.

[69] Bkz. PLEASANT, Daniel B., "Using the Single-Enterprise Doctrine to Hold Sister Corporations Liable", *Plaintiff Magazine*, 2013, ss. 1–3, s. 3, [https://www.plaintiffmagazine.com/images/issues/2013/08-august/reprints/Pleasant\\_Using-the-Single-Enterprise-Docctrine-to-hold-sister-corporations-liable\\_Plaintiff-magazine.pdf](https://www.plaintiffmagazine.com/images/issues/2013/08-august/reprints/Pleasant_Using-the-Single-Enterprise-Docctrine-to-hold-sister-corporations-liable_Plaintiff-magazine.pdf) (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

[70] Bkz. MONTANO, Marilyn, "The Single Business Enterprise Theory in Texas: A Singularly Bad Idea?", *Baylor Law Review*, Vol. 55, 2003, ss. 1163 – 1201, s. 1168; ALTING, s. 204.

[71] Bkz. KAHAN, s. 1102.

[72] Öyle ki sözleşme nedeniyle alacaklı olan kişiler söz konusu olduğunda, bu riski kendi iradeleriyle üstlendikleri gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin tümden reddi yerine, somut olayın özelliğine göre karar verilmesinin gerektiği belirtilen yargı kararları olduğu gibi,



Buna rağmen, geleneksel teorilerin bu tür eleştirilere uğramasının temelinde; uygulamadaki belirsizlik ve tutarsızlıkların yanı sıra, mahkemelerin ayrılık ilkesi lehine gösterdikleri sertlik nedeniyle, bu ilkenin özellikle haksız fiil mağdurları aleyhine yarattığı dengesizliği çözemediği itirazı vardır<sup>[73]</sup>. Bu yönden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel alt teoriler yerine, tek işletme sorumluluğu teorisinin savunulmasının temel nedeni; aslında tek işletme sorumluluğu teorisinin, diğerlerine göre daha ‘yumuşak’ bir teori olması, dolayısıyla hâkim şirketin sorumlu olma ihtimalini artırıyor olmasıdır<sup>[74]</sup>. İşte bu sebeple, operasyonel / ekonomik gerçekliği daha iyi yansıtan tek işletme sorumluluğu teorisinin, özellikle sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkeleri nedeniyle haksız fiilden doğan zarara katlanmak zorunda kalan mağdurlar için daha adil olduğu savunulmaktadır<sup>[75]</sup>. Nitekim tek işletme sorumluluğu teorisini doğrudan uygulamayı reddeden mahkemelerin, haksız fiil alacaklıları lehine hakkaniyeti sağlamak amacıyla tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin unsurları kullanarak, geleneksel alt teorilerde esneklik yaptığı ve böylece tek işletme sorumluluğu teorisine yaklaştığı da görülmektedir<sup>[76]</sup>.

doktrinde de bankalar gibi faaliyette buldukları ticaret alanındaki uygulamaları bilmeleri konusunda daha yüksek beklentinin olduğu alacaklılar ile işçiler, tüketiciler veya küçük ölçekli işletmeler gibi ticari tecrübesi olmayan ve / veya yeterli pazarlık gücü olmayan sözleşme alacaklıları arasında ayırım yaparak, ikinci grupta yer alanlara haksız fiil alacaklıları gibi muamele edilmesi önerisini getiren yazarlar da vardır, bkz. ALTING, s. 205, 206 – 233.

[73] Bkz. GROSSWALD CURRAN, s. 409.

Nitekim yabancı doktrinde, mahkemelerin sözleşme nedeniyle alacaklı olanlara karşı, haksız fiil alacaklıları lehine şirket tüzel kişiliğini ne sıklıkta göz ardı ettiğine ilişkin bir tartışma sürmektedir. Azınlıkta olduğu anlaşılan görüş, mahkemelerin haksız fiil alacaklıları söz konusu olduğunda şirket tüzel kişiliğini daha sık göz ardı ettiğini iddia eder. Örnek olarak bkz. ALTING, s. 205, 206 – 233. Fakat çoğunluk, istatistiki araştırmaların haksız fiil söz konusu olduğunda mahkemelerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına daha nadir karar verdiği gibi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini şirketler topluluğu söz konusu olduğunda hakim şirkete karşı, nihai ortaklara göre daha nadiren, yetersiz ve rasyonel olmayan bir şekilde uyguladıklarını gösterdiğini iddia etmektedir, bu hususta bkz. RAMSAY / NOAKES, s. 39; THOMSON, Robert B., “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, Cornell Law Review, Vol. 76, 1991, ss. 1036 – 1074, s. 1056 – 1058; KOKAZ, s. 32.

[74] Bu konuda bğl. krz. aşa. IV, F.

[75] Bkz. WRIGHT, s. 10; MATHESON, 2004, s. 420.

[76] Bkz. DEARBORN, s. 234.

Bu duruma verilecek örneklerden birisi şöyledir: Davaya dâhil olan ilk şirket *Jon-T Chemicals* gübre ve kimya sektöründe kurulmuş bir şirkettir. Devam eden yıllarda *Jon-T Farms* adında tarım ve arazi kiralama işiyle iştigal etmek üzere, sermayesinin tamamı *Jon-T Chemicals*'a ait olan ikinci bir bağlı şirket kurulur.

Her iki şirkette yönetici ve çalışanlar, yönetim kurulu başkanları ortak olduğu gibi, ofis, muhasebeci ve bilgisayarlar da ortak olarak kullanılmakta, *Jon-T Chemicals, Jon-T Farms*'ın sürekli işçilerinin maaşlarını ödemekte ve masraflarını karşılamaktadır. 1972 ve 1973 yılında, pamuk üretimi için bu iki şirketin yönetici, memur ve işçilerinin de dâhil edildiği iki *joint venture* kurulur ve bu girişim adına tarım desteklerinden yararlanmak için hileli başvuru yapılır. Ceza davasının dışında, hükümet ayrıca tazminat davası açar. Bölge mahkemesinin kararından önce *Jon-T Farms* iflas eder. Bu nedenle tazminat talebi hâkim şirket sıfatıyla *Jon-T Chemicals*'a yöneltilir.

Bölge mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan alt teorilerden birisi olan şirketin ikinci kişiliği teorisini (*alter ego theory*) kullanarak *Jon-T Chemicals* Şirketi'nin, *Jon-T Farms* Şirketi üzerinde toptan bir kontrol yetkisinin ve baskınlığının olduğunu, dolayısıyla *Jon-T Farms* Şirketi'nin, *Jon-T Chemicals* Şirketi'nin ikinci kişiliği olduğuna karar verir ve *Jon-T Chemicals*'ı tazminata mahkum eder.

Karar temyiz edilir. *Jon-T Chemical* bu teorinin ilk unsuru olan kontrol ve baskınlık unsurunun varlığını reddetmemiş, ancak tüzel kişilik perdesinin göz ardı edilmesi için bir aldatmanın olması gerektiği itirazında bulunmuştur. *Jon-T Chemical*'a göre; kasıtlı olarak üçüncü kişi alacaklıları yanlış yönlendirmediğçe, ayrı tüzel kişiliği aldatma amacı için kullanmadıkça veya bağlı şirketin varlıklarını sömürmedikçe, bağlı şirketinin tüzel kişiliği arkasında saklanmaya hakkı vardır. *Jon-T Chemical* ayrıca bağlı şirketi *Jon-T Farms*'ın vergi avantajı sağlamak gibi meşru bir amaç için kurduğunu da iddia etmiştir. Mahkeme ise aslında tek işletme sorumluluğu teorisine yaklaşarak, aldatmanın sözleşmeden doğan alacaklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için temel bir şart olduğunu, ancak haksız fiil söz konusu olduğunda özellikle bağlı şirket yetersiz sermayeye sahipse, aldatma şartının gerekli olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu ayırımın nedeni sözleşmeden doğan alacaklarda, alacaklının kendi iradesiyle gönüllü olarak bağlı şirketle hukuki ilişki kurması ve bu tür alacaklıların, bağlı şirketin borçlarından dolayı hâkim şirketin sorumlu olmasını istemeleri halinde, bunun için sözleşme yapabilecek olmalarıdır. Dolayısıyla bağlı şirket mali durumu hakkında alacaklıyı yanlış yönlendirmediğçe, bağlı şirketle işlem yapmaya ilişkin kararıyla bağlı olacak, sonradan bağlı şirketten alacağını alamaktan şikâyet etme hakkı olmayacaktır.

Oysa haksız fiillerde, alacaklı bağlı şirketle ilişkiye girmeyi gönüllü olarak seçmez, buna zorlanır. Bu yüzden, alacaklının bağlı şirketin yanlış yönlendirmelerine göre hareket edip etmediği meselesi haksız fiillerde önemli değildir. Bir şirketin yetersiz sermaye ile bağlı bir şirket kurup, onu kendisinin uzantısı olacak şekilde domine ediyor olduğu bir durumda, hâkim şirket bağlı şirketin masum üçüncü kişilere karşı işlediği haksız fiillerden doğacak tazminat sorumluluğundan kaçmamalıdır.

Mahkeme hükümetin bu şirketlerle gönüllü olarak ilişkiye girmediği, çünkü ilan edilen şartları taşıdığı varsayılan herkese bu desteği vermek zorunda olduğunu, bu nedenle hükümet ile tarım teşvik programına sahte bilgilerle başvuran şirketler arasında sözleşmeden ziyade haksız fiilden doğan bir ilişki olduğuna karar vermiştir, bkz. "United States of America v. Jon-t Chemicals, Inc., and Lewis M. Overton, Jr., Receiverfor Jon-t Chemicals, Inc.", United States Court of Appeals for the Fifth Circuit (768 F.2d 686 (1985)), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/768/686/407913/> (Erişim Tarihi: 09.06.2018).

İkinci kişilik teorisi için bğl. krz. yuk. III, B, 3.

Yine, tek işletme sorumluluğu teorisini savunanların bu teori lehine dile getirdiği bir başka argüman da bu tür bir sorumluluğun getirilmesi halinde, bunun şirketleri topluluk merkezindeki karar alma süreçlerini haksız fiil işlenmesini önleyecek şekilde ıslah etmeleri hususunda teşvik edeceği, böylece yüksek mahkeme masrafları kadar, neticede ekonomik kayıplara yol açacak şirket itibarının zedelenmesinin de önüne geçileceğidir<sup>[77]</sup>. Son olarak, tek işletme sorumluluğu teorisinin şirket topluluklarını bütünsel olarak sorumlu tutması, birbirine geçmiş bir ticaret ağında faaliyet gösteren, bu nedenle hangi şirketin sorumlu olduğunun belirlenmesinin olanaksız veya çok zor olduğu durumlarda da alacaklının çaresi olabilecektir<sup>[78]</sup>.

#### D. Tek İşletme Sorumluluğu Teorisinde Sorumluluğun Dayandırıldığı Gereçekler

Yukarıda ifade edildiği gibi, tek işletme sorumluluğu teorisinde ekonomik olarak bir bütünlük arz ettiği yani aslında tek bir işletme olduğu kabul edilerek başta hakim şirket olmak üzere topluluktaki bir şirketin, diğer şirketin eylem veya işlemlerinden sorumlu tutulması sağlanır. İşte bu şekilde bir şirkete, diğer bir şirketin eylem veya işlemlerinden dolayı sorumluluk yüklenirken, farklı gerekçelere (*justifications*) dayanıldığı görülmektedir:

Bunlardan ilki ve en çok dillendirilene her nimetin bir külfetinin olması gerektiğine ilişkin hakkaniyet ilkesidir<sup>[79]</sup>. Buna göre tek bir işletme olarak görülebilen bir toplulukta, bir şirket netice itibarıyla işletmenin tamamı için en iyi olan ekonomik ve ticari sonuç için kullanılıyorsa<sup>[80]</sup>, bu şirketin faaliyetlerinden doğacak borçlarından da tüm işletme sorumlu olmalıdır<sup>[81]</sup>. Bu gerekçe özellikle hâkim şirketin, bağlı şirketin haksız fiillerinden sorumluluğu

---

Tek işletme sorumluluğu teorisinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel alt teorilerden farkları için bğl. krz. aşa. IV, F.

[77] Bkz. DEARBORN, s. 255.

[78] Bkz. SKINNER, s.6.

[79] Bkz. MORGAN, Phillip, “Vicarious Liability for Group Companies: the Final Frontier of Vicarious Liability?”, *Journal of Professional Negligence*, Vol. 31–4, 2015, ss. 276 – 299, s. 290.

[80] Ayrıca sorumluluğun doğumu açısından, diğer şirketteki pay sahipliğinden elde edilen kâr payı gibi doğrudan ve diğer şirketin markasının değerinden yararlanmak gibi dolaylı kazançlar arasında fark da gözlemlenmez; bir grup şirketin, tek bir işletme oldukları olgusundan yararlanarak elde ettikleri tüm menfaatler bu sorumluluğu doğurur, bkz. WRIGHT, s. 18; DEARBORN, s. 200, dn. 37.

[81] Bkz. CLAUSEN, s. 54; DEARBORN, s. 200 – 210, 211.

için kullanılır<sup>[82]</sup>. Bu durumda hâkim şirketin, bağlı şirketten sorumluluğu aslında şirket topluluklarındaki sorumluluk meselesinden çok daha geniş bir uygulama alanına<sup>[83]</sup> sahip olan ‘işletme sorumluluğu’na<sup>[84]</sup> (*enterprise liability*) dayandırılmaktadır<sup>[85]</sup>.

Ancak, tek işletme sorumluluğu teorisinin bir versiyonunu, tek ticari işletme teorisi (*the single business enterprise theory*) adı altında ve hem haksız fiil hem sözleşmeden doğan sorumluluğu içinde alacak şekilde uygulayan Amerikan Mahkemeleri’nden bazılarının, hâkim şirketin bağlı şirketin eylemlerinden sorumluluğunu, adi ortaklıkta ortakların sorumluluğuna kıyasen hakkaniyet temeline dayandırdıkları da görülmektedir<sup>[86]</sup>.

## E. İşletme Kavramı ve Şirketler Topluluğunun ‘Tek Bir İşletme’ Olup Olmadığının Tespitinde Kullanılan Kriterler

### 1. İşletme Kavramı

Tek işletme sorumluluğu teorisini savunan doktrinel çalışmalar incelendiğinde, yazarların bu teori bağlamında işletme kavramı için hep aynı tanımı verdiği görülür. Buna göre tek işletme sorumluluğu teorisi bağlamında işletme kavramı; (hukuken ayrı tüzel kişiliklere sahip) birden fazla şirketin oluşturduğu birleşik ekonomik gruba işaret etmektedir<sup>[87]</sup>.

[82] Bkz. DEARBORN, s. 198, 199; SØRENSEN, s. 102.

[83] Örneğin tehlike ve ürün sorumlulukları da işletme sorumluluğunun birer görünümüdür, bkz. KLEMMER, Howard C., “The Enterprise Liability Theory of Torts, University of Colorado Law Review, Vol. 47, 1976, ss. 153 – 232, s. 153.

[84] Bilindiği üzere işletme sorumluluğunun temelinde, faaliyetleri ile toplumda bir takım riskler yaratan işletme veya faaliyetin, bu risklerin gerçekleşmesi ile ortaya çıkacak zararı da yüklenmesini öneren adalet ilkesi vardır, bkz. KLEMMER, s. 158; MORGAN, s. 290.

[85] Bkz. MORGAN, s. 290; DEARBORN, s. 200.

[86] “*Tek ticari işletme teorisi, şirketler ortak bir ticari amacı gerçekleştirmek için kaynak ve faaliyetlerini birleştirdikleri zaman, (adi) ortaklığa ilişkin sorumluluk ilkelerine kıyasen uygulanan bir hakkaniyet teorisidir.*”, bkz. “North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas, Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

[87] Bkz. DEARBORN, s. 200, dn. 38; BELENZON, Sharon / LEE, Honggi / PATACCONI, Andrea, “Towards a Legal Theory of the Firm: the Effects of Enterprise Liability on Asset Partitioning, Decentralization and Corporate Group Growth”, National Bureau of Economic Research Working Paper 24720, 2018, s. 3, dn. 6, <http://www.nber.org/papers/w24720.pdf> (Erişim Tarihi: 01.08.2018); MORGAN, s. 290; SEVEN / GÖKSOY, s. 2465.

## 2. Şirketler Topluluğunun ‘Tek Bir İşletme’ Olup Olmadığının Tespitinde Kullanılan Kriterler<sup>[88]</sup>

### a. Kontrol Kriteri (*Control-based Enterprise Liability*)

Bu teori bağlamında sorumluluğun doğabilmesi için şirketler topluluğunun aslında tek bir işletme oluşturduğunun tespit edilebilmesi gerekir. Bu tespit yapılırken kullanılan ilk kriter ise hâkim şirketin, bağlı şirketin eylem / işlemlerini kontrol edip etmediği hususudur<sup>[89]</sup>.

Sorumluluğun doğması için, ister oy çokluğu, ister bir sözleşme veya başka bir yolla olsun hâkim şirketin, bağlı şirketi kontrol etmesi / hâkimiyeti altına alması aranan her durumda, işletmenin varlığının kontrol kriterine göre belirlendiği kabul edilir<sup>[90]</sup>. Bununla birlikte kontrol olgusunun varlığı en çok bağlı şirkette sahip olunan oy yüzdesine bakılarak tespit edilir<sup>[91]</sup>. Bu açıdan kontrol kriteri basit ve tespiti kolay bir kriter olmakla birlikte, esasa inmeyen şekilci ve kolayca manipüle edilebilecek bir kriter olduğu gerekçesiyle de eleştirilir<sup>[92]</sup>.

Kontrol kriterine dayalı işletme sorumluluğuna örnek olarak ise Almanya’daki konzern hukuku gösterilmektedir<sup>[93]</sup>. Ayrıca Almanya’nın yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri’nde de tek işletme sorumluluğu teorisini yansıttığı kabul edilen yasa ve mahkeme kararlarında daha çok kontrol kriterine dayanıldığı ifade edilmektedir<sup>[94]</sup>.

Bir önceki paragraftan da anlaşılacağı üzere, kontrol kriteri bizzat tek işletme sorumluluğu teorisini savunan yazarlardan çokça eleştiri alan bir kriterdir.

---

Bu açıdan konuyla ilgili çalışmalarda “*enterprise*” (işletme) kavramının, şirketin ayrı tüzel kişiliğe sahip tek ve yasal görünümünü ifade için kullanılan “*entity*” kavramının karşısı olarak kullanıldığı söylenmelidir, bkz. DEARBORN, s. 200, dn. 38. Ayrıca bkz. MORGAN, s. 290.

İşletme sorumluluğu (enterprise liability) kavramı ise farklıdır, bkz. MORGAN, s. 290. Ayrıca bğl. krz. yuk 83 ve 84. dn.

[88] Bu başlık altında açıklanmaya çalışılan kriterler ile Türk Doktrini’nde topluluk statüsünün tayininde kullanılan kontrol ve tek elden yönetim ilkelerinin karşılaştırması için aşağıda bğl krz. V, C, 1, a, 226. dn.

[89] Bkz. DEARBORN, s. 246.

[90] Bkz. DEARBORN, s. 225 – 246.

[91] Bkz. RAMSAY / NOAKES, s. 15.

[92] Bkz. WRIGHT, s. 17; SØRENSEN, s. 103.

[93] Daha fazla bilgi ve eleştiriler için bkz. DEARBORN, s. 215 vd–223 vd – 246; WRIGHT, s. 17.

[94] Bkz. DEARBORN, s. 234–246.

Öncelikle kontrol kavramının kendisinin ne anlama geldiği konusunda yeterli açıklık olmadığı eleştirisi yapılmaktadır<sup>[95]</sup>. Bu kriterin esnek olmayan, şekilci bir kriter olması nedeniyle adalet ve hakkaniyetin sıradan standartlarını daha ancak yüzeysel olarak karşıladığı da getirilen başka bir eleştiridir. Keza bu kriter kapsamında hâkim şirket, sahip olduğu kontrol yetkisi nedeniyle bağlı şirketin bir takım davranışları için sorumlu tutulur. Ancak bu ahlaki bakış açısı, şirketlerin fiiliyatta nasıl hareket ettiği gerçeği ile örtüşmez. Çünkü şirketler insanların yaptığı gibi ahlaka uygun bir şekilde hareket etmezler. Kısacası şirketler sadece ekonomik aktörlerdir. Gerçi şirketleri de insanlar yönetir ve bunların da bir takım özen yükümlülükleri (*fiduciary duties*) vardır. Ancak öte yandan aynı kişilerin, ortakların kazancını maksimize etme yükümlülükleri de vardır. Bu ikisi çatıştığında kendi vicdanları yerine, ortakların kazancını maksimize etmeyi tercih etmeleri daha yüksektir. Bu bağlamda, kapalı (veya aile) şirketleri ve onların gerçek kişi ortakları söz konusu olduğunda, şirkete kusur atfetmek normatif bir temele oturabilir. Ancak ortak, bir başka şirket olduğunda bu mantık başarısızlığa uğrar<sup>[96]</sup>.

Bu hususta yapılan bir başka eleştiri de hâkim şirketlerin bu kritere göre temellendirilmiş sorumluluktan kurtulmak için merkezden yönetimi bırakarak, bağlı şirketi faaliyetlerinde bağımsızlaştırma yoluna gidecekleridir. Gerçi bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından, şirketin hileli olarak bu yola tevessül ettiği iddia edilebilir. Fakat yönetimin merkezi olmaktan çıkarılmasının uygun ve doğru bir karar olmadığına ispatı da güç olacaktır. Yine yönetimin dağıtılması ile hâkim şirketin, bağlı şirket üzerindeki gözetim faaliyetleri de azalacağından, haksız fiil işleme olasılığı da yükselecektir<sup>[97]</sup>.

Son olarak, bu kriterin tek işletme sorumluluğu teorisi altında şirketlere yüklenmek istenen sorumluluğun koşullarını, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin geleneksel alt teorilerine fazlaca yaklaştırdığı da ileri sürülmektedir. Keza bu teorilerde de kontrol sorumluluğunun doğması için aranan unsurlardan birisidir<sup>[98]</sup>. Oysa işletme sorumluluğu prensipleri, temelini yasal kurgudan ziyade ekonomik gerçekliklerden alır ve sorumluluk; kâr ve menfaatin akışı ve birleştirilmiş tek bir ticari amaç üstüne yoğunlaşarak yüklenir<sup>[99]</sup>.

[95] Bkz. DEARBORN, s. 247.

[96] Bkz. DEARBORN, s. 249, 250.

[97] Bkz. DEARBORN, s. 249, 250; WRIGHT, s. 17.

[98] Bğl. krz. yuk. III, B, 4.

[99] Bkz. DEARBORN, s. 248, 249.

### **b. Ekonomik veya Gerçek İşletme Sorumluluğu Kriteri (*Economic / True Enterprise Liability*)**

Tarihsel olarak daha eski ve aynı zamanda daha yaygın olarak kullanılan kontrol kriterine<sup>[100]</sup> karşılık, son zamanlarda şirketler topluluğunun aslında tek bir işletme olduğu tespit edilirken, topluluktaki şirketlerin birleştirilmiş tek bir ekonomik amacı (*unified economic purpose*) olduğunu gösteren bulgulara dayanılmasını savunan ikinci bir görüş ortaya çıkmıştır<sup>[101]</sup>.

Buna göre, yapılacak analizde sorumluluğun doğup doğmadığına karar vermek için; toplulukta yer alan şirketlerin bireysel menfaatlerinden ziyade, ortak bir ekonomik amacının olup olmadığına, bir bütün olarak topluluğun kazancını maksimize etme hedefi altında entegre olmuş bir işletmenin parçası olarak karşılıklı operasyonların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılarak, topluluğun ekonomik yapısı tetkik edilmelidir<sup>[102]</sup>. Bu tetkik yapılırken -her somut durumun kendine has özelliklerinin dikkate alınması şartı ve sınırlı olarak sayılmasının mümkün olmadığı belirtilerek- varlığı aranacak hususlara dair, doktrinde getirilen önerilerden bazıları ise şöyledir:

Bağlı şirketin, hâkim şirketin ekonomik hedeflerini daha ileri götürmek için kurulmuş veya devralınmış olup olmadığı, topluluğun kamuoyunda ve ilgili piyasada tek bir şirket olarak algılanıyor olup olmadığı; bir başka deyişle şirketler topluluğunun kendisini kamuya örneğin ortak logo, politikalar veya rehber ilkeler vb yolla tek bir işletme olarak sunup sunmadığı<sup>[103]</sup>, şirketlerin yasayla tanınmış farklı tüzel kişilikleri yok sayıldığında fonksiyonel olarak aynı ticaretin parçaları olarak görülüp görülemeyeceği, bağlı şirket kullanılmasında şirket faaliyetlerinden doğacak riskin dışsallaştırılması amacının rol oynayıp oynamadığı<sup>[104]</sup>. Ayrıca bu şartlardan birinin varlığının tek bir işletmenin var olduğunu kabule yetmeyeceği, daha ziyade birden fazla hususun ortada tek

[100] Bkz. DEARBORN, s. 247.

[101] Bkz. DEARBORN, s. 246.

[102] Bkz. DEARBORN, s. 252; ARONOFSKY, s. 42.

Bu bakımdan tek işletme kavramının, joint venture veya adi ortaklığa işaret etmediği de belirtilmelidir, bkz. MONTANO, s. 1174; CLAUSEN, s. 53.

[103] “Şirketler kendilerini markalar veya franchising vb yollarla kamuoyu önünde sanki tek bir işletme olarak gösterecek işlem / eylemlerde bulunuyorsa, tek bir ekonomik ünite olarak görülmeleri de kaçınılmaz olacaktır”, bkz. WRIGHT, s. 18.

[104] Bkz. ARONOFSKY, s. 42; WRIGHT, s. 18; DEARBORN, s. 252, 253.

bir işletme olduğunu gösterip göstermediğine bakılması gerektiği de ifade edilmelidir<sup>[105]</sup>.

Bu kriteri kullanan ülkelerin başında Hindistan'ın geldiği söylenebilir. Tabii bunun temel nedeni Hindistan'ın binlerce ölüm, yüz binlerce yaralanmaya neden olan Bhopal Felaketi'ni yaşamış olmasıdır. Hindistan örneği bizim gibi gelişmekte olan bir ülke olması nedeniyle de önemlidir<sup>[106]</sup>.

Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek de Amerika Birleşik Devletleri'nde, başta Louisiana olmak üzere bazı eyaletlerde mahkemeler tarafından geliştirilen 'tek ticari işletme teorisi'dir (*the single business enterprise doctrine*). Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında geleneksel olarak kullanılan alt teorilere alternatif olarak başvuru bu teoride, tek bir işletmenin varlığı için topluluktaki şirketlerin ortak bir ticari amaç için entegre olup olmadıklarına bakılmakta, bunun tespiti için de iç organizasyon tetkik edilmektedir<sup>[107]</sup>. Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde baskın olan kontrol kriterine rağmen, rekabet ve vergi hukuku uyumsuzlukları söz konusu olduğunda mahkemeler, kontrol kriteri yerine, topluluğun bir araya gelmiş tek bir ticari organizasyon yapısına sahip olup olmadığına bakarak karar vermektedirler<sup>[108]</sup>.

Ayrıca Birleşmiş Milletler'in İnsan Hakları Açısından Çok Uluslu Şirketler ile Diğer Ticari İşletmelerin Sorumluluklarına İlişkin Kuralları (*Norms of the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises With*

---

[105] Bkz. DEARBORN, s. 252.

[106] Bkz. DEARBORN, s. 227 vd.

[107] Bkz. DEARBORN, s. 244, 245. Bğl. krz. aşa. IV, İ, 2.

[108] Bkz. DEARBORN, s. 234 – 246; GROSSWALD CURRAN, s. 425.



*Regard to Human Rights*)<sup>[109]</sup>, bu kriterin kullanıldığı bir başka örnek olarak gösterilmektedir<sup>[110]</sup>.

Son olarak bu kriterin, kontrol kriterine göre daha belirsiz bir kriter gibi görünse de, şirket topluluklarının arz ettiği ticari gerçekliğe daha uygun olduğu<sup>[111]</sup> ve kontrol kriterinin aksine, topluluktaki merkezi yönetimin dağıtılmasına neden olmayacağı, böylece bağlı şirketin haksız fiilinden sorumlu olacağını bilen hâkim şirketin, haksız fiillerin gerçekleşmemesi için gerekli tedbirleri alıp, yatırımları yapacağı da savunulmaktadır<sup>[112]</sup>.

## F. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasında Kullanılan Geleneksel Alt Teorilerle Karşılaştırılması

Öncelikle, ayrı tüzel kişiliğin yok sayılması ve birisinin borcundan, diğer şirketin sorumlu tutulması bakımından tüm teorilerin aynı sonuca yöneldikleri söylenmelidir<sup>[113]</sup>. Keza bu sonuç tüm bu teorilerin ortak hedefidir.

[109] Bu kurallar 2003 yılında Birleşmiş Milletler'in İnsan Haklarını Koruma ve Destekleme Alt Komisyonu tarafından onaylanmasına rağmen, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından yasal bir dayanağı olmadığı gerekçesi ile onaylanmamıştır, bkz. "United Nations Sub-Commission Norms on Business & Human Rights: Explanatory Materials", <https://www.business-humanrights.org/en/united-nations-sub-commission-norms-on-business-human-rights-explanatory-materials> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

Bu kurallarda çok uluslu şirket; ister bireysel olarak ister toplu olarak kurulmuş veya devralınmış olsun, ister tabii oldukları ülkede ister faaliyet gösterdikleri ülkede olsun ve yasal formları ne olursa olsun, birden fazla ülkede faaliyet gösteren ekonomik kişilik (*economic entity*) veya iki veya daha fazla ülkede faaliyet gösteren ekonomik kişiler kümesi, olarak tanımlanmıştır (I Definitions (20). Görüleceği üzere tanımda şirketlerin ayrı tüzel kişilikleri, birinin diğerindeki pay miktarı veya kontrolü göz ardı edilmiştir, bkz. DEARBORN, s. 229 vd.

[110] Bkz. DEARBORN, s. 246.

[111] Bkz. WRIGHT, s. 17.

[112] Bkz. WRIGHT, s. 17.

[113] "Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi olarak şirketin ikinci kişiliği teorisi (*the alter ego*) ile tek ticari işletme teorisi aynı değildir. Bunlar amaçları bakımından benzer olsalar da ayrı ve farklı bakkaniet teorileridir." bkz. "North American Van Lines Inc v. Emmons", Court of Appeals of Texas, Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

Ayrıca bkz. BACON, Kyle M., "The Single Business Enterprise Theory of Louisiana's First Circuit: An Erroneous Application of Traditional Veil Piercing", Louisiana Law Review, Vol. 63-1, 2002, ss. 75 – 110, s. 86.

Bu bakımdan bazı kaynaklarda, işletme sorumluluğu teorisi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemlerinden birisi olarak tanımlanmaktadır, bkz. MONTANO, s. 1189 vd, dn. 123. Ayrıca bkz. MATHESON, 2004, s. 422.

Bu ortak hedefin dışında, tek işletme sorumluluğu teorisi ile diğer teoriler arasındaki temel fark; tek işletme sorumluluğu teorisinin, şirket topluluklarına özgü olarak geliştirilen bir teori olmasıdır. Buna bağlı olarak ortaya çıkan bir diğer fark da tek işletme sorumluluğu teorisinin, tek bir işletme kavramı altında topluluğun bütünsel olarak sorumlu tutulmasına izin verdiği için, yatay bir sorumluluk hali (*horizontal form of liability / lateral veil piercing*) olarak ortaya çıkmasıdır<sup>[114]</sup>. Yani bu teori alacaklıya, fail (veya karşı âkit) şirket veya topluluktaki başka bir şirketin nihai ortaklarına ulaşma olanağı vermez. Sadece topluluktaki diğer bir şirketin sorumlu olmasını sağlayabilir<sup>[115]</sup>. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel alt teoriler, sorumluluğun dikey olarak doğmasını sağlayacak şekilde kurgulanmıştır. Bu nedenle şirketlerin dikey olarak nihai ortaklarının sorumlu tutulması söz konusu olur (*vertical form of liability / vertical – traditional veil piercing*)<sup>[116]</sup>. Gerçi hâkim şirketin, kontrolü oyla sağladığı durumlarda, hâkim şirket aynı zamanda bağlı şirketin ortağıdır. Ancak tek işletme sorumluluğu teorisi uygulandığında, hâkim şirketin sorumluluğu şirketin ortak sıfatına değil, tek bir işletmenin parçası olmasına dayanır<sup>[117]</sup>.

[114] Bkz. HILLMAN, Robert W. / LOEWENSTEIN, Mark J. (Editors), *Research Handbook on Partnership, LLC's and Alternative Forms of Business Organizations*, Edward Elgar Publishing Limited, Great Britain 2015, s. 110.

[115] Bkz. MONTANO, s. 1167, dn. 10

[116] Bkz. MATHESON, 2004, s. 419, 420; BACON, s. 78, dn. 23; MONTANO, s. 1175, dn. 39.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bu özelliği nedeniyle ancak az ortaklı halka kapalı şirketlerde kullanılabilen bir teori olduğu, çok ortaklı halka açık şirketlerde bu teorinin kullanılarak ortağın sorumluluğuna giden mahkeme kararının olmadığı da ifade edilmektedir, bkz. ALTING, s. 219.

Bunun nedeninin, şirket kontrolünü elinde tutan ortakların sınırlı sorumluluk ilkesinden daha az yararlanması gerektiğine ilişkin kabul olduğu söylenebilir. Bu kabulün arkasında yer alan gerekçelerin başında ise şirkette yönetim ve ortaklık ayrıldığı sınırlı sorumluluk ilkesinin sermaye birikimini kolaylaştıracağı kabulü vardır. Oysa halka kapalı şirketlerde ortak olanlarla yönetimi elinde tutanlar çoğunlukla aynıdır, bkz. MATHESON , John H. / OLSON, Brent A., "A Call for A Unified Business Organization Law", *The George Washington Law Review*, Vol. 65–1, 1996, ss.1 – 48, s. 8, dn. 35; KOKAZ, s. 29.

Bu bağlamda, şirket ortakları arasında yönetim yetkisi olan aktif ortak ve bu yetkiye sahip olmayan pasif ortak ayrımı da yapılır. Pasif ortakların, kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla sorumluluklarına gidilmesine maruz kalmayacakları kabul edilmektedir. Hâkim şirketler genellikle hem sermaye payına, hem yönetim / kontrol yetkisine sahip oldukları için aktif ortak olarak kabul edilirler, bkz. ALTING, s. 228. Ayrıca bğl. krz. yuk. II.

[117] Bkz. MONTANO, s. 1167, dn. 11, s. 1175.

Tek işletme sorumluluğu teorisi ile geleneksel alt teoriler arasındaki bir diğer fark da sorumluluğun doğması için bakılan kriterlerde ortaya çıkar. Keza tek işletme sorumluluğu teorisinde, bir şirketin diğer şirketin işlem veya eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için en önemli kriter topluluğun fiiliyatta ortak bir ticari hedefe ulaşmaya çalışan ekonomik bir bütünlük arz edip etmediğidir ki tek işletme sorumluluğu teorisinde bu yönden bütüncül bir bakış açısının kullandığı söylenmelidir<sup>[118]</sup>. Önemli olan nokta ekonomik bütünlük arz eden bir topluluğun varlığını tespit olduğu için de -bunu tetkik ederken bakılan hususlar diğer geleneksel alt teorilerle neredeyse aynı olsa da- şirketin sorumlu olduğu sonucuna daha sık ve kolayca ulaşılması sağlanmaktadır. Bu sayede tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai tabiatı yerine, tek işletme sorumluluğu teorisıyla probleme kalıcı bir şekilde çözüm getirilmeye çalışılmaktadır<sup>[119]</sup>. Oysa geleneksel alt teoriler, bireysel şirket formuna ve ayrı tüzel kişiliği olduğu hususuna fazlaca takılıp kaldıkları gibi, sorumluluğun doğup doğmadığında varlığı aranan kriterler açısından da daha sert ve şekilci bir usluba sahiptir<sup>[120]</sup>. Aslında bu fark şu iki davada bariz olarak gözükür:

Bu davalardan ilki tek işletme sorumluluğunu uygulayan Louisiana Temyiz Mahkemesi'nde görülmüştür<sup>[121]</sup>. *Southern Scrap* adlı şirketin işçisi olan *Grayson*, diğer şirketlere geçici işçi sağlama işiyle iştigal eden *CBC Temporary Staffing Services, Inc. (CBC)* adlı şirket aracılığıyla istihdam edilen bir başka işçinin kullandığı vinçten düşen parçayla yaralanır. Yaralanan işçinin tazminat istediği davalıların arasında, haksız fiili işleyen işçinin eylemlerinden sorumlu tuttuğu *CBC* şirketinin yanı sıra, aslında tek bir işletme oldukları gerekçesi ile bir başka şirket olan *R. B. Ammon & Associates, Inc. (R. B. Ammon)* da vardır. Temyiz Mahkemesi, bu iki şirketin -pay sahipleri farklı da olsa- aynı kişi tarafından yönetilmesi, her iki şirketin ortak ofis, bilgisayar kullanımının olması vb nedenlerle, tek bir işletme teşkil ettiğine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onaylayarak, zarardan her iki şirketi birlikte sorumlu tutmuştur<sup>[122]</sup>.

Oysa aradaki benzerliğe rağmen geleneksel teorileri takip eden Ohio Eyaleti'nde görülen bir davada çok farklı bir sonuç çıkmıştır: İş yerinde yüksekte düşen işçi, kendi işvereni olan şirketin yanı sıra (*See-Ann, Inc.*), topluluktaki bir diğer

[118] Bkz. WRIGHT, s. 9.

[119] Bkz. WRIGHT, s. 9; DEARBORN, s. 252.

[120] Bu yönde bkz. DEARBORN, s. 208.

[121] Bkz. "Henry Cornelius Grayson, Jr. v. R. B. Ammon and Associates, Inc.", Court of Appeal of Louisiana First Circuit (No. 99 CA 2597 (2000)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1099964.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

[122] Daha ayrıntılı bilgi için bğl krz. aşa. IV, İ, 2.

şirketi de (*Pro-Fab Inc.*) -*Seen-Ann* Şirketi'nin ikinci kişiliği (*alter ego*) olduğu gerekçesiyle- dava eder. Keza bir şirketin diğer şirkette pay sahipliği olmasa da, iki şirketin pay sahipleri aynıdır. Aynı adreste faaliyet göstermektedirler. Benzer ticari faaliyetlerle uğraşmaktadırlar ve ortak çalışanları vardır. Davacı işçinin asıl amacı kendi işvereni şirketin yeterli sigortası olmadığından, diğer şirketin genel sorumluluk sigortasından yararlanabilmektir. Ancak *Ohio* Eyaleti Yüksek Mahkemesi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için bir şirketin, diğer şirketi, varlığını veya iradesini ortadan kaldırarak şekilde kontrol ediyor olması, bu kontrolün hukuka aykırı bir eylem için kullanılmış olması ve davacının zararının bu kontrol ve hukuka aykırı eylemden kaynaklanmış olması olarak üç temel koşulun gerekli olduğunu, topluluktaki kardeş şirketlerin sırf ortak pay sahiplerinin olmasının, birinin diğerini kontrol etmesini sağlamayacağını belirterek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin kardeş şirkete ulaşmak için kullanılamayacağına karar vermiştir<sup>[123]</sup>.

Ancak tek işletme sorumluluğu teorisi ile geleneksel alt teoriler arasında, sorumluluğun doğup doğmadığı tetkik edilirken bakılan hususlar açısından ortaya çıkan asıl fark; geleneksel alt teorilerde şirket formunun hukuk / yasa dışı kullanımı üzerine yoğunlaşıırken, topluluğu oluşturan şirketler arasındaki ilişkilere bakan tek işletme sorumluluğu teorisinde şirket formunun hukuk / yasa dışı kullanımının önemini kaybetmesidir<sup>[124]</sup>. Bu fark için ise şu örnek verilebilir:

*Lufkin Moving and Storage Company*'e ait olup, *North American Van Lines Inc*'e (*NAVL*) kiralanan ve *NAVL*'in bağlı şirketi olan *North American Van Lines of Texas (NaTex)* tarafından kargo faaliyetlerinde kullanılan bir kamyon trafik kazasına karışmıştır. Bu trafik kazasında felç kalan davacı, diğer iddialarının yanı sıra gerek şirketin ikinci kişiliği (*alter ego*) gerek tek ticari işletme teorisine (*the single business enterprise theory*) dayanarak şoförü, bu şirketleri ve kamyonu üreten *Ford* Şirketi'ni dava etmiştir. Yerel mahkemedeki yargılama jürinin kararı ile davacı lehine sonuçlanmış, davalılar temyize gitmiştir. *Texas* Temyiz Mahkemesi ise *NAVL*'in, *NaTex* üzerindeki kontrolünün hâkim – bağlı şirket ilişkisinin doğal bir unsuru olduğuna vurgu yaparak somut durumda var olan şartların, şirketin ikinci kişiliği teorisinin (*alter ego*) uygulanabilmesi için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Temyiz Mahkemesi bu defa tek ticari işletme teorisi

[123] Bkz. "Minno v. Pro-Fab, Inc.", Supreme Court of Ohio (No. 2008-0170 (2009)), <https://ohio.lexroll.com/minno-v-pro-fab-inc-121-ohio-st-3d-464-2009/> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

[124] Bkz. WRIGHT, s. 9; DEARBORN, s. 252.

Hatta yazara göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin geleneksel uygulamalarında perdenin ancak aldatmanın önlenmesi, adaletsizlik yahut düzenlemelerin dolanılmasını önlemek gibi amaçlarla yapılması anlamını yitirmeye başlamıştır, bkz. ARONOFKY, s. 86.

altında, tüzel kişiliğin hile amaçlı kullanılıyor olmasının ispatının aranmadığına işaret ederek, bütün işçilerin ortak olması, birisi tarafından işe alınıp diğerinde hizmetini ifa eden işçinin yine işe alan şirket tarafından işten çıkarılabildiği, *NaTex*'in *NAVL*'in eyaletteki piyasasını genişletmek için kurulduğu, *NAVL*'in, *NaTex*'in tüm kârını ele geçirdiği, kazayı yapan şoförün *NAVL*'in üniformasını giydiği, *NAVL*'in, *NaTex* için kalite standartlarını oluşturmak, şoför ve acenteler için gerekli vasıfları belirlemek gibi önemli idari faaliyetleri yaptığı ve benzeri olgulara dayanarak iki şirketin tek bir işletme olduklarına hükmetmiştir<sup>[125]</sup>. Bu olaydan da anlaşılacağı gibi, iki teorinin uygulanması için varlığı aranan şartlar arasında aldatma şartı açısından önemli bir farklılık vardır.

## G. Tek İşletme Teorisinde Sorumluluğun Kapsamı

### 1. Akitten Doğan Sorumluluk – Haksız Fiil Sorumluluğu

Yabancı doktrinde bu teorinin sadece bağlı şirketlerin çok sayıda ölüm, bedeni zararın yahut büyük çevre felaketlerinin, insan hakları ihlallerinin söz konusu olduğu 'ağır' haksız fiiller işlendiğinde uygulanması gerektiğini savunan yazarlar olsa da<sup>[126]</sup>, Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde mahkeme içtihatları ile geliştirilmiş ve aslında tek işletme sorumluluğu teorisinin bir versiyonu olan tek ticari işletme teorisi (*the single business enterprise theory*) hem akit hem haksız fiil sorumluluğunu kapsayacak şekilde uygulanmaktadır<sup>[127]</sup>.

### 2. Toplulukta Sorumlu Tutulacak Şirketler Bakımından

Tek işletme sorumluluğu teorisi tek bir işletme olarak topluluktaki tüm şirketlerin (hâkim olsun olmasın) alacaklıya karşı sorumlu tutulabilmesini hedefleyen

[125] Bkz. "North American Van Lines Inc v. Emmons", Court of Appeals of Texas, Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

Ayrıca bkz. MONTANO, s. 1184.

[126] Bkz. DEARBORN, s. 204, 205 – 207 – 211–255.

Tabi bu durum eleştiriye de uğramaktadır. Ağır haksız fiillerin nasıl tespit edileceğinin belirsiz olduğu itirazı bir tarafa, bu tür bir sorumluluk hali kabul edildikten sonra hâkim şirketin haksız fiillerinden mağdur olanlarla -ki bunların her türlü zararı tazmin edilecektir- sorumluluktan kaçmak için kurduğu bağlı şirketin haksız fiillerinden mağdur olanlar arasında hangi haklı gerekçeyle böyle bir farkın yaratılacağı da sorgulanmaktadır, bkz. WRIGHT, s. 15, 16.

[127] Bkz. BROWN, s. 1.

ve bunun için kullanılan bir teoridir.<sup>[128]</sup> Bu bakımdan hâkim şirketlerin yanı sıra topluluktaki kardeş şirketlerin de sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.<sup>[129]</sup>

### 3. Müteselsil – Birlikte (Kısmi) Sorumluluk Açısından

Bu teorinin kapsamının ne olduğu ile ilgili akla gelebilecek sorulardan birisi de hâkim şirketin, bağlı şirketin eylemlerinden ne şekilde sorumlu olacağı olsa da, bu konuda doktrinde doğrudan görüş bildiren yazar azdır. Bunlardan *Dearborn*'a göre müteselsil sorumluluk, hâkim şirketi, haksız fiillerin gerçekleşmesini önlemesi açısından teşvik edecektir.<sup>[130]</sup>

Ayrıca tek işletme sorumluluğu teorisinin Amerikan versiyonu olan tek ticari işletme teorisini uygulayan mahkemelerde de tek bir işletme oldukları kabul edilen şirketlerin müteselsilen sorumlu olduklarına karar verildiği görülmektedir.<sup>[131]</sup> Aslında bu sonuç çok da şaşırtıcı değildir. Keza yukarıda da belirtildiği üzere tek işletme sorumluluğu teorisinde, toplulukta yer alan şirketler, her birisi ayrı tüzel kişiliğe sahip kurumlar olarak görülmez, daha ziyade topluluğun tamamı tek bir ünite (işletme) olarak görülür.<sup>[132]</sup> Yani müteselsil sorumluluk, topluluğun bu şekilde 'tek' olarak görülmesinin doğal bir uzantısıdır.

### H. Tek İşletme Teorisinde İspat Yükü

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tek işletme sorumluluğu teorisi en çok haksız fiilden zarar gören alacaklıları korumak adına savunulan bir teoridir. Bu bakış açısına uygun olarak doktrinde, tek bir işletmenin olmadığını ispat yükünün davalı şirket veya şirketlerin üzerinde olması gerektiği savunulmaktadır: Davacı mağdur sadece şirketler topluluğunun bir faaliyeti neticesinde zarar gördüğünü, hâkim ve bağlı şirketin bir grubun üyesi olduklarını ispatı yeterli olmalıdır. Yoksa şirketler topluluğunun ekonomik yapısını ispat

[128] Bkz. MATHESON, 2004, s. 420; MONTANO, s. 1189; DEARBORN, s. 210.  
Ayrıca bğl. krz. aşa. IV, İ, 2.

[129] Bkz. DEARBORN, s. 210, 211.

[130] Bkz. DEARBORN, s. 255.

[131] Bkz. PLEASANT, s. 2.

Örnek bir karar için bkz. "North American Van Lines Inc v. Emmons", Court of Appeals of Texas, Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018). Örneğin bu kararda mahkeme tek bir işletme olduklarını kabul ettiği davalı iki şirket için müteselsilen sorumlu olduklarına hükmetmiştir.

[132] Bkz. DEARBORN, s. 210.

yükümlülüğü yoktur<sup>[133]</sup>. Davalı şirket ise ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerine sığınamamalıdır<sup>[134]</sup>. Sorumluluktan kurtulmak istiyorsa ekonomik bir işletmenin parçası olmadığını şirket ispatlamalıdır<sup>[135]</sup>. Buna neden ise hâkim şirketin topluluğun iç yapısı hakkındaki bilgilere, mağdurdan daha kolay ulaşabilecek olması ve hakkaniyet ilkesidir<sup>[136]</sup>.

Bununla birlikte işletme teorisinin bir versiyonu olan tek ticari işletme teorisini (the single business enterprise theory) uygulayan Louisiana Eyaleti Temyiz Mahkemesi önündeki bir davada, bu teorinin de tıpkı tüzel kişiliğin kaldırılması teorisinde olduğu gibi ayrı (tüzel) kişiliklerin yok sayılması amacına hizmet ettiğini, dolayısıyla her iki teorinin de aynı ispat yüküne tabi olması gerektiğini ifadeyle, ortada bir tek ticari işletmenin olduğunu ispat yükünün davacının üstünde olduğuna karar vermiştir<sup>[137]</sup>.

## I. Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi Aleyhine İleri Sürülen Bazı Argümanlar ve Bunların Karşı Argümanları

### 1. Ekonomiyi Olumsuz Olarak Etkilemesi

Tek işletme sorumluluğu teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerden ilki; bu sorumluluk türünün kabulü halinde, şirket topluluklarının yatırımlarını sorumluluk risklerini düşürmek için sınırlayacakları, böylece yatırım ekonomisinin bundan olumsuz etkileneceğidir<sup>[138]</sup>.

Bu görüşe, bir takım örnekler üzerinden karşı çıkılır. Örneğin aslında tek işletme sorumluluğunun zayıf bir versiyonunun uygulandığı kabul edilen Almanya'nın halen dünyanın lider ekonomilerinden birisi olduğu savında bulunulmaktadır. Yine, tek işletme sorumluluğu teorisinde kurgulanan sorumluluğun çok ötesinde, sınırsız sorumluluğun uygulandığı durumlarda ekonominin

[133] Yazara göre hâkim şirket ortaya çıkan zararda, onun bağlı şirket üzerindeki kontrolünün etkisi olmadığını, bu eylemi bağlı şirketin kendi serbest iradesiyle gerçekleştirdiğini ispat etmelidir. İspat yükünün bu şekilde yer değiştirmesi, sınırlı sorumluluk ilkesi sayesinde, alacaklıya karşı şirket lehine yaratılan ayrıcalığı da sınırlandıracaktır, bkz. SØRENSEN, s. 115.

[134] Bkz. ARONOFSKY, s. 32.

[135] Bkz. DEARBORN, s. 253.

[136] Bkz. DEARBORN, s. 253.

[137] Bkz. "Henry Cornelius Grayson, Jr. v. R. B. Ammon and Associates, Inc.", Court of Appeal of Louisiana First Circuit (No. 99 CA 2597 (2000)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1099964.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

[138] Bkz. WRIGHT, s. 19; DEARBORN, s. 256 vd; HERSZBERG, s. 7.

olumsuz etkilendiğini gösteren bulguların olmadığı savunulmaktadır. Buna örnek olarak ise *California Eyaleti*'nde 1849 ve 1931 yılları arasında şirketler için sınırsız sorumluluk ilkesinin uygulanması ve bu dönemde ekonominin yara aldığı gösteren bir bulgunun olmaması gösterilmektedir<sup>[139]</sup>. Tek işletme sorumluluğu teorisinde kurgulanan sorumluluğun uygulanması halinde, bunun mutlaka ekonomiye zarar vereceği savını çürüten en kayda değer örneklerden birisi de Hindistan'dır<sup>[140]</sup>. Bhopal Felaketi'ni yaşamak zorunda kalan ülkede yargı tarafından -ki üstelik gelişmekte olan ekonomilerden birisidir- tek işletme sorumluluğunun benimsenmiş olması, Hindistan'ın doğrudan yabancı yatırımların uğrak adresi olmasını değiştirmemiştir<sup>[141]</sup>. Bu hususta verilen bir başka örnek de İngiltere'de şirketlere getirilen vergilerdir. Keza vergiler artırıldığında, ülkeyi terk eden şirketlere rağmen İngiltere ekonomisi bundan çok fazla etkilenmemiştir. Üstelik uygulanması belirli şartların varlığına bağlı olan tek işletme sorumluluğundan farklı olarak, vergi değişiklikleri istisnasız bütün şirketleri kapsar<sup>[142]</sup>.

## 2. Engellemenin İmkansızlığı (*Inevitability of Avoidance*)

Bu argümanın özü şirketlerin, kendilerini sorumlu tutacak herhangi yeni bir kurala karşı, bir şekilde bundan kaçmalarını sağlayacak yollar bulacağıdır. Karşılık olarak ise bu tür bir problemin tek işletme sorumluluğu teorisine özgü olmadığı, sorumluluk öngören tüm düzenlemeler karşısında, bu kuralları dolanmak isteyenlerin olacağı dile getirilmektedir. Ayrıca bu tür bir argüman yargının fonksiyonunu da göz ardı etmektedir<sup>[143]</sup>. Kaldı ki tek işletme sorumluluğu teorisinin kabul edilmesi sayesinde, bunun tazminat ödemek zorunda kalacağını bilen şirketler için caydırıcı olmayacağını da kimse bilemez<sup>[144]</sup>. Gerçekten de, bu tür bir düşünce faili, haksız fiilini işleme / borcunu ifa etmeme konusundaki inadı için ödüllendirmekten başka bir anlam ifade etmeyecektir.

[139] Bkz. DEARBORN, s. 257.

[140] Bkz. WRIGHT, s. 19.

[141] Bkz. WRIGHT, s. 19; DEARBORN, s. 257.

[142] Bkz. WRIGHT, s. 19.

[143] Bkz. WRIGHT, s. 20.

[144] Bkz. WRIGHT, s. 20.



### 3. Belirsizlik

İşletme sorumluluğu teorisine karşı ileri sürülen bir başka argüman da; tek bir ekonomik işletmenin varlığının tespitinde pek çok belirsizliğin olmasıdır<sup>[145]</sup>. Buna karşılıysa aynı dezavantajın genel kabul görmüş olsa da, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kullanılan geleneksel teoriler için de söylenebileceği<sup>[146]</sup>, ancak ekonomik realitelere dayanan tek işletme sorumluluğu teorisinin toplulukta yer alan şirketlerin sorumluluk doğmadan gerekli önlemleri alması hususunda daha iyi sonuç veren bir sorumluluk tarzını benimsediği için, üstün tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>[147]</sup>.

### 4. Sorumluluk Kriterleri İle İlgili Argümanlar ve Karşı Argümanları

Tek işletme sorumluluğu teorisine karşı, bir şirketler topluluğunun aslında tek bir işletme oluşturup oluşturmadığını tespit için kullanılan kriterlerin hemen her şirketler topluluğunda görülebilecek sıradan özellikler olduğu eleştirisi de yapılır<sup>[148]</sup>. Ancak tek işletme sorumluluğu teorisinde kullanılan kriterlerin nerdeyse tamamı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde kullanılan kriterlerle aynıdır<sup>[149]</sup>.

Bir diğer eleştiri de şirket tüzel kişiliğinin göz ardı edilmesi için, bu kriterlerin varlığının yeterli olması, bu kriterlerin ortaya çıkan zarara neden olmasının şart koşulmamış olmasıdır<sup>[150]</sup>. Ancak bir çok defa ifade edildiği üzere, tek işletme sorumluluğu teorisinin temelinde ayrı tüzel kişilikleri olsa da, fiiliyatta ekonomik bir bütünlük arz eden şirketlere, tek bir işletme olarak muamele edilmesi düşüncesi yatar. Birden fazla şirketin tek bir işletme olduğu tespit edildikten sonra ayrı tüzel kişiliklerin aldatma amacıyla kullanılıyor olmasına gerek olmadığı gibi, haksız fiilin tek işletme nedeniyle işlenmiş olmasına da gerek yoktur. Keza yukarıda bahsedildiği üzere bu teorisinin dayandırıldığı temel rasyonalitelerden birisi de bağlı şirketin faaliyetlerinden doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlayan diğer şirketin, bu faaliyetlerden doğan zarara da katlanması gerektiğini söyleyen nimet – külfet ilişkisidir.

[145] Bkz. MONTANO, s. 1184.

[146] Bkz. ALTING, s. 199.

[147] Bkz. DEARBORN, s. 259.

[148] Bkz. MONTANO, s. 1184.

[149] Bkz. MONTANO, s. 1190 vd; HILLMAN / LOEWENSTEIN, s. 110.

[150] Bkz. MONTANO, s. 1199.

Aynı olguların tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması için yeterli olmazken, tek işletme sorumluluğu teorisi için yeterli olması da eleştirilen hususlardan birisidir<sup>[151]</sup>. Oysa tek işletme sorumluluğu teorisi tam da bu nedenle; tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilerin şirketler lehine işleyen katı uygulamalarının, alacaklılar aleyhine yarattığı adaletsizliği çözmek için ortaya atılmış, bu yönden daha esnek bir teoridir.

## İ. Tek İşletme Teorisinin Yasa ve Yargıdaki Yansımalarına Genel Bir Bakış

### 1. Yasal Düzenlemelerdeki Yansımaları

Şirketlerin serbestçe bağlı şirket edinmelerinin ve kurmalarının önünün açılması ile birlikte, Anglo Sakson Hukuku'na tabi ülkelerde bir yandan mahkemeler hâkim şirket ile bağlı şirketin ve hatta topluluktaki kardeş şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerinin görmezden gelinebileceği ihtimalini kabul eden içtihatlar geliştirirken, yasa koyucular da rekabet hukuku, bankacılık, menkul değerler, iş hukuku, dış ticaret gibi alanlarda, tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin prensipleri kabul etmeye başlamıştır<sup>[152]</sup>. Yabancı doktrinde tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin prensipleri yansıttığı iddia edilen düzenlemelerin tümüne ilişkin bir inceleme bu çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte, topluluktaki şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerinin görmezden gelinip, ekonomik bazda tek bir işletme olarak kabul edildiği bu tür düzenlemelere verilebilecek bir kaç örnek şöyledir:

Amerika Birleşik Devletleri'nde İşçi Emeklilik Gelirlerini Koruma Kanunu'nda (*The Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*) yer alan düzenlemeye göre topluluk şirketlerinde çalışan işçiler, tek bir işveren tarafından istihdam edilmiş olarak kabul edildiği gibi, hem hâkim şirket hem kardeş şirketler, pay sahipliği oranına göre belirlenen kontrol kriterine göre işçilerinin emeklilik fonlarını ödeyemeyen diğer şirketlerin bu borçlarından dolayı müteselsilen sorumlu tutulmaktadır<sup>[153]</sup>.

[151] Bkz. MONTANO, s. 1184.

[152] Bkz. BROWN, s. 1, 2; BAKER / KILLINGSWORTH, s. 277.

[153] Bkz. *United States Code / Title 26 / Subtitle A / Chapter 6 / Subchapter B / Part II §1563*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/1563> (Erişim Tarihi: 06.07.2018); *United States Code / General Provisions / Chapter 18 / Subchapter III / Subtitle D § 1362*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/1362> (Erişim Tarihi: 06.07.2018); *United States Code / Title 26 / Subtitle A / Chapter 1 / Subchapter D / Part I / Subpart B § 414*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/414> (Erişim Tarihi: 06.07.2018). Bu ve diğer düzenlemeler hakkında bkz. DEARBORN, s. 240 vd; ARONOFSKY, s. 78 vd; BAKER / KILLINGSWORTH, s. 277, 278. Ayrıca bkz. DROBLYEN, Eric, "Is Your Company Part of a Controlled Group? You Need to Know or Risk 401(k) Plan Disqualification", <https://www.employeebenefits.com>.

Tek işletme sorumluluğunu yansıtan yasal düzenlemelerin asıl örneğini ise Amerika Birleşik Devletleri'ndeki vergi düzenlemeleri oluşturur. Keza bu ülkede<sup>[154]</sup> gerek federal gerek eyalet bazında şirketlerin vergi yükümlülüğü, bağlı şirketlerin geliri de dâhil edilerek belirlenmektedir<sup>[155]</sup>. Pek çok eyaletin uyguladığı ve yargı tarafından da onaylanan bu vergilendirme sisteminde (*unitary business / formula apportionment method*) toplulukta yer alan farklı şirketlerin gelirleri ayrı tüzel kişilikleri göz ardı edilerek, sanki tek bir bütünmüş (*unitary*) gibi hesaplanır ve elde edilen bu toplam gelir sonradan bir orana göre bölüştürülerek, ilgili eyaletin vergi alacağı hesaplanır<sup>[156]</sup>. Yani bu sistemde topluluk tek bir işletme gibi düşünülerek vergilendirilmektedir<sup>[157]</sup>. Bu sistemin arkasındaki

[com/blog/is-your-company-part-of-a-controlled-group-you-need-to-know-or-risk-401k-plan-disqualification](http://com/blog/is-your-company-part-of-a-controlled-group-you-need-to-know-or-risk-401k-plan-disqualification) (Erişim Tarihi: 06.07.2018).

[154] Ancak bu vergilendirme sistemi Avrupa Birliği'nin de gündeminde, bkz. "Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)", [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_BRI%282017%29599395](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI%282017%29599395) (Erişim Tarihi: 09.10.2018).

Türkiye'de ise, vergi matrahının konsolidasyonu olarak anılan bu sistem yerine topluluk oluşturanlar dâhil, şirketler ayrı tüzel kişilikleri gereğince ayrı ayrı vergilendirilmektedir, bkz. DURMUŞ KARATAŞ, Neslihan, "Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. I-2, 2015, ss. 71 – 84, s. 79.

[155] Bkz. ARONOFSKY, s. 61; DEARBORN, s. 232, 233.

Örneğin Texas Eyaleti'nin Amerikan şirketlerinin vergi borcunu, onların tüm bağlı şirketlerinden elde ettikleri kazancı da dâhil ederek belirlemesine karşı açılan bir dava, Birleşik Devletler Üst Mahkemesi tarafından; "*bağlı şirketlerden gelen kazanç, fonksiyonel olarak entegre olmuş bir işletmeden elde edilen kârı yansıttığı sürece, bu kazançlar hâkim şirketin bu işletmede kazandığı geliri demektir. Prensipte olarak, münasip bir paylaştırmada yatırımın şekline değil, altta yatan aktiviteye bakılması gerekir*" denilerek reddedilmiştir, bkz. "Mobil Oil Corp. v. Commissioner of Taxes", United States Supreme Court (445 U.S. 425 (1980)), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/445/425.html> (Erişim Tarihi: 05.07.2018).

Benzer karar örnekleri için bkz. ARONOFSKY, s. 62 vd.

[156] Bu konuda bkz. "Glossary of Tax Terms / Unitary Tax System", <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> (Erişim Tarihi: 09.10.2018); PIERCE, Sarah B., "State Taxation – Unitary Business / Formula Apportionment Tax Accounting Method – Application of a Three Factor Formula to Apportion Income of Foreign – Parent Corporations for State Tax Reporting Purposes Does Not Violate the Commerce Clause or the Due Process Clause of the U.S. Constitution – Barclays Bank Int'l, Ltd. v. Franchise Tax Bd., 10 Cal. App. 4th 1742, 14 Cal. RPT. 2d 537 (Cal. Ct. App. 1992), Modified, Reh'g Denied, 11 Cal. App. 4th 1678A (Cal. Ct. App. 1992)", Georgia Journal of International & Comparative Law, Vol. 23, 1993, ss. 89–110, s. 90, dn. 2.

[157] Bu konuda bkz. DEARBORN, s. 232, 233.

mantık ise fiiliyatta bir bütün haline gelmiş bir işletmenin bölümleri arasındaki aynî olmayan değer akışlarından (*intangible flow of value*) ortaya çıkan geliri coğrafik olarak birbirinden ayırmaya çalışmanın gerçekçi olmadığı düşüncesine dayanmaktadır<sup>[158]</sup>.

Bu başlık altında anılması gerektiğini düşündüğümüz bir başka düzenleme de Avustralya Şirketler Kanunu'nda yer almaktadır. Nitekim bu düzenleme ile belli şartların varlığında (hâkim şirket veya yöneticilerinin, bağlı şirketin bu durumunu bilmeleri veya bilmelerinin gerekiyor olması), hâkim şirket, bağlı şirketinin ödeme güclüğü içindeyken yaptığı işlemlerden doğan borçlardan sorumlu tutulmuştur<sup>[159]</sup>.

## 2. Yargıdaki Yansıması: Tek Ticari İşletme Teorisi (*The Single Business Enterprise Theory*)

Tek İşletme sorumluluğu teorisi sırf doktrinde tartışılan bir teori değildir. Yasalarda yer bulduğu gibi, yargıda da yansımaları vardır. Bize göre en göze çarpanı Amerika Birleşik Devletleri'nde farklı eyaletlerde takip edilen tek ticari işletme teorisidir. Bu teori, iki veya daha fazla şirketin ayrı kurumlar olarak hareket etmeyip, kaynaklarını ortak bir ticari amacı gerçekleştirmek için entegre ettiklerinde, bu amacı gerçekleştirme çabaları sırasında ortaya çıkan borçlardan, topluluktaki diğer şirketleri sorumlu tutmak için mahkeme içtihatları ile oluşturulmuş bir teoridir (*common law doctrine*)<sup>[160]</sup>.

[158] Bkz. PIERCE, s. 90, dn. 2.

[159] Bkz. Corporations Act 2001 / Chapter 5 / Part 5.7B / Division 5- 588V, Section 588V, [http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/ca2001172/s588v.html](http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s588v.html) (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

Ayrıca bkz. RAMSAY / NOAKES, s. 18; BURROWS, Malcolm, "Holding Company Liability for Debts of Subsidiary", Dundas Lawyers, 2017, <https://www.dundaslawyers.com.au/holding-company-liability-for-debts-of-subsiary/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

[160] Bkz. MONTANO, s. 1167.

Örnek bir mahkeme kararı için bkz. "Paramount Petroleum v. Taylor Rental Ctr.", Court of Appeals of Texas, (712 S.W.2d 534 (1986)), <https://www.courtlistener.com/opinion/2437267/paramount-petroleum-v-taylor-rental-ctr/> (Erişim Tarihi: 12.06.2018). (click to dismiss)

Teorinin ilk kez, bu husustaki kararlı uygulamasıyla öne çıkan *Louisiana Eyaleti*'nde<sup>[161]</sup> 1991 tarihinde görülen bir dava kapsamında, Temyiz Mahkemesi tarafından ortaya atıldığı kabul edilmektedir<sup>[162]</sup>.

Teorinin ortaya çıkmasına neden olan dava<sup>[163]</sup> iflas eden *Champion* Sigorta Şirketi'nin varlıklarının tasfiye edilmesi ile ilgilidir. Dava, tasfiye memurunun şirketin kayıtlarına tam erişim hakkı olmasına rağmen, şirketin bunu reddiyle başlayan süreç sonunda, tasfiye memuru tarafından *Campion* Şirketi'nin yanı sıra, tek bir işletme oluşturdukları gerekçesiyle toplulukta yer alan diğer dokuz şirketin daha varlıkları üzerinde kontrol ve hâkimiyet kurmak ve bunlardan sanki *Champion*'un varlığıymış gibi yararlanmak talebiyle açılmıştır. Bu şirketlerin hepsinin yönetimi ve paylarının çoğu veya tamamı, çoğu aynı aileye mensup yirmi kişiye aittir<sup>[164]</sup>.

Temyiz Mahkemesi, yargılamasında şirketlerin tek bir ticari işletme oluşturup oluşturmadığına karar vermek için on sekiz kriterden oluşan bir test kullanmıştır<sup>[165]</sup>. Ayrıca Mahkemeye göre bu unsurlardan hiçbirisi tek başına belirleyici olmadığı gibi, hepsinin bulunması da gerekli değildir<sup>[166]</sup>. Bu on sekiz kriter şöyledir:

Şirketin (gerçekte) kime ait olduğu; bir başka ifade ile şirket üstünde fiili kontrol yetkisini veren sermaye / paya kimin sahip olduğu, ortak yönetici ve çalışanların varlığı, ticari fonksiyonları benzer veya tamamlayıcı olan şirketlerin birleştirilmiş ortak bir idari kontrole tabi olması, bir şirketin yönetici veya çalışanlarının bu şirketin menfaati doğrultusunda bağımsız hareket edip etmediği, gruptaki bir şirketin, gruptaki başka bir şirket veya şirketler tarafından finanse ediliyor olması, yetersiz sermayenin (zayıf şirket) varlığı, bağlı şirket kuran şirketlerin olup olmadığı, gruptaki bir şirketin maaş vb masraflarının veya zararının başka bir şirket tarafından ödeniyor olması, gruptaki diğer şirketlerin

[161] Yazar, ayrıca *Texas, California, Arkansas, Indiana, Massachusetts, Mississippi, New Jersey, New York, North Carolina, Virginia* ve *Washington* gibi eyaletlerde de bu teorinin kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. BROWN, s. 3; MONTANO, s. 1173.

[162] Bu teorinin Amerika Birleşik Devletleri yargısındaki temsilcisi *Louisiana Eyaleti* olduğu için bu başlık altında esas olarak bu eyaletin uygulamaları dile getirilmiştir.

[163] Bkz. "Green v. Champion Insurance Company", Court of Appeal of Louisiana First Circuit ( 577 So.2d 249 (1991)), <https://www.leagle.com/decision/1991826577so2d2491581> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

[164] Bkz. BACON, s. 83 vd.

[165] Bkz. BACON, s. 79 – 84, dn. 76.

[166] Bu durum teorinin diğer eyaletlerdeki uygulamaları için de geçerlidir, bkz. MONTANO, s. 1175; PLEASANT, s. 2.

sağladığından başka bir ticari faaliyeti olmayan şirketlerin varlığı, gruptaki bir başka şirketin mal varlığını sanki kendisininmiş gibi kullanan şirketlerin varlığı, şirket formalitelerinde bir takım uygunsuzlukların olması, ortak işçilerin varlığı, bir şirketin işçilerinin diğer şirket adına hizmet ifa ediyor olmaları, ortak ofislerin varlığı, merkezileşmiş bir muhasebenin varlığı, şirketler arasında belgelenmemiş fon transferlerinin yapılmış olması, şirketler arasındaki kâr ve zararların belirsiz dağılımı, (aslında fiiliyatta var olan) tek bir işletmenin ayrı şirketlere doğru aşırı dağılmış olması<sup>[167]</sup>.

Sonuçta Mahkeme yukarıda anılan kriterlere göre topluluk hakkında ulaşılan bulgulara<sup>[168]</sup> dayanarak, topluluktaki her bir şirketin esasen tek bir işletmenin parçası olduğu sonucuna varmıştır. Böylece kardeş şirketler dâhil, topluluktaki her bir şirketin sorumlu tutulabilmesi için, sahip oldukları ayrı tüzel kişilikler yok sayılmıştır. Mahkeme'ye göre; *“bir şirketler topluluğu, kaynaklarını ortak bir ticari amacın gerçekleştirilmesi için birleştirdiği ve şirketler ayrı birer varlık*

[167] Yazar, Texas Eyaleti için bu kriterlerin yanı sıra, ortak ticari isimler, ortak tutulan defterler, ortak hissedarlar ve ortak telefon numarasına sahip olunması hususlarını da saymaktadır, bkz. MONTANO, s. 1175. Ayrıca bkz. BROWN, s. 2.

*“Her iki şirketin bütün hisseleri aynı kişiye aittir. Her iki şirket aynı ofiste faaliyet göstermektedir. Her iki şirket aynı telefon numaralarını ve posta kutusunu kullanmaktadır... Her iki şirketin işçileri de her iki şirketi tek bir ortak isimle (Paramount) anmaktadır... Her iki şirketin muhasebesi de aynı memur tarafından tutulmaktadır... Deliller göstermektedir ki her iki şirket de deniz aracının restore edilmesi amacını paylaşmışlardır. Petroleum geminin tamir masraflarını ödemiş, ... diğer şirket (Steamship) tamircileri tutmuş, işçileri tamirati gerçekleştirmiştir. Petroleum ve Steamship Şirketleri tek bir ticari işletme olarak ortaya çıkmıştır, bu yüzden deliller tek bir ticari işletme teorisini destekler.”*, bkz. *“Paramount Petroleum v. Taylor Rental Ctr.”*, Court of Appeals of Texas, (712 S.W.2d 534 (1986)), <https://www.courtlistener.com/opinion/2437267/paramount-petroleum-v-taylor-rental-ctr/> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

*California* Eyaleti Temyiz Mahkemesi'nin aradığı kriterler için bkz. PLEASANT, s. 1, 2.

[168] Bu bulguların başlıcaları şöyledir:

Bütün şirketleri kontrol eden ortakların aynı kişiler olması, farklı şirketlerin yönetici ve çalışanlarının değişen kapasitelerde aynı kişilerden oluşması, yöneticilerin bağımsız olarak ve belli bir şirketin menfaatlerini önceleyerek hareket etmiyor olması, bazı işlemlerin sırf topluluktaki bir başka şirketin yararına olduğu için yapılmış olması, yeterli başlangıç sermayesi olmadığı için muazzam miktarda şirketler arası bir borcun olması, topluluktaki şirketlerin esas olarak topluluğa dâhil şirketler arası borçlar yoluyla finanse edilmiş olması, her bir şirketin finansal sürdürülebilirliğinin topluluktaki diğer şirketlerden olan alacaklarını tahsil edebilme başarısına bağlı olması, toplulukta ortak işçilerin varlığı, şirketlerin topluluktaki diğer şirketlerin verdiği iş dışında ticari faaliyetinin olmaması, nakit paranın bir şirketten çıkarak kısa bir zaman içinde diğer şirketleri gezmesi, bu şirketlerin hesaplarında sermaye veya varlık kalemi oluşturduktan sonra başlangıçtaki şirkete dönüyor olması, olağan genel kurul toplantıları, yönetim kurulu toplantıları ve büyük işlemler için şirket yetkilendirmesi gibi hususlarda şirket formalitelerinin yerine getirilmemiş olması.

olarak hareket etmediği zaman, topluluktaki her bir şirket bu ticari amacın gerçekleştirilmesi için yapılan girişimler nedeniyle gerçekleşen borçlardan sorumlu tutulabilir”<sup>[169]</sup>.

*Louisiana* Temyiz Mahkemesi bu teorisini haksız fiil sorumluluğu bağlamında da kullanmaktadır<sup>[170]</sup>:

Geçici işçi temini amacıyla kurulan *R. B. Ammon & Associates, Inc. (Ammon)*, başlangıçta hem büro hem saha işçilerini istihdam ederken, artan maliyetlerden kurtulmak için, büro işçileri ile saha işçilerini ayırmış ve saha işçilerinin teminini sağlayacak ikinci bir şirketin kurulmasının önü açılmıştır. Bu ikinci şirket (*CBC Temporary Staffing Services, Inc. (CBC)*), *Ammon* Şirketi'nin sahibinin ısrarları ile yeğeni tarafından kurulmuştur.

Dava, *Southern Scrap* adındaki bir şirkete, *CBC* tarafından gönderilen işçilerden birisinin, *Southern Scrap* şirketinin işçisi olan bir başka işçiyi yaralaması üzerine açılmıştır. Yaralanan işçi, *CBC* ve *Ammon* şirketlerinin tek bir ticari işletme olarak hareket ettiklerini dolayısıyla işçinin ihmalden birlikte sorumlu olduklarını iddia eder.

Tek ticari işletme teorisinin, tüzel kişiliğin kaldırılması teorisinden farklı olduğu da açık bir şekilde ifade edilen kararda, mahkeme yine on sekiz unsurlu testi kullanmış, *CBC* nin tüm payı yeğende olsa da, yeğenin eyalet dışına çıkması ile amcanın *CBC* şirketini de idare eden tek kişi haline gelmesi, her iki şirketin de *Temp Staffers* adı altında hareket etmesi, aynı ofisleri, bilgisayar sistemini, büro çalışanlarını ve aynı faturalama sistemlerini kullanmalarını gözeterek, her iki şirketin tek bir ticari işletme olarak hareket ettiklerine hükmetmiştir. Bu olayda da şirketin ayrı tüzel kişiliğinin kötüye kullanıldığını gösteren bir bulgu olmamasına rağmen bu sonuca varılmıştır<sup>[171]</sup>.

Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, bu teorinin göze çarpan özelliklerinden ilki haksız fiil kadar sözleşmeden doğan sorumluluk halleri için de

[169] Bkz. “Green v. Champion Insurance Company”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit ( 577 So.2d 249 (1991)), <https://www.leagle.com/decision/1991826577so2d2491581> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).  
(click to dismiss)

[170] Bkz. “Henry Cornelius Grayson, Jr. v. R. B. Ammon and Associates, Inc.”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit (No. 99 CA 2597 (2000)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1099964.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

[171] Bkz. BACON, s. 89.



uygulanıyor olmasıdır<sup>[172]</sup>. Ancak bu teorinin asıl farkı sorumluluğun doğumu için varlığı aranan kriterlerde ve bunların değerlendirilmesi usulünde ortaya çıkar. Nitekim mahkemeler kararlarında kontrol unsurundan bahsediyor olsa da<sup>[173]</sup>, teorinin temelini şirketler topluluğunun ‘ortak bir menfaat etrafında birleşmiş tek bir işletme hali arz ediyor olmaları’ üzerine oturtmakta ve bunun tespiti için kullandıkları testte yer alan on sekiz hususu bu bakış açısı ile değerlendirmektedir<sup>[174]</sup>. Örneğin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilerin aksine, sorumluluğun doğması için iki şirketin tek bir şirket gibi görülebilir olması aranmaz<sup>[175]</sup>. Keza Texas Temyiz Mahkemesi bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “*Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (teorisi olarak) şirketin ikinci kişiliği teorisi (alter ego doctrine), hâkim şirket ile bağlı şirket arasında bağlı şirketin ayrı kişiliğini ortadan kaldıracak derecede bir birlikliliğin olduğu ve sadece bağlı şirketi sorumlu tutmanın adaletsizliğe yol açacağı zaman kullanılır. Oysa tek ticari işletme teorisi şirketler ortak bir ticari amacı gerçekleştirmek için kaynak ve faaliyetlerini birleştirdikleri zaman, (adi) ortaklığa ilişkin sorumluluk ilkelerine kıyasen uygulanan bir hakkaniyet teorisi*”<sup>[176]</sup>.

[172] Bkz. MONTANO, s. 1201; CAZENAVE, Dean P., “Single Business Enterprise Theory Continues to Gain Ground”, <https://www.louisianalawblog.com/business-and-corporate/single-business-enterprise-theory-continues-to-gain-ground/> (Erişim Tarihi: 20.05.2018). Teorinin sözleşmeden doğan borçlar için de uygulanacağına dair bir karar metni için bkz. “Sarpy vs. ESAD, Inc.”, Court of Appeal of Louisiana Fourth Circuit (2007-CA-0347 (2007)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1272914.html> (Erişim Tarihi: 02.08.2018).

[173] Yazar Louisiana Eyaleti Temyiz Mahkemesi’nin bu teoriyi uygulamasında kontrol unsuruna asli bir konum verse de biz farklı düşünüyoruz. Bkz. BACON, s. 77–90. Keza karar metinleri okunduğunda, kontrol unsurundan bahsedilse de, on sekiz unsurlu testin de işaret ettiği gibi aslında bu şirketlerin kuş bakışıyla büyük resimde tek bir işletme oluşturup oluşturmadığına bakılmaktadır.

[174] “*Şirketler kesin olarak aynı ve tek bir menfaati temsil ettiklerinde, mahkeme ayrı şirket tüzel kişiliklerini yok saymakta özgürdür*”, bkz. “Green v. Champion Insurance Company”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit ( 577 So.2d 249 (1991)), <https://www.leagle.com/decision/1991826577so2d2491581> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

Bir başka örnek karar için bkz. “Henry Cornelius Grayson, Jr. v. R. B. Ammon and Associates, Inc.”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit (No. 99 CA 2597 (2000)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1099964.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

[175] Bkz. “North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

[176] Bkz. “North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).



Ancak bu teorinin, özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kullanılan geleneksel teorilerle arasındaki asıl önemli fark şudur ki; geleneksel teorilerde perdenin kaldırılması, tüzel kişiliğin üçüncü kişilere karşı onları aldatmak için kullanılıyor olması, dolayısıyla tüzel kişilik perdesi kaldırılmamasının hakkaniyete (*inequity*) aykırı olması şartına bağlıdır. Oysa tek ticari işletme teorisinde ayrı tüzel kişilikleri yok saymak için böyle bir aldatma halinin varlığı aranmamaktadır<sup>[177]</sup>.

Tabi bu bakış açısı şirketler topluluğunun aslında tek bir işletme arz ettiği tespit edildiği zaman, hâkim şirketin her halde sorumluluğunun doğacağı anlamına geldiği gibi, toplulukta yer alan kardeş şirketlerin de tüzel kişiliğin yatay olarak kaldırılmasıyla sorumlu tutulmasına izin vermektedir<sup>[178]</sup>.

Son olarak, tek ticari işletme teorisinin Texas Eyaleti'ndeki gelişimi, üzerinde durulmasını hak eden bir öneme sahiptir kanaatindeyiz. Keza, gerek eyalet temyiz mahkemelerinin gerek eyalet hukukunu uygulayan federal mahkemelerin 1969 yılından<sup>[179]</sup> bu yana tanıdığı tek ticari işletme teorisinin uygulanması yakın bir zamanda yine yargı tarafından reddedilmiştir<sup>[180]</sup>. Tüzel kişiliğin kaldırılması

[177] “*Tek ticari işletme teorisini altında hak elde edebilmek için, aldatma halinin ispatına gerek yoktur; bunun yerine tek ticari işletme teorisi (adi) ortaklıktaki sorumluluk ilkelerine kıyasen hakkaniyet temeline dayanır. ... Teori, eylemlerinin doğurduğu sorumluluk açısından, hakkaniyet ilkelerinin iki teşekkülün tek olarak muamele görmesini destekleyip desteklemediğine bakar.*”, bkz. “North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

Krş. PLEASANT, s. 1.

Tabi bu husus teorisinin şiddetle eleştirildiği yönlerinden bir diğeri oluşturmaktadır. Yazara göre şirketlere sınırlı sorumluluk bahşedilmesinin arkasındaki asıl neden imalat, sanayi ve ticaretin gelişmesine izin vererek, ülke ekonomisinin gelişmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkeleri ancak bu amaca hizmet etmedikleri zaman göz ardı edilmelidir. Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine geleneksel olarak sadece ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkeleri kötü niyetle kullanıldığı zamanlarda başvurulmuştur, bkz. BACON, s. 81. Ayrıca genel olarak tek işletme sorumluluğu teorisi aleyhine ileri sürülen argümanlar için bğl. krz. yuk. IV, I.

[178] Bu konudaki eleştiriler için bkz. BACON, s. 78 vd. Kavramlar için bğl. krz. yuk. IV, F.

[179] Bkz. BARHAM, Misty Haberer, “The Death of the Single Enterprise Theory: What Now?”, San Antonio Lawyer, 2009, ss. 16 – 17, s. 16, <https://c.ymcdn.com/sites/www.sanantoniobar.org/resource/resmgr/imported/SingleEnterprise.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2018); MONTANO, s. 1176.

[180] Dava konusu uyumsuzluk çocuk koruması olmayan bütün gazlı lambanın neden olduğu yangında, beş yaşında bir çocuğun ölmesi ile ortaya çıkmıştır. Lambalar Çin’de “Tianjin Sico Lighters Company, Limited” adında bir şirket tarafından üretilmekte, yine Çinli bir şirket

ile ilgili yasal düzenlemeye sahip olmasıyla<sup>[181]</sup> göze çarpan Texas Eyaleti'nde Üst Mahkeme (*Supreme Court of Texas*), bu yasal düzenlemede<sup>[182]</sup> şirket tüzel kişiliğinin kaldırılması için hilenin varlığının şart koşulduğu gerekçesiyle<sup>[183]</sup> tek ticari işletme teorisinin yasanın amacına aykırı olduğu sonucuna varmış ve uygulamayı reddetmiştir. Ancak dikkat çeken başlıca iki nokta vardır: İlki, ilgili yasal değişikliğin 1997 yılında<sup>[184]</sup> yapılmış olmasına rağmen, kararın 2009<sup>[185]</sup>

olan "*Gladstrong Hong Kong*" tarafından ithal edilmektedir. Ürünün güvenlik parçasının dizaynı ve patenti *Gladstrong Hong Kong*'a ait olduğu gibi, üretimde de *Tianjin* Şirketi'ne talimat vermektedir. *Gladstrong Hong Kong* Amerika Birleşik Devletleri'nde yasal olarak zorunlu ürün kodunu alabilmek ve reklam amaçlı kendisini lambaların üreticisi olarak da tanıtmaktadır.

Bu lambaları Amerika Birleşik Devletleri'ne ihraç eden, reklamını yapan ve dağıtan şirket ise *Gladstrong Hong Kong*'un bağlı şirketi olan "*Gladstrong USA*"dır ki bu şirket aynı zamanda hâkim şirketi ile kârı da paylaşmaktadır. Her iki şirket aynı aileye aittir ve *Gladstrong Hong Kong*, *Gladstrong USA*'yı şube ofisi olarak sunmaktadır.

Bu ürünleri mağazasında satan "*SSP Partners*" adlı şirket ve *SSP Partners*'e satış yapan "*Metro Novelties, Inc*" adındaki şirket, *Gladstrong USA*'yı –Çinli hâkim şirket yerine- tek bir ticari işletmenin parçası olarak ve yasal tanımını içinde üretici olarak görülmesi gerektiği iddası ile dava etmiş ve rücuen tazminat istemişlerdir. İlk derece mahkemesi ortada tek bir işletmenin olduğunu kapalı olarak kabul etmiş, ancak işletmedeki diğer şirketin zarar veren olayın tarafı olmadıkça, tek bir ticari işletmenin parçası olduğu için sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Temyiz merci yüksek mahkeme ise şirket formunun borçlardan kaçmak, yasaları dolanmak, tekelleşmek vb aldatıcı amaçlar için bir kalkan olarak kullanılmayacağı, bu tür bir kötüye kullanımın şirketin ayrı tüzel kişiliğini göz ardı etmek için gerekli bir şart olduğu, bunun aksi bir tutumun şirketler hukukunun bireylere şirket borçlarından dolayı sorumluluklarını sınırlamak için şirket kurmalarına izin veren temel kuralına aykırı olacağına karar vermiştir, bkz. "*SSP Partners and Metro Novelties, Inc. v. Gladstrong Investments (USA) Corporation*", Supreme Court of Texas (No. 05-0721 (2009), <https://caselaw.findlaw.com/tx-supreme-court/1225463.html>) (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

Ayrıca bkz. BARHAM, s. 17; BROWN, Nancy J., Texas High Court Rejects Single Business Enterprise Theory, Legal Backgrounder, 2009, Vol. 24, No. 2, [http://wlf.org/upload/1-16-09Brown\\_LegalBackgrounder.pdf](http://wlf.org/upload/1-16-09Brown_LegalBackgrounder.pdf) (Erişim Tarihi: 21.06.2018).

[181] Yazar bu düzenleme ile mahkemelerin dizginlenmesinin ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılırken kullanılacak zemini hareketsiz bırakmanın amaçlandığı eleştirisinde bulunmaktadır, bkz. BROWN, s. 2.

[182] Bkz. Texas Business Corporations Act / Article 2.21. Madde metni için bkz. MONTANO, s. 1172.

[183] Bkz. MONTANO, s. 1164, 1165.

[184] Bkz. MONTANO, s. 1171.

[185] Bkz. "*SSP Partners and Metro Novelties, Inc. v. Gladstrong Investments (USA) Corporation*", Supreme Court of Texas (No. 05-0721 (2009), <https://caselaw.findlaw.com/tx-supreme-court/1225463.html>) (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

yılında verilmiş olması ve aradaki dönemde teorinin uygulanmasına devam edilmiş olmasıdır<sup>[186]</sup>. İkinci nokta ise teorinin uygulanmasından vazgeçilen bu davada Çinli yabancı bir şirketin olmasıdır.

## V. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

### A. Genel Olarak Şirketler Topluluğu

Ülkemizde, şirketler topluluğu meselesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun'da şirketler topluluğu için doğrudan bir tanım verilmese de, 195/4. maddede; hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Hâkim – bağlı şirket ilişkisinin varlığı da yine aynı maddede anılan kriterlerle, hâkimiyet kistasına bağlanmıştır.

Hâkimiyetin varlığı ise bir ticaret, şirketinin, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasına; şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olmasına ve kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturabiliyor olmasına göre belirlenmektedir (m. 195/1 (a)). Ayrıca bir şirketin, diğerini bir hâkimiyet sözleşmesi gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tuttuğu durumlarda da şirketler topluluğu oluşacaktır (m. 195/1 (b)). Kanun'da üçüncü olarak bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip olması hali de hâkimiyetin varlığına, aksi ispatlanabilir bir karine olarak düzenlenmiştir (m. 195/2).

Bilindiği üzere Türk doktrininde topluluk statüsünün tayini bakımından kontrol ve tek elden yönetim olarak başlıca iki ilkenin varlığından bahsedilmektedir.

Tek elden yönetim ilkesine göre şirketler topluluğunun varlığından bahsedebilmek için, hakimiyet yani kontrol olgusunun varlığı tek başına yeterli değildir.

[186] Bkz. BROWN, s. 2.

Örnek olarak bkz. “Hall v. Timmons, Court of Appeals of Texas (1987 S.W.2d 248 (1999)), <https://www.courtlistener.com/opinion/1533177/hall-v-timmons/> (Erişim Tarihi: 20.06.2018); “North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

Aynı zamanda şirketlerin fiili olarak hakim şirketin tek elden yönetimi altında bulunmaları da gerekir<sup>[187]</sup>.

Anglo Amerikan anlayışının bir ürünü olduğu ifade edilen kontrol ilkesi ise bir şirketin, diğer şirketin aldığı kararları kendi menfaatleri doğrultusunda almasını sağlayacak hukuki araçlara yani kontrol unsurlarına sahip olmasını yeterli bulur. Bu unsurların fiiliyatta kullanılıyor olmasının bir önemi yoktur. Hakim şirketin kullanabileceği başlıca kontrol unsurlarıysa; toplam oyların çoğunluğuna sahip olmak, yönetim kurulu üyelerinin karar alabilecek çoğunluğuna sahip olmak veya kontrol altına alınacak şirketle bir hakimiyet sözleşmesi imzalamış olmaktır<sup>[188]</sup>.

Türk Ticaret Kanunu Gerekeşi'nde de değinilen bu sınıflandırmada Almanya, tek elden yönetim sisteminin kaynağı ve örneği olarak gösterilirken<sup>[189]</sup>, Türk Ticaret Kanunu'nda esas olarak kontrol sisteminin benimsendiği kabul edilmiştir<sup>[190]</sup>. Keza 195. maddede, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak yahut yönetim organında karar alabilecek çoğunluk üyeyi seçme hakkını elde bulundurmak gibi somut bazı kontrol öğeleri tek tek sayılırken, topluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması için bu kontrol öğelerinin fiili olarak uygulanıyor olması ise aranmamıştır<sup>[191]</sup>.

Ancak 195. maddede tarifi verilerek kesinleştirilen bu hallerin dışında, başka bir yolla hâkimiyetin sağlanması halinde de şirketler topluluğunun vücut bulacağı belirtilmektedir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nda esnetilmiş bir kontrol sisteminin olduğu iddia edilebilir<sup>[192]</sup>.

[187] Bkz. TEKİNALP, Ünal, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi", Hüseyin Hatemiye Armağan, C. II, İstanbul 2009, ss. 1543 – 1556, s. 1544; Bkz. Bkz. OKUTAN NILSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.81 vd.

[188] Bkz. TEKİNALP, s. 1548.

[189] Bkz. TEKİNALP, s. 1543, 1544.

[190] Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Şirketler Topluluğu 195 ila 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, s. 70 vd, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018).

[191] Bkz. TEKİNALP, s. 1551.

[192] Bkz. OKUTAN NILSSON, 2009, s.97.

## B. Şirketler Topluluğunda Sorumluluk

### 1. Türk Ticaret Kanunu'nda

Şirketler topluluğu bağlamında doğabilecek sorumluluk halleri, esas olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 202 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere bakıldığında iki temel sorumluluk hali göze çarpar: Hâkim şirketin hâkimiyetin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğu ve hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğu:

Hâkim şirketin hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanması yasaklanmıştır. Bu yasağın ihlal edilmemiş sayılması için, bağlı şirketin kaybının ilgili faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilerek en geç ilgili faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkının tanınması gerekmektedir (m. 202/1 (a)). Bu yasağın ihlali halindeyse, bağlı şirketin pay sahiplerine ve alacaklılarına, hâkim şirketten ve kayba neden olan yönetim kurulu üyelerinden, zararın tazminini isteme hakkı tanınmıştır. Ancak maddede sadece şirketin zararından bahsedilmiş ve tazminatın da şirkete ödeneceği belirtilmiştir (m. 202/1 (b) (c)).

Hâkim şirketin hâkimiyetini genel kurulda alınan kararlar vasıtasıyla kötüye kullanması da yasaklanmıştır. Hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması, önemli esas sözleşme değişiklikleri gibi işlemlerde bağlı şirketin yararının da gözütılması gerekir<sup>[193]</sup>. Bağlı şirket açısından anlaşılabilir haklı bir nedeni olmayan bu tür genel kurul kararlarına ret oyu verip, bunu tutanağa geçiren yahut yetkilendirilmişse yönetim kurulu kararına yazılı olarak itiraz eden ortaklar, hakim şirketten (teşebbüsten), kendi zararlarının tazminini veya paylarının satın alınmasını mahkemeden isteyebileceklerdir (m. 202/2). Görüldüğü üzere istenecek zarar şirketin zararı değildir. Ancak bu olanak sadece bağlı şirketin ortaklarına verilmiştir.

Hakim şirketin, bağlı şirketin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması yani tam hâkimiyet halinde (m. 203) ise farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre, hakim şirket, tam hakim olduğu bağlı şirkete, kaybına neden olacak sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısa bile, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olarak, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir (m. 203). Ancak verdiği bu talimatlar nedeniyle bağlı şirkette oluşan kaybın ya o hesap yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya zamanı ve şekli belirtilerek kayba denk bir istem hakkının

[193] Türk Ticaret Kanunu'nun 202. maddesi bakımından hâklî neden kavramının değerlendirilmesi için bkz. OKUTAN NILSSON, 2009, s. 309 vd.

verilmesi gerekir. Aksi halde bu nedenle zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete tazminat davası açabileceklerdir (m. 206). Görüldüğü gibi, maddede sadece bağlı şirketin alacaklılarına doğrudan hâkim şirkete dava açma olanağı sağlanmıştır (m. 206)<sup>[194]</sup>. Ancak bu maddenin aslında bir sözleşme nedeniyle bağlı şirketten alacaklı olan kişiler düşünülerek düzenlendiği de anlaşılmaktadır.

Aslında 206. maddede; hâkim şirketin bağlı şirketin alacaklılarına doğrudan dava hakkı veren sorumluluğunu doğuracak durumlara ilişkin olarak, sözleşme ve haksız fiil ayrımı yapılmamıştır. Ancak bu maddedeki düzenlemeye göre; bağlı şirketin alacaklılarının bu dava hakkını kullanabilmeleri için, hakim şirket tarafından verilen talimat nedeniyle bağlı şirkette oluşan kayıp, denkleştirme veya istem hakkı tanınması yoluyla giderilmediği için zarara uğramış olmaları gerekir. Yani hakim şirkete doğrudan dava açılabilmesi için alacaklıların, bağlı şirkette hakim şirket tarafından verilen talimat nedeniyle bir kaybın oluştuğunu, bu nedenle alacağını tahsil edemediğini ispatlaması gerekecektir<sup>[195]</sup>.

Oysa bağlı şirketin, verilen talimatı uygularken<sup>[196]</sup> işlediği haksız fiil nedeniyle alacaklı olan kişiler söz konusu olduğunda, bağlı şirketin bu tür bir kayıbandan bahsedilemez. Keza bu durumda ortaya çıkan zarar, muhtemelen hem hakim hem bağlı şirket lehine, haksız fiil mağdurunun uğramış olduğu bir zarardır. Kaldı ki bu dava hakkının kullanılabilmesi için talimat nedeniyle oluşan kaybın ilgili hesap yılı içinde denkleştirilmemişse, zaman ve şekli belirtilerek bağlı şirkete kayba denk bir talep hakkının verilmemiş olması şartı getirilmiştir ki bu koşul dahi aslında maddede sözleşme nedeniyle alacaklı olanlar dikkate alınarak düzenleme yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla haksız fiil mağdurları, verilen talimatların neticesinde uğradıkları zararın tazmini için 206. maddeye dayanarak hakim şirkete doğrudan dava açamayacaktır.

Bununla birlikte maddede doğrudan dava hakkının kullanımını için, alacak hakkının kaynağı hususunda açık bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle bağlı şirketin haksız fiili nedeniyle alacaklı hale gelmiş kişilerin tazminat alacaklarını tahsili, bağlı şirketin verilen talimat nedeniyle kayba uğraması neticesi mümkün olmamışsa, bu alacaklıların da 206. maddeye dayanarak doğrudan hakim şirkete dava açabilecekleri kabul edilebilir.

[194] Bkz. OKUTAN NILSSON, 2009, s. 435.

[195] Bkz. OKUTAN NILSSON, 2009, s. 430, 431.

[196] Oysa, doğrudan hakim şirketin talimatı ile bağlı şirket tarafından işletilmeye başlanan ve hatta kârı doğrudan hakim şirkete aktarılan fabrikada, üretilen tarım ilacının meydana gelen patlama nedeniyle etrafa yayılması neticesi oluşacak zarar için, hakim şirkete haksız fiil temelinde başvurulup başvurulamayacağı da şüphelidir.

Bağlı şirketin alacaklılarının, zararları için doğrudan hâkim şirkete dava açabilecekleri bir başka hal de güvenden doğan sorumluluğudur. Nitekim hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılması ile oluşan güvenden de sorumlu tutulmuştur (m. 209). Gereğe'de İsviçre Federal Mahkemesi'nin Wibrü / Swissair kararından esinlenerek kabul edildiği ifade edilen<sup>[197]</sup> hakim şirketin güven sorumluluğuyla, şirketler topluluğuna özgü bir sorumluluk türünün yaratılmadığı, güven sorumluluğunun şirketler topluluğu ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda uygulanmasından ibaret olduğu belirtilmektedir<sup>[198]</sup>.

Bu sorumluluğun doğması için öncelikle itibarlı bir topluluğun varlığı gerekmektedir. Böyle bir toplulukta hakim şirket, güven uyandıran davranış ve beyanlarıyla, bağlı şirketle sözleşme yapmış veya yapacak kişiler nezdinde korunmaya değer haklı beklentiler yaratıp, bu beklentileri kusurlu olarak karşılamadığı takdirde, güvenen tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır<sup>[199]</sup>.

## 2. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Yoluyla Doğacak Sorumluluk

Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle, daha çok hâkim şirket tarafından zarara uğratılan bağlı şirket bağlamında, hâkim şirketin kârını maksimize etmek isteyen ortakları ile bağlı şirketin pasif veya azınlıkta kalan ortakları arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır<sup>[200]</sup>. Gerçi Kanun'da bağlı şirketin alacaklılarına da doğrudan hâkim şirketten tazminat talep etme olanağı getirilmiştir (m. 206/1). Ancak bu olanak ya tam hakimiyet şartına veya hakim şirket ile kurulmuş güven ilişkisinin varlığına bağlanarak oldukça sınırlı tutulmuştur. Dahası, bağlı şirketin alacaklıları için 206/1. madde ile getirilen doğrudan dava hakkı, yukarıda açıklandığı üzere şirketten sözleşme

[197] Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Şirketler Topluluğu 195 ila 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, s. 80, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)).

[198] Bkz. YILMAZ, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, X11 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 183, 184 – 297.

[199] Bkz. YILMAZ, S. 298, 299; OKUTAN NILSSON, Gül, Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, S. 2, ss. 35 – 54, s. 53

[200] Bu yönde bkz. SUSUZ, Kağan, “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Teşebbüs Kavramı”, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18 – 2, 2012, ss. 269 – 279, s. 272. Ayrıca krş. WRIGHT, s. 11.

nedeniyle alacaklı olan kişiler düşünülerek düzenlendiğinden, şirketten haksız fiil nedeniyle alacaklı olan kişilerce istisnai olarak kullanılabilir.

Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu'nda sadece hakim şirketin sorumluluğuna yer verilmiştir. Bu nedenle topluluktaki bir bağlı şirketin haklı bir neden olmadan kardeş şirket lehine gerçekleştirdiği işlem veya fiiller nedeniyle, bağlı şirkette oluşacak zarar için bu hükümlere başvurulamayacaktır.

Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nda şirket alacaklıları için getirilen bu olanaklar, eğer bir şirketler topluluğu olduğu kabul edilebilirse uygulanabilir. Örneğin yukarıda değinildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğu kavramı hâkimiyet olgusuna bağlanmıştır. Bu nedenle aralarında hâkimiyet ilişkisi olmayan eş düzeydeki şirketlerin oluşturdukları yapılarıdaki alacaklılar da bu yasal olanaklardan yararlanamayacaklardır<sup>[201]</sup>. Oysa bu tür yapılarda da şirketlerin birbirinin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulması ihtiyacını doğuracak problemlerin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir.

Kısacası, Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğu bağlamında şirket alacaklıları için getirilen olanaklar oldukça kısıtlıdır. Dolayısıyla tüm bu hallerde yargı kaynaklı bir teori olarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi akla gelen ilk çare olacaktır<sup>[202]</sup>.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, doktrinde öteden beri tartışılan ve Türk Mahkemeleri tarafından nispeten uzun zamandır uygulanan bir teoridir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ilişkin literatürün kapsamlı bir yorumu, çalışmamızın hem konusunu hem kapsamını aşar. Bununla birlikte konumuzla sıkı bir bağlantısı olan bu teorinin Türk Doktrini'nde ele alınışında öne çıkan hususlar şöyledir:

Öncelikle Türk Doktrini'nde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı, çoğunlukla şirket ve onu oluşturan nihai ortakları bağlamında, ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi suretiyle, ortakların sorumluluğuna gidebilme hukuki olanağı olarak anlaşılmakta ancak, farklı tüzel kişiler olarak şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı de kabul edilmektedir<sup>[203]</sup>. Yanı sıra

[201] Bkz. YILMAZ, s. 145, 146; Bkz. OKUTAN NILSSON, 2009, s. 68.

[202] Bu yönde bkz. NARÇİN TOSUN, Zelal, "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10-105, 2015, ss. 89 – 103, s. 94.

[203] PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 504; ANTALYA, Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008, ss. 143 – 152 s. 149; SAĞLAM, İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması



Türk Doktrini'nde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının yanında tüzel kişiliğin göz ardı edildiği durumları da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlandığı da söylenebilir<sup>[204]</sup>.

Türk Doktrini'nde ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hallerine ilişkin bazı tasnifler de yapılmaktadır<sup>[205]</sup>. Buna göre şirkete ait bir borçtan, onun nihai ortaklarının da sorumlu tutulması halinde, tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılmasından, ortağın şahsi borcundan dolayı şirket tüzel kişiliğinin sorumlu tutulması halindeyse tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasından bahsedilmektedir. Şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketlerin, diğerinin borcundan dolayı ayrı tüzel kişilikleri göz ardı edilerek sorumlu tutulması hali ise tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması kavramı ile anılmaktadır.

Öte yandan, Türk Doktrini'nde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren başlıca üç hal olduğu kabul edilmektedir. Bunlar yetersiz sermaye, tüzel kişi üzerinde belirli bir kişi veya grup tarafından hakimiyet kurulması (yabancı yönetim) ve tüzel kişi ile ortaklarının alanlarının organizasyon ve malvarlığı bakımından karışmasıdır<sup>[206]</sup>.

Şirket kayıtlarının düzgün ve doğru tutulmaması neticesinde şirkete ait malvarlığı ile ortakların malvarlığının, hangi malın kime ait olduğunun belirlenmesine izin vermeyecek bir şekilde birbirine karışması yahut şirket organizasyonunun, üçüncü kişilerce ortaklarından ayrı bir varlık olarak görülmesini sağlayacak şekilde oluşturulmaması, dolayısıyla alacaklının muhatabının kim olduğunu anlamasına imkan olmadığı durumlarda tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlığı bakımından karıştığı kabul edilmektedir<sup>[207]</sup>.

Şirket tüzel kişiliği üzerinde herhangi bir yolla hakimiyet kurmuş kişi veya grubun, bu hakimiyetini şirketin pasif ortakları ve alacaklılarının aleyhine,

---

Kavramına Genel Bir Bakış”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008, ss. 153 – 161, s. 154. 209.

[204] Bkz. ANTALYA, s. 147 vd; SAĞLAM, s. 156 vd; ÖZTEK, Selçuk / MEMİŞ, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008, ss. 195 – 216, s. 208, 201.

[205] Bu hususta bkz. TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, ss. 387 – 404, s. 398 vd; YANLI, s. 37 vd; ANTALYA, s. 204 vd; ULUCAN, Devrim, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, ss. 753 – 760, s. 757, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/316385> (Erişim Tarihi: 05.09.2018).

[206] Bkz. TEKİNALP / TEKİNALP, s. 396 vd; YANLI, s. 86 vd; SAĞLAM, s. 157 vd.

[207] Bkz. YANLI, s. 238, 239; SAĞLAM, s. 157, 158; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 203 vd.

kendi çıkarları için kullandığıdaysa yabancı yönetim nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelecektir<sup>[208]</sup>.

Her sermaye eksikliği, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açmaz. Bunun için borçlu şirkete ait sermayenin açıkça belli olan, fevkalade bir yetersizlik içinde olması gerekir<sup>[209]</sup>.

Son olarak, Türk Doktrini'nde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için, temel olarak Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi bağlamında dürüstlük kuralının ihlali ile hakkın kötüye kullanımının varlığının arandığı söylenebilir<sup>[210]</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Türk Yargısı tarafından da tanınan ve uygulanan bir teoridir. Bu nedenle Yargıtay'ın hangi koşullar altında tüzel kişilik perdesini kaldırdığına dair genel hatlarıyla bir fikir edinilmesini sağlayabilecek sayıda karardan bahsetmek mümkündür:

Buna göre Yargıtay, kararlarında gerek tek şirket ve onun nihai ortakları, gerek hâkim şirket ve bağlı şirket bağlamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceğini açık bir şekilde kabul etmektedir<sup>[211]</sup>. Ek olarak, Yargıtay'ın kardeş şirketlerin birbirinin borcundan sorumlu tutulabileceğini ifade ettiği ve bu yönde verdiği çok sayıda kararı vardır<sup>[212]</sup>.

Tüzel kişilik perdesi kaldırılırken kullanılan kriterlere bakıldığında Yargıtay'ın ortaklık yapısı, ortak yönetici ve temsilciler, şirketlerin aynı adreste faaliyet göstermeleri, ortak işçiler gibi hususları değerlendirdiği görülmektedir. Bu hususlar Anglo Sakson Hukuku Mahkemeleri'nin tüzel kişilik perdesini kaldırmak için baktığı hususlarla aynıdır. Bununla birlikte, Anglo Sakson Hukuku'na tabi ülkelerde yapılan kapsamlı tetkiklere Yargıtay kararlarında rastlamak zordur.

[208] Bkz. SAĞLAM, s. 158, 159; YANLI, s. 119.

[209] Bkz. YANLI, s. 116, 117; SAĞLAM, s. 159 vd.

[210] Bkz. YANLI, s. 252, 253; SAĞLAM, s. 155, 156; TEKİNALP / TEKİNALP, s. 396.

[211] “Başka bir anlatımla perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin ya da ana ortaklıkla yavru ortaklıkların özdeş kılınarak sorumlu tutulmasına olanak sağlanmaktadır.”, bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2012/4542, K. 2012/5447, T. 26.09.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

“Perdenin aralanması ile şirket kurucusu gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler içerisinde yer alan kardeş şirketler arasında da sorumluluğun gerçekleştiğinin kabulü sağlanabilir”, bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2016/4881, K. 2018/836, T. 28.02.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 12.08.2018).

[212] Örnek olarak bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/718, K. 2008/9343, T. 10.10.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018); Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2014/10384, K. 2015/8391, T. 23.12.2015, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

Bu yönden Yargıtay'ın sonuca daha zahmetsiz bir şekilde ulaştığı eleştirisi yapılmalıdır.

Türk Doktrini'nde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerekeceği ifade edilen hallere ilave olarak<sup>[213]</sup> Yargıtay kararlarında sıkça organik bağ kavramına atıf yapılmaktadır<sup>[214]</sup>. Organik bağ kavramının ceza hukuku dahil, kişiler arasında hukukun korumayacağı bir menfaatin elde edilmesi için kurulan / kullanılan ilişkiyi anlatmak üzere kullanıldığı söylenebilir. Bu yönden kavramın, bir şirketin borcundan, diğer bir şirketin veya nihai ortakların sorumlu tutulmasından çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu açıktır.

Öte yandan şirketler alanında verilen kararlarda ise sıkça; organik bağın olduğu durumlarda, yasaların dolanılması ya da borçtan kaçmak için temsilde farklı kişilere yer verildiğinden ve kişinin bağımsızlığının sınırlandırılıp, organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edileceğinden bahsedilmekte, organik bağın ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılacağı belirtilmektedir<sup>[215]</sup>. Bu ifadeler Anglo Sakson Hukuku'nda kullanılan araçsallık teorisini andırıyor olsa da<sup>[216]</sup>, Yargıtay'ın organik bağın tespitinde, davalılar arasında kontrol / hakimiyet ilişkisinin varlığını, zorunlu bir unsur olarak aradığı pek söylenemez<sup>[217]</sup>. Yargıtay ayrıca organik bağın var olduğu durumlarda, iktisadi bütünlüğün aranmayacağını da kararlarında sık sık ifade etmektedir<sup>[218]</sup>. Dola-

[213] Bkz. Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/12983, K. 2008/18877, T. 04.07.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

[214] Organik bağ kavramının bir değerlendirmesi için bkz. ÖZTEK / MEMİŞ, s. 209 vd.

[215] Bu konuda bkz. Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/12416, K. 2018/7588, T. 4.4.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018); Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/23001, K. 2018/104, T. 15.1.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018); Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/10138, K. 2018/4389, T. 27.2.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

[216] Bğl. krz. yuk. III, B, 2.

[217] Örneğin davalının, kredinin verildiği şirketin yanısıra, ortakları borçlu şirketin ortakları ile kardeş olduğu için bir diğer şirketin de sorumlu tutulmasına ilişkin talebi için, yerel mahkemenin muvazalı işlemler yapıldığının ispatlanmadığı gerekçesiyle verdiği ret kararı, Yargıtay tarafından eksik inceleme nedeniyle bozulmuştur, bkz. Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/8975, K. 2013/12399, T. 13.06.2013, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Benzer bir başka karar için bkz. Yargıtay, 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/1729, K. 2008/8953, T. 26.09.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

[218] Bkz. Yargıtay Kararı, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/6431, K. 2016/22286, T. 15.12.2016, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018); Yargıtay Kararı, 9. Hukuk Dairesi,

yısıyla bu kavram bu yönüyle de tek işletme sorumluluğu teorisinden farklılaşır. Kısacası organik bağ kavramının Yargıtay tarafından yaratılan kendine özgü bir gerekçe olduğu söylenebilir.

Kararlarda dikkat çeken hususlardan bir diğeri ise Yargıtay'ın, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle ortağa veya diğer bir şirkete başvurulabilmesi için, önce borçlu şirketin takip edilmesi ve bunun sonuçsuz kalmış olması koşulunu aramıyor olmasıdır. Buna örnek olarak gösterilebilecek kararlardan birisi şöyledir: Davacı tarafından, sözleşme akdettiği şirketle birlikte, hakim ortakları aynı olan ikinci bir şirkete karşı da doğrudan icra takibi başlatılmış, bu takip itiraz üzerine durmuştur. Yapılan yargılamada yerel mahkemenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla her iki şirketi birlikte sorumlu tutan kararı, Yargıtay tarafından muhalif üyenin karşı görüşüne rağmen onanmıştır<sup>[219]</sup>. Yine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerinin çokça yapıldığı işçi alacağına ilişkin bir davada davacı işçi, resmîyette fiilen çalıştırıldığı işyerinden başka bir işyerinde çalışıyormuş gibi gösterildiğini iddia ederek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle alacağının fiilen çalıştığını iddia ettiği şirketin iflas masasına da yazdırmak istemiştir. Yerel mahkeme perdenin kaldırılması talebinin ancak alacağın resmîyette işveren olarak gösterilen şirketten tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda dinlenebileceği gerekçesiyle ret kararı vermiştir. Yargıtay ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak alacağının masaya kaydının yapılması gerektiğini ifade ederek, kararı bozmuştur<sup>[220]</sup>.

Anılması gereken bir başka karar da Yargıtay'ın, yerel mahkemenin tüzel kişilik perdesini kaldırırken, şirketin yönetimde yer almayan pasif ortakları ile şirketin yönetiminde etkili olan aktif ortaklar arasında ayırım yaparak sadece ikincileri sorumlu tutan kararını onayladığı bir karardır. Yerel mahkemeye göre, şirket tüzel kişiliğinin davacı şirkete karşı olan borcundan dolayı, (sadece) pay sahibi olarak görünen davalılar, sınırlı sorumlu oldukları için sorumlu değildir. Oysa, yönetimde talimatları ile şirkete yön veren ve kararların oluşmasını sağlayan

E. 2015/6429, K. 2016/22287, T. 15.12.2016, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

[219] Bkz. Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi., E. 2014/10384, K. 2015/8391, T. 23.12.2015, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018)

[220] Bkz. Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi., E. 2011/4483, K. 2012/2139, T. 20.03.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Benzer bir karar için bkz. Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi., E. 2011/4350, K. 2012/2137, T. 20.03.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

hakim ortak sıfatını taşıyan davalıların tüzel kişilik perdesinin aralanması ile şirket zararından sorumlu olduklarının kabulü gerekmektedir<sup>[221]</sup>.

Öte yandan Yargıtay da tıpkı Anglo Sakson Hukuku'nda olduğu gibi tüzel kişilik perdesini kaldırırken dürüstlük kuralının ihlali ile kötü niyetin varlığını temel olarak aramaktadır<sup>[222]</sup>.

Son olarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebi en çok sözleşmenin ihlalden doğan alacak davalarında yapılmaktadır<sup>[223]</sup>. Nitekim tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak doğrudan haksız fiil bağlamında verilmiş bir Yargıtay kararı tespit edemedik. Sadece Soma'da gerçekleşen maden kazası nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini için, davalı şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebi ile açılan bir dava, Yargıtay tarafından usul yönünden reddedilmiştir<sup>[224]</sup>.

## C. Tek İşletme Sorumluluğu Teorisinin Türk Hukuku'ndaki Yansımaları

### 1. Yasal Düzenlemelerde

#### a. Türk Ticaret Kanunu'nda

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemeleri sayesinde, bağlı şirketin ortak ve alacaklıları doğrudan hâkim şirkete dava açma olanağına kavuşmuştur. Bu, topluluğu meydana getiren şirketlerin aslında hukuken ayrı tüzel kişiliklerden oluştuğu göz ardı edilerek, bir bütün olarak topluluk haline sonuç bağlanması ile sağlanmıştır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, tek işletme sorumluluğu teorisinde sorumluluğun doğumu için temel koşul; topluluğun aslında tek bir işletme oluşturduğunun kabul edilebiliyor olmasıdır. Bunun tespiti için ise kontrol ve ekonomik (gerçek) işletme olarak iki kriterden bahsedilir. Ekonomik işletme

[221] Bkz. Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/3251, K. 2016/6984, T. 23.6.2016, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Ayrıca bğl. yuk. IV, F, 116. dn.

[222] Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/718, K. 2008/9343, T. 10.10.2008, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

[223] Örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/938, K. 2014/13997, T. 17.09.2014, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 13.08.2018); Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2014/10384, K. 2015/8391, T. 23.12.2015, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 13.08.2018); Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/718, K. 2008/9343, T. 10.10.2008, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

[224] Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/3592 K. 2014/6536, T. 03.04.2014, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

kriterinde şirketler topluluğunun aslında tek bir işletme teşkil edip etmediğine ilişkin tespit, topluluktaki şirketlerin birleştirilmiş tek bir ekonomik amacı olduğunu gösteren bulgulara dayanılarak yapılır. Oysa sorumluluğun doğumu için hakim şirketin, herhangi bir yolla bağlı şirketi kontrol etmesi / hâkimiyeti altına almasının arandığı her durumda, işletmenin varlığının kontrol kriterine göre belirlendiği kabul edilir<sup>[225]</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nda, şirketler topluluğunun varlığı, iki şirket arasındaki hakimiyet / kontrol olgusunun varlığına bağlanmıştır. Hakimiyet olgusunun varlığı ise ekonomik göstergelerden çok, oy haklarının çoğunluğuna veya yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu seçme hakkına sahip olmak gibi şekilsel, yasal standartlara dayandırılmıştır. Bu nedenle, tek ticari işletme teorisi bağlamında, Türk Ticaret Kanunu'nda hakim şirket için öngörülen sorumluluğun, kontrol kriterine uygun olarak dizayn edildiği söylenebilir<sup>[226]</sup>.

Ancak Kanun'un 195/1 (b) maddesinde hâkimiyetin diğer yollarda ispatlanmasına izin verilmiş olması, yargının desteği ile ekonomik göstergelerin de hesaba katıldığı bir hâkimiyet testinin uygulanması yolunu da açık bırakmıştır.

[225] Bğl. krz. yuk. IV, E, 2, a.

[226] Bu noktada isim benzerliği nedeniyle bir karışıklığa yol açmaması için, topluluk statüsünün tayininde kullanılan kontrol ve tek elden ilkeleriyle, tek işletme teorisi kapsamında tek bir işletmenin varlığını tespitinde kullanılan kontrol ve ekonomik (gerçek) işletme kriterleri arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir.

Metinde de ifade edildiği üzere, tek işletme sorumluluğu teorisi bağlamında, sorumluluğun doğumu için hakim şirketin herhangi bir yolla bağlı şirketi kontrol etmesi / hâkimiyeti altına almasının arandığı her durumda, işletmenin varlığının kontrol kriterine göre belirlendiği kabul edilir. Buna karşılık topluluk statüsünün belirlenmesinde kullanılan kontrol ilkesi ise bir şirketin, diğer şirketi kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirebilecek kontrol öğelerine sahip olmasını gerekli ve yeterli bulur. Bu yönden her iki ilkenin örtüştüğü söylenebilir. Ekonomik (gerçek) işletme teorisinde ise tespit, topluluktaki şirketlerin birleştirilmiş tek bir ekonomik amacı olduğunu gösteren bulgulara dayanılarak yapılır. Doktrinde Okutan Nilsson tek elden yönetim ilkesinin uygulanmasında fiilen iktisadi bir bütünlüğün var olup olmadığını araştırıldığını söyler. Bu yönüyle tek elden yönetim kavramının, ekonomik (gerçek) işletme kavramına yaklaştığı görülmektedir. Ancak Yazar hemen ardından, bu durumun tespitinin güçlüğü nedeniyle yine de şirketin karar alma mekanizmasını etkileme imkanı veren hukuki kontrol öğelerine sahip olunup olunmadığına bakıldığını belirtir, bkz. s. 82. Bu nedenle Dearborn, haklı olarak bu ilke kapsamında gerçekleştiği varsayılan tek elden yönetimin (*unified direction*) sadece ekonomik yapının bir ürünü olmaktan ziyade hâkim şirketin, bağlı şirketler üzerindeki kontrol ve tahakkümünden kaynaklandığını ifade eder ve tek elden yönetim ilkesinin vatani olan Almanya'yı, tek işletme sorumluluğunun tespitinde kontrol kriterinin uygulandığı ülkeler içinde anar, bkz. s. 225, 226.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nda, şirket topluluklarına mutlak bir şekilde, bir bütün yani aslında tek bir işletmeymiş gibi muamele edilmesi de söz konusu değildir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğunun bütünlüğü hâkim şirket ile bağlı şirketin pasif veya azınlıkta kalan ortaklarının arasında doğabilecek menfaat çatışmalarını önlemek ve ikincilerin hâkimiyet ilişkisi nedeniyle uğrayabilecekleri zararların giderilmesi noktasından ele alınmıştır. Karşılığında bağlı şirketin alacaklılarına ise ancak istisnai şartlarda doğrudan hâkim şirkete dava açma hakkı verilmiştir.

### **b. Rekabet Kanunu'nda**

Rekabet hukuku tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin ilkelerin hâlihazırda yasal düzenlemelerde kabul gördüğü, dolayısıyla yargı dâhil doğrudan uygulandığı alanlardan birisidir. Nitekim işlem veya eylemleri rekabete aykırılığı açısından soruşturulan aktörlerin -ayrı tüzel kişiliklere sahip olsalar da- aralarında ekonomik bir bütünlük oluşturmamış oldukları tetkik edilmekte ve hukuki sonuç bu ekonomik bütünlüğün varlığına bağlanmaktadır<sup>[227]</sup>.

Türk Rekabet Hukuku'nda bu ekonomik bütünlüğe 'teşebbüs' ismi verilmiştir. Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir. Görüleceği üzere bu tanımla teşebbüsün varlığı ayrıca birden fazla birimin ekonomik açıdan bir bütün teşkil edip etmediği kriterine bağlanmıştır. Hatta bu doğrultuda Kanun Gerekçesi'nde açıkça şirketler topluluğu için yavru şirketlerin (bağlı şirketlerin) tek başına değil bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirileceği de belirtilmiştir (4054 sayılı Kanun / Madde Gerekçeleri / (m. 3).

Birden fazla birimin ekonomik açıdan bir bütün teşkil edip etmediğine dair yapılan tetkikte kullanılan kriterler ise temel olarak Amerikan Hukuku'ndaki teoriler baz alınarak Rekabet Kurumu kararları ile somutlaştırılmıştır. Bu açıdan rekabet hukuku alanında da ekonomik bütünlüğün tespitinde temel kriter kontroldür<sup>[228]</sup>. Ancak kontrolün tespitinde sadece şekil ve yapı değil, esasın dikkate alınması kabul edilmekte, bu doğrultuda iki şirket arasındaki

[227] Bkz. Rekabet Kurulu, K. 14-15/277-119, T. 16.04.2014 sayılı karar, s. 59, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

[228] Bkz. Rekabet Kurulu, K. 14-15/277-119, T. 16.04.2014 sayılı karar, s. 59, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).  
Ayrıca bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/5747, K. 2012/43884, T. 18.12.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

ortaklık ve yönetim yapısının dışında, şirket organizasyon yapılarının uzun süreli farklılığı, finansal ilişkiler, şirket adreslerinin aynılığı, basında çıkan haberler, sosyal medya paylaşımları, ilgili piyasa aktörlerinin beyanları vb hususlar da değerlendirilmeye alınmaktadır<sup>[229]</sup>.

## 2. Türk Doktrini'nde

Müteaddit defalar ifade edilmeye çalışıldığı üzere, tek işletme sorumluluğu teorisinin temelinde, fiiliyatta ortak bir ticari amaca yönelmiş şirketler topluluğunun gerçekte tek bir işletme oluşturacağı, dolayısıyla birbirlerinin borcundan sorumlu tutulabilecekleri düşüncesi yatar. Tek işletmenin işaret ettiği ekonomik bütünlük unsurunun, bir şirketin diğerinin borcundan sorumlu tutulmasını sağlayacağı, Türk Doktrini'nde de kabul görür ve kardeş şirketler bağlamında tartışılır<sup>[230]</sup>. Ancak Türk Doktrini'nde, gıda, finans, otomotiv gibi birbirinden tamamen farklı ticari ve iktisadi faaliyetlerde bulunan büyük çaplı topluluklarda kardeş şirketler arasında iktisadi bir bütünlüğün olmayacağı, dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılamayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, kardeşler arasında perdenin kaldırılması ancak tek bir iktisadi işletmenin yürüttüğü farklı faaliyetler için ayrı tüzel kişiliklerin kurulması durumunda söz konusu olabilir. Bir başka ifade ile toplulukta yer alan şirketlerin faaliyetlerinin birbirini tamamlayıcı olması aranmaktadır<sup>[231]</sup>.

Ancak bu bakış açısı her zaman adil sonuçlar vermeyebilir. Örneğin basım, dağıtım ve satış gibi yayıncılık faaliyetinin çeşitli aşamalarını gerçekleştirmek üzere kurulan farklı şirketlerin yer aldığı bir toplulukta, bu şirketlerin işçilerinin yemek ihtiyacını karşılamak için kurulan şirketin faaliyet konusunun, yayıncılık faaliyetinin tamamlayıcısı olduğundan bahsetmek zordur. Ancak ortak bir ticari amacın güdüldüğü açıktır.

Oysa Anglo Sakson hukuku doktrin ve uygulamalarında şirketlerin faaliyetlerinin aynı / benzer olmasından ziyade, bir bütün olarak topluluğun kazancını maksimize etme hedefi altında entegre olmuş bir işletmenin parçası olarak, karşılıklı operasyonların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmak suretiyle topluluğun ekonomik yapısının tetkiki üzerinde durulmaktadır<sup>[232]</sup>.

[229] Bu konuda bkz. Rekabet Kurulu, K. 10-78/1643-608, T. 16.12.2010 sayılı karar, s. 14 vd; Rekabet Kurulu, K. 10-78/1645-609, T. 16.12.2010 sayılı karar, s. 38 vd, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

[230] Bkz. ÖZTEK / MEMİŞ, s. 210

[231] Bkz. SEVEN / GÖKSOY, s. 2466; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208, 209.

[232] Bğl. krz. yuk. IV, E, 2, b-IV, İ, 2.



### 3. Yargıtay Kararlarında

Aslında Yargıtay'ın tek işletme sorumluluğu teorisini hâlihazırda çelişkili bir şekilde uyguladığı söylenebilir. Keza bir yandan bu teoriye uygun bir şekilde kararlar verirken, diğer yandan buna uygun olarak verilmiş kararları bozabilmektedir:

Yargıtay'ın tek işletme sorumluluğu teorisine uygun olarak verdiği söylenebilecek ilk karar aynı zamanda doktrinde, Yüksek Mahkeme'nin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini ilk olarak uyguladığı kabul edilen karardır<sup>[233]</sup>. Karara konu olan olay kısaca şöyledir:

Davacı şirket, davalı Ege Limited Şirketi'ne sattığı malın bedeli olan 62.680,00 Dolar ile diğer davalı şirket olan Ege Anonim Şirketi'ne sattığı malın bedeli olan 31.340,00 Dolar olmak üzere toplam 94.020,00 Dolar'ın davalı şirketlerden müştereken ve müteselsilen tahsilini talep eder.

Davalılardan Ege Anonim Şirketi 62.680,00 Dolar'dan, yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığı, 31.340,00 Dolar'lık borçtan ise borcun davacı şirketin yazılı rızasıyla Ege Limited Şirketi'ne devredildiği için sorumlu olmadığı yönünde savunma yapar. Ancak diğer davalı Ege Limited Şirketi'nin ödeme kabiliyeti yoktur. Davanın görüldüğü İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi hâkimi, bilirkişi raporundan hareketle iki ihtimal üzerinde durmuştur. Bunlardan ilki Ege Anonim Şirketi'nin ayrılık ilkesine dayanan savunması bağlamında davalı şirketlerin farklı tüzel kişilikler olduklarının tartışmasız olduğu, dolayısıyla –borcun nakli de geçerli sayıldığında- borcun tamamından Ege Limited Şirketi'nin sorumlu olduğudur. İkinci ihtimal ise davalı şirketlerin hukuk önünde sahip oldukları ayrı tüzel kişiliklere rağmen, farklı tüzel kişilikler olgusunun biçimsel olarak ele alınamayacağı, uyumsuzluğun iktisadi ve ticari boyutları ile değerlendirilmesi gerektiği, her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşlikten hareketle, söz konusu şirketlerin aynı ve tek kişi olarak kabul edilmesinin gerekli olmasıdır.

Mahkeme, davalı şirketleri sözleşme tarihleri itibarıyla temsil ve ilzama yetkili kişilerin yanı sıra ortaklarının da aynı olmasına binaen ikinci ihtimali geçerli kılarak, davalı şirketlerin hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa da, iktisadi açıdan aralarında bir özdeşlik olduğu, bu bağlamda davalı Ege Anonim Şirketi'nin borçtan Ege Limited Şirketi'nin sorumlu olduğu yönündeki savunmasının Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğu

[233] Bkz. İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, E. 2002/843, K. 2005/64, 17.02.2005 tarihli kararı. İlk derece mahkemesinin kararı ve değerlendirmeler için bkz. SEVEN, Vural / GÖKSOY Y. Can, "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 80–6, 2006, ss. 2455 – 2470.

sonucuna vararak, her iki şirketi de borçtan müteselsilen sorumlu tutmuştur. Bu karar Yargıtay tarafından gerekçeleri üzerinde bir tartışma yapılmadan onaylanmıştır<sup>[234]</sup>.

Görüleceği üzere kararda doğrudan tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin argümanlar kullanılarak sonuca varılmıştır. Keza diğer şirket borçtan sorumlu tutulurken bakılan temel husus bu iki şirketin iktisadi olarak bir bütünlük arz etmeleridir<sup>[235]</sup>. Bir başka ifade ile tek bir işletme oluşturuyor olmalarıdır. Gerçi karar, tek işletme sorumluluğu teorisinin Amerikan uygulamasından farklı olarak yine dürüstlük kuralının ihlaline bağlanmış gibi görünmektedir. Ancak dikkat edilirse olayda dürüstlük kuralının ihlali olarak görülen husus; fiiliyatta diğer şirketle iktisadi bir bütünlük içinde olmalarına rağmen, borcu ödemeyi reddetmeleridir. Bunun dışında kararda ayrı tüzel kişiliklerin kötüye kullanıldığını gösteren başkaca bir husus anılmamıştır. Ege Limited Şirketi'nin ödeme kabiyetinin olmamasından bahsedilse de, bunun şirketin içinin boşaltılması, kasıtlı olarak yetersiz sermaye ile kurulmuş olması vb bir durumun sonucu olduğuna dair bir tespit de yoktur. Hatta sadece ortaklık yapısına ve temsilcilerin aynı kişilerden oluşmasına bakılarak iktisabi bir bütün oluşturdukları sonucuna varılması, teorinin Anglo Sakson uygulamaları ile karşılaştırıldığında<sup>[236]</sup> çok daha 'esnek' bir yaklaşıma işaret etmektedir. Bu karar tek değildir. Tespit edebildiğimiz diğer bir karar da şöyledir<sup>[237]</sup>:

Davacı, davalılardan F1 (Dış Ticaret) Limited Şirketi ile yapılan satış sözleşmesi kapsamında, F1 Limited Şirketi'nden teminat alındığını ancak teminat bedelinin tamamını ödeyemediğini ifadeyle, davalı şirketlerin tüzel kişiliklerinin çapraz olarak kaldırılması için tüm koşulların oluştuğunu zira davalı şirketlerin unvan ve faaliyet alanlarının aynı olduğunun, her iki şirket ortaklarından K4 ve K5'in evli olduğunun, F1 Şirketi'ne yapılan haciz sırasında bilgisayarda F1 Anonim Şirketi'ne ait antetin kullanıldığının, F1 Limited Şirketi'ne yapılan icra kapsamında limanda bulunan mal için F1 Anonim Şirketi'nin istihkak iddiasında bulunduğu, limanda haczedilen çimentoların sevk irsaliyeleri ve kantar fişlerinde F1 Limited Şirketi ibaresinin silinerek F1 Anonim Şirket olarak düzeltilmişinin mahkemece tespit edildiğini, yapılan hacizden evvel F1 Export

[234] Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2005/8774, K. 2006/5232, T. 12.05.2006, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

[235] Bu yönde bkz. SEVEN / GÖKSOY, s. 2465.

[236] Bu teoriyi uygulayan Amerikan Mahkemeleri'nin baktığı kriterler için bğl. krz. yuk. IV, İ, 2.

[237] Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2014/7187, K. 2015/4144, T. 24.03.2015, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Limited olarak web sayfasında F1 Anonim Şirketi'ne ait bilgilerin olduğunu ve F1 Limited Şirketi'nin F1 Anonim Şirketi adı altında mal kaçırma girişimlerinin olduğunu iddia ederek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak F1 Limited Şirketi'nin borcundan F1 Anonim Şirketi'nin de aynen sorumlu olduğunun tespiti ve müteselsilen tahsilini istemiştir. Davalı (F1 Anonim Şirketi) ise davacı ile F1 Limited Şirketi arasında yapılan sözleşmede taraf olmadıklarını, tamamen farklı tüzel kişilikler olduğunu ve faaliyet alanlarının farklı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Yerel mahkemeye davalı şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirir koşullar oluşmadığı için ret kararı vermiştir.

Ancak Yargıtay, her iki bilirkişi raporunda da davalı şirketler arasında organik bağ, yönetsel özdeşlik, dışa karşı yaratılan algı nedeniyle tek bir ekonomik ünite olarak değerlendirilmesi gerektiği hususunda birlik olduğunu hatırlatarak, raporlardaki veriler ışığında davalı şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olduğu yolundaki savunmaların hakkın kötüye kullanımını niteliğinde olduğu kanaatine varmış ve olayda tüzel kişilik perdesini kaldırılması teorisinin uygulanma koşullarının gerçekleştiğine karar vermiştir.

Keza bilirkişi raporlarında; her iki davalının aynı unvanı kullanması ile üçüncü kişiler nezdinde her iki şirketin de aynı kişilere ait grup şirketler olduğu, tek bir ekonomik bütünlüğün var olduğu ve yönetsel özdeşlik bulunduğu yönünde kuvvetli bir algı oluşturduğu, her iki şirketin hâkim ortaklarının karı koca olan aynı kişiler olmasının ekonomik bütünlüğün önemli bir göstergesi olduğu, hâkim ortakların davalı şirketlerde yönetim kurulu başkan ve başkan yardımcısı olmasının, birinin limited şirkette diğerinin anonim şirkette temsil ve ilzama yetkili olmalarının her iki şirketin yönetiminde özdeşlik olduğunun göstergesi olduğunu, şirketlerin faaliyet alanlarında da büyük bir kesişme olduğunu, şirketlerin birbirine kefil olduğunu ve bu durumun da ekonomik bütünlük ve özdeşlik noktasında önemli bir delil olduğunu, sulh mahkemesi tarafından her iki şirket arasında organik bağ, iktisadi özdeşlik ve yönetsel özdeşliğin saptandığı yönünde görüş bildirilmiştir.

Kararda organik bağ, yönetsel özdeşlik ve üçüncü kişilerde yaratılan olgular gibi bazı kavram ve gerekçelere yer verilmekle birlikte, bu davada da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kararında davalı şirketlerin ekonomik bir bütün oluşturuyor olmasına dayanılmış ve fiiliyatta ekonomik bir bütün olmalarına rağmen, birinin diğerinin borcundan sorumlu olmadığına dair savunması dürüstlük kuralının ihlali olarak kabul edilmiştir.<sup>[238]</sup>

[238] Yargıtay'ın bu kararı oy çokluğu ile verdiği de belirtilmelidir. Keza muhalif kalan üye, davalı F1 Limited Şirketi'nin borcunu ödeyememiş olmasına rağmen, dosyada hâkim ortaklar K4 ve K5'in satış bedelini şahsi mal varlıklarına aktardığına veya davalı şirketin tüzel

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay'ın kararları çelişkilidir. Keza bir başka kararda ilk derece mahkemesinin tek işletme sorumluluğu teorisine uygun olarak verdiği karar bozulmuştur:

Dava, davacı şirketin, aralarındaki distribütörlük anlaşması gereği dava dışı Motorlu Taşıtlar İş Tarım Makine Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'ne teslim ettiği traktörlerin bedelinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla topluluktaki bir başka şirketten tahsili istemine ilişkindir. Yerel mahkeme davalı şirketin web sayfasındaki bilgiler, satımın gerçekleştiği tarihte davalı şirket ile dava dışı şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı kişiler olması, davalı şirket yönetim kurulu başkanı tarafından dava dışı şirketi kurduklarına ilişkin gazeteye verilen beyanlar, davalı şirket adına görüşme ve yazışmaları yürüten kişinin elektronik posta içerikleri, faturalarda dava dışı Motorlu Taşıtlar İş Tarım Makine Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'nin teslim alan, davalı şirketin ise alıcı olarak yazılmış olması, ödemelerin dava dışı şirket tarafından yapılacağına ilişkin elektronik posta içerikleri temelinde, şirketler arasında iktisadi açıdan özdeşlik bulunduğu kanaatiyle dürüstlük kuralı göz önüne alınarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilmiştir.

İlginçtir ki bu sefer Yargıtay, iki şirket arasında iktisadi açıdan özdeşlik bulunduğu gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmış olsa da, dosya içeriğinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektiren bilgi ve belgeden mahrum olduğunu belirterek, kararı bozmuştur<sup>[239]</sup>. Oysa perdenin kaldırılmasını kabul ettiği diğer davalarla karşılaştırıldığında, iki şirket arasındaki birliği gösteren daha fazla emare söz konusudur.

Özetle Yargıtay, kardeş şirketler söz konusu olduğunda tüzel kişilik perdesini, doktrinde de ifade edildiği üzere<sup>[240]</sup> bu şirketler arasında ekonomik bir bütünlük olduğu gerekçesine dayanarak kaldırmaktadır. Bu, tek işletme sorumluluğu teorisinin Yargıtay tarafından hâlihazırda uygulandığını gösterir. İki şirket arasında ekonomik bütünlüğün olup olmadığı tetkik edilirken bakılan kriterler arasındaysa tespit edebildiğimiz kadarıyla; şirket ortaklarının aynı

---

kişiliği ardına saklandıklarına böylece ayrılık ilkesini kötüye kullandıklarına dair yeterli bir delil olmadığı, perdenin kaldırılması için gerekli koşulların oluşmadığı, oluşmuş sayılsa bile F1 Limited Şirketi'nin tüzel kişiliğinin göz ardı edilerek hâkim ortakların sorumlu tutulabileceğini, yoksa hâkim ortakların aynı olmasının tek başına F1 Anonim Şirketi'nin, F1 Limited Şirketi'nin borçlarından sorumlu tutulmasına yetmeyeceği itirazlarında bulunmuştur.

[239] Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/17898, K. 2017/3683, T. 11.05.2017, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

[240] Bkz. SEVEN / GÖKSOY, s. 2466; ULUCAN, s. 757; ÖZTEK / MEMİŞ, s. 208, 209.

kişilerden oluşup oluşmadığı<sup>[241]</sup>, şirket yöneticilerinin, şirketi temsile yetkili kişilerin aynı kişiler olup olmadığı, faaliyet alanlarının aynı veya benzer olması, birbirlerine kefil olmaları vardır. Bu kriterler Anglo Sakson hukuku doktrin ve yargı uygulamalarında değerlendirmeye alınan kriterlerle paralel olsa da, sadece bir kaçıdır<sup>[242]</sup>.

---

[241] “Ticaret sicil kayıtlarından şirketlerin kuruluş aşamasındaki ortaklık yapıları gözetildiğinde, davalı Ö. Limited Şirket’in tüzel kişiliğinin bağımsızlığını ileri sürerek, dava dışı E. Limited Şirketi’nin borcundan sorumlu tutulamayacağını savunması Medeni Kanun’un 2. maddesine aykırıdır. Yargıtay uygulamasında tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması hallerinde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak sorumluluk kabul edilmektedir”, bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/718, K. 2008/9343, T. 10.10.2008, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)... (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

[242] Bğl. krz. yuk. IV, E, 2, b-IV, İ, 2.

## VI. SONUÇ

Tek işletme sorumluluğu teorisi şirket topluluklarında, alacaklıya karşı hakim şirketin bağlı şirketlerinden sorumluluğu başta olmak üzere, topluluk-taki şirketlerin bir bütün olarak sorumlu tutulmasını hedefleyen bir teoridir. Anlaşılacağı üzere, şirket karşısında başta haksız fiil mağdurları olmak üzere alacaklıyı koruyan bir teori olup, bu yönüyle nihai veya şirket ortağı koruyan sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkeleriyle şekillenmiş şirketler hukukunda protestan bir yaklaşımı temsil ettiği söylenebilir.

Bu teori aynı zamanda -doktrindeki giderek artan savunucularına ragmen- kanun koyucuların duruma göre muamele ettiği bir teoridir. Keza alacaklının devlet olduğu vergi hukuku veya yine kamu yararının üstün tutulduğu rekabet hukuku gibi alanlarda tek işletme sorumluluğunu kabul etmekte zorlanmayan devletler, özel hukuk alacaklılarının şahsi menfaatleri söz konusu olduğunda sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkelerinin katı uygulamalarını tercih etmektedir. Kanun koyucuların bu tutumu genel olarak mahkemelere de yansımaktadır. Bununla birlikte başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, tek işletme sorumluluğu teorisinin yargı alanında doğrudan uygulandığı örnekler de söz konusudur. Hatta adaletin gerekleri ile şirketler hukukunun ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerine sıkıca sarılmış yapısı arasında sıkışan daha ılımlı mahkemelerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kullanılan geleneksel teorileri uygularken, dolaylı olarak tek işletme sorumluluğu teorisine ilişkin unsurları kullandıkları da görülmektedir.

Bu teori, Türk Hukuku'nda hali hazırda rekabet hukukunda doğrudan kabul görmüş bir teori olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'nda da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kabulü ile dolaylı olarak var olduğu söylenebilir. Yargıtay'ın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili kararlarında ise doğrudan adı koyulmadan ve çelişkili olarak uygulanmaktadır.

**KAYNAKÇA****Kitap ve Makaleler**

**ALTING**, Carsten, “Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 2, 1995, ss. 187 – 251.

**ANTALYA**, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, 2008, ss. 143 – 152.

**ARONOFSKY**, David, “Piercing the Transnational Corporate Veil: Trends, Developments, and the Need for Widespread Adoption of Enterprise Analysis”, *North Carolina Journal International and Commercial Regulation*, Vol. 10–1, 1985, ss. 31 – 86.

**BACON**, Kyle M., “The Single Business Enterprise Theory of Louisiana’s First Circuit: An Erroneous Application of Traditional Veil Piercings”, *Louisiana Law Review*, Vol. 63–1, 2002, ss. 75 – 110.

**BAKER**, David. S. / **KILLINGSWORTH**, V. Scott, “An American View Through the Corporate Veil”, *International Business Lawyer*, Vol. 6, 1978, ss. 267 – 282.

**BARHAM**, Misty Haberer, “The Death of the Single Enterprise Theory: What Now?”, *San Antonio Lawyer*, 2009, ss. 16 – 17, <https://c.ymcdn.com/sites/www.sanantoniobar.org/resource/resmgr/imported/SingleEnterprise.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

**BELENZON**, Sharon / **LEE**, Honggi / **PATACCONI**, Andrea, “Towards a Legal Theory of the Firm: the Effects of Enterprise Liability on Asset Partitioning, Decentralization and Corporate Group Growth”, *National Bureau of Economic Research Working Paper 24720*, 2018, <http://www.nber.org/papers/w24720.pdf> (Erişim Tarihi: 01.08.2018).

**BERLE**, Adolf A., “The Theory of Enterprise Entity”, *Columbia Law Review*, Vol. 47–3, 1947, ss. 343 – 358.

**BLUMBERG**, Phillip. I., “Limited Liability and Corporate Groups”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 11, 1986, ss. 573 – 631.

**BRABANT**, Stéphane / **SAVOUREY**, Elsa, “Scope of the Law on the Corporate Duty of Vigilance”, [http://www.bhrinlaw.org/frenchcorporateduty-law\\_articles.pdf](http://www.bhrinlaw.org/frenchcorporateduty-law_articles.pdf) (Erişim Tarihi: 23.07.2018).

**BROWN**, Nancy J., “Texas High Court Rejects Single Business Enterprise Theory”, Legal Backgrounder, Vol. 24-2, 2009, ss. 1 – 4, [http://wlf.org/upload/1-16-09Brown\\_LegalBackgrounder.pdf](http://wlf.org/upload/1-16-09Brown_LegalBackgrounder.pdf) (Erişim Tarihi: 21.06.2018).

**BURGESS**, Richard H., “Liability of Parent Corporation for Tort of Subsidiary”, Cleveland State Law Review, Vol. 12, 1963, ss. 177 – 184.

**BURROWS**, Malcolm, “Holding Company Liability for Debts of Subsidiary”, Dundas Lawyers, 2017, <https://www.dundaslawyers.com.au/holding-company-liability-for-debts-of-subsiary/> (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

**CAZENAVER**, Dean P., “Single Business Enterprise Theory Continues to Gain Ground”, <https://www.louisianalawblog.com/business-and-corporate/single-business-enterprise-theory-continues-to-gain-ground/> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

**CLAUSEN**, Nis, “Use of the American Doctrine of Piercing the Corporate Veil: An Argument in Danish Business Law”, International Tax & Business Lawyer, Vol. 5, 1987, ss. 44- 69.

**DEARBORN**, Meredith, “Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups”, California Law Review, Vol. 97, 2009, ss. 195 – 261.

**DE JONGE**, Alice de / **TOMASIC**, Roman (Editors), Research Handbook on Transnational Corporations, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom 2017.

**DROBYEN**, Eric, “Is Your Company Part of a Controlled Group? You Need to Know or Risk 401(k) Plan Disqualification”, <https://www.employeebenefits.com/blog/is-your-company-part-of-a-controlled-group-you-need-to-know-or-risk-401k-plan-disqualification> (Erişim Tarihi: 06.07.2018).

**DURMUŞ KARATAŞ**, Neslihan, “Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 1-2, 2015, ss. 71 – 84.

**EASTERBROOK**, Frank H. / **FISCHEL**, Daniel R., “Limited Liability and the Corporation”, The University of Chicago Law Review, Vol. 52, 1985, ss. 89 – 117.

**FENG**, Xue, Corporate Liability Towards Tort Victims in the Personal Injury Context, Doctora Thesis, Queen Mary University of London, 2017, [https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/39748/Feng\\_X\\_PhD\\_final\\_290518.pdf?sequence=1](https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/39748/Feng_X_PhD_final_290518.pdf?sequence=1) (Erişim Tarihi: 21.06.2018).



**GROSSWALD CURRAN**, Vivian, “Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17- 2, 2016, ss. 403 – 446.

**HANSMANN**, Henry / **KRAAKMAN**, Reinier, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, ss. 1879 – 1934.

**HERSZBERG**, Daniel, “Salomon v. Salomon: Have the Liquidator’s Arguments Been Buried with Time?”, *Corporate Governance eJournal*, 2017, ss. 1 – 13.

**HILLMAN**, Robert W. / **LOEWENSTEIN**, Mark J. (Editors), *Research Handbook on Partnership, LLC’s and Alternative Forms of Business Organizations*, Edward Elgar Publishing Limited, Great Britain 2015.

**IBARGUEN**, Marcos, *The Corporate Entity and Piercing the Corporate Veil*, Master of Comparative Jurisprudence, New York University School of Law, 1994, <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/corporate-entity-piercing-corporate-veil.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

**KAHAN**, Daniel R., “Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, 2009, ss. 1085 – 1110.

**KLEMME**, Howard C., “The Enterprise Liability Theory of Torts”, *University of Colorado Law Review*, Vol. 47, 1976, ss. 153 – 232.

**KOHN**, Richard S., “Alternative Methods of Piercing the Corporate Veil in Contract and Tort Cases”, *Boston University Law Review*, Vol. 48, 1968, ss. 123 – 141.

**KOKAZ**, C. Jocelyne, “Piercing the Corporate Veil: A Comparative Analysis”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, C. 30–46, 1996, ss. 25 – 47.

**KRAVTSOVA**, Tetiana / **KALINICHENKO**, Ganna, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for Its Subsidiary”, *Corporate Ownership & Control*, Vol. 14-1, 2016, ss. 684 – 691.

**LANDERST**, Jonathan M., “A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 42–4, 1975, ss. 589 – 652.

**MATHESON**, John H., “The Modern Law of Corporate Groups: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil in the Parent – Subsidiary Context”, *North Carolina Law Review*, Vol. 87, 2009, ss. 1091 – 1156. (MATHESON, 2009)

**MATHESON**, John H., “The Limits of Business Limited Liability: Entity Veil Piercing and Successor Liability Doctrines”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 31, 2004, ss. 411 – 450. (MATHESON, 2004)

**MATHESON**, John H. / **OLSON**, Brent A., “A Call for A Unified Business Organization Law”, *The George Washington Law Review*, Vol. 65–1, 1996, ss.1 – 48.

**MILES**, Chris, 10 Corporations Control Almost Everything You Buy — This Chart Shows How, <http://www.informationclearinghouse.info/article36743.htm> (Erişim Tarihi: 10.05.2018).

**MONTANO**, Marilyn, “The Single Business Enterprise Theory in Texas: A Singularly Bad Idea?”, *Baylor Law Review*, Vol. 55, 2003, ss. 1163 – 1201.

**MORGAN**, Phillip, “Vicarious Liability for Group Companies: the Final Frontier of Vicarious Liability?”, *Journal of Professional Negligence*, Vol. 31–4, 2015, ss. 276 – 299.

**MUCHLINSKI**, Peter, “Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, 2010, ss. 915–928.

**NARÇİN TOSUN**, Zelal, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10–105, 2015, ss. 89 – 103.

**OKUTAN NILSSON**, Gül, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009. (OKUTAN NILSSON, 2009)

**OKUTAN NILSSON**, Gül, “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2013, ss. 35 – 54. (OKUTAN NILSSON, 2013)

**ORN**, Philip, *Piercing the Corporate Veil – a Law and Economics Analysis*, Master Thesis, İsveç, University of Lund Faculty of Law, 2009, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=15633148&fileOID=1566244> (Erişim Tarihi: 03.07.2018).

**ÖZTEK**, Selçuk / **MEMİŞ**, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008, ss. 195 – 216, s. 208, 209.

**PIERCE**, Sarah B., “State Taxation – Unitary Business / Formula Apportionment Tax Accounting Method – Application of a Three Factor Formula to Apportion Income of Foreign – Parent Corporations for State Tax Reporting Purposes Does Not Violate the Commerce Clause or the Due Process Clause of the U.S. Constitution – Barclays Bank Int’l, Ltd. v. Franchise Tax Bd., 10 Cal. App. 4th 1742, 14 Cal. RPT.R. 2d 537 (Cal. Ct. App. 1992), Modified, Reh’g Denied, 11 Cal. App. 4th 1678A (Cal. Ct. App. 1992)”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, 1993, ss. 89 – 110.

**PLEASANT**, Daniel B., “Using the Single-Enterprise Doctrine to Hold Sister Corporations Liable”, *Plaintiff Magazine*, 2013, ss. 1–3, [https://www.plaintiffmagazine.com/images/issues/2013/08-august/reprints/Pleasant\\_Using-the-Single-Enterprise-Doctrine-to-hold-sister-corporations-liable\\_Plaintiff-magazine.pdf](https://www.plaintiffmagazine.com/images/issues/2013/08-august/reprints/Pleasant_Using-the-Single-Enterprise-Doctrine-to-hold-sister-corporations-liable_Plaintiff-magazine.pdf) (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

**PULAŞLI**, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

**RAMSAY**, Ian M. / **NOAKES**, David B., “Piercing the Corporate Veil in Australia”, *Company and Securities Law Journal*, Vol. 19, 2001, [https://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0008/1710089/122-Piercing\\_the\\_Corporate\\_Veil1.pdf](https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0008/1710089/122-Piercing_the_Corporate_Veil1.pdf) (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

**SAĞLAM**, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu No: I*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008, ss. 153 – 161.

**SEVEN**, Vural / **GÖKSOY** Y. Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80–6, 2006, ss. 2455 – 2470.

**SKINNER**, Gwynne, “Parent Company Accountability Ensuring Justice for Human Rights Violations”, *The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) Report*, 2015, <https://justice-project.org/wp-content/uploads/2017/07/pcap-report-2015.pdf> (Erişim Tarihi: 09.07.2018).

**SÖYLEMEZ**, Caner, *İşletmelerde Temsil Maliyetlerinin Test Edilmesi; Tük İmalat Sektörü Üzerine Ampirik Bir Uygulama*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007, s. 31 vd, <http://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjsk8zPlevfAhVLIswKH R94CnYQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Ffacikarsiv.ankara.edu.tr%2Fbrowse%2F1764%2F2420.pdf&usg=AOvVaw3MaMYs51QZfH-Y0-Wv73S0> (Erişim Tarihi: 30.12.2018).

**SØRENSEN**, L. A., “Parental Liability for Externalities of Subsidiaries, Domestic and Extraterritorial Approaches”, *Dovens Schmidt Quarterly* (Doi: 10.5553/DQ/221199812014002003003), 2014, ss. 102 – 118.

**SUSUZ**, Kağan, “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Teşebbüs Kavramı”, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18 – 2, 2012, ss. 269 – 279.

**TEKİNALP**, Gülören / **TEKİNALP**, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, ss. 387 – 404.

**TEKİNALP**, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Hüseyin Hatemiye Armağan, C. II, İstanbul 2009, ss. 1543 – 1556.

**THOMSON**, Robert B., “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1991, ss. 1036 – 1074.

**ULUCAN**, Devrim, “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, ss. 753 – 760, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/316385> (Erişim Tarihi: 05.09.2018).

**YANLI**, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım, İstanbul. 2000.

**YILMAZ**, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, X11 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 145, 146.

**WRIGHT**, Glen, “Risky Business the Case for Enterprise Analysis at the Intersection of Corporate Groups and Torts”, <http://www.glenwright.net/files/Glen%20Wright,%20Risky%20Business.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2018).

**Mahkeme Kararları**

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi , E. 2005/8774, K. 2006/5232, T. 12.05.2006, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2014/7187, K. 2015/4144, T. 24.03.2015, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2016/17898, K. 2017/3683, T. 11.05.2017, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/6300, K. 2018/702, T. 25.01.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2012/4542, K. 2012/5447, T. 26.09.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2016/4881, K. 2018/836, T. 28.02.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 12.08.2018).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/718, K. 2008/9343, T. 10.10.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2014/10384, K. 2015/8391, T. 23.12.2015, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/938, K. 2014/13997, T. 17.09.2014, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/3592 K. 2014/6536, T. 03.04.2014, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 11.08.2018).

Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi., E. 2011/4483, K. 2012/2139, T. 20.03.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi., E. 2011/4350, K. 2012/2137, T. 20.03.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/3251, K. 2016/6984, T. 23.6.2016, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/12416, K. 2018/7588, T. 4.4.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018)

Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2016/23001, K. 2018/104, T. 15.1.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018)

Yargıtay Kararı, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/6431, K. 2016/22286, T. 15.12.2016, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay Kararı, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/6429, K. 2016/22287, T. 15.12.2016, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/8975, K. 2013/12399, T. 13.06.2013, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018)

Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/12983, K. 2008/18877, T. 04.07.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, E. 2015/10138, K. 2018/4389, T. 27.2.2018, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Yargıtay, 19. Hukuk Dairesi, E. 2008/1729, K. 2008/8953, T. 26.09.2008, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 29.12.2018).

Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/5747, K. 2012/43884, T. 18.12.2012, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

“Green v. Champion Insurance Company”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit ( 577 So.2d 249 (1991)), <https://www.leagle.com/decision/1991826577so2d2491581> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

“Hall v. Timmons, Court of Appeals of Texas (987 S.W.2d 248 (1999)), <https://www.courtlistener.com/opinion/1533177/hall-v-timmons/> (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

“Henry Cornelius Grayson, Jr. v. R. B. Ammon and Associates, Inc.”, Court of Appeal of Louisiana First Circuit (No. 99 CA 2597 (2000)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1099964.html> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

“Minno v. Pro-Fab, Inc.”, Supreme Court of Ohio (No. 2008-0170 (2009)), <https://ohio.lexroll.com/minno-v-pro-fab-inc-121-ohio-st-3d-464-2009/> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

“Mobil Oil Corp. v. Commissioner of Taxes”, United States Supreme Court (445 U.S. 425 (1980)), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/445/425.html> (Erişim Tarihi: 05.07.2018).

“North American Van Lines Inc v. Emmons”, Court of Appeals of Texas, Beaumont (No. 09-00-073 CV. (2001)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1126996.html> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

“Paramount Petroleum v. Taylor Rental Ctr.”, Court of Appeals of Texas, (712 S.W.2d 534 (1986)), <https://www.courtlistener.com/opinion/2437267/paramount-petroleum-v-taylor-rental-ctr/> (Erişim Tarihi: 12.06.2018).

“Sarpy vs. ESAD, Inc.”, Court of Appeal of Louisiana Fourth Circuit (2007-CA-0347 (2007)), <https://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1272914.html> (Erişim Tarihi: 02.08.2018).

“SSP Partners and Metro Novelties, Inc. v. Gladstrong Investments (USA) Corporation”, Supreme Court of Texas (No. 05-0721 (2009)), <https://caselaw.findlaw.com/tx-supreme-court/1225463.html> (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

“United Nations Sub-Commission Norms on Business & Human Rights: Explanatory Materials”, <https://www.business-humanrights.org/en/united-nations-sub-commission-norms-on-business-human-rights-explanatory-materials> (Erişim Tarihi: 20.05.2018).

“United States of America v. Jon-t Chemicals, Inc., and Lewis M. Overton, Jr., Receiverfor Jon-t Chemicals, Inc.”, **United States Court of Appeals for the Fifth Circuit (768 F.2d 686 (1985))**, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/768/686/407913/> (Erişim Tarihi: 09.06.2018).

“Walkovsky v. Carlton”, Court of Appeals of New York (18 NY2d 414 (1966)), [https://www.nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky\\_carlton.htm](https://www.nycourts.gov/reporter/archives/walkovszky_carlton.htm) (Erişim Tarihi: 18.06.2018).

### **Diğer Kaynaklar**

“Glossary of Tax Terms / Unitary Tax System”, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> (Erişim Tarihi: .10.2018).

Corporations Act 2001 / Chapter 5 / Part 5.7B / Division 5- 588V, Section 588V, [http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/ca2001172/s588v.html](http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s588v.html) (Erişim Tarihi: 20.07.2018).

<http://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/sham> (Erişim Tarihi: 16.10.2018).

Rekabet Kurulu, K. 10-78/1643-608, T. 16.12.2010, s. 14 vd; Rekabet Kurulu, K. 10-78/1645-609, T. 16.12.2010 sayılı karar, s. 38 vd, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

Rekabet Kurulu, K. 14-15/277-119, T. 16.04.2014 sayılı karar, s. 59, [www.lexpera.com.tr...](http://www.lexpera.com.tr...) (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

United States Code / Title 26 / Subtitle A / Chapter 6 / Subchapter B / Part II §1563, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/1563> (Erişim Tarihi: 06.07.2018).

*Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda  
Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları*

United States Code / General Provisions / Chapter 18 / Subchapter III / Subtitle D § 1362, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/29/1362> (Erişim Tarihi: 06.07.2018).

United States Code / Title 26 / Subtitle A / Chapter 1 / Subchapter D / Part I / Subpart B § 414, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/414> (Erişim Tarihi: 06.07.2018).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Şirketler Topluluğu 195 ila 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, s. 70 vd, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)).



# “ARJANTİN’İN KAYIP ÇOCUKLARI” VAKASININ HAKİKAT HAKKI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ\*

Dilan MIZRAK\*\*

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0003-3535-6691>

**DOI:** 10.30915/abd.557394

**Makalenin Geldiği Tarih:** 22.02.2019 **Kabul Tarihi:** 05.03.2019

\* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\*\* Arş. Gör. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.



## ÖZ

1990'lı yıllardan başlayarak geçmişle hesaplaşma meselesinde en çok zikredilen kavramlardan biri olan hakikat hakkının genel uygulama sahası ağır insan hakları ihlalleridir. En açık şekliyle tanındığı ve uygulandığı alan ise zorla kaybetmelerdir. Bu hak, geçmişte işlenmiş insanlığa karşı suçlar ve ağır insan hakları ihlallerinin aydınlatılması, hangi suç ve ihlallerin kimlere karşı kimler tarafından hangi imkân ve yöntemlerle, neden işlendiğinin ortaya çıkarılması ve ilan edilmesi talebini içermektedir. Hakikat hakkı, Arjantin askeri darbesinde gerçekleşen kaybetmeler bakımından da uygulanmıştır. Darbenin en altüst edici ihlallerinden biri olan, kurbanların bebeklerini sistematik biçimde çalma ve satma eylemlerine karşı, kurbanların anneleri bir araya gelmiştir. Mayo Meydanı Büyükanneleri olarak adlandırılan bu topluluk, kaybedilen çocukları tarafından dünyaya getirilen torunlarının akıbetini öğrenmek için hakikat mücadelesi yürütmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Hakikat Hakkı, Geçmişle Hesaplaşma, Ağır İnsan Hakları İhlalleri, Arjantin Askeri Darbesi, Mayo Meydanı Büyükanneleri.

A RESEARCH ON THE ISSUE OF “DISAPPEARED  
CHILDREN of ARGENTINA” IN THE  
FRAMEWORK OF RIGHT TO TRUTH

ABSTRACT

The main application area of right to truth which has been one of the most mentioned concepts of accountability for past abuses starting from 1990s is gross human rights violations. The scope that is most obviously acknowledged and applied is as for forced disappearances. This right includes the enlightenment of crimes against humanity and gross human rights violations committed in the past, finding out which crimes and violations were committed by and against whom, why and by means of which methods and possibilities and a request of a declaring all the results to society. Right to truth has been applied to cases concerning forced disappearances as well that took place during the military coup in Argentina. One of the most upending violations of the coup was stealing and selling the babies of women that were killed under torture in concentration camps. The mothers of the victims came together against this act and founded the Grandmothers of Plaza de Mayo organisation. This group of grandmothers has been struggling for the truth to learn the fate of their grandchildren.

**Keywords:** Right to Truth, Accountability for Past Abuses, Gross Human Rights Violations, Military Coup in Argentina, Grandmothers of Plaza de Mayo.

## GİRİŞ

Yirminci yüzyılın ikinci yarısı dünyanın farklı bölgelerinde askeri darbele-  
rin, iç savaşların ve şiddetin yoğun olarak yaşandığı bir dönem olmuştur. Bu  
dönemi takip eden demokrasiye geçiş süreçleri, yakın geçmişteki ağır insan  
hakları ihlalleriyle nasıl başa çıkılacağına ilişkin tecrübeler sunmaktadır. Bu  
tecrübelerin başında hakikat hakkı talebi gelmektedir. Bu çalışmada öncelikle  
hakikat hakkı talebinin içeriği, uygulanması, boyutları üzerinde durulacak,  
böyle bir hakkın uluslararası hukukta kabul edilmiş, bağlayıcı bir hak olup  
olmadığına, nasıl uygulanabileceğine ilişkin veriler sunulacaktır. İkinci bölümde  
Arjantin’de yaşanan askeri darbeye ilişkin bilgiler verilecek, çalışmanın esasını  
oluşturan üçüncü ve son bölümde ise Arjantin askeri darbesi ölçeğinde bu  
hakkın kullanımına ilişkin özgün bir örnek olan kayıp çocuklar vakası çeşitli  
veçheleriyle tartışılacaktır.

## I. HAKİKATE İLİŞKİN GENEL ÇERÇEVE

### I.1. Hakikat Kavramı

Sözlükte “bir işin doğrusu, gerçeği, aslı”<sup>[1]</sup> olarak tanımlanan hakikat, tek tek  
doğruları ya da bir önermenin doğruluğunu değil, daha kapsamlı, daha temel  
bir durumu ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>[2]</sup>. Hakikat kavramı kullanıldı-  
ğında bu kavramın dildeki diğer kullanımları olan “doğruluk” ve “gerçeklik”  
kavramlarına ilişkin tartışma gündeme gelmektedir. Tepe, hakikat kavramının  
yerine sıklıkla gerçeklik ya da doğruluk kelimelerinin kullanıldığını, ancak  
bunları birbirinden ayırmak gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar, bu sorunu,  
önce kelimelerin yabancı dillerdeki karşılıklarını vererek açıklamakta, ancak  
sorunun çeviriye fazlasıyla aştığını, yabancı dillerdeki hangi kelimenin Türkçedeki  
hangi kelimeye karşılık geldiğini belirlemekten daha karmaşık olduğunu dile  
getirmektedir<sup>[3]</sup>. Bu durumda yine Tepe, gerçeklik, hakikat, doğruluk nedir,  
sorularına, bunların neye ilişkin olduğuna, taşıyıcılarının kim olduğuna dair  
bir belirlemeyle cevap verilebileceğini ifade etmektedir<sup>[4]</sup>.

Aytaç ise hakikatten bahsederken bunun hem doğruluk hem gerçeklik  
sorunlarıyla birlikte ele alınması gerektiği şeklinde bir bakış açısına sahiptir.

[1] Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 2005 s.831.

[2] Harun Tepe, Platon’dan Habermas’a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat, Bilgesu Yay.,  
Ankara, 2016, s.16.

[3] Tepe, s.18.

[4] Tepe, s.19.

Her iki kavramın, öznellik nesnellik boyutlarıyla farklı kabul edildiğini belirtse de, kavramların içeriğinden çok hakikatle kurdukları ilişki bakımından ortak bir temel üzerinde durduklarını ifade etmektedir<sup>[5]</sup>.

Hakikatin siyasi alandaki tanımını yapan ve kavramın modern dünyada bir yandan "güç" bir yandan da kırılğan ve kolayca zedelenebilir bir yapı olarak karşımıza çıktığını ifade eden Aytaç, hakikatin bu çelişkili hali nedeniyle sürekli savunulması gerektiğini dile getirmektedir<sup>[6]</sup>.

Yukarıdaki kısa tanım ve belirlemelerden de anlaşılacağı üzere, hakikatin tanımı konusunda yapılacak bir tartışma son derece derinlikli olup, bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşmaktadır. Bu nedenle, hakikat kavramının, bu çalışmanın da esas aldığı geçmişle hesaplaşma<sup>[7]</sup> meselesinde anlaşıldığı şekliyle tanımlanması yoluna gidilecektir.

Hakikat kavramı, 1990'lı yıllardan başlayarak geçmişle hesaplaşma meselesinde en çok zikredilen kavramlardan biri olagelmıştır. Burada kullanıldığı şekliyle hakikat; "geçmişte işlenmiş insanlık suçları ve ağır insan hakları ihlallerinin aydınlatılması, hangi suç ve ihlallerin kimlere karşı kimler tarafından hangi imkân ve yöntemlerle, neden işlendiğinin ortaya çıkarılması ve ilan edilmesi talebi" şeklinde tanımlanabilir<sup>[8]</sup>.

Bora'ya göre, bu anlamıyla "hakikat, 'gerçek' ten farklı olup ilahi ve mutlak bir gerçekliği anlatır. En gerçeğe ulaşma ülküsünü çağırıştırır". Böyle bir gerçekliğe ulaşmak için de geçmişle hesaplaşma şarttır. "Hakikate yaklaşmak, ona ermek, bugünkü gerçekliği derinlemesine kavramak" öncelikle geçmişte ne olup bittiğini bilmeyi gerektirir<sup>[9]</sup>.

[5] Ahmet Murat Aytaç, "*Hakikat ve Siyaset ya da Hakikati Savunma Üzerine Düşünmek*", Hakikat ve İnsan Hakları, Derleyenler: Özkan Agtaş-Bişeng Özdiç, Dipnot Yay., Ankara, 2011 s. 22-23.

[6] Aytaç'ın bu konudaki ayrıntılı açıklamaları için bkz. Aytaç, s.27-58.

[7] "Gayrimeşru olduğu kabul edilen geçmişteki siyasal düzenin yeniden tesisini önlemeye, failerin hesap vermesini sağlamaya, mağdurları rehabilite etmeye ve yeni meşru düzeni pekiştirmeye yönelik her türlü faaliyet"i ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mithat SANCAR, "*12 Eylül Vesilesiyle: Geçmişle Hesaplaşma Kültürü Üzerine 'Bir Daha Asla!'* Diyebilmek İçin", Birikim Dergisi, sayı 198, Ekim 2005, s.29

[8] Mithat Sancar, *Geçmişle Hesaplaşma: Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yayınları*, 4. Baskı, İstanbul, 2014, s.101.

[9] Tanıl Bora, "*Geçmişle Hesaplaşma: Niçin ve Nasıl?*", Hakikat ve İnsan Hakları, Derleyenler: Özkan Agtaş-Bişeng Özdiç, Dipnot Yay., Ankara, 2011, s.63.

Hakikat kavramının tanımlanması konusundaki farklı bakış açıları, ağır insan hakları ihlallerine yönelik hakikati ortaya çıkarmak noktasında olumsuz bir etki doğurabilmektedir. Bu farklı tanımlamaların yaratacağı olumsuzluğu gidermek amacıyla Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu hakikati dört başlığa ayırarak ele almıştır<sup>[10]</sup>. Komisyonun belirlediği bu dört kategori şöyledir:

“1. Olgulara ve delillere dayalı hakikat: Burada, olgulara dayanan, delillerle desteklenmiş, güvenilir, nesnel, tarafsız süreçler yoluyla elde edilen kesin bilgi söz konusudur. 2. Kişisel veya anlatsal hakikat: Burada, mağdurların kendi öykülerini anlatmalarıyla ortaya çıkan hakikat kastedilir. Bu tür hakikat geçmişteki acıların bir rakamlar ve vakalar meselesi olmaktan çıkıp insani boyutunun belirginleşmesini sağlar. 3. Toplumsal ya da diyaloga dayalı hakikat: Bu tür hakikatin belirlenmesinde komisyon, ilgili herkesin karmaşık güdülerini ve perspektiflerini dikkatle dinleyerek geçmiş bölünmeleri aşma amacına en yakın ve uygun hakikatin bu olduğunu belirtir. 4. Sağaltıcı ve onarıcı hakikat: Komisyon için bu tür hakikat merkezi önemdedir. Bu hakikat, olguların ve bulguların ne anlama geldiğini insanların birbirleriyle ve devletle ilişkileri bağlamına yerleştirilmesiyle ulaşılan hakikat olarak tanımlanır. Sağaltımın olması için bilgi tek başına yeterli değildir. Bunun onaylanması, kamunun bilgisine sunulması, ulusal kayıt haline gelmesi gerekmektedir. Bu tür hakikat, bir kişinin acısının ne olduğunun, gerçek ve dikkate değer olduğunun kabulü anlamına gelir ki, kurbanların onurlarının onarılmasında merkezi öneme sahiptir”<sup>[11]</sup>.

## I.2. Hakikat Gerekli midir ya da Neden Önemlidir?

Hakikatin ortaya çıkması dileğinin ve çabasının en kırılgan ve psikolojik sebebi, mağdurların “bizzat, yaşadıklarına ya da tanık olduklarına kendilerinin bile inanmamasıdır”<sup>[12]</sup>. Mağdurların yaşadıkları gerçek olamayacak kadar zalimanedir ve kamuyu, bunların gerçekten yaşandığına ikna etmek zordur. “İşte bu olanların gerçekten yaşandığının hakikat olarak ortaya çıkarılması ve resmen kabulü, mağdurların kendilerine ve birlikte yaşadıkları insanlara yeniden inanmalarını sağlayan bir durumdur”<sup>[13]</sup>. Ancak hakikatin tesisi sadece bir terapi değil, ahlaki, toplumsal ve siyasi yönleri olan bir konudur. Geçmişte yaşanan

[10] Sancar, Geçmişle Hesaplaşma, s.105.

[11] Komisyon raporundan aktaran: Sancar, Geçmişle Hesaplaşma, s.105-107.

[12] Nesrin Uçarlar, Hiçbir Şey Yerde Değil: Çatışma Sonrası Süreçte Adalet ve Geçmişle Yüzleşme Talepleri, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.43.

[13] Uçarlar, s.43.

acıların "bir daha asla" yaşanmaması bilincine sahip olmak için geçmişin hesabı yapılmalıdır, gelecekle köprüyü kuran budur<sup>[14]</sup>.

Perulu hukukçu Carlos Chipoco da, hakikati ortaya çıkarmanın ve bilmenin neden önemli olduğunu şöyle açıklamaktadır: Öncelikle bu, mağdurlara ve yakınlarına karşı ahlaki bir yükümlülüktür. Suçluların ortaya çıkarılması ve yargılanması gerekmektedir. Böylece vatandaşların resmi kurumları denetlemesi sağlanarak demokrasi güçlendirilecektir. Bu ihlallerin bir daha yaşanmasını önlemek için de hakikatin kamuoyunca bilinmesi önemlidir<sup>[15]</sup>.

Hakikatin hukuken tespiti mühimdir, zira hâkim ya da jüri karşısında suçsuzluk ispat edilirse dava kazanılır. Ağır insan hakları ihlallerinin yargılanması ve böylelikle hakikatin ortaya çıkarılmasında ise farklı bir boyut söz konusudur. Sadece suçun veya masumiyetin tasdiki değildir elde edilen, barışın sağlanması, ulusal bir uzlaşmanın gerçekleşmesi, toplumsal yaraların onarılması da hakikat hakkının bu alanda imkân sağladıklarıdır.<sup>[16]</sup> Altıparmak hakikatin olmadığı yerde hukuka sahip olunamayacağını, adil bir hukuk sistemi kurmanın ön koşulunun hakikat olduğunu vurgulamaktadır<sup>[17]</sup>. "Hatta hakikatin resmi ve kamusal kabulü bizzat bir adalet şekli olarak da görülebilir"<sup>[18]</sup>. Mendez de, sadece hakikatin değil, bu hakikatin açıklanmasının önemine vurgu yapmakta ve yaraları saracak olanın, "resmen teyit edilen ve böylece kamunun idrak sahnesinin bir parçası haline gelen, bu yolla da sadece hakikat iken sahip olmadığı gizemli bir nitelik kazanan bilgi"<sup>[19]</sup> olduğunu ileri sürmektedir.

Kısacası, hakikatin ortaya çıkmasıyla toplumlar benzer ihlallerin yaşanmasının önüne geçmektedir. Ayrıca geçmişin işlenerek toplumsal uzlaşmanın sağlanması söz konusu olmaktadır. Tarihsel kaydın doğru bir şekilde oluşturulup saklanması, ulusal yapıların yeniden kurulması toplumun sağlıklı geleceği için önemli olmaktadır<sup>[20]</sup>. Geçmişin yaraları sarılacaksa, ileride insan hakları ihlallerine

[14] Bora, s.62-63.

[15] Aktaran: Mithat Sancar, Geçmişle Hesaplaşma, s.102.

[16] Yasmin Naqvi, 'The Right to the Truth in International Law: Fact or Fiction?', International Review of the Red Cross, vol.88, 2006, s.246.

[17] Kerem Altıparmak, "Hakikati Bilme ve 12 Eylül'ü Yargılama Zorunluluğu", *Hakikat ve İnsan Hakları*, Derleyenler: Özkan Ağaş-Bişeng Özdiñç, Dipnot Yay., Ankara, 2011, s.159.

[18] Uçarlar, s.44.

[19] Juan Mendez, "Accountability for Past Abuses", Human Rights Quarterly, vol.19 (2), 1997, s.274 vd.

[20] Naqvi, s.247.



meydan verilmeyecekse ve gerçekten bir insan hakları kültürü kurma yolunda adım atılacaksa hakikatin açığa çıkması ve kabul edilmesi elzemdir”<sup>[21]</sup>.

Ağır insan hakları ihlalleriyle hesaplaşma sürecinde hakikatin sağlanmasının çok da önemli olmadığı düşünülebilir. Geçmişte her ne yaşandıysa unutup yola devam etmenin toplum için daha hayırlı olduğu ileri sürülebilir<sup>[22]</sup>. Yaşanmış acıların bugün telafisi olmadığı, geçmişin geri gelmeyeceği, dolayısıyla maddi ve manevi zararların tazmini için ekonomik bir çözüm düşünülmesi gerektiği de savunulabilir, ancak bu yaklaşımlar hakikat tesisini küçümseyen, hakikate hak ettiği kıymeti vermeyen bakış açılarıdır. Bu konu üzerine çalışan Walker’a göre, mağdurların zararlarını tazmin edecek olan, suç işlendiğini ve zarar verildiğini kabul etme, gereken sorumluluğu alma ve adaleti sağlama niyetiyle hareket etme şeklindeki jestlerdir. Yine Walker, kamusal özür ve anma gibi sembolik tazminatların etkili bir muamele olmayıp, bugün için yeterli olmadığı iddiasına tamamen karşı çıkmaktadır. “Maddi tazminat da semboliktir. Her iki durumda da yapılanın amacı mevcut ilişkiyi onarmak, psikolojik, ahlaki, sosyal, siyasal etkiler yaratmaktır”. Zararın hiçbir şekilde karşılanmasının mümkün olmadığı durumlarda samimi jestlerin çok daha anlamlı olduğunu savunan Walker, böyle bir durumda hakikatin açıklanmasının bizatihi tazmin olacağını ifade etmektedir, zira hakikatin açıklanması güveni ve umudu yeniden tesis etme niteliğine sahiptir<sup>[23]</sup>.

Walker’ın tespitinin doğruluğuna bir örnekle açıklama getirilebilir: Arjantin’de Menem Yönetimi, 1970’lerdeki “Kirli Savaş” ın mağdurlarına etraflı ve cömert bir maddi tazminat politikası uygulamıştır, fakat kaybolanların yakınlarına, sevdiklerinin akıbeti ile ilgili çok az bilgi verilmiş, ya da hiçbir şey anlatılmamıştır. Dahası, birçok fail, silahlı kuvvetler ile diğer güvenlik güçlerindeki görevlerine devam etmiş, kademesi artanlar da olmuştur<sup>[24]</sup>. Bu durumun Arjantin askeri diktatörlüğünün mağdur ettiği kişiler veya yakınları için anlamlı olmadığı ortadadır, bunun kanıtı da af yasalarının kaldırılması, beyan edici de olsa hakikat yargılamalarının devam etmesi ve nihayet ceza davalarının yeniden açılmasını sağlamak için verilen mücadelelerdir.

[21] Güney Afrika Adalet Bakanı Dullah Omar’ın 27 Mayıs 1994 tarihli parlamento konuşmasından aktaran: Sancar, Geçmişle hesaplaşma, s.102.

[22] Konuya ilişkin bu tür yaklaşımlar ve yaklaşımlara verilen ayrıntılı cevap için bkz. Bora, s.60 vd.

[23] Margaret Urban Walker, “Truth Telling As Reparations”, *Metaphilosophy* 41(4), 2010, s.530’dan aktaran: Uçarlar, s.42-43.

[24] Mendez, s.263.

Kimi yazarlarca, hakikatin ve böylece adaletin ortaya çıkmasının herhangi bir hesaplama, onarım ya da barış sürecini sekteye uğratacağına ilişkin güçlü bir savunu ileri sürülmektedir<sup>[25]</sup>. Bazı durumlarda, özellikle silahlı bir iç çatışma ya da ülke içindeki politik şiddet olaylarının hemen ardından, bir müzakere süreci yürütülürken, hakikatin tesisi zor olup, ihlallerden sorumlu olanların kısmi bir aftan yararlanması kaçınılmaz olabilir. Buna rağmen, gerçeği bilmeden, failer sorumluluklarının hesabını vermeden uzlaşma ve nihai bir barış mümkün değildir<sup>[26]</sup>.

## II. HAKİKAT HAKKI

Son dönemde, insan hakları savunucuları insan hakları hukukunda var olan doğal bir hakikat hakkı üzerinde yoğunlaşmaya başlamışlardır. Uluslararası insan hakları hukuku, devletleri, insan hakları ihlallerini incelemeye ve cezalandırmaya zorlamaktadır; bu tür incelemelerin sonucunu bilmek de, aynı çerçevede, tüm vatandaşların doğal bir hakkıdır.

Bu tür bir hakikat hakkını ilk ifade edenler, Washington'daki İnsan Hakları Yasal Eylem Merkezi'nden Frank LaRue ve Article 19'dan<sup>[27]</sup> Richard Carver'dır. Carver şöyle yazmıştır: "Article 19, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesi ile teminat altına alınan; bilgiyi arama, alma ve yayma hakkının, bünyesinde, gerçek anlamda bir 'hakikati bilme hakkı' taşıdığını düşünmektedir"<sup>[28]</sup>.

Hakikat hakkı, 1980'lerde genel ve esnek bir doktrin olarak ortaya çıkmıştır, ancak insan haklarına ilişkin uluslararası ve bölgesel yargı organları önceleri hakka sıkça atıf yaptıktan sonra yakın dönemde bu hakkı sıkı biçimde uygular

[25] Goldstone ve diğer bazı yazarların görüşleri için bkz. Juan Mendez -Francisco J. Bariffi, "Truth, Right to, International Protection", Max Planck Encyclopedia of Public International Law [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), Erişim Tarihi: 07.02.2019, s.4

[26] Mendez, Bariffi, s.4.

[27] Adını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinden alan insan hakları örgütü.

[28] Priscilla Hayner, "Fifteen Truth Commissions: 1974 to 1994, A Comparative Study", Human Rights Quarterly vol. 16, The Johns Hopkins University Press, 1994. s. 611.

hale gelmiştir<sup>[29]</sup>. Hakikat hakkının genel uygulama sahası ağır insan hakları ihlalleridir. En açık şekliyle tanındığı ve uygulandığı alan ise zorla kaybetmelerdir<sup>[30]</sup>.

Hakikati bilmekle, hakikat hakkının varlığının kabulü farklıdır<sup>[31]</sup>. Ağır insan hakları ihlalleri ile uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin mağdurları ve bu kişilerin aileleri etkili bir kanuni yola başvurma hakkına sahiptir. Bu hak da, yaşanan ihlallere ilişkin gerçeği öğrenme hakkı yanında, failerin kimliğini, bu ihlallere hangi koşulların sebep olduğunu, altında yatan nedenleri, mümkünse, zorla kaybettirilenlerin akıbetini öğrenme hakkını bünyesinde taşımaktadır. Amaç, bu acıların bir daha yaşanmasını önlemektir, bu nedenle de doğru bilgi edinme şarttır<sup>[32]</sup>. Hakikat hakkı aynı zamanda güçlü bir onarma aracı rolü oynamaktadır<sup>[33]</sup>. Onurun yeniden inşasını sağlamakta<sup>[34]</sup>, dönüştürücü etkisiyle devlet organlarına yeniden güven tesisine imkân vermektedir<sup>[35]</sup>.

Hakikati araştırmak ve ortaya çıkarmak, mutlak surette, mağdurların sesini duymayı gerektirir ki bu da, mağdurların ya da yakınlarının bir devlet organınca, bu olmazsa bile, üyesi oldukları toplumun bir temsilcisi tarafından davet edilmeleri ve dinlenilmeleri şeklinde olabilir<sup>[36]</sup>.

Hakikat hakkı olağan düzende mevcut olan bilgi edinme ya da bilgiye ulaşma hakkından farklıdır. Bu hak ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda varlığından söz edilmesi gereken bir haktır, zira bu tür ihlallerin yaşandığı bir ortamda artık hakikat meselesi sistemin ayakta kalmasının ön koşulu haline gelmektedir. Bu anlamda, hakikat hakkını klasik bilgi edinme hakkından ayıran, devletin sadece bilgi vermenin ötesinde, ağır ihlalleri, nedenleri ve koşullarıyla

[29] Sam Szoke-Burke, “*Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights Law on National Transitional Justice Policies*”, Berkeley Journal of International Law, Volume 33, Issue 2, 2015, s.532.

[30] Murat Çelikkan (Derleyen), Hakikat Komisyonları, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Anadolu Kültür Yay., İstanbul, 2013, s.19.

[31] James A. Sweeney, “*The Elusive Right To Truth In Transitional Human Rights Jurisprudence*”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 67, April 2018 s.354.

[32] Çelikkan, s.21.

[33] Altıparmak, s.179.

[34] Naqvi, s.249.

[35] Sweeney, s.354.

[36] Juan Mendez, The Right to Truth in Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 265, 1998'den aktaran Szoke-Burke, s.534.

araştırıp ortaya çıkarması, açıklaması yükümlülüğünü de içermesidir<sup>[37]</sup>. Gerçek anlamda hakikat hakkının uygulanabilmesi ve hakikatin tesisi için de devletin olumlu edim yüklenmesi gerekmektedir. Devlet; kanıt araştırması ve toplaması için sistematik ve uzun vadeli bir çaba göstermeli, gerekirse bu araştırmalar için kaynak sağlama yoluna gitmelidir. Salt tarihsel hakikate ulaşmak devletler bakımından yargısal usullerle ulaşılan hakikatten farklı olup, yeterli değildir<sup>[38]</sup>.

Hakikat hakkının kullanılmasını sağlama yükümlülüğü bakımından, devletin hakikate ulaşmak için sağladığı araçlar, geçmişteki ihlali en geniş düzeyde ortaya çıkarmasından daha önemlidir. Devlete düşen, ciddi ve kapsamlı bir soruşturma yürütmektir; etkili olmayan, formalite niteliğinde bir hakikat hakkının kabulü yeterli değildir. Bu tür bir soruşturma da, arşivlerin ve diğer delillerin korunmasını, ortaya çıkarılmasını, gerektiği durumlarda adli tıbbın imkânlarından yararlanmayı gerektirmektedir.<sup>[39]</sup>

## II.1. Hakikat Hakkının Niteliği ve Çeşitli Boyutları

Öncelikle tartışılması gereken hakikat hakkının evrimleşme sürecini tamamlayıp tamamlamadığıdır. Bir grup yazar<sup>[40]</sup> hakikat hakkını uluslararası hukukun sürekli olarak gelişen ve değişen bir ilkesi olarak kabul ederken, diğer bir grup yazar ise hakikat hakkının çoktan bağlayıcı bir norm haline geldiğini savunmaktadır<sup>[41]</sup>.

Her ne kadar hakikat hakkını açıkça düzenleyen, uluslararası düzeyde geniş kabul görmüş bir belge mevcut değilse de bazı hukukçular, hakikat hakkına diğer bazı hakları yorumlamak yoluyla ulaşılabileceğini savunmaktadırlar<sup>[42]</sup>.

Bu yaklaşıma göre hakikat hakkı hukuki dayanağını esasen uluslararası sözleşmelerde bulunan insan haklarının korunmasıyla ilgili iki kategoriden almaktadır:

---

[37] Altıparmak, s.179

[38] Mendez-Bariffi, s.1.

[39] Szoke-Burke, s.535.

[40] Bkz. Mendez, s.255-261 ve Naqvi, s.273.

[41] Bu konudaki görüşler için bkz. Sweeney, s. 357-358.

[42] Mendez-Bariffi, s.1.

- a) Bir devletin kendi koruması altındaki bir insana karşı işlenen suçları uygun bir biçimde soruşturmaması ve kovuşturmaması, o insanın ailesinin adalete erişim hakkının ihlali anlamına gelmektedir.
- b) Bir devletin kendi koruması altındaki bir insanın akıbetini açıklığa kavuşturamaması o insanın ailesine karşı insanlık dışı bir muamele ortaya çıkartmaktadır ve bu durum böylesi bir muameleye karşı uygulanabilir hakların süregelen ihlali anlamına gelmektedir.<sup>[43]</sup>

Öncelikle, hakikat hakkı etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkıyla bağlantılıdır. Özü itibarıyla hakikat hakkının içermesi gereken diğer haklar da; etkili soruşturma, olguların doğrulanması, hakikatin topluma açıklanması ve mağduriyetin telafisini içermelidir. Yine, mağdurların ve yakınlarının hakikati öğrenme, bilme hakkı, zamanaşımına uğratılmayacak bir haktır. Hakikat hakkının diğer bazı boyutları da şu şekildedir: Bu hak, mağdur yakınlarının ve parçası oldukları toplulukların, kültürel açıdan uygun ve saygın kabul edilen biçimlerinde anma ve yas haklarını içermektedir. Mağdur edilen bireyler ve yakınları yanında, çeşitli toplulukların ve hatta toplumun ağır insan hakları ihlalleriyle ilgili hakikati bilme hakkı vardır. Bazı hukuk sistemleri hakikat hakkını bilgi edinme hakkı ile ifade özgürlüğünün ayrılmaz parçası kabul etmektedir. Ağır insan hakları ihlallerinin faillerine af uygulanması söz konusu olamaz. Devlet, ihlallere ilişkin belgeleri ve diğer kanıtları koruma altına almak ve bilgi içeren arşive yeterli erişimi sağlamakla yükümlüdür.<sup>[44]</sup>

BM İnsan Hakları Konseyi ve BM Genel Kurulu hakikat hakkı ile ağır insan hakları ihlalleri mağdurlarına yönelik onarım sağlama yükümlülüğü arasındaki bağlantıya vurgu yapmıştır<sup>[45]</sup>. Söz konusu yapılar aynı zamanda iç hukuk sistemlerinde bir hakikat hakkının “bilme hakkı, bilgi edinme hakkı, bilgiye erişim özgürlüğü” gibi çeşitli biçimlerde kabulünü önermektedir.<sup>[46]</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu benzer bir yaklaşımla, hakikat hakkını etkili başvuru hakkının kurucu bir bileşeni kabul etmektedir<sup>[47]</sup>. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM) ve Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi de hakikat hakkını; adil yargılanma hakkı, düşünce ve ifade

[43] Dermot Groome, “*The Right to Truth in the Fight against Impunity*”, Berkeley Journal of International Law, Volume 29, Issue 1, 2011, s.177.

[44] Çelikkan, s.19.

[45] Szoke-Burke, s.538.

[46] Szoke-Burke, s.541.

[47] Naqvi, s.257.

özgürlüğü ve adli koruma hakkı ile ilgili maddeler çerçevesinde düzenlediğini onaylamışlardır<sup>[48]</sup>.

Günümüzde bir devletin ciddi bir insan hakkı ihlaline dair hakikati soruşturmayı sürekli olarak reddetmesinin, mağdurun ailesi açısından insanlık dışı bir muamele oluşturduğu ve dolayısıyla böylesi bir muameleye karşı haklarının süregelen bir biçimde ihlale uğradığı da artık yerleşik bir kanundur<sup>[49]</sup>. Uluslararası ve bölgesel insan hakları organları kötü muameleyle devam eden ihlal yaklaşımını bir arada yorumlamışlardır.

*Blake/Guatemala* kararında<sup>[50]</sup> AAİHM, gazeteci Nicholas Blake'in ailesinin Guatemala hükümetini Blake'in kayboluşuyla ilgili olarak bir soruşturma yapmaya zorlamaya yasal bir hakları olup olmadığını ele almıştır. Vardığı kararda AAİHM, hükümetin Nicholas'ın kayboluşunu uygun bir biçimde soruşturmadığı gibi, bu durumun ailenin hakikati ortaya çıkartma çabalarını da ayrıca engellediğine hükmetmiştir. Mahkeme, ailenin halen süregitmekte olan acılarının Nicholas'ın zorla kaybedilmesinin ve devletin bu konuda bir soruşturma yapmamasının doğrudan bir sonucu olduğu sonucuna varmış ve bu tavrın Nicholas'ın ailesiyle ilgili olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1(1) maddesiyle ilişkili 5. maddeye dair bir ihlal oluşturduğuna karar vermiştir.

"Sokak Çocukları" davası olarak ifade edilen *Villagran-Morales ve diğerleri/Guatemala* davasında<sup>[51]</sup> da AAİHM annelerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1(1) maddesiyle ilişkili 5(2) maddesinden doğan haklarının ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM de, *Kıbrıs/Türkiye* kararında benzer bir yaklaşım sergilemiştir Mahkeme'nin hükmüne göre, Türkiye'nin kayıplara dair ısrarlı bir biçimde bir açıklama getirmemesi, "Rum-Kıbrıslı kayıp insanların yakınları açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesinin süregelen ihlali" anlamına gelmektedir<sup>[52]</sup>. Yine AİHM Büyük Dairesi yakın tarihli El Masri kararında hakikat hakkını tanımış ve kötü muameleyi düzenleyen 3. madde,

[48] Çelikkan, s.21.

[49] Groome, s.179.

[50] *Blake/Guatemala*, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, (ser. C) No. 36, 114-16 , 24 Aralık 1998'den aktaran: Groome, s.178.

[51] *Villagran-Morales ve diğerleri*, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, (ser. C) No. 63, 177, 253.4 , 19 Kasım 1999'dan aktaran: Groome, s.179.

[52] Goome, s. 178-179.

etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. madde ile hakikat hakkının ihlalini birlikte değerlendirmiştir<sup>[53]</sup>.

Ayrıca Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi de hakikat hakkını kötü muamele ve etkili başvuru hakkıyla bağlantılı değerlendirmektedir<sup>[54]</sup>.

Görüldüğü üzere, hakikat hakkı; uluslararası ve bölgesel insan hakları belgeleri ve organları tarafından işkencenin önlenmesi, yaşam hakkı, etkili başvuru hakkı gibi haklar ve dokunulmazlığa son verme, ağır insan hakları ihlallerinin tekrarını önleme gibi devlet yükümlülükleriyle çevrili geniş bir yelpaze içinde değerlendirilmektedir<sup>[55]</sup>. Ancak bazı hukukçular bu hakkın sayılan haklar içinde değerlendirilmesini eleştirerek hakikat hakkının tek başına iddia edilebilecek ve böyle kabul edilmesi gereken bağımsız bir hak olduğunu savunmaktadırlar<sup>[56]</sup>.

Hakikat hakkı, bireysel bir hak olmasının yanı sıra kolektif hak niteliği de taşımaktadır. Kişinin, kendisinin veya yakınlarının akıbetini öğrenmesi ve gerekirse bu bilgi edinmeden sonra tazminat, onarım talep etmesi hakkın bireysel niteliğine işaret etmektedir<sup>[57]</sup>. Ancak, hakikati toplulukların, hatta toplumun öğrenme hakkı vardır. Bir dönem işlenmiş suçların niçin gerçekleştiğini sorgulamak, bir kere öğrenilsin ki bir daha yaşanmasın düşüncesiyle açıklanmasını talep etmek herkesin hakkıdır, ki bu da hakikat hakkının kolektif yönüne işaret etmektedir.<sup>[58]</sup> BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından bir rapor hazırlamak üzere atanan bağımsız uzman Louis Joinet de BM için hazırladığı raporda, hakikat hakkının vazgeçilmez, devredilmez bir hak olup bireysel ve kolektif hak özelliğini bir arada taşıdığını ifade etmiştir<sup>[59]</sup>.

*Bámaca-Velásquez/Guatemala* kararında Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, hakikat hakkını aile üyelerinin yanı sıra bir bütün olarak toplumun da sahip olduğu bir hak olarak tanımlamıştır. Komisyon bu hakkın kolektif yönünü “demokratik sistemlerin gelişimi için toplumun elzem bilgilere erişiminin” olması olarak ele almıştır. AAİHM ise hakikat hakkının bu kolektif

[53] El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia., Judgment, App. No. 39630/09, Eur. Ct. H.R., December 13, 2012 174–91, 255. Ayrıntılı bilgi için bkz. Szoke-Burke, s.535-536.

[54] Komitenin çeşitli sayıda kararlarının değerlendirmesi için bkz. Sweeney, s.360-362.

[55] Naqvi, s. 256, Szoke-Burke, s.536.

[56] Truth seeking, s. 4.

[57] Altıparmak, s.180.

[58] Altıparmak, s.183.

[59] Bkz. Naqvi, 259-260.

yönünün uygulanabilirliğini zımnen reddetmiştir<sup>[60]</sup>. Ancak 2009'un Kasım ayında Los Dos Erres'teki Mahkeme ise bu sefer hakikat hakkının kolektif yönünün önemine işaret etmiştir. Ancak Mahkeme, AAİHM'nin davalıların yararına olacak bir biçimde çözüm yollarına hükmederek hakikat hakkının kolektif boyutunu zaten yerine getirdiğini ileri sürmüştür: Mahkeme'ye göre demokratik bir toplumda ağır insan hakları ihlallerine dair hakikatler bilinmelidir. Bu durum, devletin bir yandan insan hakları ihlallerini soruşturma yükümlülüğüyle, bir yandan da soruşturmaların ve cezai işlemlerin sonuçlarını kamuoyuna açıklamasıyla karşılanması gereken adil bir beklentidir. Bu beklentinin karşılanması için de devletin olayın mağdurları için bir çare üretmek adına müşterek eylemin örüntülerini ve bahsi geçen ihlale bir biçimde karışmış tüm kişileri ve bu kişilerin sorumluluklarını yargısal usullere uygun bir biçimde tespit etmesi gerekmektedir<sup>[61]</sup>.

Hakikat hakkı mağduriyetlerin giderilmesinde etkili bir kaynak olduğu halde, toplumun genel olarak hakikati öğrenme hakkıyla farklı menfaat sahiplerinin kişilik hakları arasında çatışmaya sebep olabilir. Örneğin çocuk fail ya da mağdurların kimliğinin açıklanması, aynı kişilerin "gerçek isimlerinin saklanması" hakkına sahip olmaları nedeniyle sorun teşkil etmektedir.<sup>[62]</sup> Bu mesele çalışmamızın konusunu teşkil eden Arjantin'in kayıp çocukları bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim, kayıp bir çocuğun kimliğinin topluma açıklanması çocuğun psikolojik dünyasında tahmin edilemeyen yaralar açabilecektir. Bu konuda yaşanılacak herhangi bir çatışmayı azaltmak için farklı hak ve çıkarları dengelemek gerekmektedir. Bunun için de kapalı yargılamalar, kişi isimlerinin gizli tutulması, psikolog refakatinde hakikatin açıklanması gibi usuller denenmelidir.<sup>[63]</sup>

## II.2. Hakikat Hakkının Kaynakları

Hakikat hakkının kökenlerini uluslararası insancıl hukukun, ailelere akrabalarının akıbetini öğrenme hakkı tanınmasında bulmak mümkündür. 1949 yılında kabul edilen Cenevre Sözleşmesi'nin Birinci Ek Protokolü'nün 32. maddesi kayıplar ve ölen kişilerle ilgili olarak taraf devletlerin yükümlülüklerini düzenleyen genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Bu maddeye göre, taraf devletler "ailelerin

---

[60] Groome, s. 184

[61] Mahkemenin her iki kararının da ayrıntılı bir açıklaması için bkz. Groome, s. 184-185.

[62] Szoke-Burke, s.542-543.

[63] Szoke-Burke, s. 543.



yakınlarının akıbetlerini bilme hakkı doğrultusunda harekete geçmelidir.”<sup>[64]</sup> Hakikat hakkı kavramının ilk defa kullanılması ise 1981 yılında BM Zorla ve Rıza Dışı Kayıplar Hakkında Çalışma Grubu tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>[65]</sup>

Hakikat hakkının hukuki bir metinde yer alması ise “Herkesin Zorla Kaybedilmesine Karşı Korunmasına İlişkin Bildirge”<sup>[66]</sup> de 1992 yılında gerçekleştirilmiştir. 2005 tarihinde bağımsız uzman Orentlicher tarafından hazırlanan rapora dayanan BM Dokunulmazlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesine ilişkin İlkeler de “herkesin geçmişte yaşanan ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin sorumlularını, bu ihlallere neyin sebep olduğunu ve ne olduğunu bilme şeklinde vazgeçilmez ve devredilmez bir hakikati bilme hakkı olduğunu temin etmektedir”<sup>[67]</sup>. Daha sonra, Aralık 2006’da BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme”nin önsözünde “tüm mağdurların zorla kaybetmelerin koşulları ve kaybedilen kişinin akıbeti hakkında *hakikati öğrenme* hakkına sahip olduğu” teyit edilmektedir<sup>[68]</sup>. BM Genel Kurulu’nun, İnsan Hakları Konseyi’nin ve diğer uluslararası organların bazı kararlarında ve bildirgelerinde de hakikat hakkı konu edilmiştir.<sup>[69]</sup> 2010 yılında ise BM Genel Kurulu, 24 Mart gününü “Ağır İnsan Hakları ihlallerine ilişkin olarak hakikat hakkı ve mağdurların onuru” günü ilan etmiştir.<sup>[70]</sup> Her ne kadar bazı hukukçular<sup>[71]</sup>, zorla kaybetme vakalarında BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin de işkencenin ve kötü muamelenin önlenmesi çerçevesinde hakikat hakkını içerdiğini ileri sürmekteyseler de, sözleşmede hakikat hakkını açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Hakikat hakkı kavramının bir yargı organı tarafından ilk defa kullanılması ise Velasquez Rodriguez v. Honduras davasında Amerikalılararası İnsan Hakları

[64] Naqvi, s. 248.

[65] Altıparmak, s.159.

[66] Birleşmiş Milletler, Herkesin Zorla Kaybetmelere Karşı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme, G.A. Res A/RES/61/177, A/HRC/RES/2006/1, 20 Aralık 2006.

[67] UN Commission on Human Rights Independent Expert D Orentlicher ‘Report to Update the Set of Principles to Combat Impunity: Addendum: Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity’ (8 February 2005) UN Doc E/CN.4/2005/102/Add.1.

[68] Sweeney, s.358.

[69] Groome, s.176-177.

[70] Sweeney, s.357.

[71] Szoke-Burke, s.537, Méndez-Bariffi, s. 13.

Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>[72]</sup>. AAİHM’in 29 Temmuz 1988 yılında görülen Velasquez Rodriguez davasında<sup>[73]</sup> verdiği “Devlet kaybolan kişilerin akıbetini araştırmak ve bu konuda akrabalarına bilgi vermek ile yükümlüdür. Kaybedilen insanların akıbetine dair bilinemezlik devam ettiği sürece olayları soruşturma yükümlülüğü devam eder. Bu türden suçlardan bireysel olarak sorumlu olanların belli koşullar altında yasal olarak cezalandırılmayacaklarını varsaysak dahi devlet mağdurların akıbetiyle ilgili, öldürüldülerse bedenlerinin nerede olduğuna dair yakınlarına bilgi vermek için tüm imkânlarını kullanmak zorundadır”<sup>[74]</sup> şeklindeki karar tarihsel bir dönüm noktası oluşturmuştur. Bu içtihat, olayları açıklamanın ve hakikati araştırmanın artık temel önemde olduğunu da onaylamıştır. Bu durum; infaz ya da cinayet gibi şiddet kullanarak öldürme olayları; mağdurların bedenlerinin bulunamadığı zorla kaybetmeler ve (çocuk kaçırma gibi) ölüm ihtimali olmayan kayıplar gibi durumlarda da tekrarlanacaktır<sup>[75]</sup>.

AAİHM, Velasquez Rodriguez v Honduras Davasını takip eden diğer bazı davalarda<sup>[76]</sup> da hakikat hakkına ilişkin belirlemelerde bulunmuştur<sup>[77]</sup>. Mahkemenin bu davalarda aldığı kararların ortak özellikleri şöyledir;

“Devlet, mağdur ailelerine söz konusu suçları çevreleyen koşullar hakkında hakikati bildirmekle yükümlüdür. Tüm kovuşturmaların sonucu, toplumun hakikati bilmesi için halka açıklanmalıdır. Toplum, suçların gelecekte tekrarlanmasını engellemek için hakikati bilme hakkına sahiptir. Uluslararası insan hakları mevzuatı, ağır insan hakları ihlalleri ile ilgili olgular hakkında soruşturmaları ve sorumlulukların belirlenmesini engelleyen af kanunlarına izin vermez”<sup>[78]</sup>.

[72] Altıparmak, s.160.

[73] Velásquez Rodríguez v. Honduras, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, 174, July 29, 1988.

[74] Szoke-Burke, s.532.

[75] Sévane Garibian, “*Hayaletler de Ölü. ‘Hakikat Hakkı’ yoluyla Kaybetmelere Karşı Durmak ve Arjantin’deki Hakikat Yargulamaları (Juicios por la Verdad)*”, Çeviri: Özlem Kaya, Journal of International Criminal Justice, Vol. 12, No: 3, 2014, s. 515-538, <http://ijcj.oxfordjournals.org/content/12/3/515.full.pdf+html>, Erişim Tarihi: 01.02.2019, s.8.

[76] Bkz. Myrna Mack Chang v Guatemala, Inter-American Court of Human Rights Series C, No 10125 November 2003, Bámaca Velásquez v Guatemala (Merits), Inter-American Court of Human Rights, Series C No 70,25 November 2000, Humbipuma Aguirre et al. v Peru (the Barrios Altos Case), Inter-American Court of Human Rights Series C No 75 14 March 2001.

[77] Ayrıca bkz. Sweeney, s.367-370.

[78] Çelikkan, s.21.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesinin hakikat hakkının varlığına ilişkin kararları yanında, BM İnsan Hakları Komisyonu ve Genel Kurulu da hakikat hakkına işaret etmektedir<sup>[79]</sup>. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin hakikat hakkını tanıyan kararları da mevcuttur<sup>[80]</sup>.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi (BMİHK) 12 Ekim 2009 tarihinde hakikat hakkı üzerine ağır insan hakları ihlalleri konusunda mağdurların ya da yakınlarının hakikati tespit etme çabalarını kolaylaştırması için devletlerden bazı adımları atmalarını talep eden bir kararı kabul etmiştir. Bu belge, bireylerin ağır insan hakları ihlallerine dair hakikat hakkıyla ilgili uluslararası resmi belgelerin en yenisidir. BMİHK kararında “toplumun ve bireylerin kendi hükümetlerinin karar alma mekanizmaları ve eylemleri ile ilgili bilgilere mümkün olan şartlar içerisinde sonuna kadar ulaşma hakkına sahip olduklarını” özellikle belirtmiştir<sup>[81]</sup>.

Bazı ulusal hukuk sistemleri de hakikat hakkının varlığını kabul etmektedir. Arjantin, Küba, Peru ve Uruguay devletleri, BM İnsan Hakları Komiserine, “toplumun ağır insan hakları ihlallerine ilişkin olarak hakikati öğrenme hakkına sahip olduğu” yönünde bildirimde bulunmuştur. Guatemala ve Brezilya gibi bazı devletlerse, hakikat komisyonlarının kurulma gerekçesi olarak vatandaşlarının hakikat hakkının açıkça kabulünü göstermiştir<sup>[82]</sup>. Ayrıca, Kolombiya, Arjantin, Bosna Hersek ve Peru mahkemeleri, toplumun bir bütün olarak hakikat hakkına sahip olduğunu tanıyan ilk ulusal mahkemelerdir<sup>[83]</sup>. Bazı ulusal yargı organları da, Arjantin Yüksek Mahkemesi örneğinin, Simon<sup>[84]</sup> kararında insanlığa karşı suçların faillerine yönelik af kanunlarının anayasaya aykırı olduğunu saptamıştır.

[79] Szoke-Burke, s.533.

[80] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Zorla Kaybettirmelere İlişkin 1463 (2005) sayılı kararı, para. 10.2 ile Balkanlardaki Silahlı Çatışma ve Şiddet Sonucu Haber Alınamayanlarla İlgili 1414 (2004) sayılı kararı, para.3. Aktaran: Altıparmak, s.166.

[81] İnsan Hakları Konseyi'nin 12/12 no'lu Kararı, 12. Oturum, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: Right to the Truth, A/HRC/RES/ 12/12, at 3, 12 Ekim 2009'dan aktaran: Groome, s.176.

[82] Gonzalez-Varney, s.5.

[83] Naqvi, s.249.

[84] Corte Suprema de Justicia de la Nación [National Supreme Court of Justice],, *Simón, Julio Héctor y otros*, 328:2056 Nolu karar, 14 Haziran 2005.

Yine, Peru Anayasa Mahkemesi Villages Namuche<sup>[85]</sup> kararıyla hakikat hakkını temel hak kategorisinde kabul etmiştir.

Hakikat hakkına ilişkin olarak çok sayıda uluslararası belge ve mahkeme içtihadı yanında, bugün söz konusu hakkın sınırlarını çizmeye çalışan iki belgeden bahsetmek gerekir, ancak her iki belge de sözleşme değildir. Bu belgeler; "Cezasızlıkla Mücadele Yoluyla İnsan Haklarının Teşvik Edilmesi ve Korunmasına İlişkin Güncellenmiş İlkeler Bütünü" ve "Ağır Uluslar arası İnsan Hakları İhlalleri Mağdurlarının Giderim Yolu ve Onarım Hakkına Dair Temel İlkeler" dir<sup>[86]</sup>.

Hakikat hakkının iç savaşlarda, çatışmalarda, askeri darbeler sırasında yaşanan kayıplara ilişkin vakalarda her hangi bir sözleşmeyle hukuken bağlayıcı olmasa da uluslararası bir örf adet kuralı olduğuna ilişkin yaklaşım söz konusudur<sup>[87]</sup>. Nitekim, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay tarafından yayınlanan bir kitapta<sup>[88]</sup> bu hakkın sözleşme ötesi bir teamül olduğu ifade edilmektedir. Uluslararası teamül hukuku hakikat hakkının varlığına ilişkin kabul edilebilir kanıtlar sunmaktadır<sup>[89]</sup>. Bu hakka saygı gösterilmesinin önemine dair atıflar, konuya ilişkin yargı mekanizmaları oluşturmak, hakikat komisyonları kurmak, ihlallerin derinlemesine araştırılmasına yönelik çabalar bu kanıtlar arasında sayılabilir<sup>[90]</sup>. 1995 tarihinde yapılan BM uzmanlar toplantısında da hakikat hakkının uluslararası bir örf adet kuralı haline geldiği kabul edilmiştir<sup>[91]</sup>. Naqvi'ye göreyse, hakikat hakkını uluslararası hukukun kabul ettiği bir örf adet kuralı olarak nitelendirmenin bazı zorlukları mevcuttur, bu kural henüz her devlette aynı biçimde uygulanan, uluslararası kabul görmüş bir teamül haline gelmemiştir, dolayısıyla, hakikat hakkını uluslararası hukukun genel bir ilkesi kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır<sup>[92]</sup>.

[85] Constitutional Tribunal of Peru. Genaro Villegas Namuche. Case No. 2488-2002-HC/TC, March 18, 2004.

[86] Altıparmak, s.160.

[87] Altıparmak, s.164

[88] ICRC, Customary International Law, vol.1, Rule 117, Cambridge: CUR, 2005, s. 421'den aktaran: Altıparmak, s.164.

[89] Szoke-Burke, s.539.

[90] Szoke-Burke, s.539.

[91] UN Commission on Human Rights, "Report of the Meeting of Experts on Rights Not Subject to Derogation during States of Emergency and Exceptional Circumstances," Annex I to 8th Annual Report of Special Rapporteur on States of Emergency, E/CN. 4/ Sub. 2/1995/20/Corr. 1, 15 August 1995. Aktaran: Mendez, s. 264.

[92] Naqvi, s.273.

### II. 3. Hakikat Hakkının Takibi

Hakikat hakkı adli süreçler yanında yargı alanı dışında da talep takibini içermelidir. Yargı yolu, olguları saptamakta gerekliyse de, bazen kaçınılmaz kimi sınırlılıklarla maluldür. Bunlara örnek olarak; devletin hâlihazırdaki bir iç karışıklığı sonlandırmada başarısız olması, devlet işlerinin işleyişinde aksama olması nedeniyle yargının etkili kovuşturma yürütememesi gösterilebilir. Ayrıca, yargılamaların sadece toplumca iyi bilinen en ağır ihlallere yönelik olması ve belirlenmesi en kolay faillerle sınırlı olması, böylece pek çok mağdurun ihmal edilmesi başka bir boyuttur. Yine, olguları salt yargılama teknikleri kullanarak ortaya koymak, mağdurların kişisel, kültürel ve psikolojik tecrübelerini dışlama tehlikesi taşımaktadır. İşte bu nedendir ki; hakikat komisyonları ya da benzeri yargı dışı soruşturma komisyonları kurulması, bilgi edinme ve ifade özgürlüğünü korumaya ilişkin mevzuatın güçlendirilmesi ve anıtlar, müzeler gibi hatırlama ve yas mekânlarının kurulması hakikat hakkının gereği gibi gerçekleşmesi bakımından elzemdir<sup>[93]</sup>.

Bora da, hakikat hakkının takibinde, genellemelerden ve büyük kolektif öznelerin suçlanmasından kaçınmak gerektiğini dile getirmektedir. “Kolektif öznelerin bir kolektif suçla hesaplaşmasını tartışabilmek için en iyi yol daha küçük bir kolektif tasarlamaktır”<sup>[94]</sup>. Kolektif özneleri büyük genellemelerle suçlamak hem siyaseten hem de analitik olarak içinden çıkılması güç bir durum yaratır. Örneğin, sadece, Arjantin cuntası otuz bin kişinin ölümüne sebep oldu gibi bir belirleme yapmak, hakikatin ortaya çıkması, geçmişle hesaplaşma bakımından sadece bir istatistiktir, bir daha asla bilincini yerleştirmek için yeterli değildir. O dönem yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin her bir vaka için sorumlularının tespit edilmesi, cezalandırılması ve mağdurların tek tek dinlenilmesi gerçek bir hakikate ulaşma süreci için kaçınılmazdır<sup>[95]</sup>.

Bunu Nick Smith “hafıza arşivi oluşturma” şeklinde ifade etmektedir. Böyle bir arşiv için hangi özneler, hangi saiklerle, açık ya da zımni ne tür ve kimden alınan destekle hangi ihlalleri gerçekleştirmiştir sorularının izini sürmek gerekmektedir. Her bir mağdura ulaşabilmek ve mağdurların anlatımlarından, o gün yaşananları gözümüzün önüne getirebilmek hakikate ulaşmayı sağlayacak,

[93] Eduardo Gonzalez–Howard Varney (Ed.), Truth Seeking, Elements of Creating an Effective Truth Commission, Brasilia: Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil; New York: International Center for Transitional Justice, 2013, s.4.

[94] Nick Smith, Hatalyıldım, Özür Diliyorum: Özürlerin Anlamı, Çeviren: Kıvanç Tanrıyar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010 ’dan aktaran: Bora, s. 65.

[95] Bkz. Bora, s.65-67.

sadece hukuki değil, siyasi, toplumsal, kültürel, psikolojik bir hesaplaşmayı sağlayabilecektir<sup>[96]</sup>.

Bu noktada, Mendez ve Bariffi'nin hakikat takibi yaklaşımına bakmak yerinde olacaktır. Bu yaklaşıma göre, hakikate ulaşma süreci basit biçimde üç soruyla açıklanabilir: Ne, neden ve kim. Gerçekte ne oldu, neden oldu ve bu eylemden kim doğrudan ya da dolaylı olarak sorumludur<sup>[97]</sup>?

Hakikatin ortaya çıkarılması sürecini tedrici bir süreç olarak açıklayan Mendez'e göre, öncelikle Arjantin Kayıp Kişiler Ulusal Komisyonu (CONADEP)'in yaptığı gibi, ağır insan hakları ihlallerinden sorumluluk belirlemesine gidilmelidir. Verilen emirler, emir komuta zincirinde yer alanlar, kullanılan devlet yapıları, dokunulmazlık ve gizliliğe yol veren mekanizmalar ortaya çıkarılmalıdır. İkinci aşama kişisel hakikate ulaşma çalışmasıdır. Devlet makamları ve toplum, ağır insan hakları ihlallerinin mağdur ettiği her kişi veya yakınlarına, ihlal ya da kaybolan kişilerin akıbeti ile ilgili doğru bilgiyi sağlamakla yükümlüdür. Üçüncü aşama ise mağdurların ya da yakınlarının bir devlet kurumuna davet edilip dinlenilmesini gerektirir<sup>[98]</sup>.

### III. ARJANTİN'İN KAYIP ÇOCUKLARI VAKASI

#### III. 1. Arjantin'de Yaşanan "Kırlı Savaş"a ve Sonrasına Genel Bakış

Bir zamanlar Latin Amerika'nın, yaşam düzeyi en yüksek ülkesi sayılan Arjantin, tarihler 24 Mart 1976'yı gösterdiğinde, yedi yıl sürecek ciddi bir baskı ve terör ortamına girmiştir. "Ulusal güvenlik" doktrini anlayışı çerçevesinde gerçekleştirilen askeri darbe; pek çok öğretmen, öğrenci, işçi, avukat, müzisyen, yazar, psikolog, basın mensubunu "ideolojik yıkıcılar" kabul ederek düşman ilan etmiştir. Politik rakipleri ideolojik olarak yok eden bu dost-düşman paradigması mantığı, onları işleme tutmuş, bu mantık düzeninin kurulması ve korunması için de, alçaltma uygulamaları olarak nitelendirilebilecek belirli kalıcı yaptırımlar; ihraç, tutuklama, işkence, yok etme gibi uygulamıştır<sup>[99]</sup>. Bu "düşmanlar", ülkenin çeşitli yerlerine dağılmış ve sayıları yaklaşık üç yüz elliye bulan toplama merkezlerine getirilmiş, bu suretle ortadan kaybolmuşlardır. İşte

[96] Aktaran: Bora, s.67.

[97] Mendez-Bariffi, s. 1

[98] Mendez, s.262.

[99] Bkz. Juan E. Corradi, "Yıkım Tarzı: Arjantin'de Devlet Terörü", çeviren: Şen Süer, Latin Amerika'da Militarizm, Devlet ve Demokrasi Dosyası, Derleyen: Ragıp Zarakolu, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985.

bu eylemlerden sonra yeni bir kelime yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır: “*desaparecidos*”–kayıplar. Esas olarak Naziler tarafından geliştirilen bu kavram cuntanın, binlerce Arjantinliyi kaçırma, işkenceden geçirme, sonuç olarak da öldürmesini inkâr amacıyla kullandığı bir kavram olmuştur.<sup>[100]</sup>

Arjantin İnsan Hakları Örgütü’nün belirlemesine göre, yaklaşık otuz bin Arjantinlinin kaybolduğu bu diktatorya dönemi<sup>[101]</sup> nihayet 1983 yılında son bulduktan sonra, demokratik seçimlerle işbaşına gelen Raul Alfonsin “Kayıp Kişiler Ulusal Komisyonu” nu (Comision Nacional para la Desaparicion de Personas, ya da CONADEP) kurmuştur. Kayıpların akıbetini araştıran komisyon, *Nunca Mas* adıyla yayınladığı raporunda, 9000’e yakın kayıp vakasını belgelemiştir. Böylece, *Nunca Mas* sessizliği bozmuş ve hakikatin ortaya çıkarılabilmesinin yolunu açmıştır. Cunta sorumlularının yargılanması konusunda ilk adımı atan Alfonsin Hükümeti, askeri kademelerin baskısı ve isyanları nedeniyle “Son Nokta Yasası” ve “Emre İtaat Yasası”nı çıkarmış, Alfonsin’den sonra gelen başbakan Carlos Menem döneminde ise cunta liderleri dâhil, hüküm giymiş herkes affedilmiştir. Bu yasalara karşı mücadeleler de devam etmiş, kongrenin bazı af yasalarını askıya alması üzerine yeni davalar açılmaya başlamıştır. Yani Arjantin’de geçmişle hesaplaşma bugüne kadar canlılığını koruyan bir süreç olarak işlemektedir.<sup>[102]</sup>

### III. 2. Arjantin’in “Yaşayan Kayıplar”<sup>[103]</sup>

Cuntanın en altüst edici eylemlerinden biri de, kurbanların bebeklerini sistematik biçimde çalma ve satma olmuştur. Askeri darbe sırasında kaybedilenler arasında, sadece çocuklarını dünyaya getirene kadar yaşamalarına izin verilen hamile kadınlar da mevcuttur. Yaklaşık beş yüz kadar bebeğin toplama merkezlerinde dünyaya geldiği ve kendilerini bekleyen askeri görevlilere satıldığı

[100] Lisa Avery, “*A Return to Life: The Right to Identity and The Right to Identify Argentina’s Living Disappeared*” Harvard Women’s Law Journal, vol.27, 2004, s.239.

[101] Beatriz Sarlo, “*Zorbalığı Anmak: Diktatoryadan Sonra Arjantin*”, çeviren: Yılmaz Öner, Latin Amerika’da Militarizm, Devlet ve Demokrasi Dosyası, Derleyen: Ragıp Zarakolu, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985. Sayıları on iki bin ile otuz bin arasında olduğu tahmin edilen kaybedilen insanların akıbetine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Accountability in Argentina, The International Center for Transitional Justice, 2005, s.1-2. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Argentina-Accountability-Case-2005-English.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2019.

[102] Bkz. Sancar, “*12 Eylül vesilesiyle*”, s.40.

[103] Bu deyim Mayro Meydanı Büyükanneleri, kimliğini kaybetmiş torunları için kullanılmaktadır.

bilinmektedir<sup>[104]</sup>. Rejimin en büyük ve belki de en merhametsiz toplama kampı, Arjantin'in Auschwitz'i denilen<sup>[105]</sup> ESMA'nın (Escuela Mecanica de la Armada–donanma mekanik okulu) tutukluları arasında, hamile kadınlar çoğunluktadır. Erken doğum yapmalarını sağlamak amacıyla serum verilen, sezaryen ile bebeğin alınmasına zorlanan<sup>[106]</sup> bu kadınların çok azı kurtulmuş, bebekleri ise rejim ile az çok bağlantısı olan "politik açıdan kabul edilebilir" ailelere verilmiştir.<sup>[107]</sup> Bu eylem o kadar sistematik, düzenli işlemiştir ki, bazı aileler, doğum yapacak annenin eğitim düzeyi, görünüşüne göre evlat edinecekleri çocuğu seçmiş, doğum yapana kadar annenin sağlıklı şartlarda kalıp kalmadığını kontrol etmişlerdir. Ancak çocuklar doğar doğmaz gerçek anneler ile olan tüm biyolojik bağların koparıldığı garanti edilmiştir. Çocukların kimliksizleştirilmeleri cuntanın başarılarından<sup>[108]</sup>. İşte bu nedenle yaşamalarına rağmen kim olduklarını bilmeyen bu çocuklar Arjantin'in yaşayan kayıplarıdır.

### III.3. Plaza de Mayo (Mayo Meydanı) Büyükanneleri

"Kimliğin konusunda şüphelen varsa Abuelas'a başvuru"<sup>[109]</sup>

Mayo Meydanı Büyükanneleri (Abuelas) cunta süresince yaşanan büyük korkuya, sindirmeye rağmen protestolar gerçekleştiren ve eylemlerini cuntadan sonra da devam ettiren bir topluluktur. Mayo Meydanı Anneleri gibi, kayıpları için mücadele eden bu kadınlar, bir oç alma duygusu ile hareket etmemekte, kaybedilen çocukları tarafından dünyaya getirilen torunlarının sağlıklı olup olmadıklarını, yaşayıp yaşamadıklarını öğrenmeye çalışmaktadırlar. Amaçları torunlarına, terk edilmediklerini, kendi köklerine tarihlerine dönme hakları olduğunu, gerçek anne babalarının iyi, yaşamı seven, ilkeleri olan insanlar olduğunu anlatabilmektir<sup>[110]</sup>.

[104] Bkz. Rita Arditti, "Kalıtımbilim ve Yerini Bulan Hak" çeviren: Kenan Özbay, Latin Amerika'da Askeri Diktatörlük Ve Kadın, Derleyen: Ümit Cizre, Serpil Üşür, Belge Yayınları, İstanbul, Aralık 1989, s.157.

[105] Feitlowitz, Marguerite, A Lexicon of Terror. Argentina and the Legacies of Torture 51,1998'den aktaran Avery, s.241.

[106] Nunca Mas: The Report of the Argentine National Commission of the Disappeared, s.288, <http://www.nuncamas.org/>

[107] Avery, s.241.

[108] Feitlowitz, a.g.e.'den aktaran Avery, s.241.

[109] Arjantin'de billboardlarda yer alan bu ilan için bkz. <http://www.abuelas.org/>, Erişim Tarihi: 05.02.2019.

[110] , Howard Lafranchi, Relentless Grandmothers: Argentina Seeks Justice for Kidnapped Children, Christian Sci Monitor, Nov.3,1999,s.1 .



Büyükanneler, kaçırılan ya da gözaltında doğan çocukların neden yasal ailelerine dönmeleri gerektiğini şöyle açıklamaktadırlar:

“Çocukların kimliklerini geri kazanmaya hakları vardır. Yine, çocukların yalansız, sırsız, özgür ve onurlu yaşamaya hakkı vardır. Çocuklar kökenlerini bilmelidir. Terk edilmemişlerdir, tersine yasadışı olarak koparılıp alınmışlardır. Ruhlarında kazanmış olarak, kaçırılmalarının ya da annelerine yapılan işkencelerin uğursuz anılarını taşımaktadırlar. Bu sarsıntı onların ruhsal ve fiziksel gelişmelerini engelleyecektir. Ancak doğal yuvalarında, meşru ailelerinin onlara verecekleri sevgi ve güvenle özgürleşebilirler”<sup>[111]</sup>.

Ekim 1977’den itibaren torunlarını bulmak için uğraşan büyükanneler “Vos sabes quien sos?” (Kim Olduğunu Biliyor musun?) başlıklı büyük bir medya kampanyasını da arkalarına alarak<sup>[112]</sup> “unutmanın tehlikesini, sessizliğin tehlikesini” görünür kılma çabası vermişlerdir<sup>[113]</sup>. Torunları için hastaneleri, yetimhaneleri araştıran, nüfus kayıtlarını, evlat edinme belgelerini inceleyen, uluslararası insan hakları örgütlerine, yabancı büyükelçiliklere, gazetelere, politikacılara, Vatikan’a, Birleşmiş Milletler’e yazan büyükanneler, adeta dedektif gibi çalışarak doğumları gerçekleştiren doktor ve hemşireleri bulmuş, onlardan bilgi toplamaya çalışmışlardır<sup>[114]</sup>.

### III. 4. Çocukların Kimliğinin Tespit Edilmesi

#### a. Genetik Testler

Torunlarının gerçek kimliğini tespit etmek, onların daha fazla gizlilik ve yalan içinde yaşamasını önlemek için Mayo Meydanı Büyükanneleri teknolojiyen faydalanmışlardır. Bir çocuğun anne babası yok ise genetik testlerle ikinci dereceden akrabalarını tespit etmek o zamana kadar mümkün olmadığı halde, büyükanneler, bu konuda çalışma yaptığını duydukları genetik uzmanı Dr. Mary Claire King’e başvurmuş ve sonuç almışlardır. King’in tespitine göre, bir çocuğun, genetik eşleşmesi ancak anne tarafından akrabaları ile karşılaştırılırsa çocuğun kimliği şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebileceğinden<sup>[115]</sup>; kan grupları, protein hücreleri, doku uyumları ve enzimler incelenerek bu çer-

[111] Arditti, s.159.

[112] The Stolen Children of Argentina”, <https://daily.jstor.org/stolen-children-of-argentina/>, Erişim Tarihi: 01.02.2019, s.2.

[113] Arditti, s.160.

[114] Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.abuelas.org/> Erişim Tarihi: 02.02.2019.

[115] Specter, Michael, Microbiology Reunites Families, Washington Post, January 17, 1989, s.11’den aktaran Avery, s.249.

çevrede araştırma yapılmış ve büyükanneler ilk başarılarını 1984 yılında, DNA testi % 99.98 oranında, bir çocuğun kimliğini tespit ettiğinde kazanmışlardır<sup>[116]</sup>.

Geleneksel adli tıp bilimindeki gelişmeler sayesinde Mayo Meydanı Büyükanneleri ciddi insan hakları ihlallerini uluslararası toplumun önüne sunabilmişlerdir. Daha önce kriminal incelemelerde kullanılan adli tıp, büyükanneler sayesinde 1984'ten başlayarak insan haklarına hizmet için de kullanılabilir hale gelmiştir<sup>[117]</sup>.

### b. Ulusal Genetik Veri Bankası

Büyükanneler teknolojiadaki gelişmelerin yardımıyla torunlarını bulabilir hale gelmişlerdir. Ancak sayısı yaklaşık beş yüz olarak düşünülen çocukların bugüne kadar ancak yarısının kimliği tespit edilebilmiştir. En son kayıp çocuğun ne zaman bulunacağı bilinemez. Yıllar sonra çocuklar ergen olduklarında kendi kökenleri ile ilgili "resmi tarih"ten kuşku duymaya başlayabilirler. O sırada büyükanne ve babaları ölmüş olabilir. Böyle bir durumda çocuğun kimliğinin tespiti artık mümkün olamayacağından, büyükanneler başarılı biçimde yürüttükleri lobi faaliyetleri neticesinde, dünyanın bu türdeki ilk genetik veri bankası olan "Arjantin Kayıp Çocuk Yakınları Genetik Veriler Ulusal Bankası" nı kuran yasanın yapılmasını sağlamışlardır.<sup>[118]</sup> Genetik Veri Bankasının kurulması Arjantin'de aileleri yeniden kurmaya ve böylece ileride yaşanabilecek insan hakları ihlallerini de engellemeye vesile olacaktır.

## IV. HAKİKAT HAKKI ÇERÇEVESİNDE ARJANTİN'İN KAYIP ÇOCUKLARI VAKASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### IV.1. Plaza De Mayo Büyükannelerinin Hukuki ve Politik Alandaki Başarıları

Genetik testler vasıtasıyla kimlik tespitinin mümkün olmasının ardından, büyükanneler kayıp çocukların biyolojik akrabaları ile birleştirilmesi için açtıkları davaların çoğunu kazanmışlardır<sup>[119]</sup>. Af kanunları çocuk kaçırma suçunu içermediği için, torunlarını gerçek kimliklerinden uzaklaştıran yetkililerin sorumlu

[116] Avery, s.250.

[117] Avery, s.250.

[118] Arditti, s.158.

[119] 2005 yılına kadar açılan elli dava arasında kırk dördü kazanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Katayoun Chamany, "Ninos Desaparecidos" National Center for Case Study Teaching in Science, University at Buffalo, MITES, Biology, Austin Che, Summer 2005.

olduğu savıyla mahkemelere başvuran büyükanneler verilen cezaları yetersiz bulsalar da, önemli başarıları, çalışmalarının, onları Arjantin'in politik ve sosyal yapısında değişiklikler yapacak duruma getirmesi olmuştur. Kayıp çocukları resmen araştırması için hükümete baskı yapan büyükanneler, sivil toplumun ciddi anlamdaki desteğiyle, hükümetin, yetkileri oldukça geniş olan ve İçişleri Bakanlığı İnsan Hakları Bölümü ile işbirliği içinde kayıp çocukları gerçek ailelerine kavuşturacak "CONADI" (Kimlik Hakkı İçin Ulusal Komisyon) adlı komisyonu kurmasını sağlamışlardır.<sup>[120]</sup> Bu komisyon, Plaza De Mayo Büyükanneleri temsilcilerinin, avukatların, savcılarının ve insan hakları müstearlığından yetkililerin yer aldığı ve kayıp çocukların bulunmasına odaklanan bir komisyondur. Komisyonun yetkileri arasında çocukları kamplardan kaçırıp kimliklerini değiştiren, evlatlık verilmelerine neden olan ve daha önce bu çocukların anne babalarını ya da başka çocukları öldürmekten sorumlu olup yargı muafiyeti almış kişilerin kimliklerinin tespiti ile soruşturulmalarını sağlamak da vardır. Komisyonun çalışmaları neticesinde elde edilen, çocukların kaçırılmasına ilişkin bilgiler, Menem'in daha önce başka suçlarından dolayı affettiği kişilerin tutuklanmasına ve ikinci kere soruşturulmasına olanak sağlamıştır.<sup>[121]</sup>

Yine, büyükanneler Arjantin'in evlat edinme kanununa karşı hareket etmiş, bu kanunun çocukları kaçıranları koruduğunu savunmuşlardır. Evlat edinme konusunda gizlilik öngören bu kanun da, kimlik hakkı çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir. Evlat edinilen çocuğun bundan haberdar olması zorunluluğu, biyolojik kimliğini bilebilmesi ve on sekiz yaşına geldiğinde evlat edinilmesine ilişkin belgeleri inceleyebilmesi hakkı getirilen değişiklikler arasındadır.<sup>[122]</sup> 2004 Ağustos ayında da gözaltında doğan çocuklara tazminat ödenmesini öngören yasa kabul edilmiştir.<sup>[123]</sup>

Büyükannelerin kimlik tespiti çalışmaları ulusal sonuçların yanında uluslararası başarılar da sağlamıştır. Bugün, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ".....Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasının bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır....." şeklindeki 7. maddesi, "..... Taraf

[120] Bkz. <http://www.abuelas.org/>

[121] The International Center for Transitional Justice (ICTJ), "Accountability in Argentina", 2005, s.1-2. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Argentina-Accountability-Case-2005-English.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2019. , s.4.

[122] <http://library.adoption.com/Argentina> 'dan aktaran Avery, s.255

[123] ICTJ, s.3.

Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.....” şeklindeki 8. maddesi, “.....ayrılığın, çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar.....” şeklindeki 9. maddesi Arjantin maddeleri olarak bilinip, dayanağı Mayo Meydanı Büyükkannelerinin torunlarının kimlik hakkı için yaptıkları mücadeledir<sup>[124]</sup>.

#### IV.2. Arjantin’deki Hakikat Yargılamaları ve Bu Davaların Kayıp Çocuklar Vakası Bakımından Önemi

1986-1987 yılında kabul edilen af yasaları ve onların 2003’te yürürlükten kaldırılması arasında geçen sürede, Arjantin, hakikat hakkının ortaya çıkmasına ve uygulanmasına tanık olmuştur. Bu yeni sübjektif hakkın ortaya çıkışını ise “hakikat yargılamaları” (*judicio por la verdad*) sağlamıştır<sup>[125]</sup>.

Bu yargılamalar Arjantin’de, 1996 yılında, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun hakikat hakkını tanıyan kararı sonrası başlamış olup, 1990’larda hüküm süren unutmama kültürü ve af yasaları nedeniyle ceza davaları bakımından söz konusu olan engellere bir karşı çıkış olarak yaratılan kendine özgü (*sui generis*) bir yöntemdir<sup>[126]</sup>.

Bu davalarda daha önce çıkarılmış olan af yasaları nedeniyle mahkûmiyet kararı verilemiyordu, kararları beyan ediciydi, ancak söz konusu yargılamalar, askeri diktatörlük döneminde yaşanan ağır insan hakları ihlallerine ilişkin hakikati araştırması ve belgelemesi bakımından önemliydi<sup>[127]</sup>. Bu davalarda davacıların iki hedefi vardı: Birincisi, mahkemenin, yas hakkı ile birlikte, vazgeçilmez bir insan hakkı olarak ortaya koydukları hakikat hakkını korumasını garanti altına almasını sağlamaktı. İkincisi ise, devlet terörünün bürokratik yapılanmasının nasıl işlediğini kavramayı ve ispat etmeyi sağlayacak delillerin ortaya çıkarılmasını garanti altına almaktı. Arjantin’deki bu hakikat yargılamalarının önemi, mahkemelerin, hakikat hakkının mağdurların ve/veya ailelerinin adalete etkin erişimi için vazgeçilemez bir önkoşul olduğunu kabul etmesi-

[124] Janet Worrall, “*Searching for Life: The Grandmothers of The Plaza De Mayo and Disappeared Children of Argentina And Voices of Resistance: Testimonies of Cuban And Chilean Women*” Oral History Review, Winter/Spring 2001, vol.28, no.1.

[125] Hayner, s.614-615.

[126] Garibian, s.3.

[127] Sancar, Geçmişle Hesaplaşma, s.224.

dir<sup>[128]</sup>. Hakikat komisyonları ve klasik ceza davalarının, sembolik onarımların ve cezalandırmaların arasında bir yerde duran hakikat yargılamaları esasen, o dönemde yürürlükte olan ve adalete başvurmaya imkân vermeyen af yasalarının yarattığı engellerin üstesinden gelmek için tasarlanmıştır, fakat zamanla ceza yargılamalarının önünü açacak derece bir başarı sağlamıştır. Arjantin'deki hakikat yargılamaları, bir tür 'ahlaki buyruk' un nasıl insan hakları alanında kabul edilen bir ilke olan hakikat hakkına dönüştüğünü göstermesi bakımından önemlidir<sup>[129]</sup>.

Söz konusu hakikat yargılamaları arasında kamplardan kaçırılıp evlatlık verilen çocuklara ilişkin olanlar da mevcuttur<sup>[130]</sup>. Kaybolan çocuklar bakımından bu yargılamaların önemi, öncelikle büyükannelere ve aslında kamuya, kamplarda öldürülen kadınların çocuklarının kaçırıldığının beyan edilmesi olmuştur. Bu konuya ilişkin hakikatin yasal olarak tanınmasının yanında, gözaltından çocuk kaçıran kişilerin kimliklerinin tespit edilmesi ve hakikatin belgelenmesi olmuştur. Bu tespitler ileriki yıllarda, yeniden ceza davaları açılmaya başlandığında sorumluların yargılanmasını sağlamıştır. Bu çerçevede, eski cunta şeflerinden Videla'ya da, "çocukları sistematik şekilde kaçırma ve zorla evlatlık verme" olaylarındaki sorumluluğundan dolayı dava açılmıştır<sup>[131]</sup>.

#### IV. 3. "Yaşayan Kayıp Çocuklar"ın Hakikate Bakışı Çerçevesinde Geçmişle Bugün Arasındaki Köprüler

Geçmişle hesaplaşma söz konusu olduğunda, geçmişle ilişki konusunda ortaya çıkan iki modelden bahsedilebilir: Bir yanda "Unutma ya da Bastırma" diğer yanda ise, "Hatırlama ve Hesaplaşma".<sup>[132]</sup> Bu durumun, "Arjantin'in kirli savaşı" sırasında çalınan ve bugün yirmili otuzlu yaşlarına gelmiş kişiler için de söz konusu olduğu görülmektedir. Çalınan bebeklerden hayatta kalan 256 tanesinin kimliği tespit edilmiş, ancak bunlardan sadece 126'sı bulunabilmiştir<sup>[133]</sup>. Genetik testlerle 31 çocuk biyolojik ailelerine teslim edilmiş, geri kalanlar geçmişleri ile yüzleşmek istemedikleri için başka ülkelere kaçmış ya

[128] Garibian, s.14.

[129] Garibian, s.5.

[130] Konuya ilişkin yargılamaların ayrıntılı dökümü için bkz. Nunca Mas: The Report of the Argentine National Commission of the Disappeared, Section 2: Victims, <http://www.nuncamas.org/> Erişim Tarihi: 10.01.2019.

[131] Sancar, Geçmişle Hesaplaşma, s.224.

[132] Mithat Sancar, "Geçmişin Hesabı, Geleceğin İnşası" Birikim Dergisi, sayı 134-135, Haziran-Temmuz 2000, s.30.

[133] "The Stolen Children of Argentina", s.1.

da kendilerini evlat edinen aileleri tarafından kaçırılmıştır.<sup>[134]</sup> "İkinci Kayıp" olarak adlandırılan bu durum karşısında Mayo Meydanı Büyükkanneleri Amerikalılararası Sözleşmenin, kaybedilen çocuğun haklarını koruma konusunda genişletilmesi ve kaybeden ya da kaçırılanların iadesini sağlayacak anlaşmaların gerçekleştirilmesi çağrısı yapmaktadırlar.<sup>[135]</sup>

Aileleri cunta döneminde kaybedilen, hatırlama ve hesaplaşma modeli doğrultusunda hareket eden çocukların kurduğu ilk ulusal örgüt olan HIJOS (Unutma ve Sessizliğe Karşı Kimlik ve Adalet için Çalışan Çocuklar) askeri rejim döneminde çalınan diğer çocuklar ile iletişim kurabilmek ve kimlikleri ile ilgili sorularına cevap bulmak amacını taşımaktadır.<sup>[136]</sup> Çalınan bebeklerden kimliği genetik testler yolu ile tespit edilen ilk kişi olan yirmi sekiz yaşındaki Paula Eva Logares de, HIJOS'ta çalışmakta ve acılı geçmişine boyun eğip yaşamaya devam etmektense, "diktatörlük yıllarının korkunçluğunun unutulmamasını kesin olarak sağlamak amacıyla" adalet için savaşmayı tercih etmektedir.<sup>[137]</sup> Kaybedilenlerin hatırlama hesaplaşma modelinden yana olan şimdiki yetişkin çocukları, ailelerini öldüren devlet terörünü bilmezden gelen bir toplum istememektedirler.<sup>[138]</sup> Tabii ki, gerçek aileleri tespit edilen çocuklar, bu yeni duruma hemen ayak uyduramamaktadırlar, ancak büyükkanneler örgütü psikologlarla çalışmakta ve psikologlar, hakikate ulaşmanın nihayetinde gerçek ilişki biçimlerini yarattığını görmektedirler.<sup>[139]</sup> Kimliği tespit edilen bazı çocuklar da gerçek ailelerine dönmemiş, ancak hem biyolojik aileleriyle, hem kendilerini büyüten aileleriyle bağlarını koparmayarak geçmişlerine sahip çıkmıştır.<sup>[140]</sup> Bilinçli ya da bilinçsiz olarak bastırma ve unutma modelinden yana hareket eden "yaşayan kayıplar" ise kayıp kalmaya devam etmektedirler; zira büyükkannelerin dile getirmekte olduğu biçimiyle aktarırsak: "Kendi çocuklarımız ve gelecek kuşakların tüm çocukları için çaba gösteriyoruz; insan onurunun temel öğeleri olan kimliklerini, köklerini, tarihlerini korusunlar diye."<sup>[141]</sup>

[134] Semra Somersan, "Güney'in Askeri Darbelerinde İnsan Hakları İhlalleri: Üç Ülke, Üç Uygulama" Toplum ve Bilim Dergisi, sayı 99, Kış 2003-2004, s.145.

[135] Avery, s.259.

[136] Arditti, s.268.

[137] Gabriel Gamini, Babies Stolen by Junta, Times, London, 4 July 2001, s.22.

[138] Jack Epstein, Argentina's Dirty War'dan aktaran AVERY, s.269.

[139] Bkz., <http://www.abuelas.org/>

[140] Kimliği tespit edilen çocukların anlatımları için bkz. Nunca Mas: The Report of the Argentine National Commission of the Disappeared, s.288, <http://www.nuncamas.org/>.

[141] Arditti, s.160.

Geçmişle hesaplaşma, ne yalnızca belli bir dönemin sorumlularını cezalandırma gayreti, ne salt tarihsel bir merakın tatmini, ne de münhasıran teorik bir meşgale olarak görülebilir. Böyle bir tartışma, ağır insan hakları ihlallerinin yoğun olarak yaşandığı diktatörlük yönetimlerinin ve/veya iç savaşların ardından, insan hakları değerlerine yaslanan bir toplumsal barış ve demokratik bir siyasal kültür inşa etme hedefiyle bütünleşirse ancak anlamlı bir hesaplaşma halini alır.<sup>[142]</sup> Zaten geçmişle hesaplaşma, doğrudan geçmişte yaşananlara odaklanan bir tarihsel ilgiden ziyade, geçmişin bugüne yansıyan etkileriyle uğraşmayı ifade eder.<sup>[143]</sup>

Mayo Meydanı Büyükanneleri de bu çerçevede, “Bizler hafızayı yeniden inşa etmeye çalışıyoruz. Hafıza önemlidir, çünkü adalet ve hakikat taleplerinin temelini oluşturur. Kayıpların anısına, isimlerinin yer aldığı bir anıt yapmak istiyoruz, sadece ölümlerini hatırlamak için değil, kayıpları ideolojik fikirleriyle geri getirmek için. Hafızayı canlı tutmaya çalışıyoruz, kuşaklar arasında köprü kurabilmek için.”<sup>[144]</sup> anlayışını savunmaktadırlar.

Sonuç olarak, tarihi bilinç şaşırtıcı derecede günümüzün maddi ilişkilerine yansımaktadır. İnsanların geçmişteki doğrudan ve kişisel anılarının, toplumun kolektif geçmişinin ve resmi tarihin bir araya gelmesi veya birbirinden ayrılması, gücün ve direnişin politik yapıyı nasıl etkilediğini, ona nasıl güç verdiğini gösteren bir prizma olarak görülebilir. Tarihi bilinç, politik ekonomik güç, politik değişim ya da buna direnme ile derinden ilgilidir.<sup>[145]</sup> Geçmiş, olup bitenlerin katkısız bir inkârı olamaz, çünkü böyle bir inkâr, her şeyi hatırlamak yerine her şeyi unutmak istemenin ters yüzüdür. Hafızaya yeniden egemen olmak ise, sadece bize neler yapıldığını anmak, kurbanların pasifliğine düşmek, geçmiş çekilen acıların tüm bir listesi olarak sunmak değildir<sup>[146]</sup>. Plaza de Mayo Büyükannelerinin hakikate ulaşma çabası da, bu pasifliğe karşı mücadele vererek, kimliksizleştirilen çocukların, bugünün yetişkinleri olarak yeni bir hayat kurmalarını sağlamak amacını taşımaktadır.

Geçmişle ilişki, bireysel ve kolektif kimliğin oluşumundaki temel kaynaklardan biridir. Bu nedenle geçmişle yüzleşme iradesine sahip olmak ile yeni

[142] Sancar, “Geçmişin Hesabı”, s.95.

[143] Sancar, “12 Eylül vesilesiyle”, s.37.

[144] Mayo Meydanı annelerinin sözlerini aktaran, Margaret Burchianti, “Building Bridges of Memory: The Mothers of the Plaza de Mayo and the Cultural Politics of Maternal Memories” History and Antropology, vol.15, no.2, June 2004,s.133.

[145] Burchianti, s.136.

[146] Sarlo, s.169-170.

bir bireysel veya kolektif kimlik oluşturma isteği arasında yoğun bir etkileşim vardır.<sup>[147]</sup> “Kendi kimliğiyle ilgilenen herkesin, geçmişin mirasıyla da ilgilenmesi gerekir.”<sup>[148]</sup> Büyükanneler de, “Gözaltında doğan yüzlerce çocuk nerede?” “Kayıp çocuklar nerede?” “İki kuşağı birden arıyoruz” anlayışı ile kayıp torunlarının kimliğini ortaya çıkarma çabasını sürdürmeye devam ederken, Arjantin toplumunun geçmişi ile hesaplaşma süreci, bazen ileri bazen geri olmak üzere devam etmektedir.

---

[147] Sancar, “12 Eylül Vesilesiyle”, s.37.

[148] Avishai Margalit, “Gedenken, Vergessen, Vergeben”, Gary Smith/ Avishai Margalit (ed) *Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, Frankfurt (Main) 1997, s.201’den aktaran Sancar, “12 Eylül Vesilesiyle”, s.37.



## SONUÇ

İşkencenin yeni bir türü olan, kayıp çocukların kimlikten yoksun bırakılması ve ailelerinden koparılıp alınması olayı, Arjantin toplumunun bir kara lekesi olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bilimsel yetkinlikleri olmamasına rağmen bilimin imkânlarından sonuna kadar yararlanmayı başaran, kendi halinde, evladını yitirmiş bir grup büyükannenin, “kan ile kemik, kimlik ile bellek, kişisel ile politik” arasında bağ kurarak, acı ve karanlık içindeki durumu tüm güçleriyle değiştirmeye çalışma çabası bu mücadeleyi özgün kılmaktadır.

Geçmişte yaşanan ihlallere ilişkin gerçeği öğrenme hakkı yanında, failerin kimliğini, bu ihlallere hangi koşulların sebep olduğunu, altında yatan nedenleri, mümkünse, zorla kaybettirilenlerin akıbetini öğrenme hakkını bünyesinde taşıyan hakikat hakkının Arjantin’de adalet arayan büyükanneler tarafından kullanılması sadece belli sayıda çocuğun kimliğine kavuşmasıyla sonuçlanmamıştır. Hakikatin tesisi Arjantin toplumu için psikolojik, ahlaki, hukuki, politik ve toplumsal bir sağaltım aracı olmuştur. Arjantin bugün hala yaralarını sarma çabasıdadır; sonuçlanmamış davalar, kimliği tespit edilmeye çalışılan çocuklar mevcuttur. Onurun onarılması, devlet organlarına güvenin inşası için annelerin, büyükannelerin, çocukların ve genel olarak Arjantin toplumunun hakikat arayışı ve ihlallerden sorumlu olanları yargı önüne çıkarabilme mücadelesi devam etmektedir.

## KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem, "Hakikati Bilme ve 12 Eylül'ü Yargılama Zorunluluğu" Hakikat ve İnsan Hakları, Derleyenler: Özkan Ağaş-Bişeng Özdiñç, Dipnot Yay., Ankara, 2011, s. 152-208.

ARDITTI, Rita, "Kalıtımbilim ve Yerini Bulan Hak" çeviren: Kenan Özbay, Latin Amerika'da Askeri Diktatörlük Ve Kadın, Derleyen: Ümit Cizre, Serpil Üşür, Belge Yayınları, İstanbul, Aralık 1989.

AVERY, Lisa, "A Return to Life: The Right to Identity and The Right to Identify Argentina's 'Living Disappeared'" Harvard Women's Law Journal, vol.27, 2004, s. 235-272.

AYTAÇ, Ahmet Murat, "Hakikat ve Siyaset ya da Hakikati Savunma Üzerine Düşünmek", Hakikat ve İnsan Hakları, Derleyenler: Özkan Ağaş-Bişeng Özdiñç, Dipnot Yay., Ankara, 2011, s. 19-58.

BORA, Tanıl, "Geçmişle Hesaplaşma: Niçin ve Nasıl?", Hakikat ve İnsan Hakları, Derleyenler: Özkan Ağaş-Bişeng Özdiñç, Dipnot Yay., Ankara, 2011, s. 59-100.

BURCHIANTI, Margaret, "Building Bridges of Memory: The Mothers of the Plaza de Mayo and the Cultural Politics of Maternal Memories" History and Anthropology, vol.15, no.2, June 2004, s.133-150.

CHAMANY, Katayoun, "Ninos Desaparecidos" National Center for Case Study Teaching in Science, University at Buffalo, MITES, Biology, Austin Che, Summer 2005.

CONNERTON, Paul, Toplumlar Nasıl Anımsar?, çeviren: Alaeddin Şenel, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

ÇELİKKAN, Murat (Derleyen), Hakikat Komisyonları, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Anadolu Kültür Yay., İstanbul, 2013.

GAMINI, Gabriel, "Babies Stolen by Junta", Times, London, 4 July 2001.

GARIBIAN, Sévane, "Hayaletler de Ölür. 'Hakikat Hakkı' yoluyla Kaybetmelere Karşı Durmak ve Arjantin'deki Hakikat Yargılamaları (Juicios por la Verdad)", Çeviri: Özlem Kaya, Journal of International Criminal Justice, Vol. 12, No: 3, 2014, s. 515-538, <http://jicj.oxfordjournals.org/content/12/3/515.full.pdf+html>. Erişim Tarihi: 01.02.2019.

GONZALEZ, Eduardo – VARNEY, Howard (Ed.), Truth Seeking, Elements of Creating an Effective Truth Commission, Brasilia: Amnesty Commission

of the Ministry of Justice of Brazil; New York: International Center for Transitional Justice, 2013.

GROOME, Dermot, “*The Right to Truth in the Fight against Impunity*”, Berkeley Journal of International Law, Volume 29, Issue 1, 2011, s. 175-199.

HAYNER, Priscilla, “*Fifteen Truth Commissions: 1974 to 1994, A Comparative Study*”, Human Rights Quarterly vol. 16, The Johns Hopkins University Press, 1994. s. 597-655.

LAFRANCHI, Howard, “*Relentless Grandmothers: Argentina Seeks Justice for Kidnapped Children*”, Christian Science Monitor, Nov.3, 1999.

MENDEZ, Juan–BARIFFI, Francisco J., “*Truth, Right to, International Protection*”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), Erişim Tarihi: 07.02.1019.

MENDEZ, Juan, “*Accountability for Past Abuses*”, Human Rights Quarterly, vol.19 (2), 1997, s. 255-282.

NAQVI, Yasmin, ‘*The Right to the Truth in International Law: Fact or Fiction?*’ International Review of the Red Cross, vol.88, 2006, s.245, 261.

NUNCA MAS, Report of Conadep, 1984, <http://www.nuncamas.org/>, Erişim Tarihi: 24.12.2018.

SANCAR, Mithat, “*12 Eylül Vesilesiyle: Geçmişle Hesaplaşma Kültürü Üzerine Bir Daha Asla! Diye Bilmek İçin*” Birikim Dergisi, sayı 198, Ekim 2005, s.27-42.

SANCAR, Mithat, “*Geçmişin Hesabı, Geleceğin İnşası*” Birikim Dergisi, sayı 134-135, Haziran-Temmuz 2000, s.92-97.

UÇARLAR, Nesrin, Hiçbir Şey Yerde Değil: Çatışma Sonrası Süreçte Adalet ve Geçmişle Yüzleşme Talepleri, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015

SANCAR, Mithat, Geçmişle Hesaplaşma: Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2014.

SOMERSAN, Semra, “*Güney’in Askeri Darbelerinde İnsan Hakları İhlalleri: Üç Ülke, Üç Uygulama*” Toplum ve Bilim Dergisi, sayı 99, Kış 2003-2004, s.129-158.

SWEENEY, James, A., “*The Elusive Right To Truth In Transitional Human Rights Jurisprudence*”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 67, April 2018, s. 353–387.

"Arjantin'in Kayıp Çocukları" Vakasının  
Hakikat Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi

SZOKE- BURKE, Sam, "Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights Law on National Transitional Justice Policies", Berkeley Journal of International Law, Volume 33, Issue 2, 2015, s. 525-578.

TEPE, Harun, Platon'dan Habermas'a Felsefede Doğruluk ya da Hakikat, Bilgesu Yay., Ankara, 2016.

The International Center for Transitional Justice (ICTJ), "Accountability in Argentina", 2005, s.1-2. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Argentina-Accountability-Case-2005-English.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2019.

"The Stolen Children of Argentina", s.1., <https://daily.jstor.org/stolen-children-of-argentina/>, Erişim Tarihi: 01.02.2019.

WORRALL, Janet, "Searching for Life: The Grandmothers of The Plaza De Mayo and Disappeared Children of Argentina And Voices of Resistance: Testimonies of Cuban And Chilean Women" Oral History Review, Winter/Spring 2001, vol.28, no.1.

ZARAKOLU, Ragıp (Derleyen), Latin Amerika'da Militarizm, Devlet ve Demokrasi Dosyası, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985.

**Makaleler**

**Articles**



# GENEL HATLARI İLE KARAYOLLARI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Aslıhan YALÇINKAYA\*

## GİRİŞ

Borçlar Kanunu'nun kural denebilecek sistemine göre, meydana gelmiş olan bir zarardan, ona kendi kusuru ile neden olan kişi sorumludur<sup>[1]</sup>. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 49/1 uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı davranışı ile bir başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmek zorundadır<sup>[2]</sup>. Ancak sorumluluğun yalnızca kusura dayandırılması her zaman doyurucu olmamış; kusur olmadan da, meydana gelmiş olan bir zararın tazmin yükünün başkasına devredilmesi ihtiyacı hep var olmuştur<sup>[3]</sup>. Bu

---

**ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-8169-2613>

\* Avukat, Ankara Barosu. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

[1] GÜRİSOY, Kemal Tahir (1974) İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahtarları, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, s. 1.

[2] ALTUNKAYA, Mehmet (1999) 'Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-2, <http://dergipark.gov.tr/suhfd/issue/26618/280618> s.e.t. 14.01.2019, s. 171.

[3] GÜRİSOY, s.1.





noktada sigorta kavramı karşımıza çıkmaktadır. Sigortacılık esasen 20. Yüzyılda gelişmekle birlikte, sigortacılık benzeri kurumların eski topluluklarda da var olduğu anlaşılmaktadır. Tarihte sigorta sisteminin ilk izlerine Hammurabi Kanunlarında rastlanılmıştır. Mezopotamya'da ticaret kervanlarla yapılmakta ve kervanlar saldırılara uğramakta iken; Hammurabi Kanunları saldırıya uğrayan kervan sahiplerinin zararlarının, diğer kervan sahipleri ile paylaşılacağını öngörmüş ve sigorta benzeri ilk düzenlemeleri böylece yapmıştır<sup>[4]</sup>. Türkiye'de sigortacılık ise ilk olarak lonca ve ahilik teşkilatlarının yangın, ölüm gibi sebeplerle meydana gelen zararları karşılamaya yönelik olarak yardım sandıkları oluşturmaları ile görülmüştür<sup>[5]</sup>.

'Sigorta, tesadüfün meydana getirdiği sonuçların istatistik kanunlarına göre düzenlenmiş bir karşılıklılık esası üzerindeki mübadelesidir.<sup>[6]</sup> Sigorta sözleşmesi ise sigortacının sigorta ettirene bir prim karşılığında muhtemel bir olayın gerçekleşmesi durumunda tazminat vermeyi ya da belli bir meblağ ödemeyi veya sair edimlerde bulunmayı taahhüt ettiği sözleşmedir<sup>[7]</sup>. Sigortada zarar, kusuru ya da zarar verici olayla objektif bir ilgisi olması nedeniyle sorumlu olan şahsa yükletilmeyip, sigortalılar kütesinde paylaştırılmaktadır<sup>[8]</sup>.

Sigorta sözleşmelerinin birçok sınıflandırması olmakla birlikte, sigorta sözleşmeleri temel anlamda *can sigortası* ve *mal sigortası* olmak üzere ikiye ayrılır<sup>[9]</sup>. Konusu insan yaşamına yönelik riskleri güvence altına alan sigortalar *can sigortası* olarak adlandırılırken; konusunu malvarlığı değerlerinin oluşturduğu sigortalar ise *mal sigortalardır*<sup>[10]</sup>. Sigorta ettirenin uğradığı zararları karşılamak üzere yapılan mal sigortaları *zarar* ya da *tazminat sigortaları* olarak adlandırılır.

[4] ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema (2016) Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 76; ÇEKER, Mustafa (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 11. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, s. 6.

[5] ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 78.

[6] Bkz. TEKİL, Fahiman (1998) 'Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı' Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE Yayın No: 331, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 115.

[7] KANER, İnci Deniz (2016) Sigorta Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 5.

[8] TANDOĞAN, Haluk (2010) Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, 1. Baskı (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 95.

[9] ÇEKER, s. 17.

[10] KAYIHAN, Şaban (2016) 'Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti' Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:3, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/36500/358677>, s.e.t. 14.01.2019, s. 1596.

maktadır<sup>[11]</sup>. *Sorumluluk sigortaları* ise zarar sigortaları kapsamında olup, zarar sigortası olmasının doğal bir sonucu olarak rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları gerçek zararlar sigorta limitleri dâhilinde karşılanır<sup>[12]</sup>.

Özel sigortalar kural olarak isteğe bağlı olarak yaptırılmakla birlikte bazı hallerde sigorta yaptırılması zorunlu tutulmaktadır<sup>[13]</sup>. Zorunlu sigortaların en yaygın örneklerinden biri ise yaptırılması yasa ile zorunlu hale getirilen bu çalışmanın da konusunu oluşturan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortalarıdır (*Trafik sigortası*<sup>[14]</sup> veya kısaca KZMSS olarak da bahsedilecektir.). Trafik sigortası, kanundan ötürü kendiliğinden meydana gelen bir sözleşme türü değildir. Sigortacı ile sigorta ettiren arasında karşılıklı ve birbirine uygun bir irade açıklamasıyla kurulan bu sigorta sözleşmesi, bir sigorta poliçesine bağlanır<sup>[15]</sup>. Kısaca değinmek gerekirse, KZMSS, karayolunda motorlu araç işletenin, işlettiği araç sebebiyle üçüncü kişilere verdiği bedensel zararlar ya da eşya zararlarından ötürü onun mali ve hukuki sorumluluğunu güvenceye almaktadır ve dolayısıyla bir pasif sigortası niteliği taşımaktadır<sup>[16]</sup>. Yani bu sigorta malvarlığının pasif değerindeki muhtemel bir artışı önlemeyi ve neticede zarar görmesi muhtemel üçüncü kişilerin zararlarının karşılanmasını garanti altına almayı hedeflemektedir.

Çalışmamızda Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, bu sigorta ile ilgili yasal düzenlemeler, sözleşmenin tarafları ve tarafların yükümlülükleri ile sözleşmenin kapsamı açıklanacaktır.

- 
- [11] ÇEKER, s. 19; BAĞCI, Ömer (2016) 'Sigorta Sözleşmesinden Kaynaklanan Zararlarda Zamanaşımı', Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı: 11, s. 162.
- [12] ULAŞ, Işıl (2012) 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'na Göre Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 764.
- [13] KUBİLAY, Huriye (2003) Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, s. 5.
- [14] ÇEKER, s. 270; KENDER, Rayegan (2017) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Yeni Genel Şartları Hakkında' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:2-3, s.109.
- [15] ASLAN DÜZGÜN, Ülgen (2013) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı' Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi (Batider), Cilt: 29, Sayı: 3 (Doç. Dr. Nurkut İnan'a Armağan Sayısı), s. 191.
- [16] ULAŞ, Sigorta Hukuku; s. 876; MÜLAZIMOĞLU, Mehmet (2015) 'Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Borç ve Yükümlülükleri', Cilt:5, Sayı:1, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 230.

## A. KARAYOLLARI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİĞORTASI

Karayollarında ve motorlu taşıtlarda meydana gelen teknolojik devrim niteliğindeki gelişmeler, insanlığın sosyal ve ekonomik ilerlemesine büyük katkı sağlamıştır. Ancak bu gelişmeler büyük tehlikeleri de beraberinde getirmiştir<sup>[17]</sup>. Motorlu taşıtların kullanımının yaygınlaşması beraberinde trafik kazalarını getirmiştir. İlk trafik kazası 1897 senesinde meydana gelmiş<sup>[18]</sup>, ancak bilindiği gibi bu kaza meydana gelen son kaza<sup>[19]</sup> olmamıştır. Teknolojinin gelişimi ile orantılı olarak kazalarda meydana gelen artış, sorumluluk hukukunun ve dolayısıyla sorumluluk sigortalarının gelişimini sağlamıştır. Sorumluluk hukuku alanında tehlike sorumluluğu ilkesinin uygulama alanının gelişmesi; yeni tehlike sorumluluğu hallerinin kabul edilmesi ve modern sorumluluk hukukunun zararı giderme ya da denkleştirme hukuku niteliği kazanması işte bu teknolojik devrim niteliğindeki gelişmelerin belirgin sonuçlarıdır<sup>[20]</sup>.

Sorumluluk sigortası; sigorta ettiren kişinin, üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna neden olan olaylar sonucunda malvarlığının azalması rizikosunu teminat altına alan pasif bir sigorta türüdür<sup>[21]</sup>. Dolayısıyla burada sigortalanan menfaat mağdurun değil, doğrudan sigorta ettirenin menfaatidir<sup>[22]</sup>. Bu durum, sorumluluk sigortasının, sigorta ettiren ile onun eylemlerinden zarar görenlerin yararlarını dengeleyen *sui generis* bir sigorta türü olarak kabul edilmesini gerektirmektedir<sup>[23]</sup>. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1473/1

- 
- [17] AŞÇIOĞLU, Çetin (1989) Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, s. 1.
- [18] Bkz. KARA, Etem (2016) 'Sınırdışı Trafik Kazaları: Avrupa Birliği'nde ve Türk Hukukunda Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası', Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, s. 216.
- [19] *Sigorta hukukunda kaza*, dışarıdan gelen ve ani bir etkinin sonucu olarak, sigortalının iradesi dışında ölmesi veya cismani bir zarara maruz kalmasına neden olan olaydır. GÜNAŞTI CANTUTUMLU, Deniz (2017) 'Yargıtay Kararları Işığında Kaza Sigortaları' The Interdisciplinary Journal Of Law And Forensic Sciences, Vol. 2, Issue 1, <http://interlawandfs.org/wp-content/uploads/2017/11/IJLFS-Vol-2-Issue-1-2017..pdf>, s.e.t. 14.01.2019, s. 4.
- [20] KUBİLAY, s. 111.
- [21] MEMİŞ, Tekin (2004) 'Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortalının Sorumluluğunun Niteliği Ve Sebepsiz Zenginleşme' XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara, s. 73.
- [22] BOZKURT, Tamer (2014) Themis Ticaret Hukuku Cilt IV Sigorta Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 182.
- [23] ULAŞ, Sigorta Hukuku; s. 764.

uyarınca; sorumluluk sigortalarında sigortacı, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigortalının sigorta süresi içerisinde oluşan bir hadiseden kaynaklanan sorumluluğu sebebiyle; zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder<sup>[24]</sup>. Bu sigorta türü ile genel anlamda, sigorta ettirenin üçüncü kişilere kastı olmaksızın verdiği zararlardan dolayı malvarlığında meydana gelecek zararların önlenmesi amaçlanır<sup>[25]</sup>.

İrade serbestisinin en önemli görünümü genel olarak *sözleşme özgürlüğü* şeklinde karşımıza çıkar<sup>[26]</sup>. Kişilerin, özel borç ilişkilerini hukuk düzeni sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisi *sözleşme özgürlüğüdür*<sup>[27]</sup>. Bu serbesti, içerisinde sözleşmenin konusunu ve/veya karşı tarafını seçme, sözleşme yapıp yapmama serbestisi gibi özgürlükler barındırmakla birlikte hukuk düzeni tarafından, sigorta hukukunda bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Sorumluluk sigortalarının bir türü olan KZMSS, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 91 uyarınca yaptırılması zorunlu olan bir sigorta çeşididir<sup>[28]</sup>. KZMSS ile sigorta şirketlerine sözleşme yapma zorunluluğu getirilerek, sigorta şirketlerinin dilediği kişi ile sözleşme yapma iradesi sınırlandırılmıştır. TTK m. 1483/1 gereğince diğer kanunlardaki hükümler saklı olmak kaydıyla, sigortacılar faaliyet alanlarına giren zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar<sup>[29]</sup>. Buna karşılık, sigorta yaptırmak isteyen kişiler bakımından ise kural olarak belli bir

[24] KANER, s. 41; TTK m. 1473/1. TTK m. 1473/1 hükmündeki '*sigortacının, zarar görene tazminat ödemesi*' ifadesi Kender tarafından; '*Sigortacı, zarar gören doğrudan dava ve talep hakkını kullanarak sigortacıya başvurursa, sigorta ettirenin sorumlu olduğu zararı karşılar ve tazminat öder. Zarar görenin doğrudan dava hakkını kullanma zorunluluğu yoktur, bu kendisine verilmiş ek bir teminatır ve zarar gören ister sigorta ettirene isterse sigortacıya başvurur.*' denerek eleştirilmiştir. KENDER, 'KZMSS Yeni Genel Şartları Hakkında', s. 108.

[25] HIZIR, Serdar (2009) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:86, s.268.

[26] KAYIHAN, Şaban; BAĞCI, Ömer (2016) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, s. 104.

[27] Bkz. EREN, Fikret (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 300; KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 115.

[28] CEBE, Memet Sinan (2018) Uygulamalı Sigorta Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 731.

[29] BAĞRIACIK, Safiye Nur (201) 'Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sorumluluğu', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-2, s. 256; TTK m. 1483/1 '*Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak*

sigortacı ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamakla birlikte; sigortacıyı seçme özgürlüğü bakımından yapılan tek sınırlama, Türkiye’de yerleşik kişiler bakımından, Türkiye’de faaliyette bulunan sigortacılar ile sözleşme yapma zorunluluğudur<sup>[30]</sup>. Buradan KZMSS’nin coğrafi sınırının Türkiye sınırları olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye sınırları dışında sigorta kapsamında olmak isteyen kişilerin ayrıca sigorta yaptırımları gerekmektedir<sup>[31]</sup>.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası hukukumuzda ilk defa 1953 yılında, 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (kısaca KTK olarak bahsedilecektir) ile girmiş; 1983 yılında kabul edilen 2918 sayılı KTK ile değiştirilmiş ve günümüz koşullarına uyarlanmaya çalışılmıştır<sup>[32]</sup>.

*Trafik sigortası*, motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi esnasında bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olunması halinde işletenin, zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu zorunlu sigorta limitlerine kadar karşılayan ve yaptırılması yasaca zorunlu kılınan bir sorumluluk sigortasıdır<sup>[33]</sup>. Trafik sigortalarında, sigortacı, Hazine Müsteşarlığı’nın belirlediği üst limitlere<sup>[34]</sup> kadar sorumlu olup, motorlu taşıt yüzünden zarara uğrayan üçüncü kişilerin maddi zararı daha yüksek ise, geri kalan kısım için sigorta ettirenin sorumluluğu devam edecektir<sup>[35]</sup>. Bu tanımdan hareketle *karayolunun* tanımlanması da trafik sigortasının yer bakımından uygulama alanının belirlenmesinde önem arz edecektir. KTK m. 3’te karayolu

---

*üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınmazlar.*

[30] KAYIHAN; BAĞCI, s. 105.

[31] YILDIZ, Habib (2018) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Ana Esaslar ve Sorunlar’, Cilt:8, Sayı:16, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 14; KZMSS Genel Şartları A.5.

[32] ARSLAN, Aziz Serkan (2010) ‘Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:88, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-88-596>, s.e.t. 14.01.2019, s. 196.

[33] ULAŞ, Işıl (2015) ‘Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı’, Cilt:31, Sayı:2, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 6; ASLAN DÜZGÜN, s.190; ORHUNÖZ, Ergun (2000) Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 241; Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A 1/I.

[34] Poliçe limitleri daha sonra ayrıntıları ile anlatılacaktır.

[35] BOZER, Ali (2009) Sigorta Hukuku: Genel Hükümler–Bazı Sigorta Türleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkıbasım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 130; BOZKURT, s. 182.

tanımı<sup>[36]</sup> yapılmış olup, trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar ile aksine hüküm yoksa karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlarla park, bahçe, park yeri, yolcu ve eşya terminali, garaj, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için kullanılan yerlerde; otoyol, paralı yol, belli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da KTK uygulanacaktır<sup>[37]</sup>. Aşçıoğlu'na göre; 'Karayolunun sınırı kamulaştırılmış, kamuya terk ve tahsis edilmiş karayolunda mülkle olan sınır çizgisine kadardır; yol şeridi dışında ancak karayolu sınırı içinde kalan banket, kaldırımlar da sorumluluk açısından karayoluna dâhildir.'<sup>[38]</sup> Trafik sigortasının uygulama alanının sınırını karayollarında meydana gelen kazalar oluşturmaktadır<sup>[39]</sup>. Özellikle üniversite yerleşkeleri, büyük fabrikalar ve askeri kışlalar gibi yerlerde meydana gelen trafik kazaları sonrasında, zararın tazminine yönelik taleplerde, bu yerlerin karayolu olup olmadığı meselesi önem kazanmaktadır<sup>[40]</sup>. Zira uygulamada, sigorta şirketleri tarafından, kazanın meydana geldiği yerin karayolu olmadığı savunması ile sıkça karşılaşmakta, bu durum da zarar görenlerin zararının tazmininin gecikmesine ve sürecin uzamasına neden olmaktadır. Bu sebeple kanundaki karayolu tanımındaki *kamunun yararlanmasına açık alan* ibaresinden trafiğe ilişkin bileşenlerin (trafik levhaları, yaya ve araçlara ilişkin trafik kuralları vs.) var ve uygulanabilir olmasının anlaşılması gerektiği savunulmaktadır<sup>[41]</sup>.

KTK m. 91/1'e göre KZMSS yaptırma zorunluluğu *işletene* yüklenmiştir<sup>[42]</sup>. KZMSS yaptırmayan araçların trafiğe çıkmaları yasaktır. O halde *işleten* tanımının da yapılması gerekmektedir ki; bu tanım KTK m. 3'te yapılmıştır. Bu tanıma göre *işleten*, araç sahibi olan ya da mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta, alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görünen ya da aracın uzun süreli kiralama, ariyet

[36] KTK m. 3; 'Karayolu: Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlardır.');

[37] HAVUTÇU, Ayşe; GÖKYAYLA, Emre (1999) Uygulamada Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 19.

[38] AŞÇIOĞLU, s. 43.

[39] HAVUTÇU; GÖKYAYLA, s. 19.

[40] ÖZBUDAK, Coşkun (2011) 'Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında "Karayolu" Kavramı', Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 55, s. 68.

[41] ÖZBUDAK, s. 70.

[42] GÖKCAN, Hasan Tahsin; KAYMAZ, Seydi (2010) Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları (Trafik Suçları ve Trafik Kabahatleri), 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 405; HAVUTÇU; GÖKYAYLA s. 218.

veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet ya da rehin alan kişidir<sup>[43]</sup>. Ancak, ilgili kişi tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu olduğu ispatlanırsa bu kişi işleten sayılır<sup>[44]</sup>.

Kanuna göre işleten, şekli ve maddi ölçüye göre belirlenir<sup>[45]</sup>. Şekli ölçüden motorlu araç ile ilgili belgede kişinin o aracın sahibi olduğuna dair bir tabirin bulunması, maddi ölçüden ise aracı fiili hâkimiyeti altında bulunduran araçtan ekonomik olarak yararlanan, aracı kendi hesabına işleten ve onun masraf ve rizikolarına katlanan kişi anlaşılmaktadır<sup>[46]</sup>. Trafik sigortası işleteni değil aracı takip etmektedir. Uygulamada, işletenin değişmesi durumunda sigorta poliçesine zeyl (ek) düzenlenmektedir<sup>[47]</sup>.

Trafik sigortasında üç temel unsur mevcut olup bunlardan birincisi; sigorta konusu olacak sorumluluğun tespiti; ikincisi söz konusu sorumluluğun sigortasının kapsamının ve şartlarının belirlenmesi; üçüncüsü ise bu sorumluluk sigortasının hukuki dayanağının düzenlenmesidir. Anılan unsurlar KTK m. 85 ve 101 arasında düzenlenmiş olup<sup>[48]</sup>, çalışmamız içeriğinde detaylı olarak anlatılacaktır.

## B. KZMSS İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

KZMSS ile ilgili düzenlemeler, tek bir yasa metninde değil, farklı yasa ve yönetmelik hükümlerinde dağınık halde yer almaktadır. Türk Hukukunda karayolları trafiğini konu alan ilk yasa hükmü 03.04.1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'dur. Bu hüküm ile Belediyelere trafiği düzenleme yetkisi

---

[43] KTK m. 3 'İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.'; NARTER, Sami (2014) Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezaî Sorumluluk Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 21.

[44] KTK m. 3; İşleten kavramı daha sonraki başlıklarda detaylı olarak irdelenecektir.

[45] ALTUNKAYA, s.179.

[46] EREN, s. 682.

[47] GÖKCAN; KAYMAZ, s. 405.

[48] KENDER, Rayegan (2017) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı:1, s. 12.



verilmiş idi ve motorlu araç işletilmesinden doğan sorumluluk genel hükümler çerçevesinde kusur sorumluluğu olarak değerlendirilmekteydi<sup>[49]</sup>. Daha sonra 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu yürürlüğe girmiş ve 13.10.1983 tarihinde şu an yürürlükte olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>[50]</sup>. Bu yasa KZMSS ile ilgili düzenlemelerin temel kaynağıdır. KTK'nın sorumluluğa ilişkin hükümleri özel hüküm niteliğinde olup KTK kapsamındaki durumlarda, açıkça atıf yapılmamış işe genel hükümler uygulama alanı bulmayacaktır<sup>[51]</sup>.

KZMSS ile ilgili düzenlemelerin bir diğeri Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları'dır. Yasa koyucu sözleşme serbestisi ilkesinin sigorta şirketleri tarafından kötüye kullanımını engellemek ve sigorta sözleşmelerinin tek taraflı olarak karşı tarafa dikte edilmesini engellemek amacıyla, genel şartlar ile sigorta sözleşmelerine bir çerçeve çizmiştir<sup>[52]</sup>. *Genel Şartlar*, hukuki niteliği itibariyle *adsız düzenleyici işlemler* denilen, Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılmış, normlar hiyerarşisine göre *tebliğ* niteliğini haiz genel düzenleyici işlemlerdir. Tebliğ niteliğindeki bu düzenlemeler ile genel soyut ve objektif hukuk kuralları gereğince sigorta hukuku sözleşmelerine genel çerçeve veya sınırlandırmalar getirilmektedir. Bu düzenlemeler emredici kanun hükümlerinden üstün değildir<sup>[53]</sup> ancak yorumlayıcı hükümlerden üstündür<sup>[54]</sup>.

Son olarak TTK hükümlerine bakacak olursak; sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen '*Zorunlu Sorumluluk Sigortaları*' başlıklı m. 1483; zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğünü düzenleyen m. 1484 ve KZMSS'nin bir sorumluluk sigortası olması dolayısıyla TTK'nın genel olarak sorumluluk

[49] YILMAZ, Zekeriya (2014) Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 3; KARACAN ÇETİN, Hatice (2016) Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık; AKKAYAN YILDIRIM, Ayça (2012) '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:LXX, Sayı:1, s. 203.

[50] KARACAN ÇETİN, s. 41.

[51] KARACAN ÇETİN, s. 52.

[52] Bkz. KAYIHAN; BAĞCI, s. 102.

[53] KARAKAYA, Umur (2018) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarının Zaman Bakımından Uygulanma Konusu ve Yargıtay Kararının İncelemesi', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 92, Sayı:1, s.291.

[54] Bkz. KAYIHAN; BAĞCI, s. 102.



sigortasına uygulanacak hükümleri belirleyen 1485. maddesi KZMSS bakımından uygulama alanı bulacaktır<sup>[55]</sup>.

## C. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI VE TARAFLARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### 1. KZMSS'nin Tarafları ve İlgilisi

*Sigorta sözleşmesi*, bir tarafta sigorta ettirenin prim ödeme borcunu üstlendiği; diğer tarafta sigortacının sigorta himayesini üzerine aldığı tam iki taraflı borç doğuran bir sözleşmedir<sup>[56]</sup>. Sorumluluk sigortasında, sigorta ettiren malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilmeye karşı kendisini güvence altına almaktadır. Bu sebeple, sigorta sözleşmesi sigorta ettiren ile sigortacı arasında yapılır<sup>[57]</sup>. KZMSS de bir sorumluluk sigortası olduğundan bu sözleşmenin taraflarını sigortacı ve sigorta ettiren oluşturur. KZMSS'nin, 2918 sayılı KTK'ya göre yapılması yasal bir zorunluluk olsa da, bu sözleşme de diğer sözleşme türleri gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulacaktır. Yani KZMSS yasadan ötürü kendiliğinden oluşan bir sözleşme değildir<sup>[58]</sup>.

#### a. Sigorta Ettiren

Sigorta sözleşmesinin taraflarının sigorta ettiren ve sigortacı olduğundan daha önce bahsetmiştik. Sigorta sözleşmesini yapan kişi sigorta ettirendir. Kanun koyucu sigorta sözleşmesi yapılması için özel bir ehliyet şartı koymadığından medeni hakları kullanma yetkisine sahip ve reşit olan herkes sigorta sözleşmesi akdedebilir<sup>[59]</sup>. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin karşı tarafı yani akididir<sup>[60]</sup>. KTK m. 91 uyarınca, sigorta ettiren işleten sıfatına sahip kişidir ve KZMSS ile işletenin sorumluluğu üçüncü kişilere karşı güvence altına alınır<sup>[61]</sup>. Bu noktada kaza sonucu meydana gelen zararın asıl sorumlusu olan işleten kavramının açıklanmasına ihtiyaç vardır.

[55] ULAŞ, Sigorta Hukuku; s. 877.

[56] ÇEKER, s. 41; MİSİLİ, Sinan (2017) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası', Sayı:133, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi133/assets/basic-html/page-1.html#>, s.e.t. 14.01.2019, s. 593.

[57] BOZER, s. 131.

[58] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 877; KARA; s. 223.

[59] BOZER; s. 32.

[60] ÇEKER, s. 41; MİSİLİ; s. 593.

[61] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 881.

### ***i. İşleten Kavramı (Sigortalı)***

KZMSS Genel Şartları A.2 başlığı altında sigortalının tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre *sigortalı*; 2918 sayılı KTK'ya göre *işleten* sıfatını haiz olan kişidir<sup>[62]</sup>. KTK m. 85/1 uyarınca, işletilme halindeki bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası içinde meydana gelen zarardan, işleten ya da işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi sorumludur<sup>[63]</sup>. Bunun dışında kanunda işleten gibi sorumlu tutulan kişiler de vardır; bu kişiler motorlu aracı çalan ya da gasp edenler, motorlu araç ile ilgili mesleki faaliyette bulunanlar ve yarış düzenleyicilerdir<sup>[64]</sup>.

Bir motorlu taşıtı kullanan, motorlu taşıt üzerinde hâkimiyeti ve tasarruf gücü olan kişi *işletendir*. Bu noktadan hareketle işleten; aracın sahibi olan kişi, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatı ile sicilde kayıtlı görünen kişi ya da aracın emin sıfatı ile zilyedi olan kişidir<sup>[65]</sup>.

İşleten sıfatı ile sigorta ettiren olarak anlaşılması gereken ilk kişi *araç sahibidir*<sup>[66]</sup>. Araç sahipliğine karine olarak, trafik sicilinde o araç adına malik sıfatı ile kayıt açılan kişinin anlaşılması gerekmektedir. Araç üzerindeki mülkiyet noter aracılığıyla yapılan satış sözleşmesi ve zilyetliğin devri ile geçebildiğinden keyfiyet trafik siciline aksettirilmemiş olsa dahi, bu andan itibaren araç sahipliği sıfatı aracı devralan kişiye geçer. Dolayısıyla devralan kişinin bu andan itibaren KZMSS sözleşmesini kendi adına ve sigorta ettiren sıfatı ile yaptırması mümkün hale gelir<sup>[67]</sup>.

[62] KZMSS Genel Şartları A.2 '*Sigortalı: Poliçe konusu motorlu araçta 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işleten sayılan kişi*'.

[63] HAVUTÇU; GÖKYAYLA, s. 39; KTK m. 85/1 '*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.*'

[64] KARACAN ÇETİN, s. 65.

[65] Bkz. KOÇ, Himmet (2017) 'Sorumluluk Sigortalarında Sigorta Teminatının Kapsamı', Konya Barosu Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, s. 82, EREN, Fikret (1951) 'Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, s. 175.

[66] KTK m. 3; '*Araç sahibi: Araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenmiş kişidir*'; ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 883.

[67] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 883; Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Esas: 2010/ 5796 Karar: 2010 / 6034 Karar Tarihi: 28.06.2010 'Dava: Taraflar arasındaki rücu tazminat davasının yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün, süresi içinde davalı Mustafa vekilince temyiz edilmesi üzerine, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

İşleten olarak kabul edilmesi gereken ikinci kişi *motorlu aracı mülkiyeti muhafaza kaydı ile satın alan kişidir*<sup>[68]</sup>. Motorlu bir aracın mülkiyeti muhafaza kaydı ile satın alınması durumunda, araç, sahibi tarafından mülkiyeti muhafaza kaydı ile bir başkasına satılıp teslim edilmektedir. Bu halde malikin işleten sıfatı kalkmakta ve işleten sıfatı aracı devralan kişiye geçmektedir. Bu durumdaki kişinin de aracı KZMSS ile sigortalatması yasa gereği zorunludur<sup>[69]</sup>.

---

Karar: Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı araca, davalıların malik ve sürücüsü oldukları aracın tam kusurlu çarpması sonucu hasarlandığını belirterek, sigortalısına ödediği 11.558.00 TL'nin, ödeme gününden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Birleştirilen davada davacı vekili, aynı olay nedeniyle, kazaya karışan aracı noter satış sözleşmesi uyarınca devralan davalı Nurettin aleyhine, 11.558.00 TL'nin faiziyle birlikte tahsili için rücu tazminat davası açmıştır. Davalı Mustafa, aracı kazadan önce Nurettin'e noterden kafi satış sözleşmesi ile satıp devrettiğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur. Diğer davalılar, duruşmaya gelmemiş ve davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, olayda davalı sürücü tam kusurlu olup, noterden yapılan satışın trafik kaydına tescili yapılmadığından sonuç doğurmayacağı, aracın kaza tarihinde davalı Mustafa adına kayıtlı olduğu gerekçesiyle, asıl ve birleştirilen davanın kabulüne, 11.558.00 TL'nin, 30.05.2007 ödeme tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı Mustafa vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dava, TTK'nın 1301. maddesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. Davalı Mustafa aleyhindeki dava, kazaya karışan aracın malik-işleteni sıfatıyla açılmıştır.

2918 sayılı KTK'nın 20/d maddesi hükmü uyarınca, **noterlerce gerçekleştirilen devir işlemleri araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik tesciline alıcı adına tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir.** Tescil işlemi idari bir tasarruf olup, yaptırılmaması ayrı bir yaptırıma tabidir ve mülkiyetin devri için kurucu nitelik taşımaz. Bunun sonucu olarak da, trafik kayıtları mülkiyeti gösteren sicillerden olmakla birlikte, bu karine kesin değildir. Ayrıca noter satışıyla devralan, adına tescil işlemi yaptırılmamış olsa dahi aracın maliki sayılır.

Somut olayda, davalı Mustafa'nın dosyaya ibraz ettiği belgelerden, kazaya karışan ve davalı Mustafa adına kayıtlı araç, Kocaeli Beşinci Noterliği'nin 27.07.2005 tarih, 19757 yevmiye numaralı Kafi Taşıt Satış Sözleşmesi ile birleştirilen davanın davalısı Nurettin'e satılmıştır. Kaza ise, 27.05.2007 tarihinde meydana gelmiştir. Bu durumda mahkemece, anılan noter satış sözleşmesinin onaylı sureti ilgili noterlikten getirilerek incelenip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, s.e.t. 14.01.2019.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=5084#>

[68] KTK m. 3.

[69] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 886; KÜÇÜK, Damla (2013) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası'nda Sigortalı Aracın Satışı ile İşleten Sıfatı Değiştiğinde Sigortacının Kime Rücu Edeceği Sorununun İlgili Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirmesi', Cilt:3, Sayı:1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 66.

*Motorlu aracı uzun süreli kiralayan, ariyet alan ya da rehin alan kişi de aracın işleteni sayılır. Aracın kiralanmasında motorlu aracı kısa süreli kiralayan aracın işleteni sayılmazken motorlu aracı uzun süreli kiralayan kişi işleten sayılır. Kiracının işleten olarak sorumlu tutulabilmesi için aracı 'kendi hesabına ve teblihesi kendisine ait olmak üzere işlettiğinin' ve 'araç üzerinde fiili tasarrufunun bulunduğu' ispat edilmesi şarttır<sup>[70]</sup>. Ancak uzun sürenin tanımı KTK'da yapılmamıştır. Bir görüş aracın 3 günden fazla süre kiralanmasını uzun süre olarak kabul ederken<sup>[71]</sup> Yargıtay isabetli olarak 'uzun süre' kavramının belli bir tanımının yapılamayacağını, sürenin, kiracının araç üzerinde eylemli egemenlik kurması ve araçta ekonomik getiri sağlaması için yeterli olması gerektiğini söylemektedir<sup>[72]</sup>.*

[70] ÇELİK, Çelik Ahmet (2017) Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu: Uygulama ve Yargıtay Kararları, Hesaplama ve Dilekçe Örnekleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 25.

[71] EREN, s. 682; KILIÇOĞLU; s. 362.

[72] YILMAZ, Hamdi (2014) Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 57; YARGITAY 17. Hukuk Dairesi Esas:2017/4817 Karar:2018/4994 Karar Tarihi: 14.05.2018 'ÖZET: Davalı ... ile dava dışı arasındaki kiralama sözleşmesi dikkate alınarak, taraflar arasında tanzim edilen kira sözleşmesinin uzun süreli ve 3. kişileri bağlayacak güçte bir kira sözleşmesi olup olmadığı, aracın teslim edilip edilmediği, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma olup olmadığı, kira sözleşmesinin ve kira bedelinin Maliye ve Vergi Dairelerine bildirilip bildirilmediği, kira bedellerinin ödenip ödenmediğinin, gerektiğinde davalı malik ve kiracının ticari defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılmak suretiyle kira sözleşmesinin belirtilen bu deliller ile fatura ve cari hesap hareketleri gibi yan delillerle desteklenip desteklenmediği, davalı ...'un işletenlik sıfatının devam edip etmediği hususları tartışılarak varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Dava: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı ... vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü: Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı ...'ın sürücüsü, ...'un maliki olduğu aracın müvekkili şirkete kasko sigortalı başka araca çarparak hasarlanmasına neden olduğunu, kaza tespit tutanağına göre davalı sürücünün kazanın oluşumunda asli ve tam kusurlu olduğunu, 2,86 promil alkollü olarak araç kullandığını, müvekkilinin sigortalı araçta oluşan 56.434,00 TL hasar bedelini sigortalıya ödemediğini, ödenen tazminatın 19.288,00 TL'sini davalının ...'dan tahsil ettiğini belirterek, 37.146,00 TL rücu alacağını ödenme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı ... vekili cevap dilekçesinde; müvekkilinin aracını ... Oto Kiralama İşletmesine 19.09.2010 tarihli sözleşme ile kiraladığını, işleten sıfatı kalmadığını, davanın haksız olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı ...; haksız davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama neticesinde, alınan bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre davanın kısmen kabulü ile; 36.338,14 TL rücu alacağıının ödeme tarihi olan 29/06/2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müstereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davalı ... vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-2918 sayılı ...'nın hükümlerine göre, trafik kaydı "işleteni" kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, trafik kaydına rağmen işletenliğin 3. kişi üzerinde bulunmasını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Aynı Yasa'nın 3. maddesinde, "İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak, ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 85. maddesinde ise, "Bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen bilet ile işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müstereken ve müteselsilen sorumlu olurlar." hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme karşısında, kazaya karışan araçların meydana getirdikleri zararlardan araç sahiplerinin hukuken sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiş ise de, bu araçların sahipleri tarafından herhangi bir sebeple yararlanılmasının bir başka kimseye devir edilmesi halinde (çok kısa bir süre olmaması kaydıyla) artık üzerindeki fiili hâkimiyeti kalmaması ve bu sebeple ekonomik yönden de bir yararlanma olanağının kalktığı durumlarda, o aracı kaza sırasında fiili hâkimiyeti altında bulunduran ve ondan iktisaden yararlanan kimsenin işleten sıfatıyla meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekip, bunun sonucu olarak araç malikinin sorumlu tutulmaması gerekecektir.

**Gerek doktrinde, gerekse ...'ın uygulamalarında, kiracının işleten sıfatının belirlenmesinde, kira sözleşmesinin uzun süreli olması, araç üzerinde fiili hâkimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.** Ancak bu konuda getirilecek delillerin üçüncü kişileri bağlayabilecek nitelikte ve güçte olması, özellikle zarara uğrayanların haklarını halele uğratacak bir sonuç yaratmaması şartı aranmakta ise de sözleşmenin noter aracılığıyla yapılması şartı aranmamaktadır.

Somut olayda, davalı ...'un cevap dilekçesine eklediği 19.09.2010 tarihli adi yazılı şekilde yapılmış kira sözleşmesine göre ruhsat sahibi olduğu aracı (aynı zamanda kazaya karışan aracı) dava dışı kiralama işi yapan ...'a aylık 700,00 TL'ye kiraladığı ve bu kira sözleşmesinin 10.04.2012 tarihine kadar devam edeceği kararlaştırılmıştır. Eklediği ikinci belge olarak da 19.09.2010 tarihli tutanak ile davalı ... aracı dava dışı arasında bir kısmı peşin kalanı taksitle olacak şekilde sattığına dair adi belge olduğu görülmektedir. Mahkemece, yeterli araştırma inceleme yapmadan davalı ...'un sorumluluğuna karar vermesi isabetsizdir.

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler de göz önünde bulundurularak, davalı ... ile dava dışı arasındaki kiralama sözleşmesi dikkate alınarak, taraflar arasında tanzim edilen kira sözleşmesinin uzun süreli ve 3. kişileri bağlayacak güçte bir kira sözleşmesi olup olmadığı, aracın teslim edilip edilmediği, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma

Ariyet sözleşmesi aracın kullanımının ücretsiz olarak başkasına verilmesini gerektirmektedir ve kişinin *ariyet* nedeniyle işleten olabilmesi için aracın her türlü bakım, onarım ve sorumluluklarını üstlenmesi ve aracın çalıştırılmasından doğan menfaatin de kendisine ait olması gerekmektedir<sup>[73]</sup>.

Aracı *rehin alan* kişi de işleten sayılır ve rehin hakkının kurulması için aracın rehin alana teslim edilmesi şarttır<sup>[74]</sup>. Rehin yolu ile zilyetliği devralınan aracın masraf ve sorumlulukları, kira ve ariyette olduğu gibi, rehin alan tarafından üstlenilmeli ve işletilmesinden doğan yararın da rehin alana ait olması gerekmektedir<sup>[75]</sup>.

Yukarıda açıklanan, tüm bu işleten sayılan kişiler, motorlu aracın gerçek işletenidir. KTK bazı kişi ya da kuruluşları işleten gibi sorumlu tutmaktadır. Bu kişiler aracın farazi işletenidir. *Motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahipleri, yarı düzenleyicileri, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, bir aracı çalan ve gasp eden kişiler* işleten olmasa da işleten gibi sorumlu tutulurlar<sup>[76]</sup>.

*Motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahipleri*, bu tür araçların gözetim, bakım, onarım, araçta değişiklik yapılması, alım-satım ve benzer amaçlarla kendisine bırakılıp, teslim edilen aracın neden olduğu KTK'ya tabi tutulan zararlardan ötürü *işleten* gibi sorumlu tutulmaktadır<sup>[77]</sup>. Meslek sahibinin işleten gibi sorumluluğu, aracın mesleği ile ilgili olarak kendisine teslim edildiği anda başlar ve aracı iade ettiğinde sona erer<sup>[78]</sup>.

---

olup olmadığı, kira sözleşmesinin ve kira bedelinin Maliye ve Vergi Dairelerine bildirilip bildirilmediği, kira bedellerinin ödenip ödenmediğinin, gerektiğinde davalı malik ve kiracının ticari defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılmak suretiyle kira sözleşmesinin belirtilen bu deliller ile fatura ve cari hesap hareketleri gibi yan delillerle desteklenip desteklenmediği, davalı ...'un işletenlik sıfatının devam edip etmediği hususları tartışılarak varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[73] GÖKCAN; KAYMAZ, s. 43.

[74] MK m. 939.

[75] GÖKCAN; KAYMAZ, s. 44.

[76] YILMAZ, Hamdi s. 67; GÖKCAN; KAYMAZ, s. 46.

[77] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 907; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Esas:1979/11-1735 Karar: 1982/769 Karar Tarihi:02.07.1982 '...tamirhanesine tamir edilmek üzere bırakılan aracı, araç sahibine haber vermeden kendi özel seyahatinde kullanan davalı arasında (adam kullanma), (tabiiyet) ilişkisi olmadığı açıktır. Bu durumda zararlandırıcı eylemi yapan tamircinin bu eyleminden doğan zarardan araç sahibi sorumlu tutulamaz.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[78] GÖKCAN; KAYMAZ, s. 46.

*Yarış düzenleyicileri* de işleyen gibi sorumlu tutulan farazi işletenlerdendir. KTK m. 105 uyarınca yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olabilecekleri zararlardan ötürü motorlu araç işleteninin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar. Yarışçıların ya da onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararlar ve gösteride kullanılan araçların uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk genel hükümlere tabidir<sup>[79]</sup>. İzinsiz yarış düzenlenemez ancak KTK'nın uygulama alanı bulması için yarışın izinli ya da izinsiz düzenlenmiş olması fark teşkil etmez<sup>[80]</sup>. Yarış izinli düzenlenmemiş olsa bile, yarış düzenleyicisi işleyen gibi sorumlu olur. Yarış düzenleyicinin sigorta ettiren sıfatı KTK m. 105/3 hükmünden kaynaklanmaktadır. Anılan hüküm ile yarış düzenleyicisine yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olabilecekleri zararlar bakımından KZMSS yaptırma zorunluluğu getirilmiştir<sup>[81]</sup>.

*Motorlu aracı çalan ya da gasp eden kişiler* KTK m. 107<sup>[82]</sup> uyarınca işleyen gibi sorumludurlar. Maddeye göre aracın çalınması ya da gasp edilmesi durumunda gerçek işletenin sorumluluğu devam etmektedir; gerçek işleyen ancak çalma eyleminde kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru olmadığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>[83]</sup>.

[79] KTK m. 105/1-2; ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 911; AŞÇIOĞLU, s. 29.

[80] YILMAZ, Hamdi, s. 71.

[81] KTK m. 105/3; ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 911.

[82] KTK m. 107/1: '*Çalınan veya gasbedilen araçlarda sorumluluk*: Bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleyen gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleyen, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleyen, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir.'

[83] GÖKCAN; KAYMAZ, s. 47; ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 904; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas:2014/163 Karar: 2014/933 Karar Tarihi:03.02.2014 '*...Dava kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu tazminat alacağına tahsil için yapılan icra takibine vaki itirazın iptali ve takibin devamına ilişkindir...Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, 2918 sayılı KTK.nun 107. maddesi uyarınca, işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için aracın sadece çalındığını kanıtlaması yetmemekte, bununla birlikte çalmanın önlenmesi bakımından olağan, makul, uygulanabilir türden gerekli tüm önlemlerin yerine getirildiği halde, çalmanın önüne geçilemediğini de kanıtlaması gerekmektedir...'* Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

Son olarak *motorlu aracın maliki devlet ya da bir kamu tüzel kişisi ise*, KTK m. 106 gereğince devlet ya da ilgili kamu tüzel kişisi farazi işleten olarak sorumlu olacaktır<sup>[84]</sup>.

## **ii. İşletenin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibi ve Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişiler**

KTK m. 85/1 uyarınca, işleten ve işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin, meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu hususuna değinmiştik. Bu noktada aracın işletilme halinde olup olmaması önem kazanmaktadır.

Aracın işletilme halinde olması durumunda; işletenin sorumlu olduğu durumlarda, işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi de, aynı hukuki esaslar gereğince müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>[85]</sup>. Bu durumun bir *tehlike sorumluluğu* olduğu öğretide kabul görmüştür<sup>[86]</sup>. Karayolunda işletilen bir araç, eğer bir teşebbüsün unvanı ya da bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletiliyorsa, trafik kazası nedeniyle meydana gelecek zararlardan teşebbüs sahibi de sorumludur. Teşebbüs sahibi kavramına özellikle yük taşımada kullanılan karayolu nakliyat firmaları ile otobüs firmaları dâhildir<sup>[87]</sup>.

Aracın işletilme halinde olmaması durumunda ise KTK m. 85/3 uyarınca öngörülen sorumluluk *tehlike sorumluluğu* olmayıp, madde metninde de açıkça düzenlendiği üzere bir *kusur sorumluluğu* halidir. İşletenin bu sorumluluğu KZMSS ile güvence altına alınamaz; ancak ihtiyari mali sorumluluk poliçesi yapılabilir<sup>[88]</sup>.

[84] KTK m. 106; GÖKCAN; KAYMAZ s. 48.

[85] HAVUTÇU; GÖKYAYLA, s. 47.

[86] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 893; Tehlike sorumluluğunda, sorumluluk şartları sorumlu aleyhine ağırlaştırılmıştır. Sorumluluk kusura dayanmadığından, kural olarak, işleten ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler ayırt etme gücüne sahip olmasalar dahi işleten ve teşebbüs sahibi doğan zararlardan sorumludurlar. Geniş açıklama için Bkz. EREN, s. 667 vd.; KILIÇOĞLU, s. 485 vd.; KILIÇOĞLU, Mustafa (2014) Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat Sigorta Rücu ve Yargıtay Uygulaması, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 397.

[87] HAVUTÇU; GÖKYAYLA, s. 48.

[88] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 898; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas:2003/10629 Karar: 2003/10572 Karar Tarihi: 10.11.2003 'Dava, kasko sigorta sözleşmesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. Dava, konusu hasar, davalıya ait aracın park halinde iken yanması nedeniyle yangının sirayet etmesi sonucu oluşmuştur. KTK.nun 85/3 ncü maddesi işletilme halinde olmayan motorlu aracın neden olduğu zarardan kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, maddenin unsurları, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası, işletenin, yardımcılarının kusuru ya da aracın bozukluğunun zarara neden olması şeklinde sayılabilir. İşletenin buradaki sorumluluğu,



### iii. Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi Durumu

Sigorta sözleşmesi süresi içerisinde işletenin değişmesi halinde<sup>[89]</sup>, sigorta sözleşmesi işletenin değiştiği tarihten itibaren on beş gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için de geçerli olacaktır. KTK m. 94 ve KZMSS Genel Şartları m. C.4 gereğince aracın devri durumunda, devri öğrenen sigortacı devirden on beş gün sonra hüküm ifade etmek üzere sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Başka bir ifadeyle, sigorta fesih tarihinden itibaren on beş gün sonrasına kadar geçerlidir<sup>[90]</sup>.

Yargıtay kararlarında ve öğretide bu madde eleştirilmektedir. TTK m. 1473'e göre; '*Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa, sigorta ilişkisi sona erer.*' Bu hükmün bir zorunlu sigorta türü olan Trafik Sigortasında geçerli olmadığı, sigorta poliçesinin motorlu aracın ayrılmaz bir parçası sayılması gerektiği; aracın işleteninin değişmesinin değil araçtaki değişikliklerin fesih nedeni sayılması gerektiği savunulmaktadır<sup>[91]</sup>. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Bildirim yapılmaması ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda ise sigorta şirketi zarar gören üçüncü şahıslara ödeme yapmaktan kaçınamaz ve yaptığı ödemeyi sigorta ettirene rücu edemez<sup>[92]</sup>. KTK m. 94<sup>[93]</sup> sigortacıya işletenin değişmesi durumunda sadece sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir<sup>[94]</sup>.

---

tehlike sorumluluğuna göre daha hafifletilmiş olağan sebep sorumluluğudur. (Bkz. Çetin Aşçıoğlu-Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları. 1989 Ankara. Sayfa 73-76.) Davacı da, davalının Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/3 ncü maddesi uyarınca sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Bu itibarla mahkemece, dava konusu olayda, KTK nun 85/3 ncü madde hükmü tartışılmadan ve sonuçları kararda gösterilmeden, eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[89] Satış, bağış, trampa, gibi bir işlemle veya aracın miras kalması, açık artırmaya çıkması vb. sebeplerle işleten değişebilir; YILMAZ; Hamdi, s. 305.

[90] CEBE; s. 733.

[91] ÇELİK; s. 554.

[92] ÇEKER; s. 287-288.

[93] KTK m. 94; '*Sigortalı aracı işletenlerin değişmesi halinde, devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır.*

*Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde feshedebilir. Sigorta fesih tarihinden onbeş gün sonrasına kadar geçerlidir.'*

[94] ŞENOCAK, Kemal (2009) 'Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği', Cilt:58, Sayı:1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 213.

#### iv. İşletenin Sorumluluktan Kurtulması

KTK m. 85/1 gereğince işletenin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir ve KTK m. 86 gereğince işleten ancak zarar ile aracın işletilmesi arasındaki illiyet bağının kesildiğini kanıtlayabilirse sorumluluktan kurtulabilir<sup>[95]</sup>. İşleteni sorumluluktan kurtaran sebepler kanuna göre kazanın mücbir sebepten ötürü meydana gelmesi ile kazanın zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan ötürü meydana gelmesidir.

İşleteni sorumluluktan kurtaran sebepler KTK m. 86'da sayılan sebepler ile sınırlı değildir. Motorlu aracın çalınması yahut gasp edilmesi durumunda KTK m. 107 uyarınca, işletenin, kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu oldukları kişilerin aracın çalınmasında ya da gasp edilmesinde kusurlu olmadığını kanıtlaması durumunda, motorlu aracın meydana getirdiği zarardan kurtuluş mümkündür<sup>[96]</sup>.

[95] KTK m. 86; 'İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.' İlgili Yargıtay kararları için Bkz. GÖKCAN; KAYMAZ, s. 415 vd.

[96] ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 904; KILIÇOĞLU; s. 499. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2014/163 Karar: 2014/933 Karar Tarihi: 03.02.2014 '... Dava kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücu tazminat alacağı için yapılan icra takibine vaki itirazın iptali ve takibin devamına ilişkindir. 2918 Sayılı KTK'nun 107. maddesinde, "Bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir." hükmüne yer verilmiştir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, 2918 sayılı KTK'nun 107. maddesi uyarınca, işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için aracın sadece çalındığını kanıtlaması yetmemekte, bununla birlikte çalmanın önlenmesi bakımından olağan, makul, uygulanabilir türden gerekli tüm önlemlerin yerine getirildiği halde, çalmanın önüne geçilemediğini de kanıtlaması gerekmektedir. Davalı, sigortalı aracın hasar görmesine neden olan aracın kayıt malikidir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20/d maddesi uyarınca trafikte tescilli araçların satış öncesi noterde yapılan satış işlemiyle gerçekleştirilebilir. Davalı her ne kadar aracını gayri resmi olarak sattığını ve daha sonra aracın çalındığını ileri sürmüştü ise de geçerli bir satış işlemi yapılmadığı için mülkiyet devrinden söz edilemez. Somut olayda, davaya konu kaza 04.03.2011 tarihinde meydana gelmiş, davalı, aracın 02.03.2011 tarihinde çalındığını iddia etmiş, ancak 09.03.2011 tarihinde karakola müracaat etmiştir. Gerçek işleten ancak, çalma ve

## b. Sigortacı

*Sigortacı*, belli bir ücret (*prim*) karşılığında, sigorta ettirene karşı, sigorta olayının (riziko olarak da bahsedilecektir) meydana gelmesi durumunda sorumluluk altına girmeyi; tazminat ödemeyi ya da bir para ödemeyi yahut diğer edimlerde bulunmayı taahhüt eden kimsedir<sup>[97]</sup>. Sigortacı, çalıştığı konuda ruhsata sahip olan ve sigorta sözleşmesi uyarınca prim karşılığında rizikoyu yüklenen şirkettir<sup>[98]</sup>. Sigorta sözleşmesini sigortacı adına ya şirketin yetkilisi ya da akdi yapan acente imzalar<sup>[99]</sup>. Yerli sigorta şirketlerinin yanı sıra yabancı sigorta şirketleri de ilgili kuruluştan ruhsatname almaları şartı ile Türkiye’de sigortacılık faaliyeti yürütebilir<sup>[100]</sup>.

## 2. Sigortacının ve Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Sigorta sözleşmeleri taraflar arasında devamlı edimler meydana getiren sözleşmeler olduğundan, sigorta ettiren ve sigortacının, sigorta sözleşmesi akdederken elde etmeyi amaçladıkları yararlarla ulaşabilmesi için bazı edimleri yerine getirmeleri gerekmektedir<sup>[101]</sup>.

Konumuz kapsamında, sigorta sözleşmesinin tarafları olan sigortacının rizikoyu taşıma ve sigortalıyı aydınlatma, poliçe düzenleme ve zararı tazmin etme yükümlülüğü ile sigorta ettirenin sözleşme yapma ve prim ödeme yükümlülüğü;

---

*gasp eyleminin gerçekleşmesinde kendisi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusuru bulunmadığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi takdirde gerçek işleyen ile farazi işleyen (hırsız ve gasp eden) müteselsilen sorumlu olacaktır. İşletenin kusurlu sayılmaması için, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin aracın gözetimi yönünden gerekli tedbirleri almış olması gerekir. İşleten ve fillerinden sorumlu olduğu kişiler tarafından aracın kapı ve camlarının kapatılmış olması, kontak anahtarının araç üzerinde veya kolayca elde edilebilecek bir yerde bırakmaması, sürücü ve yardımcıları seçmede, talimat vermede, denetlemede, her türlü özeni gösterdiği hususlarının ispat edilmesi gerekmektedir. Bu hususlar araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.’ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.*

[97] KANER, s. 6.

[98] ASLAN DÜZGÜN; s. 192.

[99] KENDER; Rayegan (2017) Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku–Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, 16. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 215.

[100] BOZER; s. 32.

[101] ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem (2012) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:18, Sayı:2, s. 725.

KZMSS akdederken, sözleşme sırasında ve riziko gerçekleştikten sonraki ihbar yükümlülüğü, zararı önleme ve azaltma yükümlülüğü anlatılacaktır.

## a. Sigortacının Yükümlülükleri

### i. Rizikoyu Taşımak ve Sigortalıyı Aydınlatmak

Sigorta sözleşmesinde, sözleşmenin tipini tayin eden edimlerden biri sigortacının *riziko (tehlike)* taşıma taahhüdüdür<sup>[102]</sup>. *Riziko*, bir kimsenin para ile ölçülebilen çıkarını tehdit eden, gerçekleşme olasılığı bulunan ancak gerçekleşmesi kesin olmayan tehlikedir<sup>[103]</sup>. Sigortacının riziko taşıma taahhüdü ile kast edilen, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan zarar doğurucu olay ya da olaylardan birinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zararı tazmin etmeyi taahhüt etmesidir<sup>[104]</sup>. KZMSS için sigortacının taşımayı taahhüt ettiği riziko motorlu aracın işletilmesinden kaynaklı olarak üçüncü kişilerin zarara uğraması tehlikesidir.

Sigortacının sorumluluğu, sigorta olayının meydana gelmesinden ve dolayısıyla tazmin borcunun doğumundan önce muhtemel sorumluluk olarak gerçekleşir. Sigortacı kural olarak sigorta sözleşmesinin yapılması ile rizikoyu taşımaya başlamaz; öncelikle sigorta poliçesini sigorta ettirene teslim eder ve sigorta ettirenin prim ödeme borcu doğar. Sigorta ettiren prim borcunu ödedikten sonra sigortacı rizikoyu taşımaya başlar<sup>[105]</sup>. Zira KZMSS karşılıklı edimleri havi bir sözleşmedir<sup>[106]</sup>. Sözleşmeye konulacak bir hükümlerle sigortacının rizikoyu taşımaya başlaması ilk primin ödenmesine bağlı olmaktan çıkarılabilir<sup>[107]</sup>.

Sigortacının sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğü TTK m. 1453'te düzenlenmiş olup, sigortacı sözleşmenin yapılması öncesi ve devamında iyi niyet kurallarına göre hareket etmekle yükümlüdür. Sigortacı, sözleşme bakımından önem teşkil eden her hususta sigorta ettireni ve sözleşme ile ilgili olan herkesi aydınlatmalı; sigorta ettireni yanıltıcı her türlü davranıştan kaçınmalıdır<sup>[108]</sup>.

[102] KANER; s. 12; TTK m. 1421.

[103] GÜVEL; Enver Alper; ÖNDAŞ GÜVEL; Afıtap (2018) Sigortacılık, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 47; ULUĞ, İlknur (2004) 'Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler' Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, 1. Baskı, Ankara, TBB Yayınları: 83, Şen Matbaa, s. 309.

[104] KANER; s. 13.

[105] KANER; s. 13-14; Bkz. TTK m. 1421, TTK m. 1431.

[106] BOZER; s. 37.

[107] KANER; s. 14.

[108] MÜLAZIMOĞLU; s. 234, Bkz. S. 235.

Başka bir ifadeyle, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sigorta ettiren sigorta sözleşmesi ile ilgili önemli hususlarda sigorta ettireni aydınlatmalı, tarafların sağlıklı karar vermesine yardımcı olmalıdır.

### **ii. Poliçe Düzenleme Yükümlülüğü**

Kaza sigortası alanında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin KZMSS yapma zorunluluğundan daha önce bahsetmiştik. Sigortacı ilk prime poliçenin teslimi karşılığında hak kazanacaktır. Sigortacı, sigorta sözleşmesini kendisi ya da acentesi aracılığı ile imzalamış ise, TTK m. 1424 uyarınca<sup>[109]</sup> sözleşmenin yapılmasını takiben yirmi dört saat, diğer hallerde on beş gün içerisinde yetkililerce imzalanmış poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür<sup>[110]</sup>.

Sigortacı, poliçenin teslimi ile rizikoyu üstlenmiş olmaz ancak rizikoyu taşıma taahhüdünün ifası bakımından kendi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmiş olur. Poliçe verildikten sonra sigorta ettiren prim ödeme borcunu yerine getirmese sigortacının sorumluluğu başlamayacaktır<sup>[111]</sup>. Poliçede, tarafların haklarının rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenmesi gerekmektedir<sup>[112]</sup>.

### **iii. Zararı Tazmin Etme Yükümlülüğü**

Rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle sigortacının ödeyeceği tazminat motorlu aracın işletilmesinden doğan maddi zararlar ve bedensel zararlar<sup>[113]</sup>. Zarar gören kişiler, sigorta şirketine karşı tazminat talep haklarını doğrudan ya da dava yolu ile kullanabilirler<sup>[114]</sup>. KTK m. 97'de 2016 yılında yapılan değişiklik ile zarar görene, KZMSS'den kaynaklı talepler nedeniyle sigortacı hakkında dava

---

[109] TTK m. 1424 Sigorta Poliçesi Verme Yükümlülüğü; *'Sigortacı; sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hallerde onbeş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zarardan sorumludur. Sigorta ettiren poliçesini kaybederse, gideri kendisine ait olmak üzere, yeni bir poliçe verilmesini sigortacıdan isteyebilir. Poliçenin verilmediği hallerde, sözleşmenin ispatı genel hükümlere tabidir.'*

[110] MÜLAZIMOĞLU; s. 236.

[111] KANER; s. 15.

[112] KARA; s. 243.

[113] KTK m. 85; KARA; s. 243.

[114] GÖKCAN; KAYMAZ; s. 413.

açabilmesi için, öncelikle sigorta şirketine yazılı olarak başvurma zorunluluğu getirilmiştir<sup>[115]</sup>.

KZMSS bir zarar sigortası olduğundan; zarar sigortalarında olduğu gibi KZMSS'de de rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta bedeli sınır olmak kaydı ile sigortacı tarafından sigortalının uğrayacağı gerçek zarar poliçe limitleri dâhilinde tazmin edilecektir. Ancak sigortacının zararı tazmin etme borcunun doğabilmesi için, sigorta ettirenin sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir<sup>[116]</sup>. Sigortacının sorumluluğunun doğması için gerekli koşullara ayrı bir başlık altında detaylı olarak değinilecektir.

## b. Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

### i. Sözleşme Yapma ve Prim Ödeme Yükümlülüğü

TTK m. 1507/1 uyarınca kaza sigortalarının belli bir prim karşılığında sigorta teminatı sağlayacağı düzenlenmiştir<sup>[117]</sup>. Araç sahibi ve işletenler KTK m. 91/1 uyarınca sorumluluk sigorta sözleşmesi yaptırmak ve primleri peşin ödemek zorundadırlar<sup>[118]</sup>. Sigortacının sorumluluğu, primin tamamının poliçenin düzenlenmesi anında ödenmesiyle başlar. Sigortacı primi taksitle almayı kabul

[115] KTK m. 97 Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı; 'Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.'

[116] MÜLAZIMOĞLU; s. 237.

[117] GÜNAŞTI CANTUTUMLU; s. 6; TTK m. 1507/1 Kaza Sigortası; 'Kaza sigortası, belli bir prim karşılığında, sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlar.'

[118] ÇELİK; s. 552; KTK m. 91/1-2 Mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunluluğu: 'İşletenlerin, bu Kanununun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin primler peşin ödenir. Ancak, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık primlerin taksitler halinde tahsil edilmesine ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir.'; KZMSS Genel Şartları m. C.1. Sigorta Ücretinin Ödenmesi: 'Sigorta ücreti; prim, Güvence Hesabına katılma payı ile sigorta sözleşmesine, bedeline veya primine ilişkin olarak mevcut ve ileride konulacak vergi, resim ve harçlardan oluşur.

Sigorta ücretinin tamamı, sözleşme yapılır yapılmaz poliçenin teslimi karşılığında peşinen ödenir. Ancak taraflar, sigorta priminin en az dörtte biri poliçenin teslimi karşılığında peşin olmak koşuluyla, taksitler halinde ödenmesini kabul edebilirler. Bu takdirde sigortacı prim ödenmemesi sebebiyle sahip olduğu sözleşmenin feshi hakkından vazgeçmiş sayılır.'

etmiş ise poliçenin düzenlenmesi ile başlar. Sigortacı, zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun başlamadığı savunmasında bulunamaz<sup>[119]</sup>.

Ülkemizde trafik kazaları sayıca çok fazla olup, sigorta şirketleri sayının fazlalığı sebebiyle zarar ettiklerini ileri sürerek primlerin artırılmasını talep etmişlerdir. Ancak sigortacıların zararlarının önlenmesi için sadece prim artışı yeterli olmayıp, trafik kazalarının sebeplerine bakılması şarttır. Bu noktada sürücülerin deneyimi ve yaptıkları kaza sayısı önem arz etmektedir. Hiç kaza yapmamış bir sürücü ile bir yıl içinde 2-3 defa kaza yapmış sürücü bir olamayacağından; sigorta sözleşmesinde riziko primi tespit edildikten sonra, sürücünün eğitimi, deneyimi, yaptığı kazalar gibi sebeplerle 'indirimli ve artırımlı prim' şeklinde bir sistemin uygulanması öğretilmektedir<sup>[120]</sup>.

## **ii. İhbar (Beyan) Yükümlülüğü**

Sigortacının teminat aldığı menfaate ilişkin rizikolardan tam ve kesin şekilde bilgi sahibi olabilmesi için sigorta ettirene *ihbar (beyan) yükümlülüğü* yüklenmektedir<sup>[121]</sup>. Sigorta ettirenin en önemli yükümlülüğü ihbar yükümlülüğüdür. Sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiğinin bilinmesinde tazminat ödeme borçlusu durumundaki sigortacı açısından büyük fayda vardır<sup>[122]</sup>. KZMSS açısından ihbar yükümlülüğü sözleşmenin yapılması esnasında, sözleşme esnasında ve riziko gerçekleştikten sonra devam etmektedir.

**Sözleşmenin yapılması esnasında ihbar yükümlülüğü;** TTK m. 1435 ve KZMSS m. C.1 gereğince, sigorta sözleşmesi yapılırken sözleşmeyi etkileyecek bütün hususlar, sigorta ettiren tarafından bildirilmelidir<sup>[123]</sup>. Sigorta ettiren, sözleşmenin daha ağır koşullarla yapılmasını gerektirecek bilgileri sigortacıya bildirmemişse ve bunu kasıtlı olarak yapmışsa ve bildirim yükümlülüğünün ihlali tazminatın miktarına veya rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek

[119] GÖKCAN; KAYMAZ; s. 411; ÇELİK; s. 553.

[120] KENDER; 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi'; s. 16.

[121] KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin (2016) 'Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü', Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, s. 265.

[122] BOZKURT; s. 190.

[123] GÖKCAN; KAYMAZ; s. 412; ÇELİK; s. 552; KZMSS Genel Şartları m. C.2. Sözleşme Yapıldığı Sırada Beyan Yükümlülüğü: 'Sigorta ettiren/sigortalı, sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.'; Bkz. TTK m. 1435.

nitelikte ise, sigortacı tazminatı ödedikten sonra, ödediği meblağı sigorta ettirene rücu edebilir<sup>[124]</sup>.

Sigorta ettiren bildirmediği hususlar bakımından kasıtlı değilse, tazminat ödenmişse, sigortacı ödenen primle alınması gereken prim arasındaki oran kadar kısmı dışında kalan miktar için, sigorta ettirene rücu edebilir. Riziko gerçekleşmeden evvel sigortacı durumu öğrenmişse derhal prim farkının ödenmesini, sigorta ettirene ihtar eder. Prim farkı ödenirse sözleşme geçmişe etkili olarak yürür, ödenmezse sözleşme feshedilmiş olur<sup>[125]</sup>.

**Sözleşme esnasında ihbar yükümlülüğü;** TTK m. 1444 ile düzenlenmiş olup KZMSS Genel Şartları ile de TTK ile paralel olarak geniş şekilde düzenleme yapılmıştır<sup>[126]</sup>.

Sigorta ettiren ya da onun izniyle başkası, rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırıcı ya da 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 bildirecektir. Sigortacı durumu öğrendiği tarihten itibaren sekiz gün içinde prim farkının ödenmesi hususunu sigorta ettirene ihtar edecek ve sigorta ettiren, ihtarın tebliğ tarihini takip eden sekiz gün içinde talep olunan prim farkını sigortacıya ödeyecektir<sup>[127]</sup>. Sigorta ettiren istenen primi ödemezse süre sonunda sözleşme feshedilir ve prim iadesi yapılır<sup>[128]</sup>.

İhbar yapılmaz ve riziko gerçekleşirse, sigortacı ödediği tazminatı yine sigorta ettirene karşı rücu edebilecektir<sup>[129]</sup>.

**Riziko meydana geldikten sonra ihbar yükümlülüğü;** sorumluluk sigortalarını düzenleyen TTK m. 1446/1 uyarınca<sup>[130]</sup> sigorta ettiren rizikonun ger-

[124] KARA; s. 241; GÖKCAN; KAYMAZ; s. 412.

[125] ULAŞ, s. 584-585; GÖKCAN; KAYMAZ; s. 412.

[126] KARA; s. 242; Bkz. TTK m. 1444.

[127] KZMSS Genel Şartları m. C.3.

[128] GÖKCAN; KAYMAZ; s. 412.

[129] ULAŞ; s. 585.

[130] TTK m. 1446 – Riziko Gerçekleştiğinde;

*'Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir. Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir.*



çerkeştiğini sigortacıya derhal bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya, rizikonun gerçekteştiğini haber aldıktan sonra çıkarlarını korumak üzere inceleme-araştırma yapacak, gerektiğinde delil toplayacak, koruma önlemleri alacak ya da alıracak şekilde bir bildirim yapılması gerekmektedir. Bu amaca hizmet edebilmek için ise en azından rizikonun nerede, ne zaman gerçekteştiği ve sonuçlarının ne olduğu ana hatları ile sigortacıya bildirilmelidir<sup>[131]</sup>. Bu düzenleme sorumluluk sigortaları ile ilgili genel nitelikleri içeren bir düzenleme olup; konu, KZMSS Genel Şartları ile de aynı doğrultuda düzenlenmiştir.

KZMSS Genel Şartları m. B.1.1-a uyarınca rizikonun gerçekteşmesi halinde sigortalı, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren on gün içerisinde sigortacıya ihbar etmek, kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl sigortacıya bildirmekle yükümlüdür<sup>[132]</sup>. Yani rizikonun gerçekteşmiş olduğu ya da olayla ilgili dava açılmış olduğunun duyurulması; dava dilekçesinin ve belge örneklerinin sigortacıya iletilmesi gerekmektedir<sup>[133]</sup>.

Rizikonun gerçekteşmesinden sonra ihbar yükümlülüğü, anlatılan sözleşmenin yapılması esnasında ve sözleşme esnasında yüklenen ihbar yükümlülüğünden farklı bir amaca hizmet etmektedir. Bu yükümlülüğün amacı, sigortacının hasarı tespit etmesini ve gerektiğinde zararı azaltıcı ya da zararın artmasını önleyici önlemleri almasına yöneliktir<sup>[134]</sup>.

Belirtilen yükümlülüğün ihlali sigortacının tazmin borcunu ortadan kaldırmaz ancak; ihlal sebebiyle ödenecek tutar artarsa, yapılan ödeme, sigortalının ihlaldeki kusuru nispetinde kendisinden rücuen tahsil edilir<sup>[135]</sup>.

### **iii. Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Yükümlülüğü**

TTK'nın sorumluluk sigortalarına ilişkin 1448. maddesi gereğince sigorta ettiren, rizikonun gerçekteştiği ya da gerçekteşme ihtimalinin yüksek olduğu

---

*Sigortacı rizikonun gerçekteştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fikra hükmünden yararlanamaz.'*

[131] ÜNAN, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap–Sigorta Hukuku Cilt 1: Genel Hükümler Madde 1401-1452, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 502.

[132] KZMSS Genel Şartları m. B.1.1-a.

[133] GÖKCAN; KAYMAZ; s. 413.

[134] KÖROĞLU ÖLMEZ; s. 279; KUBİLAY; s. 129. Diğer iki beyan yükümlülüğü sigortacının, sigorta poliçesi ile üstlendiği rizikonun net bir biçimde tespit edilmesi amacıyla hizmet etmektedir.

[135] ÇELİK; s. 554; KARA; s. 242; GÖKCAN; KAYMAZ; s. 413.

durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması ya da sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar dâhilinde önlem almakla yükümlüdür.

KZMSS Genel Şartları m. B.1.1-b maddesinde de TTK düzenlemesine paralel bir düzenleme yapılmış; sigortalıya, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının poliçeden doğan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar dâhilinde önlemler alma ve bu amaçla sigortacı tarafından verilen talimatlara uyma yükümlülüğü yüklenmiştir<sup>[136]</sup>.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca sigortalı, zarar gerçekleşmeden evvel zararın meydana gelmesini önleyici tedbirleri almalı, zarar meydana gelmiş ise azaltılmasına yönelik tedbirleri almalı ve yine zarar meydana gelmişse sonuçların ağırlaşmasını engelleyici tedbirleri almalıdır. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde ise, ödeme yapılmış olması şartıyla sigortacının rücu hakkı doğacaktır.

#### ***iv. İşletenin Değişmesi Durumunda İhbar Yükümlülüğü***

TKK m. 94 ve KZMSS Genel Şartları m. C.4 maddesinde, sigortalı araç işleteninin değişmesi durumunda, devreden kişinin on beş gün içerisinde sigortalıya ihbar yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu konu işleten başlığı altında detaylı olarak anlatıldığından burada kısaca değinmekle yetineceğiz.

### **3. Sigortacının Sorumluluğunun Şartları**

TKK'ya göre zorunlu sigorta koşulları çerçevesinde işletenin sorumluluğunu belli bir miktara kadar üstlenen sigortacı, işleten ile sürücü ve yardımcılarının kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur<sup>[137]</sup>. Ancak sigortacının işletenin yerine geçerek, meydana gelen zararı tazmin etmesinin belli şartları vardır. Bu şartlar kanunda işleten için öngörülmüş olsa da, işleteni sigorta eden sigortacı da bu şartlar gerçekleşmişse tazmin yükümlülüğü altına girecektir. Söz konusu şartlar genel ve özel şartlar olmak üzere ikiye ayrılır<sup>[138]</sup>.

[136] ŞENOCAK; s. 217; KZMSS Genel Şartları B.1.1-b.

[137] ÇELİK; s. 143

[138] ARSLAN; s. 199; MEMİŞ; s. 80 Sorumluluk sigortacısının, sigorta tazminatı ödemesinin şartı, sigorta ettirenin sorumlu olmasıdır. Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinde belirlenen sorumluluğu doğduğu takdirde, sigortacının da sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

## **a. Genel Şartlar**

### ***i. Sigorta Sözleşmesinin Varlığı***

KTK kapsamında meydana gelen zarardan ötürü sigortacının tazminat ödemesi yapabilmesi için mutlaka sigorta sözleşmesi bulunmalıdır. Zorunlu olmasına rağmen KZMSS yaptırılmamışsa; zarar gören, sigortacıya başvuramayacaktır<sup>[139]</sup>.

### ***ii. Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması***

Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebep olmuşsa motorlu aracın işleteni bu zarardan sorumlu olur<sup>[140]</sup>. Zarar gören kişiler, aracın işleteni, sürücüsü ya da işletme ile ilgili diğer yardımcı kişiler olabileceği gibi yaya ya da araçtaki yolcular da olabilir<sup>[141]</sup>. Başka bir deyişle, yaya ya da yolcu ölmüş veya yaralanmış; kazaya karışan motorlu araçlar hasara uğramış; motorlu araç bina, yapı, tesis gibi yerlere zarar vermiş; taşıma esnasında yolcunun bagajı ve eşyası zarar görmüş; taşınan yük hasarlanmış olabilir<sup>[142]</sup>. Zarar, aracın karayolunda ya da karayolu sayılan yerlerde işletilmesi esnasında meydana gelmiş olmalıdır<sup>[143]</sup>.

KTK m. 85/1 uyarınca, motorlu aracın işletilmesi nedeniyle zarara sebebiyet veren işleten, meydana gelen zarardan sorumludur. İşletenin zarardan sorumlu olduğu durumda, sigortacı da zarardan sorumlu olacaktır.

### ***iii. Zararın Bir Trafik Kazasından Ötürü Meydana Gelmiş Olması***

Meydana gelen zararın bir trafik kazası neticesinde oluşması gerekmektedir. Sigortacının sorumluluğu kaza başıdır. Bazı durumlarda bir araç, kısa süre içerisinde iki ya da daha fazla kişiye zarar vermiş olabilir. Bu zararların tek bir kazadan meydana geldiği kabul edilirse sigortacı tek bir ödeme yapar. Kaza sayısı birden fazla ise illiyet bağı önem kazanır ve kazalar arasında illiyet bağı kurulabilirse sigortacının tek ödeme yapması yeterli olacaktır<sup>[144]</sup>. Trafik kazası dışında meydana gelen zararlar, yani işletilme halinde olmayan araçların meydana getirdiği zararlar ise KZMSS kapsamında sayılamayacak, işletenin sorumluluğu

[139] BAĞRIAÇIK; s. 259.

[140] ORHUNÖZ; s. 234.

[141] ARSLAN; s. 200; BAĞRIAÇIK; s. 260.

[142] ÇELİK; s. 74.

[143] HAVUTÇU; GÖKYAYLA; s. 35.

[144] YILMAZ, Hamdi; s. 303; BAĞRIAÇIK; s. 260-261.

alelade kusur sorumluluğu olacaktır<sup>[145]</sup>. İşletenin kusur sorumluluğu kapsamında olan zararlar bakımından sigortacının sorumluluğu da meydana gelmeyecektir.

#### ***iv. Kaza ve Zarara Motorlu Bir Aracın Sebebiyet Vermiş Olması***

Motorlu araç, makine gücüyle toprak üzerinde hareket edebilen, bir yerden başka bir yere gidebilen araç olup KTK anlamında 'karayolu motorlu araç'dır<sup>[146]</sup>. Kaza ve zarara motorlu aracın sebebiyet vermiş olması şartı KTK m. 85'te açık olarak, KTK m. 3'te dolaylı olarak tarif edilmiştir.

Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan ve makine gücü ile çalışan aracın sebep olduğu zararlar, işletenin ve dolayısıyla sigortacının sorumluluğunu doğuracaktır<sup>[147]</sup>.

#### ***v. Kaza (Zarar) ile Motorlu Araç Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması***

KZMSS kapsamında, sigortacının sorumluluğunun doğması ve ödeme yapması için oluşan zarar ile motorlu araç arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır<sup>[148]</sup>. Trafik kazası sonucu meydana gelen zararlar, aracın işletilmesi ya da kanunun öngördüğü diğer olaylar, yani işletenin ya da adamlarının kusuru veya araçtaki bozukluk ya da yardım fiili, birbirinin uygun sebep ve sonucu değilse, somut olayda illiyet bağı mevcut olmadığından işletenin sorumluluğu doğmayacaktır<sup>[149]</sup>.

Meydana gelen kaza nedeniyle ceza davası açılmış ve yargılama yapılmışsa illiyet bağının tespit edilmemiş olması hukuk hâkimini bağlamaz. Zira ceza hukukunda illiyet bağı sorumluluk hukukundakine oranla dar yorumlanmaktadır. Ancak ceza mahkemesinde illiyet bağının var olduğu tespit edilmiş ise bu durum hukuk hâkimini bağlayacaktır<sup>[150]</sup>.

[145] BOZER; s. 153; BAĞRIAÇIK; s. 261.

[146] ÇELİK; s. 73.

[147] ARSLAN; s. 201.

[148] BAĞRIAÇIK; s. 261.

[149] ARSLAN; s. 201.

[150] HAVUTÇU; GÖKYAYLA; s. 39.

## b. Özel Şartlar

### *i. Trafik Kazasından Kaynaklanan Zararın, Aracın İşletilmesinden ya da İşletilme Halinde Olmayan Araçlarda İşletenin ya da Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişilerin Kusurundan veya Araçtaki Bozukluktan ya da Kaza Sonrasında Yapılan Yardım Fiilinden Kaynaklanmış Olması*

İşleten ve işleten gibi sorumlu olan kişilerden daha önce detaylı olarak bahsetmiştik. KTK m. 85 uyarınca zararın karşılanması için zararın, aracın işletilmesinden ya da işletilme halinde olmayan araçlarda işletenin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan veya araçtaki bozukluktan ya da kaza sonrasında yapılan yardım fiilinden kaynaklanıyor olması gerekmektedir<sup>[151]</sup>.

### *ii. İşletenin Kurtuluş Kanıtı Getirememesi*

İşletenin ya da araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemiş olduğunu kanıtlamaksızın kazanın bir mücbir sebepten ya da zarar görenin ya da bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamaz<sup>[152]</sup>. İşleten ancak kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmadığını ve araçtaki bozukluğun kazaya neden olduğunu kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir<sup>[153]</sup>.

## D. KZMSS'İN KAPSAMI VE KAPSAM DIŞINDA KALAN HALLER

### 1. KZMSS'nin Kapsamı

KZMSS ile, sigortalı/sigorta ettirenin motorlu aracın işletilmesi esnasında sebep olduğu zararlardan (KTK'da belirlenmiş hukuki sorumluluk çerçevesinde ve genel şartlarda belirlenmiş olan teminat kapsamında) üçüncü kişilerde ya da onların mallarında meydana gelen zararların, poliçede belirlenen limitler dâhilinde karşılanması amaçlanmaktadır<sup>[154]</sup>. Bu sigortanın kapsamı KTK m. 91/1 ile m. 85/1'e yapılan göndermeye dayanılarak belirlenmiş; KTK m. 92 ile kapsam dışında kalan haller hüküm altına alınmıştır. KZMSS Genel Şartları m. A.3 ve A.5 ile de teminatın kapsamı, A.6 ile teminat kapsamı dışındaki haller

[151] BAĞRIAÇIK; s. 261.

[152] KARA; s. 244.

[153] ARSLAN; s. 204.

[154] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 7; YILMAZ, Hamdi; s. 299.

düzenlenmiştir. Manevi zararlar KZMSS kapsamında değildir<sup>[155]</sup>. KZMSS'nin coğrafi sınırı Türkiye'dir.

Zararın KZMSS kapsamında değerlendirilmesi için, karayolu ya da karayolu sayılan yerlerde gerçekleşmiş olması gereklidir. Karayolu olmayan veya karayolu sayılmayan yerlerde oluşan zararların KTK m. 85'e göre değil, Borçlar Hukuku genel hükümlerine göre belirlenmesi gerekir ve bu durum sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırır<sup>[156]</sup>.

Motorlu araca bağlı olarak çekilmekte olan römork, yarı römork ya da çekilen bir aracın sebebiyet verdiği kazalarda meydana gelen zararlar, çekici aracın sigortası kapsamındadır. Ancak insan taşımada, römorkların oluşturdukları zararlar poliçeye eklenecek özel bir şart ile ek bir sorumluluk alınması durumunda teminat kapsamında olacaktır<sup>[157]</sup>.

Rizikonun gerçekleşmesiyle zarar görenin işleten ya da sigortacı aleyhine açmak durumunda kaldığı davanın masraflarını, sigortacı gidermekle yükümlüdür<sup>[158]</sup>.

İlaveten, sigortalı/sigorta ettirenin kaza sebebiyle karşılaştığı haksız taleplere karşı hukuksal savunması da (hem tazminat hem de cezai kovuşturma bakımından) genel şartlar çerçevesinde teminata dâhildir<sup>[159]</sup>. Oluşan bir kazada zararın önlenmesi ya da azaltılması amacıyla, sigortalı/sigorta ettirenin yapacağı makul miktarda ve zorunlu masraflar sigorta teminatı kapsamı içerisindedir<sup>[160]</sup>.

---

[155] TEPEDELEN, Zekeriya (2017) Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 52; YILMAZ, Hamdi; s. 302; BOZER; s. 153; KAYIHAN, Şaban (2016) 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, s. 255.

[156] KARA; s. 235; ULAŞ; Sigorta Hukuku; s. 928.

[157] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 7.

[158] ASLAN DÜZGÜN; s. 199.

[159] KZMSS Genel Şartları m. A.4; ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 8.

[160] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 8.

Sigorta tazminatı zararın gerçek miktarı ile sınırlıdır<sup>[161]</sup>. Bu ilke sigorta hukukunda geçerli olan zenginleşme yasağını ifade etmektedir<sup>[162]</sup>. Söz konusu ilke KZMSS için de geçerli olup, sigortacı, sigorta kapsamında gerçek zararı aşan bir miktarı ödeyemez. Öte yandan sigortacı uğranılan gerçek zararın sigorta bedeline (poliçe limitine) kadar olan kısmını ödemekle yükümlüdür<sup>[163]</sup>.

KZMSS kapsamına giren ve KZMSS Genel Şartları m. A.5'te sayılan teminatlar aşağıda açıklanacaktır.

### a. Maddi Zararlar Teminatı

KZMSS kapsamına giren teminat türlerinden ilki maddi zararlar teminatıdır. Buna göre hak sahibinin kaza tarihi itibarıyla KZMSS Genel Şartları m. A.5'te tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dâhil doğrudan malları üzerindeki azalmaları maddi zarar olarak kabul edilir<sup>[164]</sup>.

KZMSS kapsamındaki kazalarda araç değer kaybı, talep edilmesi halinde ilgili branşta ruhsat sahibi sigorta eksperleri tarafından tespit edilir. Değer kaybının tespiti KZMSS Genel Şartları ekinde yer alan esaslara göre yapılır<sup>[165]</sup>. 'Ek.1 Değer

[161] BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz (2017) Trafik Kazalarında Tazminat Davaları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 298; Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Esas: 2014/8595 Karar: 2016/5905 Karar Tarihi: 12.05.2016 '...Somut olayda; davacı şirkete trafik sigorta poliçesiyle sigortalı olan aracın karıştığı tek taraflı trafik kazası neticesinde vefat eden ...'un hak sahiplerine poliçe kapsamında davacı tarafından tazminat ödemesi yapılmış olup davacı, poliçe kapsamında yaptığı ödemenin sigortalıdan rücuen tahsilini talep etmiştir.

Trafik sigortacısı tarafından sigorta sözleşmesi uyarınca sigortalıya karşı açılan rücuen tazminat davalarında, sigortalının sorumlu olduğu miktar yapılan ödeme miktarı olmayıp gerçek zarar miktarı kadardır. Bu nedenle mahkemece, zarar görenlere yapılması gereken gerçek ödeme miktarı tespit edilerek davacı tarafca yapılan ödeme miktarı daha fazla olsa da davalının gerçek zarar miktarıyla sorumluluğuna karar verilmesi gerekir. Bu nedenle mahkemece öncelikle ...'un yakınlarının yoksun kaldığı gerçek destek zararı miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Ne var ki mahkemece, zarar miktarı hususunda herhangi bir bilirkişi raporu alınmamıştır. Bu durumda mahkemece, davalının gerçek zarar miktarıyla sorumlu olduğu nazara alınarak ödeme tarihindeki (16.05.2011) verilere göre destek ...'un yakınlarının destekten yoksun kalma zararlarının hesaplanması amacıyla aktüer uzmanı bilirkişiden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[162] ŞENOCAK; s. 191.

[163] CAN, Mertol (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 149.

[164] YILDIZ, Habib 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Ana Esaslar ve Sorunlar', s. 15.

[165] KZMSS Genel Şartları m. A.5-a.

*Kayıbı*' başlıklı düzenlemenin girişinde, değer kaybı zararının ödenebilmesi için zarar görenin talepte bulunması şart koşulmuş ancak bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira araç değer kaybı da hasara bağlı bir zarar kalemi olduğundan, ödenmesinin talebe bağlanması hem hayatın olağan akışına aykırı hem de sigortacının gerçek zararı ödemesi gerektiğine ilişkin sigortacılık ana ilkesine aykırı bulunmuştur<sup>[166]</sup>.

### **b. Sağlık Giderleri Teminatı**

Sağlık giderleri teminatı, trafik kazası nedeniyle zarar gören üçüncü kişinin bedeneni eski haline dönmesini sağlamak üzere protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren bir teminattır. Kaza sebebiyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası sonucunda çalışma gücünün kısmen ya da tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır<sup>[167]</sup>.

Sağlık giderleri teminatı, *Sosyal Güvenlik Kurumunun* sorumluluğunda olup, ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98 inci maddesinde yapılan değişiklik gereğince sona ermiştir<sup>[168]</sup>.

### **c. Sürekli Sakatlık Teminatı**

KZMSS kapsamında değerlendirilebilecek bir kaza sonucunda, zarar uğrayan kişinin iyileşemeyecek bir biçimde sakatlanması durumu, sürekli iş göremezlik ya da sürekli sakatlık hali olarak ifade edilir<sup>[169]</sup>.

KZMSS kapsamındaki bir kazada yaralanan üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, KZMSS Genel Şartları ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek teminat sürekli sakatlık teminatıdır<sup>[170]</sup>. Kaza nedeniyle zarar gören kişinin tedavisinin tamamlanması sonrasında, yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı

[166] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 9; Bkz. KZMSS Genel Şartları Ek-1.

[167] KZMSS Genel Şartları m. A.5-b.

[168] KZMSS Genel Şartları m. A.5-b.

[169] GÜNAŞTI CANTUTUMLU; s. 10.

[170] Bkz. KZMSS Genel Şartları Ek-3.



giderleri, bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla, sürekli sakatlık teminatı kapsamındadır<sup>[171]</sup>.

Sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürllülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu dikkate alınmalıdır. Tazminat ödemesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca düzenlenecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine ait olup, sigortacı söz konusu rapora itiraz ettiğinde, mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür<sup>[172]</sup>.

#### **d. Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı**

Ölüm kavramı TTK ya da KTK uyarınca tanımlanmamış olsa da Yargıtay'ın bazı kararlarında ölüm kavramına ve türlerine yönelik detaylı açıklamalar yapılmıştır. Buna göre, ölüm olayı doğal ve zorlamalı ölümler olarak iki ana gruba ayrılarak değerlendirilmektedir. Doğal ölüm, vadesi gelmiş, belli bir ömrü yaşamış kişilerde herhangi bir hastalık ya da hasta olmadan meydana gelen ölüm halidir. Zorlamalı ölüm ise ölüm zamanı gelmeden, herhangi bir sebep etkisiyle bir kişinin ölmesi olarak açıklanmıştır<sup>[173]</sup>.

Kaza neticesinde üçüncü kişinin ölümü nedeniyle ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere KZMSS Genel Şartları ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminat destekten yoksun kalma tazminatıdır. Söz konusu tazminatın miktarının tespitinde ölen kişi esas alınır<sup>[174]</sup>. Yani ölen kişinin bireysel özelliklerine göre (ölenin vergilendirilmiş geliri, yaşı vb.) tazminat hesabı yapılacaktır.

[171] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 10; CEBE; s. 736.

[172] KZMSS Genel Şartları A.5-c.

[173] GÜNAŞTI CANTUTUMLU; s. 9; Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Esas: 1996/3239 Karar: 1996/4799 Karar Tarihi: 28.06.1996.

[174] Bkz. KZMSS Genel Şartları Ek-2.

## 2. KZMSS'nin Kapsamı Dışında Kalan Haller

KTK m. 92'de<sup>[175]</sup> sayılan zararlar ve bu hükme paralel olarak KZMSS Genel Şartları m. A.6'da sayılan hususlar KZMSS kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu zararlar sigortacı tarafından karşılanmazlar<sup>[176]</sup>.

### a. İşletilme Halinde Olmayan Araçların Sebep Olacağı Zararlar

İşletilme halinde olmayan araçların sebebiyet verdiği kazalar, daha önce de değinildiği üzere, KZMSS kapsamı dışındadır.

### b. Hak Sahibinin Kendi Kusuruna Denk Gelen Tazminat Talepleri–İlgililerin, Sigortalının Sorumluluk Riski Kapsamında Olmayan Tazminat Talepleri

Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri BK m. 52'nin bir tekrarı niteliğinde olup, kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesinin bir yansımasıdır. KZMSS sigortacısı bu yöndeki bir talepten sorumlu olmayacaktır. İşletenin bu yöndeki sorumluluğu genel hükümlere göre olacaktır. Yine ilgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat

[175] KTK m. 92–Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:

*Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.*

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve fiuruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,

d) Bu Kanununun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

g) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

h) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.'

[176] ARSLAN; s. 205; KENDER; 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi' s. 14; KUBİLAY, s. 114; ÇELİK; s. 543.

talepleri de KZMSS kapsamı dışındadır<sup>[177]</sup>. Bu iki durum daha önce sadece KZMSS Genel Şartları ile düzenlenmiş olup, KTK'da açıkça yazılmamış idi.

Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri (KTK m.92-g) ve ilgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri (KTK m.92-h) 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı torba yasa ile KTK m. 92'ye eklenmiştir. Bu ekleme ile KTK m. 92-b kapsamında işleyen ve sürücü yakınlarının *can* zararlarının teminat kapsamında sayılmasına ilişkin öğretilerdeki görüşler ile Yargıtay uygulamasının etkisiz kılınmak istendiği şekilde eleştiriler olmuştur.

ÇELİK'e göre işleyen ve sürücünün kusurlu olmaları koşulu ile yakınlarının bedensel zararlarının, işleyen veya sürücünün ölümünde (yine kusurlu olmaları koşuluyla) destekten yoksun kalanların aracın sigortasından tazminat alabilecekleri ileri sürülmüştür<sup>[178]</sup>. Zira KTK m. 92/b'nin hala yürürlükte olduğu, bu bentte '*Sigortalının, Eşinin, Sigortalının Usul ve Fürunun, Sigortalıya Evlat Edinme İlişkisiyle Bağlı Olanların, Sigortalının Birlikte Yaşadığı Kardeşlerinin, Mallarına Gelen Zararlar Sebebiyle İleri Sürebilecekleri Talepler*' ile kast edilenin; 'maddede sayılan kişilerin, sadece mallarına ilişkin zararlarının KZMSS kapsamı dışında kaldığı anlamına geldiği' şeklinde bir görüş benimsenmiştir.

Ancak Yargıtay hükmü bu şekilde yorumlamamış ve isabetli şekilde mallara ilişkin zararların yanı sıra, sayılan kişilerin bedensel zararlarının ve işleyen ya da sürücü ölümünde destekten yoksun kalanların zararlarının teminat kapsamı dışında kaldığı kabulü ile kararlar içtihat etmeye başlamıştır. Bu konu ile ilgili detaylı inceleme, anılan bentlerle de yakından ilgili olan '*Destekten Yoksun Kalan Hak Sahibinin, Sigortalının Sorumluluk Riski Kapsamında Olmayan Destek Tazminatı Talepleri İle Destekten Yoksun Kalan Hak Sahibinin, Sigortalının Sorumluluk Riski Kapsamında Olmakla Beraber Destek Şahsının Kusuruna Denk Gelen Destek Tazminatı Talepleri*' başlığı altında yapılacaktır.

### **c. Sigortalının, Eşinin, Sigortalının Usul ve Fürunun, Sigortalıya Evlat Edinme İlişkisiyle Bağlı Olanların, Sigortalının Birlikte Yaşadığı Kardeşlerinin, Mallarına Gelen Zararlar Sebebiyle İleri Sürebilecekleri Talepler**

KTK m. 92/b uyarınca KZMSS Genel Şartlarına konulan bu hüküm ile sigortalının maddede sayılan yakınlarının mallarında oluşan hasar ve kayıpların

[177] ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 11-12.

[178] ÇELİK; s. 543.

tazmini sigortacıdan istenemez<sup>[179]</sup>. Bu madde uyarınca, sigortalının eşinin, çocuklarının, ana ve babası ile birlikte yaşadığı kardeşlerinin sigorta güvencesinin yararlanamamasının sebebi; bu kişilerin zarara uğramaları durumunda, araç sahibi ya da işletenden zarar talep etmeyecekleri varsayımdır<sup>[180]</sup>.

Bu maddede sayılan kişilerin mallarına ilişkin zararların teminat kapsamı dışında bırakılması, uzun yıllar boyunca bu kişilerin bedensel zararlarının sigorta güvencesi kapsamında sayılmasını sağlamıştır. Bu maddenin sınırlı olarak yorumlanması ve sadece mallara ilişkin zararları kapsadığı düşüncesi neticesinde trafik kazasında tam kusuru ile ölen işletenin yakınları KZMSS sigortacısından destekten yoksun kalma tazminatı alabilmişlerdir<sup>[181]</sup>.

#### **d. Destekten Yoksun Kalan Hak Sahibinin, Sigortalının Sorumluluk Riski Kapsamında Olmayan Destek Tazminatı Talepleri İle Destekten Yoksun Kalan Hak Sahibinin, Sigortalının Sorumluluk Riski Kapsamında Olmakla Beraber Destek Şahsının Kusuruna Denk Gelen Destek Tazminatı Talepleri**

Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri de KZMSS kapsamı dışındadır<sup>[182]</sup>.

KTK m. 92/a uyarınca işletenin bu yasa gereği eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere karşı yöneltebileceği tüm zarar talepleri KZMSS kapsamı dışındadır. KZMSS'nin asıl amacı, işletenin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluklarının güvence altına alınması olduğuna göre, işletenin ve onun emir ve talimatı altında hareket eden kişilerin eylemleri neticesinde işletenin kendisinde oluşan bedensel ve maddi zararların KZMSS kapsamı dışında kalması doğaldır<sup>[183]</sup>. Ancak KTK ve KZMSS Genel Şartlarında değişiklik yapılmadan evvel uygu-

[179] ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 12; KZMSS Genel Şartları m. A.6-ç.

[180] ASLAN DÜZGÜN; s. 202; BOZER; s. 208.

[181] KAYIHAN, 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçıların Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler', s. 256.

[182] KZMSS Genel Şartları m. A.6-d.

[183] ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 13.

lama çok daha farklıydı. Yargıtay, KZMSS'nin asıl amacının işletenin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluklarının güvence altına alınması olduğu ilkesinden, ilk olarak sürücü yönünden ayrılmış ve sürücünün karıştığı trafik kazası nedeniyle kendisinin de yaralanması nedeniyle yaptığı tedavi giderleri ile iş göremezlik zararlarının KZMSS kapsamında ödenmesi gerektiği şeklinde kararlar içtihat etmiştir. Daha sonra da trafik kazası sonucu sürücünün ölümü halinde onun hak sahiplerinin, KZMSS sözleşmesine dayanarak sigortacıdan destek tazminatı talep edebileceği yönünde kararlar vermiştir. KTK m. 92/b hak sahipleri lehine yorumlanmış ve maddede sayılan kişilerin malvarlığına ilişkin zararlarının teminat kapsamı dışında kaldığı bedensel zararlarının teminat kapsamında olduğundan hareketle kararlar verilmiş, ilaveten işleten ve sürücü yakınları üçüncü kişi kabul edilerek destek tazminatının sigortacıdan istenebileceği sonucuna ulaşılmıştır<sup>[184]</sup>.

[184] ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 13; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2013/10062 Karar: 2014/9174 Karar Tarihi: 05.06.2014 'ÖZET: Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarına, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılmayacağına, dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı sigorta şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı sigorta şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. ...Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminat istemine ilişkindir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. maddesinde, 'İşletenlerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanması sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur'; 85/1. maddesinde, 'Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.'; 85/son maddesinde ise, 'işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.' hükümlerine yer verilmiş, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, 'Sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder' şeklinde ifade edilmiştir. Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğratan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

*Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorumluluğu olduğu, böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 9. Bastı, s. 631 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 10. Baskı, s. 264 vd).*

*Kanun koyucu, 2918 sayılı KTK'nun 91. maddesiyle de; işletenin Aynı Kanununun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) yaptırma zorunluluğunu getirmiştir.*

*Hemen belirtilmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91. maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.*

*Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibarıyla tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğundan, uyumsuzluğun bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.*

*Karayolları Trafik Kanununda zorunlu trafik sigortasına ilişkin olarak, sorumluluğun kapsamı yanında, bu kapsam dışında kalan haller de açıkça düzenlenmiştir.*

*2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 'Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar' başlıklı 92. maddesinde:*

*...b) İşletenin; eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler, ... hükmü ile, zorunlu trafik sigortacısının hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örnekseme yoluna gidilmeyip; tek tek ve tahdidi olarak sorumlu olunmayan haller sıralanmıştır.*

*Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de, 2918 sayılı KTK'nun 92/b maddesinde yer alan 'İşletenin; eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında olduğuna' ilişkin hükümdür.*

*Bu hükümle kanun koyucu; tehlike sorumlusu zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu kapsamında sadece, tehlike sorumlusu olan işletenin eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları çıkarmıştır.*

*Şu haliyle, anılan kişilerin mallarına gelen zararlar dışında kalan ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararlar ise sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmış, böylece tehlike sorumlusunun yakınlarının dahi belirtilen anlamda sigorta kapsamında olduğu benimsenmiştir. Durum bu olunca, işletenin; eşinin, usul ve fîruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin ölüm veya yaralanmaları halinde bundan kaynaklanan zararlarının zorunlu sigorta kapsamında olduğu kabul edilmelidir.*

*Araç sürücüsünün veya yakınlarının talepleri ise 92. madde kapsamında yer almamakla birlikte, sigortacının sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir.*

*Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E, 2011/411 K sayılı ilamında, mali sorumluluk sigortası ile sigortalı araç sürücüsünün mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davasında da, Kanunun kapsam dışılığı düzenleyen 92. maddesinde, araç şoförünün desteğinden yoksun kalanların isteyebileceği tazminatların kapsam dışı olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmediği ve sürücünün desteğinden yoksun kalanların*

Ancak söz konusu içtihatlar uygulandığı dönemde öğretilerde eleştirilmekte idi. Aynı zamanda bu görüşü destekleyen görüşler de mevcuttu<sup>[185]</sup>. Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri ve ilgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat taleplerinin yasaya eklenmesi ile işleyen ve sürücü yakınlarının *can* zararlarının teminat kapsamında sayılmasına ilişkin öğretilerdeki görüşler ile Yargıtay uygulamasının etkisiz kılınmak istendi-

*üçüncü kişi olduğu kabul edilerek zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir.*

*Destekten yoksun kalma tazminatı, BK'nun 45/III. maddesinde düzenlenmiş olup; "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." şeklinde hükme bağlanmıştır.*

*Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettilmesidir.*

*Şu hale göre; araç sürücüsü murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek polişe kapsamında teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.*

*Sigortalı araç sürücüsünün yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak polişede açık bir düzenleme bulunmadığı da uyumsuzluk konusu değildir.*

*Davacının uğradığı zarara bağlı olarak talep ettiği hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır.*

*Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtığı, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılmayacağı, dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı sigorta şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacıların da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı sigorta şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. (HGK'nun 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar, HGK'nun 22.2.2012 gün 2011/17-787 esas 2012/92, HGK'nun 16.1.2013 gün ve 2013/17-1491 Esas 2013/74 Karar sayılı ilamları uyarınca)*

*O halde mahkemece, davacıların kazada hayatını kaybeden araç sürücüsünün desteğinden yoksun kalıp kalmadıkları değerlendirilerek destekten yoksun kaldıklarının kabulü halinde davalı sigorta şirketi karşısında 3. kişi olarak tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.' Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.*

[185] Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. ÇELİK; s. 550; KILIÇOĞLU; Mustafa; s. 601-602.



ğinden bahisle eleştirildiğinden bahsedilmişti. Yargıtay'ın eski uygulamasını destekleyen görüşü savunular, KTK m. 92/b'nin hala yürürlükte olduğu dolayısıyla Yargıtay'ın mevcut uygulaması ile devam edeceği görüşünü savunmuşlardır.

Ancak Yargıtay yerleşik uygulamasını kanunda yapılan değişiklik uyarınca değiştirmiş ve yeni tarihli kararlarında KTK m. 92/b'nin geniş yorumlanmasından isabetli olarak vazgeçmiştir. Zira KZMSS'nin amacı trafik kazalarından kaynaklı olarak üçüncü kişilerin uğrayacağı zararların teminat altına alınmasıdır. Yorumun bu şekilde değiştirilmesi, kimsenin kendi kusurundan faydalanamayacağı ilkesi ile de örtüşmektedir<sup>[186]</sup>.

[186] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2018/1535 Karar: 2018/8872 Karar Tarihi: 09.10.2018 '*...Dava: Davacılar... ve ... ile davalılar .... Sigorta A.Ş. ve ... arasındaki dava hakkında ...Asliye Hukuk Mahkemesi'nden verilen 11/11/2014 gün ve 2013/669-2014/682 sayılı hükmün Dairemizin 08/11/2017 gün ve 2015/4635-2017/10238 sayılı kararı ile bozulmasına karar verilmiş olup, süresi içinde davalı .... Sigorta A.Ş. vekili tarafından kararın düzeltilmesi istenilmekte, dosya incelendi, gereği düşünüldü:*

*Davacılar vekili, murisin sürücüsü olduğu, davalı ...Sigorta ...ye zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesiyle, davalı ...Ş.ye ihtiyari mali sorumluluk sigorta poliçesiyle sigortalı aracın tek taraflı trafik kazası yapması sonucu murisin vefat ettiğini, müvekkillerinin murisin anne, baba ve kardeşleri olup destekten yoksun kaldıklarını beyanla, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5.000,00 TL maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesiyle talebini 235.000,00 TL'ye yükseltmiştir. Davalı ... sigorta A.Ş vekili, davanın reddini savunmuş, diğer davalı davaya cevap vermemiştir.*

*Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davacı ...'ın davalılar ... sigorta ve ... sigorta şirketi aleyhine açtığı maddi tazminat davasının kabulüne, 98.423,45 TL tazminatın 5.000,00 TL'lik kısmına dava tarihinden itibaren 93.423,45 TL'lik kısmına ıslah tarihi olan 31/10/2014 tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalılardan... sigorta şirketi yönünden 5.000,00 TL ile sınırlı olmak kaydıyla davalılar ... sigorta ve ... sigorta şirketinden müteselsilen müştereken tahsili ile davacıya verilmesine, davacı ...'ın davalılar ... sigorta ve ... sigorta şirketi aleyhine açtığı maddi tazminat davasının kabulüne, 142.462,68 TL tazminatın 5.000,00 TL'lik kısmına dava tarihinden itibaren 137.462,68 TL'lik kısmına ıslah tarihi olan 31/10/2014 tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalılardan ... sigorta şirketi yönünden 5.000,00 TL ile sınırlı olmak kaydıyla davalılar ... sigorta ve ... sigorta şirketinden müteselsilen müştereken tahsili ile davacıya verilmesine, davacılar ... ve ... davalılar aleyhine açtığı maddi tazminat davasının reddine karar verilmiş; hüküm, davalı ... Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiş, Dairemizin bozma ilamı üzerine davalı ... Sigorta A.Ş. vekili tarafından kararın düzeltilmesi talep edilmiştir.*

*1-Dosya içeriğine, Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre davalı ... Sigorta A.Ş. vekilinin sair karar düzeltme itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.*

*2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan ölüm nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkinidir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. maddesinde, "İşletenlerin, bu kanunun 85/1. maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur."; 85/1 maddesinde, "Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu*



*aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”; 85/son maddesinde ise, “İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.” hükümlerine yer verilmiş, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, “Sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder.” şeklinde ifade edilmiştir.*

*Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’nın; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.*

*Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olmayıp sebep sorumluluğu olduğu, böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 9. Bası, s. 631 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 10. Baskı, s. 264 vd).*

*Kanun koyucu, 2918 sayılı KTK’nun 91. maddesiyle de; işletenin aynı Kanununun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) yaptırma zorunluluğunu getirmiştir.*

*Hemen belirtilmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91. maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.*

*Karayolları Trafik Kanunu’nda zorunlu trafik sigortasına ilişkin olarak, sorumluluğun kapsamı yanında, bu kapsam dışında kalan haller de açıkça düzenlenmiştir.*

*2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar” başlıklı 92. maddesinde:*

*“Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadır:*

- a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,*
- b) İşletenin; eşinin, usul ve fiirununun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,*
- c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlarla ilişkin talepler,*
- d) Bu Kanununun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,*
- e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,*
- f) Manevi tazminata ilişkin talepler.”*

*hükümü ile, zorunlu trafik sigortacısının hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örnekseme yoluna gidilmeyip; tek tek ve tahdidi olarak sorumlu olunmayan haller sıralanmıştır.*

### **f. Zarar Görenlerin Beraberinde Bulunan Bagaj ve Benzeri Eşya Dışında Sigortalı Araçta veya Bu Araç Vasıtasıyla Çekilen Römorkta/Yarı Römorkta Taşınan Eşyanın Uğrayacağı Zararlardan Dolayı Sigortalıya Karşı İleri Sürülecek Talepler**

KTK m. 92/e ve KZMSS Genel Şartları A.6-e gereğince, zarar görenlerin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında sigortalı araçta veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorkta/yarı römorkta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlardan dolayı sigortalıya karşı ileri sürülecek talepler KZMSS kapsamı dışındadır. İşleten bu tür zararlardan genel hükümlere göre sorumlu olacaktır.

Şunu belirtmek gerekir ki, sigorta teminatı dışında kalan eşya zararları sigortalı araçta taşınan eşyaya ilişkindir. Sigortalı aracın başka bir araca çarpması neticesinde o araçta taşınan eşya zarar görmüş ise KZMSS sigortacısı, poliçe limitleri dâhilinde, meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.<sup>[187]</sup>

### **g. Manevi Tazminat Talepleri**

Trafik kazası neticesinde maddi ve manevi nitelikte zararlar ortaya çıkabilir. KTK m. 92/f ve KZMSS Genel Şartları m. A.6-f hükümleri gereğince manevi tazminat talepleri KZMSS kapsamına dâhil değildir. Trafik kazası sonucunda

---

*Somut olayda davacı ...'nın maliki ve davalı ... Sigorta A.Ş.'nin zorunlu trafik sigortacısı olduğu aracı kullanan muris tek taraflı trafik kazası sonucu vefat etmiş, işleten- sigortalı davacı baba ... kendisi için kendi zorunlu trafik sigorta şirketi olan ... Sigorta A.Ş.'den destekten yoksun kalma tazminatı talep etmiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysaki yukarıdaki açıklamalar ışığında zorunlu trafik sigortasının amacı, trafik kazaları sonucu 3. kişilere verilecek zararların güvence altına alınmasıdır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 92. maddesi ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A.3.b maddesinde "işleten tarafından ileri sürülecek tazminat talepleri"nin teminat kapsamı dışında kalacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre işletenin, işleten olarak kendi sorumluluğunu üstlenen davalı zorunlu trafik sigortacısından tazminat talebinde bulunması mümkün değildir.*

*Bu durumda mahkemece öncelikle dava dilekçesinde talep edilen 5.000,00 TL ile ıslah dilekçesinde talep edilen 235.000,00 TL maddi tazminatın hangi davacı için ne kadar istendiğinin HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hakim'in davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda ayrı ayrı açıklattırılması ve sonucuna göre zorunlu trafik sigortacısı, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığından ve olayda davacı işleten ... davalı zorunlu trafik sigorta şirketi karşısında zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunmadığından, davacı işleten ... Sigorta A.Ş.'den talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatının reddine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmayıp bu hususlar ilgili bozma ilamında sehven gözetilmediğinden davalı ... Sigorta A.Ş. vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüne...'* Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[187] KILIÇOĞLU; Mustafa; s. 603; ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 30.

işletenin sorumlu olacağı manevi tazminatın TBK haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerekir ve bu zarar sigortacıdan talep edilemez<sup>[188]</sup>.

#### **h. Sigortalının, Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Eylemlerinden Sorumlu Tutulduğu Kişilere Karşı Yöneltebileceği Talepler**

KTK m. 92/a ve KZMSS Genel Şartları m. A.6-g uyarınca, sigortacı, sigortalının KTK uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebilecek taleplerden sorumlu değildir. Söz konusu talepler KZMSS kapsamı dışındadır.

#### **1. Sigortalının aracına veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorklara ve yarı römorklara veya çekilen araçlara gelecek zararlar nedeniyle ileri sürülecek talepler**

KZMSS'nin genel yapısı gereği, sigortalının aracı ya da bu araç ile çekilen römork, yarı römork veya araçların uğrayacağı zararlar KZMSS kapsamı dışındadır. Sigortalı araç vasıtasıyla çekilen römork ve yarı römorklar için ayrıca sigorta yapılması gerekmektedir.

#### **i. Çalınan veya Gasp Edilen Araçların Sebep Oldukları ve Karayolları Trafik Kanununa Göre Sigortalının Sorumlu Olmadığı Zararlar, Aracın Çalındığını veya Gasp Edildiğini Bilerek Binen Kişilerin Zarara Uğramaları Nedeniyle İleri Sürülecek Talepler İle Çalan ve Gasp Eden Kişilerin Talepleri**

Çalınan veya gasp edilen araçların sebep oldukları ve KTK'ya göre sigortalının sorumlu olmadığı zararlar, aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürülecek talepler ile çalan ve gasp eden kişilerin talepleri KZMSS Genel Şartları m. A.6-h hükmü ve KTK gereğince KZMSS kapsamı dışındadır.

Bu tür olaylar sebebiyle zarar görenler, doğrudan Güvence Hesabına başvurabilirler<sup>[189]</sup>.

[188] BAĞRIAÇIK; s. 263; KARA; s. 240.

[189] ARSLAN; s. 206; BAĞRIAÇIK; s. 264; ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 32.

#### **j. Motorlu Bisikletlerin Kullanılmasından İleri Gelen Zararlar**

KTK ve KZMSS Genel Şartları m. A.6-ı gereğince, KTK tanımlar kısmında motor hacmi 50 cm<sup>3</sup>ü geçmeyen motorlu bisikletlerin üçüncü kişilere verdikleri zararlar KZMSS kapsamı dışındadır ve genel hükümlere göre tazmin edilirler<sup>[190]</sup>.

#### **k. 12/4/1991 Tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Belirtilen Terör Eylemlerinde ve Bu Eylemlerden Doğan Sabotajda Kullanılan Araçların Neden Olduğu ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Sigortalının Sorumlu Olmadığı Zararlar İle Aracın Terör Eylemlerinde Kullanıldığını ya da Kullanılacağını Bilerek Binen Kişilerin Zarara Uğramaları Nedeniyle İleri Sürecekleri Talepler, Aracı Terör ve Buna Bağlı Sabotaj Eylemlerinde Kullanan Kişilerin Talepleri**

KZMSS Genel Şartları m. A.6-i gereğince Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemlerinde ve bu eylemlerden doğan sabotajda kullanılan araçların neden olduğu ve KTK'ya göre sigortalının sorumlu olmadığı zararlar ile aracın terör eylemlerinde kullanıldığını veya kullanılacağını bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürecekleri talepler, aracı terör ve buna bağlı sabotaj eylemlerinde kullanan kişilerin talepleri KZMSS kapsamı dışındadır<sup>[191]</sup>. Yine bu tür uyuşmazlıkların da genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekmektedir.

#### **l. Motorlu Araç Kazalarından Dolayı Toprak, Yeraltı Suları, İç Sular, Deniz ve Havanın Kirlenmesi veya Kirlenme Tehlikesi Nedeniyle Temizleme, Toplanan Atıkların Taşınması ve Bertarafı Masrafları İle Biyolojik Çeşitlilik, Canlı Kaynaklar ve Doğal Yaşama Verilen Zararlar Nedeniyle Bozulan Çevrenin Yeniden Oluşturulması İle İlgili Çevresel Zararlardan İleri Gelen Talepler**

KTK'da yer almayan ancak KZMSS Genel Şartları m. A.6-j'ye konan bu hüküm ile, motorlu aracın neden olduğu kaza neticesinde oluşan çevresel zararlar ile bozulan çevrenin yeniden oluşturulması amacı ile yapılacak masraflar KZMSS kapsamı dışında tutulmuştur. Sorumluluk genel hükümlere tabidir<sup>[192]</sup>.

[190] ASLAN DÜZGÜN; s. 204; ULAŞ; Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 32.

[191] ARSLAN; s. 206;

[192] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 33.

### **m. Gelir Kaybı, Kâr Kaybı, İş Durması ve Kira Mahrumiyeti Gibi Zarar Verici Olguya Bağlı Olarak Oluşan Yansıma ya da Dolaylı Zararlar Nedeniyle Yöneltilcek Tazminat Talepleri**

KZMSS Genel Şartları m. A.6-k gereğince zarar gören kişinin, gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma ya da dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilcek tazminat talepleri KZMSS kapsamında değildir.

### **n. İlgili Mevzuatla Genel Hükümlere Tâbi Kılınan Talepler**

KZMSS ile sınırlı sayıdaki tazminat talepleri teminat altına alınmakta olup, bunların dışında kalan zararlardan, işleten, genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Bu konuya ilişkin özel düzenleme KTK m. 87'de mevcuttur<sup>[193]</sup>. *Aslan Düzgün*'e göre söz konusu düzenlemeye uyarınca, hatır taşınması (karşılıksız) ya da aracın hatır için (karşılıksız) verilmesi esnasında ortaya çıkan zararlar da sigorta teminatı kapsamı dışındadır<sup>[194]</sup>.

Hatır taşınması, taşıyanın bir kimseyi taşıtına bindirip ücret almadan ve bir çıkarı olmadan bir yerden bir yere götürmesidir<sup>[195]</sup>. Daha önce bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığından yargı kararları ile hatır taşınması teminat kapsamında sayılıyor ancak hâkim tarafından tazminattan indirim yoluna gidiliyordu. Fakat hâkim indirim yapmak zorunda değildi, gerekçesini kararında tartışmak koşulu ile somut olaya göre indirim yapmayabiliyordu<sup>[196]</sup>.

[193] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 33; KTK m. 87 Genel Hükümlerin Uygulanması – 'Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir. Zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da genel hükümlere tabidir.'

[194] ASLAN DÜZGÜN; s. 204; KILIÇOĞLU; Mustafa; s. 605.

[195] ÇELİK; s. 447.

[196] ÇELİK; s. 379; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2016/4927 Karar: 2019/487 Karar Tarihi: 22.01.2019 '... Davacı vekili dava dilekçesinde; davacının ... idaresindeki motosiklette yolcu olduğu esnada meydana gelen trafik kazasında müvekkilinin yaralandığını belirterek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50,00 TL geçici, 50,00 TL sürekli iş göremezlik tazminatının temerrüd tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı davanın reddini savunmuştur.

Ulaş'a göre de yeni KZMSS Genel Şartları ile hatır taşıması KZMSS kapsamından tamamen çıkarılmıştır. Bu sebeple artık hatır taşımasının KZMSS kapsamı dışında kaldığının kabulü ve kararların bu şekilde verilmesi gerekmektedir<sup>[197]</sup>.

### **o. 2918 sayılı Kanununun 104 üncü ve 105 inci Maddelerinde Düzenlenen Sorumluluklar**

KTK m. 104 ile *motorlu araç ile ilgili mesleki faaliyette bulunanlar*; KTK m. 105 ile *yarıklar* düzenlenmiştir. Bu maddeler kapsamına dâhil durumlar KZMSS Genel şartları ve KTK gereğince KZMSS kapsamı dışında tutulmuş olup, bu amaçla yaptırılan zorunlu mali sorumluluk sigortasına tâbidir.

---

*Mahkemeye davanın kısmen kabulü ile 19.859,74 TL'nin temerrüd tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

*1-Dava trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.*

*Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda BK'nın 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretilde gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Hatır taşımasından ya da kullanmadan söz edebilmek için yaralanan ya da ölen karşılıksız taşınmış olmalıdır. Taşınan veya kullananın yararının söz konusu olduğu durumda hatır taşıması ilişkisi gündeme geleceğinden işletenin sorumluluğu genel hükümlere göre değerlendirilecek ve ödenmeden indirim yapılacaktır. Bu bakımdan hatır taşıma ilişkisinin değerlendirilmesinde taşıma ya da kullanmanın kimin çıkar ve yararına olduğunun saptanması önemlidir. Yarar ekonomik olabileceği gibi, ortak toplumsal değerleri de ilgilendirebilir. Ancak taşıma ve kullanmada işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir çıkarı veya yararının bulunması halinde hatır taşımasından söz edilemeyecektir. Ayrıca Hakim tazminattan mutlaka indirme yapmak zorunda değilse de bunun dahi gerekçesini kararında tartışması ve nedenlerini göstermesi gerekir. O halde mahkemeye, bu savunma üzerinde durularak, taşınanın hatır için olup olmadığı, tarafların yakınlığı, varsa hatır için taşınanın kimin arzusu ve ne amaçla yapıldığı gibi olayın özel şartları göz önüne alınarak araştırma ve inceleme yapılması gerekmektedir. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre de hatır indirimi oranı %20'yi geçemeyecektir.*

*Somut olayda, davacı ile dava dışı sürücü ...'nın yakınlığı ve davacı ...'ın dava dışı sürücünün aracında kimin arzusu ile ne amaçla taşındığı hususu araştırılmadan, hatır taşımacılığının varlığı kabul edilerek %40 oranında hatır indirimi yapılması doğru görülmemiştir.' Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.*

[197] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 34. Henüz yeni KZMSS Genel Şartları döneminde meydana gelmiş ve hatır taşımasının söz konusu olduğu kazalarda, Yargıtay tarafından verilmiş karar bulunmamaktadır.

## **ö. Cezai Kovuşturmadan Doğan Tüm Giderler ile İdari ve Adli Para Cezaları**

KZMSS Genel Şartları m. A.6-n gereğince cezai kovuşturmadan doğan tüm giderler ile idari ve adli para cezaları KZMSS kapsamı dışındadır.

## **p. KZMSS Genel Şartları ve Ekleri ile Tanımlanan Teminat İçeriği Dışında Kalan Talepler**

Genel hüküm niteliği taşıyan KZMSS Genel Şartları m. A.6-o hükmüne göre, KZMSS genel ve özel şartlarında yer alan teminat türlerine ilişkin yine genel şartlarda sınırları ve türleri sayılan zararlar teminat kapsamında olup, bunlar dışındaki zararlar genel hükümlere tabidir<sup>[198]</sup>.

## **E. ZARAR GÖRENİN SİGORTACIYA DOĞRUDAN BAŞVURU HAKKI**

TTK m. 1478 hükmü gereğince zarar gören kişi, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde kalmak koşuluyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir<sup>[199]</sup>. Önceden özel sigorta türlerine göre (Örneğin; KZMSS sigortası) özel hükümlerde belirtilen doğrudan başvuru hakkı, TTK m. 1478'in düzenlenmesi ile tüm sorumluluk sigortalarına uygulanacak şekilde genişletilmiştir. Ancak bu durum sigorta sözleşmesini üçüncü kişi lehine sözleşme haline getirmez; başvuru hakkının kaynağı doğrudan kanundur<sup>[200]</sup>. Zarar görenin sadece zarar verene (sigortalıya) ya da sadece sigortalıya karşı da talep hakkı mevcuttur. Zarar veren, sigortasının olduğunu ve sigorta şirketine başvuruda bulunulması gerektiğini ileri süremeyeceği gibi; sigortacı da öncelikle sigortalıya başvurulması gerektiğini ileri süremez. Zira zarar görenin sigortacı ya da sigortalıya başvuruda seçimlik hakkı mevcuttur<sup>[201]</sup>. Zarar veren ve sigortacı müteselsil olarak mevcut

[198] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' s. 35.

[199] CAN; s. 155; KARASU, Rauf (2015) '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Sorumluluk Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, s. 697; ACAR, Serdar (2012) 'Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:18, Sayı:2, s. 725.

[200] BOZER; s. 174; BOZKURT; s. 183.

[201] YEŞİLOVA ARAS, Ecehan (2013) Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 94; ÇEKER; s. 261-262.

zarardan sorumludurlar<sup>[202]</sup>. Söz konusu hüküm, kanunun konuluş amacına bakıldığında, emredici niteliktedir ve taraflar sözleşme ile doğrudan başvuru hakkını kısıtlayıcı düzenlemeler yapamazlar<sup>[203]</sup>. Zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması, maddenin kaleme alınışından da anlaşılacağı üzere bir hak olup, sigortacıya başvuru yapma ya da sigortacıya karşı dava açma yükümlülüğü getirmemektedir<sup>[204]</sup>.

KTK m. 97 gereğince de öngörülen limitler dâhilinde doğrudan doğruya sigortacıya başvuru yapma hakkına sahiptir<sup>[205]</sup>. 2016 yılında KTK m. 97’de yapılan önemli bir değişiklik ile zarar gören kişiye, dava açmadan evvel ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuru yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sigorta kuruluşu başvuruyu on beş gün içerisinde yazılı olarak cevaplamaz ya da verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olursa, bu durumda zarar gören dava açabilir veya tahkim yoluna başvurabilir<sup>[206]</sup>. Zarar gören kişi sigortacıya yazılı başvuru yapmadan dava yoluna giderse, davası dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir<sup>[207]</sup>. Bu başvuru şartı ile sigortacı, yazılı başvuru üzerine ödeme yapma imkânına sahip olabilecek böylece uyuşmazlık oluşmayacak ve dolayısıyla dava açılması önlenmiş olacaktır<sup>[208]</sup>.

Sigorta sözleşmesinden ya da sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması ya da miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller KTK m. 95/1 hükmü gereğince, zarar görene karşı ileri sürülemez<sup>[209]</sup>. Yani sigortacı, sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepleri zarar gören kişilere karşı def’i olarak ileri süremez. Söz konusu def’iler, sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki iç ilişkinin konusu olup zarar gören

---

[202] MEMİŞ; s. 79.

[203] ULAŞ; s. 784.

[204] ULAŞ; s. 1043.

[205] KILIÇOĞU; Mustafa; s. 593; KTK m. 96–Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı: ‘Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.’

[206] BAĞRIAÇIK; s. 269.

[207] CEBE; s. 750.

[208] BAĞRIAÇIK; s. 269.

[209] YEŞİLOVA ARAS; s. 105.



kişilerin bu def'ilere muhatap olması önlenmek istenmiştir<sup>[210]</sup>. Sigortacının def'ilerinin sınırlandırması sadece zarar gören kişilere karşı olup, iç ilişkide bu def'ileri kullanmasının herhangi bir sınırı yoktur<sup>[211]</sup>.

## F. KZMSS YAPTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ VE GÜVENCE HESABI

KTK m. 85/1 uyarınca KZMSS yaptırmanın zorunlu olduğundan ve trafik sigortası yaptırmayan araçların trafiğe çıkmalarının yasak olduğundan daha önce bahsedilmişti. KZMSS'den yararlanma imkânının ortadan kalktığı durumlarda, güvence hesabı devreye girmektedir<sup>[212]</sup>.

Kazaya sebep olan motorlu aracın kimliği belirsiz ise; kaza sırasında geçerli KZMSS poliçesi yoksa ya da eksikse; poliçeyi düzenleyen sigorta şirketi iflas etmiş veya ruhsatı iptal edilmişse; çalınan ya da gasp edilen araçlardan ötürü işleyen sorumlu tutulamıyorsa; Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler için KZMSS'ye başvuru imkânı kalmadığından güvence hesabına başvurularak kaza tarihindeki güvence limitleri dâhilinde tazminat talep edilebilir<sup>[213]</sup>.

Güvence Hesabı (Trafik Garanti Sigortası) zorunlu sigortalara ilişkin olarak yukarıda sayılan koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalılarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde kurulmuştur<sup>[214]</sup>. KZMSS de Güvence Hesabı kapsamındaki sigorta türlerinden biridir.

Güvence Hesabı aşağıda sayılan zararları karşılar;

- Sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar (Birden fazla aracın karıştığı kazalarda sigortalı aracın biri bile tespit edilemese dahi Güvence Hesabına başvurulabilir<sup>[215]</sup>.),

- Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar,

[210] ULAŞ; s. 1060.

[211] ULAŞ; s. 1061.

[212] ÇELİK; s. 701.

[213] TEPEDELEN; s. 74; ÇELİK; s. 701; HAVUTÇU; s. 264.

[214] NARTER; s. 84; ASLAN DÜZGÜN; s. 192; Bkz. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 14.

[215] YILMAZ, Hamdi; s. 309.

- Sigorta şirketinin ruhsatının iptal edilmesi ya da iflas etmesi nedeniyle ödemekle yükümlü olduğu bedensel ve maddi zararlar<sup>[216]</sup>,

- Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar (işleten ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin çalınma ya da gasp olayında kusuru olmamalıdır<sup>[217]</sup>.),

- Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler.

Güvence hesabı genelde bedensel zararları karşılamakla birlikte, Cumhurbaşkanı, gerekli görülen hallerde, eşyaya gelecek zararların kısmen veya tamamen Hesaptan karşılanmasına karar vermeye yetkilidir<sup>[218]</sup>.

## G. GÜVENCE MİKTARLARI (POLİÇE LİMİTLERİ)

Sorumluluk sigortalarında zarar sigortalarının klasik sigorta değeri-sigorta bedeli ilişkisi örtüşmemektedir. Sorumluluk sigortalarında sigorta değerinin olup olmadığı hususu tartışmalıdır<sup>[219]</sup>. Şenocak'a göre sorumluluk sigortalarında da sigorta değeri mevcut olup, bu değer belirli bir mal olarak belirtilemez; sigorta ettirenin tüm malvarlığı bu sigortanın değerini oluşturur<sup>[220]</sup>. Gerçekten de KZMSS sigortasında araç işletenin üçüncü kişiye ne gibi bir zarar vereceği belli değildir ve bu nedenle sigortacının sorumluluğu bakımından azami sınırların belirlenmesine ihtiyaç vardır<sup>[221]</sup>.

TTK m. 1484 gereğince, sigortacının sorumluluğu sonsuz bir değer olmayıp, zorunlu sigorta miktarı ile sınırlıdır. Sigortalı, asgari zorunlu sigorta limitinin üzerinde bir sigorta yaptırmış olsa dahi, sigortacının TTK m. 1484 uyarınca sorumluluğu asgari sigorta bedelini aşamaz. Yani zarar gören asgari sorumluluk teminatının üzerinde yaptırılmış sorumluluk teminatından, bu madde uyarınca faydalanamaz. Çünkü asgari limitin üzerindeki miktar için ihtiyari sorumluluk

[216] YILMAZ, Hamdi; s. 310.

[217] YILMAZ, Hamdi; s. 310.

[218] Sigortacılık Kanunu m. 14.

[219] BOZKURT; s. 184.

[220] ŞENOCAK; s. 198.

[221] BOZKURT; s. 184.

sigortacısı sıfatını kazanmıştır. İhtiyari sorumluluk sigortacısına ise ancak, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğü devam ettiği sürece başvurulabilir<sup>[222]</sup>.

Bu düzenleme KZMSS bakımından da geçerlidir ve sigortacı oluşan zararda poliçe limitleri (güvence miktarları) ile sorumlu olup<sup>[223]</sup>, bu miktarı aşan kısım bakımından bizzat işleyen sorumludur<sup>[224]</sup>. KZMSS’de sigortacı, Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı bulunduğu Bakanlık tarafından araç türleri dikkate alınarak tespit edilen teminat tutarı kadar sorumludur. Sigorta poliçesinde belirlenen miktar, bakanlığın belirlediği miktardan az dahi olsa, bakanlıkça belirlenen miktar esas alınır. Sigorta şirketi, tazminata ilişkin talepleri kaza tarihi itibarıyla geçerli olan poliçe limitleri dâhilinde karşılamakla yükümlüdür<sup>[225]</sup>.

[222] SOPACI ÖZTUNA, Birgül (2012) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü’, Cilt:18, Sayı:2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, s. 707.

[223] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2009/9655 Karar: 2010/3116 Karar Tarihi: 05.04.2010 – ‘Mahkemece, toplanan delillere, benimsenen bilirkişi raporuna ve tarafların kusur durumuna göre, davanın kısmen kabulü ile, 2.925.70 TL’nin, davalı H. ve G.’den 08.11.2007 ödeme tarihinden, davalı sigorta şirketinden ise dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen (davalı sigorta şirketi poliçe limiti ile sınırlı olarak) tahsiline, fazla istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ile davalı E. Sigorta A.Ş. vekilince temyiz edilmiştir.

1- Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının ve tazminata ilişkin hesaplamaların hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm davalı E. Sigorta A.Ş. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

Dava, TTK.’nin 1301. maddesinden kaynaklanan rücuen tazminat istemine ilişkindir. Motorlu Kara Taşıt Araçları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1. maddesine göre; bu tür sorumluluk sigortasını yapan sigortacı, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası hadlerinin üzerinde kalan kısmını poliçede yazılı hadlere kadar temin etmekle yükümlüdür. Davalı sigorta şirketi, davalıların malik/sürücüsü oldukları araç, kasko ve ihtiyari mali sorumluluk sigortası olup, poliçeler dosyaya ibraz edilmiştir. Kaza tespit tutanağında ve tramer kaydında, kazaya karışan aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı dava dışı R. Sigorta A.Ş. olup, kaza tarihindeki poliçe teminat limiti araç başına maddi 8.000.00 TL’dir. Bunun dışında kalan miktarın limitle sınırlı olarak davalı sigorta şirketinin ödemesi gerekir. O halde, mahkemece, hükmedilen tazminat miktarının zorunlu mali sorumluluk sigortası teminat hadlerinde kalması ve davalı sigorta şirketinin tazminat sorumluluğu bulunmadığı gözetilerek, bu sigorta hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.’ LALE, Muktedir; AKGÜL, İhsan (2011) Sigorta Hukuku (Mal, Can ve Sorumluluk Sigortaları) Örnekli İçtihatlı – Uygulamalı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1114.

[224] BAĞRIAÇIK; s. 262; EREN; s.719.

[225] CEBE; s. 754.

## SONUÇ

Karayollarında ulaşımın artması sebebiyle meydana gelen rizikoların gerek işletenler gerekse üçüncü kişilerde oluşturduğu zararların giderek yaygınlaşması ve toplumsal sorun haline gelmesi neticesinde, büyüyen sorunun bağımsız bir mevzuat ile çözülmesi yoluna gidilmiştir<sup>[226]</sup>. KZMSS işte bu sorunların bir sonucu olarak yasal mevzuatta yerini almış ve bu sorunları çözmeye yönelik olarak atılmış bir adımdır.

Trafik kazaları sonucunda, sigortalının üçüncü kişilere verdiği zararları karşılamayı amaçlayan KZMSS, motorlu taşıt işletenler için yaptırılması zorunlu bir sigorta türü olup, KTK kapsamında sigortacı da bu sözleşmeyi akdetmekle yükümlüdür. Bu sigorta ile zarar görenin, zararını daha kolay tazmin etmesi söz konusudur. Bu tazminatın hukuki sebebi ise kusursuz sorumluluk ilkesidir<sup>[227]</sup>. Sigortacı, meydana gelen zarardan poliçe limiti dâhilinde sorumludur.

TTK, KTK ve KZMSS Genel Şartları ile KZMSS hakkındaki yasal düzenlemeler yapılmış, net olmayan hususlar yıllar içerisinde Yargıtay içtihatları ile yorumlanmaya çalışılmıştır. Ancak yasada ve Genel Şartlarda yapılan değişiklikler ile yoruma açık kısımların netleşmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

KZMSS Genel Şartları m. A.3 ile KZMSS sigortasının kapsamı ana ve genel ilkeler çerçevesinde belirlendikten sonra m. A.5 ile '*Kapsama Giren Teminat Türleri*' sayılmış, m. A.6 ile '*Teminat Dışında Kalan Haller*' belirlenmiş ve genel kapsam sınırlandırılmaya çalışılmıştır. KZMSS Genel Şartlarında 2015 yılında yapılan değişiklikler ile '*Kapsama Giren Teminat Türleri*' nin dört bent halinde sayılması, öğretide kapsamın daraltıldığı ve yoruma kapatıldığı şeklinde yorumlanmıştır<sup>[228]</sup>.

Çalışmamız içeriğinde değinilen; sürücü ve işleten yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinin teminat kapsamı dışında kaldığına ilişkin düzenleme karşısında Yargıtay'ın yorumunun ne olacağı merak konusudur.

---

[226] ULAŞ; s. 876.

[227] ARSLAN; s. 221.

[228] ULAŞ; 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı'; s. 36.

## KAYNAKÇA

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça (2012) '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXX, Sayı: 1, s. 203-220.

ALTUNKAYA, Mehmet (1999) 'Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1-2, <http://dergipark.gov.tr/suhfd/issue/26618/280618>, s.e.t. 14.01.2019, s.171-196.

ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem (2012) '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:18, Sayı:2, s. 725-732.

ARSLAN, Aziz Serkan (2010) 'Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:88, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-88-596>, s.e.t. 14.01.2019, s. 195-224.

ASLAN DÜZGÜN, Ülgen (2013) 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı' Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi (Batider), Cilt: 29, Sayı: 3 (Doç. Dr. Nurkut İnan'a Armağan Sayısı), s.189-213.

AŞÇIOĞLU, Çetin (1989) Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara.

BAĞCI, Ömer (2016) 'Sigorta Sözleşmesinden Kaynaklanan Zararlarda Zamanaşımı', Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı: 11, s. 159-171.

BAĞRIAÇIK, Safiye Nur (2016) 'Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sorumluluğu', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-2, s. 255-275.

BERBEROĞLU YENİPINAR, Filiz (2017) Trafik Kazalarında Tazminat Davaları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

BOZER, Ali (2009) Sigorta Hukuku: Genel Hükümler–Bazı Sigorta Türleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkıbasım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

BOZKURT, Tamer (2014) Themis Ticaret Hukuku Cilt IV Sigorta Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

CAN, Mertol (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

CEBE, Memet Sinan (2018) Uygulamalı Sigorta Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

ÇEKER, Mustafa (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 11. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi.

ÇELİK, Çelik Ahmet (2017) Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu: Uygulama ve Yargıtay Kararları, Hesaplama ve Dilekçe Örnekleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema (2016) Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

EREN, Fikret (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

EREN, Fikret (1951) 'Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, s. 159-212.

GÖKCAN, Hasan Tahsin; KAYMAZ, Seydi (2010) Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları (Trafik Suçları ve Trafik Kabahatleri), 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

GÜNAŞTI CANTUTUMLU, Deniz (2017) 'Yargıtay Kararları Işığında Kaza Sigortaları' The Interdisciplinary Journal Of Law And Forensic Sciences, Vol. 2, Issue 1, <http://interlawandfs.org/wp-content/uploads/2017/11/IJLFS-Vol-2-Issue-1-2017..pdf>, s.e.t. 14.01.2019, s.4-18.

GÜRSOY, Kemal Tahir (1974) İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahtarları, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası.

GÜVEL; Enver Alper; ÖNDAŞ GÜVEL; Afitap (2018) Sigortacılık, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

HAVUTÇU, Ayşe; GÖKYAYLA, Emre (1999) Uygulamada Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

HIZIR, Serdar (2009) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalılarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İllkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:86, s.268-312.

KANER, İnci Deniz (2016) Sigorta Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

KARA, Etem (2016) ‘Sınırötesi Trafik Kazaları: Avrupa Birliği’nde ve Türk Hukukunda Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, s. 215-256.

KARACAN ÇETİN, Hatice (2016) Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

KARAKAYA, Umur (2018) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarının Zaman Bakımından Uygulanma Konusu ve Yargıtay Kararının İncelemesi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 92, Sayı:1, s.285-302.

KARASU, Rauf (2015) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Sorumluluk Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2, s.683-706.

KAYIHAN, Şaban (2016) ‘Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti’ Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:3, <http://dergipark.gov.tr/maruhad/issue/36500/358677>, s.e.t. 14.01.2019, s. 1595-1624.

KAYIHAN, Şaban (2016) ‘Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçıların Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, s. 251-263.

KAYIHAN, Şaban; BAĞCI, Ömer (2016) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları.

KENDER, Rayegan (2017) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı:1, s. 8-46.

KENDER, Rayegan (2017) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Yeni Genel Şartları Hakkında’ İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:2-3, s.107-150.

KENDER, Rayegan (2017) Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku–Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, 16. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık. (Son 2018 Ocak var 16. Basıdan tıpkıbasım)

KILIÇOĞLU, Ahmet M. (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

KILIÇOĞLU, Mustafa (2014) *Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku Açısından Trafik Kazaları Tazminat Sigorta Rücu ve Yargıtay Uygulaması*, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.

KOÇ, Himmet (2017) ‘Sorumluluk Sigortalarında Sigorta Teminatının Kapsamı’, *Konya Barosu Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, s. 67-87.

KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin (2016) ‘Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü’, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, s. 265-291.

KUBİLAY, Huriye (2003) *Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.

KÜÇÜK, Damla (2013) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’nda Sigortalı Aracın Satışı ile İşleten Sıfatı Değiştiğinde Sigortacının Kime Rücu Edeceği Sorununun İlgili Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirmesi’, *Cilt:3, Sayı:1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 61-81.

LALE, Muktedir; AKGÜL, İhsan (2011) *Sigorta Hukuku (Mal, Can ve Sorumluluk Sigortaları) Örnekli İçtihatlı – Uygulamalı*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

MEMİŞ, Tekin (2004) ‘Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği Ve Sebepsiz Zenginleşme’ XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara, s. 73-88.

MİSİLİ, Sinan (2017) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası’, Sayı:133, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi133/assets/basic-html/page-1.html#>, s.e.t. 14.01.2019, s. 577-648.

MÜLAZIMOĞLU, Mehmet (2015) ‘Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Borç ve Yükümlülükleri’, *Cilt:5, Sayı:1, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 229-243.

NARTER, Sami (2014) *Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

ORHUNÖZ, Ergun (2000) *Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedeni Zararlar*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ÖZBUDAK, Coşkun (2011) ‘Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında “Karayolu” Kavramı’, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 55, s. 68-70.



Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, s.e.t. 14.01.2019.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=5084#>

SOPACI ÖZTUNA, Birgül (2012) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karsı İfa Yükümlülüğü’, Cilt:18, Sayı:2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, s. 699-724.

ŞENOCAK, Kemal (2009) ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği’, Cilt:58, Sayı:1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 189-229.

TANDOĞAN, Haluk (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, 1. Baskı (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul, Vedat Kitapçılık.

TEKİL, Fahiman (1998) ‘Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı’ Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE Yayın No: 331, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 113-131.

TEPEDELEN, Zekeriya (2017) Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

ULAŞ, Işıl (2015) ‘Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı’, Cilt:31, Sayı:2, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 5-36.

ULAŞ, Işıl (2012) 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’na Göre Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları), 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

ULUĞ, İlknur (2004) ‘Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler’ Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği – Sempozyum, 1. Baskı, Ankara, TBB Yayınları: 83, Şen Matbaa.

ÜNAN, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi: Altıncı Kitap–Sigorta Hukuku Cilt 1: Genel Hükümler Madde 1401-1452, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

YEŞİLOVA ARAS, Ecehan (2013) Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

YILDIZ, Habib (2018) ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Ana Esaslar ve Sorunlar’, Cilt:8, Sayı:16, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 11-24.

YILMAZ, Hamdi (2014) Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

YILMAZ, Zekeriya (2014) Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

# BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARINDA GENEL KAVRAMLAR VE MANEVİ UNSUR\*

Mustafa Kemal GÖKMEN\*\*

## 1. Belgede Sahtecilik Kavramı

### I. Genel Olarak

Belgede sahtecilik suçlarını anlayabilmek adına sahte ve sahtecilik kavramlarını bilmek gerekir. Türk Dil Kurumu sahte terimini “*bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece, uydurma, gerçek olmayan, yalancı, yapmacık*” şeklinde tanımlamıştır. Sahtekâr ise “*sahte işler yapan, düzmece, sahteci*” anlamına gelmektedir.<sup>[1]</sup>

Erman, sahtekârlık terimini geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde incelemiştir. Şöyle ki; geniş anlamda sahtekârlık hile kavramı ile özdeştir, yani suçun icrası için yalana ve hileye başvurulmuş bütün suçları sahtekârlık suçu olarak nitelendirmek mümkün olmaktadır. Ancak her yalan ve hilenin yöneldiği menfaat ve zedelediği değer farklıdır. Bu sebeple, dar anlamda sahtecilik terimi ortaya çıkmıştır. Kanun düzeni tarafından bir

---

\* Bu makale Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yazım aşamasında olan “Resmi Belgede Sahtecilik Suçu” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

\*\* Antalya 6. Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimi.

[1] Güncel Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 18/08/2018).



hukuki ilişkiyi veya durumu ispatlama kudreti verilmiş ya da toplumu oluşturan bireylerin gerçekliğine ve doğruluğuna güvendikleri veya özellikle ticari ve günlük hayatın devamı için güvenmek zorunda oldukları şeyler üzerinde yapılacak hileleri ise, dar anlamda sahtecilik olarak nitelendirmek gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>[2]</sup>

Geniş yani genel anlamı ile sahtekârlık, başka suçları işlemek adına bir araçtır. Bu anlamda sahtekârlıkta hile ve yalan kullanılması ile gerçeğin değiştirilmesi kanunen korunan bir menfaati tek başına zedelemeye yetmez. Bunun dışında başka hareketlerin de yapılmış olması gerekir. Ancak doğruluğu hususunda toplumun güven duyduğu alametler üzerinde sahtecilik yapıldığı anda, başka bir harekete ihtiyaç duyulmadan bu güven sarsılacağı ve zedeleneyeceği için sahtecilik araç olmaktan çıkarak bir amaç haline gelmektedir. Bu halde, sahteciliğin araç değil amaç olduğu suçlarda da karşımıza dar anlamda sahtecilik kavramı çıkmaktadır.<sup>[3]</sup> Dolandırıcılık suçları, içerisinde hile ve aldatmanın ön plana çıkmış olması nedeniyle, geniş anlamda sahtecilik olarak nitelendirilecekken, belgede sahtecilik suçları kamu güveni bulunan belgeler söz konusu olduğu için dar anlamda sahteciliğe örnek verilebilir.

## II. Sahtecilik Suçlarında Korunan Hukuki Yarar

Belgede sahtecilik suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu içerisinde ‘Özel Hükümler’ başlıklı ikinci kitabın üçüncü kısmını oluşturan ‘Topluma Karşı Suçlar’ kısmının dördüncü bölümü olarak düzenlenen ‘Kamu Güvenine Karşı Suçlar’ başlığı altındaki 204. ve 212. maddeler arasında düzenlenmiştir. Peki, kamu güveni kavramı ne anlama gelmektedir? Erman, kamu güvenini “*hukuk düzeninin herhangi bir hukuki olayı ispat yeteneğini tanıdığı şeylere, doğruluk ve gerçekliğine herkes tarafından güvenilmesini emrettiği dış şekil ve alametlerin sahtekârlıktan korunmalarını görmek ve bilmekten ibaret genel ve toplumsal bir hak ve menfaat*” olarak tanımlamıştır.<sup>[4]</sup>

Belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki yarar, kanun koyucunun iradesinde de görüleceği üzere, kamu güvenidir. Failin sahtecilik suçunu işlemekteki kastı, elbette ki kamu güvenini ihlal etmek değildir. Yani fail aslında kamu güvenini bir başka amaç için ihlal eder. Örneğin bono taklit eden bir

[2] Erman, Sahir: Ticari Ceza Hukuku Cilt: III Sahtekârlık Suçları, 4. Baskı, İstanbul 1981, s. 1-6.

[3] Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 5.

[4] Erman, Sahir/Özek, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (Sahir Erman), (TCK. 316-368), 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 9.

kimsenin amacı kamu güvenini ihlal etmek değil; kendisine bir yarar, bir haksız çıkar sağlamaktır. Sahtecilik suçları ile de, fail birden fazla hak ve menfaati ihlal etmiş olur. Bu sebeple kanun koyucu toplumun hak ve menfaatlerinin, özel hak ve menfaatlerden üstün olduğu inancı ile bu suçları 'topluma karşı suçlar' kısmının 'kamu güvenine karşı suçlar' başlığı altında düzenlemeyi uygun görmüştür.<sup>[5]</sup> Keza TCK'nın 211. maddesine göre bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatlanması ya da gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla dahi sahtecilik yapılmasının suç sayılmış olması, kanun koyucunun kamu güvenine verdiği önemi açıkça göstermektedir.<sup>[6]</sup>

### **III. Sahtecilik Suçlarının Konusu**

Suçun konusu, tehlike veya zarara uğrayan eşya veya kişinin fizikî yapısını yani bünyesini ifade eder.<sup>[7]</sup> İşte sahtecilik suçlarını kavrayabilmek bakımından da suçun maddi konusu oluşturan belge kavramı üzerinde durmak gerekir. Öğretide belge kavramı ile neyin kastedildiği tartışmalıdır. Tartışmanın çıkış noktası ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belgenin tanımının yapılmamış olması ve bu hususun uygulama ve öğretiyeye bırakılmasıdır.<sup>[8]</sup> Türk Dil Kurumu tarafından belge "*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, doküman*" olarak tanımlanmıştır.<sup>[9]</sup>

Yargı kararları ve doktrinde belge için farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlara kısaca değinmek gerekirse:

Erman'a göre belge, taşınma kabiliyeti bulunan bir şey üzerine yazılan ve aynı zamanda hukuki hüküm ifade eden bir vakiyi ispatlama kudreti bulunan yazıdır. Belgenin başlıca unsuru ispat kuvvetidir.<sup>[10]</sup>

Koca/Üzülmez'e göre belge, "hukuken önem arz eden ve belirli bir kişi tarafından yapılan açıklamanın (irade beyanının) ispatı açısından cisimleştirildiği yazılı kağıttır. Buna göre, ancak bir beyanı tespit eden ve cisimleştiren şeyler belge olarak kabul edilebilir. Belge bir beyanı cisimleştirir ve kalıcı olmasını

[5] Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 210 vd.

[6] Güngör, Devrim: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 17-18.

[7] Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 210-211.

[8] Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 7. Baskı, Ankara 2010, s. 691.

[9] Güncel Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 26.06.2018).

[10] Erman, Sahir. (1949). Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Resmi Evrak Tabirinden Ne Anlaşılmalı Lazım Gelir? Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 4 S.1, s.127, <http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3236/45153> (Erişim Tarihi: 30.06.2018)

sağlar. Bu özelliği belgeyi, hukuki ilişkilerin ispatında diğer ispat vasıtalarına üstün kılmaktadır.”<sup>[11]</sup>

Tezcan/Erdem/Önok’a göre belge, “hukuksal açıdan önem taşıyan ve onu meydana getiren kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını içeren yazı parçasıdır.”<sup>[12]</sup>

Soyaslan’a göre belge, “doküman, evrak, işlem bir şahıs tarafından yazıldığı anlaşılan, bazı olguları ortaya koyan irade açıklamasıdır.”<sup>[13]</sup>

Malkoç’a göre belge, kanıt oluşturabilme niteliği ve bir kimliği bulunan, hukuki sonuç doğurmaya elverişli, taşınır yazıdır.<sup>[14]</sup>

Yüksektepe’ye göre belge, “taşınabilen bir vasıta üzerine tespit edilen, belirli bir kimsenin eseri olan, usuli bir ilişki veya diğer bir hukuki ilişki içinde hukuki bir iddiaya dayanak olmaya veya bu iddiayı çürütmeye ya da hukuken önemli bir olayı ispat etmeye elverişli irade, açıklama veya beyanlarını yahut hakikat iddialarını içeren her türlü yazı; kısacada içeriği olan hak doğrucu, kaldırıcı ve kanıt aracı olan yazıdır.”<sup>[15]</sup>

Gökçen’e göre belge, “olayları nakleden, içerdiği irade beyanları hukuken değer taşıyan, muayyen kimse tarafından oluşturulan ve sağlam zemine yazılan her türlü yazıdır.”<sup>[16]</sup>

Yargıtay 11. Ceza Dairesi de yerleşik içtihatları ile belgeyi, taşınabilir bir şey üzerine yazılan, hukuki alanda hüküm içeren bir vakıyı ispatlamaya yarayan yazı olarak tanımlamaktadır.<sup>[17]</sup>

Kanaatimizce belgeyi, dayanıklı ve taşınabilecek durumda olan bir cismin üzerine işlenen, düzenleyeni belirlenebilir olmakla beraber hukukta değeri olan bir iddiayı, irade beyanını veya olguyu ispata elverişli yazı olarak tanımlayabiliriz. Son olarak film, fotoğraf veya kamera kaydı vb. cisimler ceza yargılamalarında delil niteliğine haiz olsalar da, belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan belge niteliğine haiz değildirler.<sup>[18]</sup>

[11] Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 673.

[12] Tezcan/Erdem/Önok, s. 691.

[13] Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 496.

[14] Malkoç, İsmail: Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Ankara 1990, s. 19-23.

[15] Yüksektepe, Mert Asker: Belgede Sahtecilik Suçları, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 24.

[16] Gökçen, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 47.

[17] Yarg. 11. CD. 31.05.2018 tarih, 2016/10237 E., 2018/5225 K., (Uyap İçtihat Programı).

[18] Güngör, 34 vd.; Gökçen, 57; Koca/Üzülmez, s. 677.

Bu halde, doktrindeki tanımlara ve madde gerekçesine göre belgenin unsurları; yazılı olması, belirli ve anlaşılabilir bir irade beyanını yansıtmaması, düzenleyenin belirlenebilir bir kişi olmasıdır.<sup>[19]</sup>

#### **IV. Aldatma Kabiliyeti**

Aldatma kabiliyeti doktrinde “aldatma gücü”, “aldatma yeteneği” veya “iğfal kabiliyeti” şeklinde de ifade edilmektedir.<sup>[20]</sup>

Sahtecilik kavramındaki açıklamalarımızda da görüleceği üzere, sahtecilik aslında bir hile ve yalan bütünü olduğuna göre, fakat gerekli gereksiz her yalanın ve hilenin de cezalandırılmayacağı dikkate alındığında, aldatma kabiliyeti sahteciliğin özünde yani doğasında bulunmalıdır. Bu nedenle bu niteliği taşımayan belge sahte olarak ifade edilemeyeceğinden, bizim de katıldığımız görüşe göre aldatıcılık unsuru sahtecilik suçlarının maddi unsuru niteliğindedir.<sup>[21]</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yerleşik içtihatlarında aldatma kabiliyetini sahte belgenin ilk görüşte dikkat çekmeyecek, beş duyu ile algılanamayacak şekilde düzenlenmesi ve belirli bir kişiyi değil çoğunluğu aldatabilecek kabiliyette olması gerektiğini ve aldatma kabiliyetinin resmi belgede sahtecilik suçunun temel unsurunu oluşturduğunu kabul etmiş; ayrıca aldatıcılık kabiliyetinin tespiti hususunda objektif kriterler ile belirleme yapılması gerektiğini, bu belirlemenin de öncelikle hâkimin yetkisinde olduğunu, memurun ihmali, bilgisizliği veya dikkatsizliği nedeniyle aslında aldatma kabiliyetine sahip olmayan belge üzerinde işlem yapılmış olsa dahi, bu işlemin belgeye hukuki bir geçerlilik kazandırmayacağını ifade etmiştir.<sup>[22]</sup>

[19] Gökçen, s.51, Güngör, s.

[20] Gökçen, s. 114.

[21] Toroslu, s. 219; Soyaslan, s. 493; Gökçen, s. 116; Aksi Görüş İçin, Erman/Özek; “*Gerek ayrı ve bağımsız bir kimlik taşımayıp, zaten zarar unsuruna dahil bulunması, gerekse özellikle sahte varakanın henüz kullanılmamış olması hâlinde, tespitinin gayet zor ve indî olması yüzünden, aldatma fikrinin genel ve ortak bir unsur sayılması fikrine katılmamaktayız.*” diyerek sahteciliğin, aldatma kabiliyetini haiz olup olmadığının araştırılmasına karşı durmuştur. Bkz. Erman/Özek, s. 252.

[22] Yarg. CGK. 23.05.2017 tarih, 2017/11-22 E., 2017/287 K. “...Resmî belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesi eyleminin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilen belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte olup olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır. / Sahte belgenin ilk bakışta dikkati çekmeyecek biçimde düzenlenip, belirli bir kişiyi değil birçok kişiyi aldatabilecek nitelikte olması ve aldatma



Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yerleşik içtihatlarında da açıkça görüleceği üzere, resmi belgede sahtecilik suçlarında kandırılmış olan kişinin sıfatına ya da uzmanlığına bakılmadan sahte belgenin iğfal yani aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığını inceleme yetkisinin, öncelikle yargılamayı yapan hâkimde olduğu açıkça ifade edilmiştir.

---

gücünün objektif olarak saptanması gerekir. Bu nedenle örneğin, memurların bilgisizliği ve ihmalleri nedeniyle kandırıcı yeteneği olmayan belge üzerinde işlem yapması belgeye hukuki geçerlilik kazandırmaz. Daha önceden var olan subjektif bir bilgi, belge üzerinde var olan aldatma yeteneğini ortadan kaldıracı etkiye sahip değildir. / Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün ve 232-250 sayılı kararında da, aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan fiili iğfalin, aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceği belirtilmiştir. Bu noktada sahteciliğe konu olan belgenin aldatma yeteneği olup olmadığının tartışılması ve belirlenmesi öncelikle yargılamayı yürüten mahkemeye ait olup, hâkim olayın çıkış, oluş ve akışını, düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak, sahteciliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacağını bizzat saptamalı ve sonucuna göre belgelerle aldatma yeteneği olup olmadığını takdir ve tespit etmelidir. / Görüldüğü gibi, mahkemece, suçun konusunu oluşturan belge aslı getirilerek resmi belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza, mühür gibi zorunlu öğelerin incelenmesi, nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığının saptanması, duraksama halinde ise; mahkemeye yardımcı olma ve aydınlatma bakımından konusunda uzman bilirkişinin görüşüne başvurulmasında zorunluluk vardır. / Fotokopi, bir makine yardımı ile orijinal bir belgenin bire bir taklidinin oluşturulmasıdır. Fotokopi belgenin, orijinal bir belge gibi kanıtama gücünün olmadığı kabul edilmektedir. Fotokopi üzerinde sahtecilik fiilinin işlenmesi hem kolaydır hem de baskı izi, el hareketleri, yazım şekli, el kaldırma hareketleri vb. yönlerden inceleme yapılmasına imkân veren tanı unsurlarının tespiti çoğu kez mümkün değildir. / Ceza muhakemesinin amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü şüpheden uzak biçimde kesin olarak ortaya çıkarılmasıdır. Gerek 1412 sayılı CMUK, gerekse 5271 sayılı CMK; adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılarak maddi gerçeğe varmayı amaç edinmiştir. Bu nedenle, ulaşılma imkânı bulunan bütün delillerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleşebilmesi için, maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edebilecek tüm kanuni delillerin toplanması ve tartışılması zorunludur. / Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; / Belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususunda takdir yetkisinin hâkime ait olduğu ve fotokopi üzerinde mürekkep, el, baskı gibi izleri görebilmenin çoğu zaman mümkün olmadığı göz önüne alındığında; mahkemece suçla konu bono aslının getirtilip denetime olanak verecek şekilde dosya içine konması ve duruşmada incelenmesi, özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, aldatma yeteneği bulunup bulunmadığının öncelikle mahkemece değerlendirilmesi, duraksama halinde bu yönde uzman bilirkişiden rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, bononun fotokopisi üzerinde yapılan incelemeyle yetinilmek suretiyle eksik araştırma ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır...” (Uyap İçtihat Programı); benzer mahiyette Yarg. CGK. 09.10.2012 tarih, 2011/8-335 E., 2012/1804 K., (Uyap İçtihat Programı); Yarg. CGK. 14.11.2017 tarih, 2015/21-1069 E., 2017/467K. (Uyap İçtihat Programı).

Peki belge yargılama sırasında veya öncesinde ele geçirilememişse, yani aldatma kabiliyetinin varlığı hâkim tarafından belirlenemeyecek ise, ne olacaktır?

Yargıtay bu konuda “... mahkemece söz konusu belgenin objektif olarak aldatma niteliği bulunup bulunmadığının, özellikleri duruşma tutanağına yazılıp, gerekçede aldatıcılık niteliği irdelenip ne şekilde aldatıcılık niteliğini haiz olduğunun tespitinin mümkün olmaması halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, somut olayda; suça konu sahte olan belge aslının ele geçmediği, katılanın sunmuş olduğu suret belge niteliğinde olduğu gözetilmeden, unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”<sup>[23]</sup> şeklinde mahkumiyet hükmünü bozmak suretiyle, belge aslının ele geçirilememesi dolayısıyla aldatıcılık kabiliyetinin tespitinin mümkün olmaması halini sanık lehine değerlendirmiş ve sırf bu nedenle beraat hükmü kurulması gerektiğini ifade etmiştir.

## V. Faydasız Sahtecilik

Doktrinde ‘gereksiz’ ya da ‘yararsız’ sahtecilik olarak da adlandırılan faydasız sahtecilik özü itibari ile “belgede yapılan sahtekârlığın o belge ile ispat edilmek istenen hususlara ilişkin olmaması ya da sahteliğin hukuken değerlendirilebilen pratik bir sonuç elde etmeye elverişli bulunmaması hali” olarak tanımlanmıştır. Örnek vermek gerekirse miras bırakan tarafından daha yeni tarihli bir el yazılı vasiyetname düzenlenmiş olması nedeniyle hükümsüz kalan daha eski tarihli vasiyetname üzerinde yapılan sahtecilik faydasız sahteciliktir.<sup>[24]</sup>

Bu tür sahtecilik halinde, esasen sahtecilik suçu unsur itibari ile oluşmakta yani fail tarafından suç işlenmiş olmakta; ancak hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığından fiil cezalandırılmamaktadır.<sup>[25]</sup>

Nitekim Yargıtay bir kararında; “... Sanığın, temyiz dışı diğer sanık H. K. ile birlikte, Y. Kaymakamlığına G. Belediye Başkanı M. A. yı şikâyet etmek için kendi imzaları ile birlikte Ş. Y.’nin yerine de imza atarak şikâyet dilekçesi düzenlemek suretiyle özel belgede sahtecilik suçunu işlediği iddia ve kabul olunduğu olayda; sanıklar tarafından düzenlenen dilekçede Ş. Y.’nin imzası bulunmasa bile geçerli bir şikâyet dilekçesi olduğu, sanığın eyleminin belgenin geçerliliğine etkili olmayan “faydasız sahtecilik” niteliğinde olduğu gözetilmeksizin, beraati yerine yazılı şekilde

[23] Yarg. 11. CD. 19.03.2018 tarih, 2017/2188 E., 2018/2322 K. (Uyap İçtihat Programı)

[24] Erman/Özek, s. 359.

[25] Erman/Özek, s. 360.

*mahkumiyetine karar verilmesi...*<sup>[26]</sup> şeklinde, somut olayı faydasız sahtecilik olarak değerlendirip beraat hükmü kurulmasına hükmetmiştir.

Faydasız sahteciliğin görünümlerinden birisi de aslında herhangi bir sahteciliğe başvurmadan yani suça karışmadan da elde edilebilecek neticenin, fail tarafından sahtecilik yoluyla elde edilmeye çalışılmasıdır.<sup>[27]</sup> Yargıtay bu hususta da “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 60. maddesinde belirtildiği üzere, 18 yaşından küçük çocukların gelir tespiti yapılmaksızın toplu olarak genel sağlık sigortası kapsamına alındıkları, bu nedenle hiçbir sosyal güvencesi bulunmayan 18 yaş altı çocukların tedavi masraflarının Sosyal Güvenlik Kurumu’na karşılanmakta olması karşısında, M. A. adına yeşil kart başvurusunda bulunulması ve düzenletirilmesi eylemlerinin ise “faydasız sahtecilik” niteliğinde olduğunun kabulü gerekeceği, yine sanığın M. A. adına özürlü maaşı başvurusunda bulunduğu 09.08.2010 tarihinde, M. U. A. adına anne ve babasının özürlü maaşı alma haklarının da bulunup bulunmadığı araştırılıp, alma haklarının bulunması halinde özürlü maaşı başvurusunda bulunulması eyleminin de “faydasız sahtecilik” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, ancak haklarının bulunmadığının tespiti halinde ise eylemin tek bir resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”<sup>[28]</sup> şeklinde bozma kararı vererek ‘faydasız sahtecilik’ hususundaki görüşünü bildirmiştir.

Sahtecilik eylemi sonucunda fail faydasız olan bölüm dışında ufak da olsa bir menfaat elde edebilecek ise, artık faydasız sahtecilikten söz edilemez. Örneğin, kendisine bir kişi adına bono ve her çeşit belge imzalama yetkisi verilen vekil kendi imzası yerine vekil edenin imzasını taklit ederek bir bono veya herhangi bir evrak düzenlerse, görünüş itibarı ile faydasız sahteciliği kabul etmek gerekir.<sup>[29]</sup> Ancak bu sahtecilik ile failin hiçbir menfaat elde etmediği tespit edilmelidir.

[26] Yarg. 11. CD. 03.05.2018 tarih, 2016/7488 E., 2018/4090 K., (Uyap İçtihat Programı).

[27] Erman/Özek, s. 360.

[28] Yarg. 11. CD. 12.10.2017 tarih, 2015/4527 E., 2017/6639 K., (Uyap İçtihat Programı).

[29] Yarg 11. CD. 25.05.2016 tarih, 2015/1363 E., 2016/4861 K. “Katılanın şirketi tek başına temsil ve müferiden imzaya yetkili olmasına rağmen sanık tarafından kendi imzasının taklit edilmesi ile bankadan para çekme işlemlerinin gerçekleştirildiği iddiası ile açılan kamu davasında; 15.03.2005 tarihinde A. Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş’ni 5 yıl süreyle her konuda temsile yetkili kılınan katılan tarafından sanığa 29.08.2005 tarihinde şirket işlemleri için Ankara 23. Noterliğinden genel vekaletname verildiği, katılanın imzası taklit edilerek evrak düzenlenmesi bile sanık tarafından bu vekaletname ile söz konusu işlemlerin gerçekleştirilebileceği, bu nedenle sanığın eyleminin “faydasız sahtecilik” olarak nitelendirilip unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması” (Uyap İçtihat Programı).

Şöyle ki eğer bu bono faille bankadan kolay kredi almak gibi bir menfaat sağlayacak ise, artık faydasız sahtecilikten söz edilemeyecektir.<sup>[30]</sup>

## **2. Belgede Sahtecilik Suçlarında Manevi Unsur**

Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre manevî unsur ‘kast’ ve ‘taksir’ olmak üzere iki temel şekilde incelenebilir. TCK’nın 21/1. maddesinde, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” hükmü ve TCK’nın 22/1. maddesinde ise “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.*” hükmü düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu bir suçun kast ile işlenmesini kural olarak belirlemişken, taksir ile işlenmesini istisnai tutmuştur.

Suçun manevi unsurunu oluşturan kastı, kanun koyucu Türk Ceza Kanunu’nun 21/1. maddesinde “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde ifade etmiştir.

Bu genel hüküm TCK’da ve özel kanunlarda düzenlenen tüm suçları kapsar. Bu sebeple suçun düzenlenmesinde açıkça belirtilmemiş olsa dahi, o suçun sadece kasten işlenebileceği kuralı belirlenmiştir. Fakat bir suçun taksirle işlenebileceği açıkça düzenlenmemiş ise o suç taksirle işlenemez.<sup>[31]</sup>

Kanun koyucu bazı suçlar için genel kastın haricinde failin özel bir kast ile hareket etmiş olmasını da arayabilir. Örneğin kasten öldürmenin töre saikiyle işlenmesini ya da belgede sahtecilik suçlarının gerçek bir hali belgelemek saikiyle işlenmesi halleri gibi.<sup>[32]</sup>

Belgede sahtecilik suçlarının manevi unsuru yani failin kastı hususunda, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Sahtecilik suçlarının geneli için öngörülen bu görüşler, resmi belgede sahtecilik suçunu da kapsar. İlk görüşe göre, failin kastını belirlemeye çalışmak gereksizdir. Çünkü kast, sahtecilik fiilinin doğasında yani içindedir.<sup>[33]</sup> Ancak bu görüş çoğu yazar tarafından tipikliğin varlığı halinde aksi düşünülmeden cezalandırmayı gerektirmesinden dolayı zamana ayak uyduramayacak nitelikte ilkel olduğu ifade edilerek eleştirilmiştir.<sup>[34]</sup>

İkinci görüşe göre, kastın varlığı için fail kendisine menfaat sağlama amacı ile hareket etmelidir. Bu görüş, kanunda böyle bir düzenleme olmamasına

[30] Erman/Özek, s. 364.

[31] Artuç, Mustafa: Pratik Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 37.

[32] Gökçen, s. 215.

[33] Erman/Özek, s. 265.

[34] Toroslu, s. 221; Soyaslan, s. 494; Güngör, s. 29.

rağmen özel kast hali getirmekte olduğundan, uygulanabilirliği söz konusu dahi olamaz. Kaldı ki yarar veya menfaat sağlama saikiyle hareket edilmiş olsa bile, kastın söz konusu olmayabileceği ileri sürülerek bu görüş eleştirilmiştir.<sup>[35]</sup>

Üçüncü görüş ise, failin zarar verme niyeti ile hareket etmiş olmasını ara-maktadır. Bu görüş, aynı ikinci görüşte olduğu gibi, kanunun aramamasına rağmen özel bir kast hali getirmeye çalışmaktadır. Bu sebeple, bu fikrin de uygulanabilirliği yoktur. Doktrinde failin sahtecilik suçlarını işlerken çoğu zaman kendi menfaatinin düşüneceğini, sırf birine zarar verme saikiyle hareket etmeyeceğini, ayrıca bu görüşün zarar kavramı ile kişisel zararları kastettiği ancak sahtecilik suçlarında zararın toplumsal da olabileceği ifade edilerek, diğer iki görüş gibi eleştirilmiştir.<sup>[36]</sup>

Dördüncü ve bizimde katıldığımız görüşe göre; Erman, sahtecilik suçlarında kastın genel kast olduğunu, fakat bu kastın varlığı için failin eyleminden bir zarar meydana gelebileceğini öngörmüş olması gerektiğini, yani failin bu zararın doğması ihtimalini tahmin etmiş olduğunu ancak öngördüğü bu neticenin gerçekleşme ihtimalinin kendisini fiili işlemekten alıkoymadığını, failin zarar verme bilincine sahip olduğunu vurgulamıştır.<sup>[37]</sup>

Erman, ‘zarar vermek bilinci’ olarak ortaya koyduğu terimin özel kast ile karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Çünkü failin kendi fiili ile bir zarar meydana gelebileceği bilinci ile hareket etmiş olması, failin kaynağına değil neticesine ilişkindir. Erman, kastın belirli ve belirli olmayan şekilde iki ayrımının olduğunu, belirli olmayan kast için öngörülen sonucun faili harekete geçirmesi gerekmeyip, sonucun gerçekleşme ihtimalinin faili eylemi icra etmekten alıkoymamış olmasının yeterli görüleceğini kabul etmiştir. Sahtecilik suçlarında da, bu belirli olmayan kastın söz konusu olduğunu savunmuştur.<sup>[38]</sup>

Soyaslan ve Toroslu, Erman’ın görüşünü destekler nitelikte, sahtekârlık suçlarında kasttan söz edebilmek için yalnızca değiştirme veya taklit iradesinin yeterli görülmemesini, failin başkalarına zarar verme iradesini de ortaya koyması gerektiğini savunmuşlardır. Yani fail başkasına ait bir menfaate zarar vermeli veya bu bilinç ve istem ile hareket etmelidir. Eğer bu şart gerçekleşir ise, failin fiili kasten işlemiş sayılacağını belirtmişlerdir. Onlara göre, failde zarar verme niyeti de bulunmalıdır.<sup>[39]</sup>

[35] Erman/Özek, s. 269

[36] Erman/Özek, s. 270-271.

[37] Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 255.

[38] Erman/Özek, s. 275.

[39] Soyaslan, s. 495; Toroslu, 220 vd.

Gökçen, sahtekârlık suçlarında kanuni tanımdaki fiillerin fail tarafından bilerek ve istenerek icra edilmesinin yeterli ve zorunlu olduğunu, ayrıca kanuni düzenlemede açıkça gösterilmeyen başkaca unsurların aranmayacağını ifade etmiş, yargı kararlarında yanlış uygulamalar yapılarak çözülmesi zor meselelerin kast kavramı genişletilerek çözüldüğünü, kast dışında taksir ve hata gibi ceza hukuku argümanlarıyla meselelerin çözülebileceğini savunmuştur.<sup>[40]</sup>

Koca/Üzülmez, tüm bu görüşlerden farklı olarak, sahtekârlık suçlarında kanunun herhangi bir özel şart aramadığını, genel kastın yeterli olduğunu, ancak belgede sahteciliğin doğasının aldatmak olduğunu, bu sebeple failde aldatma maksadının bulunup bulunmadığının sahtecilik kastının varlığı hususunda hareket noktası olması gerektiğini, bir zarar suçu olarak düzenlenmemiş olan belgelerde sahtecilik suçlarında, zarar verme iradesi ve bilincinin aranmasının hatalı olduğunu, Yargıtay'ın bu gibi hallerde aldatma amacının yokluğu sebebiyle kastın bulunmadığına karar vermesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>[41]</sup>

Türk Ceza Kanunu'nda belgede sahtecilik suçlarının taksirle işlenebileceği ya da özel bir kastın mevcut olması gerektiği şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Bu bilgiler ve görüşler ışığında bu suç ancak kasten işlenebilecek bir suç olup, genel kastın varlığı yeterlidir. Kanuni bir düzenleme olmadıkça da, özel kast aranmaz. Ancak Erman'ın vurguladığı üzere, zarar verme bilinci özel kast olarak nitelendirilemez. Çünkü failde aranacak amaç zarar vermek değil, zarar verebilme ihtimalini öngörmüş olmasına rağmen bunu umursamayarak genel kastın tanımındaki gibi bilerek ve isteyerek suçu icra etmektir. Yani resmi belgede sahtecilik suçunu ele alırsak, fail sahtecilik suçunun konusunun resmi belge olduğunu bilmesine, hatta sahtecilik yapması halinde zarar doğabileceği bilinç ve iradesinde olmasına rağmen, bilerek ve isteyerek icra hareketlerini devam ettiriyor olması nedeniyle; failde zarar verme bilinci olduğunu söyleyebiliriz.<sup>[42]</sup> Yargıtay da, resmi belgede sahtecilik suçu ile ilgili yerleşik içtihatlarında kastı, “zarar vermek bilinç ve iradesi” olarak yorumlamaktadır.<sup>[43]</sup>

Bu aşamaya kadar açıklamalarımız doğrudan kasta yönelik olup, Türk Ceza Kanunu'nun 21/2. maddesinde ise olası kast tanımlanarak, “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*

[40] Gökçen, s. 215.

[41] Koca/Üzülmez, s. 692 vd.

[42] Erman/Özek, s. 271 vd.

[43] Yarg. 11. CD. 15.01.2018 tarih, 2017/4096 E., 2018/312 K. “...sanık tarafından zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği ve suçun manevi unsur yokluğu nedeniyle gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” (Uyap İchtihat Programı).

*halinde, olası kast vardır.*” şeklinde ifade edilmiş ve cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Bir kısım yazarlar, resmi belgede sahtecilik suçunun olası kastla da işlenebilecek bir suç olduğunu savunmuşlardır. Örneğin, bir avukatın belgenin sahte oluşturulmuş olabileceğini düşünmesine rağmen, neticeyi kabullenip mahkemeye delil olarak sunması halinde olası kast vardır.<sup>[44]</sup> Ancak Yargıtay’ın resmi belgede sahtecilik suçunun olası kastla işlenemeyeceğine ilişkin kararları da vardır. Örneğin “...Sahibi bulunduğu aracın gerekli harçlar yatırılıp ilgili diğer belgeler de eklenerek yetkili istasyona götürülüp teknik muayenesinin yaptırılmadığını, araç teslim edilmeksizin sadece ruhsatının kimliği tespit edilemeyen şahsa verilerek muayene işleminin sahte biçimde yapıldığını bilecek durumda olan sanığın, yüklenen suçta kasten işlediği sabit olduğu gibi resmi belgede sahtecilik suçunun olası kastla işlenemeyeceği gözetilmeden, suçun olası kastla işlendiğinden bahisle sanık hakkında TCK’nın 21/2 maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi...”<sup>[45]</sup> şeklinde, olası kastın uygulanamayacağına yönelik bir bozma kararı verilmiştir.

Rıza, sahtecilik suçlarında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmez. Ancak Yargıtay birçok içtihadında, failin mağdurun rızası ile gerçekleştirdiği sahteciliklerde zarar verme bilincinin söz konusu olmadığına, dolayısıyla sahtecilik kastının bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>[46]</sup>

[44] Tezan/Erdem/Önok, s. 703; aynı yönde Gökçen, s. 220.

[45] Karar için Bkz. Erdener, Yurtcan: Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 104,

[46] Yarg. 11. CD. 22.05.2017 tarih, 2017/2288 E., 2017/3925 K., “*Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.1992 gün ve 80/98 sayılı kararında da belirtildiği üzere, belgede sahtecilik suçlarında kast, zarar vermek bilinci ve iradesi olarak kabul edilmektedir. Mağdurun önceden verdiği rıza üzerine onun imzasını taklit ederek kullanan failde mağdura zarar vermek bilinci bulunmayacağından sahtecilik kastının varlığı ileri sürülemez. Ancak mağdurun rızasının kastı ortadan kaldırabilmesi için fiilin işlenmesinden önce açıklanması zorunludur. Mağdurun rızası açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Özellikle iki kişi arasındaki ilişkiler, böyle bir rızanın varlığını ciddi olarak kabule elverişli olduğu takdirde, bu rızaya dayanarak başkasının yerine imza atan kimsede sahtecilik kastının varlığı kabul olunamaz.*” (Uyap İçtihat Programı); Aksi görüş için Bkz. Gökçen “*sanık rızayı bir hukuka uygunluk sebebi zannetmişse o takdirde meselenin hata (m.30) kurumu çerçevesinde çözülmesi gerekir. Böyle yapılmayıp meselenin kastla halledilmeye çalışılması yanlıştır.*” Gökçen, s. 220.



## SONUÇ

Sahtecilik suçlarında bahsi geçen “sahtecilik” kavramından, her türlü hile ve aldatma halini anlamamak gerekir. Şöyle ki; bu suçlar yönünden bizim bahsetmiş olduğumuz anlamda sahtecilik, ticari ya da günlük hayatın çarklarının doğru işleyebilmesi ve sürekliliği için toplumun güven duymak zorunda olduğu şeyler üzerinde yapılacak hile halleridir. Esasen, dar anlamda sahtecilik kavramının tanımından, kamu güveni kavramının tanımı da ortaya çıkmaktadır.

Belgede sahtecilik suçlarında üzerinde durulması gereken konularının başında, kamu güveni gelmektedir. Toplumunu oluşturan her bireyin doğruluğuna ve kanıtlama gücüne güven duyduğu şeyler üzerinde yapılacak sahtecilik, elbet cezasız kalmamalıdır. Kanun koyucu da bunu dikkate alarak, belgede sahtecilik suçlarını Türk Ceza Kanunu’nda kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında düzenlemiştir. Hatta toplumun duyduğu güven derecesine göre belgeleri sınıflandırmış ve buna göre cezaları da arttırma ihtiyacı duymuştur. Toplumun güven duygusuna göre belgeleri çoktan aza doğru ‘sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli resmi belgeler’ – ‘aksi sabit oluncaya kadar geçerli resmi belgeler’ – ‘özel belgeler’ olarak sıralayabiliriz. İşte kanun koyucunun öngördüğü cezalar da, toplumun güveni ile doğru orantılı olan bu sıralamaya uygundur.

Türk Ceza Kanunu’nda belgede sahtecilik suçlarının işlenebilmesi için özel bir kast aranmamaktadır. Ayrıca, bu suçun taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme de mevcut değildir. Dolayısıyla sahtecilik suçları ancak kasten işlenebilen suçlardan olup, genel kastın varlığı yeterli olacaktır. Ancak, failin mutlaka zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket etmiş olması gerekir. Şöyle ki; fail yaptığı eylem sonucunda bir zarara yol açabileceğinin idrakinde olmasına rağmen, bu durum faili eylemin icrasından alıkoymamaktadır. Genel kastın yanında failin zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket etmiş olmasının aranması, esasen gerçek kast ile oluşabilecek birçok olumsuz duruma karşı tampon görevi görmektedir. Örneğin, yalnızca kanuni tanımda tarifi yapılan eylemin gerçek kast ile icra edilmesinin yeterli görülmesi hali, şaka amaçlı yapılan ya da başkasının rızası üzerine onun yerine imza atan kişinin de cezalandırılması sonucunu doğuracaktı. Bu durumu, özel kast olarak nitelendirmemek gerekir. Kast, insanı harekete geçiren insani bir dürtüdür. ‘Zarar verme bilinç ve iradesi’ kavramı ile bahsedilen durum ise, faili harekete geçirmez. Yani, failin eyleme başlama amacı zarar vermek değildir. Bu kavram, failin icra edeceği eylemi sonucunda zarar vereceğini öngöreceği bilinç ve iradede olmasını, ancak bu öngörünün kendisini suç işlemekten alıkoymamasını ifade eder. İşte bu nedenle, sahtecilik suçları için zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket etme aranır. Ancak bu, özel kast olarak nitelendirilmeyecektir.



## KAYNAKÇA

**Artuç**, Mustafa: Pratik Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

**Erdener**, Yurtcan: Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2015.

**Erman**, Sahir. (1949). Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Resmi Evrak Tabirinden Ne Anlaşılmalı? Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 4 S.1, <http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3236/45153> (Erişim Tarihi: 30.06.2018)

**Erman**, Sahir: Ticari Ceza Hukuku Cilt: III Sahtekarlık Suçları, 4. Baskı, Nazım Terzioğlu Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, İstanbul 1981.

**Erman**, Sahir/**Özek**, Çetin; Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (Sahir Erman), (TCK. 316-368), 1. Baskı, Dünya Basımevi, İstanbul 1996

**Gökçen**, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018

**Güngör**, Devrim: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

**Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017

**Malkoç**, İsmail: Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1990

**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015

**Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016

**Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010

**Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018

**Yüksektepe**, Mert Asker: Belgede Sahtecilik Suçları, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, Ankara 2018

Güncel Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

Uyap İçtihat Programı

